

Considérations sociologiques sur les politiques communicationnelles des producteurs de droit

par Mustapha MEKKI
Agrégé des Facultés de droit
Professeur à l'Université Paris 13-Sorbonne Paris Cité
Directeur de l'IRDA

1. Stimulation et illusion des politiques communicationnelles –

Au premier abord, les politiques communicationnelles constituent une démarche noble et nécessaire. Elles symbolisent le dialogue, l'échange, la transparence. Elles entrent parfaitement dans l'idée, aujourd'hui dominante, d'une démocratie participative et de proximité. Le résultat est cependant nettement moins stimulant. Les politiques communicationnelles se révèlent souvent, à l'analyse, du domaine du discours et il n'est pas certain que l'invitation à la communication lancée par les producteurs de droit soit, sinon réelle, du moins opportune. L'appel aux destinataires de la norme lancé par les producteurs de droit donne, à certains moments, l'impression de retrouver, à l'égard des sujets de droit, ce que certains publicitaires disaient des consommateurs : « *Ne prenez jamais les gens pour des imbéciles, mais n'oubliez pas qu'ils le sont* » !

2. Les producteurs de droit – Dans une acception subjective, les producteurs de droit renvoient à ceux qui « fabriquent » le droit, aux pôles émetteurs de droit, selon l'expression de Philippe Jestaz¹, aux « forces

1. Ph. Jestaz, *Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à l'autre*, R.T.D. civ. 1996, p. 299 et s.

créatrices » de George Ripert². On y retrouve, d'un côté, les classiques du droit dur que sont le législateur, interne et européen, et les juges, nationaux et européens, et, de l'autre, les modernes du droit souple : professionnels élaborant divers codes et chartes, diverses autorités émettant des recommandations et avis, divers services s'exprimant à coups de circulaires et d'instructions. Dans une acception objective, les producteurs de droit renvoient aussi, plus largement, à la production du droit. Les lieux du droit sont tout aussi importants que les acteurs. Une place doit être réservée en ce sens au droit spontané³, au droit d'en bas, au droit vivant, à celui de la société civile, qui se crée de manière dynamique lors des États généraux de la santé⁴, des Grenelles de l'environnement⁵ ou lors des forums de discussion. Qu'est-ce alors qu'une politique communicationnelle des producteurs de droit ?

3. Les politiques communicationnelles – Les politiques communicationnelles ne peuvent être comprises qu'en revenant à la notion de communication. Cette dernière est un mot à sens multiples⁶. En combinant plusieurs sens proposés par les différents dictionnaires de la Langue française, on peut se risquer à proposer la définition suivante : la communication est un processus de mise en relation avec quelqu'un ou quelque chose en vue d'atteindre un résultat connu, qui est alors légitimé par la communication, ou un résultat inconnu qui est alors révélé par la communication. Communicationnel est l'action d'encourager une telle communication. Le droit communicationnel, pour sa part, rend compte de cette réflexivité normative entre producteurs et destinataires de la norme, mieux en tout cas que le droit négocié ou le droit dialogique. Le droit négocié est plus restreint que le droit commu-

2. G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1955, vii.

3. P. Deumier, *Le droit spontané*, Paris, Economica, 2002.

4. Des États généraux ont précédé l'élaboration de la loi Kouchner du 4 mars 2002. Les États généraux sur l'organisation de la santé ont été mis en place avant la loi du 21 juillet 2009 et les États généraux de la bioéthique en 2009 ont précédé et inspiré la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011.

5. P. Deumier, *Qu'est-ce qu'« un Grenelle » ? (la source d'un New Deal)*, *R.T.D. civ.*, 2008, p. 63 et s., spéc. p. 66.

6. D. Wolton, *La communication, un enjeu scientifique et politique majeur du XXI^e siècle*, *L'Année sociologique*, 2001/2 Vol.51, p. 309 et s., spéc. p. 310.

nicationnel. Le premier présuppose une véritable négociation alors que le second peut consister en une simple concertation ou consultation. Quant au droit dialogique, il suppose l'existence d'un échange même s'il n'y a pas toujours à proprement parler de négociation. Le droit communicationnel est plus large encore car il désigne un droit qui se crée et qui est mis en œuvre sur la base d'une interaction permanente entre les acteurs publics et privés. Le droit communicationnel est composé d'une gradation allant de la simple information à la véritable négociation en passant par la simple consultation ou concertation. Le droit communicationnel est le modèle du droit dit réflexif. Accolé au mot politique, le sujet prend tout son sens. La politique entendue au sens le plus large est un ensemble de décisions ou de non-décisions liées à la gouvernance d'une collectivité. Raisonner sous l'angle des politiques communicationnelles, c'est rendre compte d'une autre « épistémé ». Il s'agit d'un nouveau paradigme. Mener une politique communicationnelle amène à réfléchir à un nouveau mode de régulation, de gouvernance accordant une place centrale à la communication comme résultat, synonyme d'information, et à la communication au sens de mise en relation, la communication étant ici conçue comme un processus⁷.

4. Approche sociologique – À cet ensemble s'ajoute, enfin, des considérations sociologiques, bienvenues d'ailleurs en raison du caractère transdisciplinaire de la communication⁸. Il ne sera pas question de sociologie empirique, si ce n'est en s'appuyant sur les enquêtes de terrain menées par ailleurs et par d'autres, mais de sociologie fondamentale, celle des textes, y compris les lois et décisions de justice, « sociologie de bibliothèque » disait le doyen Jean Carbonnier⁹.

5. Du miracle au mirage – Cette problématique amène à solliciter de nombreuses écoles classiques telles que la sociologie descriptive de E. Durkheim et sa règle de droit, fait social par excellence¹⁰, la sociologie

7. *Ibid*, p. 311.

8. *Ibid*, p. 315 : « la communication est un objet de connaissance interdisciplinaire, au carrefour des disciplines traditionnelles et des savoirs récents liés à l'expansion de la communication et des techniques du même nom ».

9. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, 1^{re} éd., 1978, réédition PUF, Coll. Quadrige, 1994, spéc. p. 15 et s.

10. E. Durkheim, *Leçons de sociologie : physique des mœurs et du droit*, Paris, P.U.F., 1922.

compréhensive de M. Weber et la rationalité des acteurs¹¹, la sociologie politique du droit de J. Commaille¹², ou encore les théories du langage dont celle de J. Habermas indispensables à l'analyse des politiques communicationnelles¹³. La sociologie révèle que l'État est en crise et le lien social se dilue. Il faut recréer du lien social, restaurer la conscience collective si bien analysée par E. Durkheim¹⁴. Devant cette polycentricité juridique clairement exposée par A.-J. Arnaud¹⁵, liée au pluralisme des sources et des ordres juridiques, il faut rechercher une nouvelle forme de gouvernance impliquant davantage les destinataires de la norme afin de les responsabiliser et d'engager un échange, un dialogue en vue de prendre une décision. L'intérêt général se présente, dans ce contexte et plus que jamais, comme le résultat d'un arbitrage entre les intérêts. Les politiques communicationnelles sont ainsi un outil d'information censé renforcer la légitimité et l'efficacité du droit. Face à un État, à une société et à un droit sinon en crise, du moins en mutation, les politiques communicationnelles se présentent comme une solution miracle (i) Cependant, à l'analyse, il s'avère que ces politiques sont encore en phase expérimentale. Plus grave, certaines de ces politiques s'avèrent trompeuses. Être politique, c'est être habile disait d'Alembert. Or, ces politiques communicationnelles sont parfois un trompe-l'œil, une illusion. Et ce qui se voulait être un miracle pourrait n'être qu'un simple mirage (ii).

I. Le miracle des politiques communicationnelles

6. Société de l'information et société dialogique – Les politiques communicationnelles recouvrent une double dimension. Dans un premier sens, d'ordre quantitatif, la politique communicationnelle consiste à diffu-

11. M. Weber, *La sociologie compréhensive, in Essais sur la théorie de la science*, Plon, 1965, p. 149 et s.

12. J. Commaille, *L'esprit sociologique des lois*, P.U.F., coll. Droit-éthique-société, 1994, spéc. p. 32.

13. V. not., J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, Paris, Fayard, 2 tomes.

14. Conscience collective qu'il définit comme « l'ensemble des croyances et des sentiments communs à la moyenne des membres d'une société », E. Durkheim, *De la division du travail social*, 9^e éd., PUF, 1973, p. 46.

15. A.-J. Arnaud, *Entre modernité et mondialisation. Cinq leçons d'histoire de la philosophie et de l'État*, L.G.D.J., coll. Droit et Société, n° 20, 1998, spéc. p. 160.

ser, à faire savoir. Il est ici question de la technique de communication au sens d'information. Il s'agit surtout d'une démarche *top down*, qui vient d'en haut. Dans un deuxième sens, plus qualitatif, les politiques communicationnelles consistent plutôt à faire comprendre, à faire partager. Les politiques communicationnelles renvoient davantage à l'idée de dialogue en laissant une place plus importante au *bottom up*, c'est-à-dire une dynamique qui vient d'en bas. Dans une démarche sociologique et en schématisant par des idéaux-types, les politiques communicationnelles des producteurs de droit sont, d'une part, au service d'une société de l'information (A). Elles sont, d'autre part, au service d'une société de la discussion, société discursive et dialogique (B).

A. Les politiques communicationnelles au service d'une société de l'information

7. L'information renvoie à deux concepts différents : l'information comme technique, tout d'abord ; l'information comme valeur, ensuite.

1) L'information, une technique

8. Une technique au service de multiples fins – La technique de l'information est un des instruments privilégiés des producteurs de droit pour mener une politique communicationnelle. L'information est le fait de faire connaître à quelqu'un. Dans une société en réseaux, selon l'expression de Manuel Castells¹⁶, on assiste à une pulvérisation des moyens de communication et à une dispersion de l'information. Venant des producteurs de droit, l'information est une technique au service de multiples fins. Trois de ces fins peuvent être exposées.

9. Information et société de l'immédiateté – L'information permet de mieux s'adapter à ce phénomène d'accélération sociale¹⁷ et de répondre au souci d'instantanéité et d'immédiateté que permettent notamment aujourd'hui de satisfaire les nouveaux moyens de communication. Cela n'est pas sans incidence sur la qualité même de la loi dont l'ancien-

16. M. Castells, *La société en réseaux. L'ère de l'information*, Fayard, 1998.

17. H. Rosa, *Accélération. Une critique sociale du temps* (2005), trad.. D. Renault, éditions La découverte, 2010, spéc. p. 36 : « *l'expérience de la modernisation est une expérience de l'accélération (...). L'accélération sociale est la caractéristique centrale de la transformation des structures temporelles et est ainsi une force majeure de la culture de la modernité* ».

neté était autrefois symbole de vertu, car il fallait légiférer en tremblant disait le Doyen Jean Carbonnier¹⁸, alors que cette ancienneté est signe d'archaïsme et de conservatisme à l'époque contemporaine. À la vertu de la stabilité succède celle de la nouveauté. Parmi de nombreux exemples d'instantanéité, et au-delà de la loi, il faut citer la multiplication des communiqués par lesquels les juges donnent sens à leur décision avant même l'interprétation de la doctrine¹⁹. Dans le même esprit, des blogs ou des sites d'actualité²⁰ s'évertuent à commenter les décisions de justice et les textes de loi à chaud pour répondre au plus vite à une sorte de boulimie informationnelle signe d'une surconsommation de l'activité juridique. Se met ainsi en place une forme de réflexivité interprétative où de multiples acteurs interagissent. La doctrine administrative (circulaires, instructions...) côtoie la doctrine de la Cour de cassation qui coexiste avec la doctrine universitaire classique²¹.

10. Information et accès au droit – L'information est une technique indispensable pour répondre au « droit au droit », au droit à l'accès au droit²². L'accès au droit est devenu un service public²³ et répond au phénomène de pulvérisation des droits subjectifs. Les décisions de justice sont informatisées et accessibles sur Légifrance. Les textes de lois sont simplifiés et parfois vulgarisés sur les sites de professionnels du droit. À cette fin, le contrat joue un rôle relativement original. Il devient un relais d'information. Émerge un nouveau concept, celui de « contrat pédagogique »

18. J. Carbonnier, *Scolie sur le non-droit*, in *Flexible Droit...*, op. cit., p. 48 et s.

19. P. Deumier, *Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation*, R.T.D. civ. 2006, p. 510 et s.

20. Sur ce phénomène v. l'article critique de D. Bureau et N. Molfessis, *L'asphyxie doctrinale*, Études à la mémoire du Professeur Oppetit, Litec, 2009, p. 45 et s.

21. Sur l'influence de la doctrine universitaire, v. I. Maria, *La doctrine universitaire*, in *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, sous la direction de P. Deumier, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2013, p.79 et s. Adde, V. Rivollier, *La doctrine organique*, in *Le raisonnement juridique...*, op. cit., p. 105 et s.

22. J.-M. Varaut, *Le droit au droit. Pour un libéralisme institutionnel*, P.U.F., Coll. Libre échange, 1986., p. 85 et s. et p. 123 et s. Pour une vue d'ensemble, v. M. Mekki, *L'accès au droit et l'accès à la justice*, in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2013, p. 559 et s.

23. D. Bourcier, *De la publicité à la connaissance des lois. Un changement de perspective*, in *Le titre préliminaire du Code civil*, sous la direction de G. Fauré et G. Koubi, Economica, coll. Études juridiques, n° 16, 2003, p. 81 et s., spéc. p. 82.

permettant de rapprocher les lois de ses destinataires²⁴. Les clauses figurant dans ces différents contrats peuvent être de simples « clauses informatives » sans valeur contractuelle. Se pose alors la question de la force obligatoire de ces contrats que ce soit dans le domaine du droit du travail²⁵, du droit de l'immigration, de la responsabilité parentale²⁶, du droit de l'environnement... En droit de l'environnement, comme dans bien d'autres domaines²⁷, existent de nombreuses obligations d'information qui pèsent sur le vendeur et permettent à l'acheteur de faire valoir ses droits²⁸. L'objectif consiste ici à mieux connaître le droit pour mieux faire valoir ses droits.

11. Information et marketing – La communication peut également être entendue au sens de marketing. Il faut « vendre » le produit législatif ou le produit jurisprudentiel. S'agissant des lois, la tendance est flagrante : le législateur livre à une authentique promotion législative. Certaines lois sont de simples instruments de communication sans effets normatifs obligatoires. Ainsi en est-il des lois symboliques ou des lois mémorielles²⁹ qui n'ont parfois qu'une « fonction expressive »³⁰. Les juges aussi se livrent aux joies de la communication/séduction. Tel est l'un des objectifs du nouveau site du Conseil d'État qui permet d'informer les justiciables mais aussi sert de « vitrine » à l'activité du Conseil d'État. Dans un monde dominé par les moyens de communication, il faut soigner son image !

12. Les fins sont nombreuses mais toutes font de l'information un simple instrument, une technique. À dire vrai, l'information incarne surtout, aujourd'hui, une valeur.

24. J. Rochfeld, *La contractualisation des obligations légales : la figure du "contrat pédagogique"*, in M. Xifaras et G. Lewkowicz (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, Méthodes du droit, 2009, p. 294 et s.

25. J. Rochfeld, *Le PARE et les virtualités du contrat pédagogique*, *R.D.C.* 2005/2, p. 257 et s.

26. J. Rochfeld, *Contrat, responsabilité, parenté : un mélange détonant*, *R.T.D. civ.* 2006/2, p. 395 et s. ; du même auteur, *Le contrat de responsabilité parentale, une nouvelle figure du "contrat pédagogique"*, *R.D.C.*, 2006/3, p. 665 et s.

27. Pour d'autres illustrations, v. not. M. Mekki, *L'information en droit privé*, *op. cit.*, *passim*.

28. M. Boutonnet, *Des obligations environnementales spéciales à l'obligation environnementale générale en droit des contrats*, *D.* 2012 Chron., p. 372 et s.

29. Sur ces mutations, R. Libchaber, *Qu'est-ce qu'une loi*, *R.T.D. civ.*, 1999, p. 242 et s.

30. Chr. Jamin et Th. Revet, obs. in *R.T.D. civ.*, 1996, p. 487.

2) L'information, une valeur

13. La transparence de l'information – L'information est devenue une valeur sociale dominante dans de nombreuses sociétés. Plus précisément, nombreux sont ceux qui défendent l'idée que de l'information doit naître la transparence.

14. La transparence est pourvue d'une « *force d'évocation métaphorique* »³¹. Elle est le symbole de la vérité et de la pureté³². La « transparence » est actuellement l'objet d'une inflation verbale³³ et irradie tous les discours, notamment juridiques. Nombre de titres de lois, de décrets, d'arrêtés, de rapports, de directives... se rapportent à cette valeur³⁴. La transparence par le droit complète une transparence du droit lui-même. Accessibilité, intelligibilité et compréhensibilité, telle est la nouvelle devise normative³⁵. Le plus souvent la transparence est un simple moyen au service d'une fin : garantir la sécurité du marché des échanges de biens et services ou du marché financier ; protéger un individu, qu'il soit averti ou non, afin qu'il prenne une décision éclairée ; garantir une certaine égalité en cas d'asymétrie des informations ; instaurer une relation de confiance par la mise en place d'un processus décisionnel loyal... La transparence serait même devenue un principe³⁶.

15. Sur le plan politique, la transparence par l'information est un moyen de garantir une « émancipation cognitive »³⁷. De la transparence doit ainsi naître la démocratie. Internet et la circulation des informations

31. E. Garaud, *La transparence en matière commerciale*, Limoges, 1995, p. 1, §2.

32. J.-D. Bredin, *Remarques sur la transparence, in la transparence*, colloque de Deauville, R.J.C., 1993, n° spécial, p. 175.

33. V. Ph. Malaurie, *Transparence – Secret : Droit à l'information*, Annonces de la Seine, 1997, n° 1, p. 7, qui parle de « vertige de la transparence ».

34. Sur le site Internet Legifrance, consulté en 2012, 82 décrets, 76 arrêtés, 12 directives européennes, 11 rapports et 3 circulaires ont un titre composé du mot « transparence ».

35. D.C. du 16 décembre 1999 sur la loi habilitant le gouvernement à procéder à l'adoption de certains codes par voie d'ordonnance, M.-A. Frison-Roche et W. Baranès, *Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi*, D., 2000, Chr., pp. 361-368.

36. Critiquant l'existence d'un tel principe en droit des contrats, v. not. N. Vignal, *La transparence en droit privé des contrats. Approche critique de l'exigence*, P.U.A.M., 1998, Préf. J. Mestre. En droit de la concurrence, v. F. Riem, *La notion de transparence dans le droit de la concurrence*, L'Harmattan, 2002, Préf. L. Boy.

37. L. Burgorgue-Larsen, *Les nouvelles technologies*, Pouvoirs, 2009/3 n° 130, p. 65 et s.

sont un instrument de liberté et d'émancipation citoyenne. Le rôle de Wikileaks au nom de la liberté d'expression suffirait à lui seul à illustrer ce mouvement. Il n'est pas étonnant, dans ces conditions, que le législateur utilise le même vecteur, cette caisse de résonance qu'est Internet, notamment en ouvrant des forums de discussion, des plateformes de débats³⁸. Cependant, ces forums sont moins destinés à faire connaître l'information et sont davantage destinés à faire comprendre. Il n'est dès lors plus question d'une simple société de l'information. On passe incidemment à une société du dialogue, à une société de la discussion.

B. Les politiques communicationnelles au service d'une société dialogique

16. Par le dialogue, une gouvernance réflexive prend forme, de haut en bas, *top down*, et de bas en haut, *bottom up*. Pour comprendre l'importance du dialogue dans les politiques communicationnelles des producteurs de droit, il convient d'exposer, tout d'abord, dans quel environnement politico-juridique sont intervenues ces politiques communicationnelles (1), ce qui va éclairer la présentation, ensuite, des principaux linéaments théoriques (2).

1) L'environnement politico-juridique

17. **Les crises** – La communication et, partant, les politiques communicationnelles sont des notions contingentes qui n'ont de sens que dans un contexte donné. L'idée d'une société dialogique est liée à une époque caractérisée par deux périodes phares. Il s'agit, en premier lieu, de la 3^e République marquée par une crise politique, économique, sociale et juridique invitant à la construction d'une troisième voie à laquelle des auteurs tels que E. Durkheim et L. Duguit ont beaucoup apporté³⁹. Il faut avouer cependant que le républicanisme de E. Durkheim reste très modéré car il ne conçoit pas encore que la décision, « la délibération » selon ses termes, puisse être prise par quelqu'un d'autre que l'État : « *le rôle de l'État n'est pas d'exprimer, de résumer la pensée irréfléchie de la foule,*

38. V. la plateforme Web Parlement & citoyens créée en 2012 pour faire participer les citoyens en amont de l'élaboration du projet de réforme.

39. L. Duguit, *L'État, le droit objectif et les lois positives*, rééd. Dalloz, 2003 (1^{re} éd. 1901) ; E. Durkheim, *De la division du travail social*, 9^e éd., PUF, 1973.

mais de surajouter à cette pensée irréfléchie une pensée plus méditée »⁴⁰. Après la deuxième guerre mondiale, la « pression » dialogique est plus forte, toujours sur fond de crise. Après les atrocités de la seconde guerre et l'individualisme exacerbé qui s'intensifie à cette période, on assiste à un déclin de la conscience collective amenant à la célèbre « anomie » de E. Durkheim⁴¹, à la « société fragmentée » de Ch. Taylor⁴², au « désenchantement du monde » de M. Weber⁴³ ou encore à la « modernité liquide » de Z. Bauman⁴⁴.

18. Les causes – La crise de légitimité de l'État et cette dilatation du lien social doivent beaucoup à la globalisation⁴⁵. De nombreux acteurs, plus puissants que les États eux-mêmes, font leur apparition dans la société civile et dictent leurs lois. Tel est notamment le cas des multinationales. Les politiques, les droits, les problèmes sont déterritorialisés. Une nouvelle raison juridique se met en place⁴⁶ qui s'appuie sur une nouvelle gouvernance accordant un rôle plus important aux acteurs de la société civile (entreprises, associations, individus...) et plus d'importance à de nouveaux objets tels que la nature, les générations futures, les communautés, la biodiversité ou les peuples autochtones... S'opère également une rationalisation des lois et des décisions de justice, rationalité qui devient

40. E. Durkheim, cité par Y. Sintomer (2011 *a*), *Délibération et participation : affinité élective ou concepts en tension ?*, *Participations. Revue de sciences sociales sur la démocratie et la citoyenneté*, 1, octobre, De Boeck, p. 239 et s.

41. E. Durkheim, *Introduction à la morale*, in *Textes. 2 : Religion, morale, anomie*, 1917, rééd. Les éditions Minit, 1975, p. 313 s.

42. Ch. Taylor, *Grandeur et misère de la modernité*, Montréal, Bellarmin, 1992, spéc. p. 146 et s.

43. M. Weber, *Le savant et le politique*, 10/18, 1973. V. égal., M. Gauchet, *Le désenchantement du monde. Une histoire politique de la religion*, Gallimard, 1985, 2002, p. 290 ; du même auteur, *Un Monde désenchanté ?*, Éd. de l'Atelier, 2004, p. 130. Adde, P. Rosanvallon, *La contre-démocratie, La politique à l'âge de la défiance*, Seuil, 2006 ; du même auteur, *La légitimité démocratique, les théories de l'intérêt général*, Seuil, 2008.

44. Z. Bauman, *L'amour liquide. De la fragilité des liens entre les hommes*, Le Rouergue/Chambon, 2004.

45. J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'État*, Montchrestien, Coll. Clefs politique, 2003, spéc. p. 11.

46. André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique 2. Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, Paris : LGDJ, coll. « Droit et Société », 2003, p. 368 et s.

mi-inductive mi-déductive. Le législateur doit se justifier et doit rendre des comptes, notamment par le développement des études d'impact avant et après l'entrée en vigueur des lois, et des lois expérimentales limitées dans le temps et/ou dans l'espace. Les juges usent plus ouvertement d'une méthode conséquentialiste et en appellent fréquemment à l'éclairage des *amici curiae*. Cette rationalisation explique également que les décisions des juges, quels qu'ils soient, y compris des cours d'assises, doivent être motivées. La motivation est gage de légitimité et facilite la compréhension. Afin que les sujets de droit puissent accéder pleinement au droit et à leurs droits, encore faut-il qu'ils en comprennent le sens. En ce sens, la motivation des actes juridiques contribue à cette meilleure compréhension des destinataires de la règle⁴⁷. Cette motivation existe certes en matière législative mais elle se rapporte principalement aux actes juridiques individuels. Pour que le destinataire puisse comprendre et, partant, accepter l'acte juridique qui lui est adressé, celui-ci doit être motivé. « *Justification, explication, défense ou promotion d'un acte, elle participe des relations que son auteur établit avec autrui relativement à cet acte* »⁴⁸. Par une meilleure motivation des décisions de justice, il s'agit de faire comprendre voire de faire accepter⁴⁹. C'est en ce sens qu'il faut lire l'arrêt *Taxquet c/ Belgique* rendu par la Cour E.D.H. le 13 janvier 2009⁵⁰. La motivation renforce la légitimité de la décision et satisfait davantage l'attente des justiciables⁵¹, ce qui est spécialement vrai en matière pénale⁵². « *Entendue plus spécifiquement non plus comme un outil pour le juge, ni même comme une garantie du*

47. E. Jeuland, *V^o Motivation*, in *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004.

48. Th. Revet, *L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie*, *R.D.C.*, 2004, p. 579.

49. V. not. P. Texier, *Jalons pour une histoire de la motivation des sentences*, in *La motivation, Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. III, LGDJ, 2000, p. 5.

50. L. Berthier, et A.-B. Caire, *La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme, De l'intime conviction des jurys d'assises à la conviction des destinataires des décisions de justice. Réflexions autour de l'arrêt Taxquet c/ Belgique, 13 janv. 2009, req. n^o 926/05, RFDA 2009 p. 677*

51. J.-P. Jean, *La qualité de la justice face aux attentes du justiciable*, in *L'éthique des gens de justice*, actes du colloque organisé à Limoges les 19 et 20 oct. 2000, PULIM 2000 ; B. François, *Les justiciables et la justice à travers les sondages d'opinion*, in *Réforme de la justice, réforme de l'État*, L. Cadet et L. Richer (dir.), PUF 2003, p. 41.

52. Voir C. Sévely-Fournié, *Répression et motivation. Réflexions sur la motivation des arrêts et jugements des juridictions répressives*, *R.S.C.*, 2009, p. 783.

justiciable contre l'arbitraire de ce dernier, mais plutôt comme un instrument au service d'une logique plus pédagogique, l'exigence de motivation prend une nouvelle dimension et conforte en cela la logique plus générale de transparence animant et relégitimant l'activité des services publics »⁵³.

19. C'est dans ce contexte politico-juridique que s'est construite une théorie de la société dialogique qu'alimentent les politiques communicationnelles des producteurs de droit.

2) Les linéaments théoriques

20. Comment parler des politiques communicationnelles des producteurs de droit et de la société dialogique sans se référer aux travaux de Jürgen Habermas ? En quelques mots, réducteurs de la pensée riche de l'auteur, la théorie d'Habermas est une forme de syncrétisme. Ses sources d'inspiration sont nombreuses.

21. **Les théories de J. Habermas** – J. Habermas propose une théorie du langage et, à l'instar de J. Austin, il accorde beaucoup d'importance à l'illocutoire par lequel un individu énonce clairement un ressenti sans voiler sa pensée⁵⁴. Il s'appuie également sur les théories de J. Piaget sur l'adolescence. Selon ce dernier, pendant cette période, se succèdent des sentiments différents sur le monde qui entoure l'adolescent : la contestation, d'abord, et l'acceptation du monde qui l'entoure, ensuite⁵⁵. J. Habermas entend respecter cette évolution « naturelle » dans sa construction de son éthique de la discussion. De Emmanuel Kant, J. Habermas va reprendre les théories sur la raison, spécialement la raison pratique et, surtout, dialogique⁵⁶. Il s'inspire, enfin, de Max Weber et de sa théorie des acteurs et de la rationalisation⁵⁷. En s'inspirant de ces différents auteurs, il propose un modèle délibératif ni libéral ni républicain dans « la théorie

53. L. Berthier, et A.-B. Caire, *op. cit.*

54. J. Habermas, *Théorie de l'Agir Communicationnel*, t. I : *Rationalité de l'agir et rationalisation de la société (Theorie des kommunikativen Handels*, 1981), trad. J.-M. Ferry, Fayard, coll. « L'espace du politique », 1987, chapitre III : première considération intermédiaire : agir social, activité finalisée et communication.

55. J. Piaget, *Le jugement moral chez l'enfant (1932)*, 4^e éd., PUF, 1973.

56. E. Kant, *Métaphysique des mœurs, doctrine de la vertu*, Vrin, 1980.

57. J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, t. I : *Rationalité de l'agir et rationalisation de la société (Theorie des kommunikativen Handels*, 1981), trad. J.-M. Ferry, Fayard, coll. « L'espace du politique », 1987 et *Théorie de l'agir communicationnel*, t. II : *Pour une*

de l'agir communicationnel »⁵⁸ et dans « l'éthique de la discussion »⁵⁹. Il l'applique ensuite à la démocratie dans « Droit et démocratie »⁶⁰ et dans « l'intégration républicaine »⁶¹. La légitimité des décisions doit être renforcée par le respect d'un principe de dialogue sincère entre les acteurs.

22. Éthique de la discussion et gouvernance dans un monde incertain – Jürgen Habermas propose, ce faisant, une méthode pour agir dans un monde incertain, dans une société où prédomine, selon l'expression de L. Boltansky, une relativité des grandeurs⁶². Dans une société dialogique, le rationnel laisse sa place au raisonnable, à une approche pragmatique et transactionnelle. Cela répond à l'idée que l'individu n'est pas un atome isolé. Il est un « animal social ». Il n'y a donc pas d'ordre préétabli pour tous les problèmes car le raisonnable se construit au jour le jour, au cas par cas. Cela passe alors, pour les producteurs de droit, par la mise en place d'une « gouvernance démocratique », excellemment exposée par Jacques Lenoble⁶³. Il faut, selon l'auteur, redéfinir les conditions de réalisation de l'idéal démocratique par une intégration du droit dans la théorie de l'action collective pour assurer l'élaboration d'une société de droit et par une association plus importante des membres de la société civile⁶⁴, devenus des « gouvernants sans frontières » selon l'expression de André-Jean Arnaud⁶⁵.

23. Démocratie discursive et politiques communicationnelles : le principe de participation du public – L'idée d'une démocratie participative

critique de la raison fonctionnaliste, (1981), trad. J.-L. Schlegel, Fayard, coll. « L'espace du politique », 1987.

58. Ibid.

59. J. Habermas, *De l'éthique de la discussion*, trad. J.-M. Ferry, Éditions du Cerf, 1992.

60. J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes* (1996), trad. R. Rochlitz et C. Bouchindhomme, Gallimard, coll. « NRF-Essai », 1997, spéc. p. 121 s.

61. J. Habermas, *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique*, trad. R. Rochlitz, Paris, Fayard, 1998.

62. L. Boltansky et L. Thévenot, *De la justification. Les économies de grandeur*, Gallimard, 1991, p. 337 s.

63. *Démocratie et Procéduralisation du droit*, sous dir. Ph. Coppens et J. Lenoble, Travaux des XVI^e journées d'études juridiques J. Dabin organisées par le Centre de Philosophie du Droit, Bruylant, Université catholique de Louvain, Tome xxx, Bruxelles, 2000

64. Jacques Lenoble et Marc Maesschalk, *Democracy, Law and Governance*, Aldeshot : Ashgate, 2010, spéc. p. 1.

65. André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique 2. Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, Paris : LGDJ, coll. « Droit et Société », 2003, p. 368.

est au cœur des politiques communicationnelles des producteurs de droit. Elle passe par un dialogue institutionnalisé ou spontané entre les producteurs du droit et les destinataires de la règle. Tel est le cas de la démocratie sanitaire et de l'idée de participation citoyenne. La démocratie sanitaire permet d'être « *mieux informé sur les valeurs et les besoins en présence, d'assurer une meilleure communication entre les praticiens et les administratifs et de garantir une meilleure appropriation des politiques publiques* »⁶⁶. La multiplication des lois dites négociées dans ce domaine, notamment par le biais des États généraux de la santé, continue d'alimenter cette démocratie participative⁶⁷. La même idée se dégage de la démocratie sociale comprenant, notamment, la promotion du dialogue social. La démocratie environnementale répond aux mêmes impératifs⁶⁸. La participation du public prévue à l'article 7 de la Charte de l'environnement est à l'honneur comme l'illustre la décision du Conseil constitutionnel du 13 juillet 2012⁶⁹ sur les installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE) qui a dû rappeler à l'ordre le législateur français. Finalement, une nouvelle loi a été élaborée, la loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public. Cette loi est un modèle du genre. Le public ici visé ne concerne pas que les opposants au projet mais tous les acteurs, y compris les maîtres d'ouvrage qui peuvent, en amont, faire valoir leurs arguments. Cette loi consacre également une nouvelle fois internet comme un lieu de débat démocratique.

24. La responsabilité sociétale des entreprises – La responsabilité sociétale des entreprises (R.S.E.) est aussi le lieu d'un dialogue non seule-

66. A. Laude, *Une décennie de santé (2000-2010). Dix ans de droit de la santé*, in *Les tribunes de la santé*, n° 25, hiver 2009, p. 51 et s., spéc. p. 57 et 58.

67. L. Blondiaux, *La démocratie participative à l'épreuve de l'expérience*, Actes du colloque « La démocratie participative, Fantasma marketing ou nouvelle réalité d'une vie politique modernisée ? », organisé par l'AFCAP le 6 décembre 2006, Les cahiers de l'AFCAP, n° 2, p. 16.

68. P. Deumier, *Qu'est-ce qu'« un Grenelle » ? (la source d'un New Deal)*, *R.T.D. civ.*, 2008, p. 63 et s., spéc. p. 66.

69. Cons. const., 13 juill. 2012, n° 2012-262 QPC, Assoc. France Nature Environnement, *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 29, 23 Juillet 2012, act. 508 : La participation du public n'étant pas prévue, le Conseil constitutionnel censure la dernière phrase de l'article L. 512-5 du Code de l'environnement relatif aux ICPE soumises à autorisation.

ment entre l'État et la société civile⁷⁰, mais également entre entreprises et ONG, à coups de partenariats divers et variés, et au sein même de l'entreprise, faisant naître une authentique société dite « collaborative »⁷¹. Le LEEM (Les entreprises du médicament), syndicat professionnel regroupant près de 270 entreprises adhérents réalisant plus de 93 % du chiffre d'affaires total du médicament en France, a conclu dans cet esprit, en 2013, une « convention d'engagement volontaire » du secteur médicament pour la période 2012-2014 avec le ministère de l'écologie, du développement durable, des transports et le ministère du travail, de l'emploi et de la santé, dont l'objectif est d'« inscrire leurs programmes de RSE dans leurs objectifs stratégiques en faveur de l'innovation thérapeutique, l'efficacité des dépenses de santé et l'attractivité du territoire français. Elles progressent en associant l'ensemble de leurs collaborateurs et parties prenantes ».

25. L'exemple de la démocratie numérique – Dans une optique plus globale, a été récemment mis en place, en France, le site « parlement et citoyens » dont le but est d'instaurer via internet un processus permettant de faire appel aux citoyens pour construire les politiques publiques et proposer des réformes. Il s'agit d'un projet expérimental qui s'inspire de la philosophie pragmatiste de J. Dewey⁷². Selon les initiateurs du projet : « *Le processus participatif mis en place par Parlement & Citoyens n'est à proprement parler ni une consultation ni une concertation ni un débat. Son objectif n'est pas uniquement de collecter ni de faciliter l'expression des opinions mais de favoriser une construction rigoureuse des problèmes publics et la recherche de solutions optimales dans une démarche d'enquête commune associant parlementaires, citoyens, experts, associations, think tanks, journalistes, élus locaux, etc.* ». La méthode est la suivante : Six parlementaires, issus de toutes les sensibilités politiques, y présentent chacun une ébauche de proposition de loi. Le projet est ensuite mis en ligne et les internautes inscrits peuvent le commenter. Un débat peut également être organisé sur la plate-forme. Au

70. M. Renault, *Perspectivisme, moralité et communication. Une approche transactionnelle de la Responsabilité sociale des entreprises*, *Revue Française de Socio-Économie*, 2009/2 n° 4, p. 15.

71. A.-S. Novel et St. Riot, *Vive la co-révolution ! Pour une société collaborative*, éditions Alternatives, coll. Manifestô, 2012.

72. J. Dewey, *Le public et ses problèmes* (1927), Publications de l'université de Pau, Farrago/Éditions Léo Scheer, Pau, rééd. 2003.

terme de ces échanges (plusieurs semaines), chaque participant présentera une proposition de loi nourrie par les remarques des électeurs.

26. Toutes ces démarches pour encourager le dialogue sont appréciables avec le danger d'une fragmentation de la notion même de démocratie par une montée en puissance des intérêts catégoriels au détriment de l'intérêt général ! Mais alors il est temps de dépasser le miracle des politiques communicationnelles pour s'interroger sur l'éventualité d'un simple mirage des politiques communicationnelles.

II. Le mirage des politiques communicationnelles

27. Sous de nombreux aspects, les politiques communicationnelles des producteurs de droit se présentent comme un trompe-l'œil. Ces politiques sont, d'une part et à certains égards, d'une efficacité douteuse (A). Elles constituent, d'autre part et à d'autres égards, une rhétorique trompeuse (B).

A. L'efficacité douteuse des politiques communicationnelles

28. Leur efficacité est douteuse en raison des effets pervers de la transparence et des effets pervers de la participation.

1) Les effets pervers de la transparence

29. Information et « dictature des experts » – La transparence est souvent le signe d'une dictature des experts. L'État, souhaitant maîtriser l'information dans un domaine tel que la santé ou l'environnement qui baigne dans l'incertitude permanente, en est amené à dépendre entièrement de l'avis des experts. Cette « démocratie expertale ou technique »⁷³ est d'autant plus problématique qu'elle est l'œuvre d'experts pour lesquels les conflits d'intérêts sont nombreux même si la loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé a essayé d'y remédier. Les derniers décrets d'application du 21 mai 2013 manquent cependant leurs cibles car les zones d'ombre sont encore nombreuses⁷⁴.

73. M. Callon, P. Lascoumes et Y. Barthe, *Comment agir dans un monde incertain. Essai sur la démocratie technique*, Seuil, coll. La couleur des idées, 2001.

74. Ces décrets excluent de l'obligation de publication sur un site internet les contrats qui donnent lieu à facturation. Ce faisant, un « expert » pourra continuer à être rémunéré par

30. Accès au droit et transparence – L'idée d'encourager l'accès au droit par une plus grande transparence est une bonne initiative. Cependant, les effets pervers existent⁷⁵. Tout d'abord, on connaît la formule célèbre du doyen Jean Carbonnier selon laquelle « trop de transparence tue la transparence »⁷⁶. Le trop plein d'informations constitue un obstacle à l'accès et à l'exercice effectif des droits.

31. Les informations incohérentes – L'information communiquée est, ensuite, souvent incohérente⁷⁷, risque d'incohérence renforcé par le dogme de l'instantanéité. L'exemple des communiqués de la Cour de cassation parle de lui-même. Ces communiqués en disent parfois plus que les motifs de l'arrêt, voire disent le contraire de la décision⁷⁸. Dans le même esprit, seuls les arrêts publiés sont censés avoir une portée normative. Or, la diffusion assurée par les sites d'actualité et par les revues juridiques vient relativiser cette distinction entre les arrêts promis à la publication et les autres et complique, ce faisant, le travail d'interprétation.

32. Ces effets pervers de la transparence sont, à dire vrai, bien connus. Ce qui l'est moins est le caractère illusoire de la participation.

2) L'illusion de la participation

33. Les politiques communicationnelles des producteurs de droit vont de pair, de nos jours, avec l'idéologie de la participation⁷⁹. De quelle participation est-il question ? S'il s'agit de celle des citoyens, sont-ils réellement compétents ? Les expériences des conférences citoyennes dans le domaine

un laboratoire sans publicité, situation qui avait été dénoncée lors du scandale sanitaire du Médiateur.

75. M. Behar-Touchais, Vices et vertus de la transparence, *Revue Lamy de la concurrence*, 2007, n° 13.

76. J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., L.G.D.J., 2001, p. 321.

77. Sur cette incohérence, v. M. Mekki, *L'information en droit privé. Réflexions critiques sur le dogme de la transparence*, in *L'information*, VII^e journées juridiques franco-Japonaises, 26 et 27 septembre 2011, Tokyo, S.L.C., vol. 11, 2012, p. 139 et s., spéc. n° 52 et s., p. 186 et s.

78. P. Deumier, *Les communiqués...*, *op. cit.*

79. Dans le domaine de la santé, v. not. L. Chambaud et Fr. Schaetzel, *Participation citoyenne et système de santé : démocratisation ou instrumentalisation ?*, *Santé, société et solidarité*, n° 2, 2009, p. 35 et s. Adde, D. Cristol, Le droit à la participation dans les lois des 2 et 4 mars 2002, *Revue de droit sanitaire et social*, 2012, p. 453 et s.

de la santé ont révélé que ces conférences étaient surtout sous le contrôle des experts⁸⁰. Les citoyens ne participent pas réellement et la participation brandie par les pouvoirs publics n'est souvent qu'un faux-nez. Les raisons sont nombreuses. Tout d'abord, leur présence est qualifiée de fiction. Se met en place une politique du « pull sur la chaise ». Les vrais décideurs restent les managers. Se pose, ensuite, un problème de légitimité des représentants. Ils doivent être de vrais représentants des citoyens. Or s'ils sont formés ne deviennent-ils pas des professionnels ou quasi-professionnels de la santé ? Quelle procédure devrait alors être mise en place ? Dans les conférences citoyennes, il faut être clair sur l'identité de ceux qui posent les questions et sur le processus de sélection des questions posées. Le droit de la santé constitue de nouveau un laboratoire très instructif. Multipliant les conférences citoyennes et prônant la participation du public, le système de santé reste tout de même, dans les faits, peu participatif. Le risque à terme, dans le domaine de la santé, c'est que, selon P. Lascoumes, « *les personnes objet de soins cèdent leur place aux « usagers potiches » cautionnant de sa présence muette des décisions toujours plus complexes et extérieures à eux* »⁸¹.

Finalement, la pensée d'E. Durkheim est encore bien présente lui qui évoquait « *la pensée irréfléchie de la foule* ». Si la participation est celle des organismes, syndicat, associations, ONG, entreprises, il faut alors réfléchir à un critère de représentativité et veiller au respect de l'égalité des armes. Sinon c'est alors le lobbying irresponsable qui guette !

34. En plus d'une efficacité douteuse, les politiques communicationnelles usent d'une rhétorique trompeuse.

B. La rhétorique trompeuse des politiques communicationnelles

35. La rhétorique trompeuse réside à la fois dans ce qui est dit, utilisation de faux concepts, et dans ce qui n'est pas dit, c'est-à-dire les arrière-pensées qu'il faut mettre en lumière.

36. Parmi les faux concepts, on peut citer en première place, et comme seule illustration, la notion de contrat. Un exemple a déjà été cité où l'on

80. Sur le danger d'une démocratie d'experts, M. Callon, P. Lascoumes et Y. Barthe, *Agir...*, op. cit., spéc. p. 23 et s.

81. P. Lascoumes, *Action publique et environnement*, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 2012, spéc. p. 52 et s.

parle de contrat sans pour autant conclure un contrat. C'est la fameuse « convention d'engagement volontaire » non juridique des entreprises de médicaments (LEEM). Entre personnes publiques, ce sont surtout les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens (CPOM), exemple parmi tant d'autres. Ces contrats n'en ont en réalité que le nom. Le contenu est imposé par l'État aux établissements de santé qui ne peuvent réellement refuser car cette convention conditionne leurs financements par l'État. Ce sont en réalité de simples contrats d'orientation « *conclus entre une autorité publique supérieure et une entité publique ou privée, ayant pour objet la définition de la politique que suivra cette dernière. En réalité, « la démarche est contractuelle non le résultat »* ».

La rhétorique trompeuse réside aussi dans ce qui n'est pas dit.

37. Les arrière-pensées renvoient principale à l'idéologie du marché qui se dissimule derrière la plupart des politiques communicationnelles⁸² et, spécialement, dans le domaine de la santé. Le patient est ainsi de plus en plus souvent appréhendé comme un consommateur, un client. Il y a une pulvérisation des obligations d'information, à l'instar du courant consumériste. Une concurrence entre les laboratoires les incite à créer une relation avec le patient en mettant en place, notamment, une sorte de service après-vente. Les hôpitaux et cliniques sont qualifiés expressément d'entreprises dans les différents rapports ministériels. L'usager est plus appréhendé comme un homo *oeconomicus* que comme un usager.

38. Ce dogme du marché est dangereux et un juste équilibre doit impérativement être instauré ou restauré entre marché et dignité humaine. Pour ce faire, il convient d'être vigilant dans le respect des droits fondamentaux des citoyens-patients, tout en ne négligeant pas les impératifs économiques. L'inconvénient du discours sur les politiques communicationnelles est de voiler la domination des impératifs économiques. L'exemple caricatural est encore celui du berceau des politiques communicationnelles les États-Unis où le marchandage au sens propre du mot négociation, existe dans toutes les assemblées, y compris au Congrès, entre les représentants de l'État.

82. La place de « l'économie verte » en droit de l'environnement constitue également un parfait exemple de cette domination du modèle du marché sous le doux manteau des politiques communicationnelles.

39. En définitive, encourager la politique communicationnelle des producteurs de droit est une entreprise enivrante. À l'instar de l'alcool, en consommer avec modération est un plaisir de la vie. En consommer avec excès est un vice mortel. Or, comme le disait Michel Audiard, « *le bistrot est utile à un dialoguiste, mais il y a un risque : l'alcoolisme* » !