



HAL
open science

Les faux-semblants de la codification à droit constant : de la lutte contre les fléaux sociaux à la lutte contre les maladies et les dépendances

Yann Bisiou

► **To cite this version:**

Yann Bisiou. Les faux-semblants de la codification à droit constant : de la lutte contre les fléaux sociaux à la lutte contre les maladies et les dépendances. 2017. hal-01613883

HAL Id: hal-01613883

<https://hal.science/hal-01613883>

Preprint submitted on 10 Oct 2017

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

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

Les faux-semblants de la codification à droit constant : de la lutte contre les fléaux sociaux à la lutte contre les maladies et les dépendances

Yann Bisiou

Maître de conférences en droit privé
et sciences criminelles

Univ Paul Valéry Montpellier 3, CORHIS EA 7400

1. L'adoption par ordonnance¹ d'un nouveau code de la santé publique suscite bien des réserves, sur la méthode employée dite de « codification à droit constant » comme sur ses effets. Loin de constituer une simple mise en ordre du droit existant, elle en modifie la substance. La « lutte contre les fléaux sociaux » disparaît au profit d'une « lutte contre les maladies et les dépendances » qui met l'accent sur l'individu, non sur la société. Cette évolution s'accompagne d'une refonte des dispositions pénales. L'ordre public sanitaire est contesté et avec lui une certaine conception de la politique criminelle, fondée sur le recours aux mesures de sûreté, issue des théories de la *Défense sociale nouvelle*². Dès lors, la recodification effectuée apparaît bien éloignée de l'idée que l'on se fait habituellement de la codification « à droit constant ».

2. En principe, l'expression désigne une *codification-compilation*, simple recueil de textes conservés en l'état et ordonnés par décret. Le procédé n'a pas les faveurs de la doctrine. Au mieux il est considéré comme nécessaire mais sans âme³, au pire comme un exercice qui confine à l'absurde. Il facilite l'accès à des normes pléthoriques⁴, mais se heurte à la critique lorsqu'il reprend sans les amender des dispositions inutiles ou mal conçues⁵. Finalement son principal avantage réside dans la souplesse et la rapidité d'une procédure administrative présentée au Parlement pour ratification.

3. La nouvelle codification du Code de la santé publique se réclame néanmoins de cette tradition puisqu'elle retient les textes en vigueur « au moment de la publication »⁶.

¹ Ord. n°2000-548, 15 juin 2000, *JO*, 22 juin, p. 9337 et numéro spécial du même jour.

² Une théorie qui serait « au purgatoire » depuis la disparition du Pr. Marc Ancel en 1990, (R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, droit pénal général*, 7^{ème} éd., Cujas éd., 1997, §88, p. 138).

³ Le Pr. Carbonnier a cette formule : « cette sorte de codification est utile mais ses produits sentent l'encre. D'un patchwork on ne peut espérer qu'il ait un esprit » (*Droit civil - Introduction*, PUF, 26e éd., Paris, 1999, §113, p. 212).

⁴ C. constit., déc. n°99-421 DC, 16 déc. 1999, *JO*, 22 déc., p. 19041 ; M.-A Frison-Roche et W. Baranès, *Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi*, *D.*, 2000, *chron.*, p. 361.

⁵ B. Oppetit, *De la Codification*, *D.*, 1996, *chron.*, p. 37.

⁶ Art. 1^{er}, loi n°99-1071, 16 déc. 1999, (*JO*, 22 déc., p. 19040).

Néanmoins, elle tient compte des critiques de la doctrine jusqu'à se distinguer de façon substantielle des codifications à droit constant antérieures. Outre le fait qu'elle intervient par ordonnance et non par décret, la nouvelle procédure autorise la modification des textes anciens afin d'assurer « le respect de la hiérarchie des normes », « la cohérence rédactionnelle » et « l'harmonisation du droit »⁷. Selon le Conseil constitutionnel, ces aménagements auraient une portée limitée et n'autoriseraient pas les modifications de fond⁸. L'affirmation est pourtant démentie par la pratique ; la faculté de réécrire les textes et « d'harmoniser l'état du droit » modifie la substance des textes codifiés, en contradiction avec l'idée de codification à droit constant.

4. Certes, la réécriture de dispositions parfois confuses est une nécessité si l'on souhaite améliorer l'intelligibilité de la loi. Mais cette rédaction se fait au détriment de la jurisprudence qui compensait les imperfections de la loi. Mieux écrits en la forme, les textes ne sont pas meilleurs sur le fond et ne bénéficient plus du soutien de la jurisprudence. La codification à droit constant acquiert alors une fonction normative, y compris en matière pénale, que le législateur et le Conseil Constitutionnel lui refusent.

5. Quant à l'harmonisation du droit, elle donne au codificateur un pouvoir de d'abrogation comparable à celui qui procède d'une codification de plein exercice⁹. Le Gouvernement écarte non seulement les dispositions recodifiées ou celles qui sont expressément abrogées, mais encore celles qui auraient fait l'objet d'une abrogation implicite ou même d'une abrogation par désuétude. Il opère ainsi une sélection dans le droit existant sans reprendre l'ensemble des textes en vigueur avant la codification¹⁰. Il ne s'agit plus seulement de recenser et de classer, il s'agit de « rassembler, organiser et clarifier les textes de valeur législative »¹¹. C'est probablement au nom de ce besoin de clarification que les dispositions relatives aux alcooliques dangereux sont écartées, le Gouvernement estimant qu'elles avaient été « implicitement abrogées par des textes postérieurs »¹². Une affirmation un peu hâtive qu'il convient d'expliquer avant de s'intéresser au pouvoir normatif qui résulte des codifications à droit constant.

I/ Codification à droit constant et sélection du droit

6. Issu d'une loi du 15 avril 1954 codifiée aux articles L.355-1 et suivants de l'ancien Code de la santé publique, le régime des alcooliques dangereux s'inspire des théories de la *défense sociale nouvelle*. Il s'agit de s'attacher à un état dangereux, pour traiter la situation avant qu'elle ne dégénère en infraction. Afin d'y parvenir la loi prévoit un dispositif en trois

⁷ *Ibid.* ; également, art. 3, loi n°2000-321 sur les droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration, 12 avr. 2000, *JO*, 13 avr., p. 5 646.

⁸ C. constit., 16 déc. 1999, *préc.* L'affirmation figure à deux reprises dans la décision.

⁹ À propos du Code de la propriété intellectuelle, P.-Y. Gautier, De l'art d'être furtif, le droit constant des codes de la propriété intellectuelle et de la consommation, in B. Beignier, *La Codification*, Dalloz, 1996, §8, p. 114 et s.

¹⁰ A. Lienhard et C. Rondey, Incidences juridiques et pratiques des codifications à droit constant, *D.*, 2000, *chron.*, p. 521.

¹¹ Rapport relatif à la partie législative du code de justice administrative, *JO*, 7 mai 2000, p. 6903.

¹² Rapport relatif à la partie législative du Code de la santé publique, *JO*, 22 juin 2000, p. 9339.

étapes¹³. Un *signalement* permet d'identifier les situations créant un risque pour les tiers, le tort que l'alcoolique se cause à lui-même ne pouvant justifier l'application de la mesure. La loi autorise ensuite le *placement* des alcooliques dangereux dans des institutions spécialisées afin de parvenir à leur *traitement*. Ce placement est entouré de garanties. Il est ordonné par le Tribunal de Grande Instance, à la demande d'une commission médicale, après une enquête sociale et un examen médical approfondi qui doit permettre de constater « l'impossibilité de maintenir en liberté l'alcoolique »¹⁴. Il est prononcé pour une durée maximale de six mois renouvelable et prend fin dès que le risque pour autrui disparaît, alors même que la personne n'est pas encore sevrée. Clairement, l'enfermement a pour principal objectif d'éviter la commission d'infractions violentes sous l'empire de l'alcool. C'est ce régime très particulier qui est aujourd'hui abrogé. Une abrogation « implicite » qui masque une abrogation par désuétude due à l'impéritie des pouvoirs publics.

A/ De l'abrogation implicite à l'abrogation par désuétude

7. La doctrine est unanime pour considérer qu'il y a abrogation implicite ou tacite, lorsque les dispositions anciennes sont incompatibles avec les dispositions nouvelles¹⁵. Encore distingue-t-on de façon tout aussi classique selon que les dispositions anciennes ont un objet spécial ou général. La loi spéciale ancienne subsiste en effet à la loi nouvelle plus générale sans être abrogée en application de l'adage *legi speciali per generalem non derogatur*. Or on cherchera en vain la trace d'une loi supprimant les mesures relatives aux alcooliques dangereux ou même d'une loi dont l'objet serait incompatible avec ces dispositions. Par nature, le régime des alcooliques dangereux a un caractère spécial qui le fait déroger aussi bien aux autres lois de santé publique qu'aux dispositions pénales.

8. Ainsi, le renforcement de la prévention et du traitement volontaire de l'alcoolisme dans le cadre de la loi de 1998 relative à la lutte contre les exclusions¹⁶, Les programmes régionaux pour l'accès à la prévention et aux soins des personnes les plus démunies et les centres d'hygiène alimentaire et d'alcoologie¹⁷ favorisent l'accompagnement social et la réinsertion des alcooliques ; ils n'excluent pas le recours à des procédures plus contraignantes lorsque l'alcoolisme crée un danger pour autrui.

9. De même, les lois de santé publique relatives à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental ne peuvent se substituer au régime des alcooliques dangereux. Leur objet est différent puisqu'elles se fondent sur l'existence d'un trouble psychique, condition qui n'est pas requise pour le placement des alcooliques dangereux. En outre, leur régime est moins protecteur des intérêts de l'individu. Le placement « volontaire » - c'est-à-dire à la

¹³ F. Caballero et Y. Bisiou, *Droit de la drogue*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2000, §211 et s., p. 264.

¹⁴ G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, *Droit pénal général*, Dalloz, 16^{ème} éd., 1997, §709, p. 504.

¹⁵ Mazeaud t.1, J. Carbonnier, *op. cit.*, § 127, p.230. G. Cornu, *Droit civil*, t. 1, Domat, 5^o éd., 1991, Montchrétien, §359, p. 123 ; G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, *op. cit.*, §114, p. 108.

¹⁶ Loi n°98-657, 29 juill. 1998, *JO*, 31 juill., p. 11679.

¹⁷ D. n°98-1229, 29 déc. 1998, *JO*, 30 déc., p. 19 822.

requête d'un proche - est exclu pour les alcooliques dangereux mais admis en cas de trouble psychique (art. L.3212-1 C. santé publ.). Quant à l'hospitalisation d'office des aliénés dont l'état psychique compromet l'ordre public ou la sûreté des personnes (art. L.3213-1), il s'agit d'une décision administrative et non judiciaire¹⁸. Elle est subordonnée à la constatation d'un état dangereux pour autrui ou pour l'aliéné lui-même¹⁹, alors que seul le risque pour autrui peut justifier un placement au titre de la législation sur les alcooliques. On ne peut donc considérer que ces dispositions abrogent implicitement celles qui concernent les alcooliques dangereux.

10. Pour des motifs comparables, aucune disposition pénale ne peut avoir implicitement abrogé les mesures propres aux alcooliques dangereux. La faculté reconnue aux procureurs de la République d'orienter l'auteur d'une infraction vers une structure sanitaire (art. 41-1, 2° C. proc. pén.), ou le pouvoir donné aux juges de prévoir une désintoxication dans le cadre du contrôle judiciaire (art. 138-10) et du jugement est liée à la commission d'une infraction alors que le régime des alcooliques dangereux intervient indépendamment de toute infraction²⁰.

11. La recherche d'un traité international incompatible avec le placement des alcooliques dangereux est tout aussi infructueuse. L'article 5, §1, e) de la *CESDH* autorise largement l'internement des alcooliques et des toxicomanes²¹. Dans l'arrêt *Witold Litwa c. Pologne*, la Cour européenne des droits de l'homme précise que cet internement est justifié à l'égard de l'intoxiqué chronique ou de celui qui est temporairement sous l'influence de l'alcool dès lors que son état crée un danger pour lui ou les tiers²². Seule exigence posée par la Cour, l'internement doit être conforme aux prescriptions légales et ne doit pas être arbitraire. Cela suppose que soit prouvé le degré d'intoxication et la dangerosité de l'individu interné. Ces précautions sont bien inférieures à celles prévues en France en matière de placement des alcooliques dangereux dont les dispositions sont donc parfaitement compatibles avec les engagements internationaux souscrits par la France.

12. Dans le même temps, force est de reconnaître qu'en pratique, cette mesure emblématique d'une certaine conception de la politique criminelle, était peu ou pas appliquée. Un seul centre spécialisé a été créé²³ et les médecins recourraient généralement à l'hospitalisation d'office, en associant alcoolisme et trouble mental²⁴. Cette habitude était toutefois d'une légitimité discutable compte tenu des conditions moins favorables de l'internement psychiatrique²⁵. Si en droit le placement des alcooliques dangereux n'a pas

¹⁸ L'intervention du juge judiciaire n'est prévue qu'une fois l'internement ordonné (art. L. 3211-12. C. santé publ.).

¹⁹ H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, M. de Juglart et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 1, 2^{ème} vol., Les personnes, 7^{ème} éd., Montchrétien éd., Paris, 1986, §721, p. 815.

²⁰ En faveur de l'intervention *ante delictum*, G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, *op. cit.*, §13, p. 10.

²¹ Egalement art. 6 et 52, 3°, Charte européenne sur les droits fondamentaux ;V. les « explications relatives au texte de la charte » in Rapport sur le projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne F. Loncle n°2616, *Ass. Nat. Doc. parl.*, 5 oct. 2000.

²² CEDH, *Witold Litwa c. Pologne*, 4 avr. 2000, §60 et 61, *Hudoc*, réf. 00001433 .

²³ OFDT, *Indicateurs et Tendances*, 1999.

²⁴ Sur les lacunes de la prise en charge hospitalière des alcooliques, M. Reynaud, PH.-J. Parquet, *Évaluation du dispositif de soins pour les personnes en difficulté avec l'alcool*, DGS, 1997.

²⁵ Sur les dérives de ces internements, CA Paris, 13 avr. 1999, *D.*, 2000, jur., p. 499, note J. Prévaul.

été abrogé explicitement ou implicitement, en fait il souffrait donc d'une certaine désuétude qui a pu lui faire perdre de sa force. On passe alors d'une abrogation implicite née d'une incompatibilité entre la loi ancienne et la loi nouvelle, à une abrogation par désuétude dont l'appréciation excède le cadre étroit d'une codification à droit constant.

B/ Abrogation par désuétude et impéritie des pouvoirs publics

13. L'abrogation par désuétude désigne la disparition de la loi par le non-usage. Elle se distingue donc nettement de l'abrogation implicite née d'un conflit entre deux lois. Le Parlement et le Conseil Constitutionnel ayant seulement autorisé le codificateur à tenir compte des textes implicitement abrogés, ce dernier ne pouvait écarter les dispositions frappées de désuétude. Pourtant, le codificateur fait un usage aussi fréquent que discret de ce pouvoir. Outre l'abrogation des textes relatifs aux alcooliques dangereux, le nouveau Code de la santé publique renonce au contrôle administratif des maladies vénériennes et, au fil des autres codifications, de nombreuses dispositions sont abandonnées au prétexte qu'elles sont « obsolètes », « très secondaires » ou « inadéquates »²⁶.

14. La doctrine, il est vrai, reproche traditionnellement aux codifications à droit constant leur impuissance à moderniser le droit, à le rationaliser²⁷. Par pragmatisme, on peut donc être tenté de soutenir un excès de pouvoir aussi judicieusement commis²⁸. Mais il ne faut pas se méprendre sur la portée de ces critiques. Lorsque la doctrine souligne les limites de la codification à droit constant ce n'est pas pour repousser ces limites, mais pour promouvoir une codification de plein exercice seule à même de rénover le droit en abrogeant les dispositions devenues inutiles et en adoptant les nouvelles règles indispensables²⁹. Même entendue extensivement, la codification à droit constant en est incapable, d'autant que la désuétude est un phénomène complexe et difficile à apprécier.

15. En effet, l'inapplication de la loi ne préjuge pas de son ineffectivité³⁰. Il ne suffit pas de constater qu'une loi n'est pas appliquée depuis un temps prolongé pour en déduire que ses dispositions sont tombées en désuétude³¹. Fort heureusement, nombre d'infractions ne sont jamais commises, sans que le texte qui les prévoit soit obsolète, bien au contraire³². La mesure de l'effectivité d'une loi dépend d'abord de la nature de cette loi et des objectifs qui lui sont assignés lors de son entrée en vigueur. Il faut donc évaluer la loi, ce qui est incompatible avec la neutralité qu'impose la codification à droit constant. Lorsqu'elle s'y

²⁶ V. les rapports relatifs au Code des juridictions financières, (JO, 16 avr. 2000, p. 5836.), au Code de justice administrative (*préc.*), ou au Code de l'éducation, (JO, 22 juin 2000, p. 9343).

²⁷ Oppetit, de la codification, in B. Beignier, *La Codification*, *op. cit.*, p. 17.

²⁸ Circ. relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, 30 mai 1996, §2.1.1 et 2.1.6.a), JO, 5 juin, p. 8263.

²⁹ *Contra*, le Pr Drago, ZZZ, JCP 1996.I.3953, n°7, pour qui l'abrogation par désuétude doit seulement être admises ouvertement.

³⁰ J.-M. Pontier, *A quoi servent les lois ?*, D., 2000, *chron.*, p. 57.

³¹ R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, §200 note 5, p. 280.

³² J. Carbonnier souligne qu'en raison de son effet dissuasif, la loi pénale inappliquée peut être effective « quoique son accomplissement soit invisible et immatériel », *Flexible droit*, 9^{ème} éd., LGDJ, Paris, 1998, p. 144.

risque, celle-ci ne peut éviter certaines incohérences. Ainsi, le Code de la santé renonce au placement des alcooliques mais conserve l'*Institut National de l'Enseignement, de la Recherche, de l'Information et de la Prévention sur la Toxicomanie*³³, organisme fantôme qui n'a jamais le jour³⁴. De même, elle reprend le régime de l'injonction thérapeutique bien que la mesure « bénéfique » à 10% à peine des usagers de stupéfiants interpellés³⁵. Ces solutions se justifient dans le cadre d'une codification de plein exercice par les choix de santé publique du législateur. Elles prennent un caractère arbitraire dans le cadre technique d'une codification à droit constant.

16. Arbitraire, l'abrogation des textes frappés de désuétude est également trop réductrice. La désuétude peut avoir plusieurs causes qui appellent des réponses différenciées. Parfois, l'application de la loi devient impossible en raison « du changement des mœurs »³⁶, de l'évolution des mentalités. Il y a alors désuétude « sociologique » et l'abrogation pourrait éventuellement se justifier. Parfois, la cause de la désuétude est plus prosaïque et résulte de l'impéritie ou de l'inertie des pouvoirs publics. En matière d'ordre public sanitaire, la difficulté est récurrente. La loi conserve toute son actualité sociale mais ni le législateur ni le Gouvernement ne se donnent la peine de la mettre en œuvre. Dans ce cas, la négligence ou l'indifférence des autorités ne peuvent constituer une justification recevable à l'abrogation d'une loi ; la loi doit être appliquée. Et tel est le cas des dispositions relatives aux alcooliques dangereux.

17. Le régime institué par la loi de 1954 s'est heurté à deux obstacles, les réticences exprimées par le corps médical pour traiter une dépendance par la contrainte et l'absence de financement de structures spécialisées. Nonobstant ces obstacles, la mise en œuvre d'une mesure de sûreté à l'encontre des alcooliques s'inscrit parfaitement dans la problématique de lutte contre les dépendances promue par le Code de la santé. De surcroît, si le lien entre alcoolisme et délinquance reste à démontrer³⁷, l'incidence de l'alcool sur certaines infractions violentes et son caractère favorisant lors du passage à l'acte sont souvent constatés³⁸. Laisser l'individu libre de consommer une drogue quelconque rend plus nécessaire encore la prévention de ces consommations dans un but de santé publique³⁹ et ne dispense pas de protéger les tiers dans un but d'ordre public. Certes, les politiques publiques privilégient la prise en charge volontaire des patients alcooliques avec

³³ Art. L.3411-3 et L.3411-4 C. santé publ. ; V. F. Caballero et Y. Bisiou, *op. cit.*, §74, p. 90.

³⁴ Ses missions sont assurées par la Mission Interministérielle de Lutte contre la Drogue et les Toxicomanies (D. n°96-350, 24 avr. 1996, JO, 26 avr., p. 6383) et l'Observatoire Français des Drogues et des Toxicomanies (arr., 11 juin 1996, JO, 27 août, p. 12839).

³⁵ M. Setbon, *L'injonction thérapeutique*, rapport de recherche CNRS-GAPP, Sidaction, 1998. La faible application de l'injonction qui devait pourtant être la règle se justifie moins que celle du placement des alcooliques qui a un caractère exceptionnel.

³⁶ J. Carbonnier, *Droit civil - Introduction - op. cit.*, §130, p. 234.

³⁷ C. Pérez-Díaz, *Alcool et délinquance*, OFDT, Tendances n°9, nov. 2000.

³⁸ Aux Etats-Unis, 57% des infractions sont commises sans consommation d'aucun toxique, 28 % sous l'empire de l'alcool, 8% sous l'influence d'un stupéfiant, 7% sous l'effet des deux produits, Dpt of Justice, BJS, *American Indians and Crime*, NCJ 173386, 1999.

³⁹ L'alcoolisme est la cause de 3% des hospitalisations en moyenne journalière, 13% des personnes hospitalisées ayant un problème d'alcoolisme, L. Com-Ruelle, S. Dumesnil, *L'hospitalisation des patients alcooliques*, in C. Got et J. Weill, *L'alcool à chiffres ouverts*, Paris, 1997.

la volonté d'ôter au traitement sa « dimension psychiatrique »⁴⁰. Mais l'abandon de la mesure de sûreté renforcera cette dimension psychiatrique car l'hospitalisation volontaire ou d'office deviendra l'unique réponse possible aux situations de détresse pré-infractionnelles.

18. Le régime des alcooliques dangereux méritait un destin moins funeste que cette abrogation discrète qui excède les pouvoirs reconnus au codificateur. Au lieu de renoncer devant l'obstacle, la codification pouvait proposer au législateur une mesure de sûreté qui complète la répression des infractions commises sous l'empire de l'alcool. Depuis l'entrée en vigueur du Code pénal de 1992, les conséquences de l'ivresse volontaire sur l'imputabilité sont discutées. Le code ne tient pas compte des causes de l'altération de volonté⁴¹ mais seulement de l'état de conscience au moment des faits. En toute logique juridique, on doit donc écarter ou atténuer la responsabilité pénale de l'auteur agissant sous l'empire de l'alcool, sauf si une loi spéciale en décide autrement⁴². En l'absence d'alternative à la sanction pénale, cette solution qui favorise l'impunité des délinquants est cependant écartée par les tribunaux. Il devenait possible, dans le code de la santé publique, de prévoir un traitement obligatoire de l'alcoolisme avant ou après la commission d'une infraction qui offre une alternative cohérente à la répression⁴³. Loin d'être inutile, la réglementation relative aux alcooliques dangereux aurait eu un rôle déterminant dans une politique de santé et de sécurité publique.

19. Pour que la codification puisse pleinement intégrer la désuétude, il ne suffit donc pas qu'elle abroge les textes obsolètes, il faut encore qu'elle dispose d'un pouvoir normatif qui seul permet de répondre à l'impéritie ou à l'inertie des pouvoirs publics en favorisant l'application effective de la loi. Malgré les dénégations, ce pouvoir existe dans le cadre d'une codification à droit constant. Mais son caractère quasiment « clandestin » ne permet pas d'y recourir à bon escient.

II/ Codification à droit constant et création du droit

20. Dans son acception traditionnelle, la codification à droit constant se distingue de la codification de plein exercice par l'absence de pouvoir normatif. Simple compilation de textes existants, elle n'aurait pas d'incidence sur la substance des règles qu'elle codifie. En réalité, elle est loin d'être neutre et la faculté qui lui est aujourd'hui reconnue « d'harmoniser le droit » et d'assurer la « cohérence rédactionnelle » des textes favorise la création d'un droit nouveau. Parfois, cette action normative est involontaire. Elle s'explique alors par une limite formelle de la codification à droit constant que la doctrine a déjà amplement souligné : son incapacité à intégrer la jurisprudence⁴⁴. Parfois, cette action normative est

⁴⁰ F. Moderne, La lutte contre les fléaux sociaux, in P. Ligneau, Droit sanitaire et social - la prévention sanitaire en France, Sirey, 1986, p. 189.

⁴¹ Art. 122-1 et 122-2 C. pén.

⁴² P. Conte et P. Maistre du Chambon, droit pénal général, Armand Collin, 4^e éd., 1999, n°366, p. 194 ; plus nuancé, J. Pradel, Droit pénal général, t. 1, n°546 et s., p. 480.

⁴³ Une telle mesure existe en droit espagnol pour les toxicomanes (F. Caballero et Y. Bisiou, *op. cit.*, §618, p. 776).

⁴⁴ D. Bureau, Remarque sur le droit de la consommation, *D.*, 1994, *chron.*, n°9 et 10, p.293.

volontaire. Elle se traduit notamment dans le choix du plan et des titres de l'ouvrage. Elle est alors insuffisante, le codificateur ne pouvant harmoniser la nouvelle philosophie qui s'exprime dans les titres et l'ancienne qui subsiste dans les textes.

A) La création involontaire de normes nouvelles

21. Il faut avoir une conception singulièrement étroite du droit pour croire qu'il peut être appréhendé tout entier dans la loi. C'est là une des grandes faiblesses des codifications à droit constant dont le domaine est restreint au droit écrit. Les apports de la coutume⁴⁵ et plus encore de la jurisprudence sont écartés. La difficulté s'accroît avec la faculté laissée au codificateur de réécrire les dispositions codifiées. L'objectif est louable : il s'agit d'améliorer l'intelligibilité de la loi, en substituant à des rédactions incertaines des textes plus limpides. En l'absence de codification, c'est la jurisprudence qui s'est chargée de donner du sens à la loi. La loi mal conçue mais convenablement éclairée par cette jurisprudence peut atteindre la qualité qu'exige la Cour européenne des droits de l'Homme. Or, aussi paradoxal que cela puisse paraître, en améliorant une rédaction défectueuse, la codification peut manquer son effet parce qu'elle contrarie l'interprétation proposée par la jurisprudence. La rédaction est plus claire mais la règle substantielle plus confuse. Il en résulte la création souvent involontaire de normes nouvelles.

22. À cet égard, l'initiative la plus discutable du codificateur est probablement la correctionnalisation du refus de vaccination contre la tuberculose (art. L.3116-4 C. santé publ.). La rédaction initiale de cette infraction ne brille pas par ses qualités⁴⁶. Elle précise l'incrimination mais fixe la peine par renvoi « aux sanctions prévues à l'article 471 du Code pénal », texte qui définit à l'époque les contraventions de première classe. Le danger de ces renvois externes est connu⁴⁷. Après l'adoption de la Constitution de la V^{ème} République, les contraventions sont transférées dans la partie réglementaire de l'ancien Code pénal sans qu'aucune disposition ne soit prévue pour substituer les références nouvelles aux anciens textes. La définition des contraventions de première classe est codifiée aux articles R.25 et R.26⁴⁸ tandis que l'article 471 nouveau définit la sanction de l'affichage d'une condamnation portant contravention ainsi qu'un délit de dégradation des affiches sanctionné d'un emprisonnement de un à six mois et d'une amende de 500 F à 15 000 F. L'adoption d'un nouveau code pénal en 1992 ajoute encore à la confusion. Cette fois, le législateur prévoit la substitution des références nouvelles aux références anciennes⁴⁹, mais la peine complémentaire d'affichage n'existe plus pour les contraventions ; elle subsiste seulement pour les crimes et délits⁵⁰. Littéralement, la contravention devient un délit en 1958 et disparaît en 1994, l'article 471 étant abrogé sans être repris.

⁴⁵ Sur le rôle de la Coutume en matière pénale, R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, §195, p. 275.

⁴⁶ Prévue par la loi n°50-7, 5 janvier 1950, l'infraction est codifiée en 1953, art. 218 puis 217 C. santé publ. (loi n°94-43, 18 janvier 1994, art.1^{er}, III).

⁴⁷ J. Pradel, *op. cit.*, §141, p. 139.

⁴⁸ Ord. n°58-1297, 23 déc. 1958.

⁴⁹ Loi n°, 16 déc. 1992, art.322 et s.

⁵⁰ Art. 131-40 et 131-35 C. pén.

23. Fort heureusement, la jurisprudence compense ces erreurs matérielles⁵¹. Elle privilégie l'intention initiale du législateur en s'inspirant de l'idée selon laquelle « La loi n'est pas seulement dans les mots ; elle est dans l'intention du législateur »⁵². Ainsi, lorsque la loi nouvelle abroge et remplace le texte auquel il est fait renvoi, le nouveau texte est substitué au précédent. Lorsque la loi nouvelle abroge purement et simplement un texte, ce texte abrogé « survit » comme texte de renvoi. C'est la théorie dite de « l'abrogation par inadvertance ». Elle se justifie par le fait que le renvoi n'est pas la simple mention d'un article, mais une référence aux dispositions substantielles de cet article. Ainsi, l'article 217 de l'ancien Code de la santé publique ne renvoie pas à l'article 471 de l'ancien Code pénal mais « aux sanctions prévues à l'article 471 » ; ce n'est pas l'article qui est visé mais son contenu répressif. La référence à cet article doit donc être interprétée à la lumière des intentions du rédacteur du texte initial⁵³. S'agissant du renvoi à l'article 471 de l'ancien Code pénal, le rédacteur entendait réprimer cette infraction de la peine prévue pour les contraventions de première classe. Il fallait donc tenir compte du changement de numérotation intervenu en 1958 pour substituer à l'article 471, les textes successifs qui en reprenaient la substance⁵⁴. Le refus de vaccination demeurait une contravention punie d'une amende de 250 F.

24. Ce n'est pourtant pas la solution choisie par le codificateur⁵⁵ puisque le refus de vaccination contre la tuberculose devient un délit réprimé d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 25 000 F⁵⁶. La solution n'a pas d'explication valable en droit. Soit le codificateur fait une interprétation littérale de l'article 217 de l'ancien Code de la santé, et il doit constater l'absence de toute répression depuis 1994. Soit il s'appuie sur la jurisprudence, et le refus de vaccination reste une contravention de première classe⁵⁷. Et les conséquences de cette correctionnalisation ne s'arrêtent pas là car, en toute logique, elle modifie également l'appréciation de l'élément moral de l'infraction. Au lieu d'être une infraction matérielle commise par la seule constatation du refus de vaccination⁵⁸, l'infraction exige une faute qui, en l'absence de mention spécifique, doit être intentionnelle (art.121-3 C. pén.). On voit ainsi comment une contravention devient un délit dans le cadre d'une codification à droit constant. D'ailleurs, cette correctionnalisation n'est pas isolée et concerne également les vaccinations obligatoires prévues au titre de la lutte contre les épidémies (art. L.5 à L.7-1 anc. C. santé publ.).

⁵¹ Cass. crim. 3 févr. 1923, *D.P.*, 1926.1.229, obs. M.N. qui constate qu'une erreur purement matérielle ne saurait avoir aucune conséquence sur la répression.

⁵² Mimin note sous Cass. crim. 23 févr. 1950, *D.* 1951, p. 218 (*Bull. civ.*, n°69, p. 107).

⁵³ En ce sens, Cass. crim. 3 mars 1938, (*Gaz. Pal.*, 1938.1.788), substitution du texte nouveaux au texte remplacé car « le législateur a entendu assimiler à ce dernier délit, au point de vue de la répression, l'infraction qu'il prévoyait ».

⁵⁴ Art. R. 26 anc. C. pén. puis 131-13, 1° C. pén. (D. n°94-167, 25 févr. 1994, *JO*, 26 févr., p. ZZZ).

⁵⁵ L'article 2 de l'ordonnance de codification prévoit pourtant cette substitution automatique pour l'avenir (Ord. n° 2000-548, 15 juin 2000, *préc.*).

⁵⁶ L'article 471 prévoyait une amende de 15000 F., amende portée à 25000 F en application de l'article 329 de la loi dite « d'adaptation » du 16 déc. 1992.

⁵⁷ Il semble en réalité qu'il retienne la jurisprudence mais seulement de façon partielle, en confondant la conséquence de cette jurisprudence - la survie de la loi abrogée - avec sa cause - le caractère substantiel du renvoi législatif. Dès lors il ne corrige pas l'erreur commise en 1958 mais passe outre à l'abrogation intervenue en 1994.

⁵⁸ Cass. crim. 9 oct. 1958, *Bull. crim.*, n°613, p. 1081.

25. Le refus de se soumettre à ces vaccinations constitue cette fois une contravention de cinquième classe punie d'une amende et d'un emprisonnement d'un mois⁵⁹. Cette peine d'emprisonnement contraventionnel disparaît en 1993⁶⁰, et pourtant la codification transforme ces contraventions punies d'une simple amende en délits. Elle prévoit - par renvoi - un emprisonnement de trois mois, que le Code pénal ne connaît pas, et une amende de 25 000 F (art. L.3116-1 et L.1312-2 C. santé publ.). On constate ainsi que la codification à droit constant affecte la répression, quelle l'aggrave ou qu'elle y fasse obstacle, comme en ce qui concerne la définition des stupéfiants.

26. Là encore, la notion emprunte à la technique du renvoi législatif poussée jusqu'à l'excès. Elle constitue l'un des pires exemples du déclin de la légalité criminelle⁶¹. La loi définit en effet les stupéfiants par renvoi à un classement opéré « par voie réglementaire »⁶². Ces textes réglementaires ne sont pas plus précis. Ils se contentent d'affirmer que les stupéfiants sont classés sans expliquer ni comment, ni par quelle autorité⁶³. C'est sur ce fondement des plus vagues qu'un arrêté du Ministre de la santé classe les stupéfiants en renvoyant lui-même à une liste dressée par le directeur de l'agence du médicament⁶⁴ ! On comprend que cette « définition » laissée à l'appréciation d'un directeur d'administration centrale ait été critiquée, compte tenu de ses conséquences pénales⁶⁵. Avec bonheur, la codification réintègre aujourd'hui dans la partie législative l'ensemble de la « définition » en précisant que les stupéfiants sont classés par arrêté du Ministre de la santé pris sur proposition du directeur de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (art. L.5132-7). Cette rédaction un peu plus rigoureuse risque cependant de fragiliser les poursuites.

27. En effet, la validité de l'arrêté de classement est très incertaine. Le Ministre de la santé ne devient compétent pour classer les stupéfiants que deux ans après avoir procédé au classement⁶⁶. Par souci de légalité, s'agissant d'un élément constitutif de crimes et de délits, on ne peut envisager que cette compétence nouvelle valide rétroactivement l'arrêté illégal. La Cour de cassation a donc pris l'habitude d'ignorer l'arrêté de 1990 et de « découvrir » des sources alternatives de classement en profitant de l'imprécision du renvoi législatif⁶⁷. En retenant une définition plus restrictive, la codification met un terme à cette jurisprudence. Du point de vue de la légalité, il faut s'en féliciter. Mais du point de vue de la répression, la difficulté est autre. Le sort des procédures dépendra de l'appréciation qui sera faite de la validité de l'arrêté de 1990, au détriment de la sécurité juridique et, finalement, de la légalité. Cantonnée à la reprise du droit écrit, la codification à droit constant génère des solutions juridiques contestables qui loin de favoriser l'intelligibilité du droit constituent autant d'atteintes aux libertés individuelles.

⁵⁹ Art. 2, D. n°73-502, *JO*, 27 mai, p. ZZZ.

⁶⁰ Sur l'inconstitutionnalité de l'emprisonnement contraventionnel, R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, §405, p. 527 ; *contra* M. - L. Rassat, *Droit pénal Général*, PUF, 2^{ème} éd, 1999, §110, p. 132.

⁶¹ Sur ce « blanc-seing » donné au pouvoir exécutif, R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, §162, p. 238.

⁶² Art. 222-41 C. pén. renvoyant à l'art. L. 627 anc. C. santé publ.

⁶³ Art. R.5149 et R.5171 anc. C. santé publ.

⁶⁴ Arr. 7 févr. 1990 et la liste en annexe, *JO*, 7 juin, p. 6678.

⁶⁵ F. Caballero et Y. Bisiou, *op. cit.*, §395 et s. , p.483.

⁶⁶ D. n°92-963, 7 sept. 1992, *JO*, ZZZ

⁶⁷ Cass. crim. 12 déc. 1984, *Bull. crim.* n°402 p. 1077 ; 13 mars 1995, *Bull. crim.* n°101 p.295.

B) La création volontaire de normes nouvelles

28. Quels que soient les reproches que l'on peut adresser aux codifications actuelles, la refonte de l'ancien Code de la santé était une nécessité. Issu d'une précédente codification à droit constant laborieuse, ce code était dépassé et confus. La lutte contre les fléaux sociaux, en particulier, réunissait pêle-mêle des dispositifs non contraignants de suivi épidémique et des obligations de traitement dont le principal point commun était un coût élevé pour la collectivité⁶⁸. C'est donc avec raison que la codification réorganise la matière autour d'un nouveau plan et de titres modernisés. Mais une fois encore, l'exercice déçoit.

29. Le plan est loin d'avoir la cohérence que l'on pouvait attendre. Le contrôle administratif du commerce des médicaments devait intégrer la troisième partie du Code ; les avantages thérapeutiques de ces substances n'empêchent pas qu'elles sont source d'abus et de dépendance. À l'inverse, la lutte contre le dopage a-t-elle vraiment sa place dans cette troisième partie alors qu'elle est tout autant destinée à garantir une certaine éthique sportive qu'à lutter contre la dépendance. Enfin, pourquoi clore cette partie par la prévention de la délinquance sexuelle qui relève plutôt des maladies que des dépendances à un produit auxquelles elle succède ? Quant aux titres, leur simplicité est un peu factice, et il n'est pas très judicieux de fonder une partie sur une notion aussi vague que celle de dépendance⁶⁹. Certes, il fallait renoncer aux termes de « fléaux sociaux. » ; l'expression est marquée par les théories hygiénistes du XIX^{ème} siècle qui entendaient combattre les « maladies de la civilisation » et la « dégénérescence »⁷⁰. Mais pourquoi conserver la notion de « toxicomanie » dont l'origine est identique et dont l'objet ne correspond pas aux dispositions du code ? La toxicomanie est une notion restrictive qui vise les usagers dépendants tandis que la loi s'applique indistinctement à toutes les formes d'usages qu'elles induisent ou non une dépendance.

30. De façon plus fondamentale, ces modifications de forme ont une influence sur les textes qu'elles réunissent. En l'absence de débats parlementaires, les titres sont un des rares éléments dont disposeront les magistrats pour interpréter les textes réécrits. En principe, leur rôle s'arrête là ; la jurisprudence leur dénie toute force obligatoire et considère qu'ils ne peuvent restreindre ou contredire la loi⁷¹. Elle justifie cette solution par le fait que les titres ne sont pas discutés devant le Parlement ou qu'ils ont un caractère réglementaire. L'adoption par ordonnance des nouveaux codes pourrait invalider cette analyse ; les textes et les titres auront la même nature, une fois les ordonnances ratifiées par le Parlement. Or l'expression de « lutte contre les maladies et les dépendances » n'est pas seulement plus

⁶⁸ J. Moreau et D. Truchet, *Droit de la santé publique*, Dalloz, 3^e éd., 1995, p. 145.

⁶⁹ Le droit interne ne retient pas ce terme mais lui préfère celui de « pharmacodépendance » qui tient compte de la dangerosité du produit et non de la seule appétence (D. n°99-249, 31 mars, 1999, *JO*, 1^{er} avr., p. 4847).

⁷⁰ C. Bachmann et A. Coppel, *Le dragon domestique*, Albin Michel, 1989, p. 159 et s.

⁷¹ P.-Y. Gautier, *préc.*, §3, p. 109 ; CA Amiens, 8 juin 1954, *D.*, 1955, *somm.*, p.8.

générale que celle de « fléaux sociaux » comme on l'a prétendu⁷² ; elle traduit une mutation profonde du droit de la santé publique.

31. La notion de « fléaux sociaux » insistait sur le préjudice que certaines pathologies ou certaines conduites causent à la société. Elle expliquait ainsi qu'il fut porté atteinte au principe du consentement au soin et à la liberté de chacun, au bénéfice de tous. Au contraire, le nouveau code est orienté vers les droits du patient, affirmés dès la première partie du code⁷³. Les notions de « maladies » et de « dépendances » destinent également l'intervention publique à l'amélioration du bien être des patients. Il ne s'agit plus de protéger la société contre des « épidémies », le « prosélytisme » ou le coût de certains comportements pour la société⁷⁴, mais de favoriser la prévention et le traitement des maladies et des comportements à risques au bénéfice des malades.

32. Cette orientation est intéressante, mais il faut constater que le changement de politique qui s'annonce dans le plan ne correspond ni à la lettre ni à l'esprit des textes codifiés. Le délit d'usage de stupéfiants, les nouveaux délits de refus de vaccination, l'hospitalisation d'office sont autant d'atteintes à la liberté justifiées par l'intérêt supérieur de la société. Affirmer qu'un an d'emprisonnement et 25 000 F d'amende, même assortis d'une obligation de soin, améliorent l'état de santé d'un usager de stupéfiants est assez délicat. Dès lors, loin de favoriser l'intelligibilité du droit et la légalité des infractions, la codification « à droit constant » favorise la confusion et l'incertitude.

33. Depuis plusieurs années, il est d'usage de critiquer les codifications législatives pour leurs lenteurs et leurs insuffisances⁷⁵. Il est vrai que les textes ne sont pas toujours à la hauteur des espoirs qu'ils avaient suscités. Dans cette perspective, on a cru pouvoir dissocier le fond et la forme, le Droit et l'accès au Droit. À côté des codifications novatrices fruits de la démocratie parlementaire, il serait possible de réaliser des codifications administratives « à droit constant » dont l'objet serait d'améliorer la connaissance du droit et non le droit lui-même⁷⁶. Les limites du procédé ont conduit à retenir une conception « intelligente » de ces codifications à droit constant qui intègre les « modifications rendues nécessaires par l'évolution générale du droit »⁷⁷. Mais peut-on encore affirmer que ces codifications à droit constant ont un objet distinct des codifications parlementaires ? Ce serait oublier la nature profonde de ces dernières. Si l'on excepte certaines initiatives

⁷² Rapport au président de la république sur la codification de la partie législative du Code de la santé publique, *préc.*, p.9338.

⁷³ La première partie s'intitule « Protection des personnes en matière de santé », et le titre premier « droits des personnes malades et des usagers du système de santé ».

⁷⁴ J. Bernat de Célis, Fallait-il créer un délit d'usage de stupéfiants ? ; le coût pour la collectivité est l'argument que présenta le gouvernement pour justifier la pénalisation de l'usage en 1970. Un argument encore invoqué en désespoir de cause par certains magistrats (*Libération*, 17-18 févr. 2001, p. 18).

⁷⁵ À propos du Code pénal, M. -L. Rassat, *op. cit.*, n°38 et s., p. 49 ; P. Conte et P. Maistre du Chambon, *op. cit.*, §17, p. 8 ; moins critiques, R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, §212, p.293.

⁷⁶ Le Président Braibant oppose ainsi les codifications qui présentent le droit tel qu'il devrait être et celles qui présentent le droit tel qu'il est (G. Braibant, La commission supérieure de codification, in B. Beignier, La codification, *op. cit.*, p.97).

⁷⁷ *Ibid.*, p. 100.

d'inspiration révolutionnaire⁷⁸ qui proposent de faire table rase du passé pour concevoir un droit entièrement nouveau, la création d'un code est toujours une compilation⁷⁹. Une compilation raisonnée, qui regroupe les dispositions éparses, en écarte certaines et en crée de nouvelles. En concédant aux codifications à droit constant la possibilité de sortir du strict inventaire pour « harmoniser le droit », celles-ci acquièrent le même objet que les codifications de plein exercice. Il s'agit dans les deux cas d'améliorer le droit. Simplement, à la différence des codifications de plein exercice, les codifications à droit constant sont empêchées de donner un sens à leur action. Certains auteurs espèrent que la codification à droit constant prépare une refonte du droit⁸⁰. Mais, au contraire, la codification à droit constant peut donner un sentiment trompeur de sécurité juridique et d'intelligibilité qui favorise le *status quo*. En matière de santé publique, il est ainsi à craindre que la recodification dispense une fois encore le législateur de toute réflexion sur la santé humaine et de toute « recherche des intérêts à protéger »⁸¹.

⁷⁸ Ainsi le projet présenté par E. Raspail qui abroge le Code d'instruction criminelle et le Code pénal pour leur substituer un « code » unique de onze articles prévoyant la création de « jurys de prévention » et de « jurys de réparation et de réhabilitation » ayant pour mission « de prévenir toute faute ou mauvaise action » et de « protéger la société contre quiconque en violera les lois » par l'exil des individus dangereux (Corps législatif, session de 1870, annexe au procès-verbal du 28 mai 1870).

⁷⁹ Au début du XX^{ème} siècle, le Pr Carpentier réserve la qualification de « code » aux « vastes compilations » napoléoniennes qui ont « le caractère de généralité absolue » et « s'appliquent indistinctement à toutes les classes de citoyens » (A. Carpentier, Codes et lois pour la France, l'Algérie et les colonies s, LGDJ, 9^{ème} éd., Paris, 1905, préface, p. V).

⁸⁰ J. Calais-Auloy, Droit de la cons, , Dalloz, p. 24 et 25 .

⁸¹ G. Guidicelli, *Rev. sc. crim.*, 1996, p. 29.