



HAL
open science

Peut-on rationaliser la production du droit ?

Jacques Chevallier

► **To cite this version:**

Jacques Chevallier. Peut-on rationaliser la production du droit ?. Pedone. L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation, , pp. 17-28, 2013. hal-01728598

HAL Id: hal-01728598

<https://hal.science/hal-01728598>

Submitted on 11 Mar 2018

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.

PEUT-ON RATIONALISER LA PRODUCTION DU DROIT ?

Jacques CHEVALLIER
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)
CERSA-CNRS

In : *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, Pedone, 2013 pp. 17-28

« Mieux légiférer » est désormais érigé à la hauteur d'un *impératif catégorique*, non seulement dans le droit de l'Union européenne¹, mais encore dans la plupart des droits nationaux. Pendant longtemps, le thème était resté à l'état de vœu pieux, considéré comme un idéal inaccessible : s'il était présent de manière récurrente dans la doctrine juridique et dans le discours politique, aucune mesure effective n'était prise pour en assurer la concrétisation ; l'accent nouveau mis en France sur le thème, comme en témoignent plusieurs rapports du Conseil d'État², les rappels insistants des Premiers ministres³ et surtout la jurisprudence constitutionnelle, requérant de la loi clarté et intelligibilité, montre que le contexte a changé. Le constat n'est pas propre à la France : partout, et à tous les niveaux, s'exprime la même préoccupation, à savoir la nécessité de faire un meilleur usage de l'instrument juridique ; tout se passe comme si « mieux légiférer » était devenue une exigence incontournable et comme si les auteurs des textes étaient invités désormais à se plier aux contraintes d'une « légistique », à la fois formelle et matérielle, entendue comme « science des textes ».

1° La généralité même de ce discours suscite une série de questions, et d'abord celle de ses fondements. S'il est devenu nécessaire de « mieux légiférer », ce serait en raison des dysfonctionnements qui affectent la production du droit dans les sociétés contemporaines. L'analyse a été maintes fois faite et on peut la résumer brièvement. C'est d'abord *l'inflation normative* : cette inflation, qui atteint tous les pays et bien entendu aussi l'Union européenne compte tenu de la prolifération des règlements et directives, se traduit par l'augmentation du nombre des textes, les textes nouveaux venant s'ajouter plutôt que se substituer aux dispositions anciennes, mais surtout par l'allongement, l'« enflure » disait André Holleaux⁴, de textes qui poussent toujours plus loin le souci du détail et se caractérisent par une volonté toujours plus affirmée d'exhaustivité ; l'« intempérance normative » dénoncée par le Conseil d'État en 2006 serait génératrice d'un ensemble d'effets pervers, de larges franges du droit étant vouées à rester inappliquées. C'est ensuite le *désordre normatif*⁵ : la production du droit semble être moins régie par une logique déductive, procédant par voie de concrétisation croissante, que résulter d'initiatives multiples, provenant d'acteurs très divers, parfois situés dans des espaces juridiques différents, et dont l'harmonisation est problématique ; pour le Conseil d'État, ce désordre normatif conduirait à « l'égarement des usagers » et à « l'insécurité des opérateurs économiques », tout en laissant « les juges perplexes ». Enfin, la *dégradation de la qualité du droit* : alors que le volume des textes et

¹ De « Légiférer à bon escient » du livre blanc sur la gouvernance européenne (2001) à l'idée de « réglementation intelligente » (2010 en passant par la stratégie du « mieux légiférer » (2003).

² Voir notamment « De la sécurité juridique », *Etudes et documents*, n° 43, 1991 et « Sécurité juridique et complexité du droit », *Etudes et documents*, n° 57, 2006.

³ Voir les circulaires du 25 mai ! 1988, 26 juillet 1995, 6 juin 1997, 30 septembre 2003 et la dernière en date du 7 juillet 2011, formulées pratiquement dans les mêmes termes.

⁴ « La fin des règles générales », *Bulletin de l'Institut international d'administration publique*, n° 39, juillet-septembre 1976, pp. 7 sq.

⁵ Voir *Revue du droit public*, n° 1, 2006.

leur rythme de production augmentent sans cesse, leur qualité serait de plus en plus médiocre, imposant de ce fait d'incessantes adaptations ; on déplore de toutes parts la mauvaise rédaction de textes obscurs, abusivement complexes, parfois contradictoires.

2° Si ce constat, qui n'est pas propre à la France, paraît peu contestable, il mérite cependant d'être relativisé. Tous ces phénomènes sont dans une large mesure le sous-produit du passage de l'État libéral à l'État providence : dans l'État providence, le droit est en effet conçu comme un instrument d'action aux mains de l'État, mis au service de la réalisation de politiques publiques⁶ et visant à agir sur les équilibres sociaux ; ainsi instrumentalisé, il ne pouvait manquer de perdre certains des attributs (systématicité, généralité, stabilité) qui étaient traditionnellement les siens, et certains juristes, tels François Gény, s'en étaient d'ailleurs inquiétés dès le début du XXe siècle. Quant au désordre normatif, il est consécutif aux mutations de l'architecture étatique, qui entraîne la diversification des foyers de production de droit. Les dysfonctionnements précités sont en réalité indissociables de ces mouvements, qui ont contribué à modifier en profondeur les conditions d'emploi de la technique juridique : derrière l'accent mis sur le « mieux légiférer », on voit dès lors se profiler le *mythe d'un « âge d'or »*, largement idéalisé, d'un droit simple, clair, concis, auquel on devrait s'efforcer de revenir.

Plus profondément, le thème montre que le droit ne bénéficie plus dans les sociétés contemporaines d'une légitimité de principe, en étant placé par essence sous le signe de la « Raison » : sa « rationalité » ne se présume plus ; il est désormais tenu d'apporter la démonstration concrète de son bien-fondé, par la rigueur de ses méthodes d'élaboration (« légitimité procédurale », selon Habermas) et la pertinence de ses effets. Le droit se trouve ainsi investi par une *rationalité managériale*, sous-tendue par l'impératif d'efficacité : travaillé par cette rationalité, il est désormais sommé d'être efficace, légitime seulement à condition de l'être, et non plus par la puissance normative qui lui appartient en propre ; la « managérisation du droit » qu'implique le thème du « mieux légiférer » traduit ainsi une profonde inflexion des assises de sa légitimité.

Si elle paraît à première vue s'imposer d'évidence (comment refuser de « mieux légiférer » ?), la rationalisation des processus d'édition du droit n'en soulève pas moins plusieurs types de questions : d'une part, elle passe par le recours à une *panoplie d'instruments* qui, témoignant de l'emprise d'une rationalité « technico-économique » étrangère au monde du droit, contrastent avec la conception traditionnelle de la juridicité ; d'autre part, recouvrant une *pluralité de finalités* possibles, elle présuppose une représentation du droit qui tend à ignorer la complexité des fonctions qu'il remplit dans la vie sociale ainsi que la polysémie des énoncés juridiques. Non seulement « mieux légiférer » peut être entendu au moins de trois manières différentes — s'agit-il d'alléger les règles ? d'améliorer leur qualité ? de renforcer leur efficacité ? —, qui ne sont pas nécessairement liées, mais encore on ne peut espérer atteindre ces objectifs que de manière relative, compte tenu de l'irréductible spécificité des phénomènes juridiques. En définitive, la rationalisation du droit se présente comme un processus sans cesse remis en chantier et par essence voué à l'incomplétude.

I. - L'ALLEGEMENT DES REGLES

1° « Mieux légiférer », c'est d'abord *légiférer à bon escient*, ce qui impose la mise sur pied de mécanismes permettant de lutter contre l'inflation normative et par-là même d'alléger la pression juridique pesant sur les activités sociales. Cette analyse est sous-tendue par le postulat selon lequel lois et règlements auraient proliféré de manière excessive, en entraînant une série d'effets pervers : la mise en évidence à partir de la fin des années 1970, dans une perspective néo-

⁶ C.A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ, 1999.

libérale, des coûts des « réglementations » (entendues *lato sensu*) qui avaient été jusqu'alors ignorés ou sous-estimés, des effets négatifs qu'elles entraîneraient sur le plan économique, en substituant un équilibre artificiel aux équilibres de marché, mais aussi de l'emprise délétère que l'État exercerait à travers elles sur les rapports sociaux⁷, a eu ainsi, au-delà du mouvement de déréglementation qu'elle alimentera⁸, un impact durable, en conduisant à un regard plus distancié et plus critique sur la production juridique ; avant qu'un texte nouveau ne soit adopté, il conviendrait d'évaluer les avantages qu'il comporte, mais aussi les coûts qu'il risque d'entraîner. Il s'agit de faire un meilleur usage, parce que plus modéré et plus prudent, de la technique juridique⁹.

L'idée s'est ainsi imposée dès la fin des années 1970 aux États-Unis¹⁰ que le maintien et l'édiction de toute réglementation (entendue au sens large) devaient être subordonnés à une *analyse coûts/avantages*, débouchant sur l'adoption sous la présidence Reagan d'un programme d'allègement (1981) et sous celle de Clinton d'un ensemble de textes établissant un strict contrôle sur l'édiction de réglementations nouvelles, avant l'adoption en 1996 par le Congrès d'une loi instituant un contrôle de l'ensemble de la réglementation¹¹. La même démarche sera suivie à partir des années 1980 par plusieurs pays occidentaux (Canada, Grande-Bretagne, Suède...), avant d'être généralisée à l'ensemble des pays membres de l'OCDE¹² et être reprise au niveau de l'Union européenne : fondée à l'origine sur une analyse coûts/avantages en termes strictement financiers, les études d'impact intègrent désormais des préoccupations plus larges, touchant notamment à l'environnement. La France s'est engagée plus tardivement dans cette voie, même si les Premiers ministres successifs rappelleront régulièrement, à partir de la fin des années 1980, la nécessité de combattre « l'excès de législations ou de réglementations »¹³. *L'étude d'impact* sera introduite à titre expérimental pour tout projet de loi ou de décret en Conseil d'État, par la circulaire du 21 novembre 1995, pérennisée par celle du 26 janvier 1998¹⁴, la procédure ayant cependant été allégée en 2003 (circulaires du 26 août et du 30 septembre). Conformément au souhait formulé par le Conseil d'État en 2006, l'étude d'impact est désormais, suite à la révision constitutionnelle de 2008, explicitement prévue par la loi organique du 15 avril 2009 (article 8) et intégrée dans le processus législatif : elle doit définir les objectifs poursuivis, les options possibles « en dehors de l'intervention de règles nouvelles » et exposer les motifs du recours à une nouvelle législation ; il s'agit de soumettre « chaque projet de norme nouvelle » à un « examen de

⁷ F.A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, Tome 2, 1976, PUF, 1981.

⁸ J. CHEVALLIER, « Les enjeux de la déréglementation », *Revue du droit public*, 1987, pp. 281 sq.

⁹ Le rapport D. MALDELKERN (*Une approche française de la qualité de la réglementation*, La Documentation française, 2004) prône ainsi « un usage de la réglementation à bon escient, sans excès » : une bonne réglementation serait « une réglementation appropriée, c'est-à-dire proportionnée aux politiques et aux buts poursuivis ».

¹⁰ A côté de la création en 1978 du *Regulatory Analysis Review Group*, chargé d'examiner le stock de réglementations existant, un *Executive Order* imposera aux agences de procéder à des analyses d'impact pour toute nouvelle réglementation susceptible d'avoir un effet économique supérieur à cent millions de dollars.

¹¹ S. ROSE-ACKERMAN, « Etude d'impact et analyse coûts-avantages : qu'impliquent-elles pour l'élaboration des politiques publiques et les réformes législatives ? », *Revue française d'administration publique*, n° 140, 2011, pp. 787 sq.

¹² Voir OCDE, *Regulatory Impact Analysis. A Tool for Policy Coherence*, 2009. L'OCDE a élaboré en 2008 un guide sur la mise en œuvre de l'analyse d'impact de la réglementation.

¹³ La circulaire Rocard du 25 mai 1988 relevait ainsi que « la société civile peut être justement irritée par l'excès et la complexité des réglementations que l'État lui impose » et que l'accroissement des textes normatifs présentait un « caractère excessif ».

¹⁴ S. BRACONNIER, « La technique de l'étude d'impact et le renouveau de l'action publique », *Revue du droit public*, n° 3, 1998, pp.817 sq.

nécessité et de proportionnalité » (circulaire du 7 juillet 2011). L'objectif affiché est bien de « mieux légiférer », en encadrant plus rigoureusement la production de textes nouveaux¹⁵.

La démarche la plus systématique en vue d'un allègement de la pression juridique a été expérimentée aux Etats-Unis, au niveau des États fédérés, avec les *Sunset Laws* : instituées pour un temps déterminé, toutes les lois étaient censées tomber automatiquement à l'expiration de ce délai, sauf prorogation expresse, après évaluation, « mieux légiférer » impliquant de réévaluer en permanence le stock de textes existants.

2° La mise sur pied d'instruments de canalisation de la production juridique n'a pas suffi à enrayer l'inflation normative : déjà le mouvement de déréglementation lancé dans les années 1970, dans la voie d'un néo-libéralisme conquérant, avait montré très vite ses limites, donnant paradoxalement à la réglementation de nouveaux espaces de développement ; en ce qui concerne les *Sunset Laws*, le système est tombé rapidement en désuétude en raison de sa trop grande rigidité. En dépit de leur généralisation, les études d'impact quant à elles n'ont nullement eu pour effet de ralentir le rythme de croissance des textes, qui s'est plutôt accéléré ; tout au plus peut-on espérer que ceux-ci soient « de meilleure qualité et issus de processus plus transparents »¹⁶. Il en va de même pour la France : les premières formules d'étude d'impact expérimentées avaient été décevantes, faute de sanction ; si le nouveau cadre posé en 2009 doit leur donner davantage de consistance, elles sont appelées, moins à canaliser le processus législatif, qu'à enrichir l'information à la disposition des parlementaires¹⁷. La rationalisation de la production du droit ne se traduit pas plus au niveau national qu'au niveau européen par un allègement du dispositif juridique.

Ce constat montre que l'inflation normative résulte de l'action de *puissants moteurs*, qu'il serait vain de prétendre freiner : toute tentative de définition d'une « pression juridique optimale » comporte une large part d'illusion ; l'enjeu social et politique qui entoure la production juridique interdit en réalité toute possibilité d'endiguement ni même de canalisation, au nom d'une volonté abstraite de « rationalisation ». Du côté des producteurs de droit, les contraintes du « marché politique » imposent aux gouvernants, non seulement de satisfaire les demandes provenant des groupes-clés de leur électorat¹⁸, mais encore d'affirmer de manière ostentatoire leur capacité d'action sur le réel, par la production incessante de nouveaux textes ; cette contrainte joue de manière particulièrement forte en cas d'alternance politique : le transit par le droit remplit alors une double fonction, symbolique, en rendant visible le changement, et instrumentale, en mettant le ressort de la normativité au service de la réalisation d'un projet politique. L'Europe quant à elle, compte tenu de la faiblesse de ses moyens financiers et humains, ne peut asseoir son autorité par rapport aux États qu'en utilisant pleinement les ressources du droit¹⁹ : c'est par la production de règles juridiques toujours plus nombreuses et détaillées que l'Union « affolée par des aiguillons de lobbies bourdonnants »²⁰, manifeste son existence et impose son autorité aux

¹⁵ Le Secrétaire général du Gouvernement est le garant du caractère « suffisant » de l'étude : voir la circulaire du 15 avril 2009.

¹⁶ « Réglementer moins, réglementer mieux ? Les analyses d'impact de la réglementation », *Note du Conseil d'analyse stratégique*, n° 151, septembre 2009, p. 6.

¹⁷ A. HAQUET, « Les études d'impact des projets de loi : espérance, scepticisme et compromis », *Actualité juridique Droit administratif*, n° 36, 2009, pp. 1986 sq ; S. DENOLLE, « Les études d'impact : une révision manquée ? », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 87, 2011, pp. 499 sq.

¹⁸ Voir les analyses bien connues de l'Ecole du *Public Choice*, notamment James Buchanan et Gordon Tullock.

¹⁹ G. MAJONE, *La Communauté européenne. Un État régulateur*, Montchrestien, 1996.

²⁰ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996.

États ; aussi la prolifération des règlements et directives apparaît-elle comme une donnée inhérente à la construction européenne.

L'inflation normative est encore la résultante d'une *demande sociale* toujours plus insistante, sous-tendue par un triple besoin. *Besoin de protection* : les sociétés contemporaines sont devenues des « sociétés de risque »²¹, des menaces nouvelles (risques économiques, technologiques, écologiques, sanitaires, financiers...) apparaissent sans cesse, contre lesquelles on exige d'être protégé ; le droit devient un rempart contre l'« insécurité ». *Besoin de reconnaissance*. Les mouvements sociaux tendent de plus en plus à formuler leurs revendications en termes de droits à conquérir ou de statut à obtenir : l'adoption de textes est considérée comme la garantie suprême et l'objectif à atteindre. *Besoin enfin de sanction* : la réponse pénale est conçue comme le moyen privilégié de lutte contre le sentiment d'insécurité qui gangrène les sociétés, ce qui conduit à étendre sans cesse son champ d'application et à durcir son contenu ; un « populisme pénal »²² pousse à réclamer en permanence le renforcement de l'arsenal répressif, au nom des droits des victimes. Cette pression en faveur d'une densification du dispositif normatif témoigne de la diversité des fonctions remplies par le droit dans la vie sociale. Comme le notait Paul Orianne²³, le droit n'est pas un simple instruments technique : il relève non seulement de l'ordre du « faire », en fixant les droits et obligations de chacun, mais aussi de celui du « dire », en remplissant un rôle de médiation et de communication, et encore de l'« être », en fournissant les points de référence nécessaires à l'existence même de la société. Le souci d'allègement du dispositif normatif se heurte à cette contrainte, d'ordre structural.

« Mieux légiférer » n'est cependant pas seulement, ni peut-être principalement, alléger les textes, mais encore, et peut-être surtout, chercher à améliorer leur qualité.

II. - L'AMELIORATION DE LA QUALITE DU DROIT

1° L'amélioration de la qualité des textes est posée dans tous les systèmes juridiques comme une exigence fondamentale. De cette qualité dépendrait en effet la *sécurité juridique*, qui est désormais considérée comme une dimension essentielle de l'État de droit et un attribut substantiel de la normativité : la règle de droit doit constituer pour les destinataires un cadre clair, précis et doté d'une stabilité au moins relative, qui leur apporte les éléments de certitude nécessaires et leur donne la possibilité de prévoir les conséquences de leurs actes ; il convient donc de veiller à la formulation des textes, afin d'éliminer les éléments de complexité, d'obscurité, voire les contradictions qu'ils recèlent²⁴. La qualité du droit suppose ainsi la conjugaison d'un ensemble d'éléments : la clarté des énoncés, et donc leur précision ; leur intelligibilité, et donc leur lisibilité²⁵.

Cette exigence, qui était restée pendant longtemps à l'état de vœu pieux, est désormais dotée d'une portée juridique effective. Dans la voie tracée par la Cour de Karlsruhe, les juges constitutionnels en sont venus partout à exercer un *contrôle sur la qualité des lois*. C'est ainsi que pour

²¹ U. BECK, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme ?* 2004, Alto-Aubier, 2005.

²² D. SALAS, in M. MASSE, J.P. JEAN, A. GIUDICELLI, *Un droit pénal post-moderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, PUF, Coll. Droit et justice, 2009.

²³ *Introduction au système juridique*, Bruylant, 1982.

²⁴ Pour la circulaire du 6 juin 1997 relative à l'organisation du travail gouvernemental, la production des normes juridiques était affectée de « certaines dérives » (textes obscurs, procédures inutilement complexes, ambiguïtés volontaires, dispositions sans contenu normatif, recours à un langage codé...), contre lesquelles il fallait lutter.

²⁵ Pour le Conseil d'État (rapport 2006 précité), « l'intelligibilité implique la lisibilité autant que la clarté et la précision des énoncés ainsi que leur cohérence ».

le Conseil constitutionnel, la combinaison du « principe » de « clarté de la loi », découlant de l'article 34 de la Constitution, et de l'« objectif de valeur constitutionnelle » d'« accessibilité et intelligibilité », découlant de la Déclaration de 1789, impose au législateur « d'adopter les dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire » (12 janvier 2003, 21 avril 2005 et encore 12 mai 2011) — ce qui le conduira à annuler certaines dispositions présentant une « complexité excessive » (29 décembre 2005) ou « manifestement dépourvues de toute portée normative »²⁶. En étendant son contrôle sur les conditions dans lesquelles la loi est formulée, le juge constitutionnel se pose en superviseur de la qualité de la production législative²⁷ et en garant du « mieux légiférer ». Le même souci d'amélioration de la qualité du droit se retrouve en matière de réglementation : le rapport Mandelkern de 2004 précité insistait sur la nécessité de lutter contre la complexité et l'opacité des réglementations, afin d'atteindre les objectifs qui leur étaient assignés ; la réglementation devrait être, non seulement accessible à tous et comprise de tous (intelligibilité et lisibilité), mais encore juste, efficace, pertinente, dénuée d'effets pervers²⁸.

Le souci d'une meilleure qualité de la production juridique se traduit concrètement par l'élaboration de prescriptions relatives à la rédaction des textes²⁹, qui se présentent comme de véritables *directives de légistique formelle*. Alors que la préoccupation était ancienne dans certains pays européens (Allemagne, Suisse, Pays-Bas...), le mouvement a connu une large diffusion à partir des années 1980³⁰, avant de gagner plus tardivement la France, compte tenu du caractère fortement ancré de la symbolique de la loi³¹. La circulaire du 30 janvier 1997 était ainsi venue préciser, avec une particulière minutie, « les règles d'élaboration, de signature et de publication des textes », en vue « d'améliorer la qualité » juridique des textes et « faciliter leur bonne compréhension par les administrés » : au-delà des règles de pure forme concernant la rédaction³², elle rappelle la nécessité pour les services en charge de l'élaboration d'un projet de loi « d'étudier attentivement les questions de constitutionnalité que pourrait poser le texte, les projets de loi ne devant pas comporter de dispositions sans contenu normatif et les rédacteurs devant observer « la règle de l'économie de moyens ». Le *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*³³ qui en a pris la suite précise dans la partie consacrée à la rédaction législative que « la rédaction d'un projet de texte et du document qui l'accompagne (exposé des motifs ou

²⁶ Dès 1991 (rapport précité), le Conseil d'État avait dénoncé le développement des textes d'affichage et l'introduction dans les lois de dispositions dépourvues de tout contenu normatif (« un droit mou, un droit flou, un droit à l'état gazeux »).

²⁷ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Les nouveaux commandements du contrôle de la production législative », in *L'architecture du droit. Mélanges Troper*, Economica, 2006, pp. 267 sq ; B. MATHIEU, « La qualité du travail parlementaire : une exigence constitutionnelle », in *Constitutions et pouvoirs, Mélanges Gicquel*, Montchrestien, 2008, pp. 355 sq. Pour une approche comparative, C.A. MORAND, « Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation », *Droit et Société*, n°10, 1988, pp. 331 sq.

²⁸ A cet effet les circulaires du 26 août et du 30 septembre 2003 ont prévu la mise en place dans chaque ministère d'un ou plusieurs hauts fonctionnaires responsables de la qualité de la réglementation ; et les ministères ont été appelés à se doter d'une « charte de la qualité de la réglementation » (la circulaire du 7 juillet 2011 rappelle que la « fonction de pilotage de l'activité normative » suppose « une structure unique compétente pour l'ensemble du ministère, placée sous l'autorité du haut fonctionnaire chargé de la qualité de la réglementation »).

²⁹ C. BERGEAL, *Rédiger un texte normatif*, Berger-Levrault, 5^e éd., 2004.

³⁰ Z. BANKOWSKI (Ed.), *La science de la législation*, PUF, 1989. « La légistique ou l'art de rédiger le droit », *Courrier juridique des Finances et de l'Industrie*, La Documentation française, janvier 2008.

³¹ R. DRAGO (Ed.), *La confection de la loi*, PUF, 2005 ; K. GILBERG, *La légistique au concret. Le processus de rationalisation de la loi*, Thèse droit public, Paris 2, 2007.

³² Voir aussi la circulaire du 20 octobre 2010 relative au mode de décompte des alinéas.

³³ Secrétaire Général du Gouvernement et Conseil d'État, juin 2005, 2^eème éd., 2006.

rapport de présentation) doit être claire, sobre et grammaticalement correcte ». On retrouve des directives comparables dans de nombreux droits nationaux, et au niveau européen aussi, à partir de l'adoption le 16 décembre 2003 du Guide pratique *Mieux légiférer*, qui vise à « promouvoir la simplicité, la clarté et la cohérence dans la rédaction des textes législatifs », ainsi qu'à assurer une plus grande transparence des processus d'élaboration.

2° Les contraintes juridiques nouvelles pesant sur la production du droit et l'essor de la légistique formelle ne suffisent pas à garantir la qualité des textes. Les raisons résident d'abord dans les *conditions de la production juridique*. Celle-ci est en effet avant tout le produit d'un processus politique : lois et règlements relèvent des autorités politiques, qui en sont les auteurs officiels et en endossent la responsabilité ; leur contenu est la résultante d'arbitrages et de compromis qui, non seulement ne sont pas fondés sur la préoccupation de qualité des normes, mais encore sont souvent opérés à son détriment. La rationalité politique qui préside à l'élaboration des règles de droit est antinomique avec la rationalité technique sous-jacente au thème de la qualité. Evident pour l'élaboration des lois, compte tenu des vicissitudes du débat parlementaire et des pressions des lobbies de toute nature, ce constat est plus évident encore pour les textes européens, qui résultent d'une difficile conciliation d'intérêts multiples³⁴ : l'impératif de consultation de tous les groupes intéressés pour la préparation des projets de textes et la recherche du consensus pour leur adoption sont antinomiques avec toute idée de « rationalisation ». Sans doute, derrière le processus politique se profile l'intervention des services administratifs auxquels incombe le travail de mise en forme juridique³⁵ et dont dépend dès lors au premier chef la qualité des textes : cependant les projets qu'ils élaborent sont ensuite infléchis au fil des processus politiques ; et la qualité de l'écriture bureaucratique du droit a été elle-même mise en doute, compte tenu de l'insuffisante formation juridique des intéressés³⁶. Le fait qu'en France, à la différence d'autres pays, la préparation des textes incombe aux services opérationnels et non aux services juridiques ne peut évidemment manquer d'y contribuer.

Il convient d'aller plus loin en s'interrogeant sur *le concept de qualité du droit*. Cette qualité, on l'a dit, est censée reposer sur les exigences de clarté et d'intelligibilité que le Conseil constitutionnel distingue, en leur donnant des fondements différents, mais qu'il n'hésite cependant pas aussi à associer. Or, *l'exigence de clarté* recouvre des significations potentiellement contradictoires : entendue comme synonyme de lisibilité, elle impliquera simplicité et concision des énoncés ; mais si l'on estime que cette simplicité est incompatible avec la complexité toujours plus importante de la réalité sociale et que les textes doivent permettre de résoudre les situations concrètes, la clarté supposera au contraire des règles précises et détaillées³⁷. Dans tous les cas cependant, l'idéal de clarté rencontre très vite ses limites : les énoncés juridiques sont, par essence, « à teneur indéfinie »³⁸ et comportent une pluralité de significations possibles, laissant une large place à l'interprétation ; l'absence de clarté des textes ne saurait être considérée comme un signe

³⁴ Le Conseil d'État relevait (rapport 1992, *Etudes et documents* n° 42) que l'opacité du droit communautaire tenait en grande partie au fait qu'il s'agissait d'un « droit diplomatique », les textes étant « issus de longues et lentes négociations entre États souverains ».

³⁵ J. CHEVALLIER, « La place de l'administration dans la production des normes », *Droit et société*, n° 79, 2011.

³⁶ Voir rapport G. BRAIBANT *La formation juridique des fonctionnaires*, La Documentation française, 1988.

³⁷ Pour A. FLUCKIGER (« Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, pp. 74 sq.), le principe de clarté de la loi comporte ainsi deux facettes différentes entre lesquelles il oscille : la « lisibilité » et la « concrétisabilité ».

³⁸ P. AMSELEK (Ed.), *Interprétation et droit*, Bruylant-Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995.

de malfaçon, mais au contraire comme l'une de leur propriétés constitutives³⁹, le flou, l'imprécision, l'ambiguïté autorisant une marge de jeu indispensable au fonctionnement de la dogmatique juridique⁴⁰.

« Mieux légiférer » ne consiste pas seulement améliorer la qualité des textes d'un point de vue formel ; c'est encore tenter de renforcer leur efficacité sociale.

III. - RENFORCER L'EFFICACITE DU DROIT

1° « Mieux légiférer » soumet le droit à une *contrainte nouvelle d'efficacité* : le recours à l'instrument juridique doit être justifié par la pertinence de ses effets, c'est-à-dire par son adéquation au problème posé ; il s'agit de faire en sorte que les normes juridiques produisent les résultats escomptés, en apportant une contribution positive à l'évolution sociale. A cet effet, on s'efforcera de parvenir à un *droit plus rigoureux*, par le recours à une triple démarche : une démarche méthodique, fondée sur l'exploitation de nouveaux outils ; une démarche incrémentale, sous-tendue par la recherche d'un consensus, une démarche réflexive, passant par le recours des dispositifs d'évaluation et d'expérimentation.

Le souci d'efficacité s'exprime d'abord par l'amélioration de la qualité de l'information à la disposition des décideurs : les progrès enregistrés dans les procédés de collecte et de traitement des données, liés à l'essor des technologies de l'information et de la communication, leur permettent de s'appuyer désormais sur une information incomparablement plus étendue, mais aussi instantanément mobilisable et immédiatement exploitable ; quant aux méthodes de prévision, elles leur donnent la possibilité de tester, par voie de simulation, les diverses solutions concevables. L'enrichissement de l'information disponible ne suffit cependant pas à supprimer l'incertitude : encore faut-il que cette information soit traitée, que les données collectées soient intégrées dans un schéma explicatif et que des propositions concrètes soient avancées ; un travail de conceptualisation est nécessaire, qui passe par l'intervention d'experts, dont le savoir est mis au service de la production des normes.

Le souci d'efficacité conduit aussi à *associer les destinataires* au processus d'élaboration des normes : rompant avec le mode de commandement unilatéral, abandonnant le discours de « l'ordre légal », qui ne tolère aucune discussion avec les assujettis, il s'agit, en multipliant les contacts avec les acteurs sociaux, d'accroître la pertinence des textes et de rendre plus facile leur exécution ; la force de la règle de droit est censée provenir, moins du fait qu'elle s'énonce comme un ordre obligatoire auquel tous sont tenus de se soumettre, que du consensus dont elle est entourée⁴¹. Des *porte-parole représentatifs* des divers intérêts sociaux vont ainsi être associés aux processus normatifs : cette ouverture aux représentants des groupes d'intérêt, dont on sait l'importance au niveau européen, permet de localiser les conflits, baliser les terrains d'affrontement, situer les zones de compromis possibles ; elle vise à une meilleure adaptation du contenu des règles et à l'élimination des réactions éventuelles de rejet. Ces mécanismes de consultation ou de concertation tendent à être doublés, au moins au niveau national, de dispositifs cherchant à *impliquer directement les citoyens* dans l'élaboration des règles : tenue de « conférences de consensus » ou « conférences citoyennes », par lesquelles un échantillon représentatif

³⁹ D. BOURCIER, C. THOMASSET (Eds.), *L'écriture du droit*, Éditions Diderot, 1996 ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Les clairs-obscur de la clarté juridique », in A. WAGNER, S. CACCIAGUIDI-FABRY (Eds.), *Legal Language and the Search for Clarity*, Peter Lang, 2006.

⁴⁰ E. MAC KAAY, « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », *Langages*, n° 53, 1979, pp. 31 sq.

⁴¹ Voir C. THIBIERGE (Ed.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009.

de la population est appelé à formuler un avis sur une question sensible ; organisation de « débats publics », précédant l'adoption de grandes lois et auxquels sont invités à participer l'ensemble des publics intéressés⁴² ; consultation directe des citoyens par la voie d'une mise en ligne sur Internet de projets de textes importants.

Enfin, le souci d'efficacité se traduit par l'essor de *méthodes d'évaluation* qui, débordant le cadre du simple contrôle sur la bonne application des textes (« effectivité »), sont destinées à mesurer les effets des règles juridiques, ainsi que leur impact social⁴³. La démarche évaluative influe sur le dispositif juridique de deux manières différentes : d'une part en contribuant à encadrer et à canaliser, par une évaluation *ex ante*, l'élaboration des textes ; d'autre part en favorisant, par une évaluation *ex post*, l'adaptation du droit en vigueur. Le développement des procédés d'*expérimentation juridique*⁴⁴ par lesquels, avant d'être définitivement adopté, le texte est mis à l'épreuve, testé sur le réel, illustre bien l'inflexion des conditions d'emploi de la technique juridique, en montrant qu'il convient de procéder, au moins dans certaines hypothèses, par tâtonnements, en n'hésitant pas à corriger le texte en fonction des résultats enregistrés.

2° Ces différentes facettes du mouvement de rationalisation ne garantissent pas pour autant la pertinence du contenu des textes. D'abord, parce qu'il ne s'agit nullement d'un cadre contraignant imposé aux décideurs : ceux-ci restent libres de recourir à tel ou tel de ces procédés en fonction du caractère plus ou moins complexe ou sensible des problèmes et de la nature des enjeux ; le processus décisionnel reste sous l'empire d'une rationalité politique et la rigueur apparente des méthodes d'élaboration est utilisée avant tout comme vecteur de légitimation.

La rationalisation du processus d'élaboration comporte ensuite des limites. Si elle contribue à réduire la marge d'incertitude à laquelle le décideur est confronté, information et expertise ne la suppriment pas : elles ne suffisent pas à faire de la norme juridique le produit d'un « calcul » objectif. L'extension du champ de l'information disponible n'interdit pas pour autant tout risque de distorsion et d'erreur : transitant par une série de canaux, notamment administratifs, l'information fait l'objet de mécanismes de sélection et de filtrage ; celle dont disposent les décideurs teste fragmentaire et, comme l'a montré Herbert Simon, la rationalité des décisions prises est toujours limitée. L'expertise est placée en situation d'étroite dépendance par rapport au commanditaire politique, maître de la décision d'y recourir, du choix des intéressés et du sort qui sera réservé à leurs conclusions. L'ouverture aux acteurs sociaux n'est pas davantage une garantie de pertinence : les dispositifs de consultation, et plus encore de concertation et de négociation, donnent aux groupes d'intérêt puissants la possibilité de peser sur le contenu des textes, en faisant prévaloir leurs vues ; quant à la possibilité donnée aux citoyens de faire entendre leur voix, par l'aménagement d'espaces de débat, elle est payée d'une relégation de ces espaces en marge des processus décisionnels. Les méthodes évaluatives ne contribuent, pour leur part, à améliorer la pertinence des textes que si le contenu de ceux-ci est infléchi au fonction des effets enregistrés : or la dimension cognitive de l'évaluation tend souvent, notamment en France, à être privilégiée au détriment de la dimension opérationnelle⁴⁵ ; et la déconnexion des dispositifs d'évaluation des instances décisionnelles rend difficile la prise en compte des effets. Avec

⁴² Voir à titre d'exemple le débat organisé à l'occasion de la révision de la loi bioéthique de 2004.

⁴³ L. MADER, *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Payot, 1985.

⁴⁴ C.A. MORAND (Ed.), *Evaluation législative et lois expérimentales*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993 ; C. MAMONTOFF, « Réflexions sur l'expérimentation en droit », *Revue du droit public*, 1998, n°2, pp. 351 sq ; B. FAURE, « L'intégration de l'expérimentation en droit public », in *Mouvement du droit public. Mélanges Moderne*, Dalloz, 2004, pp. 165 sq.

⁴⁵ J. CHEVALLIER, « L'évaluation législative : un enjeu pratique », in *Contrôle et évaluation*, La Documentation française, 1995, pp. 13 sq.

l'expérimentation, la connexion est en revanche assurée puisque le texte est mis à l'épreuve et son contenu éventuellement réajusté en fonction des résultats de l'évaluation ; néanmoins, la pratique de l'expérimentation conduit à nuancer ce constat : utilisées avant tout comme ressource ou argument dans le débat politique, les conclusions de l'évaluation ne pèsent en général qu'à la marge dans les arbitrages définitifs et sont parfois purement et simplement ignorées.

Plus profondément, c'est *la notion même d'efficacité du droit* qui est sujette à caution : les effets d'un texte sont en effet difficiles à mesurer, compte tenu de l'enchevêtrement des facteurs, de l'incidence d'autres dispositifs normatifs mais aussi des difficultés d'appréciation des résultats en l'absence d'intention claire et univoque des auteurs⁴⁶ ; et les fonctions du droit étant, on l'a vu, multiples, l'efficacité d'un texte ne saurait être évaluée seulement par référence au dispositif instrumental qu'il contient. Dans ces conditions, la recherche d'une plus grande pertinence apparaît comme une entreprise fragile, aléatoire et affectée d'un fort degré d'incertitude.

L'objectif de « *mieux légiférer* », qui s'est imposé dans les droits nationaux mais aussi en droit européen, conduit donc à un *processus de rationalisation* de la production du droit qui comporte trois aspects essentiels : réduire la pression juridique, améliorer l'écriture du droit, renforcer la portée des normes ; l'ambition est de parvenir à des règles moins nombreuses, mieux rédigées et davantage pertinentes. Ce faisant, « mieux légiférer » recèle une *dimension mythique*, qui ne saurait être ignorée : le thème implique une certaine conception de la juridicité, qui s'appuie sur une représentation idéalisée du droit traditionnel ; il s'agit de lutter contre les dérives de la production juridique dans les sociétés contemporaines, en redonnant au droit certains de ses attributs essentiels et en le replaçant sous l'empire de la « rationalité ». A l'instar de tout mythe, « mieux légiférer » repose sur une large *part d'illusion* : le droit traditionnel n'a jamais eu les vertus qui lui sont prêtées ; et le contexte dans lequel se déploie désormais la production juridique exclut toute possibilité d'en revenir à un droit léger, simple et rigoureux. Il convient cependant de ne pas sous-estimer la force des mythes : dans la mesure même où il alimente un effort permanent de rationalisation, il n'est pas dépourvu de portée pratique ; « mieux légiférer » est conçu comme une *démarche pragmatique*, visant à améliorer l'instrument juridique, mais sans pour autant espérer faire de la production du droit l'expression d'un processus purement « rationnel ».

⁴⁶ A. JEAMMAUD, E. SERVERIN, « Evaluer le droit », *Dalloz*, 1992, Chron. LII, pp. 263 sq.