

## L'EFFET PERVERS DES LOIS (\*)

Par

Geneviève PIGNARRE

*Maître de Conférences à l'Université de Savoie*

"Ne montrez pas, hommes, trop d'assurance  
A préjuger, comme ceux qui estiment  
Le blé d'un champ avant qu'il ne soit mûr :  
Car j'ai pu voir durant tout un hiver  
L'épine se montrer piquante et presque morte,  
Et porter au printemps la rose à son sommet ;

Et j'ai vu le vaisseau tout d'abord droit et vite  
Courir la mer tout le long du voyage,  
Et sombrer à la fin, comme il entrait au port,

Que messire Martin et que Madame Berthe,  
S'ils ont vu l'un voler, l'autre faire une  
offrande,  
Ne présument pour eux du jugement divin :

Car l'un peut choir, l'autre se relever".

DANTE, La Divine Comédie,  
*Le Paradis, 13<sup>e</sup> chant in fine - pages 425-426*  
(éd. Bordas)

(\*) Nous tenons à remercier particulièrement le Professeur Philippe Malaurie qui nous a beaucoup aidé à l'élaboration de ce travail. C'est d'ailleurs lui qui nous a suggéré l'idée du sujet.

## INTRODUCTION

1- **Préliminaires.** Il "vaudrait mieux faire vouloir aux lois ce qu'elles peuvent puisqu'elles ne peuvent ce qu'elles veulent" lisons-nous dans les Essais de Montaigne (1). La sagesse de "l'honnête homme" périgourdin est faite de discernement. La loi ne peut tout prendre comme elle ne peut tout donner (2). L'histoire enseigne au législateur les limites de sa puissance (3). Ne pas en tenir compte déferait toute forme de savoir.

Mais le réalisme du magistrat de Bordeaux est implacable. La loi échappe à celui qui la fait. Sa destinée se heurte à l'effroyable complexité des phénomènes humains. A l'image sommaire de la pesée des âmes chère à la mythologie grecque s'en substitue une autre beaucoup plus complexe en laquelle bien et mal s'enchevêtrent, avantages et inconvénients interfèrent. Ainsi, les lois qui ne devraient produire que des effets bénéfiques peuvent, également, engendrer des effets pervers.

2- **Omniprésence des effets pervers.** Nous vivons entourés d'effets pervers (4). Les économistes les dénoncent (5), les sociologues les étudient (6) et les mass-média les diffusent (7). La notion est peu connue des juristes. Elle est de temps en temps évoquée (8) sans qu'une étude d'ensemble n'ait été faite. Pourtant, les effets pervers sont des phénomènes sociaux et le droit, expression de toute civilisation, en est le réceptacle naturel. Il lui importe donc de les mieux connaître pour les mieux combattre. A cette ambition répond une triple tentative : définir les effets pervers (A), rechercher leurs causes (B), établir leur typologie (C).

## A - DÉFINITION DES EFFETS PERVERS

3- **Un concept plus aisé à éclairer qu'à circonscrire.** Bien qu'il soit difficile de définir une notion, surtout lorsqu'elle est peu connue, on peut tenter de proposer la définition suivante : les effets pervers sont des contradictions indésirables et non désirées (9).

4- **Des contradictions.** Tout système social produit des contradictions. L'idée, aussi ancienne que le monde, (1) sera systématisée par la doctrine marxiste (2). Toute chose contient en elle son contraire, l'image de Janus resurgit ; elle sied bien au droit qui repose sur la contradiction. Ainsi, il n'existe pas de systèmes qui ne produiraient jamais d'effets pervers et d'autres, qui, à l'inverse, en produiraient toujours (3). Les uns et les autres peuvent apporter des bienfaits mais corrélativement avoir des incidences maléfiques. Tout est question de dosage et de mesure. Et si le droit remodèle la nature (4), l'artifice ne doit pas être trop grand (5) au risque de rompre l'harmonie, de voir s'installer l'effet pervers qui détruit la cohérence de la règle.

Un écho de ces propos peut d'abord être trouvé auprès de trois mécanismes fondamentaux sur lesquels repose la vie du droit contemporain. Le crédit : il est au centre du fonctionnement de nos sociétés, mais son développement suscite corrélativement l'endettement. L'un nourrit l'autre (6). La mécanique devenue un peu folle s'emballa et se retourne contre ceux qu'elle a, un temps, comblés de ses bienfaits (7). L'assurance : elle apporte des avantages indéniables en matière d'indemnisation, peut corriger l'insécurité et le gaspillage des ressources liés à la responsabilité civile (8). D'un autre côté, elle dénature cette notion, elle en perturbe le fonctionnement (9) en faisant du responsable un débiteur nominal mais ineffectif de l'indemnité (10). La protection : elle est nécessaire et bonne en soi. Mais elle diminue la capacité d'autodéfense de l'individu. A vouloir trop aider celui-ci, on risque de le desservir (11).

(1) Dans le politique, Platon nous apprend que l'univers tout entier se meut tantôt dans un sens, tantôt dans le sens contraire. Pendant le règne de Cronos il avance, dirigé par une puissance divine supérieure à sa nature ; puis quand ce règne cesse, abandonné à lui-même, il recule (Le Politique, trad. R. Baccou, éd. G.F. Flammarion 268e - 274e).

(2) Rappr M. Mialle, Une introduction critique au droit, éd. F. Maspéro, 1983.

(3) Sur les effets pervers de l'interventionnisme qui s'inspire du rationalisme constructiviste V. Ch. Mouly, Le revirement pour l'avenir, JCP 1994, I, 3776 ; La vente de sang contaminé par le SIDA est une décision administrative normale, Gaz. Pal. 27/29 sept 1992, Doctrine 2 et s. l'auteur montre en s'appuyant sur les théories du Public Choice que les causes et les mécanismes des décisions qui ont permis aux dirigeants des organismes publics de vendre du sang contaminé sont la conséquence normale d'un monopole d'État.

Sur les effets pervers des sociétés démocratiques qui permettent aux groupes de pression les plus puissants d'utiliser la contrainte politique à leurs fins privées, Fr. A. Hayek, L'avortement de l'idéal démocratique, in Droit, législation et liberté, trad. Audouin P.U.F. livre échange, 1983, T III ; B. Lemennicier, Économie du droit, op. cit. note 5, p. 23 et s ; 32 et s.

Rappr. en sociologie de la législation, l'effet Assiduis qui désigne le "phénomène par lequel le législateur est porté à légiférer sous l'aiguillon des réclamations dont les catégories intéressées l'assaillent" (J. Carbonnier, Flexible droit, L.G.D.J. 7<sup>e</sup>, éd. p.220). Il en est ainsi des lois qui se font et se défont au gré des alternances politiques : lois sur les baux, lois sur la modulation du temps de travail. Au regard du droit constitutionnel, le mandat représentatif des députés s'apparente à un mandat direct. Adde Fr. Terré, La crise de la loi, Arch. Phil. dt 1980 p.23 évoquant les promesses électorales qui trouvent leur prolongement dans des textes de lois. On se souvient de la lettre à tous les français, suivie de la loi du 6 juillet 1989 venue réaliser la promesse du chef de l'État en matière de logement.

(4) Ph. Malaurie, L'homme, être juridique (à propos des projets de lois sur la bioéthique) D.1994, chron. p. 97.

(5) Rappr. G. Burdeau, Le déclin de la loi, Arch. Phil. Dt. 1963 p. 39, "La loi elle-même est artifice car ce n'est pas d'elle que vit le groupe".

(6) F. Terré, Droit de la faillite ou faillite du droit, Rev. jurisp. Com. 1991 p. 22.

(7) A. Cœuret, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ 1990 p. 320.

(8) A. Tunc, A propos de la responsabilité civile, Rev. Trim. Dr. Civ. 1992 p. 358.

(9) B.-S. Marquesinis, La perversion des notions de responsabilité civile défectuelle par la pratique de l'assurance, Rev. Int. Dr. Comp. 1983 p. 301 et s. Comp. B. Beigner, Le recours subrogatoire de la victime à l'encontre de l'assureur du responsable préposé de cette dernière, note sous Cass. 1<sup>ère</sup> Civ. 8 déc. 1993, D 1994 p. 235.

(10) P. Jourdain, Les principes de la responsabilité civile, Dalloz, connaissance du droit, 2<sup>e</sup> éd., 1994 p. 13 et s.

(11) P. Godé, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1981 p. 708 ; Adde Ph. Malaurie, Le consommateur, Rep.

(1) Montaigne, Essais, livre 1<sup>er</sup>, chap. XXIII, Éd. Gallimard, Coll. Folio p. 190.

(2) Rappr. J. Cruet, La vie du droit et l'impuissance des lois, Paris 1908 p. 18.

(3) Gaudemet, Études juridiques et culture historique, Arch. Phil. Dt. 1959, p. 17.

(4) V. R. Boudon, Effets pervers et ordre social, P.U.F. sociologies, 1979 spéc. p. 9 qui fait l'inventaire des travaux sociologiques mettant en évidence les effets pervers. On citera à titre d'illustration le paradoxe de Tocqueville selon lequel la Révolution française a été rendue possible par l'amélioration rapide du bien être de chacun dans la période qui la précède ; la célèbre théorie Durkheimienne de l'anomie selon laquelle l'augmentation du bien être collectif peut entraîner la diminution du bonheur individuel ; la faiblesse de la participation syndicale et politique qui caractérise les démocraties ...

Adde J.-F. Kahn, Tout change parce que rien ne change, Introduction à une théorie de l'évolution sociale, Fayard, 1994 p. 22 qui sans les nommer donne des exemples variés d'effets pervers.

(5) V. par exemple, B. Lemennicier, Économie du droit, Cujas 1991, spéc. l'Introduction.

(6) V. spéc. R. Boudon, Effets pervers et ordre social, op. cit. note 4.

(7) Au fil de l'actualité : "Des maires bretons dénoncent les effets pervers de la loi-littoral" (Journal Le Monde, 6 Mai 1991 p. 11). "La loi du 25 juillet 1985 a selon les banquiers des effets pervers" (ibidem, 15 janv. 1994 p. 21). "Madame Danièle Mitterrand dénonce les effets pervers des mass-média qui créent 12 Mars 1994 p. 22) etc ... On peut d'ailleurs relever le rôle pernicieux des mass-média qui miroir l'événement mais contribuent à ce que les informations circulent en boucle, ainsi que leur effet miroir en vertu duquel tout ce qui est répété est déformé.

(8) V. par exemple M. Quenillet, L'indemnisation du préjudice corporel : un droit à la dérive ? (ou les effets pervers de la loi du 5 juillet 1985), J.C.P.1994,1, 3770 ; A. Arseguel et

La technique juridique, instrument privilégié du droit, n'échappe pas non plus à cette logique. Aux trois missions bénéfiques qui lui sont imparties, de structurer la réalité sociale, de rationaliser le système juridique et d'adapter le droit aux besoins, correspondent, trait pour trait, les trois effets pervers : **déformation** (de la réalité sociale), **occultation** (du système juridique), **rigidité** (du droit) (1). Les effets pervers sont donc des effets de structure dialectique. Ils s'opposent aux effets utiles (2). Entre eux s'instaure une situation de conflit qui ne se nourrit pas seulement de leur incompatibilité mais aussi de leur affrontement.

**5- Des contradictions indésirables.** Les effets pervers sont comparables à des parasites du droit. Dénués de neutralité, ils mettent en cause la place de la règle morale dans les sciences sociales. A la structure dialectique précédemment dégagée se superpose une distinction de type manichéen : **d'un côté** le bien et ses effets bénéfiques, **de l'autre** le mal et ses effets pervers. Une distinction qui reflète toute l'ambivalence de la condition humaine avec ses profondeurs insondables, celle de la créature qui naît divisée : "*Je ne fais pas le Bien que je veux et je commets le Mal que je ne veux pas*" affirme Saint Paul (3). Chargés de puissance maléfique, les effets pervers sont préjudiciables à la collectivité, leur élimination devient une nécessité. Mais la tâche, ici, se complique. Les choses ne sont pas aussi tranchées. Est-ce lié à leur caractère insidieux ? Dans la réalité, les effets pervers se mélangent aux effets heureux (4) et brouillent l'action des gouvernants. Le mal est de surcroît pernicieux. Il agit jusque dans le bénéfice escompté. Ainsi un législateur axé sur les effets positifs de la règle risque, par contre-coup, de minimiser ses éventuelles retombées négatives. Ce danger est d'autant plus à craindre que les effets pervers se développent à l'insu de l'initiateur de la règle.

**6- Des contradictions indésirables et non désirées.** Les effets pervers sont des effets non recherchés. Ils s'opposent en cela aux effets prophylactiques (1) mais se rapprochent, en revanche, des effets secondaires (2).

### 1- Effets pervers et effets prophylactiques

**7- Différences.** La règle de droit produit des conséquences qui découlent des principes qu'elle énonce. Lorsqu'elle a un effet prophylactique ou pervers, elle dévie de sa trajectoire habituelle. Mais ce seul point commun permet de mieux différencier ces deux effets. L'un et l'autre agissent en dehors du champ d'application classique de la règle mais pour mieux se disjoindre. L'effet prophylactique se rattache aux effets

(1) Ph. Jestaz, *Le Droit*, Dalloz, connaissance du droit, 1992 p. 86 et s. Spéc. p. 88 et s. V. les développements très nourris de l'auteur. Adde Ph. Malaurie, *Le consommateur op. cit.* note 20 n° 14 qui relève les abus de la condition suspensive et résolutoire dans la loi Scrivener et qui conseille de "se méfier de l'envoûtement (que le juriste) porte à la technique juridique".

(2) Nous avons retenu ce qualificatif parce qu'il nous semble que l'effet normal de la règle consiste à lui conférer une réelle efficacité. Certains auteurs parlent d'effets pertinents (L. Mader, *L'évaluation législative*, pour une analyse empirique des effets de la législation, C.J.R., Lausanne 1985 ; Pour un classement des différents effets de la loi v. Spéc. p. 90 et s.).

(3) Ep. Romains, 7, vers. 19. En dehors de Saint-Paul et de la doctrine du péché originel qu'énonce le rhéteur Augustin, deux positions radicalement différentes s'affrontent : celle de Hobbes qui considère que la méchanceté est naturelle à l'espèce (cf. *Homo Homini Lupus in Leviathan*) ; à l'opposé celle de Rousseau qui penche pour la bonté naturelle de l'homme. "Le principe fondamental de toute morale sur lequel j'ai raisonné dans tous mes écrits, dit-il, est que l'homme est un être naturellement bon, aimant la justice et l'ordre ; qu'il n'y a point de perversité originelle dans le cœur humain, et que les premiers mouvements de la nature sont toujours droits". (in lettre à Ch. de Beaumont, collection la Pléiade, introductions XCI). Comp. Platon, in la République, éd. G.F. Flammarion, trad. R. Baccou, livre V (462a - 462e) qui se demande quel est dans l'organisation d'une cité, le plus grand bien, celui que le législateur doit viser en établissant ses lois et quel est aussi le plus grand mal ?

(4) Ph. Jestaz, *Le droit*, op. cit. note 21 p. 86.

positifs de la loi. Il est un effet utile transformé par la considération de la réaction des destinataires de la règle. Cette métamorphose suppose un calcul du législateur qui incite les sujets de droit à faire un acte (en leur faisant miroiter un avantage) ou à l'inverse les dissuade de commettre une faute (en y attachant une sanction). Au-delà de l'efficacité recherchée, l'effet prophylactique est un instrument de politique juridique. Le législateur influence telle institution déterminée (famille, santé, éducation, économie, écologie...) et en assure l'ascension ou le déclin selon qu'il veut la promouvoir ou la marginaliser. L'histoire fournit des exemples de telles influences (1). Proche de nous, le droit pénal (a fortiori, le droit pénal des mineurs) illustre ce rôle prophylactique du droit. Lorsqu'il édicte des peines et qu'il organise leur application, le législateur cherche à connaître à l'avance les effets qu'il en attend. Pour cela, il poursuit un but utilitaire. Il fait servir la répression elle-même aux fins de prévention tant générale que spéciale (2). Tout autre apparaît l'effet pervers qui n'est jamais inclus dans les objectifs du législateur.

Les différences entre ces deux catégories d'effets sont de plusieurs ordres. L'effet prophylactique se situe en amont de l'application de la règle, alors que l'effet pervers se produit en aval de celle-ci. Dans un cas les destinataires de la règle répondent au vœu du gouvernant, dans l'autre, ils deviennent indifférents au commandement. Ici, la règle est captée vers une finalité déterminée ; là, elle dessine des méandres imprévus. A la force du droit, répond la revanche du fait.

Bien que différents, effet prophylactique et effet pervers ne s'opposent pas. Ils sont l'un et l'autre en corrélation. Le premier peut empêcher la survenance du second, contribuer à son élimination. Il sera tour à tour vaccin ou antidote. Ces deux effets se concurrencent. L'un peut prendre le pas sur l'autre et inversement. Lorsque par exemple le bénéfice escompté ne s'est pas réalisé ou que l'efficacité recherchée n'a pas été atteinte, les conséquences maléfiques l'emportent (3). En pareil cas, l'effet pervers a supplanté l'effet prophylactique. La primauté d'un effet sur l'autre modifie le paysage juridique. Le rapport de concurrence se mue en hiérarchie. Dans la dépendance de l'effet principal apparaît une nouvelle catégorie, proche des effets pervers : les effets secondaires.

### 2- Effets pervers et effets secondaires

**8- Ressemblances.** Les effets pervers présentent des analogies avec les effets secondaires. Comme eux, ils sont des réactions indésirables consécutives à une conséquence première. L'évocation médicale est saisissante. Les effets secondaires d'un traitement sont des manifestations pathologiques indésirables provoquées par un médicament. Ces effets ne sont jamais voulus. Ils ne se produisent pas nécessairement. Mais, si tel est le cas il n'est guère possible de mesurer ab initio leur amplitude et leur intensité tant ils sont liés à la réceptivité personnelle du sujet. Même prévus, ils ne peuvent être éliminés mais seulement atténués (4). Dans le régime de

(1) Dans le Code Civil par exemple, l'auteur de l'adultère avait interdiction de reconnaître ses enfants adultérins et de leur faire des libéralités.

(2) V. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, T. I, Cujas, 4<sup>e</sup> éd. n° 588 et les références citées ; G. Stephani, G. Levasseur et B. Bouloc, *Droit pénal général*, précis Dalloz 1992, 14<sup>e</sup> éd. n° 29 ; B. Bouloc, *Pénologie*, précis Dalloz 1991 n° 8. Rapp. E. Alfandari, *Droit des affaires*, Litec 1993 n° 10 pour qui l'évolution dans le mécanisme des sanctions correspond à une évolution des mentalités : le droit pénal est utilisé essentiellement comme un "avertissement" donné aux agents économiques.

(3) Les lois caducaires à Rome (cf. Ph. Malaurie, *La famille*, Cujas, 4<sup>e</sup> éd., n° 19) et la loi sur le divorce pour incompatibilité d'humeur sous la Révolution (cf. B. Lemennicier, *Le marché du mariage et de la famille*, P.U.F. libre échange 1988 p. 105) en sont de bonnes illustrations.

(4) L'effet pervers, quant à lui, n'est jamais voulu et en principe non prévu. Mais il peut se faire, exceptionnellement, qu'un effet pervers ait été prévu que la loi ait voulu l'écarter et qu'il se produise néanmoins parce qu'il n'a pu être évité. v. J. Cruet, *La vie du droit ... op. cit.* note 2 p. 277 évoquant le

la responsabilité des fabricants tenant aux produits défectueux, la notion de risque de développement fait songer à ce type d'effets. Comme l'effet secondaire, le risque de développement ne se réalise qu'après coup. Le caractère défectueux du produit, irréprochable au jour où il a été mis sur le marché n'apparaît que plus tard parce que l'état des sciences et de la technique a changé. Cette comparaison permet de mieux distinguer l'effet pervers de l'effet secondaire.

L'effet pervers est un effet de la règle qui est une réaction contre elle. Il n'est pas contenu en germe dans la règle mais lui reste extérieur et ne se produit qu'après coup. Il se distingue en cela de l'effet engendré par une loi pernicieuse (1). L'effet secondaire, quant à lui, est un avatar presque fatal de l'effet premier déjà présent dans la règle. Effet principal et effet secondaire ne s'excluent pas. Le second est une complication du premier, il garde un caractère accessoire. L'effet pervers, quant à lui, est purement et simplement incompatible avec l'effet utile de la règle. Il supprime l'effet normal. La singularité de l'effet pervers, ainsi mise en évidence, soulève la question de ses origines.

## B- CAUSES DES EFFETS PERVERS

**9- Concours de causes.** Les effets pervers sont des incidences rarement immédiates et plus souvent lointaines de la règle, ce qui explique qu'on les ait méconnues. L'effet est inséparable de la cause. Vouloir déterminer celle-ci suppose de remonter la chaîne des antécédents. La tâche, aisée au départ, se complique ensuite. Avant d'atteindre l'ultime maillon qui confine aux mystères de la causalité, il est possible d'envisager deux types de causes. Celles qui sont générales et inexorablement liées à l'évolution des civilisations, auxquelles s'ajoutent celles qui sont spécifiques à la société contemporaine mais non irrémédiables.

**10- Causes lointaines : la part du déterminisme.** L'effet pervers apparaît avec toute forme d'organisation. Toute société civilisée tend au progrès. Aussi, l'homme veut-il faire reculer les limites de la connaissance. Mais plus il avance, plus s'accroît l'inconnu et moins peuvent être mesurées les conséquences dues aux bouleversements occasionnés par le progrès. Ce défrichage de terres nouvelles apporte avec lui sa part d'aléa et d'incertitude. Il est difficile de légiférer en connaissance de cause. Les lois risquent fort d'être dépassées par l'avance technique. Ébloui par les services que rend le progrès, l'homme civilisé se polarise sur lui,

problème de l'incidence des lois en matière fiscale. Incidence qu'il faut toujours prévoir et que l'on ne peut jamais éviter.

(1) Sur l'état présupposé de perversité dans la législation, v. J. Carbonnier, *Flexible droit* op. cit. note 12 p. 23 note 1 ; Sur la loi pernicieuse, v. J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Defren, 1979, Postface p. 292 ; F.-A. Hayek, *La route de la servitude* p. 20, 60 et les références citées. Le législateur peut aussi élaborer une loi pernicieuse en camouflant derrière une disposition "technique" une redoutable opération politique (V. J.-P. Probst, *L'exonération des cotisations familiales pour favoriser l'emploi*, Dr. Social 1994 p. 105 et s. spéc. p. 108 : l'auteur estime qu'à travers une "banale" modification du financement de la branche famille, le législateur veut en réalité d'abord marginaliser puis retirer cette branche du dispositif Sécurité Sociale). Le législateur peut encore sous couleur d'interprétation, cacher dans une loi interprétative des dispositions nouvelles. "Si les choses se passent ainsi, n'est-ce pas que le législateur redoute une vérité qui serait toujours offensante pour l'ordre juridique et encore capable d'alarmer ? La loi aurait-elle deux faces ?" (H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 4e éd. n° 196). Rapp. encore les lois portant diverses dispositions d'ordre social - lois dangereuses pour la démocratie - car elles peuvent être adoptées sans qu'un débat parlementaire d'ensemble ne s'engage sur la question (v. J. Audibert, *La première loi portant D.M.O.S de la 8<sup>e</sup> législature, quelques enseignements*, Dr Social 1987 p. 46 et s. spéc. p. 461 et 462). Ces lois sont votées furtivement, "en légiférant à bas bruit" (A. Cœuret, obs. in *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1989 p. 398) et sous la menace de l'article 49 alinéa 3 de la constitution. Pourront ainsi être adoptées tout en passant inaperçues des mesures importantes, v. par exemple la loi du 27 janvier 1993 portant D.M.O.S et qui, entre autres modifications importantes, organise la défense des droits des femmes à la contraception et à l'avortement. cf. infra n° 38.

oubliant les inévitables inconvénients qui en sont la rançon. La société s'atomise (1). Les conséquences de cette sectorisation rejouent sur le droit. Les concepts s'émiettent ; la règle trop spécialisée utilise à l'excès la sève nourricière et appauvrit d'autant le corpus juridique.

Les sociétés évoluées obéissent à la loi de la complexité croissante. Le corollaire en est la nécessaire interdépendance des phénomènes sociaux : il est impossible d'agir sur certains d'entre eux sans en affecter d'autres (2). Se produisent des phénomènes d'incidence qui s'entrechoquent, se multiplient, contrarient les retombées de la loi. L'effet direct d'une législation peut être supplanté par les conséquences indirectes et de mauvais aloi auxquelles celle-ci aboutit. Dans l'immédiat, une législation n'aura pas de conséquences nocives (la loi étant bonne "ici et maintenant") mais en produira plus tard lorsque ses effets en seront différés. Prévoir ces phénomènes d'impact relève de la divine prophétie, aucune politique ne peut s'en rendre maître. Il est au contraire des causes sur lesquelles il est possible d'agir parce qu'elles ne sont pas inexorables.

**11- Causes proches : la part de la liberté.** Les causes immédiates et non irrémédiables de l'effet pervers sont le fruit d'un paradoxe et d'une abdication.

**Un paradoxe :** le droit contemporain fait cohabiter un excès de rigueur et un trop grand laxisme, l'un comme l'autre pouvant "assassiner l'esprit juridique" (3). D'un côté, le danger de la prohibition (4). La menace de plus en plus précise des effets imprévisibles des techniques conduit le pouvoir à tenter d'éliminer toute forme de risque. C'est pourquoi "il multiplie les interdits et les préventions, rectifie les pratiques et, demain les opinions ; le droit qui était, il y a peu, la protection des hommes libres, se fait maintenant au nom d'un prétendu bien commun, l'instrument de leur asservissement" (5). De l'autre, la tentation de la permissivité. L'État devient plus compréhensif que libéral. Le "Laissez-faire, laissez-passer" de l'État libéral se délite. Cette excessive fluidité engendre le pluralisme. La libération des individus se fait au détriment de la liberté des personnes. Il en résulte un sentiment général d'irresponsabilité (6).

(1) Ce morcellement peut expliquer qu'au sein d'une société éprise d'égalité subsistent des différenciations ; la loi sur l'aide juridique par exemple distingue paradoxalement, entre droits des pauvres - droits "fermés" dont l'exercice est réservé - et, droits des riches - droits "ouverts" dont l'exercice est facilité - (Fr. Auque-Warembourg obs. in *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1991 p. 823). Le droit contemporain accentue aussi les clivages entre forts et faibles, parfois au sein d'une même catégorie entre bailleurs, créanciers... A plus grande échelle, cette course effrénée pour le progrès explique-t-elle que les sociétés qui atteignent un certain degré d'évolution engendrent la pauvreté et l'exclusion et que dans notre univers rationnel et planifié deux êtres humains sur trois ne mangent pas à leur faim ? La question peut être posée.

(2) Les analyses économiques du droit ont montré par exemple que l'établissement et le maintien par les pouvoirs publics d'un salaire minimum non seulement diminue l'emploi (les employeurs renonçant à embaucher parce que la main-d'œuvre non qualifiée coûte trop cher) mais détruit la stabilité de la famille, diminue la fécondité de la femme aux âges où celle-ci est la plus fertile (B. Lemennicier, *Le marché du mariage et de la famille*, op. cit. note 27 p. 193). Ainsi, toute disposition relative au salaire minimum aura des incidences économiques, sociales, familiales...

(3) G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 1990 p. 322. Rapp. Fr. Terré, *Droit de la faillite ou faillite du droit ?* op. cit. note 15 p. 9 qui évoque le mélange périlleux du laxisme et de la rigueur.

(4) V. par exemple Fr. Cabareil, *Une alternative à la prohibition des drogues, la légalisation contrôlée* *Rev. droits*, 1994, p. 125 et s. spéc. p. 129 et 130 qui décrit les nombreux effets pervers de la prohibition des drogues au plan économique, social, sanitaire et juridique. Comp. la réponse très circonstanciée de R. Gassin, *ibidem*, *Séduction idéologique ou réalisme scientifique*, p. 137 et s. spéc. p. 146. Adde B. Lemennicier, *Prohibition de la drogue diagnostic et solutions*, in le *Journal des économistes et des études humaines* vol 3, n° 4 déc. 1992 p. 493 à 522 ; Les paradoxes de la prohibition, *Journal Le Monde*, 6 janvier 1994 p. 8.

(5) Ph. Portier, *Droit et Liberté dans la pensée politique au XIX<sup>e</sup> siècle*, *Rev. droits* 1994 p. 49.

(6) A.G. Slama, *Le nouvel ordre juridique moral*, *Rev. droits* 1994 p. 47.

**Une abdication :** les lois contemporaines ont abandonné l'option fondamentale (1) ; elles sont pensées en termes d'organisation et d'efficacité (2). Le "bien agir" naguère, but moral de la législation, cède la place aujourd'hui à un but éthique et psychologique "être heureux". La loi doit pourvoir au bonheur des individus (3), leur épargner toute forme d'échec (4). Le poids excessif accordé aux considérations psychologiques consacre la prééminence du sentiment sur les idées (5). Les dérapages peuvent en être aisément perçus : la voie est ouverte au radicalisme et au fondamentalisme véhiculant intégrismes et fanatismes de toutes sortes. Ce retour en force de l'état de nature (6) fait peser la menace d'un "nouvel ordre moral" fruste et totalitaire. Il pourrait être le prix à payer pour les sociétés civilisées n'ayant pas acquis ce supplément d'âme que préconisait Bergson. Le mal est important. Causalités médiates et immédiates se conjuguent pour creuser le lit de l'effet pervers. Elles rendent plus nécessaire encore une tentative de systématisation.

### C. TYPOLOGIE DES EFFETS PERVERS

**12- Différentes classifications.** Il est difficile de caractériser l'effet pervers, tant le sujet est immense. L'établissement d'une typologie peut, néanmoins, être envisagée. Les effets pervers sont des réactions imprévues à une conséquence première. Les suites attendues ici se produisent ailleurs et différemment (7). Ce phénomène est constant. Ce qui change, en revanche, c'est la forme sous laquelle se manifestent ces effets. Il n'y a donc pas de variété conceptuelle mais plutôt une diversité fonctionnelle des effets pervers. Par ailleurs, une différence de degré plus qu'une différence de nature permet de mettre en évidence ces effets rebelles à toute forme de distinction tranchée. Cette double constatation suggère de classer les effets pervers en fonction de leurs caractères respectifs (critère qualitatif) et selon leur degré d'intensité (critère quantitatif).

#### 1- Critère qualitatif

**13- Différents caractères des effets pervers.** Les effets pervers sont des effets comportementaux. Ils ne se manifestent pas directement et agissent de façon souterraine. Ces traits spécifiques permettent de les distinguer d'autres types d'effets.

**14- Effets normatifs et effets de comportement.** Les effets pervers sont des effets concrets. Ils sont omniprésents dans la sphère des faits. Ils s'opposent aux effets normatifs qui sont une conséquence de la loi. Étant des effets de compor-

(1) Les lois ont clairement abdiqué leur fonction morale d'élévation des êtres. Rapp. J.-M. Lustiger, *Le choix de Dieu*, Éd. de Fallois, 1987.

(2) J. Billu, in, "La technique ou l'enjeu du siècle", Paris 9154 parle de "mythologie technicienne". Adde G. Siama, *Le nouvel ordre moral*, op. cit. note 35 p. 41 qui évoque la nouvelle religion de la sécurité et de la vie, la recherche du compromis à tout prix.

(3) Fr. Terré, *La "Crise de la loi"*, op. cit. note 12 p. 21.

(4) La loi ne vise plus seulement comme dans la conception Kantienne à assurer la coexistence des individus, elle devient un instrument de leur solidarité (G. Burdeau, *Le déclin de la loi* op. cit. note 14 p. 20).

(5) Rapp. Balzac : "Le sauvage n'a que des sentiments, l'homme civilisé a des sentiments et des idées (La cousine Bette, collection La Pléiade, T VI p. 165). Le droit certes est imprégné de sentiment (G. Cornu, *Du sentiment en droit civil*, Ann. Fac. de droit de Liège, 1963 p. 189 et s. ; La bonté du législateur *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1991 p. 283 et s.) mais ne se laisse pas submerger par celui-ci.

(6) Un état de nature qui n'est en rien celui qu'exalte Rousseau (v. *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, 1ère partie, Collection la Pléiade p. 134 et s. spéc. p. 142 note IX).

(7) J. Carbonnier, *Flexible droit*, op. cit. note 12, p. 139.

tement, ils sont une conséquence de l'attitude des sujets de droit. Quelle que soit la forme que revêt ce comportement, une large place est faite à la liberté des individus. "Assurément, la norme sociale est accomplie, mais son accomplissement est purement formel car ses propres sujets la doublent d'une autre norme. Norme privée qui peu à peu, la vide de sa substance" (1).

**15- Effets directs et effets indirects.** La loi peut connaître des dérives, être mal appliquée. Ces atteintes directes ne sont pas des effets pervers. La loi inappliquée n'en reste pas moins la loi. Celle qui produit des effets pervers se voit doublée d'une norme parallèle. Ces effets agissent à distance. Ils atteignent, certes, la loi mais ne découlent pas des principes qu'elle édicte. Ce sont des répercussions de l'existence de la règle qui se produisent à l'extérieur de son champ d'application. La réaction peut être immédiate ou différée mais elle se fait toujours de façon indirecte. La loi tombe en dehors de sa cible.

**16- Effets visibles et effets souterrains.** Les effets pervers sont des effets sociaux et sont donc perceptibles. Cette apparence ne doit pas tromper. La partie cachée de l'iceberg est la plus importante. Les effets pervers sont d'abord des effets souterrains (2) qui modifient, à leur insu, les mentalités du corps social. Ceci explique que leur action soit lente mais durable et qu'ils puissent être dangereux.

#### 2- Critère quantitatif

**17- Degrés d'intensité des effets pervers.** L'histoire et la loi constituent deux bons paramètres pour mesurer la variabilité des effets pervers. La première est leur champ d'expérimentation ; la seconde leur terre d'élection.

**18- L'histoire facteur d'expérimentation des effets pervers.** Toute époque a vraisemblablement eu son lot d'effets pervers. Déjà, au siècle de Périclès, pourtant âge des lumières de la Grèce, la civilisation qui engendre des chefs-d'oeuvre se tourne finalement contre les hommes (3). Par delà les siècles, et dans la France Révolutionnaire, les effets pervers de la législation égalitaire en matière successorale ont suscité une réflexion nourrie chez les historiens. L'égalité proclamée entre les filles et les garçons conduisit au démembrement des exploitations et eut des conséquences démographiques néfastes (4). Peu après, l'effet de division des fortunes voulu pour le code Napoléon soucieux de maintenir la petite propriété rurale se transmuta "en un effet de restriction des naissances". Empêchés par les lois de faire un aîné (les pères de familles) opposèrent aux lois l'aînesse irrécusable du fils unique" (5). Comme il a été remarqué "l'Ancien Régime faisait le fils aîné, le Code Civil a fait le fils unique" (6).

De son côté, le principe d'autonomie de la volonté, fut à l'origine au XIXème siècle, de l'écrasement du salariat par le patronat.

(1) J. Carbonnier op. et loc. cit.

(2) Tel est le qualificatif retenu par Ph. Malaurie in *L'homme, être juridique* op. cit. note 13 p. 98.

(3) F. Châtelet, *La philosophie*, T. I, De Platon à Saint Thomas, p. 24 qui note que l'oeuvre Platonicienne est d'abord une méditation sur cet échec.

(4) Y. Lassard, *La condition juridique de la femme mariée en Savoie Propre de 1782 à 1882*, thèse dactylographiée, Grenoble 1991 spéc. p. 27 et s. p. 81 et s. p. 205 et s. ainsi que les nombreuses références citées par l'auteur ; M. Segalen, *Les structures familiales in Famille et mariage, Histoire de la population française*, III, de 1789 à 1914 P.U.F. 1988 p. 405 à 423 (spéc. p. 410 et s.) Adde J. Habakkuk, *Family Structures and Economic Change in XIXème, Th. Europe*, in *Journal of Economic History*, XV-1, 1955 p. 1 à 13.

(5) J. Carbonnier, *Flexible droit* op. cit. note 12 p. 138 et 139.

(6) A. Colin, *Le droit de succession dans le code civil*, livre du centenaire du code civil p. 297 et s.



Plus près de nous, la réglementation des baux a révélé les incidences négatives du loyer scientifique (1).

Mais les effets pervers furent-ils hier aussi nombreux qu'aujourd'hui ? La comparaison du code civil avec le droit contemporain permet de répondre par la négative. Celui-ci est, certes, beaucoup plus prolixe en lois que jadis. Mais ce défaut de sobriété ne suffit pas à expliquer une telle dissymétrie. Il faut donc aller plus loin. Les travaux des sociologues montrent que les effets pervers sont à l'origine des changements et bouleversements sociaux (2). Dès lors, la fréquence des effets pervers à une époque donnée ne peut-elle être mesurée à l'aune des mutations engendrées au même moment ? En d'autres termes, les périodes de grande stabilité seraient plus pauvres en effets pervers que celles qui sont le théâtre de bouleversements importants. Transposée à la Science Juridique, cette équation se vérifie aisément. Le temps du Code Civil fut celui de la stabilité, voire de l'immuabilité. Reprenant l'Ancien Droit, le Code Napoléon a peu innové et n'a pas fait preuve d'originalité (3). Il n'a produit que peu d'effets pervers. Notre temps est celui des changements incessants, de nombreuses lois produisant des effets pervers.

**19- Effets pervers d'hier, d'aujourd'hui et de demain.** La prise en considération du facteur temps est importante, elle préside à d'autres formes de classement. Ainsi, la transformation de la société due aux effets pervers ne se fait pas de façon uniforme. Plus lente aux époques où le système normatif vit en bonne intelligence avec les autres modes de régulation sociale (mœurs, religion, morale), elle sera plus rapide aux périodes de contraste. Pareille transformation peut encore être plus ou moins durable. Tout dépend en quel point et à quelle profondeur la société est touchée. Les effets pervers sont les marqueurs biologiques du milieu social dans lequel ils évoluent. A la vigueur de leur impact est lié l'état de santé de la société qui les abrite.

Plus ou moins nombreux, plus ou moins rapides, plus ou moins durables, tels sont les effets pervers mais, qui au bout du compte, opèrent des transformations jusqu'à ce que ..., sous leur impulsion, se produisent d'autres changements. Faut-il en conclure qu'une société saine est nécessairement une société immobile (4) ? Gardons nous d'une telle déduction. Le conservatisme produit des effets pervers encore plus graves. Le véritable enseignement nous vient des grecs : *μεδεν αγαον* affirmaient-ils. Nuance et mesure sont les garantes d'une évolution harmonieuse. La vitalité du Code Civil en atteste. La fragilité des lois contemporaines en fait la démonstration a contrario.

**20- La loi terre d'élection des effets pervers.** Les effets pervers sont universels. Ils sévissent sous toutes les latitudes. Au sein du système normatif néanmoins, il semble que la loi (5) soit susceptible de produire plus d'effets pervers que d'autres modes d'expression du droit (6). A cela, plusieurs raisons peuvent être

(1) F. Warembourg-Auque, Rapports locatifs : L'équilibre introuvable (commentaire de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989), J.C.P. 1989, I, 3421, n° 5). Sur les effets pervers du mécanisme du loyer scientifique en droit comparé, v. Rev. Europ. Dr. Consommation 1988 p. 38.  
 (2) R. Boudon, Effets pervers et ordre social op. cit. note 4 p. 17 et s.  
 (3) P. Bonassies, A travers le Fenet, Mél. Béguet, 1991 p. 29 et s.  
 (4) Sur le statisme du droit, Rapp. G. Ripert, Les forces créatrices du droit, L.G.D.J. 1955, chap. 1er.  
 (5) Nous entendons loi au sens de règle écrite, générale et permanente édictée en forme de commandement par les pouvoirs publics (J.-L. Bergel, Théorie générale du droit, méthodes du droit, 2e éd. n° 46). Sur les différents sens du mot loi, v. ce mot in G. Cornu, Vocabulaire juridique, Ass. H. Capitant, 3e éd. p. 487.  
 (6) Le champ d'application de l'effet pervers est illimité. Rien ni personne ne lui échappe. Arrêtons nous, par exemple, sur l'effet pervers de la jurisprudence.

avancées. La première tient à ce que la loi reflète la structure dialectique de l'effet pervers. Toute loi, en soi, est un bienfait et un mal. Ce thème fait partie aujourd'hui du patrimoine du juriste (1). Mais il y a plus. La loi est la norme de référence et, même contestée dans son audience (2) elle n'est pas discutée dans son autorité. C'est là sa force mais aussi sa faiblesse. Par essence, la loi commande : elle défend ou elle permet mais elle ne peut préjuger du comportement de ses destinataires. Or, bonne ou mauvaise, la réaction se fera nécessairement. Par sa rigidité et la distance qu'elle établit entre elle et les sujets de droit, la loi paraît donc la norme la moins apte à se prémunir contre d'éventuels effets comportementaux déviants (3).

La loi est aussi le lieu où les effets pervers sont les plus visibles parce que les plus choquants. S'il est un endroit où l'on ne voudrait pas qu'ils fussent, c'est bien dans la loi, expression de la souveraineté populaire. Cette investiture n'est pourtant pas suffisante pour la faire échapper à diverses vicissitudes.

**21- Effets pervers et maladies de la loi.** Divers phénomènes peuvent perturber la trajectoire de la loi au stade de son application. La sociologie juridique met en évidence une première pathologie : la loi peut être ineffective (4).

Avec beaucoup de clairvoyance certains auteurs avaient dénoncé, avant le revirement opéré par la première chambre civile le 7 mars 1989 l'effet pervers de l'extension des obligations de sécurité corporelle dans les contrats dont l'objet principal est tout autre (v. notamment G. Viney, La responsabilité civile, conditions n° 554 ; H. Groutel, Vers un chambardement de l'obligation de sécurité dans les contrats, Juriscl. Resp. civ. et assur., mai 1989 p. 6). Rapp. les effets pervers de la jurisprudence communautaire sur le droit national. Citons par exemple : l'interprétation du principe de la liberté de prestation de services par la C.J.C.E qui constitue une source potentielle de Dumping Social en permettant à une entreprise d'envoyer des salariés dans un autre pays de la Communauté et d'échapper aux règles de ce pays qui régissent les conditions de travail (v. G. Lyon-Caen, Le droit social de la Communauté Européenne après le traité de Maastricht, D. 1993, chron. p. 149 et s. ; S. Robin, L'application du droit social français aux entreprises prestataires de services établies à l'étranger, Dr. Social 1994 p. 127 et s. spéc. p. 129 et les références citées). Evoquons également l'effet pervers du principe d'égalité entre hommes et femmes qui aboutit à la condamnation par la C.J.C.E de l'interdiction du travail de nuit des femmes en France (M.A. Moreau, Travail de nuit des femmes, obs. sur l'arrêt de la C.J.C.E. 25 juill. 1991, Dr. Social 1992 p. 174 et s. ; Ch. Pettiti, Le droit communautaire, le droit de l'OIT et le travail de nuit, note sous CJCE 2 août 1993, D. 1993 p. 577).

(1) J. Carbonnier, Essais sur les lois, op. cit. note 29 p. 271 et s. p. 293 et les références citées. Rapp. Ph. Jestaz, Source délicateuse ... (remarques en cascades sur les sources du droit, Rev. Trim. Dr. Civ. 1993 p. 73 et s. v. spéc. p. 79). "La règle de droit par définition ne peut être ni vraie ni fautive mais seulement bonne ou mauvaise selon les opinions".

(2) La "crise de la loi" (v. Fr. Terré, op. cit. note 12) a ouvert une ère nouvelle. Une brèche s'est formée dans l'édifice législatif. La loi étant désacralisée, il sera plus facile d'en percevoir les effets pervers. (Sur l'évolution de la notion de loi, v. G. Burdeau, Le déclin de la loi, op. cit. note 14 ; Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit Français, Arch. Phil. Dt. 1939 p. 7 et s. ; "Loi" in Encyclopédia Universalis, 1985 ; R.E. Charlier, Vicissitudes de la loi, Mél. Maury p. 303 et s. ; de façon générale on consultera avec profit le T. XXV des Arch. Phil. Dt. de 1980, consacré à la loi ; Adde J. Cl. Bécane et M. Couderc, la loi, Dalloz 1994 spéc. p. 69 et s.)

(3) M.-A. Frison-Roche et S. Bories, La jurisprudence massive, D. 1993 p. 287 et s. v. spéc. p. 289 "Le législateur lance une loi selon l'idée qu'il a de sa réception, mais il ne peut prendre la mesure de tous ses effets, notamment de ses effets pervers". Rapp. H. Laurent et L. Boyer, Adages du droit français, op. cit. note 29 n° 99 "La toute puissance de la loi s'exerce sans considération pour les résultats auxquels son application ou sa conception peut conduire" et P. Amselek, L'étrangeté ontologique du droit, Rev. droits 1990 p. 90 : la loi établit une distance entre le législateur et les citoyens ; distance qui exclut un contrôle du suivi de ses commandements". (Sur l'avantage que peut apporter la loi expérimentale en face de tels inconvénients cf. infra n° 80). Il est par ailleurs significatif de relever que la jurisprudence produit d'autant plus d'effets pervers qu'elle "concurrence" le législateur. Ainsi en est-il lorsqu'elle est véritablement "législative" (sur la signification de ce terme v. F. Zenati, La jurisprudence, Dalloz 1991 p. 177 et s.), lorsqu'elle use (abuse?) de son pouvoir prétorien (à titre d'illustration, v. la jurisprudence de la 1ère chambre civile sur la notion de délivrance conforme avant le revirement du 5 mai 1993 qui "élaborait de perverses confusions remettant en cause l'ordonnement juridique établi par la loi" in, A. Benabent, Contrats spéciaux, Montchrestien 1993, n° 180) ou bien encore lorsqu'elle se permet à l'occasion de ré-écrire la loi ; tel est le cas lorsque le Conseil Constitutionnel fait une déclaration de conformité partielle ou de conformité totale assortie de réserves interprétatives ; il peut, par ce biais, vider une réforme de sa substance v. J.-P. Gridel, L'exécution des décisions du Conseil Constitutionnel, commentaire de la thèse de M. Guillaume Drago, Rev. Trim. Civ. 1989 p. 518).

(4) J. Carbonnier, Flexible droit op. cit. note 12 p. 121 et s.

L'ineffectivité peut être partielle ou totale et entre ces deux pôles, comprendre toute une série d'états intermédiaires. En pareil cas, la loi ne produit pas d'effet, ou seulement, un effet réduit selon le degré d'ineffectivité. Proche de l'ineffectivité mais néanmoins différents, sont les phénomènes d'incidence dans l'application des lois (1). Dans ce second schéma, la loi produit un effet mais qui n'est pas celui qu'avait voulu son auteur. Cet effet n'est pas forcément néfaste. Il arrive qu'un effet imprévu se révèle bénéfique (2). Beaucoup plus fréquemment, l'effet incident est un effet pervers. Celui-ci s'exprime à travers des signes. Le déséquilibre de la loi provoqué par ce mal "hors norme" justifie, par ailleurs, de lutter contre lui. L'étude de l'effet pervers des lois (3) nous conduit d'abord à envisager ses manifestations (I) avant de proposer les moyens de nature à le combattre (II).

### I - MANIFESTATION DE L'EFFET PERVERS (LES SIGNES DU MAL)

22- **Sémiologie de l'effet pervers.** L'effet pervers peut agir sur toute loi. On pourrait dire qu'il sommeille à l'ombre de la loi, prêt à se réveiller lorsque des circonstances favoriseront son apparition. Les signes à travers lesquels il manifeste sa présence sont d'une grande diversité. Ils atteignent la loi dans ses éléments fondamentaux : son but, sa force, sa viabilité. L'effet pervers peut tout d'abord s'attaquer à la finalité de la loi (A). Dans le domaine du droit affirmait Ihering "rien n'existe que par le but et en vue du but" (4). Cette analyse téléologique du droit peut aussi convenir à la loi "la loi en majesté" selon l'image du Doyen Carbonnier et qui est la "manifestation du Grand Droit" (5).

La nature propre de la loi la rend obligatoire. Dans son objet même, elle doit être appliquée. Cette autorité a ses faiblesses. L'effet pervers peut les utiliser en amoindrissant la force de résistance de la règle. Sous l'incidence de ce phénomène perturbateur, la loi perd de sa force naturelle, son autorité se détériore (B).

La loi doit se faire accepter. De l'accueil fait par les sujets de droit dépendent l'efficacité et la longévité de celle-ci. "L'indigestion du corps social" (6) ouvre la route à l'effet pervers. Ce dernier va porter atteinte à la réceptivité de la loi (C) en transformant le comportement de ceux qu'elle régit.

(1) J. Carbonnier, Flexible droit op. cit. note 12 p. 136 et s. L'incidence de l'impôt, à laquelle nous sommes habitués remarque l'auteur n'est qu'un aspect particulier d'un phénomène infiniment plus vaste, qui est l'incidence de la loi. Sur cette question v. J. Cruet, La vie du droit... op. cit. note 2 p. 276 et s.  
(2) Il peut y avoir des effets imprévus positifs. C'est l'heureuse surprise. Sur la part du hasard et de l'aléa cf. infra n° 54 note 151.

(3) Sur l'intérêt d'avoir recours à la linguistique à l'égard des mots : effets et loi, on se reportera à G. Cornu, Linguistique juridique, op. cit. note 32 p. 115 et 71. L'adjectif pervers n'appartient pas ipso facto à la langue juridique. Seule la perversion et la perversité sont appréhendées par le vocabulaire du droit pénal. Du qualificatif latin : *perversus*, dérivent deux substantifs : *perversio* (qui vise un état permanent) et *perversitas* (qui vise une attitude momentanée).

(4) R. Von Ihering, L'évolution du droit, 1901 Trad. de Zweck Im Recht par O. de Meulenaere, Paris, p. 291 ; Adde Ch. A. Morand, Les objectifs de la législation, approches diversifiées et complémentaires, Rev. Rech. Jurid. 1989 p. 862 et M.-A. Frison-Roche, Les difficultés méthodologiques d'une réforme du droit des faillites, D.1994 chron. p. 17 qui fonde la nécessité du recours à la méthode législative (cf. infra n° 80) sur l'extériorité aujourd'hui affirmée de la cause de la loi qui n'est plus "fermée, tautologique" dans la volonté du législateur. "La loi n'a plus pour raison la loi. Parler de méthode législative, c'est sortir de l'hypothèse d'une souveraineté du législateur en causant et en finalisant par l'extérieur son acte".

(5) J. Carbonnier, Flexible droit, cité par J.-Cl. Bécane et M. Couderc, La loi, op. cit. note 56.  
(6) V. R. Savatier, L'inflation législative et l'indigestion du corps social, D.1977 chron. p. 43.

### A- ATTEINTE À LA FINALITÉ DE LA LOI

23- **Hasard et nécessité.** La finalité manifeste la plénitude de la loi ; mais elle n'est pas toujours aisée à débusquer. "Le législateur envisage, les utilisateurs inventent, la jurisprudence canalise. Entre chaque démarche, le hasard, le libre arbitre relatif s'intercalent" (1) et l'effet pervers s'installe qui contrarie (1) ou détourne (2) la finalité de la loi.

#### 1) Finalité contrariée

24- **L'ambition des lois contemporaines.** Le législateur prise les déclarations d'intention et formule péremptoirement ses objectifs (2). Par formulation d'objectifs il faut entendre "les déclarations d'objectifs, de caractère finaliste, poursuivant un but de politique juridique, exprimées dans les textes de lois même s'il ne s'agit que de déclarations d'intention très générales n'ayant pas d'effet matériellement normatif" (3). Il peut y avoir pluralité (a) ou unicité (b) d'objectifs.

#### a) Pluralité d'objectifs

25- **Finalité sacrifiée.** Il se peut qu'une loi ait plusieurs objectifs mais ne puisse tous les atteindre en raison de leur incompatibilité. En pareil cas, l'effet pervers aboutit à en privilégier un au détriment des autres. L'article 1er de la loi du 25 juillet 1985 sur les procédures collectives (dont l'économie et la structure n'ont pas été bouleversées par celle du 10 juin 1994) illustre ce propos. Aux termes de ce texte "il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif". Dans la réalité, la sauvegarde de l'entreprise pratiquée aveuglément ne peut permettre l'apurement du passif, elle conduit à aggraver ce passif. Ainsi qu'il a été souligné "autant d'objectifs visés par l'emploi d'une seule procédure, s'ils étaient atteints, on serait en droit de parler de merveille juridique" (4). En fait de merveille juridique, la loi du 25 juillet 1985 contient une liste impressionnante d'effets pervers (5).

La pluralité d'objectifs peut ne pas apparaître formellement, elle n'en est pas moins réelle. La loi Badinter du 5 juillet 1985 qui accorde un droit à réparation aux victimes des accidents de la circulation en établissant pour cela un système d'indemnisation fondé sur l'assurance est, à cet égard, révélatrice (6). Il existe une incompatibilité de buts entre la finalité exprimée par la loi (indemnisation automatique des victimes équivalant à une assurance tout risque) et la finalité de l'assurance sous jacente dans la loi (établissement d'un système de prix basé sur le contrôle du comportement des conducteurs ou agresseurs potentiels). La loi exclut dans le principe

(1) J. Hauser, Détournement d'adoption plénière, note sous civ. 7 mars 1989, D.1989, JP 479.

(2) Pour des exemples de textes paraissant comporter des déclarations d'objectifs, v. Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs, Rev. Rech. Jurid. 1989, cahiers de méthodologie juridique n° 4 sous la responsabilité de J.-L. Bergel, p. 823 à 851 et 1016 à 1037.

(3) J.-L. Bergel, les formulations d'objectifs dans les textes législatifs op. cit. note 66 Avant propos p. 765 ; Adde p. 775 : "Ces objectifs ne sont pas mis en évidence de la même manière dans tous les textes. Dans certains cas, ils sont implicites ou diffus dans la loi. Dans d'autres, ils sont formellement exprimés dans le titre de la loi. Dans d'autres, enfin, ils sont énoncés dans le corps même de la loi.

(4) Fr. Terré, Droit de la faillite ou faillite du droit ? op. cit. note 15 p. 18.

(5) Fr. Terré, op. et loc. cit. note 68 qui énumère la liste de ces effets pervers ; Adde M. Despax, L'évolution du droit de l'entreprise, in, Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur de J. Savatier, P.U.F. 1992 p. 177 et s. spéc. p. 180 et 185 ; B. Soimne, Bilan de la loi du 25 janvier 1985, Rev. proc. collec., 1993, p. 345 et s. ; J.-L. Vallens, A propos de la réforme de la loi sur les entreprises en difficultés, les petites affiches, 18 févr. 1994 n° 21.

(6) B. Lemennicier, Économie du droit, op. cit. n° 5 p. 119.

l'incidence du comportement de la victime sur son indemnisation alors que les mécanismes de l'assurance exigent de l'assuré un maximum de précautions. Privilégier, de surcroît, le caractère automatique de l'indemnisation des victimes suppose d'interférer dans l'ordre spontané du mécanisme de l'assurance, c'est-à-dire de détruire le système de prix établi par les assurances. Cette destruction entraîne des effets pervers au nombre desquels figurerait celui d'accroître les accidents mortels (1).

### b) Unicité d'objectif

26- **Finalité inversée.** Lorsque la loi ne formule qu'un seul objectif, l'effet pervers consiste à produire l'effet exactement inverse à celui prévu par la loi (2). Les lois contemporaines fournissent de nombreuses illustrations de cette finalité inversée. Quelques exemples particulièrement éclairants pourront nous dispenser d'une liste exhaustive. Prenons les lois sur les baux d'habitation, elles ont successivement proclamé avec emphase : "le droit à l'habitat (aujourd'hui le droit au logement) (3) est un droit fondamental". Les locataires peuvent-ils exciper de ce droit ? Rien n'est moins sûr. Il existe un réel blocage du marché locatif, nombre de locaux sont vides, nombre de locataires cherchent à se loger, mais les propriétaires ne veulent plus louer estimant les contraintes législatives et réglementaires trop pesantes (4). Ainsi les lois sur les baux d'habitation qui désiraient favoriser l'investissement locatif ont abouti à rendre plus précaire le logement (5).

En droit du travail l'analyse des lois sur le licenciement conduit à un résultat identique. Le législateur a voulu protéger les salariés contre une rupture intempestive du contrat de travail à l'initiative des employeurs. Mais que s'est-il passé ? Les employeurs jugeant trop contraignantes les règles procédurales et fondamentales sur le licenciement ont réduit l'embauche (6). On a même vu certaines entreprises recourir de façon massive à la pratique du stage pour éviter d'appliquer les règles sur le droit du licenciement (7). Les lois sur le licenciement dont le but était de conférer aux salariés une réelle stabilité dans la relation de travail ont abouti en fin de compte à fragiliser leur situation.

Qu'il procède par substitution ou par élimination, qu'il inverse ou sacrifie l'un des objectifs de la loi, l'effet pervers contrarie toujours la finalité de la loi, phénomène voisin et pourtant différent du détournement de la loi.

### 2) Finalité détournée

27- **Le destin de la règle.** Une fois élaborée, la règle échappe à ses auteurs. Elle rencontre un certain nombre d'intermédiaires qui, placés sur sa trajectoire, vont la détourner de sa finalité. "Le législateur, loin d'être le maître absolu des instruments juridiques doit compter avec ces intermédiaires obligés qui peuvent infléchir plus ou moins ses intentions et finalement faire appliquer des règles plus ou moins différentes de celles que lui-même avait en vue" (8). Sous l'impulsion des

(1) E. Landes, Insurance, Liability and Accidents : a theoretical and empirical investigation of the effect of no-fault accidents, the journal of law and economics, Avril 1982.  
 (2) V. L'étymologie du mot pervers ; perversus signifie renversé. v. aussi la définition donnée par le dictionnaire Larousse de ce mot : dont les résultats sont contraires aux résultats voulus.  
 (3) Ce changement de terminologie est dû à une résolution du parlement Européen (V. J.O. Déb. Ass. Nat. 23 mai 1989 p. 1080).  
 (4) J.-L. Aubert, Les difficultés d'un équilibre, à propos de la réforme en cours du régime des baux d'habitation, D. 1986 chron p. 247.  
 (5) F. Zenati et A. Coëret obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1989 p. 382.  
 (6) Fr. Terré, "La crise de la loi", op. cit. note 12 p. 24.  
 (7) F. Zenati et A. Coëret, obs. in Rev. trim. Dr. civ. 1989 p. 387.  
 (8) P. Amsselek, L'étrangeté ontologique du droit, op. cit. note 57 p. 89.

utilisateurs de la loi susceptibles de la détourner à leur profit, l'effet pervers va se manifester comme un effet réducteur (a) ou amplificateur (b) du champ d'application de la loi.

### a) Effet réducteur

28- **La loi indûment réduite.** La loi détournée de sa finalité, son champ d'application va se trouver indirectement réduit. Deux exemples peuvent illustrer ces propos : l'un tient de la rétrospective, l'autre de la prospective. On se souvient quelle fut l'interprétation donnée par la cour de cassation du droit fondamental à l'habitat. La cour suprême a considéré à plusieurs reprises que la loi excluait de son champ d'application les résidences secondaires (1) contrairement aux vœux pourtant clairement formulés par le législateur (2) et aux commentaires doctrinaux (3).

Évoquons à présent le principe de la responsabilité pénale des personnes morales posé par le nouveau code pénal. Pareille responsabilité ne risque-t-elle pas d'être détournée au profit de ses destinataires ayant recours, par exemple, à la création de personnes morales fantômes ? Au regard du régime juridique élaboré par le législateur ne peut-on craindre, encore, qu'il induise de la part des intéressés des comportements tendant à tourner les prévisions de la loi ? (4). Appliquées au droit du travail, de telles craintes peuvent devenir réalité, particulièrement lorsque la personne physique qui aura commis l'infraction dont la loi permet l'imputation à la personne morale sera un simple délégué. Pourquoi ? Selon l'article L. 121-2 du code pénal pour que le groupement puisse être poursuivi en tant que tel, il faut que la personne physique dont le comportement a incarné l'infraction puisse être considérée comme un organe ou un représentant de la personne morale.

La notion d'organe étant exclusive de celle de préposé les dirigeants d'entreprise, pourront donc en toute liberté, déléguer leurs pouvoirs et par ce biais réduire indûment le champ d'application de la responsabilité des personnes morales (5).

Quant à la qualité de représentant si l'on en adopte une conception stricte dérivée du droit civil, elle peut également entraîner des conséquences néfastes. Dans ce schéma, seule l'infraction commise par le représentant dans l'exercice de son pouvoir juridique sera imputable à la personne morale. Concrètement, seules les infractions en rapport avec la gestion administrative pourront remonter jusqu'à la personne morale et non celles en rapport avec la gestion purement technique.

(1) Cass. civ. 3e, 29 Nov. 1983, Bull. civ. III n° 242 ; D. 1984, 41 note Giverdon ; Gaz. Pal. 1984, I, 2, concl. Rocca ; J.C.P. 1984, I, 20196, note Fr. Warembourg-Auque ; Rep. Defren 1984, art 33223, note Pelletier ; Rev. trim. Dr. civ. 1984, 324, obs., Ph. Rémy - Cass. civ. 3ème, 11 oct. 1989, J.C.P. 1989, 11, 21536, note G. Paisant.  
 (2) Plusieurs amendements tendant à exclure les résidences secondaires du nouveau dispositif légal avaient été repoussés pendant les travaux préparatoires de la loi v. Rapp. Bockel, Doc. Ass. Nat. 1ère sess. extraord. 1981-82 n° 684 p. 46.  
 (3) Si l'article 2 de la loi du 22 juin 1982 écartait de son emprise les locations à caractère saisonnier, il ne formulait aucune exclusive à l'encontre des locaux "de plaisance" (G. Paisant op. et loc. cit. supra note 79) Adde : J.-L. Bergel, Le domaine d'application de la loi Quilliot, in, Le droit nouveau de la location, Economica, 1983 p. 17 ; J.-P. Richard, Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs, Rev. Rech. Jurid. op. cit. note 66 p. 821 ; Ph. Malaurie, Droit civil, introduction générale, Cujas 2e éd. n° 518 ; B. Soinne et F. Warembourg-Auque, La loi Quilliot : commentaire de la loi du 22 juin 1982 relative aux droits et obligations des locataires et bailleurs : J.C.P. 1983, I, 3098, n° 28 qui reconnaissaient l'application de la loi aux résidences secondaires tout en regrettant qu'il n'en fut pas autrement.  
 (4) A. Coëret, La nouvelle donne en matière de responsabilité, Dr. Social 1994 p. 627 et s. ; Adde, notamment E. Fortis, Les infractions du nouveau code pénal créées ou remaniées ; Dr. Soc. 1994 p. 623 et s. ; M. Delmas-Marty, Les conditions de fond de mise en jeu de la responsabilité pénale des personnes morales, Rev. Sc. Crim. 1993 p. 305 et s. Travaux du colloque de Paris 1, La responsabilité pénale des personnes morales, n° spécial de la Rev. Société 1993.  
 (5) A. Coëret, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1992 p. 826 ; et du même auteur, La nouvelle donne en matière de responsabilité op. cit. note 82 p. 633.



Il est à craindre, de surcroît, que par le biais de "délégations systématiques ce (soient) principalement des salariés qui (assument) les conséquences pénales de la violation d'obligations mises par la loi à la charge des employeurs" (1). Si tel était le cas, l'effet réducteur se doublerait d'un effet amplificateur du champ d'application de la loi.

### b) Effet amplificateur

29- **La loi exagérément étendue.** Le champ d'application de la loi englobe des situations que n'avait ni prévu, ni voulu le législateur. Le droit des procédures collectives met en lumière cette forme de "détournement-extension". Actuellement (et pour combien de temps encore ?) (2) la procédure de redressement judiciaire est détournée de sa finalité propre. Lorsque les débiteurs demandent à être admis au bénéfice de cette procédure, les poursuites individuelles sont suspendues. Sous le couvert d'un dépôt de bilan dit technique, le redressement judiciaire sert en réalité à effacer une ardoise afin de poursuivre une activité de manière plus lucrative (3). En effet, depuis qu'elle s'est faite plus douce pour le débiteur et moins soucieuse de l'intérêt des créanciers, la loi de 1985 est apparue aux yeux du débiteur-défaillant comme une forme de salut. Et lorsque l'entreprise n'est plus viable, l'application de la loi n'aboutit pas tant à apurer le passif qu'à le supprimer avec l'entreprise ; ce qui permet à celui qui l'anime d'en créer une autre au lieu de subir un échec définitivement (4). Par les conséquences qu'elles engendrent les procédures collectives englobent des situations que le législateur n'avait pas envisagées (5).

Pourquoi ne pas évoquer encore l'institution de l'adoption en songeant aux détournements dont elle peut faire l'objet. Certains auteurs ont dénoncé la "prétention récente qui consiste à utiliser l'adoption comme une technique indifférenciée d'établissement de la filiation" (6). L'exemple des concubins homosexuels concrétise ces propos. La loi ne leur permet pas de créer un lien conjugal. Désireux néanmoins de consacrer leur affection réciproque, ces concubins vont tenter de détourner l'adoption de son but en l'utilisant pour établir entre eux un "lien de filiation". On songe également à la maternité de substitution qui constitue "un détournement de l'institution de l'adoption" (7). Ces détournements multipliés et fréquents sont autant d'atteintes à la loi, déviée de sa finalité. La tentation est grande pour les utilisateurs de la règle de la contourner à leur profit (8). Ce faisant ne fraudent-ils pas la loi ?

- (1) A. Cœuret, La nouvelle donne en matière de responsabilité op. cit. note 82 p. 634. Voyez également les interprétations préconisées par l'auteur pour éviter de tels inconvénients.  
 (2) La loi n° 94-475 du 10 juin 1994 (J.O. 11 juin 1994, ICP 1994, éd. G. III 66378) tente de remédier à cette forme de détournement. Sur la correction de l'effet pervers par le législateur cf. infra n° 69 et s.  
 (3) F. Derrida, Très brefs propos sur la réforme de la "faillite", D.1993, p. 322.  
 (4) F. Zenati et A. Cœuret, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1989 p. 159.  
 (5) Un raisonnement identique peut être fait à propos de la loi sur le surendettement des ménages. Celle-ci institue un fichier ayant le monopole du recensement des incidents de paiement liés aux crédits accordés aux personnes physiques pour des besoins non professionnels et dont la gestion est confiée à la banque de France. Or, la consultation du fichier par les établissements de crédit avant l'octroi de quelconque prêt est devenue systématique. Le risque de "gauchissement de l'institution" qu'avait dénoncé la doctrine s'est réalisé. (A. Cœuret, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1990 p. 323).  
 (6) J. Hauser, L'adoption à tout faire, D. 1987, chron. p. 205 et s. ; Détournement d'adoption plénière, D.1989 JP p. 477 et s.  
 (7) Ainsi en a décidé la cour de cassation, Ass. Plén. 31 mai 1991, D. 1991, 417, rapp. Y. Chartier ; note D. Thouvenin ; J.C.P. 1991, 11, 21752, note Fr. Terré ; Rev. Trim. Dr. Civ. 1991, 517 obs. D. Huet-Weiller ; J.C.P. 1991, I, 3547, chron. d'actualité, J. Rubellin-Devichi, Adde M. Gobert, Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos de la maternité de substitution), Rev. Trim. Dr. Civ. 1992 p. 489 et s.  
 (8) Le détournement du droit de préemption urbain par les collectivités territoriales en constitue une bonne illustration. Sur les formes multiples de ces détournements, et sur les effets pervers qu'ils entraînent, v. S. Perignon, Pathologie du droit de préemption urbain, Rep. Défen. 1991 art 34985. Adde G. Brière de l'Isle, Un cas de détournement de la finalité du droit de préemption de l'article 11 de la loi

30- **Finalité détournée et fraude à la loi.** L'effet pervers qui aboutit à détourner la règle de sa finalité ne s'identifie-t-il pas à la fraude à la loi ? Les deux situations sont proches l'une de l'autre. Elles ne sont cependant pas assimilables. L'effet pervers est une habileté permise qui prend corps du fait des lacunes ou insuffisances de la loi. La fraude, quant à elle, est une manoeuvre sanctionnée parce qu'elle naît d'une volonté délibérée d'éluder la loi. Les effets pervers sont des répercussions secondaires, la fraude est une atteinte principale. La distinction est plus aisée à énoncer qu'à mettre en oeuvre. En pratique, effet pervers et fraude à la loi peuvent coexister. Il devient dès lors très difficile de déterminer la part qui revient à chacun dans le détournement de la finalité. Une seule certitude demeure : la force obligatoire de la loi en sera diminuée d'autant.

## B) ATTEINTE À L'AUTORITÉ DE LA LOI

31- **Grandeur et servitude.** La vie du droit c'est de satisfaire aux besoins juridiques, économiques et sociaux des individus ; c'est aussi de permettre la circulation des richesses acquises. La force de la loi c'est de pouvoir opérer de son propre chef une redistribution des uns et des autres. Mais lorsque la vie du droit est rythmée par l'impuissance de la loi (1), ce schéma est profondément perturbé. La règle ne pouvant plus faire la preuve de sa force, l'effet pervers va montrer la force de son dynamisme. La loi en sort altérée (1) voire dénaturée (2).

### 1- Altération de la règle

32- **Annonce du plan.** L'altération de la règle se manifeste de deux façons : accentuation de ses défauts (a) ou atténuation de ses bienfaits (b)

#### a) Accentuation des défauts de la règle

33- **Effet Mathieu, modèle Babar et autres considérations.** Les lois sur la protection sociale qui opèrent par excellence une redistribution financière (2) constituent un champ d'expérimentation intéressant de mise en évidence de cette aggravation des défauts de la règle. La dénonciation de l'effet Mathieu est archi classique en droit de la sécurité sociale. Cet effet consiste à faire payer ses propres avantages par plus pauvre que soi sans qu'il s'en doute. Il a des applications bien connues pour l'indemnisation du chômage (3) ainsi qu'en matière de pensions de retraite (4).

- du 22 juin 1982 auquel renvoie la loi du 23 décembre 1986, Rev. Dr. Immob. août-sept 1993 p. 2 et 3. Comp. G. Paisant, La jurisprudence de la cour de cassation et la question de la réforme de la loi sur le surendettement des particuliers, D.1994 chron. p. 173 et s. spéc. n° 15 pour qui les solutions jurisprudentielles utilisent la procédure mise en place en cas de situation de surendettement "à des fins autres que celles auxquelles elle était destinée" v. aussi les réf. citées par l'auteur spéc. note 36.  
 (1) V. l'ouvrage de J. Cruet, La vie du droit et l'impuissance des lois op. cit. note 2.  
 (2) V. La définition du droit de la Sécurité Sociale donnée par J.-J. Dupeyroux, précis Dalloz 1993 n° 14, il est le "droit d'une redistribution destinée à garantir la sécurité économique des individus" au moyen "de règles juridiques originales ... spécialement conçues pour cette redistribution".  
 (3) J.-J. Dupeyroux, op. cit. note 93 n° 927-1. La manifestation de cet effet dans le système d'indemnisation du chômage s'observe à deux niveaux. Au plan des recettes, la "cotisation des cadres" (cotisation salariale supplémentaire instituée depuis 1984 pour financer l'avantage constitué par les cadres) n'équilibre pas le coût engendré par l'octroi de cet avantage. Le poids de ce dernier est ainsi pour partie assumé par des salariés qui n'en bénéficient pas.  
 Au plan des prestations, la nouvelle allocation unique dégressive, permet aux cadres de mieux s'en tirer que les smicards (on a calculé que pour un cadre ayant eu un salaire de 18.000 frs par mois et plus de 14 mois d'affiliation, la réduction de l'indemnisation globale maximale est de 4 % alors qu'elle est de plus de 10 % pour un salaire de 6.000 frs). La nouvelle allocation permet aussi aux adultes de 25 à 50 ans ayant des durées d'affiliation longues, d'être plus avantagés que ceux qui sont embauchés pour une courte durée. En effet, la durée minimale de travail ouvrant droit à indemnisation, est de trois à quatre

Donnant plus qu'ils ne reçoivent, les plus modestes sont volés d'une fraction de leur versement au profit des plus favorisés.

Le modèle "Babar", produit un effet pervers lié à l'inégalité des espérances de vie, au regard des effets redistributifs de l'assurance vieillesse. Il est fait ici application du principe dit "du présent dilaté" en vertu duquel il est prouvé qu'un manoeuvre a une chance sur deux d'atteindre l'âge de la retraite et de bénéficier de la pension là où un cadre en a trois ou quatre. Les manoeuvres ne bénéficient donc pas autant de la redistribution que les cadres (1). A cette situation s'ajoutent les inconvénients liés à la détérioration du rapport actifs-inactifs. Il y a de moins en moins d'actifs (l'entrée dans la vie active se fait de plus en plus tard, l'âge de la retraite est abaissé) et de plus en plus d'inactifs (la mortalité infantile a beaucoup diminué ; les personnes que la sécurité sociale ambitionne de protéger sont de plus en plus nombreuses). Cette protection sociale conduit à l'écrasement de la population active qui doit payer pour les inactifs (2).

En lien avec ces propos, évoquons enfin le système de cotisations professionnelles qui constitue en France le mode traditionnel de financement des principaux régimes de sécurité sociale et alourdit de façon importante le coût de la main d'oeuvre. Pareil système outre qu'il exerce un effet dissuasif sur l'embauche, a un effet négatif sur la compétitivité des entreprises ; les entreprises de main d'oeuvre dans lesquelles les frais de personnel sont très élevés participent de façon beaucoup plus importante au coût de la sécurité sociale que les entreprises dans lesquelles la main d'oeuvre représente une part beaucoup plus faible de la valeur ajoutée (3). Le système mis en place aggrave donc l'absence de compétitivité reprochée aux entreprises dans le grand débat sur la relance économique (4).

mois ; les travailleurs précaires sont ainsi éliminés du système. Leurs cotisations, en revanche, financeront les prestations versées aux autres.

(4) A. Arseguet et Ph. Isoux : La protection des salariés âgés ... op. cit. note 8 p. 942 et s. Adde G. Lyon-Caen, Une vieillesse sans droit, D. 1991 p. 113 qui note, en autres développements, l'absence de stricte proportionnalité entre les cotisations versées et le montant de la rente attribuée au titre de la pension vieillesse. Ainsi, les carrières longues ou trop courtes sont désavantagées.

(1) J. Dupeyroux, Droit de la Sécurité Sociale, op. cit. note 93 n° 185.

(2) Ce phénomène peut entraîner la révolte des actifs et conduire à une "lutte des âges" qui succéderait à une lutte des classes. A un degré moindre, cet affrontement peut se situer au sein même des actifs si l'on songe aux perturbations dont le travail féminin est générateur notamment au regard des effets redistributifs des prestations familiales et redistributions, (O. Eckert, Activité féminine, prestations familiales et redistributions, Rev. Population 1983 p. 503 et s.

(3) J.-J. Dupeyroux, Droit de la Sécurité Sociale, op. cit. note 93 n° 121.

(4) Il est vrai que la solution du problème est peut être introuvable tant il a été montré que si le plafonnement des cotisations entraîne un effet pervers pour les entreprises de main-d'oeuvre, le déplafonnement de ces mêmes cotisations entraîne quant à lui, un effet pervers sur les entreprises qui, la différence des premières, ont un personnel réduit mais hautement qualifié. (F. Zenati et A. Coëuret, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1989 p. 386).

En face de cette alternative dont aucune des deux branches ne paraît satisfaisante, faut-il pratiquer la politique du pire et choisir la solution la moins mauvaise ? La réflexion permettra de s'orienter vers la fiscalisation du système de sécurité sociale déjà bien amorcée (v. notamment l'instauration de la contribution sociale généralisée par la loi du 29 décembre 1990 qui est un prélèvement proportionnel de 2,4 % sur tous les revenus, affecté à la caisse nationale des allocations familiales) ; mais, ce système est-il lui aussi à l'abri de toute critique ? En effet, l'effort de fiscalisation partielle réalisé par les lois du 27 juillet 1993 et du 20 décembre 1993 relatives au travail à l'emploi et à la formation-professionnelle en vertu duquel l'État va prendre en charge progressivement les cotisations d'allocations familiales sur les bas salaires mais sur les bas salaires seulement, risque lui aussi d'entraîner des effets pervers (Ch. Millon, B.O. A.N. oct. 1993 p. 32. Adde D. Welcome, Les exonérations de cotisations sociales, Dr. Social 1994 p. 95 et s. spéc. n° 2, qui fait état de vifs débats au sein de la majorité à l'Assemblée Nationale, certains députés estimant qu'une mesure "bas salaires" aurait un effet de distorsion des coûts salariaux entre secteurs et entre entreprises rémunérant mal leur personnel ; J.-P. Probst, L'exonération des cotisations d'allocations familiales pour favoriser l'emploi, Dr. Social 1994 p. 105 et s. v. spéc. p. 107 et 108 dans lesquelles l'auteur souligne les dangers de la budgétisation des allocations familiales par la technique des exonérations).

34- **Économie et société.** Le phénomène d'aggravation des défauts de la règle se rencontre également lorsque triomphent les considérations économiques sur la santé ou sur les intérêts des consommateurs ; lorsque l'ordre public de direction (1) se travestit en ordre public de protection dont le véritable mobile devient la recherche de l'équilibre du marché, la production des richesses, la protection des intérêts économiques. Il a été remarqué dans l'affaire du sang contaminé (2) que la logique mercantiliste poussée à l'extrême avait pu conduire en toute bonne foi à la distribution de sang contaminé. Selon un auteur "La vente de sang contaminé par le SIDA est une décision administrative normale" (3). Les préoccupations mercantilistes ont permis de tuer en toute légalité (4).

#### b) Atténuation des bienfaits de la règle

35- **Un bienfait apparent cache un mal beaucoup plus sournois.** L'atténuation des bienfaits de la règle contribue elle aussi à son altération. Le législateur instaure une norme, elle produit des conséquences bénéfiques. L'effet pervers va en diminuer l'apport positif. Le droit des assurances et le droit social conjuguent ici leurs effets respectifs. Sensibles aux indiscutables bienfaits de l'assurance, les tribunaux n'hésitent pas à se montrer généreux dans l'octroi d'indemnités. Mais la réalité est plus pernicieuse. Pour faire face au coût engendré par la distribution d'indemnités les assureurs vont augmenter les primes d'assurance. Au bout du compte, ce sont les assurés qui supporteront le poids de cette charge nouvelle (5). Un raisonnement analogue peut être poursuivi, lorsque le législateur impose aux employeurs de nouvelles cotisations destinées à financer les prestations de sécurité sociale. Les salariés ont l'impression qu'un transfert forcé se produit en leur faveur. Rien n'est moins sûr cependant. Les employeurs vont intégrer le coût de cette nouvelle charge en élevant le prix des produits fabriqués. Le coût de la vie, suivant celui du travail, les salariés verront leur pouvoir d'achat diminuer et supporteront, en fin de compte, la charge de leurs prestations sociales (6). Dans l'une ou l'autre hypothèse, la volonté de redistribuer plus équitablement les richesses n'est qu'illusoire. Le profit de l'un n'a pas été réduit pour venir accroître les ressources de l'autre. La règle, altérée, est partiellement mise en échec. Ce sont les assurés, les salariés, les destinataires de la norme qui en définitive supporteront le contrepoint de l'avantage allégué.

L'atteinte à la résistance de la règle peut, sous le joug de l'effet pervers, avoir des incidences plus fortes encore. De ce combat singulier, la norme peut sortir complètement dénaturée.

(1) V. spéc. Ph Malaurie, L'ordre public et le contrat, thèse Paris 1953, préface P. Esmein.

(2) F. Ferral, La protection des consommateurs et les objectifs économiques de l'État dans la réglementation et le contrôle des marchandises, cah. Jurid. entr. n° 4 J.C.P. 1993 p. 25.

(3) V. L'étude de Ch. Mouly citée supra note 12.

(4) F. Ferral op. et loc. cit. note 101 qui remarque que l'accroissement de telles dérives est lié à la compétition européenne et à la crise économique.

(5) B.-S. Markesinis, La perversion des notions de responsabilité civile délictuelle ... op. cit. note 18 p. 310 ; J. Carbonnier, Flexible droit op. cit. note 12 p. 137 et les divers exemples cités.

(6) X. Prétot, Sécurité Sociale, Sirey 1994 n° 59 et s. Adde J.-J. Dupeyroux op. cit. note 93 n° 178 ; Rapp. Y. Saint-Jours, La reconnaissance des maladies professionnelles, une réforme en trompe l'oeil, D. 1994 p. 58 et s. Les personnes atteintes d'une affection contractée à l'occasion du travail et ne figurant pas sur l'un des tableaux officiels peuvent désormais, à titre supplétif, apporter la preuve du caractère professionnel de la maladie hors liste. Mais remarque cet auteur, le législateur a tout d'abord multiplié les obstacles permettant d'accéder à l'indemnisation, il a ensuite et surtout rejeté la nouvelle charge financière sur les victimes d'accidents du travail. Autant d'éléments qui atténuent considérablement les bienfaits de la réforme.

## 2- Dénaturation de la règle

36- **La loi méconnaissable.** La détérioration engendrée par l'effet pervers peut être si importante qu'elle modifie la règle de fond en comble. Le destinataire de la règle se retrouve dans une situation beaucoup moins favorable que celle dans laquelle il se trouvait auparavant. L'effet premier de la loi n'est plus reconnaissable. L'exception devient le principe (a) ou bien le remède préconisé par le législateur se révèle pire que le mal dénoncé (b).

### a) L'exception transformée en principe

37- **Inversion réciproque de l'ordre des facteurs.** La loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, plusieurs fois modifiée (1), peut ici être évoquée. Première loi sur l'expérimentation humaine, celle-ci définit les recherches autorisées et énonce des dispositions plus strictes particulièrement protectrices pour les personnes qui, par leur vulnérabilité ou leur dépendance, sont exposées davantage que d'autres à être victimes d'excès. A ce principe de protection accrue, le législateur apporte exception. Sont ainsi autorisées les recherches "sans bénéfice individuel direct" sur les catégories de personnes bénéficiant de protection accrue lorsque ces recherches ne présentent aucun risque sérieux prévisible pour leur santé ou lorsqu'elles sont susceptibles d'offrir une utilité pour les personnes présentant les mêmes caractéristiques de handicap ou bien encore lorsqu'elle ne peuvent être réalisées autrement. Or, comme il l'a été remarqué, ces expériences sont aujourd'hui banalisées et l'application des critères légaux "aboutit en l'espèce à transformer l'exception en son contraire... alors même que le consentement du sujet fait totalement défaut !" (2). L'exception supplante le principe, l'effet pervers a dénaturé la règle.

38- **Effet pervers et contradiction interne de la loi.** L'effet pervers n'est pas l'incohérence de la règle (3). La loi qui produit un effet pervers peut, après coup, devenir incohérente. La loi qui renferme ab initio une contradiction en son sein est déjà incohérente. Ces deux situations, apparemment fort proches, sont en réalité différentes. La législation sur l'interruption volontaire de grossesse permet de le vérifier, elle les a tour à tour abritées du fait de ses modifications successives.

Dans une première période qui va de la promulgation de la loi du 17 janvier 1975 à la réforme opérée par celle du 27 janvier 1993, l'effet pervers règne en maître. Au principe énoncé de la garantie du respect de la vie, le législateur apporte une exception. La femme qui se trouve dans un état de détresse caractérisé peut procéder à l'interruption volontaire de grossesse. Conformément au processus dénoncé (cf. supra n° 37), cette exception vide le principe totalement de sa substance. La femme étant seule juge de son état de détresse, l'exception est devenue la règle, le principe est relégué à une place marginale, parfois inexistante (4).

(1) La loi Huriet a été modifiée par la loi n° 90-86 du 23 janvier 1990 et tout récemment par la loi n° 94-630 du 25 juillet 1994.

(2) F. Zenati et A. Cœuret, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ ; 1989 p. 152.

(3) Pour une dénonciation de l'absence de cohérence de l'action législative v. M. L. Rassat, Les nouvelles mœurs législatives à la lumière du nouveau code pénal français, Rev. droits, 1994 p. 85 et s. L'auteur dénonce notamment les objectifs incertains de la réforme, la timidité législative devant le changement et l'innovation, la recherche du symbole au préjudice de la réalité... Adde Ch. Atias, Normatif et non normatif dans la législation récente de droit privé, Rev. Rech. Jurid. 1982 p. 219 et s.)

(4) D. Vigneau, L'enfant à naître, thèse dactylographiée, Toulouse 1988 p. 127 et 152.

Le droit issu de la loi du 27 janvier 1993 caractérise la seconde période. Cette loi portant diverses mesures d'ordre social (1) a introduit dans le code de la santé publique un nouvel article L 162-15-1. Aux termes de ce texte, "toute association régulièrement déclarée ... dont l'objet statutaire comporte la défense des *droits des femmes à accéder à la contraception et à l'avortement* peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions prévues par l'article L 162-15..." (ces infractions sont celles qui constituent une entrave à l'I.V.G). Cette disposition légalise, à tout le moins, la jurisprudence du Conseil d'État selon laquelle fut consacré "le droit (pour la femme majeure) d'apprécier elle-même si sa situation justifie l'interruption de la grossesse (2). Mais il y a plus ; si la loi continue de garantir le respect de tout être humain dès le commencement de la vie (3), elle consacre également le droit des femmes à accéder... à l'avortement (article L 162-15-1 du Code de la Santé Publique). Un degré supplémentaire doit être franchi dans l'analyse. L'exception n'est pas seulement devenue *en fait* le principe (sous l'impulsion d'un effet pervers lié en l'occurrence à l'absence de contrôle de la notion d'état de détresse) elle concurrence (supplante ?) *en droit* le principe (la législation sur l'I.V.G est frappée d'une contradiction interne). L'effet produit est dans le premier cas un effet de comportement, dans le second un effet normatif (cf. supra n° 14). D'un côté, le législateur a permis que ne s'installe une réaction ultérieure, de l'autre il a créé de toute pièce le défaut de cohérence. De l'effet pervers qui transforme l'exception en principe, à la contradiction interne de la loi, il y a certes tout ce qui sépare le subi du voulu mais aussi tout ce qui fait qu'entre les deux, la frontière se franchit parfois plus facilement qu'on ne le pense.

### b) Le remède pire que le mal

39- **Les mésaventures de l'article 1415 du Code civil.** Il arrive que la nature de la règle soit changée. Son destinataire se retrouve dans une situation beaucoup moins favorable que celle dans laquelle il se trouvait auparavant. Le droit des régimes matrimoniaux peut d'abord être le théâtre de tels débordements. La loi du 23 décembre 1985 est venue modifier l'article 1415 du Code Civil. Désormais, "chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus par un cautionnement ou un emprunt à moins que ceux -ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint, qui, dans ce cas, n'engage que ses biens propres". Ce texte peut aboutir à créer une situation plus contraignante pour les époux que celle qui existait antérieurement. Avant 1985, un cautionnement ou un emprunt contracté par le mari engageait ses biens propres et les biens communs ordinaires. La loi nouvelle met fin à cette situation. Mais les créanciers aux prises avec un texte éminemment protecteur des époux contre un cautionnement donné à la légère, vont fréquemment leur demander de se porter cofidés pour afin de "compenser" les inconvénients qu'entraîne à leur égard l'article 1415 (4). Les époux, se trouveront par contre coup dans une situation beaucoup moins favorable que

(1) Sur le caractère pernicieux que peuvent revêtir les lois portant D.D.O.S. cf. supra n° 8 note 29 in fine.

(2) C. État 31 oct. 1980 D.S. 1981 J.-P. p. 38 concl. M. Genevois ; Inf. Rap. p. 167 obs. F. Moderne et P. Bon.

(3) Le principe est affirmé à l'article 1er de la loi de 1975. Adde le nouvel article 16 du Code civil (introduit par la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain) aux termes duquel la loi "garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie".

(4) Ch. Mouly, Le cautionnement donné par une personne mariée, Rep. Defren. 1988, art. 34162 spéc. n° 4. L'auteur estime, de surcroît, que les couples illégitimes seraient davantage à l'abri du cautionnement que les familles légitimes, alors pourtant que la justification d'une protection fait défaut, les praticiens ne prenant pas la peine d'exiger l'engagement des concubins aux prétextes par exemple de la précarité de leur situation ou d'une plus grande indépendance de leurs relations mutuelles.

précédemment. L'article 1415 est dénaturé, le cantonnement du droit de poursuite voulu par le législateur mis en échec. C'est l'intégralité des biens propres et communs qui constitue le gage des créanciers (alors qu'auparavant seuls les biens propres de l'époux signataire et les biens communs répondaient de ses engagements).

#### 40- Traitement social du chômage : l'impossible adéquation ?

Les remèdes envisagés au titre des mesures périodiques et renouvelées à l'égard des chômeurs de longue durée pourraient s'avérer pire que le mal qu'elles veulent enrayer. La création de contrats de retour à l'emploi, de contrats emploi-solidarité permet certes de sortir momentanément du "stock" des chômeurs de longue durée ; la population, il se crée une rotation du "stock" des chômeurs de longue durée ; la population concernée se trouve ainsi déstabilisée par les contraintes temporaires de l'emploi et retourne à l'état antérieur dans les pires conditions (1). Le déploiement des salariés sur le marché du travail se trouve totalement perturbé. Au delà de cet exemple est posé tout le débat sur la flexibilité du droit du travail. Faut-il des lois plus "flexibles" ? (moins protectrices des salariés) ou des lois peu "flexibles" ? (mais qui risquent d'augmenter le chômage). L'un et l'autre système étant susceptibles de produire des effets pervers, la réponse donnée ne peut être qu'un choix de conjoncture fondée sur la recherche d'un équilibre minimum (2) ; un équilibre pour le moins nécessaire si l'on songe aux effets dévastateurs de la détérioration de la règle qui, à grande échelle, provoquent une dénaturation des concepts (3), un dévoilement des catégories légales (4) ainsi qu'une dégénérescence des modèles (5). En pareil cas, le mal est si grand qu'il envahit la règle de toutes parts. Atteinte à l'autorité et à la finalité de la loi se rejoignent (6) ; la norme n'est plus apte à être reçue par le corps social qui la rejette.

(1) F. Zenati et A. Cœuret, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1989 p. 388. Un raisonnement analogue pourrait être tenu à propos des mesures d'insertion en alternance des lors qu'elles ne s'accompagnent pas d'exigences suffisantes permettant de dispenser une véritable formation et qu'elles entraînent, finalement, un recours à une main-d'oeuvre bon marché sans espoir d'intégration durable dans l'entreprise d'accueil.

(2) Mais combien difficile à trouver ! Il s'agit de concilier le droit du travail et le droit au travail. (3) Citons à titre d'exemple, la donation-partage qui a cessé d'être un partage d'ascendants, pour permettre l'attribution par cette voie, d'entreprises à d'autres personnes que les ascendants (G. Morin, L'ouverture de la donation-partage à des personnes n'ayant pas qualité d'enfants ou de descendants du disposant Rep. Defren. 1988, 1ère partie p. 145). Rapp. M. Gobert, La jurisprudence : une institution triomphante mais menacée, Rev. Trim. Dr. Civ. 1992 p. 350 qui évoque le problème du nombre qui transforme les professions et recèle un danger mortel (si l'on n'y veille pas de manière constante) de décourager ou de porter à la dénaturation. L'auteur évoque également le risque de dénaturation de la mission de la Cour de Cassation (la quantité peut conduire à la dénaturation du processus d'élaboration du droit jurisprudentiel).

(4) A. Lapoyade Deschamps, Les renonciations en droit de la famille, D. 1993 p. 259 et s. part. p. 262. La possibilité d'acquiescer au jugement de divorce et même de divorcer pour faute a une conséquence perverse : le divorce d'accord, déguisé sous un divorce pour faute, continue de prospérer. Il y a là un risque de dévoilement des catégories légales. Ibidem J. Rubellin-Devichi, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1989 p. 42. Autre exemple de dévoilement des catégories juridiques : l'Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée (ou sa soeur jumelle l'E.A.R.L.) "forme dévoyée d'organisation juridique de l'entreprise" (F. Zenati et A. Cœuret, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1989 p. 159). Adde dans un autre domaine, F.H. Briard et J. Bichot, La revalorisation des allocations familiales ou l'histoire d'une garantie dévoyée, D. 1993 p. 114 et s.

(5) D. Martin, De la répétition de l'indu, D. 1993 chron. p. 167 "c'est à la dégénérescence provoquée de ses modèles qu'on doit l'imprévisibilité grandissante du régime des obligations".

(6) V. par ex. J. Huet, Détournement (bancaire) de mineurs, (rappel des règles de capacité dans les contrats) D. 1987 p. 215 et s. qui évoque la dénaturation des règles de capacité vis à vis des mineurs et des contrats qui leur sont proposés. Il existe une dérive de la représentation vers un mécanisme d'autorisation.

### C- ATTEINTE À LA RÉCEPTIVITÉ DE LA LOI

41- Réactions possibles. Un système juridique n'est compréhensible que s'il prend en considération le comportement des destinataires de la règle (1). "Le droit est la résultante de différentes forces sociales dont il traduit le point d'équilibre souvent précaire" (2). Appréhendé sous l'angle des phénomènes sociaux, l'effet pervers s'ancre dans le refus du corps social. Il s'analyse d'abord comme une réaction offensive à la loi qui insuffle aux sujets de droit des comportements déviants (1). Mais il peut être aussi une réaction défensive en suscitant chez les individus des réflexes d'autodéfense (2).

#### 1- Réactions offensives des sujets de droit

42- Variété des comportements. Les manifestations du rejet par les destinataires de la règle sont multiples et diverses. Un double fil conducteur les relie néanmoins. Ce sont les comportements asociaux (a) ou immoraux (b) que la loi peut insuffler aux individus.

##### a) Des comportements asociaux

43- L'équilibre perturbé. La loi peut avoir une action déstabilisatrice sur les individus. L'effet pervers engendré joue comme un facteur de déresponsabilisation. Déresponsabilisation du débiteur dans le redressement judiciaire civil par exemple avec la possibilité de reporter le paiement des dettes autres que fiscales, parafiscales ou envers les organismes de sécurité sociale (3). Déresponsabilisation aussi du consommateur victime d'une information systématique (4), déresponsabilisation encore des auteurs d'actes délictueux lorsque sont mis en place des systèmes d'indemnisation automatique des victimes, systèmes que le droit contemporain affectionne et multiplie volontiers. Ainsi la loi du 5 juillet 1985, tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation, celles du 9 septembre 1986 et du 30 juillet 1987 qui réglementent l'indemnisation des victimes d'actes terroristes ou bien encore celle du 31 décembre 1991 portant D.D.O.S et organisant en son article 47 l'indemnisation des victimes d'une contamination par le virus du SIDA en suite d'une transfusion sanguine, ne déresponsabilisent-elles pas les auteurs d'actes délictueux en organisant une prise en charge automatique et quasi générale par la collectivité des conséquences financières du délit ? L'incidence de ce phénomène n'est pas neutre. Elle peut, à terme, être source d'amointrissement pour les individus.

L'effet pervers peut jouer également comme facteur de désocialisation. En matière de lutte contre l'exclusion et le chômage, la doctrine a montré que l'instabi-

(1) G. Cornu, Le visible et l'invisible, Rev. droits 1989, p. 28 "le comportement du sujet de droit est aussi dans le droit. Pas toujours évidemment dans le droit chemin. La réponse peut être déviante". Et plus loin "le droit se définit, en toute société, par les trois états par lesquels il passe : droit norme, droit-acte, droit-sentence ; d'abord verbe de la loi ou parole donnée, puis fait de l'homme, office du juge le cas échéant".

(2) Ph. Jestaz, le droit op. cit. note 21 p. 105. Sur la réceptivité de la loi v. aussi B. Opatit, L'hypothèse du déclin du droit, Rev. Droits 1986 p. 9 et s ; spéc. p. 18 et les réf. citées par l'auteur. Adde G. Ripert, Les forces créatrices du droit op. cit. note 52, chap. VII, la réception des lois p. 166 et s.

(3) G. Biardeaud, Incidences financières du redressement judiciaire civil, J.C.P. 1991, I, 3500 n° 41 ; G. Paisant, Le redressement judiciaire civil à l'essai (question sur l'application de la loi du 31 déc. 1989, relative au surendettement, J.C.P. 1991, I, 3510 n° 2 ; A. Cœuret, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1990, p. 321.

(4) Le jugement de deux auteurs sur la Loi Neiertz (Ph. Malaurie et L. Aynès, Les obligations, Cujas, 6e éd. n° 325) peut ici être évoqué : trop d'information et de protection tendent à faire du consommateur un incapable majeur.



lité de la règle lui enlève sa vertu intégratrice et contribue à marginaliser davantage les exclus du système (1).

### b) Des comportements immoraux

44- **La morale mise à mal.** L'effet pervers peut inciter les individus à adopter des comportements immoraux. Ainsi la loi Neiertz, certes nécessaire, ne risque-t-elle pas comme le craignent certains "d'inciter les gens à la malhonnêteté et à la prodigalité" ? (2). En matière d'assurance, la technique des bonus et malus peut encourager l'assuré à tricher. Celui-ci pour ne pas perdre le bénéfice d'un bonus parfois important fera volontiers une fausse déclaration avec parfois l'entière complicité de l'agent d'assurance local. Certaines lois fiscales peuvent faciliter la délation et la malhonnêteté (3). Les mesures d'assistance et d'insertion que le droit de la protection sociale met au service des plus démunis sont susceptibles elles aussi d'engendrer des comportements déviants. Elles peuvent être un encouragement indirect au vice et à la fainéantise (4). L'obligation alimentaire, prolongement de cette obligation en droit civil, comporte les mêmes risques. Ainsi l'obligation faite aux parents d'entretenir leur enfant même majeur peut favoriser la paresse de ce dernier (5). Ces exemples pourraient être multipliés

## 2- Réactions défensives des sujets de droit

45- **Présentation du problème.** L'effet pervers peut aussi provenir d'une réaction du corps social ou d'une partie de celui-ci en face d'une loi trop contraignante. Ce réflexe pourrait s'analyser en un refus de résignation en face d'une loi partielle, voire une autodéfense contre une loi trop dure (6). L'individu recherche instinctivement la norme qui lui est la plus favorable. Réduit à l'impossibilité de trouver cette norme, il peut se réfugier dans l'inaction, plus fréquemment dans la désobéissance à la loi. Pareille désobéissance peut devenir de la violence déclarée lorsque l'ordre juridique est ouvertement méconnu mais elle peut aussi se développer de façon plus insidieuse ; l'individu se protégeant en se constituant des mécanismes de défense. L'effet pervers se trouve dans une telle réaction qui peut être pure et simple (a) ou s'insérer dans un processus plus complexe (b).

(1) A. Supiot, Les inégalités entre sans emploi, Actes du colloque de Nantes sur : Les sans emploi et la loi, juin 1987 éd. Calligrammes p. 194 "... la vertu intégratrice des règles de droit est suspendue pour une bonne part à leur pérennité et à leur lisibilité". Adde A. Cœuret obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1990 p. 158.

(2) Ph. Malaurie et L. Aynès, Les contrats spéciaux, Cujas 7e éd., n° 28.

(3) v. par ex. l'article 1840 du C. Gén. des Impôts qui pour lutter contre les fraudes fiscales déclare "nulle et de nul effet toute convention ayant pour but de dissimuler partie du prix d'une vente d'immeubles". La jurisprudence ayant choisi de sanctionner le vendeur en décidant que seule est annulable la convention secrète (ch. mixte 12 juin 1981, D. 1981 p. 413, concl. J. Cabannes ; civ. 3e, 25 juin 1985 D. 1986 p. 212 note critique E. Agostini), l'acheteur est encouragé à la dénoncer et à conserver l'immeuble en le payant moins cher. Sur cette question v. Ch. Lapoyade Deschamps, Droit des obligations, cours polycopié 1991 - 1992, T. II, p. 87.

(4) A. Cœuret, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1989 p. 171. Adde E. Alfandari, Le droit au sein des rapports entre "l'économique et le social", in Les orientations sociales du droit contemporain op. cit. note 69 p. 33 qui relève les effets pervers des mesures tel le R.M.I.

(5) Argument opposé par Boulay à l'existence d'une obligation alimentaire entre parents et enfants ; rapporté par J.-M. Poughon, in Le code civil, P.U.F. coll. que sais-je 1992 p. 27.

(6) H. Roland et L. Boyer, Adages du droit français op. cit. note 29 n° 99.

### a) Réactions simples

46- **Rejets spontanés.** Les réactions spontanées des utilisateurs de la loi sont légion. Quelques exemples pris ça et là nous permettront de nous en convaincre. Au lendemain de la loi sur le surendettement des ménages les prêteurs professionnels se sont montrés plus exigeants dans l'octroi des crédits. Même attitude chez les propriétaires qui hésitent à conclure un bail à usage d'habitation de crainte de ne pouvoir expulser un locataire qui n'honorerait pas ses loyers ou chez les employeurs restreignant l'embauche de salariés liés par un contrat de travail de droit commun pour éviter de supporter le poids de licenciements jugés par eux trop contraignants. La liste pourrait être longue ... (1).

### b) Réactions complexes

47- **Rejets par ricochet : effets d'ensemble et effets en chaîne.** Le rejet du corps social (en tout ou partie) peut ne pas se faire de façon isolée. La réaction de défense cohabite avec d'autres en s'intégrant dans un ensemble plus complexe. Ce phénomène s'observe par exemple en droit fiscal lorsque les contribuables, s'évadant du système français jugé trop écrasant vont opérer des montages juridiques à l'étranger. Les lois économiques montrent qu'à partir d'un certain seuil d'imposition fiscale, le contribuable fraude davantage (et l'État récupère moins). Fuite fiscale, accompagnée peu ou prou de fraude (par le développement de pratiques de sous évaluation et/ou de dissimulation (2), la réaction d'autodéfense de l'individu devient stratagème.

Il est d'autres hypothèses, plus fréquentes où la réaction des sujets de droit est échelonnée. Les effets pervers se développent en série. Chaque maillon de la chaîne est à l'origine d'un nouveau comportement de rejet. Le crédit appliqué aux entreprises, moteur de la vie économique, en constitue un bon exemple.

Considérons tout d'abord le crédit inter-entreprises : il aggrave la fragilité des entreprises qui souffrent d'une insuffisance de fonds propres et multiplie les risques de difficultés par "un effet de dominos" dans la chaîne clients - vendeurs. Plus de 20 % des cessations de paiement sont dues à la défaillance d'un client (3). Certes, la loi du 31 décembre 1992 relative aux délais de paiement entre les entreprises modifiant l'ordonnance du 1er décembre 1986 a tenté de remédier à de tels inconvénients en préférant la négociation contractuelle à une détermination autoritaire des délais de paiement. Mais le système libéral instauré par la loi peut entraîner l'apparition d'un effet pervers. L'article 33 dans sa nouvelle rédaction incitera la partie la plus puissante à allonger les délais de paiement afin de ne pas s'exposer aux pénalités instaurées par la loi en cas de règlements dépassant la date de paiement contractuel. Les précautions prises par le législateur risquent donc de rester lettre morte en face de la dépendance économique que subissent certaines entreprises placées de ce fait en position de faiblesse (4).

(1) Une illustration récente de ces phénomènes de rejet peut être empruntée au droit de la propriété littéraire et artistique. Ici plus qu'ailleurs, "les (nouvelles) techniques permettent la création d'œuvres inconnues en 1957, leur meilleure diffusion et reproduction ; mais parallèlement, ces techniques encouragent le piratage. (Pareils agissements) vont susciter des réflexes de défense, comme par exemple celui des éditeurs Américains qui veulent empêcher la marque Sony de commercialiser les cassettes audio numériques". (B. Château, L'évolution contemporaine de la propriété littéraire et artistique, Rev. Jurid. du Centre Ouest, 1991 p. 34).

(2) J. Schmidt, Les principes fondamentaux du droit fiscal, connaissance du droit, Dalloz 1992 p. 31 et 102.

(3) Journal le Monde du 12 nov. 1993 p. 14.

(4) A. Cœuret, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1993 p. 423 et 424.



Une aggravation similaire s'observe en cas de crédit octroyé aux entreprises par un établissement financier. En cas de défaillance de l'entreprise, et, en l'absence de garanties jugées par eux suffisantes (1), les établissements financiers limitent en fait la distribution du crédit. Suit une multiplication de dépôts de bilans (petites et moyennes entreprises étant les plus touchées) accompagnée de défaillances en chaîne selon le processus de dominos précédemment dénoncé. Il en résulte un blocage du crédit (2), l'effet pervers a sévi (3).

48- **L'enjeu du débat.** Quelle que soit la forme de la réaction défensive de rejet, qu'elle présente un caractère spontané ou qu'elle s'inscrive dans un mécanisme perturbateur à double détente, elle est source d'injustice. Ce sont les individus respectueux de la règle qui se trouvent au bout du compte pénalisés. Les emprunteurs qui auraient remboursé normalement leur prêt n'obtiendront pas le crédit nécessaire du fait de la méfiance des établissements de crédit. Les contribuables respectueux des règles fiscales feront les frais du supplément de charges engendrées par la fraude fiscale que l'État reportera inévitablement sur eux. Les locataires qui auraient payé normalement leur loyer ne trouveront pas à se loger compte tenu de l'attitude des propriétaires.

Le résultat est plus grave encore lorsque la réaction de rejet est offensive. Elle détruit la valeur morale attachée au nom de la loi (4). Le milieu social a évolué en se détachant du "donné". Le "construit" (5) offre un ensemble composite désordonné qui traduit le désengagement moral du législateur ou de son inspirateur dans l'ordre juridique, économique et social (6). Les signes à travers lesquels se manifeste l'effet pervers sont graves. Ils déséquilibrent la loi, la déforment, l'amenuisent. Il devient nécessaire de combattre le mal avant que ne se révèle le syndrome d'épuisement du système juridique.

## II - LUTTE CONTRE L'EFFET PERVERS (LA THÉRAPIE DU MAL)

49- **Tableau clinique.** Dans la réalité quotidienne, les effets indésirables se mêlent aux effets bénéfiques. Il n'apparaissent pas toujours, de surcroît à visage découvert. Telle une affection qui se développe insidieusement, lorsque un effet pervers se manifeste au grand jour, le plus souvent, le mal est fait. Sa mise en évidence à partir des symptômes recensés, s'avère donc semée d'embûches.

(1) Améliorer le sort des créanciers (particulièrement de ceux qui sont titulaires de sûretés) est l'une des motivations essentielles de la loi du 10 juin 1994. Mais la réforme répondra-t-elle à leurs aspirations ? v. les réactions des établissements de crédit, lors des travaux préparatoires qui, déjà, estimaient avoir été "floués" (Journal le Monde du 15 janvier 1994 p. 21). Comp. Ch. Mouly, Procédures collectives : assainir le régime des sûretés, Mél. Roblot 1984 p. 529 et s. ainsi que les solutions préconisées par l'auteur.

(2) Des études montrent qu'en 1993, le volume des crédits en francs distribués aux résidents a baissé de 1%. Le recul est encore plus flagrant pour le financement aux entreprises où il atteint 3,9%. La crainte des défaillances des P.M.E. et les contraintes du ratio international des fonds propres Cocker, ont conduit à une véritable paralysie des établissements bancaires. (in Journal le Monde du 15 janv. 1994 p. 21).

(3) Les mesures de protection instaurées pour lutter contre le chômage des salariés illustrent elles aussi ce phénomène d'effets en chaîne. Les pratiques néfastes qu'avaient suscité les conditions de recours aux contrats de retour à l'emploi ont déclenché de nouvelles interventions législatives, susceptibles de leur tour de déclencher des effets pervers (A. Arseguet et Ph. Isoux, la protection des salariés âgés ... op. cit. note 8 p. 942 et s.).

(4) J. Carbonnier, Morale et droit, Rev. Jurid. du centre ouest 1993 p. 5, Essais sur les lois op. cit. note 29 p. 107 ; J.-M. Poughon, Le code civil op. cit. note 128 p. 124. Adde G. Timsit, les noms de la loi, P.U.F. 1991.

(5) v. la célèbre distinction opérée par Gény in Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, L.G.D.J. 1899 T. 1 n° 183 ; Science et technique en droit privé positif 1924, T. 1, n° 33 et 34.

(6) v. la thèse de l'auteur sur le thème du déclin du droit op. cit. note 121 p. 17.

L'entreprise doit être néanmoins tentée. Elle seule permettra d'établir un diagnostic (A) et d'envisager un traitement (B).

### A) DIAGNOSTIC DE L'EFFET PERVERS

50- **La réalité mise à nu.** Le signe n'est pas une réalité directement saisissable. Il est l'annonce d'un phénomène encore caché. Mais il emporte avec lui les éléments permettant de découvrir cette réalité : ici de démasquer (1) puis d'identifier l'effet pervers (2).

#### 1) Démasquer l'effet pervers

51- **Facteurs de mise en évidence de l'effet pervers.** Le temps (a), maître de toutes les évolutions et la loi (b) siège du mal recherché en constituent les deux éléments.

##### a) Le message du temps

52- **Le temps grand maître du droit (1) ... et de l'effet pervers.** Le temps permet de mesurer l'usure des lois. Les effets pervers qu'elles sont susceptibles de produire en seront d'autant mieux appréhendés. Une loi, au jour de sa promulgation répond à l'attente et aux vœux des citoyens. Mais elle se démode, devient inadaptée, et produit par contre coup des effets pervers. L'apparition de ces effets peut être un avertissement adressé au législateur pour lui signifier que la loi doit changer. Le temps joue ici le rôle d'un catalyseur. Il est le révélateur nécessaire.

L'histoire a montré combien était devenue inappropriée la supériorité de l'enfant légitime établie par le Code Civil au détriment de l'enfant naturel. Cette inadaptation du droit aux moeurs a d'ailleurs fondé et continue de motiver les réformes du droit de la famille en cette deuxième moitié du XXème siècle (2). Songeons aussi aux lois sur le nominalisme monétaire qui furent en leur temps de bonnes lois parce que conçues par et pour le code civil, lois qui peuvent être dépassées en période d'inflation et d'instabilité monétaire.

Dans un tout autre domaine, envisageons la législation sur les accidents du travail. Conçue comme progressiste et presque révolutionnaire en 1898, celle-ci a progressivement perdu de ses bienfaits au regard de l'influence grandissante des régimes de responsabilités à base de garantie, au point que les victimes d'accidents du travail ou leurs ayants droits sont aujourd'hui pénalisés par rapport aux victimes des accidents de droit commun (3). Certes, la loi du 27 janvier 1993 est venue remédier

(1) P. Hébraud, Observations sur la notion de temps en droit civil, Et. Kayser, P.U.A.M 1979, T. II, p. 1 et s. ; J.-L. Bergel, Théorie générale du droit, op. cit. note 33, le droit et le temps n° 94 et s.

(2) L'exemple de l'article 760 C. Civ. retiendra notre attention. Aux termes de ce texte, les enfants adultérins viennent à la succession en concours avec les enfants légitimes et naturels simples mais ne reçoivent que la moitié de la part à laquelle ils auraient eu droit si tous les enfants du défunt, y compris eux-mêmes eussent été légitimes. De telles dispositions sont inadaptées. Dans certaines situations, la part dévolue à l'enfant protégé (l'enfant légitime) se révèle non seulement supérieure à celle des enfants d'un autre lit mais encore à celle qu'il aurait reçu en l'absence d'enfant adultérin. Or, si l'adultère ne doit pas nuire aux enfants du mariage, il est absurde qu'il leur profite. (B. Vareille, Étude critique de l'article 760 du code civil, Rev. Trim. Dr. Civ. 1991 p. 475 et s. v. spéc. n° 23). L'effet pervers produit par ce texte est le signe que la loi doit changer. Tel est l'objectif des projets de loi du 5 janvier 1989 et du 30 décembre 1991 (v. l'interview de P. Catala, in Droit et patrimoine, fév. 1993 p. 43 et s. spéc. p. 46) qui modifient précisément le contenu de ce texte en proclamant l'égalité entre tous les enfants. Sur l'élimination de l'effet pervers cf. infra n° 71.

(3) Y. Saint-Jours, De la dérive de la jurisprudence en matière de protection des victimes d'accidents du travail à la nécessité d'une intervention législative, J.C.P. 1985, I, 3200 v. spéc. n° 23 et s. v. aussi Droit Social, n° spécial, sept. oct. 1990 : Améliorer la législation sur les accidents du travail ; Y. Saint-Jours, note sous Ass. Plén. 5 nov. 1992, J.C.P. 1993, 11, 21980 ; concl. R. Kessous, Dr. Social 1992 p. 1019 et s.

partiellement à cette situation (1), mais une réforme ponctuelle est insuffisante. C'est l'ensemble de la matière qui doit être modifié (2).

53- **Ce que l'on fait sans le temps, le temps se venge** (3). Lorsqu'une loi est devenue inadaptée, elle sera le plus souvent modifiée. Mais le législateur prisonnier d'une volonté sans cesse renouvelée de changer risque de se trouver à nouveau aux prises avec l'effet pervers. Les lois élaborées trop circonstanciellement vieillissent vite et mal (4). La règle ne peut plus être circonscrite correctement. La loi qui ne respecte pas la loi du temps risque fort d'être perturbée. Les lois qui contiennent le plus d'effets pervers appartiennent ainsi aux secteurs du droit, en état de réforme permanente (droit des procédures collectives, droit de la famille, droit social, droit consommériste, droit des baux ... pour ne retenir que les exemples les plus marquants) (5).

Le domaine de la bioéthique peut aussi être évoqué. Certains auteurs estiment qu'il vaudrait mieux ne pas légiférer en cette matière (6). Peut-être songent-ils aux risques qui guettent un législateur trop pressé et pas assez prévoyant en face de découvertes scientifiques dont il est encore difficile de mesurer les retombées. Ainsi trop de temps nuit aux lois mais trop peu ne leur convient pas non plus. "Il y a une mesure en toute chose, affirme Pindare, savoir la saisir à propos est la première des sciences". Tel est le message que lance le temps. La doctrine le déchiffre (7), au législateur de l'intercepter.

#### b) L'enseignement de la science législative (8)

54- **Lois et effets pervers.** Il est des lois qui produisent de nombreux effets pervers et d'autres beaucoup moins. Est-il possible de retrouver un certain nombre de constantes législatives susceptibles de favoriser l'apparition d'effets pervers, voire de faciliter leur multiplication ? La recherche vaut la peine d'être tentée, tout en sachant qu'il existe inéluctablement des variables rendant la tâche d'autant plus difficile (9).

Il est possible d'établir un parallèle entre les signes à travers lesquels se manifeste l'effet pervers et les lois qui les abritent. Aux trois symptômes recensés : atteinte à la finalité, à l'autorité et à la réceptivité de la loi correspondent trois types de législations : celles qui formulent des objectifs, celles qui ont des visées redistributives ou bien encore celles dans lesquelles l'art législatif est en déclin.

(1) J.-M. Betemps, L'amélioration de la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles, *Dr. Social* 1993 p. 129 et s.

(2) J.-J. Dupeyron, *Droit de la Sécurité Sociale*, op. cit. note 93 n° 393.

(3) J. Giono, *Les trois arbres de Palzem*.

(4) Fr. Terré, *Droit de la faillite ou faillite du droit ?* op. cit. note 15 p. 27 ; M. Vasseur, *Le crédit menacé : brèves réflexions sur la nouvelle législation relative aux entreprises en difficulté*, *J.C.P.* 1985, I, 3201 spéc. n° 12.

(5) B. Oppetit, *L'hypothèse du déclin du droit*, op. cit. note 121 p. 13.

(6) Ph. Malaurie, *L'homme, être juridique*, op. cit. note 13, p. 97 ; J. Rubellin-Devichi *chron. de droit de la famille*, *J.C.P.* 1994, I, 3771 n° 1 ; J.F. Abeille, *Bioéthique - Faut-il légiférer ?*, *Rev. rech. jur.* 1994-1, p. 17 et s.

(7) Sur le rôle de la doctrine dans la dénonciation de l'effet pervers cf. *infra* n° 82.

(8) Certains auteurs parlent de légistique (J.-L. Bergel, *Informatique et légistique* D 1987 p. 171). D'autres de technique législative (L. Mader, *L'évaluation législative ...* op. cit. note 22 p. 16 et s.).

(9) Sur le rôle que joue le hasard en droit, v. Ph. Jestaz, *Le droit, op. cit. note 21 p. 105 et s.* Rapp. A. Colomer, *Note sans rigueur aucune sur un sérieux thème : le droit, le hasard et la nécessité*, *Mél. Breton* 1986, p. 78 ; A. Nitsch, *L'inflation juridique et ses conséquences*, *Arch. phil. dt. T. XXVII*, 1982, p. 161 et s. ; sur la montée de l'aléatoire et son influence sur la science juridique, v. Fr. Terré, "La crise de la loi", op. cit. note 12 p. 23 et B. Oppetit, *L'hypothèse du déclin du droit*, op. cit. note 121 p. 18. Sur le hasard auquel est dû le vote de maintes lois importantes, v. B. Lavergne, *Le gouvernement des démocraties modernes* T. 1 p. 66 et s.

55- **Effet pervers et lois à formulation d'objectifs.** Le droit contemporain secrété par l'État Providence élabore des lois radicalement différentes de celles issues des Lumières et de la Révolution Française. Beaucoup de lois contemporaines sont finalisées ; il s'agit pour le législateur de mettre en place un ensemble d'instruments juridiques considérés comme aptes à provoquer des changements dans les systèmes sociaux dans lesquels il se propose d'intervenir (1). Ce sont les législations à formulation d'objectifs (2) qui témoignent du passage d'une monarchie à une téléocratie (3). Mais ces "lois qui annoncent des dispositions qu'elles n'énoncent pas" (4) risquent d'engendrer de nombreux effets pervers (5). Comme il a été remarqué, ce type de loi opère une unification purement apparente des finalités et des intérêts. A l'instar des acteurs grecs, le législateur entre en scène masqué. Ce qui explique qu'au stade de la mise en oeuvre, réapparaissent une multitude de finalités sectorielles souvent divergentes. Ces législations utilisent de surcroît des notions indéterminées, laissant un large pouvoir d'appréciation aux autorités d'application. Elles ne sont en fin de compte que le point de départ d'un processus de concrétisation des objectifs. En face d'un droit en perpétuelle évolution les finalités déclarées revêtent donc une mobilité temporelle... au bout de la chaîne hiérarchisée ... La surprise peut être grande (6). Or les termes porteurs d'une charge indéterminée peuvent révéler les plus mauvaises surprises. Ils constituent en toute hypothèse un puissant facteur de détournement de la règle (7).

56- **Effet pervers et lois à visées redistributives** (8) Les lois redistributives engendrent elles aussi de multiples effets pervers. Par définition, la redistribution se fait sans le consentement des intéressés (prendre à l'un pour donner à l'autre). Il s'ensuit une compétition serrée entre les groupes de pression les plus divers, soucieux de s'attirer les bénéfices d'une telle redistribution. La règle en sort profondément altérée quand elle n'est pas totalement dénaturée. Or le droit contemporain épris d'égalitarisme et de pluralisme élabore nombre de lois redistributives. On songe, bien sur, à la redistribution des richesses (lois fiscales, lois de protection

(1) N. Luhmann, *Rechtsoziologie*, 1983 p. 88, 232 et 234.

(2) Ces lois ont connu une extension sur la Vème république : lois d'orientation, lois-cadres, lois-programmes, lois-plans. Ces législations qui sont des procédés de gouvernement, se caractérisent par un aspect prévisionnel marqué et, par le fait qu'elles contiennent tout à la fois des règles de droit positif directement applicables et de simples principes d'orientation. Leur marque semble bien être de contenir des dispositions qui ne se suffisent pas à elles-mêmes. (Fr. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz 1991 n° 194). Adde, *Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs*, op. cit. note 66 p. 765 à 1037. Sur la notion de loi d'orientation sous la Vème république v. l'étude de A.-H. Masnard, in, *Rev. Dr. public* 1982 p. 1139 et s.

(3) Ch. A. Morand, *Les objectifs la législation, approches diversifiées et complémentaires* op. cit. note 62 p. 861 qui évoque la théorie des systèmes de Bertrand de Jouvenel.

(4) Ph. Malaurie, *Introduction générale au droit*, Cujas 1ère éd. n° 519. Adde Ch. Atias, *Normatif et non normatif ...* op. cit. note 108 p. 223.

(5) Dans les législations finalisées destinées à résoudre un problème, les effets deviennent logiquement un aspect central. Parmi les différentes sortes d'effets, il y a place pour d'éventuels effets pervers ... V. Ch. A. Morand, *Les objectifs de la législation ...* op. cit. note 62 p. 864 et du même auteur, *Le droit de l'état providence*, *Rev. de droit Suisse*, 1988 p. 107 et 527 et s. Adde H. Willke, *Observations, diagnosis, Guidance. A Systems Theoretical Views on Intervention, Social Intervention : Potential and Constraints*, Berlin, New-York, 1987 p. 21 et s. ; J. Forrester, *Understanding the Counterintuitive behavior of social systems, Systems behavior*, 1972 édité par J. Beishorn et G. Peters, London, New York p. 200 et s. ; R. Crozier et E. Friedberg, *L'acteur et le système*, Paris 1977.

(6) Ch. A. Morand, op. cit. note précédente p. 855, 858 et les références citées par l'auteur.

(7) Cf. *infra* n° 59.

(8) Ce terme est volontiers employé par les auteurs partisans d'une analyse économique du droit. Sur les effets pervers que produit souvent ce type de législation v. B. Lemennicier, *Économie du droit*, op. cit. note 5 p. 30 et s. spéc. p. 35. Adde J. Carbonnier, *Flexible droit* op. cit. note 12, p. 171 et 265 qui constate que la législation sur les loyers depuis 1914 a transféré les richesses en fait de la catégorie des propriétaires fonciers à celle des locataires.

sociale) mais aussi à la redistribution du bien être avec le droit consumériste. Le droit patrimonial n'est pas le seul en jeu. Les lois contemporaines opèrent également une redistribution du rôle des individus et des institutions dans la société. La réglementation du planning familial, les lois facilitant l'insertion ou la réinsertion professionnelle des femmes ont considérablement modifié le rôle de celles-ci dans la cellule familiale. Les lois sur la famille (divorce, filiation) transforment sa structure et opèrent en son sein une nouvelle répartition des fonctions d'époux et de parents. Les partisans d'une analyse économique du droit se plaisent à montrer les effets pervers des lois dites redistributives précisément parce que celles-ci deviennent par leur objet le théâtre d'influences contradictoires. L'emportera, le groupe de pression le plus puissant qui sera à même de détourner la contrainte publique à son profit (1). L'analyse fascine mais effraye par la gravité de ses répercussions. C'est le système politique à sa racine qui est mis en cause. L'effet pervers de la loi rejoint l'effet pervers du droit.

**57- Effet pervers et art législatif.** Les lois mal préparées et mal rédigées facilitent enfin l'apparition d'effets pervers (2). Mal reçue, voire rejetée par le corps social, la loi n'a plus la réceptivité qui la fait vivre. Il est possible d'établir un rapport inversement proportionnel entre l'art législatif et l'effet pervers. Lorsque l'art législatif décline, l'effet pervers croît. Les lois à haute dose d'effets pervers sont celles où s'observe une dégradation de l'oeuvre comme du discours législatif.

**58- Dégradation de l'oeuvre législative.** Les législations contemporaines procèdent souvent au coup par coup. Elles ne forment pas un tout cohérent. Cette fragmentation peut favoriser l'éclosion d'effets pervers (3). La prolifération des lois portant diverses dispositions d'ordre social contenant des "myriades de dispositions" (4) illustre cette hétérogénéité. Sont encore visées les lois dotées d'une très faible normativité (5) ou bien encore celles dans lesquelles le législateur a voulu satisfaire des exigences contraires, (6), concilier l'inconciliable (7). Enfin, la règle

(1) B. Lemennicier op. et loc. cit. note précédente. Adde Fr. Terré, Esquisse d'une sociologie juridique de la commercialité, Mélanges Roblot, 1984 p. 22, évoquant la force de pression considérable que constitue le ministère de l'Économie et des Finances avec ses bureaucrates et ses habitudes à l'égard de la neutralité fiscale encore jamais réalisée, laquelle pourrait cependant remédier aux effets pervers liés à la constitution artificielle de sociétés commerciales (sociétés anonymes particulièrement) désirées d'obtenir des avantages fiscaux ou sociaux. Rapp. G. Notté, Les sociétés en sommeil, J.C.P. 1981, I, 3022.

(2) Deux lois peuvent illustrer ces propos : la loi Neiertz (G. Raymond, Bienvenue au code de la consommation, *Cont. Conc. Conso*, 1993 n° 8 et 9 ; G. Paisant, La loi du 31 déc. 1989 relative au surendettement des ménages, *J.C.P.* 1990, I, 3457 n° 142) et la loi de 1985 sur les procédures collectives (Fr. Terré, Droit de la faillite ou faillite du droit op. cit. note 15 p. 20). Adde pour un exemple de la façon législative, J. Frayssinet, L'utilité et les fonctions d'une formulation d'objectifs : l'exemple de la loi du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *Rev. Rech. Jurid.* 1989 p. 903 et s. spéc. p. 909 et s.

(3) Comp. a contrario le code civil qui a entrepris une codification d'ensemble et qui ne produisit que peu d'effets pervers. Rapp. B. Oppetit, L'expérience française de codification en matière commerciale, *D.* 1990 chron. p. 1 et s., qui note p. 3 : "La décodification génère, alimenter ou accentue nombre d'effets pervers, directement contraires aux besoins du juriste et de l'utilisateur... V. aussi les exemples donnés par l'auteur.

(4) A. Cœuret, obs. in *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1991 p. 466.

(5) Ch. Atias, Normatif et non normatif ... op. cit. note 108 p. 221. Sont visées particulièrement les lois qui accordent un droit ou une faculté, créent une obligation mais sans que le régime juridique de ce droit ou de cette obligation soit pleinement constitué. Adde Fr. Terré, "La crise de la loi" op. cit. note 12 p. 28 : le refoulement du caractère normatif procède de l'existence d'un processus insidieux ... qui a

(6) La loi du 31 déc. 1989 relative au surendettement des ménages illustre de façon topique pareille constatation. Ses contradictions internes sont nombreuses : "contradiction entre le désir d'apporter une aide réelle et durable aux ménages endettés à l'excès et le souci de ne pas leur faire croire qu'ils pourront désormais se dispenser d'honorer leurs engagements. Contradiction entre le souhait de rendre les établissements spécialisés plus vigilants dans leurs offres de crédit aux particuliers et la volonté de ne

faite par une minorité de techniciens ne s'adresse qu'à une minorité (1). Elle devient sophistiquée (2). N'étant plus accessible au plus grand nombre, la loi ne peut jouer son rôle d'expression de la volonté générale (3). L'effet pervers en contrepoint pourra jouer le sien.

**59- Dégradation du discours législatif (4).** Trop de lois contemporaines ont un caractère complexe et touffu. L'absence de clarté multiplie les risques d'équivoque, elle-même source de perversité (5). Quant aux notions vagues et imprécises dont le législateur est friand et qui abritent le droit mou, elles sont dotées d'une grande souplesse (6) mais sont facilement déformables. Faisant une grande part à la subjectivité, elles peuvent être aisément réversibles (7). Autant d'éléments propres à susciter l'inquiétude. Les exemples abondent. Arbitrairement, notre choix se fera sur quelques-uns d'entre eux pris ça et là dans les sentiers du droit. En tête de liste (en raison peut-être des répercussions qu'ont connues les lois de 1975 et 1979) citons l'état de détresse de la femme qui veut procéder à une interruption volontaire de grossesse, notion essentiellement subjective (8). Évoquons aussi l'article 1er de la loi du 31 décembre 1990 qui après avoir affirmé "garantir le droit au logement constitue un devoir de solidarité pour l'ensemble de la nation" ajoute dans un deuxième alinéa "toute personne ou famille éprouvant des difficultés particulières ... a droit à une aide de la collectivité pour accéder à un logement décent et indépendant ou s'y maintenir". Que signifient les termes "éprouver des difficultés particulières" ? La finalité de ce texte ne peut-elle être facilement détournée si l'on songe que chacun peut éprouver de telles difficultés ... Les tribunaux ne risquent-ils pas de trouver dans ce texte un fondement "spécieux" pour refuser toute expulsion ? La liberté qui leur est conférée en la matière s'exercera encore pour apprécier ce que peut être un "logement décent" (9). Autre question : que signifie la notion de marché locatif,

compromettre ni leur compétitivité, ni leur capacité d'emploi. Contradiction entre d'éventuelles mesures propres à protéger les personnes contre les tentations d'un endettement facile et la préservation de la liberté d'emploi de leur ressource" (G. Paisant, La loi du 31 déc. 1989 ... op. cit. supra note 161 n° 9). Rapp. Fr. Terré, "La crise de la loi" op. cit. note 12 p. 23 : "le législateur veut tout et son contraire".

(7) J. Rubellin-Devichi, Une importante réforme en droit de la famille : la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993, *J.C.P.* 1993, I, 3659 n° 5.

(8) Fr. Auque-Warembourg, obs. in *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1991 obs. p. 815 ; Fr. Terré, "La crise de la loi" op. cit. note 12 p. 19.

(9) Fr. Collart-Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz 1993 n° 7 qui évoquent la sophistication de la règle de droit. Rapp. la définition du mot sophistication in *vocabulaire Larousse* : action de dénaturer par un mélange frauduleux.

(3) Fr. Terré, "La crise de la loi" op. cit. note 12 p. 19 : sous l'influence grandissante de la technicité et de la volonté, la loi est souvent devenue, malgré les apparences l'expression d'autres volontés. Elle a cessé d'être considérée comme l'expression de la volonté du législateur. Adde J. Cl. Becane et M. Couderc, La loi, op. cit. note 56 p. 276.

(4) Sur l'éventuelle perversion du langage, v. J.-L. Sourieux et P. Lerat, L'euphémisme dans la législation récente, *D.* 1983 chron. p. 221 Ph. Malaurie, La famille, op. cit. note 27 n° 8 "les modifications du langage juridique traduisent souvent une évolution du droit, sont parfois aussi une manière de rien changer : on se paye des mots". Adde G. Cornu, *Linguistique juridique*, op. cit. note 32 p. 260 : "la rhétorique a vocation à être pervertie".

(5) G. Cornu, *Linguistique juridique*, op. cit. note 32 p. 314.

(6) Les notions floues abandonnent à la sagesse de la jurisprudence le pouvoir d'interpréter la loi et de la faire évoluer. (v. spéc. R. Cabrillac, Introduction générale au droit privé, Eyrolles 1993 n° 30 et 140). Sur le rôle de la jurisprudence dans la neutralisation de l'effet pervers cf. infra n° 72. Adde M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, P.U.F. 1986, v. spéc. p. 330.

(7) Tel est le cas du principe de subsidiarité qui peut devenir un principe de contre-subsidiarité (v. notamment G. Lyon-Caen, *Le droit social de la communauté européenne* ... op. cit. note 54 p. 149 et s.)

(8) Ch. Atias, Normatif et non normatif ... op. cit. note 108 p. 221 ; G. Memeteau, La situation juridique de l'enfant conçu, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1990 p. 622 ; D. Vigneau, L'enfant à naître, op. cit. note 109 p. 152.

(9) A. Durance, La loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en oeuvre du droit au logement, *Rev. Dr. Immob.* 1990 p. 314.

pareille notion n'est-elle pas totalement imprécise ? (1). La loi de 1988 qui amnistie les "délits en relation avec les élections" suscite encore l'interrogation. Quelles sont les circonstances de nature à établir une relation entre des infractions d'une part et des élections d'autre part ? (2). Que dire aussi de l'emploi d'une terminologie vicieuse (3). Relevons duquel la doctrine a fait état de l'emploi d'une terminologie vicieuse (3). Relevons enfin les risques qui peuvent accompagner l'utilisation des termes non juridiques dont les contours ne se laissent pas aisément délimiter (4). Parfois le législateur utilise la technique du "non dit". Ce qui n'est pas interdit est licite. Formule pour le moins dangereuse (5). "Les notions vaguent se prêtent mieux à la casuistique qu'à la définition abstraite. Elles présentent une fluidité et relèvent d'un empirisme déconcertant" (6). Le langage du droit masque les enjeux réels (7) et peut constituer un nid douillet pour abriter l'effet pervers. Celui-ci étant démasqué pourra être plus facilement identifié.

## 2) Identifier l'effet pervers

60- Les "lois" de l'effet pervers. L'effet pervers opère-t-il toujours de la même façon ? La variété de ses manifestations peut faire songer à une pluralité d'effets. La réalité est plus complexe. S'il se meut dans le multiple, c'est qu'il s'identifie aux lois qui le régissent. Aussi paradoxal que cela puisse paraître, l'effet pervers, ce "hors la loi du droit" a ses propres règles. Mais entre toutes, l'une est première. C'est la loi fondatrice, véritable loi d'anticipation (a). Par elle et à travers elle vont se développer les lois qui accompagnent l'effet pervers (b).

### a) La loi fondatrice

61- Loi d'anticipation. Il entre dans les pouvoirs du législateur, dans les lois qu'il élabore, de favoriser une partie du corps social. Or, favoriser l'un suppose nécessairement de nuire à l'autre (8). Mais entre celui à qui profite l'indulgence et celui qui subit la rigueur, un certain équilibre doit être respecté. En d'autres termes, le rapport faveur-rigueur doit obéir à un principe de proportionnalité (9). A défaut, il engendre des inconvénients sans contrepartie ... Il se constitue en retour une réaction dans la partie du corps social qui estime la loi trop contraignante. Les destinataires de la loi anticipent l'avenir en développant une stratégie qui leur permet de bloquer ou de fausser l'effet normal de la loi. Prenons un exemple emprunté au droit des baux (10). La législation veut protéger les locataires et contraindre les propriétaires. Or ces

(1) Fr. Auque-Warembourg : Rapports locatifs, l'équilibre introuvable, commentaire de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, J.C.P. 1989, I, 3421, n° 61-62. Rapp. Fr. Terré, Esquisse d'une sociologie juridique ... op. cit. note 160 p. 22 qui note l'emploi de formules vagues et générales dans l'ordre économique.

(2) D. Mayer, Effet regrettable d'une loi d'amnistie insuffisamment élaborée, note sous cass. crim. 23 mars 1989 D. 1989, JP p. 518.

(3) G. Lyon-Caen, Le droit social de la communauté européenne ... op. cit. note 54 p. 149.

(4) La liste pourrait être longue ... Intérêt de l'enfant, de la famille, de l'entreprise : enfant capable de discernement ; clause de dureté ; unité économique et sociale ... etc. Pour un exemple d'effet pervers, que peut engendrer le critère de l'intérêt de l'enfant entre les mains du juge v. J. Rubellin-Devichi, Compte rendu bibliographique de l'ouvrage : L'affection et le droit (Mr et Mme Pousson) in, Rev. Trim. Dr. Civ. 1990 p. 751 ; du même auteur, Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française, J.C.P. 1994, I, 3739 et les nombreuses références citées.

(5) Ph. Malaurie, Les personnes, Cujas 26 éd. n° 315.

(6) J. Normand, Compte-rendu bibliographique de l'ouvrage de H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, T. III, Procédure de première instance, in Rev. Trim. Dr. Civ. 1991 p. 622.

(7) Ph. Jestaz, Le droit, op. cit. note 21 p. 89.

(8) V. la définition du mot faveur in vocabulaire juridique, sous la direction de G. Comu, op. cit. note 53 p. 352.

(9) Rapp. l'article 4 de la Constitution Fédérale Suisse qui pose un principe de proportionnalité.

(10) B. Lemennicier, Économie du droit, op. cit. note 5 p. 33.

derniers n'acceptent pas cette situation. Pour compenser l'excès de protection conférée aux locataires et qui engendre à leur égard un coût supplémentaire (le logement leur revient plus cher) les propriétaires vont anticiper la loi. Ils n'accepteront de louer leur logement que moyennant le paiement d'un loyer plus élevé. Au bout du compte, le locataire vit dans un logement qui lui coûte plus cher que si le législateur n'avait pas édicté de réglementation spécifique. Il perd en argent ce qu'il avait gagné en sécurité (la durée minimale du bail). Quant aux propriétaires, le coût de leur logement est plus cher mais il est compensé par la fixation de loyers plus élevés ... L'effet utile et voulu par la loi est mis hors jeu par la loi d'anticipation à laquelle obéit l'effet pervers. Ce dernier supplante l'effet normal de la règle.

### b) Les lois accompagnatrices

62- Inventaire. Parce qu'il est déjà une réaction anticipatrice, l'effet pervers inverse le jeu normal de la règle (loi des contraires). Parce qu'il est aussi banni du droit, il affectionnera le fait (loi des contrastes). Parce qu'il est encore un effet de comportement, il se manifesterà à des niveaux différents (loi des seuils). Parce qu'il est enfin un effet social, il sera évalué collectivement (loi des grands nombres) (1).

63- Loi des contraires. L'effet pervers est une réaction à un excès de faveur. Mais cette réaction n'est pas neutre. Elle consiste précisément à retourner l'effet favorable de la règle contre son bénéficiaire initial. L'effet est inversé. Celui à qui devait profiter initialement l'indulgence subit par contre coup la rigueur. Conçue pour avantager, la loi détruit. Ce phénomène se rencontre chaque fois que le législateur veut encadrer la liberté, fixer des limites. Pour les personnes que la loi entend contrôler, le refuge en face d'une règle trop contraignante, c'est le subterfuge. Un exemple nous permettra d'illustrer ce propos. La loi Neiertz a modifié de façon importante les lois de 1978 et 1979 relatives à la protection des emprunteurs dans le domaine mobilier et immobilier. Elle impose une série de mesures protectrices des personnes qui s'engagent comme cautions. Les articles 7-4e et 9-4e de ces lois prévoient en substance qu'un établissement de crédit ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses revenus. Cette nouvelle forme d'incapacité, utile pour éviter le zèle excessif de quelques établissements de crédit, risque sans doute de se retourner contre ceux qui n'auront pas obtenu le prêt dont ils avaient besoin et qu'ils auraient vraisemblablement remboursé sans incident (2). L'effet pervers provoque un retournement de la règle précisément contre celui que la loi ambitionnait de protéger. Le bénéficiaire initial devient la victime. A l'origine de cette inversion de la règle se trouve un procédé bien connu en sociologie de la législation : l'effet Macédonien. Parce que le législateur craint les abus de quelques uns, il restreint la liberté de tous les autres (3). Voilà une façon très peu rationnelle de légiférer qui fonde de surcroît la loi des contraires de l'effet pervers.

(1) L'expression n'est pas prise dans son sens littéral et ne se fonde donc pas sur un calcul de probabilités.

(2) J. Rubellin-Devichi, La famille et le droit au logement, Rev. Trim. Dr. Civ. 1991 p. 257-258.

(3) J. Carbonnier, Flexible droit, op. cit. note 12 p. 231 et 232.



64- **Loi des contrastes.** L'effet pervers ne se décrète pas, il se constate. Il est le résultat d'un choc. Le choc d'un retour inattendu après que la règle de droit a rencontré le fait. Au contact du fait, la règle subit un choc nécessairement déformant (1). Tel un prisme, l'effet pervers dévie, réfléchit la règle de droit, il désagrège voire décompose les conséquences issues de celle-ci. C'est un effet divagateur de la norme. Au royaume du fait, l'effet pervers est roi. Il s'y meut et s'y développe à souhait. En témoignent les multiples réactions des sujets de droit qui aboutissent toujours à bouleverser *en fait* la trajectoire de la loi. Les établissements prêteurs cherchent à limiter *en fait* le crédit aux entreprises, l'attitude des créanciers aggrave *en fait* la situation des époux lorsque l'un d'eux s'est porté caution etc... L'effet pervers embrasse le fait, il en épouse les contours et les sinuosités, il s'identifie au fait (2) et se manifeste comme une réaction à la force du droit (3). Il obéit en cela à la loi des contrastes (4).

65- **Loi des seuils.** L'effet pervers est d'abord une réaction à un excès. Il naît et se développe quand le fardeau de la loi est trop lourd. Il se manifeste à travers le mécontentement du corps social : c'est le seuil de saturation.

L'effet pervers est aussi porteur d'une charge de nocivité. Il existe toujours une dose de nocivité minimale qui accompagne l'apparition d'un tel effet mais son amplitude peut varier : c'est le seuil de nocivité. Dans une conception maximaliste, lorsque la charge de nocivité est trop importante et qu'elle occupe toute la place, l'effet pervers est anéantissement, il tue la source. S'attaquant à une loi jeune, il va la combattre et la prendre de plein fouet, le choc peut être fracassant. La réaction du corps social spontanée et définitive. A l'égard d'une loi la plus âgée, la vieillesse est là, le temps a fait son oeuvre. L'altération est plus lente mais progressive et certaine.

L'effet pervers, enfin, ne se manifeste pas à visage découvert. Il agit sournoisement mais ses ravages apparaissent au grand jour : c'est le seuil d'émergence. Celui-ci varie selon l'atteinte portée à la règle (au contact de l'effet pervers la loi peut subir des chocs d'inégale importance, connaître divers degrés de détérioration) et selon le nombre de sujets de droits concernés (toujours sous l'impulsion de l'effet pervers, ces derniers peuvent vouloir en plus ou moins grande quantité, échapper à la pression légale). Évoquer ce trait spécifique, c'est déjà se placer sous l'égide d'une autre loi de l'effet pervers.

66- **Loi des grands nombres.** L'effet pervers ne prend corps qu'à partir du moment où de nombreuses volontés individuelles s'additionnent, convergent pour réagir de la même façon. Il faut une juxtaposition d'intérêts individuels contrariés. A partir du moment où ces réactions sont exprimées par un grand nombre d'individus, un phénomène d'auto amplification non désiré apparaît : c'est l'effet boule de neige de l'effet pervers qui obéit à la loi des grands nombres.

(1) M.A. Frison-Roche et S. Bories, La jurisprudence massive op. cit. note 57 p. 289.

(2) V. Fr. Terré, "La crise de la loi" op. cit. note 12 p. 21. "La législation s'est inclinée davantage devant les données que révèle l'analyse de la réalité. Il y a eu en ce sens, une revanche du fait sur le droit, portant celui-ci à s'aligner davantage sur celui-là..."

(3) V. Fr. Gény, Justice et force, (pour l'intégration de la force dans le droit), Et. de droit à la mémoire d'Henri Capitant, 1939 p. 241 et s. spéc. p. 246 : "le droit, impliquant en soi la force, ne devra trouver chez celle-ci qu'une alliée, loin d'y rencontrer jamais une ennemie". Adde L. Jossierand, La force et le droit, Trévoux 1917.

(4) Rapp. J. Carbonnier (in, préface à la première édition de Flexible droit) "Le droit est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite". "Il est une terre de contraste" (D. Mazeaud, Compte rendu bibliographique de la 7<sup>e</sup> éd. de l'ouvrage du Doyen Carbonnier, in, Rev. Trim. Dr. Civ. 1993 p. 222). Adde J.-L. Bergel, Théorie générale du droit op. cit. note 53, Le fait et le droit p. 287 et s ; G. Morin, La révolte des faits contre le code, 1920.

67- **Banalisation de l'effet pervers.** Tel se dessine l'effet pervers ainsi rattaché aux lois qui le gouvernent. Il est une contre norme qui permet le développement d'une norme à rebours (1) qui n'est pas celle initialement voulue par le législateur. Expression d'un déséquilibre, il crée le paradoxe et se présente comme une conséquence factuelle dont la vitalité est inversement proportionnelle au dysfonctionnement de la règle pervertie. Atteignant la loi dans sa cohérence, il fait produire à la règle des conséquences anormales. Pareille anomalie, diffusée à grande échelle et appliquée à un grand nombre de situations peut contribuer à atténuer le sentiment de son caractère pathologique... C'est la banalisation de l'effet pervers. Banalisation qui peut receler les méfaits les plus graves. Que serait un effet pervers qui aurait perdu le pouvoir de nous surprendre ? Ce serait là le plus grand subterfuge qui lui permettrait d'accéder en maître à la vie juridique et de régner sur elle. Une vigilance constante s'impose donc. Elle est la condition de l'efficacité du traitement de l'effet pervers.

## B) TRAITEMENT DE L'EFFET PERVERS

67- **Mieux vaut prévenir que guérir.** Maîtriser l'effet pervers suppose de développer une stratégie afin de le combattre. Cette mobilisation des forces créatrices du droit (2) permettra d'agir sur les lois déjà perverties mais aussi d'éviter qu'à l'avenir de tels errements ne se reproduisent (3). A ces deux objectifs correspondent les deux formes de traitement de l'effet pervers. Soigner le mal quand il est là (1) mais surtout le prévenir quand c'est possible (2).

### 1- Soigner le mal

69- **Les branches de l'alternative.** La présence de nombreuses lois dotées d'effets pervers doit permettre de faire le point. En face de cette situation dont le caractère néfaste n'est plus à démontrer, deux attitudes peuvent être adoptées. Il est tout d'abord possible de corriger purement et simplement l'effet pervers en modifiant la règle de droit (a). Mais, il est aussi concevable d'utiliser l'effet pervers en canalisant la réalité qu'il engendre (b).

#### a) Corriger l'effet pervers

70- **Les différentes possibilités.** Le juriste ne manque pas de moyens pour contrecarrer l'action malfaisante de la loi pervertie. Il peut éradiquer le mal en modifiant la loi ou le neutraliser en utilisant un contre pouvoir : celui de la jurisprudence. Certes, "les tribunaux sont des redresseurs de torts et non de lois" (4). Mais dans l'attente d'une législation à venir, il peut s'avérer très utile que le Juge intervienne. Diderot dans ses observations sur le Nakaz n'écrivait-il pas "les meilleures lois sont vaines si le Juge est mauvais et les plus mauvaises lois peuvent être rectifiées par de bons Juges".

(1) Rapp. Y. Saint-Jours, Le substrat téléologique du droit de la Sécurité Sociale, D. 1993, chron. 123 qui considère que la norme est interprétée à rebours (et non dans le sens de sa finalité) chaque fois que les contingences économiques l'emportent sur la finalité sociale, voire même sur l'analyse exégétique des textes.

(2) G. Ripert, Les forces créatrices du droit, op. cit. note 52 spéc. p. 71 et s. (la lutte pour le droit).

(3) Rapp. M A Frison-Roche et S. Bories, La jurisprudence massive, op. cit. note 57 p. 289 : gouverner c'est savoir mais c'est aussi prévoir.

(4) Ph. Malaurie, La jurisprudence combattue par la loi, Mél. R. Savatier 1967 p. 603 ; Comp. F. Zénati, La jurisprudence, op. cit. note 57 qui évoque l'apparition d'une forme hybride de source du droit, une jurisprudence matinée de législation : la jurisprudence législative (p. 177 et s.) révélatrice de l'assimilation par la loi de la jurisprudence.



1) *Éliminer le mal*

71- **La loi au secours de la loi.** Pour le législateur, aucune difficulté particulière ne surgit lorsqu'il veut éliminer en tout ou partie les effets pervers d'une loi. Dans sa puissance, il peut modifier, voire abroger la loi défailante et en refaire une, expurgée de ses défauts passés. La constatation d'effets pervers est même souvent l'amorce d'un processus qui conduit à l'élaboration d'une loi nouvelle. De nombreux exemples peuvent être trouvés à l'appui de cette affirmation (1). La loi du 9 janvier 1993 modifiant, en autres dispositions, le droit de la filiation a corrigé l'effet pervers lié aux détournements des cas d'ouverture de l'action en recherche de paternité et des fins de non recevoir qui l'accompagnaient. Celles-ci ne présentaient plus une protection contre les procès abusifs mais seulement une mine bien exploitée de procédés choquants pour rejeter une paternité encombrante (2). Le législateur les a donc supprimées. La preuve de la paternité naturelle se fait désormais au moyen de présomptions ou indices graves. C'est aussi pour remédier aux abus antérieurs qui permettaient à des réfugiés économiques de bénéficier indûment du statut de réfugié politique et mettre un terme aux détournements de procédure qu'est intervenue la loi portant réforme du droit d'asile, a-t-il été affirmé au cours des travaux préparatoires (3). De son côté, la loi sur la société par actions simplifiée devrait permettre de ne plus détourner la notion de pacte social (4). Quant à la réforme du droit des entreprises en difficultés, elle vise, entre autres objectifs, à restaurer les droits des créanciers et à moraliser les plans de cession pour remédier aux nombreux effets pervers antérieurs (5).

Le législateur peut légiférer à son gré. Mais point trop n'en faut. L'inflation législative détériore la norme de façon endémique (6). Comment soigner lorsque le mal est dans le remède ? L'élimination pure et simple de l'effet pervers offre l'avantage de la chirurgie, salvatrice à condition d'être pratiquée à bon escient et avec mesure. Un traitement médical approprié lié à la souplesse et à la plasticité de la solution jurisprudentielle donnera parfois d'aussi bons résultats, pour ne pas dire meilleurs.

(1) Le droit du travail est riche en illustrations de ce type. A titre d'exemple, évoquons la loi du 9 juin 1992, modifiant le régime du travail dans les ports maritimes qui, entre autres modifications a éliminé les effets pervers liés au mode de financement du non emploi des dockers qui pénalisait les ports les mieux gérés.

Plus récemment encore, la loi quinquennale sur l'emploi du 20 décembre 1993 a corrigé les conséquences pénalisantes des mesures permettant à un chômeur de créer ou de reprendre une entreprise. (J. Ch. Seiberras, *Création, reprise d'entreprise et essaimage*, Dr. Social 1994 p. 120).

(2) J. Rubellin-Devichi, *Réflexions sur la réforme attendue du droit de la filiation*, Mél. A. Colomer, Litec 1993 p. 404 n° 11 Adde du même auteur, Une importante réforme en droit de la famille, op. cit. note 166 n° 16 et s. et les précisions apportées par l'auteur.

(3) J.-P. Bloch, Bull. Ass. Nat. 26 octobre 1993 n° 17 p. 33. Comp. R. Pandraud, Bull. Ass. Nat. 3 novembre 1993 n° 18 p. 31 pour qui le texte de loi allait conduire à une multiplication des faux demandeurs d'asile au lieu d'en réduire le nombre.

(4) M. Germain, *La société par actions simplifiée*, J.C.P. 1994 éd. E, I, 341 et éd. G. I, 3749 n° 2.

(5) La doctrine dans son ensemble a dénoncé les détournements dont les procédures collectives faisaient l'objet. Outre les références citées notes 68, 85, 86 v. spéc. F. Perrochon, *Halte au détournement de cession judiciaire d'entreprise, créanciers bafoués*, D. 1990 chron. p. 42; M. Vasseur, *Le crédit menacé ...* op. cit. note 146; A. Pirovano, *Introduction critique au droit commercial contemporain*, Rev. Trim. Dr. Com. 1985 p. 241; P. Diener, *Du caractère suspect de l'absence de période suspecte*, D. 1993 p. 258; Adde du même auteur, *Quelques réflexions critiques à propos de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises*, D. 1986 chron. 123 v. spéc. p. 126.

(6) La prolifération des lois dans une même matière s'accompagne d'une multiplication des dispositions transitoires. Le droit des baux connaît même les dispositions transitoires des dispositions transitoires. La où les systèmes se chevauchent et se contredisent, il y a place pour l'effet pervers. cf. supra n° 58.

2) *Neutraliser le mal*

72- **Défendre le droit contre ses propres excès** (1). Le juge est le correcteur naturel de la loi et occupe de ce fait une position privilégiée pour vaincre l'effet pervers. Il entre déjà dans la tradition jurisprudentielle d'utiliser les principes généraux du droit pour combler les déficiences de la loi. La consécration par la Cour de Cassation dès le XIXème siècle du principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui (2) en constitue une bonne illustration (3).

Le droit contemporain quant à lui, fournit de multiples exemples de la contribution bénéfique des tribunaux dans la lutte livrée contre l'effet pervers. Ainsi la jurisprudence vient-elle au secours de la loi lorsqu'elle lui restitue sa finalité. L'exemple du droit des assurances peut ici être évoqué. En cette matière, la Cour de Cassation a annulé par application du principe indemnitaire une clause de franchise proportionnelle à l'importance du dommage qui combinée à une clause de plafonnement aboutissait au résultat paradoxal que plus le dommage était élevé, plus l'indemnité était réduite (4). La jurisprudence joue également un rôle correctif important lorsqu'elle neutralise les conséquences néfastes d'une législation inadaptée. Telle fut l'oeuvre de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation à propos de l'obligation de restitution des cuves gracieusement mises à la disposition des pompistes de marque par les compagnies pétrolières. A suivre les règles du prêt à usage les pompistes auraient été tenus de restituer la chose en nature. La chose elle-même, donc, et non une autre fut-elle identique. Pareille contrainte dissuadait les pompistes de quitter la compagnie pétrolière prêteuse à l'expiration du contrat compte tenu des frais de dépose considérables qu'ils devaient supporter pour rendre les cuves et les machines prêtées. Cette attitude conduisait à une situation absurde et entraînait des conséquences disproportionnées par rapport à "l'avantage" concédé. Aussi le Conseil de la Concurrence (5) et la Cour de Cassation (6) ont décidé que les clauses de restitution en nature étaient nulles au motif qu'elles entravaient le marché de la distribution de produits pétroliers.

C'est aussi pour éviter que les règles de preuve du bail posées aux articles 1715 et 1716 du Code Civil ne se retournent en réalité contre le locataire que l'on voulait protéger, que les tribunaux ont été amenés à assouplir les règles légales. L'écrit imposé à titre de garantie ne devait pas préjudicier au locataire en l'empêchant de prouver l'existence d'un bail verbal. La jurisprudence est donc intervenue (7). Et cette neutralisation des effets néfastes liés à un excès de formalisme s'est répétée pareillement dans les statuts spéciaux (8).

(1) J. Carbonnier, *Flexible droit* op. cit. note 12 p. 70.

(2) Req. 15 juin 1892, D.P. 1892, I, 596; S. 1893, I, 281, note Labbé; Grands arrêts de la jurisprudence civile n° 145.

(3) Rapp. les hypothèses où la jurisprudence corrige les résultats absurdes auxquels une loi peut conduire. L'exemple bien connu du règlement de police des chemins de fer aux termes duquel il est interdit de descendre ailleurs que dans les gares et lorsque le train est complètement arrêté peut ici être cité. Bien en prit à la chambre criminelle de la Cour de Cassation le 8 mars 1930 de ne pas appliquer ce règlement à la lettre malgré le principe d'interprétation stricte de la loi pénale. Les juges ne manquent pas non plus d'imagination pour pallier l'inadaptation de la loi. L'invention jurisprudentielle du "mandat domestique" remédiant à l'incapacité historique de la femme mariée devenue totalement inadéquate au fil du temps en atteste. (v. Ph. Jestaz, *Le droit op. cit. note 21 p. 103*).

(4) Cass. civ. 1ère, 16 octobre 1990, Bull. Civ. I n° 213; Adde A. Bénabent, *Le rapport rénové de la Cour de Cassation pour 1990, La portée du principe indemnitaire en droit des assurances*, D. 1991, chron. p. 176.

(5) Décision du 29 septembre 1987, B.O.C.C. 87-304, J.C.P. 1987, 111, 16818; confirmée par Paris 5 mai 1988, J.C.P. éd. C. 11988, 111, 17475.

(6) Com. 16 février 1992, J.C.P. 1992, 11, 21987 note M. Behar-Touchais; Rev. Trim. Dr. Civ. 1992 p. 759 obs. J. Mestre; Rev. Jurisp. Dr. Aff. 1992 p. 377 n° 474.

(7) A. Bénabent, *Les contrats spéciaux* op. cit. note 57 n° 329.

(8) A. Bénabent op. et loc. cit. note précédente.

73- **Tout est relatif.** Le législateur corrige l'effet pervers, la jurisprudence le neutralise. L'un et l'autre conjuguent leurs efforts respectifs et apportent une contribution bénéfique au traitement de l'effet pervers. La réalité est parfois plus complexe. L'effet pervers, rebelle à tous procédés thérapeutiques, résiste. La seule issue consiste à l'utiliser...

#### b) Utiliser l'effet pervers

74- **Le fait et le droit.** Législateur et tribunaux peuvent être désemparés en face d'une réalité où foisonnent les effets pervers. Prenant acte de cette situation où le fait prime le droit, le législateur, souverain, peut décider de s'appuyer sur cette réalité en récupérant, à son profit, les effets pervers antérieurs (a) voire même les légaliser (b). Plus rarement et peut-être pour de ténébreuses raisons de politique législative, il va purement et simplement maintenir l'effet pervers (c).

#### 1) Récupérer l'effet pervers

75- **Minimiser le mal.** Lorsque le législateur ne gomme pas purement et simplement l'effet pervers mais l'utilise à son profit, il a recours à une méthode bien précise : la correctionnalisation législative. Le législateur fait ainsi échapper certains contentieux à la bienveillance (ou à la malveillance) des Jurys d'Assises. La matière des infractions contre les personnes offre ici deux exemples historiques patents. La bigamie tout d'abord. Le Code Pénal Napoléonien puisant aux sources d'une longue tradition punissait cette infraction des travaux forcés à temps. Cette trop grande sévérité conduisit, à l'opposé, à de fréquents acquittements trop souvent injustifiés. Aussi la loi du 17 février 1933 cherchant à mettre le droit en accord avec les faits correctionnalisait l'infraction. Un raisonnement similaire peut être poursuivi à l'égard de l'avortement qui a connu un destin identique. La sévérité du codificateur eut un résultat inverse à celui qu'il avait escompté. Les Cours d'Assises plutôt que de soumettre l'auteur à une telle rigueur (l'infraction était punie des travaux forcés à temps) prononcèrent de nombreux acquittements. Aussi le législateur correctionnalisait-il l'avortement par la loi du 27 mars 1923.

Dans l'une et l'autre hypothèse la démarche législative fut identique. La loi n'était plus adaptée aux faits ; sous l'impulsion des tribunaux chargés de l'appliquer, elle produisait des effets pervers. Tenant compte de cette inadaptation et tirant les leçons du passé, le législateur est intervenu. L'effet pervers a été à l'origine de la démarche législative. Il est permis de se demander quelle est la valeur d'une telle démarche. La correctionnalisation opère une "confusion des genres a-t-on dit. Elle est indéfendable" (1). Il est d'ailleurs des hypothèses où l'utilisation de l'effet pervers se fait à mauvais escient. Le recours aux droits de succession pour corriger les inégalités résultant des écarts de fortune entraîne, cela a été démontré, une fuite fiscale à l'étranger et contribue au développement de la fraude fiscale (2).

#### 2) Légaliser l'effet pervers

76- **Métamorphoser le mal.** A l'extrême, l'effet pervers peut être récupéré en étant légalisé. Le législateur le métamorphose. En changeant d'état, l'effet pervers accède directement à la vie juridique : il devient l'effet voulu et normal de la loi. Illustration de ces propos peut être trouvée auprès de la loi du 8 janvier 1993 qui a

(1) W. Jeandidier, La correctionnalisation législative, J.C.P. 1991, I, 3487, spéc. n° 33.

(2) J. Schmidt, Les principes fondamentaux du droit fiscal op. cit. note 131 p. 47

mis fin au monopole des pompes funèbres. La jurisprudence, pervertissant la loi, avait rendu ce monopole totalement inopérant. Le législateur prenant acte de cette inefficience, a réformé la loi en supprimant le monopole(1).

#### 3) Maintenir l'effet pervers

77- **Vivre avec le mal.** Au risque de surprendre, le législateur peut décider de maintenir l'effet pervers. Une pratique, néfaste, va pourtant être maintenue. Pourquoi ne pas évoquer ici le silence que gardèrent pendant un temps les pouvoirs publics à l'égard du travail clandestin (aujourd'hui travail illégal) lorsque l'on sait le rôle de contrepoids que celui-ci peut jouer en présence d'un chômage persistant (2). En lien avec cette idée évoquons l'institution du médiateur. Le législateur, de son propre aveu, reconnaît que l'application parfaite de la loi peut aboutir à une injustice. Aussi investit-il quelqu'un pour ne pas l'appliquer (3). Que dire aussi des lois comme celle sur les écoutes téléphoniques ou celle visant à renforcer la lutte contre le trafic de stupéfiants dans lesquelles le législateur autorise la commission d'infractions par des agents de la force publique (4) ? A petite dose, l'effet pervers serait-il salvateur (5) ? Les vertus curatives de l'homéopathie sont ici mises en cause. Efficace dans le traitement de certaines affections, ce mode de thérapie peut l'être moins en d'autres cas. Il peut contribuer cependant à fortifier la lucidité d'un législateur en face d'un avenir qu'il appréhende déjà.

#### 2) Prévenir le mal

78- **Le présent ne prend son sens qu'en fonction de l'avenir.** Le législateur peut organiser l'avenir en prévenant le mal de façon ponctuelle (a). Il peut également adopter une méthode législative plus élaborée afin de prendre la mesure d'éventuels effets pervers (b).

#### a) Prévenir ponctuellement le mal

79- **Mieux vaut tenir que courir.** L'administration d'un traitement ponctuel préventif est chose aisée pour le législateur. Il élabore une loi qui préviendra les déviations ultérieures dans le domaine qu'il veut régir (6). Ainsi en est-il de la

(1) Fr. Warembourg-Auque, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1993 p. 423.

(2) A. Cœuret, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1989 p. 393.

(3) Sur le médiateur de la République v. A. Pierucci, Le médiateur européen, Rev. Marché commun 1993 p. 818 et s. ; B. Oppetit, L'hypothèse du déclin du droit op. cit. note 121 p.20.

(4) Loi n° 91-646 du 10 juillet 1991, relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications (A. Cœuret, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1991 p. 824) ; loi n° 91-1264 du 19 déc. 1991 relative au renforcement de la lutte contre le trafic des stupéfiants (A. Cœuret, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1992 p. 203).

(5) Rappr. J. Cruet, La vie du droit ... op. cit. note 2 p. 83 : "Beaucoup d'anarchie c'est le désordre, un peu d'anarchie c'est le progrès" ; Ch. Jamin, note sous CA Paris, 3è Chbr, A, 15 déc. 1992 "parce qu'ils suscitent l'incertitude et la controverse, les textes mal rédigés sont un facteur paradoxal d'enrichissement du droit". Adde infra n° 85.

(6) La jurisprudence peut, elle aussi, prendre une telle initiative et jouer un rôle préventif. Citons, à titre d'exemple, plusieurs décisions rendues à propos de la recevabilité de l'action de la victime d'une contamination par le virus V.I.H. des suites d'une transfusion sanguine à des fins thérapeutiques. Les juges décident que la procédure légale d'indemnisation prévue par l'article 47 de la loi du 31 déc. 1991 et le décret du 26 févr. 1992, n'est pas de nature à être suivie par les victimes de manière impérative et n'empêche pas ces dernières, par voie de conséquence, d'agir en justice dans les termes du droit commun de la responsabilité civile. Ce faisant, les juges ont évité que ne s'installe un effet pervers qui aurait permis aux assureurs de rejeter sur la collectivité la charge définitive de l'indemnité (J.-J. Taisne, Régime spécial d'indemnisation des transfusés contaminés et maintien des procédures de droit commun, note sous TGI Périgueux, 28 avril 1992, D 1993 p. 322 et s ; D. Vidal, Principes généraux du droit et responsabilité civile d'un centre de transfusion sanguine, note sous TGI Nice, 27 juillet 1992, D.1993 p.

rétroactivité in mitius instaurée en droit pénal. Le principe de non rétroactivité de la loi pénale a comme objectif la protection des libertés : nul ne peut être sanctionné par une peine qui n'était pas prévue par la loi au jour de l'infraction. Mais ce principe ne doit pas se retourner contre ceux qu'il protège dans le cas où la loi est plus favorable (1). Cette exception se voit d'ailleurs reconnaître valeur constitutionnelle alors que le principe ne l'a pas. (2).

Le législateur peut aussi décider de faire une loi rétroactive avec indication de date (3). L'exemple de la loi du 3 août 1981 sur la donation-partage qui supprimait des avantages fiscaux est aussi révélateur. Le législateur décida que cette loi serait applicable à compter du 3 juillet 1981 pour déjouer le calcul de ceux qui, à l'annonce du projet de loi, s'étaient précipités chez leur notaire (4).

Le législateur peut encore adopter une attitude plus subtile et pour faire respecter la finalité de la loi, s'attacher le concours des principaux intéressés. Il aura précisément comme alliés les personnes susceptibles de déclencher l'effet pervers. Tel fut l'un des objectifs de la loi du 29 janvier 1993 désireuse de faire participer les organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux (5). Pareille technique peut être mise en relation avec le phénomène de la négociation de la loi dont on connaît l'importance aujourd'hui (6). Le législateur cantonne dans une loi les desiderata des différents protagonistes et leur confectionne, sur mesure, le vêtement législatif qu'ils ont eux-mêmes élaboré. Issu du droit social (7) ce procédé a fait tâche d'huile et symbolise la transformation du système juridique. Il convient particulièrement bien à la matière économique (8). D'une conception du droit imposé,

38 et s. ; Contamination par le Sida : une mauvaise surprise du côté des assurances, Aix en Provence 12 juill. 1993 (qui confirme TGI Nice 27 juill. 1992) D. 1994 p. 13 et s.

(1) J.-L. Aubert, Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, 4<sup>e</sup> éd., n° 106.

(2) Cons. Constit. 19 et 20 janv. 1981, D. 1982 J.-P. p. 441 note Fr. Dekeuwer-Defossez.

(3) Sur les dangers que peut représenter la rétroactivité v. cpdt J. Héron, Étude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil), Rev. Trim. Dr. Civ. 1985 p. 277 et s. ; H. Mazeaud, L'enfant adultérin et la "super-rétroactivité" des lois (à propos de la loi n° 76-1036 du 15 nov. 1975), D. 1977 chron. p. 1 et s.

(4) J. Héron, Étude structurale ... op. cit. note précédente p. 297.

(5) G. Drouot, La loi n° 93-122 du 29 janv. 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, A.L.D. 1993 p. 153 et s. spéc. p. 154.

(6) Ce phénomène peut-être relié à la mise en oeuvre de la législation sociologique qui conduit fréquemment à une conception de la loi-transaction ou de la loi de compromis (F. Terré, "La crise de la loi" op. cit. note 12 p. 27 citant J. Carbonnier, in, 2<sup>e</sup>ème colloque France - Union Soviétique de sociologie juridique, 1978). Nombre de lois contemporaines illustrent cette conception.

(7) Sur le phénomène de la négociation de la loi V. M. Despax, Négociations, conventions et accords collectifs in Droit du Travail publié sous la direction de G.N. Camerlynck, dem. éd., spéc. n° 13 bis. Adde A. Jeammaud, Droit du travail 1988 : des retournements plus qu'une crise, Dr. Social 1988 p. 583 et s. spéc. p. 587 : "le législateur puise dans l'accord des partenaires sociaux la teneur et la justification des mesures qu'il adopte" ; G. Couturier, Droit du travail, T. I. Droit fondamental, 2<sup>e</sup> éd. n° 27. L'auteur évoque le phénomène récent selon lequel "les négociations engagées entre les partenaires sociaux n'ont été appliquées que pour être présentées aux pouvoirs publics afin que ceux-ci procèdent aux modifications législatives convenues". Rapp. Fr. Ewald, Le droit du travail, une légalité sans droit, Dr. Social 1985 p. 724. V. aussi G. Ripert, Le régime démocratique et le droit civil moderne n° 198 et s. qui évoque la "décadence de la souveraineté de la loi" face à la montée du "droit de la profession". Le phénomène de la négociation de la loi est donc guetté lui aussi par ses propres dérivés ...

(8) M.-A. Frison-Roche, Les difficultés méthodologiques ... op. cit. note 62 p. 19 qui évoque le phénomène du marchandage sans attacher nécessairement une connotation péjorative à ce terme. v. l'exemple donné par l'auteur du deal "qui semble passé entre le législateur et les organismes représentatifs des banques qui troquent un soutien des P.M.E., en termes de crédit, contre un geste du législateur en terme de garantie". Rapp. à propos de la réforme de la loi sur les "faillites", l'engagement pris par les présidents des établissements bancaires d'inciter leur directeur d'agence à prendre davantage de risques en échange d'un nouveau texte sur les faillites qui leur serait plus favorable qu'auparavant (v. entretien du 17 nov. 1993 du premier ministre Édouard Balladur avec l'Association Française des Banques, in, Journal le Monde du 15 janv. 1994). Adde L. Jossierand, Comment les textes de loi changent de valeur au gré des phénomènes économiques, Mél. Capitain, 1939 p. 369 et s.

on s'oriente à une conception du droit négocié (1). La loi devient à son tour un échange (2). Autant de prémices permettant de tester le corps social qui débouchent sur une conception plus sophistiquée de la prévention de l'effet pervers.

### b) Prévenir durablement le mal

80- Prudence est mère de sûreté. La préparation des lois futures peut s'inscrire dans une perspective plus élaborée. Le législateur agit sur la méthode législative elle-même. "Le législateur qui entend que son oeuvre vive mais ne veut pas la figer doit savoir creuser à même les textes un au delà de sa propre pensée" (3). Prévoir le devenir de la loi est donc une nécessité. Le problème méthodologique d'une instrumentalisation de la législation est posé. Instrumentalisation dont la loi expérimentale constitue le champ d'action privilégié. L'hétérogénéité du corps social au sein duquel se meut la norme ainsi que l'extrême complexité des rapports juridiques en sont les deux meilleures raisons d'être. Lorsque la loi est votée à titre expérimental, un rendez-vous est donné au législateur quelques années plus tard à l'issue duquel un rapport est dressé sur l'application de la loi. Ce bilan lui permettra de corriger, modifier, réviser, voire de découvrir de nouvelles directions. Nombre de lois font aussi l'objet d'une information pré-législative. Sondages d'opinions, rapports d'enquêtes, tables rondes ... permettent de prendre le pouls du corps social, d'évaluer la loi (4). Tel fut le cas de la loi du 13 juillet 1965 sur les régimes matrimoniaux (5) de la loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce (6), de la loi du 10 janvier 1978 établissant une définition cadre des clauses abusives (7), les exemples pourraient être multipliés ... La sociologie juridique est ici d'un apport précieux dans sa fonction d'informatrice (8). Elle devient un auxiliaire idoine du travail législatif. "Elle peut faire office de dispositif d'alarme quand un peuple ne se reconnaît plus dans ses lois" (9). Assise sur la réalité du tissu social, la loi expérimentale organise donc sa propre évaluation et permet l'intégration structurelle de l'incertitude. Si la loi s'affirme par nature comme étant "de droit transitoire", elle peut, par une nouvelle forme de prudence, proposer plus que de disposer, organiser simplement des expériences. Le législateur doté d'un charisme législatif cédera la place à un législateur conscient de l'indétermination de l'évolution future de la situation qu'il veut régir (10). A l'anticipation de l'avenir de la loi que réalise l'effet

(1) J. Cabarello, Typologie du contentieux : de la justice formelle à l'ordre négocié, conférence de l'École Doctorale d'histoire, de sociologie et de philosophie du droit de Paris II, 17 févr. 1993, cité par M. A. Frison-Roche, Les difficultés méthodologiques op. et loc. cit. note précédente.

(2) F. Zénati, Le droit et l'économie au delà de Marx, in, Droit et Économie, Arch. Phil. Dt 1992 p. 121 et s. pour qui l'échange est le modèle juridique des opérations économiques.

(3) J. Carbonnier, Essais sur les lois op. cit. note 29 p. 249.

(4) A. Jeammaud et E. Serverin, Évaluer le droit, D. 1992 chron. p. 263 et s. ; A. Jeammaud, Les règles juridiques et l'action D. 1993 chron p. 207 et s. Adde les travaux du CERCRID, Rapport scientifique 1988-1992 ; v. également L. Mader, L'évaluation législative ... op. cit. note 22 spéc. p. 41 et s. ; Ch. A. Morand, Évaluation législative et lois expérimentales, sous la direction de J.-L. Bergel P.U.A.M. 1993 ; J. Cruet, La vie du droit ... op. cit. note 2, v. le dernier chapitre consacré à la loi expérimentale.

(5) Fr. Terré, La signification sociologique de la réforme des régimes matrimoniaux, l'année sociologique 1965, n° 16 p. 3 et s. ; Adde J. Carbonnier, Législation et quelques autres, Mél. R. Savatier, 1965 p. 142 et s.

(6) J. Carbonnier, La question du divorce, mémoire à consulter, D 1975 chron. p. 115 et s.

(7) J.-L. Bergel, Théorie générale du droit op. cit. note 53 p. 79.

(8) J. Carbonnier, La sociologie juridique et son emploi en législation, Rev. Acad. Sc. Morales et politiques, 1968 p. 91 et s. ; Fr. Terré, Esquisse d'une sociologie juridique de la commercialité ... op. cit. note 160 p. 11 et s.

(9) G. Cornu, Aperçu de la pensée juridique contemporaine, Annales de l'Université de Poitiers, 1959 p. 23 ; Adde G. Lebreton, Y a-t-il un progrès du droit ? Q.1991 p. 102.

(10) M.-A. Frison-Roche, Les difficultés méthodologiques... op. cit. note 62 p. 20. Rapp. J. Bonneau, Science du Droit et Romantisme, 1928, p. 59 qui en son temps avait déjà sur appeler de ses vœux la notion de loi expérimentale (cité par Ch. Jamin, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1994, p. 434).

pervers correspond la prévisibilité qui entre dans le jeu de la loi (1). La tâche devient aisée pour le législateur de contrecarrer ou de favoriser, selon son incidence, un mouvement qui se dessine. La méthode présente de nombreux avantages. Est-elle à l'abri de toute critique ?

81- Rien n'est parfait. "La loi qui prétend tout connaître d'avance et parfaitement est une impossibilité rationnelle" (2). La loi humaine ne peut être une loi parfaite (3). Et la règle expérimentale, guettée elle aussi par ses propres dérives, n'échappe pas à cette loi d'airain. Elle permet d'arracher un consentement aux citoyens timorés, d'habituer progressivement les sujets de droit à une réalité à laquelle ils n'ont pas adhéré d'emblée (4). La loi expérimentale peut aussi être source d'insécurité ; elle accentue par ailleurs la pression du juge sur le législateur (5). Mais un gouvernant averti en vaut deux et la règle marquée du sceau de sa prudence en sera fortifiée d'autant.

82- L'avenir de la règle. N'est-ce-pas commettre un sacrilège en face du dogme laissé par les philosophes (6) et l'héritage Révolutionnaire (7) que d'envisager avec sérénité le caractère expérimental de la loi ? L'idéal serait de concilier élaboration scientifique des lois et empirisme législatif. Dans cette quête, la loi expérimentale peut ajouter sa pierre à l'édifice. Elle tend à réaliser la synthèse entre l'inné et l'acquis, elle peut aussi constituer un avenir pour la règle en voie de mutation. Pour suivre ce parcours semé d'embûches, un guide est irremplaçable, il s'agit, on l'a deviné, de la Doctrine. Une doctrine toujours enracinée dans un passé encore vivant mais déjà immergée dans un avenir plus que pressenti et qui pour le plus grand bien de la règle, annonce, dénonce inlassablement l'effet pervers des lois (8).

(1) La double étymologie du mot loi (Legare : lier et legere : lire) pourrait ici être évoquée. (cf. M. Bastit, La loi, Arch. phil. dt, 1990 p. 211 et s. et A. Magdelain, La loi à Rome, Histoire d'un concept, Paris, éd. Belles lettres, 1978 p. 86 "la lex a commencé par être du ius publié sous la forme d'une lecture solennelle par l'autorité compétente" et p. 21 c'est "par suite de la généralisation de l'affichage que le mot lex en est venu à ne plus désigner que le texte lui-même plutôt que sa récitation". La loi pourrait être entendue aujourd'hui dans le sens de lecture, mais de lecture des faits sociaux.

(2) J. Carbonnier, Essais sur les lois op. cit. note 29 p. 291.  
 (3) Seule la loi divine est parfaite. Cf. Ps 18 "La loi du Seigneur est parfaite qui redonne vie". Adde Portalis, Disc. Préliminaire, in, Discours et Rapports sur le code civil, éd. par Biblio. de Phil. polit. et jurid., 1989, p. 4 et 5 "Les lois ne sont pas de pures actes de puissance, ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison... Qu'il serait absurde de se livrer à des idées absolues de perfection dans des choses qui ne sont susceptibles que d'une bonté relative"... Adde Y. Thomas, Sainteté des lois, Rev. droits 1993 p. 135 et s. ; A. Sériaux, Droit et loi dans la pensée d'Aristote et de Saint Thomas d'Aquin, Actes du V colloque de l'association française de Phil du droit, P.U.A.M., 1987 p. 77 et s. ; spéc. p. 89 ; S. Goyard-Fabre, Le droit est-il de ce monde ? Rev. droits 1986 p. 51 qui note "il est impossible de réaliser la constitution juridique parfaite".

(4) V. par exemple à propos de la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse les informations données par Ch. Byk, in, Bioéthique, chron. d'actualité, I.C.P. 1994,1, 3763 n° 2, rubrique avortement.  
 (5) G. Paisant, La jurisprudence de la Cour de Cassation et la question de la réforme de la loi sur le surendettement op. cit. note 90 p. 177. Sur les inconvénients de l'instrumentalisme juridique, V. B. Oppetit, L'expérience française de codification..., op. cit., note 162, p. 3.

(6) V. la conception du législateur et de la loi héritée de la philosophie des Lumières (in Rousseau, Du contrat social, livre II, chap. VII, Du législateur, collection la Pléiade, p. 381 et s. ; Montesquieu, L'esprit des lois, livre I, III). Adde, J.Cl. Bécane et M. Couderc, op. cit., note 56, p. 6 et s.  
 (7) J. Cl. Bécane et M. Couderc, op. cit. note 56 p. 13 et s.

(8) Des auteurs qui nous ont, précisément, permis de démasquer nombre d'effets pervers et à qui vont nos remerciements très chaleureux.

## CONCLUSION

83- Clore un débat et en ouvrir un autre. "L'ordre et le désordre du monde sont indissociables" (1). Les lois produiront toujours des effets bénéfiques et des effets pervers. Le constat a ses vertus. Il atteste que si rien n'est jamais gagné, rien non plus, n'est jamais perdu.

84- Rien n'est jamais gagné. Le destin de la règle passe par la réponse de ceux auxquels elle s'adresse (2). Or, tout ce qui touche aux comportements humains est difficilement correctible (3). Le traitement de la maîtrise des effets pervers en subit la dure loi. Comment immuniser la société contre ses retombées néfastes ? A supposer que l'on trouve des anticorps adéquats à opposer aux antigènes, il restera toujours l'éternel grain de sable, l'étrangeté non conforme impossible à refouler.

Il est inconcevable, de surcroît, de définir une organisation optimale de l'interdépendance. Si bien qu'en éliminant les effets indésirables, on éliminera forcément peu ou prou les effets bénéfiques.

Enfin, prévoir scientifiquement la direction des rejets et des transferts provoqués par les effets pervers relève de la quadrature du cercle (4). Autant le dire, l'effet pervers est congénital aux sociétés civilisées, il est inévitable. Inévitable mais non irréversible, voila un bon remède contre la résignation.

85- Rien n'est jamais perdu. Soyons confiants dans l'avenir. Le droit vaut moins pour ce qu'il est que pour ce qu'il deviendra (5). Le temps révélateur de l'effet pervers peut aussi en être le correcteur, il vient à bout de tout. Et puis, trop de perfection nuit (6). L'homme juridique parfaitement modelé par le droit peut desservir l'homme naturel qui trouvera grand avantage à le fuir. Qui n'entend déjà le cri d'Antigone : il est beau de voir un homme désobéir à la loi.

Les effets pervers exhument, par ailleurs, les contradictions de la société. Sous leur influence celle-ci peut être amenée à changer. Il sera également salutaire pour la collectivité de laisser s'épanouir - à une cadence raisonnable il est vrai - certains effets pervers. Dans l'équilibre quasi introuvable des différents intérêts en présence, ceux-ci constitueront un contrepois non négligeable, soupape de sécurité qui

(1) Fr. Terré, Droit de la faillite ou faillite du droit ? op. cit. note 15 p. 22.

(2) G. Cornu, Le visible et l'invisible op. cit. note 120 p. 28... "Le droit écrit ou créé de main d'homme est imparfait : mal répondant au mal, ce serait peut-être sévère ; remède faillible, ce n'est pas douteux".

(3) R. Beudant et P. Lerebourg-Pigeonnière, Cours de droit civil de ch. Beudant, 26 éd. T XII par R. Rodière n° 221 (cités par P.Y. Gautier in Rev. Trim. Dr. Civ., 1992, p. 410) : "Les rédacteurs du code ont plus facilement modifié la législation qu'ils n'ont réformé les mœurs".

(4) Rappr. la démonstration ingénieuse mais radicalement fautive d'Hippocrate pour procéder à la quadrature du cercle in, la République op. cit. note 23, p. 446 et s, les mathématiques au temps de Platon (notes du livre VII).

(5) Fr. Terré, "La crise de la loi" op. cit. note 12 p. 28 : il y a dans les réformes législatives actuelles un "développement du caractère éducatif de la loi qui porte peut-être en lui l'espoir d'un retour à la sagesse grecque". Adde J. de Romilly, La loi dans la pensée grecque, éd. Les Belles Lettres, 1971 v. spéc. p. 227 et s. chap. IX, l'éducation par les lois ; Platon, Les lois, in, oeuvres complètes, la Pléiade, T. II, 1964, 624 à XII 969 - 625 à XII 969 p. 635 à 1131.

(6) J. Carbonnier, Flexible droit op. cit. note 12 p. 342 et les références citées. L'auteur montre par ailleurs que certaines maladies mentales sont causées par le droit. Un système trop parfait de réparation des accidents peut déterminer chez les victimes un délire raisonné, fondé sur l'idée fixe du droit à réparation, trouble qui a été décrit sous le nom de sinistrose et qui est bien connu des spécialistes des accidents du travail. Rappr. J. Cruet, La vie du droit... op. cit. note 2 p. 264 qui évoque les bienfaits liés à l'ignorance des lois : "si les citoyens connaissant toutes les lois s'appliquaient à en observer toutes les prescriptions... la vie sociale serait d'une effroyable complication".

permettra à la société en subissant de moindres maux d'en éviter parfois de plus grands.

Il y a aussi tout le bien qui peut naître du mal (1). Platon l'avait déjà entrevu et nous le montre dans la République. La guerre, conséquence d'un désir immodéré d'enrichissement devient par la suite un bien puisqu'elle est à l'origine de la classe des gardiens, chargée de maintenir l'ordre dans la cité (2). L'avènement du christianisme fera dire à Péguy quelques XXV siècles plus tard, "*bienheureuse faute qui nous valut un tel Sauveur*". Les méfaits permettent, en fin de compte d'atteindre une liberté supérieure (3). Telle est l'irréductible complexité de l'être. Mais tel est aussi son avantage ; car "*l'estre véritable, Montaigne le déclare, est le commencement d'une grande vertu*" (4).

86- **Entre vice et vertu** (5). Vivre avilit pourrait-on dire, en songeant qu'au fil du temps les institutions et les hommes ne répondent plus à leur mission originaires. Mais vivre ennoblit pourrait-on objecter en évoquant les progrès de l'humanité ainsi que ses plus belles conquêtes. Vivre avilit et ennoblit tout à la fois constate-t-on. C'est aussi la conclusion que nous inspire l'étude de l'effet pervers.

(1) Et tout le "mal" qui peut naître du "bien"... Les effets pervers l'attestent ! Sur la beauté du mal v. Baudelaire (projet de préface aux fleurs du mal, 1) "Des poètes illustres s'étaient partagés depuis longtemps les provinces les plus fleuries du domaine poétique. Il m'a paru plaisant et d'autant plus agréable que la tâche était plus difficile d'extraire la beauté du mal"

(2) Platon, La république op. cit. note 23, livre II, 372 e - 374e. Du point de vue historique, il semble d'ailleurs que ce soit par la guerre que se forment les nations. (H. Bosanquet, A Companion to Plato's Republic for English readers, London, 4th imp. p. 85).

(3) Rappr. Saint Paul, 2<sup>e</sup> Ep. Cor., 12, vers. n° 7 à 10 ... "Lorsque je suis faible, c'est alors que je suis fort".

(4) Cité par A. Gide, in préface aux Essais op. cit. note 1 p. 8.

(5) Rappr. G. Nicolau, L'équivoque entre vice et vertu (réflexion sur une approche fonctionnelle de l'équivoque) à paraître prochainement.