
Colloque de l'Institut
d'études politiques de
Paris sur la qualité de la loi

Regards français
et québécois

Un important colloque s'est tenu, au mois de mai 2013, sous les auspices de l'Institut d'études politiques de Paris (« IEP », ou « Sciences Po »), sur le thème crucial de la qualité de la loi.

L'IEP a fait à la *Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal* (RJTUM) l'insigne honneur de lui proposer de reproduire les actes du Colloque, lequel avait réuni un aréopage de brillants juristes et politistes de France.

La RJTUM a cru opportun de proposer qu'un texte émanant d'un juriste du Québec vienne compléter les réflexions françaises, proposition qui a reçu aisément l'agrément des organisateurs du Colloque.

C'est ainsi que nous devons au professeur Michel Morin, de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, la rédaction d'une étude portant sur la qualité de la loi « au Québec et au Canada ».

Bonne lecture!

Didier LLUELLES

Directeur
Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal

Regards français sur la qualité de la loi

Présentation de la problématique de la qualité de la loi

Ivanne TRIPPENBACH et Philippe BRUN

Coorganisateur du colloque
Membres du Comité de réflexion sur la qualité de la loi
Étudiants à l'Institut d'études politiques de Paris

Pour la doctrine comme pour les praticiens du droit, la qualité de la loi apparaît comme une question familière. Elle suscite une réflexion ancienne, réactualisée en 1991 et en 2006 par les rapports publics du Conseil d'État¹. À cet égard, le sujet pourrait sembler épuisé.

Nous avons eu une conviction différente : non seulement la question de la qualité législative a connu un regain d'actualité qui a renouvelé les termes du débat, mais la complexité de ce phénomène n'a peut-être pas encore été appréhendée.

Au plan théorique d'abord, quelques précautions s'imposent. Le constat d'une « crise » de la loi en France, bien qu'assez largement reconnu, renvoie à des problématiques très différentes : inflation législative, inadaptation aux réalités locales, inapplicabilité des textes, perte de clarté ou de portée normative... Ensuite, la complexité normative traduit non seulement la technicisation des sujets appréhendés par le droit et la complexification des politiques publiques qui en découle mais, également, l'extension du champ d'intervention législative du fait de la juridicisation de la société. Enfin, liée aux exigences démocratiques qui imposent le débat et la confrontation des intérêts, la question d'une loi dite « de qualité » est aussi complexe qu'équivoque.

¹ Rapports publics *De la sécurité juridique*, 1991, et *Sécurité juridique et complexité du droit*, 2006.

D'un point de vue empirique, le concept de « qualité » de la loi renvoie à l'écart entre les objectifs recherchés et les résultats obtenus. Pour s'en convaincre, il suffit de constater que l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, posé par le Conseil constitutionnel², comme celui de sa clarté, est loin d'être atteint. La loi échappe aux citoyens alors qu'ils en sont les principaux destinataires, le risque étant de voir émerger des « *laissés-pour-compte de l'Etat de droit* »³. La complexité des normes est quant à elle présentée comme une maladie de la démocratie : elle s'incarne en France dans plus de 10 000 lois et pas moins de 120 000 décrets et arrêtés. Dès lors, il semble impensable d'ignorer le sujet de la « qualité de la loi », mentionnée par les Sages dans une récente décision portant sur la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe⁴.

En outre, les solutions privilégiées jusqu'à présent se sont avérées impuissantes à résoudre les difficultés posées par la dégradation de la qualité législative. Quelle réponse, en effet, les politiques ont-elles apporté aux deux cents lois n'ayant reçu aucune application réglementaire en France depuis 1981 ? Aux 57 % de petits entrepreneurs se déclarant écrasés par les normes⁵ ? Aux constats inquiets d'élus locaux, qui déplorent le coût des réglementations estimé chaque année entre 5 à 10 milliards d'euros ? A l'instabilité du Code général des impôts, modifié annuellement à hauteur de 20 % de son contenu ? Au coût des normes estimé à 2 % du PIB⁶, constituant ainsi un poids non négligeable pour la compétitivité nationale ?

Les tentatives pour remédier à la « maladie de la norme » n'ont pourtant pas manqué. Avant 2013, quatre lois ont été consacrées à la simplification du droit⁷. Ces lois s'étaient données pour objectif de réécrire ou

² Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999 sur la *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*.

³ Conseil d'État, rapport public de 1991.

⁴ Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*.

⁵ Enquête de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, 2011.

⁶ Étude de l'OCDE sur la qualité de la réglementation, 2009.

⁷ *Loi no 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit* (30 articles) ; *Loi no 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures* (140 articles) ; *Loi no 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit* (200 articles) ; *Loi no 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives* (134 articles).

d'abroger des dispositions législatives considérées comme obsolètes⁸. Cependant, ces lois de simplification ont paradoxalement... complexifié le droit. Le travail de simplification mérite que soit menée une grande réforme cohérente, planifiée, par codes et par sujets. Le président de la République a annoncé en avril 2013 un « choc de simplification » par voie d'ordonnances, concernant de nombreux domaines de l'action publique : les projets de construction⁹, les relations entre l'administration et les citoyens, ou encore les collectivités territoriales, afin de répondre aux conclusions du rapport de la Mission contre l'inflation normative dans les collectivités remis en mars 2013¹⁰. Pour coordonner ce grand chantier, le Premier ministre a nommé une directrice chargée de la simplification¹¹ auprès du Secrétariat général du gouvernement. La lutte contre la complexité normative semble mise à l'agenda politique.

Mais ce travail de simplification ne concerne que partiellement le problème de la dégradation législative : il ne s'attache pas à la loi dans sa dimension qualitative. Pour agir durablement sur la qualité de la loi, il convient de s'intéresser plus précisément aux sources de son élaboration.

C'est dire combien la « qualité de la loi » est un sujet actuel sur lequel il reste beaucoup à dire, justifiant l'organisation d'un colloque sur ce thème en 2013. Pour appréhender cette question dans ses diverses dimensions, il est apparu pertinent de donner la parole à des acteurs représentant divers horizons. Parlementaires, conseillers d'Etat, élus locaux, professeurs des universités, juges et avocats, mais également entrepreneurs, lobbyistes et économistes ont été réunis à cet effet, le 27 mai 2013, à l'Assemblée nationale.

Les intervenants sollicités ont analysé le rapport équivoque entre complexité et sécurité juridique (Christian Vigouroux), le lien entre critique de la loi et crise du régime parlementaire ou bien encore des valeurs

⁸ Les dispositions législatives considérées comme obsolètes pouvaient être signalées par l'internaute à travers un site internet dédié : en ligne <<http://simplifionslalois.assemblee-nationale.fr>>.

⁹ *Loi n° 2013-569 du 1^{er} juillet 2013 habilitant le Gouvernement à adopter des mesures de nature législative pour accélérer les projets de construction.*

¹⁰ Jean-Claude BOULARD et Alain LAMBERT, *Mission de lutte contre l'inflation normative*, mars 2013.

¹¹ Célia VEROT, conseillère d'État, nommée directrice, adjointe au secrétaire général du Gouvernement, chargée de la simplification par décret du 25 janvier 2013.

inhérentes au concept de norme (Jean-Pierre Sueur). Par ailleurs, la loi de plus en plus « co-écrite » conserve les traces des volontés et des intérêts qui l'ont modelée. Ainsi, la qualité de la loi n'est pas sans dépendre des groupes d'intérêts (Pascal Tallon) ou de la pénétration du dialogue social dans le processus de production normative (Jean-Emmanuel Ray). Bien après son élaboration, c'est lors de son application que la loi révèle ses défauts. Les difficultés rencontrées par les praticiens du droit dans la défense des justiciables (Jean-Christophe Ménard), l'inadaptation de la norme aux réalités locales, ou encore le coût économique de l'inflation législative (Céline Kauffmann) en sont les principales manifestations. Dans cet entrelacs de facteurs et de symptômes, alchimie de notre vie démocratique, le législateur conserve un rôle central. L'une des réponses fondamentales au problème de la dégradation de la loi réside probablement dans une organisation plus efficiente du travail parlementaire et dans la valorisation de la légistique (Éric Thiers). En France, le rythme législatif intensif prive en effet les membres du Parlement du temps nécessaire à une réflexion approfondie sur les textes. À titre d'exemple, le président de la commission des Lois, dans une lettre du 20 juin 2013 au président de l'Assemblée nationale, a alerté sur les conséquences d'un agenda législatif trop dense pour la santé des parlementaires... et la « qualité de la loi ».

Pourquoi ce rythme? Peut-être attendons-nous beaucoup, en France, de la loi. Expression de la volonté générale et formulation de l'intérêt commun, la loi est devenue un instrument clé du pouvoir politique. Afin d'éviter qu'elle ne devienne - à l'insu de ses auteurs - source d'inégalité, se poser la question de sa qualité semble être aujourd'hui une impérieuse nécessité.

À cette occasion, l'argument culturel peut même être renouvelé. En 1784, Antoine de Rivarol se risquait à écrire que « *ce qui n'est pas clair n'est pas français; ce qui n'est pas clair est encore anglais, italien, grec ou latin* ». Plus de deux siècles ont achevé de rendre la remarque hasardeuse; tâchons ainsi, dans les actes qui suivent, de formuler une nouvelle invitation à la clarté, en Français.

Complexité et sécurité juridique

Christian VIGOUROUX

Conseiller d'État, président de la section du rapport et des études

J'ai tout d'abord une pensée pour Guy Carcassonne¹ avec lequel je travaillais il y a bien longtemps, sous le gouvernement Rocard². Je vous remercie de m'avoir invité; c'est assez rare que l'on participe à des colloques initiés par des juniors et je vous félicite. Et ce que je vais vous dire n'engage que moi.

Je commencerai par dire que ce n'est pas chez nous qu'une telle aventure surviendrait. L'un des derniers numéros de l'*International Herald Tribune* décrit l'installation d'une camionnette de fast-food à New York. C'est titré: «*For vendors it's death by bureaucracy*». Une colonne entière décrit comment installer une camionnette. C'est aussi difficile, dit-on, que de lancer une grosse entreprise en Équateur. Il est expliqué que toutes les administrations s'y mettent, elles réglementent, on ne peut se garer dans n'importe quel parking, ni à moins de 200 pieds d'une école, au moins à 500 pieds d'un marché normal ouvert aux commerçants... «*and so on*»! Et le tout est dans le «*and so on*»...

Mais c'est en Amérique: cela n'a aucun rapport avec nous.

Je voulais, en commençant par là, dire qu'il ne faut pas se faire d'illusions sur la loi. Les connaisseurs de l'âme humaine, et donc de l'âme des juristes – qui ne sont qu'une partie des humains – sont comme Léo Perutz dans «*Où roules-tu petite pomme?*» publié en 1928. Je lis: «*Jamais x ne se laissait entraîner à enfreindre les lois, car il savait que leur immuabilité et leur rigueur ne résistaient pas à un esprit vigilant. Elles broyaient ceux qui par naïveté les transgressaient et laissaient le champ libre à ceux qui avaient l'intelligence de leur rendre les honneurs qu'elles exigeaient.*»

¹ Professeur de droit (14 mai 1951-27 mai 2013).

² Michel Rocard fut Premier ministre de 1988 à 1991, sous la présidence de François Mitterrand.

Les lois ne profitent pas toujours à ceux pour lesquels elles sont faites. Elles ont leur propre vie – et c'est là que le danger commence. La complexité favorise les surprises, pour ne pas dire ses détournements.

En biologie, la cellule compose le corps des complexes. En droit, le corps est complexe surtout quand il est constitué: le corps constitué va produire de la norme avec de la simplicité lorsqu'il s'agit de déclaration de droit, de charte des droits fondamentaux, mais quand on entre dans le concret, que sont l'argent avec le code général des impôts, la propriété avec le Code civil et le Code de l'urbanisme fraternellement réunis, l'enfance et la filiation avec l'adoption – tout un parcours avec agrément, contrôle, vérification, jugement – là, parce qu'on est dans le sérieux, et dans la passion, on est dans la complexité.

Cette complexité face à la sécurité: elle est dangereuse (I), inévitable (II) et à maîtriser (III).

I. La complexité est dangereuse

Je vais faire part des quatre coins qui s'enfoncent dans la sécurité, qui sont comme des assauts sur la sécurité.

i) La complexité législative est facteur d'incertitude. C'est le mystère de la grande pyramide des textes qui ne s'emboîtent pas. Et combien de fois, dans les sections administratives du Conseil d'État, passons-nous notre temps à poser au Gouvernement la question célèbre: « Mais que voulez-vous? » Parce qu'après avoir lu le texte, on n'a aucune idée de ce que le Gouvernement veut. Ensuite quelle est la portée de tel terme, quel est le champ de ce concept, avez-vous pris des dispositions transitoires? On reprend la mécanique.

ii) La complexité est facteur de contentieux. Le juge administratif se purlèche les babines – si je puis m'exprimer ainsi – parce qu'il suppute les angles morts de la loi et sait que la disposition ambiguë va produire de l'illégalité. La Cour de cassation, le 20 mars 2013, reconnaît un caractère abusif à des clauses ambiguës dans un modèle de contrat proposé au consommateur³. Ce rapprochement des mots « ambigu » et « abusif » me réjouit parce qu'il est vrai que ces deux thèmes peuvent aller ensemble.

³ Civ. 1^{re}, 20 mars 2013, pourvoi n° 12-14.432.

iii) Le texte prolifère. La complexité est menaçante, certes, mais non pas tellement en tant que complexité, mais en tant qu'elle appelle la simplification. Il n'y a rien de pire que le ministre qui dit à ses équipes « simplifiez-moi le permis de construire ». On avait deux régimes : ceux qui sont soumis au permis de construire, ceux qui ne le sont pas. On en aura une demi-douzaine : ce qui est soumis à permis de construire, ce qui est exonéré de permis de construire ; on inventera un régime intermédiaire pour ceux qui ne sont pas tout à fait dispensés, et puis ceux qui seront dispensés le seront en fonction de la nature de la construction, du lieu, du volume, etc. et c'est comme cela qu'à partir d'une bonne idée (« simplifions le permis de construire ») on passe de deux régimes juridiques à six. C'est la multiplication non pas des « pains » mais des « têtes ».

iv) Le texte non intelligible : la complexité est menaçante parce qu'elle n'est pas comprise. Je pense toujours au célèbre Plan local d'urbanisme de Paris, qui est accompagné inévitablement de son lexique de 200 pages avec des schémas que je défie quiconque de comprendre. C'est rassurant, un texte accompagné de son lexique, mais cela peut aussi être un peu inquiétant. Lorsque je lis que l'on va alléger les obligations comptables des plus petites entreprises, je me réjouis au nom de la création d'entreprises. Mais pour entrer dans ce régime de simplification, il faut remplir deux des trois conditions suivantes : bilan de moins de 350 000 €, chiffre d'affaire de moins de 700 000 € et moins de 10 salariés. Déjà, deux des trois c'est une combinatoire assez exceptionnelle et il faut déjà avoir fait Sciences Po pour comprendre si l'on est dans le régime ou pas ! Donc la complexité qui n'est pas comprise peut favoriser des réflexes poujadistes – on a inventé Pujade il y a bien longtemps pour moins que ça. Et puis cela développe des petites officines – voilà une petite publicité : « Apprenez à lire les lois entre les lignes... les lois profitent à ceux qui savent les lire ». Tout est dit !

La complexité est dangereuse, elle est inégalitaire par nature, elle est perturbatrice et elle est sujette à provoquer la révolte.

II. Mais la complexité est inévitable

La complexité est inévitable pour au moins quatre raisons.

i) La complexité donne la justice. Moi qui m'occupe de la section du Rapport et des Études du Conseil d'État, pour l'exécution des décisions contentieuses du Conseil d'État, je sais que l'exécution est complexe. C'est

d'ailleurs la raison pour laquelle le justiciable qui ne parvient pas à faire exécuter une décision revient. Ainsi, celui qui n'a jamais procédé à une reconstitution de carrière ignore ce qu'est la complexité ! Et donc attention avant de tirer sur la complexité : depuis l'avis du Conseil d'État de 1993, nous savons que l'exécution par nature est complexe. Tout juge judiciaire qui essaie de faire prévaloir une législation hésitante sur le travail le dimanche sait que l'exécution est complexe. On obtient une décision puis on va devant le juge de l'exécution, cela remplit les gazettes, mais la complexité est tenace et contribue à la justice.

ii) La complexité donne la liberté. En effet, faut-il être simple ? Simple comme la peine plancher, comme la peine de mort, comme la peine automatique. Ou faut-il une gamme de régimes, faisant confiance au juge pour apprécier, moduler, différencier, étaler, orienter, proportionner... et finalement personnaliser. Dans les années 1930, le juge américain Benjamin Nathan Cardozo dans sa belle « Nature de la décision judiciaire » évoquait le risque du vêtement de confection par rapport au « sur mesure ». C'est aussi le Droit.

iii) La complexité donne la sécurité : à chacun son dû. L'impôt sur le revenu par tranches, le système de tranches et d'exonérations, c'est la quintessence de la complexité. Qui voudrait, en France, renoncer aux tranches pour un impôt simplement proportionnel ? De même, la révolution portée par la loi sur des quotas respectant la parité aux élections professionnelles, traitée il y a peu par l'Assemblée du contentieux est complexe à mettre en œuvre. Mais c'est la justice et la sécurité. Ceux qui n'apprécient guère la loi du 1^{er} août 1905 sur la consommation parce qu'elle est complexe semblent oublier que cette même loi impose des contrôles sanitaires, des factures à garder pour établir la traçabilité de telle viande⁴.

iv) La complexité fait la synthèse. Un schéma – la France produit des schémas tous les jours. D'urbanisme, de concurrence, territoriaux... La France adore les schémas. Le schéma c'est la complexité faite synthèse. Le problème est que s'il y avait un schéma par domaine cela irait, mais les schémas se multiplient. Et cette politique de multiplication des schémas disperse la synthèse. C'est donc au juge de faire la synthèse des synthèses, de coordonner les schémas. C'est une petite industrie au Conseil d'État,

⁴ Loi du 1^{er} août 1905 sur les fraudes et falsifications en matière de produits ou de services, JORF du 5 août 1905, p. 4813.

que de dire, par vagues jurisprudentielles, quel schéma l'emporte sur les autres schémas, lequel prend en compte l'autre – et c'est assez compliqué.

Le célèbre Architecte des bâtiments de France (ABF), qui a un coût et qui est relativement honni si j'en crois la fréquence des propositions de loi et des projets pour l'encadrer et lui couper les ailes. Cet ABF a rendu des services pour que la France soit la première destination touristique du monde par la qualité de ses paysages. Quand nous avons, il y a 25 ans, inventé les ZPPAU (c'est-à-dire les zones de protection du patrimoine architectural, urbain et paysager, qui remplacent les périmètres absurdes automatiques de 500 mètres autour des monuments historiques), nous redonnions la prévisibilité de la sécurité aux usagers, tout en maintenant la nécessaire sauvegarde du bâti précieux. La complexité, c'est en effet la conciliation d'intérêts contradictoires. Et cet exemple des ZPPAU illustre, je crois, l'idée que la conciliation de la complexité et de la sécurité est possible. Pour avoir participé à la préparation de la loi sur la présomption d'innocence en 2000⁵, ce texte a été démantelé par la gauche, par la droite puis à nouveau par la droite et enfin par la gauche... Douze ans après, on revient exactement au même point. Donc les modifications, les itinéraires des modifications, sont peut-être à mes yeux le premier facteur de complexité.

III. L'important est donc de vivre la complexité maîtrisée

Je ferai trois éloges et trois appels.

Trois éloges :

i) La vraie simplification est la pure et simple suppression. Le régime de l'auto-entrepreneur, que l'on soit pour ou contre, a été une suppression de certaines contraintes : de l'autorisation de licenciement, de la règle de fixation des prix, du plafond légal de densité... Longue est la liste de ce qui est au musée de l'histoire de la législation. On n'en parle plus, mais c'est un fait. D'une certaine façon, la décision implicite d'acceptation est une suppression : une suppression du temps que l'administration a pour soupeser, pour décider. Il ne s'agit plus de réglementer la taille des haricots, mais de faire jouer le principe de responsabilité. Parce que si l'on suit les recommandations et les exemples croustillants du rapport Boulard-Lambert, ce

⁵ JORF n° 0138 du 16 juin 2000, p. 9038.

n'est pas si simple que cela – puisque l'on parle de complexité. Ne plus régler les cantines scolaires serait dangereux! Normes ou pas, c'est une responsabilité des créateurs, des responsables scolaires... S'il n'y a pas de norme, la responsabilité sera encore plus forte. Peut-être devons-nous aller vers une société courageuse.

ii) L'éloge de la réponse: que l'administration nous dise oui ou non, mais qu'elle nous dise quelque chose. Alors travaillons sur la décision implicite, sur les techniques de rescrit, sur les certificats de faisabilité, sur les contrats de procédures... Tout ce qui fait que l'utilisateur a une réponse, ou une essence de réponse, plutôt que de se heurter à l'arme absolue de l'administration – qui n'est jamais la colère, mais le silence.

iii) L'éloge de la promesse tenue: on ne change pas sans délai de transition⁶, mais déjà en 1978 le Conseil d'État avait à rappeler qu'on ne change pas de règle en cours d'un recours... Le fait que l'on se pose la question est plus intéressant encore que la réponse.

Et puis je formulerai trois appels :

L'appel au classement et à l'index: le modeste usager des lois que je suis – je sais que cela ne plaît pas à tout le monde – mais est un usager des codes qui sait qu'il va trouver telle chose dans tel code, plutôt que de s'y perdre. Je suis donc pour la codification. La Commission européenne dans un communiqué du 27 février 2013 propose un code européen du contribuable. Dans le code, qui est le classement, qui est ordre, souvent suivi de vertige de l'ordre, on ne fait pas exception! On propose un code de simplification du contribuable, mais derrière... on propose un NIF, numéro d'identification fiscale. Et là est le retour de la complexité.

L'appel à l'économie du droit, à l'étude d'impact, au coût de la formalité. Ce n'est pas un hasard si l'étude annuelle du Conseil d'État que nous allons bientôt publier porte sur le « droit souple », qui n'est pas contraignant mais oriente les comportements. Je crois qu'il faut à chaque fois se demander quel sera l'impact de la loi que l'on produit et favoriser en amont le guichet unique. C'est à l'administration de favoriser l'attribution d'un dossier au bon endroit. L'administration a un devoir de *redispaching*, de réattribution à la bonne instance. Ce que fait la ministre du logement,

⁶ CE, 24 mars 2006, *KPMG*, pourvoi n° 288460.

avec un projet de loi allant vers un dépôt unique de demande d'HLM pour l'ensemble des réservataires et des bailleurs.

L'appel à la volonté dans l'opération juridique, pour dépasser cette résignation qui nous taraude dans les différentes instances qui construisent la loi, à laquelle renvoie cette réflexion terriblement désenchantée d'un célèbre légiste, Marcel Proust, qui écrit à propos du droit pénal: « *Cette relation qui existe presque toujours dans les châtiments humains et qui fait qu'il n'y a presque jamais ni condamnation juste, ni erreur judiciaire, mais une espèce d'harmonie entre l'idée fausse que se fait le juge d'un acte innocent et les faits coupables qu'il a ignorés.* » Il faudrait sans doute discuter cette maxime à l'École nationale de la magistrature pour vacciner de la complexité.

Entre fausseté et ignorance, il nous reste à inventer l'administration de l'exactitude, économe des efforts des citoyens, économe des règles qu'elle se crée, une administration qui tienne parole, qui diffuse de la certitude. Il n'est pas interdit de donner tort à Proust.

Je conclus: ce n'est pas chez nous qu'une telle aventure arriverait. Les Américains sont tenaillés par la bureaucratie. Cette fois-ci, dans *The Economist*, il y a quelques semaines, l'on pouvait lire une intéressante histoire: le chroniqueur voulait renouveler son permis de conduire; il se rend au *Department of motor vehicles* à Washington, où il fait la queue dans le froid, avec trois agents qui oscillent entre indifférence et hostilité; on lui dit que toute fausse déclaration est un crime, qu'il lui faut présenter six certificats... Le chroniqueur arrive devant le bureaucrate et lui dit qu'il a envoyé un document par fax, on lui répond qu'on n'accepte pas les fax. Alors le chroniqueur s'exclame: pourquoi avoir précisé le numéro de fax sur votre formulaire, si vous ne prenez pas les fax? « *We do it as a courtesy* ».

Je trouve cette histoire très belle, elle est américaine, cela n'arriverait pas chez nous! Souvenons-nous simplement qu'en administration, la courtoisie passe par l'information et par la primauté de l'utilisateur sur le formulaire. C'est aussi cela, le service de l'intérêt général.

Démocratie politique, démocratie sociale et qualité de la loi

Jean-Emmanuel RAY

Professeur de droit à l'Université Paris I – Sorbonne et à Sciences Po Paris

*« La souveraineté nationale appartient au peuple
qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum.
Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice »*

Article 3 de la Constitution de 1958

« Se réapproprier la conduite de la politique sociale en faisant prévaloir la négociation collective sur le recours au législateur ». Dix-huit ans après le second accord interprofessionnel du 31 octobre 1995, point de départ de cette vaste redistribution des rôles, douze ans après la « Position Commune » du 16 juillet 2001, fruit de la « Refondation Sociale », le « petit droit » (conventionnel) prendra-t-il, fin 2013, sa revanche contre le « Grand Droit » (légal) ?

S'inspirant de la subsidiarité sociale communautaire officiellement initiée par le protocole social de Maastricht puis le traité d'Amsterdam, la loi du 4 mai 2004 avait déjà énoncé dans son Préambule : *« Le Gouvernement prend l'engagement solennel de renvoyer à la négociation nationale interprofessionnelle toute réforme de nature législative relative au droit du travail. Par conséquent, il saisira officiellement les partenaires sociaux, avant l'élaboration de tout projet de loi portant réforme du droit du travail, afin de savoir s'ils souhaitent engager un processus de négociation sur le sujet évoqué par le gouvernement. Le gouvernement proposera à la commission nationale de la négociation collective d'adopter une charte de méthode fixant les moda-*

lités pratiques de ce renvoi à la négociation collective interprofessionnelle, et notamment les délais de réponse des partenaires sociaux»¹.

Puis en décembre 2005, Dominique-Jean Chertier s'était vu demander de mener une réflexion «permettant d'améliorer le dialogue social». «*Pour une modernisation du dialogue social*»: prudemment rendu à l'issue du calamiteux épisode du contrat première embauche (CPE) ayant fait office de contre-travaux pratiques, où les syndicats pour une fois unanimes et donc puissants avaient fait chèrement payer au Premier ministre son absence totale de concertation préalable, cet intéressant rapport avait longuement étudié les exemples étrangers – rappelant à juste titre qu'ils ne constituent pas des «modèles» transposables – et s'inspirant directement du droit communautaire, voulait clarifier le rôle de chaque acteur dans l'élaboration des normes sociales, sous le signe d'un grand pragmatisme²: «*Il n'existe pas de solution idéale: le principe des champs séparés ne garantit pas totalement l'autonomie des partenaires sociaux. Et le principe de subsidiarité n'a pas encore fait ses preuves sur des sujets non consensuels*».

Mais après les juges et les services de proximité, cette nouvelle application du principe de subsidiarité sociale³ est bien dans l'air du temps: celui de la délégitimation de la loi. Cette loi qui, en tombant brutalement d'en haut fait preuve d'un autoritarisme désuet sinon d'un insupportable machisme, mais aussi d'une ambition démesurée en se voulant générale et impersonnelle. En nos temps de Web 2.0 et de travail collaboratif, la négociation collective apparaît consensuelle, adaptée, réactive, sinon plus féminine.

¹ JORF n° 105 du 5 mai 2004, p. 7983.

² Voir ses pertinentes remarques sur les six temps: «*La difficulté de l'Etat à déléguer aux partenaires sociaux trouve ainsi en partie sa source dans une confrontation conflictuelle des temps, qu'on peut schématiquement représenter comme la difficulté à joindre plusieurs ensembles: le temps de la société: il est celui de l'évolution des mœurs et des modes de vie. Le temps de l'économie: il est imposé par la nécessité de se tenir en état de compétitivité avec le monde. Le temps de la politique gouvernementale: il suit le rythme des échéances électorales et s'est à ce titre potentiellement raccourci avec le passage au quinquennat. Le temps du Parlement: il s'adapte au rythme des débats et des procédures mais doit tenir compte de «l'engorgement parlementaire» (effet de file d'attente des lois). Le temps des partenaires sociaux: il est celui du sentiment de la pérennité ou de la continuité. Le temps des médias: il est celui de l'immédiateté*» (Rapport, p. 12).

³ Résolution du Conseil européen du 6 décembre 1994: «*Les partenaires sociaux sont plus proches de la réalité sociale et des problèmes sociaux*».

Qui peut être contre le mariage « démocratie politique/démocratie sociale » ? Que les partenaires sociaux contribuent à l'intérêt général, dans cette dynamique « Web 2.0 – Intelligence collective » est une excellente idée. Qu'ils le définissent même indirectement est une autre affaire. Car, *in fine*, qui représente l'intérêt général ?

I. Le cadre constitutionnel actuel

Ces nouvelles habitudes ont parfois un peu tourné la tête des partenaires sociaux. Au niveau national, le Conseil constitutionnel a donc dû recadrer à plusieurs reprises le débat⁴.

1/ Le Conseil constitutionnel a rappelé qu'en l'état actuel de notre Constitution, le législateur à qui il revient de fixer « les principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale » (article 34) ne peut se voir privé de sa fonction de rédiger les lois. Si un Accord national interprofessionnel (ANI) dûment millimétré est signé, les parlementaires peuvent toujours exercer leur droit d'amendement⁵, risquant alors de déséquilibrer l'ensemble d'un compromis forcément global (ex: l'article 17 est la contrepartie officieuse du second alinéa de l'article 26) péniblement acquis.

2/ Mais « *la loi peut laisser aux employeurs et aux salariés le soin de préciser les modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il édicte* » (CC, 25 juillet 1989, 23 juillet 1991, 29 avril 2004) : ce succédané conventionnel du règlement d'application se retrouve là encore en droit communautaire.

3/ Le Conseil constitutionnel est allé plus loin dans sa décision du 6 novembre 1996 : il a autorisé les partenaires sociaux à insérer dans leurs accords des stipulations touchant aux principes fondamentaux « *dès lors que cette latitude permet au législateur d'adopter par la suite des règles nouvelles appropriées au terme d'une durée réduite d'expérimentation et d'une évaluation des pratiques qui en sont résultées* » : éclaireurs du législateur ayant voté une loi expérimentale, les partenaires sociaux sont, dans cette hypothèse qui nous intéresse aujourd'hui, autorisés à empiéter provisoirement sur ses prérogatives.

⁴ Cf. décisions du 12 janvier 2000 et du 29 avril 2004.

⁵ Cf. Décision n° 2006-533 DC du 16 mars 2006 sur la « loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes ».

Mais sur le principe lui-même de la subordination des accords collectifs à la volonté du législateur, la décision du 13 janvier 2000 était particulièrement claire⁶ : « *Il était loisible au législateur de tirer les enseignements des accords collectifs conclus à son instigation en décidant au vu de la teneur desdits accords, soit de maintenir les dispositions législatives existantes, soit de les modifier, dans un sens conforme, ou non, aux accords* ».

II. La loi Larcher du 31 janvier 2007 dite de « modernisation du dialogue social »⁷

L'article L. 1, donc en tête du Code du travail, dispose que :

« Tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle (...) fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation.

À cet effet, le Gouvernement leur communique un document d'orientation présentant des éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis et les principales options.

Lorsqu'elles font connaître leur intention d'engager une telle négociation, les organisations indiquent également au Gouvernement le délai qu'elles estiment nécessaire pour conduire la négociation.

Le présent article n'est pas applicable en cas d'urgence.»

Entérinant une vieille pratique nationale initiée par Jacques Delors en 1969 et directement inspirée des pratiques communautaires, la loi du 31 janvier 2007 a une forte valeur symbolique au pays de Colbert et Napoléon.

⁶ Même si, en l'espèce, c'est la loi qui a été censurée car elle n'avait pas tenu sa propre parole.

⁷ JORF n° 27 du 1 février 2007, p.1944.

III. Les quatre avantages de la « loi Larcher »

1. Questions de tempo. Créant nécessairement un « temps de refroidissement » comme le disent joliment nos amis italiens, ce « temps réservé » aux partenaires sociaux a deux avantages collatéraux non négligeables :

– la machine médiatique, qui s’est parfois emballée sur un projet de loi lié à une actualité aussi brûlante que ponctuelle, va lâcher cet os au profit de celui du lendemain : « *De lege non ferenda* » est en France appréciable, et sans doute plus efficace que « déléguer » ensuite par la loi. Le « choc de simplification » annoncé en 2013 pourrait utilement commencer par arrêter d’empiler les textes.

– le temps de la négociation va donner aux experts du temps pour mieux réfléchir à la faisabilité du projet, à ses conséquences sociales et financières.

2. La source conventionnelle de la loi associant alors légitimité sociale et légitimité politique est source de davantage de consensus, à tous les stades. Au Parlement, députés et sénateurs des deux bords n’ont guère envie de se mettre à dos les signataires : et plus ils sont nombreux, plus le risque est grand.

En entreprise, ce texte initié par leurs confédérations est plus facilement appliqué par les militants, suscitant sans doute moins de contentieux.

3. Cette double légitimité assure au texte légal (et à ses décrets et circulaires, eux aussi étroitement concertés) une meilleure stabilité, lui évitant des modifications successives en cas d’alternance politique. Car politiquement, l’affaire devient plus délicate.

Et juridiquement, modifier la loi ne supprimera pas l’ancien ANI qui continuera à s’appliquer, avec des conflits de normes difficiles à résoudre.

4. Cette régulation apaisée peut enfin contribuer à relancer la machine économique, voire attirer davantage d’investisseurs étrangers un peu effrayés par nos « gauloises » réactions. De créatifs économistes ont même chiffré à 1 % de croissance le gain attendu d’un dialogue social moins

rugueux, but affirmé de la loi Sapin du 14 juin 2013⁸ issue de l'ANI du 11 janvier 2013, et dont la très houleuse transposition au Parlement a montré que la méthode n'était pas forcément un long fleuve tranquille et consensuel (*cf.* les multiples campagnes et manifestations de FO et de la CGT).

Mais pour un privatiste, l'ANI signé dans le cadre de cette négociation « légiférante » est un OJNI (Objet Juridique Non Identifié). Contrairement à la pratique classique de négociation interprofessionnelle voulant lancer une dynamique conventionnelle dans les branches et les entreprises, il s'agit ici de prévoir des modifications du code du travail parfois très profondes (*cf.* ANI du 11 janvier 2013 : disparition du contrôle judiciaire des Plans de sauvegarde de l'emploi (PSE), modification des procédures d'information-consultation du comité d'entreprise). Cet « ANI-Chenille » qui ne naît que pour devenir « Loi-Papillon » n'a rien à voir avec un ANI classique, et l'article 34 en sort un peu « groggy ».

IV. La qualité de la « loi négociée » ?

Le législateur n'a pas le monopole des usines à gaz et des termes flous. Par exemple, on ne peut pas dire que la loi de transposition du 4 mai 2004⁹ soit un modèle de clarté et d'intelligibilité, même si le Conseil Constitutionnel l'a absoute sur ce terrain :

*« Considérant que si les dispositions critiquées rendent plus complexe l'articulation entre les différents accords collectifs, elles définissent de façon précise les rapports entre les différents niveaux de négociation ; qu'ainsi le législateur, qui a entendu se référer à la Position Commune adoptée par les partenaires sociaux le 16 juillet 2001, n'a pas méconnu les exigences d'intelligibilité et de clarté de la loi »*¹⁰.

Issue de l'ANI du 11 janvier 2013, la loi du 14 juin 2013 sur la sécurisation de l'emploi n'est pas non plus un modèle de formules courtes et pédagogiques à la Portalis... Mais comment pourrait-il en être autrement dans notre monde de plus en plus complexe, pour un texte issu d'une

⁸ Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

⁹ Loi no 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JORF n° 105 du 5 mai 2004, p. 7983.

¹⁰ Décision n° 2004-494 DC du 29 avril 2004 : Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

négociation millimétrée à huit et non à deux partenaires. Ainsi « la partie patronale » est-elle composée de trois syndicats dont les intérêts ne sont pas toujours convergents. Quant aux syndicats de salariés, on se remémore la guerre qu'ont déclarée aux signataires la CGT et FO : Léon Jouhaux¹¹ a dû apprécier.

V. Faut-il constitutionnaliser la « négociation législative » ?

Sans parler d'un singulier retour à un néo-corporatisme, ce processus doit-il être constitutionnalisé comme le souhaite une improbable alliance MEDEF – François Hollande ? En caricaturant, le premier veut, grand classique quand la gauche arrive au pouvoir, que l'État lâche les entreprises effectivement paralysées par des couches successives de contraintes.

Premier Président français vraiment social-démocrate, le second veut certes rendre hommage aux « corps intermédiaires » vilipendés par son prédécesseur en fin de mandat (cf. les très médiatisées « Grandes Conférences sociales » de juillet 2012 puis juin 2013, tenues au Conseil économique, social et environnemental). Mais essayer aussi de les impliquer – les mouiller – dans des réformes pas forcément populaires.

Car Candide aurait remarqué qu'avec la fin des Trente Glorieuses, le grain à moudre s'est fait rare et qu'il faut désormais organiser les retraites du social. Que « si la victoire a mille pères, la défaite est orpheline ». Que si, au cours des Trente Glorieuses la puissance publique avait été en France le grand organisateur de la conquête de toujours plus d'avantages sociaux financés par une remarquable croissance, elle se délesterait aujourd'hui volontiers de cette lourde charge politique en laissant les partenaires sociaux « faire le sale boulot ». Le mistigri du social, en repli, faute de croissance.

Et sur le thème : « Qui fait la loi sociale en France ? », il se serait enfin étonné de l'absence du juge et plus particulièrement de la Cour de Cassation qui, comme elle l'écrit dans son rapport annuel publié en juin 2013 : « *Il ne peut être nié que la jurisprudence est une source créatrice de droit, spécialement sur des contentieux où les textes applicables sont soit inexis-*

¹¹ Grand syndicaliste français (1879-1954), membre de la Confédération générale du travail (CGT) de 1909 à 1947, puis fondateur et président de la Confédération générale du travail – Force ouvrière (CGT-FO) dès 1947.

tants, soit particulièrement vagues quant à leurs conditions d'application». À l'instar du droit communautaire et du rôle majeur de la CJUE, le droit du travail français avance depuis vingt ans à coup d'arrêts.

Le projet de révision constitutionnelle relatif à la démocratie sociale et rendu public en mars 2013 dispose à son article 1^{er} que :

« Tout projet de loi ou d'ordonnance ou toute proposition de loi qui procède à une réforme en matière de relations individuelles et collectives du travail, d'emploi ou de formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle ne peut, sauf en cas d'urgence, être délibéré en conseil des ministres ou inscrite à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale ou du Sénat sans que les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives aient été mises en mesure de négocier, si elles le souhaitent, sur l'objet de cette réforme »¹².

Ce projet ne change pas radicalement la donne, en définissant par exemple un domaine réservé aux partenaires sociaux, il n'impose rien au législateur : il s'agit simplement d'inviter les partenaires sociaux à négocier et éventuellement à signer, sans engagement sur la suite. Contrairement à la pratique communautaire, en France, Gouvernement et Législateur garderont tous deux les mains libres : si un accord national interprofessionnel est signé, il peut – et non doit – être repris, et le cas échéant modifié par le Parlement. Ce qui évidemment contrariera vivement les signataires qui avaient négocié trois heures l'article 32, nécessaire contrepartie de l'article 18... qui vient d'être supprimé par voie d'amendement, détruisant le subtil équilibre forcément global d'un tel accord.

Or, plusieurs problèmes se posent :

1/ Accord interprofessionnel positivement majoritaire à plus de 50 % des syndicats signataires ? Forcément unanime ? Le seuil légal minimum est, depuis août 2013, de 30 % : mais on voit mal la légitimité d'une loi reprenant un accord minoritaire (ex : CFDT + CFTC = 40 %), promettant des amendements sévères en forme de « troisième round » à l'Assemblée nationale, et donc un rude désaveu des signataires.

À l'inverse, en cas d'accord unanime, si juridiquement rien ne change, politiquement ce sera une autre affaire si l'accord n'est pas strictement transposé.

¹² Projet de loi constitutionnelle relatif à la démocratie sociale, texte n° 813.

2/ Si le Gouvernement « oublie » cette première phase sociale (« sauf urgence », ce qui laisse de la marge), le Conseil Constitutionnel pourrait désormais recaler sur ce seul motif une loi entière en droit du travail.

Il est donc peut être urgent d'attendre que partenaires sociaux, Gouvernement et Parlement s'approprient l'article L. 1 issu de la loi Larcher de 2007, avant de faire ce « grand bond en avant ».

Les commissions permanentes de l'Assemblée nationale et l'élaboration de la loi depuis 2008 : une révolution très discrète

Éric THIERS

Conseiller des services de l'Assemblée nationale et
chercheur associé au CEVIPOF

Inspirée pour beaucoup des travaux du comité Balladur¹, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a entendu faire des commissions permanentes des assemblées les principaux acteurs de l'élaboration de la loi. Outre l'augmentation de leur nombre – de six à huit au plus par chambre – et le rétablissement en droit du principe établi dans les faits – la constitution de commissions spéciales est bien l'exception comme en dispose désormais l'article 43 de la Constitution –, c'est la modification apportée au premier alinéa de l'article 42 de la Constitution qui a induit une révolution discrète mais réelle dans le fonctionnement de l'institution parlementaire : à quelques exceptions près, c'est désormais le texte établi par la commission qui en est saisie au fond qui est discuté en séance et non plus celui initialement déposé par le Gouvernement. C'est dire si la responsabilité des commissions est grande dans l'élaboration de la loi et naturellement dans la qualité de la norme.

¹ Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République présidé par M. Édouard Balladur. Ce comité a remis au président de la République son rapport, *Une V^e République plus démocratique*, le 29 octobre 2007 (*Journal officiel de la République française*, n° 252 du 30 octobre 2007 ; en ligne : <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/074000697/0000.pdf>>, consulté le 15 avril 2014).

C'est cette révolution, copernicienne en ce qu'elle a imposé un changement profond de point de vue, que nous évoquerons en rappelant les raisons et les conséquences attendues et observées. Si révolution il y a eu, celle-ci est manifestement toujours en cours et ne demande qu'à se déployer plus encore.

I. Un nouveau principe constitutionnel : le texte élaboré par la commission est examiné en séance

Depuis la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008², l'article 42 de la Constitution dispose, dans ses deux premiers alinéas :

« La discussion des projets et des propositions de loi porte, en séance, sur le texte adopté par la commission saisie en application de l'article 43 ou, à défaut, sur le texte dont l'assemblée a été saisie. / Toutefois, la discussion en séance des projets de révision constitutionnelle, des projets de loi de finances et des projets de loi de financement de la sécurité sociale porte, en première lecture devant la première assemblée saisie, sur le texte présenté par le Gouvernement et, pour les autres lectures, sur le texte transmis par l'autre assemblée. »

Auparavant, quels que soient le projet en discussion et les amendements adoptés par la commission saisie au fond, le texte déposé initialement par le Gouvernement ou transmis par la première assemblée saisie en cas de navette était débattu en séance plénière³. De fait, les membres de la commission, et singulièrement le rapporteur du texte, pouvaient apporter toutes les modifications qu'ils souhaitaient au projet du Gouvernement, celui-ci disposait, en cas de divergence de vues, d'un avantage substantiel en séance ; c'est au rapporteur qu'il appartenait de convaincre ses collègues face à un ministre qui pouvait recourir par ailleurs à tous les instruments mis à sa disposition par le parlementarisme rationalisé, comme le vote bloqué en application de l'article 44, alinéa 3, de la Consti-

² Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République.

³ Sur les commissions permanentes, on renverra notamment à : Pauline TÜRK, *Les commissions parlementaires permanentes et le renouveau du Parlement sous la V^e République*, coll. « Thèmes et commentaires. Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle », Paris, Dalloz, 2005 ; Françoise FRAYSSE et Fabrice HOURQUEBIE (dir.), *Les commissions parlementaires dans l'espace francophone*, coll. « Grands colloques », Paris, Montchrestien, 2011 (en particulier Georges BERGOUIGNOUS, « Les commissions parlementaires et le processus d'élaboration de la loi en France », p. 167).

tution. Seules les propositions de loi⁴ échappaient à ce schéma : elles étaient discutées en séance sur la base du texte élaboré en commission. Mais on sait que l'initiative parlementaire prospérait alors bien peu par cette voie.

Quels étaient les objectifs poursuivis par cette inversion fondamentale des facteurs ? Il faut ici revenir vers les inspireurs de la réforme, à savoir le comité Balladur⁵. Le rapport de ce comité n'était pas ambigu puisqu'il entendait « *faire des commissions le pivot du travail parlementaire* » et qu'il exprimait « *une conviction à la fois claire et forte : le travail du Parlement ne peut retrouver efficacité et prestige que s'il repose sur un rôle accru des commissions de chacune des deux assemblées.* » Le comité Balladur proposait alors une répartition des tâches entre la séance publique, qui devait revêtir un caractère plus politique, et l'examen en commission plus technique. Pour le Comité, la condition de cette nouvelle donne était que la discussion s'engage non plus sur le texte du Gouvernement mais sur celui de la commission⁶. Le Comité n'avait d'ailleurs pas négligé la portée de cette réforme : « *Il ne faut pas s'y tromper, c'est là une transformation fondamentale du travail parlementaire et gouvernemental* ». L'un des corollaires de cette réforme était de donner plus de temps aux commissions pour travailler ; la révision constitutionnelle de 2008 va le prévoir en imposant, devant la première assemblée saisie en première lecture un délai de six semaines⁷ minimum entre le dépôt d'un texte et son examen en séance sauf engagement de la procédure accélérée (article 42 de la Constitution).

Le bénéfice attendu de cette répartition nouvelle – et un peu idéale – entre commission (technique) et séance (politique) était donc à la fois une plus grande clarté des délibérations et un gain de temps en séance. Cette réorientation des débats parlementaires induisait logiquement que le rôle

⁴ Les propositions de loi procèdent de l'initiative des parlementaires, les projets de loi étant déposés par le Gouvernement.

⁵ Le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions, présidé par Édouard Balladur, a remis son rapport le 29 octobre 2007 au Président de la République.

⁶ Proposition n° 37 du Comité. Le principe posé souffrait d'exceptions, d'ailleurs reprises par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 : « *Aux yeux du Comité, la règle nouvelle ne s'appliquerait pas aux projets de lois de finances non plus qu'aux projets de lois de financement de la sécurité sociale, qui sont au cœur des prérogatives du Gouvernement dans la conduite de l'action publique. Elle ne vaudrait pas non plus pour les projets de loi constitutionnelle.* » (*Une V^e République plus démocratique*, préc., note 1, p. 48.)

⁷ Ce délai est de quatre semaines pour la seconde assemblée saisie en première lecture entre la transmission du texte adopté par l'autre chambre et l'examen en séance.

déjà important du rapporteur désigné par la commission s'en trouve encore renforcé. La réforme du Règlement de l'Assemblée nationale⁸ qui suivit la révision constitutionnelle de 2008 en tira les conclusions sous plusieurs aspects.

II. L'impact dans l'organisation du travail des commissions

L'article 86 du Règlement de l'Assemblée nationale dispose ainsi que, lorsque le délai entre le dépôt d'un texte et son examen en séance est au moins égal à six semaines⁹, le rapporteur met à disposition la semaine qui précède l'examen de ce texte en commission un document qui fait état de l'avancement de ses travaux. Ce document, que les initiés dénomment «prérapport», peut être constitué soit *a minima* d'un tableau comparatif¹⁰, soit d'un exposé général qui correspond à la première partie des rapports parlementaires, soit des commentaires d'articles qui constituent la deuxième partie de ces rapports. Au sein de la commission des Lois de l'Assemblée nationale, les rapporteurs diffusent toujours, y compris lorsqu'il est dérogé au délai de six semaines quand la procédure accélérée¹¹ est décidée par le Gouvernement, un «prérapport» correspondant, dans la majeure partie des cas, aux commentaires d'articles au plus tard le vendredi après-midi précédant l'examen du texte par la commission. Les membres de la commission peuvent ainsi en prendre connaissance avant la réunion. C'est une base de discussion qui leur est très utile.

Dans le même esprit, l'article 46, alinéa 1^{er}, du Règlement de l'Assemblée nationale prévoit que les auditions menées par le rapporteur sont ouvertes à tous les membres de la commission qui en sont informés par le secrétariat de la commission.

Le fait que la commission établisse le texte qui sera ensuite examiné en séance impose aussi que ses travaux soient rendus publics. C'est un point essentiel. Si le Conseil constitutionnel n'a pas exigé l'ouverture au public des salles de commission – on serait bien en peine d'assurer l'effectivité

⁸ Résolution n° 292 du 27 mai 2009 réformant le Règlement de l'Assemblée nationale.

⁹ En écho aux dispositions précitées de l'article 42 de la Constitution.

¹⁰ Ce document sous la forme de tableau permet de disposer de façon panoramique d'une comparaison entre les textes en vigueur et les modifications proposées par le projet ou la proposition de loi en discussion.

¹¹ Article 45 al. 2 de la Constitution du 4 octobre 1958.

d'un tel principe pour des raisons tout simplement de places disponibles dans ces salles – il a fait de la publicité des travaux des commissions une condition du respect des exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire¹². Cette publicité est assurée par un compte rendu écrit et désormais, pour trois commissions¹³, par la diffusion de leurs travaux sur Internet.

De plus, les ministres doivent pouvoir participer aux travaux de la commission y compris lors des votes sur les articles et les amendements, le Conseil constitutionnel déclarant même caduque une disposition du Règlement du Sénat qui y faisait obstacle¹⁴.

¹² *Conseil constitutionnel, décision n° 2009-581 DC du 25 juin 2009*, Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale: « 12. Considérant que les exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire, qui s'appliquent aux travaux des commissions, *imposent qu'il soit précisément rendu compte des interventions faites devant celles-ci, des motifs des modifications proposées aux textes dont elles sont saisies et des votes émis en leur sein*; qu'il en va notamment ainsi pour les projets et propositions de loi dont la discussion porte, en séance, sur le texte adopté par la commission saisie en application de l'article 43 ou, à défaut, sur le texte dont l'assemblée a été saisie » (nos italiques).

¹³ *La commission des Lois, la commission des Affaires culturelles, la commission des Affaires sociales.*

¹⁴ *Conseil constitutionnel, décision n° 2009-579 DC du 9 avril 2009*, Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution: « 4. Considérant que, d'une part, en vertu de l'article 42 de la Constitution, "la discussion des projets et propositions de loi porte, en séance, sur le texte adopté par la commission" et, d'autre part, en application de l'article 44, le droit d'amendement du Gouvernement s'exerce tant en séance qu'en commission; [...] 35. Considérant, en outre, qu'aux termes du premier alinéa de l'article 31 de la Constitution: "Les membres du Gouvernement ont accès aux deux assemblées. Ils sont entendus quand ils le demandent"; que, d'après les articles 40 et 41, le Gouvernement peut s'opposer, dès l'examen en commission, à la recevabilité des propositions et amendements lorsque leur adoption aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques soit la création ou l'aggravation d'une charge publique et lorsque ces propositions ou ces amendements ne sont pas du domaine de la loi ou sont contraires à une délégation accordée en vertu de l'article 38; 36. Considérant que ces dispositions constitutionnelles impliquent que le Gouvernement puisse participer aux travaux des commissions consacrés à l'examen des projets et propositions de loi ainsi que des amendements dont ceux-ci font l'objet et assister aux votes destinés à arrêter le texte sur lequel portera la discussion en séance; qu'il s'ensuit, d'une part, que les dispositions en vigueur des règlements des assemblées restreignant dans ces hypothèses le droit d'accès du Gouvernement aux travaux des commissions sont rendues caduques par l'effet de l'entrée en vigueur de la révision constitutionnelle et, d'autre part, que le dernier alinéa de l'article 13 de la loi orga-

On ajoutera que l'Assemblée nationale a tiré, d'un point de vue plus prosaïque, une autre conséquence de ce rôle renforcé des commissions en introduisant à l'article 42 de son Règlement une obligation de présence lors de la réunion du mercredi matin, réservée aux travaux des commissions, assortie d'une sanction financière.

Cette réforme de l'article 42 de la Constitution a deux conséquences majeures : l'une en termes de rythme, l'autre en termes de rapports de forces entre l'exécutif et le législatif.

III. Une nouvelle temporalité du travail en commission

Le fait que le texte de la commission soit celui examiné en séance impose un travail articulé en deux temps : les députés – en leur ensemble, et non pas seulement les membres de la commission – peuvent déposer des amendements devant cette commission ; mais une fois que la commission a statué et établi son texte¹⁵, un second « round » a lieu avec le dépôt d'amendements sur le projet ou la proposition de loi modifié par la commission en vue de la séance. Cela suppose que le texte établi par la commission soit mis à disposition des parlementaires suffisamment de temps avant la tenue de la séance pour qu'ils puissent rédiger leurs amendements sur cette nouvelle mouture du texte, qui peut être très différente de celui initialement déposé¹⁶. À cette fin, l'article 86, alinéa 4, du Règlement de

nique qui limite le droit d'accès du Gouvernement aux travaux des commissions est contraire à la Constitution » ; *Conseil constitutionnel, décision n° 2009-582 DC du 25 juin 2009*, Résolution tendant à modifier le règlement du Sénat pour mettre en œuvre la révision constitutionnelle, conforter le pluralisme sénatorial et rénover les méthodes de travail du Sénat : « 10. Considérant que, comme l'énonce la décision du 9 avril 2009 susvisée, ces dispositions constitutionnelles impliquent que le Gouvernement puisse participer, quand il le souhaite, aux travaux des commissions consacrés à l'examen des projets et propositions de loi ainsi que des amendements dont ceux-ci font l'objet et assister à l'ensemble des votes destinés à arrêter le texte sur lequel portera la discussion en séance ; que, sous cette réserve, les dispositions de l'article 10 de la résolution ne sont pas contraires à la Constitution ».

¹⁵ Le « TAC » dans le jargon de l'Assemblée nationale : le Texte Adopté par la Commission.

¹⁶ On pourrait prendre comme exemples récents concernant la commission des Lois, le projet de loi organique sur la transparence de la vie publique ou le projet de loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles examinés respectivement en juin et juillet 2013.

l'Assemblée nationale dispose que le texte de la commission soit mis à disposition des députés par voie électronique au plus tard sept jours avant le passage en séance du texte, exception faite des cas où la procédure accélérée a été déclenchée¹⁷.

Dans les faits, les commissions examinent le plus souvent les textes deux semaines avant leur passage en séance ce qui induit que le « prérapport » évoqué précédemment soit envoyé la troisième semaine précédant l'examen du texte en séance. Si l'on s'en tient au délai strict des six semaines entre le dépôt du texte et son examen en séance – ce qui n'est pas rare – tel que fixé par l'article 42 de la Constitution, on observe que le temps laissé au rapporteur pour analyser le texte, élaborer son rapport et ses amendements peut se trouver réduit à trois semaines ce qui est loin d'être considérable.

Ce travail important se traduit par des réunions entre le rapporteur et les membres du cabinet du ministre ainsi que les services du ministère afin d'éclaircir la portée du texte en discussion, d'évaluer les modifications envisageables. Des contacts sont aussi pris avec les forces sociales ou les groupes d'intérêts, voire avec les sénateurs travaillant sur le texte lorsque l'on est en cours de navette. Des auditions sont ainsi menées. Elles sont, comme on l'a vu, ouvertes aux autres membres de la commission et en particulier au responsable du principal groupe d'opposition en charge du texte. Pour accomplir cette tâche, le rapporteur peut s'appuyer sur l'expertise des administrateurs du secrétariat de la commission qui ont pour mission de l'aider à traduire techniquement les choix politiques qu'il opère, sous la forme d'amendements ou dans le corps du rapport qui sera publié au nom de la commission¹⁸.

¹⁷ Ce délai se comptabilise d'heure à heure. Ainsi pour un texte examiné en séance le mardi à 16 heures 30, le TAC doit être mis à disposition des parlementaires au plus tard le mardi précédent avant 16 heures 30.

¹⁸ À titre d'exemple, le secrétariat de la Commission des lois est composé, sous l'autorité d'un conseiller des services de l'Assemblée nationale, chef de division, d'une dizaine d'administrateurs et d'administrateurs adjoints – ces derniers jouant un rôle essentiel dans la gestion des amendements déposés en commission et dans l'élaboration du TAC. Chaque administrateur, fonctionnaire de l'Assemblée nationale, astreint à ce titre à une obligation de neutralité politique très exigeante, est en charge d'un secteur particulier, par exemple, le droit pénal, le droit commercial ou le droit constitutionnel, entre autres, à la commission des Lois.

IV. Un rapport de force plus équilibré avec le Gouvernement

Ce nouveau rythme a des conséquences sur le travail des parlementaires mais a également imposé des adaptations au pouvoir exécutif. Si le Gouvernement souhaite éviter que la commission adopte un texte qui ne lui convient pas, il lui appartient de nouer un dialogue très en amont avec les membres de la commission – en particulier le rapporteur et les députés de la majorité. Or, le travail gouvernemental et la coordination qu'il suppose entre les différents ministères conduit à l'organisation de réunions d'arbitrage assez lourdes¹⁹ qui ne permettent pas toujours aux ministres en charge d'un texte de réagir suffisamment tôt aux propositions des parlementaires. De fait, le travail jusqu'alors mené par le Gouvernement avant le passage en séance publique pour circonscrire certaines initiatives des parlementaires ou pour trouver des solutions de compromis doit avoir été engagé une première fois avant le passage en commission dans des délais beaucoup plus stricts. Le Gouvernement n'est pas toujours à même de faire prévaloir son point de vue pour des raisons politiques – la majorité se montre rétive à le suivre, y compris quand le ministre est physiquement présent en commission²⁰ – ou plus simplement techniques – le Gouvernement n'ayant pas eu le temps de vraiment arrêter sa position.

Sans doute serait-il exagéré d'affirmer que le Gouvernement n'est plus en mesure de peser sur la délibération législative de ce fait : les institutions demeurent celles de la V^e République avec les outils du régime parlementaire rationalisé que la révision de 2008 a globalement préservé ; le fait majoritaire est toujours aussi puissant conduisant les députés de la majorité à une discipline ou une solidarité naturelle dans notre système institutionnel. Il n'en demeure pas moins que le Gouvernement est astreint à une plus grande écoute et doit ouvrir de plus larges espaces de négociations avec sa majorité du fait de ce nouveau paradigme qui préside aux travaux des commissions.

¹⁹ Qui peuvent remonter jusqu'à la présidence de la République pour les sujets les plus lourds.

²⁰ On a pu l'observer par exemple sur le projet de loi relatif au maintien en fonction au-delà de la limite d'âge de fonctionnaires nommés dans des emplois à la décision du Gouvernement qui fut rejeté par la commission des Lois, le 18 mai 2011, en présence du ministre de la fonction publique. Il est vrai qu'ensuite le texte fut adopté en séance. Au-delà de cet exemple un peu atypique, on pourrait citer nombre de projets de loi où des amendements ont été adoptés par une commission alors même que le ministre présent avait fait part de son hostilité.

La commission est donc devenue un enjeu stratégique dans le processus d'élaboration de la loi. Quelles sont les conséquences de cette nouvelle donne sur la tenue des travaux législatifs ?

V. Le bilan tracé par le Comité Balladur en 2010

Deux ans seulement après la révision constitutionnelle, le Comité Balladur en tirait un bilan positif mais nuancé²¹. Pour lui il s'agissait d' « *une évolution encore trop timide* », « *un équilibre [étant] encore à trouver avec la séance plénière* »²². Le comité constatait que « *le centre de gravité de la procédure parlementaire* » avait été déplacé vers les commissions permanentes et que « *le Gouvernement éprouve régulièrement plus de difficultés à revenir en séance sur les votes de la commission. Le fait de disposer de moins de leviers de procédure en commission pour imposer ses vues oblige le Gouvernement à savoir se montrer plus persuasif, à mieux entendre le point de vue des parlementaires, et en particulier du rapporteur du texte. Le Comité ne peut qu'exprimer sa satisfaction face à cette évolution qu'il appelait de ses vœux* »²³. Le comité regrettait le recours excessif à la procédure accélérée qui – moins dans la réduction du nombre de lectures que dans le non-respect du délai de six semaines – apparaissait contradictoire avec l'esprit de la réforme de 2008. Il constatait aussi que certains travers de la séance publique, comme l'obstruction, n'avaient pas été importés en commission, ce qui est heureux. Ce constat nous semble encore valable.

En revanche, l'un des principaux objectifs, à savoir une baisse massive du nombre d'amendements venant en séance, n'a pas été observé dans les faits²⁴. Le comité exprimait alors une déception et avançait plusieurs

²¹ Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République; *La réforme institutionnelle deux ans après*, 17 mai 2010, en ligne: <http://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/evenement/revision_institutionnelle_deux_ans_apres.pdf> (consulté le 15 avril 2014).

²² *Id.*, p. 23.

²³ *Id.*, p. 24.

²⁴ Pour la session 2012-2013, le nombre d'amendements déposés en séance publique fut de 27 595 et pour la période du 26 juin au 30 septembre 2012, de 1 485. Sous la précédente législature, les données sont les suivantes: 2007-2008, 13 778 amendements; 2008-2009, 19 704 amendements; 2009-2010, 23 776 amendements; 2010-2011, 10 147 amendements. On notera qu'avaient été déposés en première lecture sur le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, 5 117 amendements.

éléments explicatifs à ce relatif échec : l'opposition continuait à percevoir la séance publique comme le seul lieu légitime et efficace pour se faire entendre des citoyens et des médias ; la publicité insuffisante donnée aux travaux des commissions ; l'absence de mise en œuvre de procédure d'examen simplifié de certains textes²⁵. Mais le Comité Balladur terminait son analyse par une note plus positive : « *En dépit de ces réserves, la disposition selon laquelle le texte de la commission est examiné en séance change radicalement le point de vue gouvernemental sur le travail législatif. Des espaces de négociation sont désormais ouverts beaucoup plus fréquemment* » ; et de conclure sur cette invite : « *Reste aux parlementaires à mieux faire valoir leurs droits en terme de délais et leurs points de vue sur le fond des textes ; mais aucune procédure ne peut se substituer à la liberté des parlementaires et à leur capacité à exercer cette liberté. Il faut, surtout, que les parlementaires acceptent l'idée que leur travail sera tout aussi visible en commission qu'il l'est en séance plénière* »²⁶.

VI. Quels enjeux pour demain ?

Ces enjeux sont, selon nous, au moins de trois ordres.

Le premier est celui de l'articulation entre la fonction de contrôle et la fonction législative. Si nous avons dû passer sous silence les travaux de contrôle engagés par les commissions notamment par le biais des missions d'information, il ne faut pas en négliger le poids. Ainsi, ces missions d'information peuvent déboucher sur des propositions de loi ensuite examinées par la commission qui a créé la mission, selon une conception globale de l'action parlementaire²⁷. Sans doute faut-il voir dans cette synergie

²⁵ L'ouverture de telles procédures inspirées de l'exemple italien a fait l'objet de vifs débats en 2008 et en 2009 lors de l'examen du projet de loi constitutionnelle puis de la loi organique subséquente, l'opposition craignant que ces procédures simplifiées constituent un moyen de réduire le débat parlementaire. Finalement, le Gouvernement et la majorité renoncèrent à étendre les possibilités actuelles du recours à de telles procédures utilisées dans les faits pour les projets de loi autorisant la ratification d'accords internationaux.

²⁶ Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République, *La réforme institutionnelle deux ans après*, préc., note 21, p. 25.

²⁷ On peut citer le cas de la mission d'information sur les violences par armes à feu et l'état de la législation, constituée à l'initiative de l'opposition par la commission des Lois sous la XIII^e législature [M. Bruno Le Roux (SRC), président de la mission, et

nouvelle l'une des voies qui pourrait permettre aux commissions de peser plus encore.

La deuxième question est celle de la valorisation des travaux des commissions. Naguère nous avons plaidé pour que l'on cesse de parler de « revalorisation » du Parlement estimant que celui-ci disposait globalement des moyens de son action et qu'il travaillait beaucoup et bien si l'on daignait y regarder de plus près²⁸. Cette valorisation passe par une publicité accrue des travaux des commissions, ce vers quoi se sont engagées plusieurs commissions de l'Assemblée nationale avec une diffusion de leurs réunions sur Internet. Elle suppose aussi que les médias ne se contentent pas de tenir la chronique politique des assemblées – ce qui est nécessaire et souvent plaisant – mais portent aussi une attention plus soutenue aux travaux de fond menés par elles.

La troisième question nous semble être la principale: le respect du temps parlementaire. Elle est la plus difficile à résoudre. La qualité de la loi est sans doute directement indexée sur le temps dont disposent les parlementaires – et singulièrement les rapporteurs – pour analyser un texte, étudier des amendements possibles, envisager leur impact concret. Le recours ininterrompu à la procédure accélérée, tentation permanente des gouvernements, conduit non seulement à réduire le nombre de navettes entre les deux chambres mais aussi à ne pas respecter le délai – encore une fois minimal – de six semaines entre le dépôt du texte et son examen en séance. En dépit des efforts constants des rapporteurs, la compression de ces délais est un facteur de risque dans l'élaboration de la loi. Mais il est vrai aussi que le temps de l'action pour un pouvoir exécutif, dont l'horizon s'est raccourci avec le passage au quinquennat présidentiel, est fort différent de celui du Parlement où la procédure législative est, par nature, itérative, lente et collégiale. Et que dire surtout du temps médiatique plus frénétique encore... La dissociation de ces temporalités tient pour beaucoup dans l'incompréhension du travail parlementaire par des citoyens

M. Claude Bodin (UMP), rapporteur]. Le rapport de cette mission a débouché sur une proposition de loi cosignée par MM. Le Roux, Bodin, et Warsmann, président de la commission des Lois, qui a été adoptée définitivement par le Parlement en 2012: *Loi n° 2012-304 du 6 mars 2012 relative à l'établissement d'un contrôle des armes moderne, simplifié et préventif*.

²⁸ Éric THIERS, « Plaidoyer pour la valorisation du travail parlementaire », (2012) 35-139 *Commentaire* 699.

qui sont nombreux à penser qu'une loi est votée le jour où elle est présentée en conseil des ministres.

*
* * *

Si la qualité de la loi, au sens de son intelligibilité, est une exigence constitutionnelle, il ne faut pas occulter le fait que son élaboration n'est pas un processus de nature technique. Quand bien même serait-on en mesure de déterminer ce qu'est une loi de qualité – exercice qui nous a toujours paru empreint d'une subjectivité certaine –, il faut prendre conscience que cette élaboration est de nature politique au sens de démocratique. Loin d'être linéaire et de répondre à une seule logique, la fabrication de la loi est heureusement l'expression du pluralisme d'une société dont le Parlement doit être sinon le reflet du moins le représentant. Le Parlement n'est pas installé dans un tête-à-tête exclusif avec le Gouvernement; il s'inscrit dans un réseau institutionnel (le pouvoir exécutif, le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État, la Cour des comptes, les institutions européennes) ou démocratique (les citoyens, les partis, les groupes de pression, les médias...), où il tient une place éminente en raison du principe qui fonde sa légitimité²⁹. Le Parlement n'est d'ailleurs pas lui-même fait d'un bloc si l'on considère qu'il est composé de deux chambres à l'identité propre, que la majorité et l'opposition confrontent leur point de vue, que ces deux forces sont elles-mêmes composites et que, *in fine*, chaque parlementaire est une individualité en dépit de la puissance unificatrice des groupes parlementaires. Les commissions permanentes s'insèrent donc dans ce paysage aux reliefs variés. Étudier leur rôle dans le processus de création de la loi suppose de ne pas cesser d'avoir cet état de fait à l'esprit pour éviter les jugements à l'emporte-pièce et ne pas se montrer inutilement sévère à l'égard de leur action.

²⁹ Voir Éric THIERS, *Le Parlement d'un point de vue cybernétique. Autour d'une autre lecture de la révision constitutionnelle de 2008*, communication au VIII^e congrès national de l'Association française de droit constitutionnel, Nancy, juin 2011.

Le rôle des groupes d'intérêts

Pascal TALLON

Président de l'Association française des conseils en lobbying et affaires publiques
Directeur général du Cabinet Boury, Tallon et associés

Pour commencer, j'observe que, parmi les juristes et les parlementaires réunis autour de la table, ces personnes qui font véritablement la loi, nous les défenseurs de groupes d'intérêts pouvons apparaître comme une « pièce rapportée ». Et je dirais que c'est plutôt une bonne chose, car autant rien ne justifie que les groupes d'intérêts soient au cœur du réacteur de la création de la loi, autant il est souhaitable qu'ils se tiennent à proximité.

I. La « compétitivité » de la loi : un aspect de sa qualité ?

Avant toute chose, je voudrais souligner un aspect du sujet qui n'a pas été mentionné jusqu'ici. Quand on réfléchit à la qualité de la loi, il me semble qu'il faut aussi prendre en compte la compétitivité de la loi. Même si certains peuvent regretter ce terme, c'est un critère déterminant dans notre métier et pour nos clients. J'ai ainsi pu constater, tout particulièrement cette année, que de nombreux clients ferment des usines, des unités de production, devant le caractère anti-compétitif de certaines dispositions législatives, de la loi en général, et parfois même de la loi constitutionnelle. Un exemple : l'année dernière, j'avais rendez-vous chez un ministre avec l'un de mes clients, au sujet du dossier Pétroplus¹. Il demandait pourquoi on ne pouvait pas faire de raffinage en France. La raison à cela n'est pas le coût du travail dans l'industrie pétrolière, qui est élevé partout dans le monde, mais la pesanteur des dispositions législatives. Mon client, qui voulait agrandir sa raffinerie, n'y est pas arrivé, parce qu'une enquête publique était obligatoire, qui fut bientôt suivie d'un recours (on rejoint le rapport Lambert-Boulard). Des coûts de productions existent, on ne peut pas faire venir d'oléoduc (trop compliqué), ni de

¹ L'affaire dite « Pétroplus » concerne la liquidation judiciaire d'une raffinerie française établie sur le territoire de la Commune de Petite Couronne en Seine-Maritime, faute de trouver un repreneur intéressé.

grands pétroliers. Quant aux petits, ils peuvent rester 40 jours au large avant que le préfet maritime veuille bien délivrer une autorisation... Résultat : ils ont abandonné ! Pour eux, c'est ça, la qualité de la loi. Le rapport au sujet peut paraître liminaire, mais je tenais quand même à le dire. La lourdeur des réglementations pose un problème de compétitivité dans notre pays.

II. Le rôle des groupes d'intérêts dans la production législative

Je vais maintenant vous présenter l'AFCL, l'Association française des conseils en lobbying et affaires publiques. Si nous avons rajouté l'expression « affaires publiques », c'est précisément parce que le terme de « lobbying » n'est pas toujours bien considéré en France. Le vocabulaire retenu par l'Assemblée nationale est celui de « défenseurs de groupes d'intérêts », qui résume assez bien notre activité.

Vous m'avez demandé si ces groupes d'intérêts interviennent de manière heureuse ou malheureuse dans le processus d'élaboration de la loi. Or, à l'AFCL, nous avons plutôt tendance à considérer que les groupes d'intérêts interviennent peu, d'ailleurs le moins possible dans le processus législatif lui-même.

En théorie libérale pure, on pourrait soutenir qu'une intervention maximale des groupes d'intérêts aboutirait, par la synergie des forces, à une loi parfaite. Mais je n'en suis pas personnellement convaincu et ce n'est pas la doctrine de l'AFCL. À l'inverse, nous croyons que notre intervention dans le processus législatif doit être extrêmement respectueuse et modérée. C'est pourquoi nous nous sommes dotés de règles importantes, consacrées par un code de déontologie. D'après celui-ci, l'intervention des groupes d'intérêts doit être respectueuse d'abord sur le plan des méthodes, puis sur celui du fond.

Sur le plan des méthodes, premièrement, cela signifie qu'intervenir dans le débat exclut le coup de force ou le bras de fer. On n'ira pas déverser du purin devant la permanence de Monsieur le député Philippe Houillon, ici présent à ce colloque. Afin que le rôle des groupes d'intérêts soit positif, on doit donc d'abord employer les méthodes les plus respectueuses.

Deuxièmement, sur le fond, il me faut souligner un point qui n'est pas souvent mentionné bien qu'il soit déterminant: il s'agit de l'existence d'une «Charte de déontologie de l'AFCL»². L'article 14 de cette charte des lobbyistes pose le principe de l'interdiction de transmettre des informations ou des messages qui soient volontairement erronés³. Cette charte étant opposable aux membres de l'Association française des conseils en lobbying, on a ainsi pu voir des confrères poursuivis par leur client pour non-respect de cette règle. L'obligation de faire passer des informations fiables est une garantie pour que la contribution des groupes d'intérêts soit positive. Dans le respect de ces deux conditions, de méthode et de fond, il me semble qu'on peut faire comprendre et apporter beaucoup de choses aux parlementaires.

III. Une vision « économique » de la loi qui peut se révéler utile

Je voudrais aborder un dernier point à partir d'un exemple. Monsieur Hamon, actuel ministre délégué à l'économie sociale et solidaire, prépare en ce moment une loi sur la protection des consommateurs, dont l'une des parties est consacrée aux crédits à la consommation. C'est une constante depuis les lois dites «Scrivener I et II»⁴ et «Lagarde»⁵: on cherche à protéger le consommateur contre les risques de surendettement liés à ces crédits. Or les statistiques de la Banque de France montrent une hausse mécanique du surendettement dès lors que la période est défavorable pour l'emploi et *vice-versa*, ce qui laisse penser que la loi n'y peut pas grand-chose. Aujourd'hui pourtant, alors qu'aucun décret de la loi Lagarde

² Cette Charte de déontologie, opposable aux adhérents de l'AFCL, est accessible sur le site Internet de l'association: <http://afcl.net/deontologie/>.

³ Article 14: «Le conseil en lobbying et affaires publiques s'engage à ne diffuser ou relayer qu'une information la plus honnête et la plus rigoureuse disponible, sur la base de ce que les entreprises, associations ou collectivités territoriales ayant recours à ses services mettent à sa disposition».

⁴ *Loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit*, dite «loi Scrivener I» (JORF du 11 janvier 1978, p. 299); *Loi n° 79-596 du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier*, dite «Loi Scrivener II» (JORF du 14 juillet 1979, p. 1836).

⁵ *Loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation*, dite «loi Lagarde» (JORF n° 0151 du 2 juillet 2010 page 12001).

n'a été pris, on légifère encore sur le même sujet. Cette frénésie à légiférer emporte aussi des conséquences sur les secteurs économiques. Si l'on regrette souvent la lenteur du processus législatif, cet exemple veut suggérer au contraire qu'un ralentissement, de temps à autre, peut s'avérer bénéfique.

Si je devais donner une conclusion, ce serait qu'aux problèmes déjà mentionnés de lourdeur et de complexité de la loi, s'ajoute celui de son inconstance. C'est cet aspect que nos clients déplorent principalement. Il est clair, enfin, que la très forte expansion du secteur du lobbying pendant le dernier quinquennat est le résultat d'un rythme législatif effréné.

La pratique du droit confrontée à la mauvaise qualité de la loi

Jean-Christophe MÉNARD

Avocat au Barreau de Paris, docteur en droit public
Maître de conférences à l'Institut d'études politiques de Paris

À l'inverse des parlementaires ou des juges, l'avocat n'est censé exercer aucune fonction qui lui permette d'agir directement sur la qualité de loi. Il ne l'écrit pas. Il la vote encore moins, et l'interprétation qu'il en fait est laissée à la libre appréciation des magistrats. Dès lors, l'idée communément admise voudrait que, confronté à la « mauvaise qualité »¹ de la loi, l'avocat ne puisse rien faire d'autre sinon la subir ou la déplorer. Il me semble qu'il s'agit là d'une idée reçue. En vérité, la loi dite de « mauvaise qualité » constitue avant tout un effet d'aubaine pour l'avocat. En outre, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, l'avocat dispose dorénavant d'une véritable emprise sur la qualité de la loi.

Tout d'abord, que l'on retienne une approche aussi bien économique que juridique, la loi de mauvaise qualité représente un « effet d'aubaine » pour l'avocat. Une loi qui soulève des difficultés d'interprétation, ou dont l'imprécision crée un vide juridique, génère nécessairement de l'insécurité juridique et elle conduit donc les justiciables à se tourner vers l'avocat afin qu'il les éclaire et qu'il garantisse la protection de leurs droits. La loi de mauvaise qualité crée ainsi une demande à l'égard des cabinets, ce qui n'est pas sans soulever de nombreuses difficultés du point de vue de l'égalité des citoyens devant la loi ou bien encore de leur accès au droit. Dans son rapport public de 1991, le Conseil d'État ne disait d'ailleurs rien d'autre lorsqu'il soulignait les risques à « *laisser proliférer un droit si complexe qu'il n'est accessible qu'à une poignée de spécialistes* »². « *Si l'on n'y prend garde, ajoutait-il, il y aura demain deux catégories de citoyens : ceux*

¹ Que cette expression revête le sens d'une loi « mal écrite », inutile ou imprécise.

² Conseil d'État, *De la sécurité juridique*, Rapport public 1991, n° 43, Paris, La Documentation française, 1992, p. 21.

*qui auront les moyens de s'offrir les services des experts pour détourner ces subtilités à leur profit, et les autres*³.

Dix ans plus tard, l'actualité démontre que cette mise en garde du Conseil d'État était bel et bien fondée : la loi, de moins en moins accessible, rend l'avocat indispensable dans sa fonction de conseil. Pour tout dire, la « mauvaise » qualité de la loi est une opportunité pour l'avocat en ce sens qu'elle le rend incontournable. Sans aller jusqu'à soutenir que l'avocat a tout intérêt à ce que la loi soit d'une piètre qualité, il reste qu'une loi illisible ou absconse le rend indispensable – elle le transforme en détenteur de la connaissance d'un langage que lui seul est capable de décrypter – et elle génère un potentiel de contentieux et de consultations juridiques économiquement intéressant pour un cabinet.

Ensuite, si l'on se place sur le terrain du contentieux, la stratégie retenue par l'avocat peut le conduire à exploiter les lacunes d'une loi « mal écrite ». Cette faculté lui est offerte depuis l'instauration de la « question prioritaire de constitutionnalité » (QPC) par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008⁴. Cette procédure permet dorénavant à tout justiciable de soulever, au cours d'un procès et par l'intermédiaire de son avocat, l'inconstitutionnalité d'une loi déjà promulguée et d'en saisir le Conseil constitutionnel par le biais soit de la Cour de cassation soit du Conseil d'État⁵. Une fois la « QPC » soulevée, le juge sursoit alors à statuer sur l'instance en cours afin d'examiner, en priorité, la question de constitutionnalité qui lui est posée. La QPC permet ainsi d'expurger de l'ordre juridique une loi qui, soit n'a pas été contrôlée par le Conseil constitutionnel avant sa promulgation, soit doit faire l'objet d'un nouveau contrôle de constitutionnalité en raison de « *changements de circonstances* »⁶.

Or, l'instauration de la QPC a eu deux conséquences que le pouvoir constituant n'avait peut-être pas imaginées.

³ *Id.*, p. 22.

⁴ JORF n° 0171 du 24 juillet 2008, p. 11890.

⁵ Article 61-1 alinéa 1^{er} : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».

⁶ Ainsi de la décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, M. Daniel W. et autres, JORF 31 juillet 2010, p. 14198.

D'une part, l'avocat peut dorénavant exploiter les faiblesses d'une loi mal rédigée pour soulever une QPC à des fins dilatoires. En effet, l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée⁷ portant loi organique sur le Conseil constitutionnel prévoit que le Conseil d'État ou la Cour de cassation disposent d'un délai de trois mois pour se prononcer sur le renvoi d'une QPC devant le Conseil constitutionnel⁸. Si la QPC est transmise au Conseil constitutionnel, celui-ci dispose alors d'un nouveau délai de trois mois pour se prononcer sur la question qui lui est posée⁹. Dès lors, ces délais de procédure peuvent être utilisés par une partie à un procès comme une manœuvre dilatoire. Il est ainsi de plus en plus fréquent de voir des avocats tirer prétexte de l'inconstitutionnalité d'un texte pour déposer une ou plusieurs QPC et obtenir, de ce fait, la suspension du procès pendant quelques semaines, voire plusieurs mois¹⁰. Toujours est-il que, comme le souligne fort justement mon confrère François Saint-Pierre, la question prioritaire de constitutionnalité est devenue un instrument de procédure à part entière pour l'avocat¹¹.

D'autre part, la QPC fournit à l'avocat un nouveau moyen d'agir sur les lois dont la « qualité » ne correspond pas aux standards du Conseil constitutionnel. C'est à lui qu'il incombe de déclencher la procédure de la

⁷ JORF n° 0287 du 11 décembre 2009, p. 21379.

⁸ Article 23-4 de l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel modifiée par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

⁹ Article 23-10 de l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée.

¹⁰ Cette situation se rencontre notamment lors de procès particulièrement sensibles et médiatisés (ainsi du procès dit des « emplois fictifs à la Mairie de Paris », du « médiateur » ou bien encore des « prothèses P.I.P. »).

¹¹ François SAINT-PIERRE, *Les avocats s'emparent de la QPC*, AJPénal, 2011, p. 289 : « Une fois que l'on a compris quel formidable outil d'argumentation ces QPC peuvent constituer, il semble impossible d'aborder un procès sans chercher à s'en servir. Les QPC sont à la procédure pénale ce que le burin est à la sculpture. Un article du code de procédure pénale entrave votre action de défenseur ? Critiquez-le, conceptualisez le principe de défense que vous revendiquez, et rédigez votre question de constitutionnalité. Vous avez tout à gagner et rien à perdre. Il suffit de faire preuve d'imagination juridique et de nouvelles perspectives de défense pénale s'ouvriront à vous ». L'on ajoutera que l'utilisation de la QPC à des fins dilatoires a d'autant plus vocation à se développer depuis que le Conseil constitutionnel a admis que, au cours d'une question prioritaire de constitutionnalité, puisse être soulevée une question préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne (voir ainsi la décision n° 2013-314P QPC du 04 avril 2013, M. Jeremy F., JORF du 7 avril 2013, p. 5799).

QPC et, par conséquent, de porter à la connaissance des Sages les lois contraires aux droits et aux libertés constitutionnellement garantis. L'avocat joue dès lors un rôle essentiel dans la suppression de l'ordre juridique des lois de « mauvaise qualité » du point de vue de leur constitutionnalité.

Quelques exemples l'illustrent parfaitement.

La première illustration provient de la décision QPC du 30 juillet 2010 relative au régime de la garde à vue¹². C'est en recourant au mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité que des avocats ont permis au Conseil constitutionnel de censurer plusieurs dispositions législatives qui s'avéraient contraires à des libertés protégées par la Constitution¹³. L'intérêt de la décision du 30 juillet 2010 réside dans ce que le Conseil constitutionnel a considéré qu'un changement de circonstances – à savoir le recours croissant à la garde à vue – exigeait un réexamen de la constitutionnalité des dispositions relatives au régime de la garde à vue alors même que ces dispositions avaient déjà fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité¹⁴. Autrement dit, c'est la démonstration de l'inadaptation de la loi à un changement de circonstances qui est à l'origine du nouveau contrôle de constitutionnalité du Conseil constitutionnel.

Le second exemple réside dans la décision QPC du 4 mai 2012 relative à la définition du délit de harcèlement sexuel¹⁵. Le Conseil constitutionnel avait été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité à la Constitution de l'article 222-33 du Code pénal, lequel définissait le délit de harcèlement sexuel comme « *le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle* ». Ainsi rédigée, le Conseil constitutionnel a considéré que la loi ne définissait pas de manière suffisamment précise « *les éléments constitutifs de l'infraction* » et qu'elle méconnaissait donc le principe de légalité des délits et des peines. En l'es-

¹² Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, préc., note 6.

¹³ Sur les conséquences de cette décision sur le régime de la garde à vue, voir la publication des actes du colloque « *Garde à vue: les deux ans de la loi du 14 avril 2011* », Gaz. Pal., 2013, n° 209-211.

¹⁴ Décision n° 93-326 DC du 11 août 1993, « *Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale* », Recueil, p. 217.

¹⁵ Décision n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012, M. Gérard D., Journal officiel du 5 mai 2012, p. 8015 ; sur cette décision et ses conséquences, voir : Caroline COLLET et Emmanuel DAUD, « *Le harcèlement sexuel et moral à l'épreuve de la Constitution* », (2012) 3 *Constitutions* 446.

pèce, le recours à la QPC a donc mis en évidence l'existence d'une disposition législative du Code pénal dont la rédaction – lacunaire et donc de « mauvaise qualité » – justifiait la censure. En outre, cette décision présente encore ceci d'intéressant que le recours à la QPC a eu pour effet de supprimer du Code pénal un texte contraire à la Constitution mais, également, de créer un vide juridique que le Parlement a dû s'empresse de combler en adoptant, trois mois seulement après la décision du Conseil constitutionnel, une nouvelle loi visant à protéger les victimes de harcèlement sexuel¹⁶.

Le recours par l'avocat à la question prioritaire de constitutionnalité produit donc des effets qui dépassent la seule question de la qualité de la loi. Ces effets sont de trois sortes :

- une expurgation de l'ordre juridique de lois promulguées mais contraires à la Constitution ;
- un transfert du traitement des sujets de société du Parlement vers le Conseil constitutionnel¹⁷ ;
- une modification éventuelle de l'agenda parlementaire.

Pour conclure, je dirai donc que l'avocat n'est plus ce professionnel du droit qui est condamné à subir ou à déplorer l'imprécision, l'illisibilité ou l'inconstitutionnalité de certaines lois. Bien au contraire, il dispose d'une faculté d'agir sur les failles de la loi, soit pour les exploiter, soit pour les

¹⁶ *Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel*, JORF n° 0182 du 7 août 2012, p. 12921.

¹⁷ En effet, c'est à la faveur de décisions QPC que le Conseil constitutionnel a été amené à se prononcer sur des sujets tels que le handicap imputable à sa propre naissance (décision n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010), le mariage entre deux personnes de même sexe (décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011) ou bien encore les conditions de travail des personnes incarcérées (décision n° 2013-314 QPC du 14 juin 2013). À ces exemples s'ajoutera la prochaine décision QPC, en cours d'instance, portant sur la question très sensible des « gaz de schiste ». En effet, par un arrêt du 12 juillet 2013, le Conseil d'État a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire portant sur la constitutionnalité des articles 1 et 3 de la loi n° 2011-835 du 13 juillet 2011 visant à interdire l'exploration et l'exploitation des mines d'hydrocarbures liquides ou gazeux par fracturation hydraulique et à abroger les permis exclusifs de recherches comportant des projets ayant recours à cette technique (CE, 12 juillet 2013, req. n° 367893).

dénoncer, participant ainsi pleinement à cette « *mutation profonde qu'a connue le droit ces cinquante dernières années* »¹⁸.

¹⁸ Laurent VALLÉE, « Le rôle créateur de la pratique dans l'élaboration de la norme juridique », *Gaz. Pal.*, 2013, n° 107-108, p. 24.

Le coût économique d'une loi de mauvaise qualité

Céline KAUFFMANN

Économiste à l'Organisation de coopération et de développement économiques

Je vous remercie de cette invitation et vous félicite moi aussi pour la panoplie d'expertises réunies autour de la table. Je suis économiste au sein de la division politique réglementaire de l'OCDE et j'espère ne pas vous décevoir lors de cette présentation car, comme vous le verrez, le manque d'information et de données fiables entrave l'approche économique de cette question. À ce titre, le débat de tout à l'heure sur les lois issues du droit de l'Union est assez emblématique : nous chiffrons ainsi à 50 % environ les lois nationales d'origine européenne, mais ce chiffre atteint 80 % dans le domaine environnemental, où l'Union a une large prééminence.

Que fait la division de la politique réglementaire au sein de l'OCDE ? Son mandat la met au service du Comité de la politique réglementaire, constitué des représentants des pays de l'OCDE en charge d'une bonne gouvernance réglementaire dans leur pays. Ils peuvent être issus de divers ministères : du bureau du Premier ministre, de l'économie, du budget, *etc.* Le secrétariat auquel j'appartiens développe des outils pour améliorer la gouvernance réglementaire. Il effectue également des revues des pays qui permettent une évaluation qualitative du système mis en place et il formule enfin des recommandations. Mon rôle aujourd'hui est de délivrer quelques messages clés issus de l'expérience internationale sur le point de savoir comment améliorer la qualité de la gouvernance réglementaire.

Sur un sujet aussi vaste, je voudrais aborder trois aspects importants :

Il est possible d'atteindre les objectifs d'une politique, qu'ils soient sociaux, économiques ou environnementaux, à un coût moindre en légiférant mieux et en améliorant la qualité du système réglementaire (I). L'accent est mis sur la qualité des lois (et non uniquement sur l'aspect quantitatif du nombre de lois), ce qui demande une vision stratégique et globale du cycle de la gouvernance réglementaire. Cette vision répond

pour nous à trois exigences: la première est de ne pas prendre seulement en compte le stock des lois et des règlements, mais aussi le flux, puisque s'attaquer unilatéralement à l'un ou à l'autre ne résout pas *in fine* l'inflation législative. La seconde exigence est de viser une perspective globale de l'élaboration des lois jusqu'à leur mise en œuvre. Or, pour nous, la mise en œuvre et l'application des lois devraient presque être considérées avant leur élaboration. La troisième enfin, est de conduire une approche non seulement en terme de qualité juridique mais également d'impact sur la société, qu'il soit économique, social, ou environnemental.

Ces exigences se sont traduites, dans les pays de l'OCDE, par la mise en place d'un arsenal institutionnel pour assurer à un haut niveau la qualité du système réglementaire (II), ainsi que par le développement d'un certain nombre d'outils, au premier rang desquels les études d'impact (III).

Sur ces trois aspects, il convient d'aborder quatre points particuliers:

I. Le coût de la réglementation

En qualité d'économiste, on m'a demandé une évaluation du coût d'une mauvaise réglementation. Il n'est pas question ici du coût absolu de la réglementation, puisque les normes ont vocation à atteindre des objectifs de politique publique. Il faut donc s'intéresser au coût de cette réglementation au regard des bénéfices attendus. Or, c'est précisément sur ces derniers que l'on manque cruellement d'informations et de données chiffrées. Jusqu'à présent, les pays de l'OCDE ont pu réaliser des simulations et des estimations des réductions de coûts attendus des programmes de simplification administrative, plus aisés à appréhender. On peut citer l'exemple de la Belgique, de la Suède ou des Pays-Bas. Un autre effort d'estimation a été réalisé au niveau macroéconomique. Le Département des affaires économiques de l'OCDE s'est ainsi penché sur les gains à espérer d'une simplification de la réglementation sur le marché des produits et du travail. Ces gains pourraient atteindre 5 à 10 % du PIB sur dix ans. Mais, encore une fois, des données précises, tant quantitatives que qualitatives, sont indispensables pour affiner cette estimation.

II. L'architecture institutionnelle en soutien à une bonne gouvernance réglementaire

Pour assurer l'efficacité de la politique réglementaire, les ingrédients sont relativement connus : un soutien des hautes instances politiques et une position stratégique de la politique réglementaire au centre du gouvernement, permettant la cohérence de l'action, des moyens et des marges de manœuvre. Concrètement, cette démarche a pris pour forme, au sein des pays de l'OCDE, l'établissement d'organismes de supervision au centre du gouvernement. Les premiers à l'avoir fait sont les Etats-Unis, par le biais de l'*Office of Information and Regulatory Affairs*, au sein de l'*Office of Management and Budget*, dans les années 1990. Depuis, la pratique s'est généralisée dans les pays de l'OCDE, la grande majorité possédant un organisme similaire.

Une tendance beaucoup plus récente est au développement d'autorité de contrôle de la politique réglementaire indépendante de l'exécutif. C'est le cas du Conseil de contrôle réglementaire, établi en 2006 en Allemagne, qui reçoit les projets de lois des ministères et détermine si l'évaluation des coûts et le choix des mesures sont appropriés à l'action publique visée. En Australie, la *Productivity Commission* est un organisme sous mandat du gouvernement mais indépendant, chargée de développer l'analyse, de collecter des données et d'émettre des recommandations stratégiques sur la politique réglementaire.

III. Les outils de gestion d'une bonne politique réglementaire

Depuis une vingtaine d'années, les pays de l'OCDE se sont dotés d'outils de gestion réglementaire, dont les études d'impact *ex ante* des projets de loi et de nouvelles réglementations. Le suivi des études d'impact conduit par notre département montre qu'elles restent largement un exercice formel au sein de l'OCDE, bien que tous les pays s'en soient dotés. Ainsi, seule la moitié d'entre eux vérifient que les études d'impact sont développées en conformité avec les critères établis au préalable. Seule une poignée de pays évalue la capacité des études d'impact à faire évoluer les projets de loi. En 2004, la Corée du Sud estimait ainsi que 29 % des projets de lois avaient été modifiés à la suite d'une étude d'impact. Mais cette pratique demeure minoritaire.

Les principes d'une bonne étude d'impact sont également assez connus :

- (a) L'approche doit être proportionnelle. Les études sont plus détaillées pour les projets de loi ayant un fort impact économique, que ce soit en terme de coût ou de bénéfice. La pratique la plus répandue est d'établir un seuil au-delà duquel l'étude sera détaillée, simplifiée en deçà.
- (b) Conduire une approche sérieuse des alternatives à la loi ou à la réglementation. Quelles sont-elles? Qu'apporteraient la loi ou la réglementation en comparaison? Ce second principe implique que l'étude d'impact soit menée suffisamment en amont pour permettre un changement de cap.
- (c) La prise en compte de la mise en œuvre de la loi dès la production réglementaire. Dans ce domaine, les Pays-Bas se sont montrés assez précurseurs, en intégrant dans l'étude d'impact des critères de mise en œuvre de la loi; lesquels servent également, une fois la loi en place, à mesurer ses effets.

IV. Le rôle particulier du Parlement dans le cycle de gouvernance réglementaire

Les parlements des pays de l'OCDE ont des visions assez divergentes de leur propre rôle dans la gouvernance réglementaire. On distingue deux rôles possibles: le premier de contrôle de la qualité des études d'impact et le second d'évaluation *ex post* de l'application des lois. Or il est des pays où ce rôle d'évaluation a plus d'ampleur qu'en France. On a cité le cas du Royaume-Uni et sa *Scrutiny Unit*, dont le mandat s'étend de la révision des projets de lois à l'évaluation de leurs effets *ex post*. Pour ce faire, elle dispose d'un personnel d'une vingtaine de membres soumis à une obligation d'impartialité. Il n'existe pas de mode d'organisation optimal dans ce rôle d'évaluation. Ainsi, l'Unité de contrôle parlementaire de l'administration en Suisse, établie dès 1991, et l'Unité d'évaluation et de recherche en Suède, créée en 2002, poursuivent le même but, mais divergent dans leur organisation interne. La grande leçon que l'on peut tirer de ces expériences est que le Parlement n'aura jamais les ressources suffisantes pour internaliser toutes les procédures d'évaluation, qu'elles soient *ex ante* ou *ex post*.

Dans tous les cas, le partenariat avec des unités de recherches et des consultants externes s'est montré fructueux.

Je voudrais terminer en rappelant une nouvelle fois l'importance de la collecte d'information et de données dans ce contexte afin de baser les évaluations et la performance de la politique réglementaire. Or, ces données manquent aujourd'hui, ce qui permettrait de faire émerger des comparaisons bénéfiques entre les pays.

Conclusion du Colloque

Jean-Pierre SUEUR

Sénateur
Président de la Commission des lois

En ce jour, je partage à mon tour les mots qui ont été dits à l'égard de notre ami Guy Carcassonne, parce que Guy était un homme qui avait profondément l'intelligence et la sensibilité du Parlement. Nous sommes tristes d'avoir appris son décès. J'ajouterai que les rocardiens¹ sont particulièrement tristes, car il faisait partie de cette étrange tribu.

J'aime la loi et j'aime le Parlement. Dans un pays que l'on dit extrêmement pessimiste, cela me réjouit de voir que quatre étudiants de Sciences Po Paris ont pris l'initiative de nous réunir autour du thème de la qualité de la loi. Je me demande souvent, combien dans une année d'école, de collège et d'université, combien on passe d'heures à donner les moyens aux jeunes de prendre des initiatives... Remarquez, ils peuvent aussi les prendre seuls, et c'est le cas en l'espèce. Donc, j'aime la loi, et j'aime l'acte législatif.

I. Qu'est-ce que le Parlement ?

Ce qui est paradoxal, c'est que la loi est une norme, mais que la République a voulu que cette norme fût écrite dans le feu du débat. Une assemblée parlementaire est une instance qui est totalement discursive, et dont le rôle est de produire un texte qui est totalement normatif. C'est étrange. On aurait pu décider par exemple que des sages, ou des professeurs de droit, ou des juristes, auraient pour tâche d'écrire des lois qui seraient alors, du moins je le suppose, d'une belle qualité. Mais ce n'est pas le cas. Ce n'est pas ce qu'a voulu la République.

¹ Les « rocardiens » se réclament de la pensée de Michel Rocard, homme politique du Parti socialiste français, ancien Premier ministre (1988-1991).

Un projet de loi arrive. On le soumet à une commission qui nomme un rapporteur. Et on commence à faire des amendements. Par exemple, pour ce qui est de la loi sur la décentralisation² (premier volet), qui nous est arrivée récemment, nous avons commencé par adopter 150 amendements en commission des Lois au Sénat. Puis, au total, 870 amendements ont été déposés, que nous avons examinés en commission, puis en séance publique.

II. Qu'est-ce qu'un amendement ?

Un amendement, c'est, en quelque sorte, un morceau de « scotch ». C'est une rature, ou plutôt une variante. Avec un amendement, je vais remplacer dans un texte trois alinéas par cinq autres, supprimer la quatrième phrase, ajouter deux mots à la cinquième, et ainsi de suite. Toutes les variations – ou plutôt toutes les corrections – sont possibles. Et cela n'est pas fait par une seule personne, mais par des dizaines voire des centaines de parlementaires qui appartiennent à des groupes politiques différents. Donc, la loi s'écrit ainsi, mais, dans un premier temps du moins, elle devient un objet un peu complexe, un peu râpeux et parfois contradictoire. J'ai écrit un texte sur l'amendement dit « Accoyer » qui, après quatre lectures et une commission mixte paritaire, est devenu un article de loi. Cependant cet article est devenu contradictoire dans ses termes. C'est-à-dire que l'alinéa 4 disait finalement le contraire de ce que disait l'alinéa 5. Cela arrive, car l'écriture de la loi n'est pas une science exacte et que le normatif porte les marques du discursif qui lui a donné naissance. Ces marques sont les « buttes témoins » du processus discursif qui est à l'origine de toute loi.

III. Accroître la qualité de la loi dès son élaboration

Pour moi, la première chose à faire si l'on veut accroître la qualité de la loi, ce serait de rendre vraiment exceptionnel le recours à la procédure accélérée³. S'il n'y a qu'une lecture dans chaque assemblée, on n'a pas le temps de faire ce travail, qui est un travail passionnant, qui consiste à par-

² Projet de loi de décentralisation et de réforme de l'action publique présenté en Conseil des ministres à la fin 2013.

³ Sur le fondement de l'article 45, al. 2 de la Constitution, le Gouvernement peut engager la procédure accélérée sur un texte afin de supprimer les délais communs entre la

tir d'un débat fait de contradictions, d'un processus d'ajouts et de collages successifs, de « polir » et de « repolir » le texte, comme la mer, peu à peu, polit le galet. Nous devons inlassablement affiner, écrire, et réécrire. Certains disent que ce processus prend trop de temps. Ce n'est pas vrai. Car, pour moi, c'est très intéressant d'entendre le matin, l'après-midi, le soir, la nuit, dans cette lumière un peu jaunâtre qui caractérise les hémicycles parlementaires, ce que chacun a à dire. Chacun contribue, ce faisant, à cette élaboration collective où chaque mot compte. Je pense donc que pour améliorer la qualité de la loi, il faut tout simplement que les parlementaires, qui peuvent être en nombre moins grand d'ailleurs, se consacrent totalement à cette tâche. Cela ne veut pas dire qu'ils ne peuvent pas exercer d'autres fonctions avant ou après. Mais, je vois mal comment l'on peut faire de bonnes lois si l'on ne passe pas beaucoup de temps à être vraiment législateur.

IV. La piste de l'étude d'impact

On a essayé de trouver des moyens pour améliorer la qualité de la loi, comme l'étude d'impact. Je suis quant à moi très opposé à l'étude d'impact. Je lis les études d'impact, et je souffre pour celles et ceux qui doivent les écrire. L'étude d'impact repose en effet sur un *a priori*, un présupposé, en vertu duquel il y aurait deux sortes de discours. Il y aurait, d'un côté, un discours politique que serait le projet de loi et il y aurait, d'un autre côté, un discours expert, scientifique, technique, qui expliquerait l'impact supposé d'un projet de loi. Or, ce n'est jamais comme cela que les choses se passent. C'est un artefact. Imaginez une loi sur les organismes génétiquement modifiés (OGM). Bon courage à ceux qui réaliseront l'étude d'impact « objective ». L'étude d'impact prend forcément position. Et le débat parlementaire commencera nécessairement par la contestation par une partie des parlementaires de l'étude d'impact. Ainsi, plutôt que de faire des études d'impact, la solution est pour moi d'accroître les pouvoirs d'expertise indépendante de l'exécutif d'une part, et du législatif d'autre part. C'est ce que fait d'ailleurs l'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques.

présentation du texte et sa discussion en séance publique. Dans ce cas, une seule lecture par chaque assemblée a lieu sur le texte.

V. Comment faire de bonnes lois ?

En respectant profondément le mandat qui nous a été confié, et en respectant le plus possible la dignité de l'acte politique. Prenons un exemple simple: les lois qui ont créé la dotation globale de fonctionnement⁴ (DGF). Lisez les toutes. J'ai pensé un jour à écrire une histoire générale de la DGF mais je ne l'ai pas fait par crainte de ne pas trouver beaucoup de lecteurs ! Il y a eu beaucoup de lois sur la dotation globale de fonctionnement. Au départ, la DGF était simple. En effet, elle reposait sur quelques critères comme la taille de la commune ou de la collectivité, le potentiel fiscal et l'effort fiscal, autrement dit des facteurs censés montrer la richesse ou la pauvreté relative. Cela aboutissait à quelque chose d'assez juste. Mais toutes les associations d'élus que je connais bien et que je respecte infiniment, sont venues avec beaucoup de bonnes idées visant à prendre en compte leur spécificité. On s'est retrouvé avec 70 critères et cela est donc devenu illisible. Mon ami Daniel Hoeffel⁵ est arrivé et a cristallisé le système en créant une dotation forfaitaire. Mais en cristallisant le système, il a figé quelque chose qui était illisible, incompréhensible et injuste. Je peux démontrer que la part de péréquation est inférieure à 10 % de la masse. Une vraie péréquation est relativement facile à faire car elle ne doit reposer que sur un nombre limité de facteurs, mais elle nécessite beaucoup de courage politique.

VI. L'élaboration d'une loi de bonne qualité nécessite du courage politique

C'est très souvent que l'élaboration d'une loi de bonne qualité demande du courage politique. J'ai entendu dire qu'il allait y avoir un « choc de simplification » et j'en suis heureux. J'ai d'ailleurs apporté ma contribution avec Jacqueline Gourault⁶ à cette question des normes qui est une question schizophrénique, puisque beaucoup de parlementaires pensent qu'il faut réduire les normes, et que ce sont très souvent les mêmes qui proposent des normes nouvelles – pour d'excellentes raisons d'ailleurs !

⁴ La « DGF » désigne des concours financiers de l'État au budget des collectivités territoriales.

⁵ Daniel Hoeffel est un homme politique français, ancien sénateur du Bas-Rhin, région d'Alsace.

⁶ Jacqueline Gourault est sénatrice du Loir-et-Cher.

Mais, c'est utopique d'imaginer que pourrait exister un processus de simplification ou une commission de simplification, qui, telle une sorte de balayeuse, passeraient dans le corpus législatif et simplifieraient le dispositif. Non, il y a de la politique. Quand nous recevons un projet de loi comme celui sur la décentralisation, le débat sur ce texte est un débat politique et le débat sur la complexité de ce texte est forcément politique. Si l'on part de l'idée selon laquelle il y a une confusion des pouvoirs, c'est-à-dire que tous les niveaux de collectivités doivent pouvoir faire un peu tout, on va forcément créer un organe pour réguler le système. Il donnera un avis sur un schéma pour chaque compétence. Chaque collectivité sera ensuite chargée d'approuver. Mais si l'on entre dans cette logique, c'est parce que l'on n'a pas choisi d'arbitrer politiquement un certain nombre de choses et de dire notamment, pour ce qui est des collectivités locales, qui fait quoi.

Je voudrais vraiment insister sur le fait qu'il y a toujours finalement des choix à faire et, si l'on veut de bonnes lois, de belles lois, il faut y passer du temps, et il faut avoir le courage de faire des choix politiques.

VII. N'oublions pas, enfin, que la loi est une question de langage

La loi, c'est aussi une question de langage. Les mots changent, et la loi peut changer le sens d'un mot. Certains se sont insurgés en disant que cela n'était pas possible. Et pourtant c'est vrai. Écrire la loi, c'est mettre toute son énergie pour écrire juste, et pour écrire juste ensemble en sachant que l'on est toujours dans des contradictions et qu'il faut, petit à petit, à partir de ces contradictions, de ces diatribes, de ces débats, écrire un texte positif, dont la caractéristique est qu'il s'appliquera à tous les Français, et pendant longtemps. Les parlementaires qui ont fait la loi de 1901⁷ ignoraient à l'époque que cette loi s'appliquerait aujourd'hui à plus de 1 100 000 associations en France.

Il est donc important d'aimer les mots, de réfléchir aux mots justes, et de prendre le temps qu'il faut pour écrire la loi qui nous est commune, qui est notre bien commun. Cela me fait toujours penser à ce qu'écrivait Mon-

⁷ Loi du 1^{er} juillet 1901 relative à la liberté d'association est l'une des grandes lois républicaines françaises.

tesquieu, et aussi à ce que Mallarmé nous assignait pour tâche lorsqu'il disait qu'il nous revenait de: «*Donner un sens plus pur aux mots de la tribu*».

Regard québécois sur la qualité de la loi

Réflexions sur la qualité de la loi au Québec et au Canada – ou ce qui est bon pour les francophones du Canada ne l’est pas pour les anglophones du Québec

*Michel MORIN**

Professeur titulaire à la Faculté de droit de l’Université de Montréal

Comme le montrent les textes publiés dans le présent numéro, le thème de la qualité de la loi recouvre de multiples interrogations; en France, depuis 1991, il a fait l’objet de nombreuses études¹. Cette notion polysémique vise à provoquer une réflexion sur les objectifs poursuivis par la loi, les moyens retenus pour atteindre ceux-ci, ainsi que sur la conception, l’élaboration et la mise en forme des textes. Éventuellement, elle peut conduire à bonifier les étapes préalables à la procédure parlementaire, notamment en instaurant des mécanismes d’évaluation des résultats obtenus en regard de ceux qui étaient attendus. Le colloque tenu à l’Institut d’études politiques de Paris en mai 2013 a porté sur ces thèmes. Ainsi, en France, la réforme des relations collectives et individuelles de travail doit être précédée d’une négociation interprofessionnelle nationale qui, si elle ne saurait limiter la souveraineté du Parlement, permet un temps de réflexion, tout en conférant une légitimité importante au texte de loi qui en est issu, ce qui peut faciliter une adoption consensuelle et, par voie de conséquence, la pérennité de celui-ci². Ce même souci a sans doute inspiré

* L’auteur remercie ses collègues Stéphane Beaulac, Pierre-André Côté, Robert Leckey et Jean Leclair de leurs commentaires; il demeure évidemment le seul responsable des lacunes et des imperfections du texte. Par ailleurs, les références bibliographiques qui suivent sont données à titre indicatif, sans prétention à l’exhaustivité.

¹ Ivonne TRIPPENBACH et Philippe BRUN, « Présentation [...] », (2014) 48 *RJTUM* 187.

² Jean-Emmanuel RAY, « Démocratie politique, démocratie sociale et qualité de la loi », (2014) 48 *RJTUM* 201.

la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, qui a renforcé le rôle des commissions parlementaires. En effet, dans la plupart des cas, seule la version du projet de loi³ que celles-ci adoptent est transmise à l'Assemblée nationale ultérieurement. Auparavant, le projet soumis initialement par le gouvernement était débattu en premier lieu, le rapporteur ayant le fardeau de convaincre ses collègues de l'opportunité des amendements votés par la commission qui l'avait étudié par la suite⁴. Cette amélioration technique semble avoir donné de bons résultats.

L'usage fréquent de la procédure accélérée prive cependant régulièrement les chambres parlementaires du temps nécessaire pour « polir » et « repolir » le texte⁵. Car « si l'on veut de bonnes lois, de belles lois, il faut y passer du temps, et il faut avoir le courage de faire des choix politiques »⁶. Pour certains, il faut aussi admettre le caractère inévitable et souhaitable de la complexité en droit, car en tentant de concilier des intérêts contradictoires, celle-ci peut, dans une certaine mesure, favoriser la stabilité des règles⁷. Toutefois, depuis 2008, la mauvaise qualité des lois peut se traduire

³ En France, les projets de loi sont présentés par le gouvernement, tandis que les propositions de loi émanent des députés (Constitution du 4 octobre 1958, art. 39, en ligne : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006071194#LEGISCTA000006095824> (consulté le 29 novembre 2013)).

⁴ Éric THIERS, « Les commissions permanentes de l'Assemblée nationale depuis 2008 : une révolution très discrète », (2014) 48 *RJTUM* 211.

⁵ Jean-Pierre SUEUR, « Conclusion », (2014) 48 *RJTUM* 239. La procédure accélérée, prévue par l'article 45 de la Constitution française, est enclenchée dans le cas d'un désaccord entre l'Assemblée nationale et le Sénat ou lorsque le gouvernement choisit d'y recourir sans que les conférences des présidents s'y opposent. Après une lecture par chaque assemblée, le Premier ministre, pour un projet de loi, ou les présidents des assemblées, pour une proposition de loi, peuvent convoquer une commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions suscitant ce désaccord. Celui-ci peut alors être soumis aux Assemblées par le Gouvernement pour approbation ; aucun amendement n'est alors recevable sans son accord. Si la commission n'adopte pas de texte ou si les Assemblées n'approuvent pas celui qu'elle leur transmet, le Gouvernement peut, après une nouvelle lecture par chacune d'elles, demander à l'Assemblée nationale de statuer définitivement à partir de l'une ou l'autre des versions débattues depuis les travaux de la commission mixte. Le gouvernement a également la faculté d'exiger que le vote d'une Assemblée porte uniquement sur les amendements qu'il accepte (voir l'article 44). Des règles particulières s'appliquent aux projets de révision constitutionnelle et aux projets de loi de finances ou de financement de la sécurité sociale (art. 39, 42, 46 à 47.2).

⁶ J.-P. SUEUR, préc., note 5.

⁷ Christian VIGOUROUX, « Complexité et sécurité juridique », (2014) 48 *RJTUM* 193.

par une déclaration d'inconstitutionnalité prononcée après qu'une « question prioritaire de constitutionnalité » a été soulevée par un justiciable, par exemple lorsqu'un texte créant une infraction n'est pas suffisamment précis⁸.

Dans tous les pays, les gens d'affaires et leurs représentants ne manquent pas de souligner « la pesanteur des dispositions législatives » et leur impact sur la « compétitivité » de la loi au niveau international; la « frénésie de légiférer » et l'« inconstance » de la législation sont peut-être davantage un problème en France, encore qu'il soit difficile de comparer l'intensité de l'action législative⁹. D'un point de vue économique, il semble que l'on manque « cruellement d'informations et de données chiffrées » concernant les bénéfices attendus de la réglementation et, on peut le supposer, de la loi¹⁰. Néanmoins, les pays membres de l'OCDE se sont généralement dotés d'outils tels que les études d'impacts préalables ou, dans quelques cas, de mécanismes d'évaluation *a posteriori*. À cet égard, on a fait observer qu'il est loin d'être évident qu'un « discours expert, scientifique et technique » analysant l'impact prévisible d'un projet de loi puisse être dissocié du discours politique concernant celui-ci, car son auteur devra généralement prendre position sur des questions socialement controversées¹¹.

Quels échos ont reçu ces préoccupations au Québec et au Canada? La « qualité totale » de la rédaction législative a fait l'objet d'un intéressant atelier dans le cadre de la conférence des juristes de l'État, en 1992¹². Cette notion provient des sciences de la gestion; elle appelle à la mise en place d'un « système intégré de gestion de la qualité » des biens ou des services offerts par une entreprise¹³. Dans un texte remarquable de finesse et de

⁸ Jean-Christophe MÉNARD, « La pratique du droit confrontée à la mauvaise qualité de la loi », (2014) 48 *RJTUM* 233.

⁹ Pascal TALLON, « Le rôle des groupes d'intérêts », (2014) 48 *RJTUM* 223.

¹⁰ Céline KAUFFMANN, « Le coût économique d'une loi de mauvaise qualité », (2014) 48 *RJTUM* 233.

¹¹ J.-P. SUEUR, préc., note 5.

¹² CONFÉRENCE DES JURISTES DE L'ÉTAT, *Actes de la XI^e Conférence des juristes de l'État*, Atelier 1 « La rédaction législative: sommes-nous loin de la qualité totale? », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 1.

¹³ Alain-François BISSON, « Rédaction législative et qualité totale », dans CONFÉRENCE DES JURISTES DE L'ÉTAT, *Actes de la XI^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 17, à la page 21.

profondeur, Alain-François Bisson appelle à la prudence lors de l'application de cette doctrine à l'édiction de la loi. Il en va ainsi de l'amélioration continue : « malgré de nombreuses malfaçons évidentes auxquelles il faudrait faire la chasse, il existe en législation des « bontés » durables, voire définitives, déjà depuis longtemps atteintes et qu'on ne saurait améliorer à l'aune des lois de la conquête des marchés »¹⁴. En revanche, si « les objectifs de la qualité totale, un peu boutiquiers quoiqu'on en dise, ne sont guère transposables à la rédaction des lois », certains de ses préceptes peuvent « nous montrer, là où c'est nécessaire, le chemin de l'amélioration : l'abandon, dans toute circonstance opportune, d'une certaine façon mécanique (les spécialistes de la qualité totale diraient volontiers « taylorienne » [...]) de penser la mise en forme des volontés législatives »¹⁵. Cet appel au rejet des formules toutes faites est repris dans deux autres communications¹⁶, tandis qu'un chroniqueur linguistique part en guerre contre l'usage bien établi consistant à traduire ou à trouver un équivalent à certains mots anglais utilisés par nos cousins français¹⁷.

Pour évaluer l'état de la situation au Québec et au Canada, il convient en premier lieu de présenter le processus d'élaboration des projets de loi et les garde-fous qu'il comporte, tant du point de vue des objectifs poursuivis que de l'évaluation des impacts souhaités (I). Dans un deuxième temps, il faudra souligner le travail considérable accompli depuis une quarantaine d'années afin d'améliorer la lisibilité des lois dans un contexte de bilinguisme et de bijuridisme (II).

I. La conception et la rédaction des projets de loi

Tout texte de loi adopté à l'initiative du gouvernement fait l'objet d'une évaluation interne destinée à évaluer l'opportunité d'une interven-

¹⁴ *Id.*, à la page 23.

¹⁵ *Id.*, aux pages 28 et 29.

¹⁶ Richard TREMBLAY, « Le formalisme : un sérieux obstacle à la qualité des lois (1^{ère} partie) », CONFÉRENCE DES JURISTES DE L'ÉTAT, *Actes de la XI^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 31 ; Jacques LAGACÉ, « Le formalisme : un sérieux obstacle à la qualité des lois (2^e partie) », CONFÉRENCE DES JURISTES DE L'ÉTAT, *Actes de la XI^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 43.

¹⁷ Pierre BEAUDRY, « De l'idéal à la réalité », CONFÉRENCE DES JURISTES DE L'ÉTAT, *Actes de la XI^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 3.

tion législative, les objectifs poursuivis par celle-ci, les modalités de mise en oeuvre retenues, les bénéfiques escomptés et le fardeau imposé aux personnes visées (A). Par la suite ou concurremment, la traduction en langage juridique est confiée à des services spécialisés qui fonctionnent différemment aux niveaux fédéral et québécois (B).

A. La définition des objectifs et les analyses d'impact

Comme dans la plupart des pays, la grande majorité des lois fédérales ou provinciales votées au Canada sont élaborées à la demande d'un ministre, après la détermination d'objectifs jugés suffisamment importants pour requérir l'intervention du législateur. Les projets émanant de députés ou, au niveau fédéral, de sénateurs, sont rédigés par des légistes oeuvrant au sein du Parlement. Pour ce qui concerne l'appareil gouvernemental, des directives du conseil des ministres, qui n'ont pas à proprement parler force de loi, régissent l'élaboration des projets de loi; la première directive fédérale portant sur cette question a été adoptée en 1947¹⁸. De nos jours, le processus débute par la présentation au cabinet d'un mémoire indiquant les problèmes à résoudre et les solutions possibles, ainsi que leur impact sur le public et les modes de consultation éventuels de celui-ci ou de groupes particuliers. Dans cette dernière hypothèse, il sera fait exception à la règle de la confidentialité qui demeure de mise lors la préparation d'un projet de loi. À cet égard, les discussions ne doivent pas procurer « un avantage économique indû » aux personnes consultées, ni porter atteinte aux pouvoirs du Parlement¹⁹. Par ailleurs, les conseillers juridiques ministériels doivent s'assurer qu'une consultation a été menée auprès des peuples autochtones, conformément aux exigences de la Cour suprême du Canada; en outre, le mémoire doit comprendre « une analyse des questions

¹⁸ Les renseignements qui suivent sont tirés de Richard C. BERGERON, « Caractéristiques principales de la filière législative fédérale », dans CONFÉRENCE DES JURISTES DE L'ÉTAT, Actes de la XIV^e Conférence des juristes de l'État, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 357; voir également la « Directive du Cabinet sur l'activité législative », qui ne semble pas avoir été modifiée depuis 2003 (en ligne : http://www.pco-bcp.gc.ca/index.asp?doc=legislation/cabdir-dircab_f.htm&lang=fra&page=information&sub=publications, consulté le 15 avril 2014), dans GOUVERNEMENT DU CANADA – BUREAU DU CONSEIL PRIVÉ, « Lois et règlements – L'essentiel », 2^e éd., Ottawa, Sa Majesté la Reine du Canada, (en ligne : <http://www.pco-bcp.gc.ca/index.asp?lang=fra&page=information&sub=publications&doc=legislation/table-fra.htm>, consulté le 15 avril 2014).

¹⁹ GOUVERNEMENT DU CANADA – BUREAU DU CONSEIL PRIVÉ, préc., note 18, « Directive du Cabinet », Section 4, Élaboration des projets de loi du gouvernement.

constitutionnelles», notamment celles qui découlent de la *Charte canadienne des droits et libertés*, après avoir fait appel si nécessaire à un « service d'appui » spécialisé²⁰. Par la suite, le cabinet décide s'il est opportun de rédiger un projet de loi.

Au Québec, le processus doit théoriquement débiter par la présentation d'un mémoire au Conseil des ministres²¹. Toutefois, comme la rédaction des projets est assurée par les services juridiques des différents ministères, « dans les faits, plus souvent qu'autrement, la rédaction de la proposition législative précède ou est concomitante à la rédaction du mémoire », parfois avec l'assistance des légistes du ministère de la Justice²². Des consultations peuvent également être tenues avant la transmission du mémoire. En outre, si les mesures envisagées sont susceptibles d'avoir un impact significatif sur les entreprises – c'est-à-dire, si elles entraînent un coût de dix millions de dollars ou plus – le Conseil exécutif devra s'assurer qu'elles ne diminuent pas la productivité des entreprises et leur capacité d'être concurrentielles; des formalités simplifiées s'appliquent lorsque le coût est de plus de 1 million de dollars, sans atteindre 10 millions²³. Des

²⁰ GOUVERNEMENT DU CANADA – BUREAU DU CONSEIL PRIVÉ, préc., note 18, partie 2, Élaboration des lois, chapitre 2.2, Orientations et objectifs : élaboration et approbation par le Cabinet. Le ministre de la Justice du Canada doit également s'assurer de la conformité avec la Charte canadienne des droits et libertés des projets de loi présentés par un ministre ou des règlements fédéraux : *Loi sur le ministère de la Justice*, L.R.C. 1985, c. J-2, art. 4.2. Un juriste à son emploi soutient que cette obligation n'est pas respectée en pratique : Edward Schmidt and the Attorney General of Canada, Statement of Claim, 13 décembre 2012, Cour fédérale, dossier n° T-2225-12.

²¹ Voir Graham HAY, « Le processus législatif québécois », dans CONFÉRENCE DES JURISTES DE L'ÉTAT, préc., note 18, p. 343 ; Jean-François COUTURE, « Le Secrétariat à la législation – Partenaire incontournable du légiste », dans CONFÉRENCE DES JURISTES DE L'ÉTAT, *Conférence des juristes de l'État 2013 xx^e conférence*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 569.

²² G. HAY, préc., note 21, à la page 346 ; Lucie LAUZIÈRE, « L'élaboration des lois et des règlements au Québec », en ligne : http://www.redactionjuridique.chaire.ulaval.ca/fileadmin/files/documents/Travaux_de_la_Chair/Lois_et_reglements_du_Quebec_-_aout_2011.v3.pdf (consulté le 15 avril 2014) ; J.-F. COUTURE, préc., note 21, p. 580 et 581.

²³ *Décret 111-2005 concernant l'organisation et le fonctionnement du Conseil exécutif*, (2005) 137 G.O. II, 863, Annexes A à D, modifié sur des points mineurs par (2007) 139 G.O. II, 1967 et refondu, en ligne : http://www.mce.gouv.qc.ca/publications/decret_mce.pdf (consulté le 15 avril 2014) ; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC – FINANCES ET ÉCONOMIE QUÉBEC, *Rapport sur la mise en oeuvre des mesures gouvernementales*

exigences analogues existent depuis au moins l'an 2000, tandis qu'elles ont fait leur apparition en France en 2009²⁴.

Disons toutefois qu'au Québec, l'«allègement réglementaire» ou législatif dégage une odeur nauséabonde: le scandale dit des commandites, révélé au début des années 2000, résultait d'une décision délibérée, prise par des hauts fonctionnaires du gouvernement fédéral, d'assouplir les contrôles bureaucratiques afin d'accélérer le financement d'initiatives de promotion de l'unité nationale canadienne. Le résultat fut de faciliter les fraudes et les détournements de fonds²⁵. De la même manière, les règles limitant aux seules personnes physiques le droit de contribuer au financement d'un parti politique provincial ou municipal ont été systématiquement violées par des firmes de génie-conseil, tandis que le système d'appel d'offres pour les travaux publics a été truqué et que des dépassements de coûts étaient systématiquement autorisés par des fonctionnaires corrompus²⁶. L'efficacité économique exige parfois que l'on fasse respecter les lois en vigueur et qu'on se préoccupe des règles élémentaires de la morale et de l'honnêteté. Ce qui ne signifie pas, bien entendu, qu'il faille renoncer à l'élimination de formalités administratives désuètes ou contre-productives.

En outre, le caractère informel des consultations menées avant la présentation des projets de loi en chambre n'est pas sans susciter certaines inquiétudes. Comme l'a si bien dit le professeur Issalys, dans la pénombre « créée par le recul des institutions consultatives peuvent se développer l'influence occulte de certains intérêts et les canaux privilégiés de commu-

d'allègement réglementaire et administratif, Simplifier la vie des entreprises et mieux réglementer, Québec, septembre 2013.

²⁴ G. HAY, préc., note 21, p. 345 et 346; *Loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009*, art. 8, en ligne : <http://www.legifrance.gouv.fr/> (consulté le 15 avril 2014).

²⁵ GOUVERNEMENT DU CANADA – COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LE PROGRAMME DE COMMANDITES ET LES ACTIVITÉS PUBLICITAIRES, Qui est responsable – Rapport, Phase 1, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2005; GOUVERNEMENT DU CANADA – COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LE PROGRAMME DE COMMANDITES ET LES ACTIVITÉS PUBLICITAIRES, Rétablir l'imputabilité – Rapport, Phase 2, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2006 (rapport de la commission présidée par le juge John H. Gomery).

²⁶ Voir les travaux de la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction présidée par la juge France Charbonneau, en ligne : <https://www.ceic.gouv.qc.ca/> (consulté le 15 avril 2014).

nication, terreau fertile pour le développement préoccupant du lobbysme», en particulier ceux des opérateurs économiques²⁷.

Pour ce qui concerne l'analyse d'impact des lois, au niveau fédéral, elle est requise uniquement antérieurement à l'adoption des règlements; les exigences québécoises concernant les projets de loi n'ont donc pas d'équivalent²⁸. Plus généralement, ce mécanisme d'évaluation, qui a été conçu dans une perspective exclusivement économique (quoiqu'inspiré des études d'impact environnemental), s'est ouvert depuis, dans certains pays ou territoires, à d'autres perspectives, telles que la protection de la santé publique, la distribution de la richesse, le développement régional ou l'égalité des sexes²⁹. Il peut contribuer non seulement à l'efficacité économique de la loi, mais aussi à renforcer sa légitimité, deux vertus qui font certes partie des qualités recherchées de tout système juridique. Toutefois, aussi positive soit-elle, cette évaluation des moyens et des fins ne saurait faire oublier les défis que présente la traduction législative des objectifs retenus par le conseil des ministres.

B. L'élaboration du texte soumis au Parlement

Au niveau fédéral, la section de la législation du ministère de la Justice a le monopole de la rédaction législative, dont on sait qu'elle doit se faire dans les deux langues officielles³⁰. Elle est assistée par un service de jurilinguistique qui fournit des conseils et revoie la formulation des versions anglaise et française, tandis que le service de révision vérifie la conformité matérielle des documents publiés et mis en ligne avec les originaux, notamment lorsque des amendements sont effectués au Parlement; il cherche également à débusquer les erreurs, les incohérences et les dérogations aux modèles établis. Depuis le début des années quatre-vingt, les ver-

²⁷ Pierre ISSALYS, « L'analyse d'impact des lois et des règlements : impératif d'efficacité ou condition de légitimité » dans Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT (dir.), *Interpretatio non cessat. Mélanges en l'honneur de/Essays in honour of Pierre-André Côté*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 133, aux pages 149 et 150.

²⁸ *Id.*, à la page 137; voir également France HOULE, *Analyse d'impact et consultations réglementaires au Canada*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012.

²⁹ P. ISSALYS, préc., note 27, à la page 144.

³⁰ Voir R.C. BERGERON, préc., note 18. L'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 1867 (R.-U.), c. 30 & 31 Vict., c. 3, exige que le texte des lois fédérales et québécoises, ainsi que celui des archives, procès-verbaux et journaux parlementaires, soient publiés tant en français qu'en anglais.

sions anglaise et française des projets de loi sont rédigées par des légistes distincts; chacun d'eux travaille en tandem avec l'autre. Cette innovation découle des nombreuses critiques adressées à la version française des lois fédérales; antérieurement à cette innovation, elle constituait le plus souvent des traductions littérales de la version anglaise, truffées de calques et de faux amis. Cette approche résulte du souci de permettre l'accès à une même norme (donc à une même idée) par des chemins linguistiques différents³¹. Elle fait suite à une expérience concluante, celle de la rédaction au XIX^e siècle du premier code civil par deux juges francophones et un anglophone, qui ont travaillé en collaboration étroite³².

Au Québec, la rédaction des projets de loi est effectuée par les légistes rattachés à un ministère, en concertation avec le Secrétariat à la législation. Avant la présentation en Chambre, le Comité de législation du Conseil exécutif doit s'assurer de « l'harmonisation du projet avec l'ensemble de la législation applicable au Québec, l'adéquation de la solution prévue au projet eu égard à l'objectif visé, la complexité, l'ampleur et les conséquences du projet sur le plan juridique, ainsi que la simplicité et la qualité de la terminologie du projet »³³. Cela inclut notamment la question de la conformité du projet avec les chartes des droits, ainsi que celle d'une éventuelle atteinte aux droits constitutionnels des peuples autochtones; au besoin, les spécialistes du ministère de la justice seront appelés en renfort³⁴. Une fois cette étape franchie, le projet est transmis à la Direction de la tra-

³¹ Voir John D. HORNSBERGER, « Bi-Lingualism in Canadian Statutes », (1965) 43 *R. du B. Can.* 315; Nicholas KASIRER, « Dire ou définir le droit », (1994) 28 *R.J.T.* 141; Roderick A. MACDONALD, « Legal Bilingualism », (1997) 42 *R.D. McGill* 119, 147-149 et 159-161.

³² John E.C. BRIERLEY, « Quebec's codification viewed and reviewed », (1968) 14 *R.D.McGill* 521; John E.C. BRIERLEY, « Les langues du Code civil du Québec », dans *Le nouveau code civil – Interprétation et application*, Montréal, Thémis, 1993, p. 129. L'expérience a été répétée dans le cadre des travaux de l'Office de révision du Code civil, dont le rapport, déposé en 1977, n'a cependant pas été intégralement retenu (OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le code civil/Report on the Civil Code*, Québec, Éditeur officiel, 1978, deux volumes; Paul-André CRÉPEAU, « Une certaine conception de la recodification », dans Serge LORTIE, Nicholas KASIRER et Jean-Guy BELLEY (dir.), *Du Code civil du Québec, Contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Éditions Thémis – Ministère de la Justice du Canada, 2005, p. 23).

³³ L. LAUZÈRE, préc., note 22, p. 7.

³⁴ J.-F. COUTURE, préc., note 21, aux pages 583 et 584. La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse doit assurer « par toutes mesures appropriées, la promotion et le respect des principes » de la *Charte des droits et libertés de la personne* (L.R.Q., c. C-12), notamment en relevant les dispositions des lois du Québec qui

duction et de l'édition des lois³⁵. Celle-ci s'assure de la traduction du projet et de la concordance des deux versions; les traducteurs peuvent d'ailleurs suggérer des modifications au légiste responsable du projet, qui doit également réviser le texte anglais et le texte français³⁶.

La conception des lois est donc encadrée par un ensemble de balises destinées à éviter les initiatives intempestives, irréfléchies ou mal planifiées. Les fonctionnaires sont toutefois au service des politiques et, s'ils peuvent mettre en garde ou protester, la décision finale ne leur appartient pas. En revanche, c'est à eux qu'incombe la tâche de mettre en forme le texte de loi afin de s'assurer qu'il soit clair et accessible, dans la mesure du possible évidemment. À cet égard, les traditions de droit civil et de common law ont des conceptions divergentes qui, si elles sont moins éloignées l'une de l'autre que jadis, n'en demeurent pas moins distinctes.

II. Les mesures d'amélioration de la lisibilité des lois

La lisibilité des lois, ou du moins leur intelligibilité (celle-ci supposant un plus grand effort que celle-là) est une préoccupation de tous les législateurs, mais cette question soulève immédiatement celle du lectorat éventuel des textes législatifs. S'agit-il des juges et des conseillers juridiques, des personnes appelées à mettre en oeuvre la loi ou à poursuivre les contrevenants, des intervenants spécialisés qui n'ont pas de formation juridique, mais qui renseignent les personnes visées, ou du citoyen qui cherche à connaître ses droits et obligations? Par-delà les traditions juridiques, un consensus ou du moins une opinion dominante semble émerger: rares sont les néophytes qui entreprennent de lire eux-mêmes une loi. Le lecteur type est davantage celui ou celle qui, en raison de ses fonctions professionnelles, voire de ses activités bénévoles, doit comprendre et expliquer le texte³⁷. On peut donc admettre qu'il possède un certain vocabulaire technique et des connaissances générales sur le système juridique.

seraient contraires à celle-ci ou en faisant au gouvernement les recommandations qu'elle juge appropriées (art. 71, 1^{er} al. et 6^o).

³⁵ J.-F. COUTURE, préc., note 21, aux pages 588.

³⁶ *Id.*, aux pages 588, 594 et 595.

³⁷ Roderick A. MACDONALD, «The Fridge-door Statute», (2001) 47 *R.D. McGill* 11, 22-23; Ruth SULLIVAN, «The Promise of Plain Language Drafting», (2001) 47 *R.D. McGill* 97, 118; Jean-Louis BAUDOUIN, «L'illisible: la lecture contemporaine de la loi et du jugement», dans Ysolde GENDREAU (dir.), *Le lisible et l'illisible – The Legible and the*

Il est néanmoins évident que la lecture du texte sera grandement facilitée si celui-ci est bien structuré, si ses idées s'enchaînent logiquement et si elles sont énoncées dans une langue simple plutôt que simpliste, compte tenu de la nature des questions abordées et des connaissances générales du milieu concerné. À son tour, cette lisibilité favorisera la rédaction de documents informatifs généraux ou la préparation d'explications concernant un problème précis. De nos jours, ces renseignements sont accessibles en ligne et en format papier. Dans la plupart des cas, ces outils seront mieux à même de guider les citoyens que la lecture directe de la loi. Dans la mesure où la qualité de cette dernière influe directement sur la préparation de ces documents, elle demeure une préoccupation légitime qu'on ne saurait sacrifier à des impératifs de rapidité, voire à la simple facilité. À cet égard, l'idéal à atteindre n'est pas tout à fait le même pour les civilistes (A) que pour les juristes de common law (B). Toutefois, le fait que les lois fédérales et québécoises soient rédigées dans deux langues différentes et que les premières s'appliquent aussi bien dans des provinces ou territoires de common law que dans une province de droit civil, pose des défis particuliers aux rédacteurs (C).

A. La concision du droit civil

Pour les civilistes, les écrits de Jean-Marie-Étienne Portalis représentent un sommet inégalé dans la littérature juridique, en raison de la langue chatoyante qu'il emploie et de la finesse de sa pensée³⁸. Contentons-nous de citer ici quelques extraits du célébrissime discours préliminaire qu'il a prononcé en 1801 à l'occasion de la présentation aux assemblées

Illegible, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 1, aux pages 8 et 9; Marie José LONGTIN, « Le style civiliste et la loi », dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le droit civil, avant tout un style?*, Montréal, Thémis, 2003, p. 185, aux pages 191 à 193; Paul SALEMBIER, *Legal & Legislative Drafting*, Markham, LexisNexis, 2009, p. 414 à 426; Jacques LAGACÉ, « Accessibilité du langage des lois », dans Richard TREMBLAY (dir.), *Éléments de légistique*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 419, aux pages 422 et 423.

³⁸ Voir, parmi bien d'autres publications, Michel MORIN, « Portalis c. Bentham? Les objectifs assignés à la codification du droit civil et du droit pénal en France, en Angleterre et au Canada », dans COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *La Législation en Question*, Ottawa, Commission du droit du Canada, 2000, p. 139, en ligne <http://hdl.handle.net/1866/1467> (consulté le 15 avril 2014), ainsi qu'une traduction anglaise révisée par l'auteur (en ligne: <http://hdl.handle.net/1866/1468>, consulté le 15 avril 2014); Nicholas KASIRER, « Portalis Now », dans N. KASIRER (dir.), préc., note 37, p. 1.

parlementaires du projet qui allait devenir le *Code civil des français* en 1804 :

« Tout simplifier, est une opération sur laquelle on a besoin de s'entendre. Tout prévoir, est un but qu'il est impossible d'atteindre. [...]

Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours : et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit, à chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau. [...]

Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges.

L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. [...]

Il faut que le législateur veille sur la jurisprudence ; il peut être éclairé par elle, et il peut, de son côté, la corriger ; mais il faut qu'il y en ait une. Dans cette immensité d'objets divers, qui composent les matières civiles, et dont le jugement, dans le plus grand nombre des cas, est moins l'application d'un texte précis, que la combinaison de plusieurs textes qui conduisent à la décision bien plus qu'ils ne la renferment, on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois. Or, c'est à la jurisprudence que nous abandonnons les cas rares et extraordinaires qui ne sauraient entrer dans le plan d'une législation raisonnable, les détails trop variables et trop contentieux qui ne doivent point occuper le législateur, et tous les objets que l'on s'efforcera inutilement de prévoir, ou qu'une prévoyance précipitée ne pourrait définir sans danger. C'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons. Les codes des peuples se font avec le temps ; mais, à proprement parler, on ne les fait pas.»³⁹

L'idéal proposé par Portalis consiste à privilégier la généralité et la fécondité des principes contenus dans le texte de loi en s'abstenant scrupuleusement d'anticiper des cas rares ou idiosyncrasiques. Les juges pour-

³⁹ J.E.M. PORTALIS, « Discours préliminaire du premier projet de code civil », en ligne <http://www.justice.gc.ca/fra/apd-abt/gci-icg/code/index.html#note1> (consulté le 15 avril 2014).

ront régler ces derniers en se laissant guider par l'esprit de la loi, l'interprétation par analogie, les principes généraux du droit, etc. Retenons cette idée que trop de juristes ont méconnu par la suite et méconnaissent encore de nos jours: «le jugement, dans le plus grand nombre des cas, est moins l'application d'un texte précis, que la combinaison de plusieurs textes qui conduisent à la décision bien plus qu'ils ne la renferment»⁴⁰. L'indétermination (relative) du texte de loi et le rôle indispensable du juge dans son actualisation sont déjà présents, en germe, dans cette phrase remarquable, qui annonce Kelsen et les grands théoriciens du droit⁴¹.

Les civilistes québécois contemporains se réclament expressément de cette tradition. Ainsi, selon Marie José Longtin, «la structure, la généralité et la concision même du code obligent à considérer, dans l'expression de la norme, un certain flou», afin de favoriser un aménagement qui soit «relativement souple»⁴². Par ce moyen, il est possible «de tenir compte de la diversité humaine et sociale» pour «constituer la base d'un dialogue avec les interprètes qui iront au-delà de la paraphrase pour rechercher, dans les repères que le code leur offre, la justice au coeur de la règle»; en somme, la codification est «une oeuvre de confiance en l'interprète»⁴³. Pour le juge Pierre Dalphond, le législateur s'en remet parfois au juge «non seulement pour l'application de la règle, mais aussi pour la définition du contenu de cette règle de droit»⁴⁴. Le juge Louis LeBel affirme également que «la loi s'arrête souvent à un niveau de généralité qui oblige à concevoir une application particulière à des faits déterminés», notamment «dans les systèmes de droit civil»⁴⁵. Paul-André Crépeau parle lui aussi de la «tradition civiliste de clarté et de concision»⁴⁶, tandis que pour le juge Jean-Louis Baudouin, la codification «par un génie qui lui est propre [...] coule ses

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ Pierre NOREAU, «Comment la législation est-elle possible?», (2001) 47 *R.D. McGill* 195; Yves-Marie MORISSETTE, «Peut-on interpréter ce qui est indéterminé?», dans S. BEAULAC et M. DEVINAT (dir.), préc., note 27, p. 9, notamment aux pages 13 à 28.

⁴² M.J. LONGTIN, préc., note 37, à la page 198.

⁴³ *Id.*, à la page 199.

⁴⁴ Pierre DALPHOND, «Le style civiliste et le juge: le juge québécois ne serait-il pas le prototype du juge civiliste de l'avenir?», dans N. KASIRER (dir.), note 37, p. 81, à la page 88.

⁴⁵ Louis LEBEL, «La méthode d'interprétation moderne: le juge devant lui-même et en lui-même», dans S. BEAULAC et M. DEVINAT (dir.), préc., note 27, p. 103, à la page 113.

⁴⁶ P.-A. CRÉPEAU, préc., note 32, à la page 28.

règles en brocards abstraits, celles-ci étant donc vouées à l'universalisme qui la préserve des attaques du temps»⁴⁷. Toutefois, comme l'explique Jean Pineau, «aller à l'essentiel et être concis ne sont plus toujours des règles aussi faciles que jadis à respecter: les problèmes que le droit doit aujourd'hui régler sont plus complexes et diversifiés, les solutions moins franches et plus nuancées, l'essentiel étant multiple, la concision pouvant être parfois réductrice d'une réalité compliquée», d'où «la nécessité pour le législateur d'être plus bavard et plus souple»⁴⁸.

Les civilistes anglophones ne sont pas en reste. Roderick A. Macdonald souligne que «in systems where private law is codified the code establishes norms but, in principle, does not decide cases or give justifications [...]»⁴⁹. Pour John E.C. Brierley, «an artfully drawn Civil Code may sometimes be more successful for what it leaves unsaid rather than for [what] it does say [...] the legal norm [...] is a 'meaningful generality' that aspires to accommodate future facts in all their infinite diversity»⁵⁰. Nicholas Kasirer évoque également le génie particulier de l'auteur du «Discours préliminaire» en parlant de «Portalis' uncanny ability to coin phrases as maxims ready for enactment»; certaines de ces formules ont d'ailleurs été reprises dans le *Code civil du Québec*⁵¹.

Une autre caractéristique des codes civilistes doit être soulignée: le caractère pédagogique de leur plan, qui guide le lecteur et structure un ensemble de normes ayant vocation à couvrir l'ensemble de la matière abordée. Ainsi, le *Code civil du Québec* se divise en titres, à savoir les personnes, la famille, les successions, les biens, les obligations, les priorités et

⁴⁷ Jean-Louis BAUDOIN, «Quo vadis? », (2005) 46 *C. de D.* 613, 621.

⁴⁸ Jean PINEAU, «Histoire très brève d'une recodification et de ses embarras», (2009) 88 *R. du B. can.* 215, 220; en ce sens, voir: J.-L. BAUDOIN, préc., note 37, aux pages 9 et 10; M.J. LONGTIN, préc., note 37, aux pages 204 et 205; P.-A. CRÉPEAU, préc., note 32, aux pages 41 à 50.

⁴⁹ Roderick A. MACDONALD, «Understanding Civil Law Scholarship in Quebec», (1985) 23 *Osg.H.L.J.* 573, 579; voir aussi Roderick A. MACDONALD, «Encoding Canadian Civil Law», dans FACULTÉ DE DROIT, UNIVERSITÉ MCGILL, *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André Crépeau*, Montréal/Cowansville, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec/Éditions Yvon Blais, 1997, p. 579.

⁵⁰ John E.C. BRIERLEY, «The Renewal of Quebec's Distinct Legal Culture: The New Civil Code of Quebec», (1992) 42 *U.T.L.J.* 484, 491 et 492; John E.C. BRIERLEY et Roderick A. MACDONALD (dir.), *Quebec Civil Law. An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery, 1993.

⁵¹ N. KASIRER, préc., note 38, à la page 23; *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.

les hypothèques, la preuve, la prescription, la publicité des droits et le droit international privé. À son tour, les subdivisions orientent facilement la recherche. Pour donner un seul exemple, le livre de la famille se compose des titres suivants: le mariage, l'union civile, la filiation, l'obligation alimentaire et l'autorité parentale. Et ainsi de suite... Signalons également que certains articles énoncent des principes directeurs appelés à recevoir une application transversale, telle la bonne foi. En somme, le code se caractérise par son style ordonné, cohérent, ouvert et didactique⁵².

Évidemment, les rédacteurs contemporains se conforment rarement à ce modèle idéal. En France, Jean-Emmanuel Ray observe que de nombreuses lois sont dépourvues des « formules courtes et pédagogiques à la Portalis »⁵³. Alain-François Bisson constate pour sa part que les lois fiscales sont « un sujet de découragement dans tous les pays »⁵⁴. Il continue néanmoins de protester, pour le principe, contre une phrase d'une loi québécoise totalisant plus de quatre-vingts lignes: si « compliquée soit-elle, la matière réglementée rend-elle obligatoire que la langue soit mise à la torture »⁵⁵? Le juge Yves-Marie Morissette se désespère également devant un « fatras de textes abstrus dans la formulation desquels le législateur semble s'être soucié comme de sa dernière chemise de l'intelligibilité de son oeuvre auprès de ses lecteurs », notamment en droit fiscal⁵⁶.

Il convient également de souligner qu'un article trop court peut être incomplet ou insatisfaisant⁵⁷. Plus généralement, le législateur optera pour

⁵² Pierre CHARBONNEAU, « Le code civil et ses incidences sur la conception et la rédaction des actes normatifs », dans R. TREMBLAY, préc., note 37, p. 5, aux pages 35 à 37.

⁵³ J.-E. RAY, préc., note 2.

⁵⁴ A.-F. BISSON, préc., note 13, à la page 26; voir aussi: I. TRIPPENBACH et Ph. BRUN, préc., note 1.

⁵⁵ A.-F. BISSON, préc., note 13, à la page 26, note 32.

⁵⁶ Y.-M. MORISSETTE, préc., note 41, à la page 30, note 78.

⁵⁷ J. LAGACÉ, « La structuration des textes normatifs », dans R. TREMBLAY, note 37, p. 217, aux pages 255 à 257. L'article 976 C.c.Q. constitue un bon exemple de ce problème: « Les voisins doivent accepter les inconvénients normaux du voisinage qui n'excèdent pas les limites de la tolérance qu'ils se doivent, suivant la nature ou la situation de leurs fonds, ou suivant les usages locaux. » Si le caractère indéterminé de l'expression « inconvénients normaux du voisinage » est typique du style civiliste, il n'en va pas de même d'une question passée sous silence, le fondement du recours accordé aux voisins en cas d'inconvénients anormaux. C'est pourquoi la Cour suprême du Canada a dû préciser que celui-ci ne nécessitait pas la preuve d'une faute civile: *Ciment du Saint-Laurent Inc. c. Barrette*, [2008] 3 R.C.S. 392, 2008 CSC 64.

des notions larges ou floues lorsqu'il est difficile, voire impossible, de cerner avec précision les innombrables situations dans lesquelles un principe ou une règle doit s'appliquer. Il en ira ainsi de la responsabilité extra-contractuelle découlant d'une « faute » civile ou encore des droits fondamentaux de la personne humaine⁵⁸. À l'inverse, les règles du droit pénal ou du droit fiscal doivent être beaucoup mieux ciblées, car les justiciables chercheront systématiquement des échappatoires ou des ambiguïtés ; dans cette hypothèse, il n'est généralement pas acceptable de confier aux tribunaux le soin de concrétiser avec le temps des normes rédigées de manière très large, sauf pour les moyens de défense reconnus à l'accusé⁵⁹. Par contre, les règles supplétives du droit des contrats peuvent être circonscrites avec précision, car les parties sont libres d'y déroger.

B. La prolixité de la common law

Dans la tradition de common law, la situation est tout autre. Pour des raisons historiques, les juges ont longtemps été hostiles aux lois qui modifiaient les règles jurisprudentielles avec lesquelles ils étaient familiers ; ils ont fréquemment cherché à trouver des échappatoires en découvrant des lacunes ou des omissions ou en recourant à des distinctions artificielles et contre-intuitives. En réaction, les rédacteurs, qui étaient payés au mot à une certaine époque, ont utilisé de longues énumérations de synonymes et ont multiplié les descriptions de situations factuelles⁶⁰. En outre, selon Elmer Driedger, la législation britannique ou canadienne a longtemps reflété un modèle de rédaction propre à une certaine culture anglaise : « It seems to be thought to be a great intellectual achievement to write one sentence consisting of three or more main clauses, each modified by as

⁵⁸ Ejan MACKAAY, « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », (1979) 12 *Langages* 33, 40.

⁵⁹ *Id.*; Alain-François BISSON, « L'interaction des techniques de rédaction et des techniques d'interprétation des lois », (1980) 21 *C. de D.* 511, 516 et 521 ; sur la reconnaissance de moyens de défense non prévus expressément par les codes pénaux français, voire M. MORIN, préc., note 38, aux pages 150 à 155.

⁶⁰ M. MORIN, préc., note 38 ; voir aussi Pierre-André CÔTÉ, « L'interprétation de la loi en droit civil et en droit statutaire : communauté de langue et différence d'accents », (1997) 31 *R.J.T.* 45.

many subordinate clauses as can be worked in grammatically»⁶¹. Il en est résulté d'interminables phrases, qui ont parfois atteint plus d'une page.

Les auteurs anglais n'ont pas manqué de dénoncer de telles aberrations. À la fin du XVIII^e siècle, Jeremy Bentham observait ce qui suit :

«C'est par l'ensemble de tous ces défauts que les statuts [c.-à-d. les lois] anglais acquièrent cette prolixité démesurée, et que le droit anglais est étouffé sous les redondances.

Il est essentiel de ménager à l'esprit de fréquents repos, non-seulement par la distinction des paragraphes, mais encore par la coupe des phrases dont le paragraphe est composé. Cette circonstance importe également pour l'intelligence et pour la mémoire.

C'est encore là un défaut bien choquant des statuts anglais. Il faut souvent parcourir des paragraphes pour arriver à un sens déterminé, et le commencement de la phrase est oublié avant qu'on soit parvenu au milieu.»⁶²

En 1879, le juge en chef Cockburn évoquait également «the cumbersome, prolix, inartificial, and bewildering phraseology of our statutes»⁶³. En 1891, le juge Bramwell déclarait pour sa part : «[a] prudent draftsman does not accurately examine whether a word will be superfluous, he makes sure by using it»⁶⁴. Selon la Statute Law Society, la situation n'avait guère changé en 1970. Elle affirmait alors que le style des lois était : «often obscure and circumlocutious». En outre, «[s]entences are long and convoluted, the grammar is obscure, and archaisms, legally meaningless words

⁶¹ Elmer DRIEDGER, *A Manual of Instructions for Legislative and Legal Writing*, Ottawa, Supply and Services Canada 1982, p. 556 et 557, cité par P. SALEMBIER, préc., note 37, p. 79.

⁶² Étienne DUMONT, *Jeremy Bentham-Oeuvres*, t. 1, Scienta Verlag Aalen, 1969, réimpression de l'édition de Bruxelles de 1829, p. 369.

⁶³ A.E. COCKBURN, «Copy of Letter from the LORD CHIEF JUSTICE OF ENGLAND, dated the 12th day of June 1879, containing Comments and Suggestions in relation to the CRIMINAL CODE (INDICTABLE OFFENCES) BILL», *British Parliamentary Papers*, 1878-79, LIX, p. 232.

⁶⁴ *Bank of England v. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107, 139. Même s'il était dissident dans cette affaire, son opinion semble largement partagée à cette époque.

and phrase, tortuous language, the preference for the double negative over the single positive abound»⁶⁵.

Sous l'influence du mouvement anglo-saxon réclamant des lois rédigées en langage courant, les rédacteurs de loi reconnaissent de nos jours la validité de plusieurs de ces critiques, sans faire référence pour autant à la tradition de droit civil. Ainsi, la nécessité de présenter le moins d'idées possible dans une même phrase est admise, tout comme celle d'éliminer les redondances, y compris des expressions consacrées par l'usage (par exemple, *cease and desist* ou *perform and discharge*)⁶⁶. L'incongruité des alinéas débutant par « Pourvu que » est également soulignée⁶⁷. Néanmoins, la concision civiliste n'est pas encore de mise et le « besoin de précision » demeure une préoccupation majeure. En effet, selon Paul Salembier, les termes délibérément ambigus (« raisonnable », « nécessaire » etc.) devraient être réservés aux dispositions constitutionnelles, aux renvois à la common law et aux circonstances trop variables pour être définies de manière précise. Encore convient-il à son avis de limiter le plus possible leur nombre, car leur emploi confère à toutes fins utiles aux tribunaux le pouvoir de définir la norme, avec les incertitudes que cela génère pour les justiciables et l'État⁶⁸.

En théorie, l'imprécision d'une loi peut la rendre inconstitutionnelle, car ce vice porte atteinte aux principes de la justice fondamentale garantis par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁶⁹. Toutefois, selon la Cour suprême du Canada, les « règles juridiques ne fournissent qu'un cadre, un guide pour régler sa conduite, mais la certitude n'existe que dans des cas donnés, lorsque la loi est actualisée par une autorité compétente » ; dans l'intervalle, « la conduite est guidée par l'approximation »⁷⁰.

⁶⁵ STATUTE LAW SOCIETY, *Statute Law Deficiencies: Report of the Committee appointed by the Society to examine the failings of the present Statute Law System*, London, Sweet & Maxwell, 1970, p. 34, cité par P. SALEMBIER, préc., note 37, p. 10.

⁶⁶ P. SALEMBIER, préc., note 37, chapitre 2 et 3, notamment p. 91.

⁶⁷ *Id.*, p. 54.

⁶⁸ *Id.*, p. 135 à 140.

⁶⁹ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11. Une restriction aux droits et libertés garantis par la Charte doit également être imposée par « une règle de droit » (art. 1). Évidemment, celle-ci ne saurait être imprécise: *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69.

⁷⁰ *R. c. Nova Scotia Pharmaceuticals*, [1992] 2 R.C.S. 606, 638.

Une disposition sera donc imprécise uniquement si elle « ne délimite pas suffisamment une sphère de risque et ne peut donc fournir ni d'avertissement raisonnable aux citoyens ni de limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi »⁷¹. La barre est ainsi placée très haut; effectivement, un seul passage d'une disposition a été déclaré inconstitutionnel pour cause d'imprécision, essentiellement parce qu'il était superfétatoire⁷². Cette exigence est donc assez facile à respecter.

Un manuel de légistique québécois consacre une bonne trentaine de pages à discuter du degré souhaitable de précision des textes législatifs. Tout en reconnaissant qu'il peut s'agir d'une qualité à certains égards, Richard Tremblay estime que « plus on recherche la précision, plus elle est susceptible de devenir un défaut »⁷³. En outre, dans « les pays ayant subi l'influence de la common law, il faudrait une véritable révolution culturelle pour que la clarté, la concision et la simplicité deviennent, aux yeux des juristes, des vertus aussi importantes que la précision »⁷⁴. En 1857, au moment où fut prise la décision de codifier le droit civil du Bas-Canada, le législateur avait bien conscience de cette réalité. En effet, il exige que le futur code civil et le futur code de procédure civile suivent le « même plan général » et contiennent « la même somme de détails » que le *Code civil*, le *Code de commerce* et le *Code de procédure civile* français, écartant par le fait même la technique de rédaction anglaise⁷⁵. Au bénéfice des lecteurs qui

⁷¹ *Id.*, 639-640; voir aussi *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439; *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; *R. c. Hall*, [2002] 3 R.C.S. 309, 2002 CSC 64; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76; *R. c. Levkovic*, 2013 CSC 25.

⁷² *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711.

⁷³ Richard TREMBLAY, « Le degré souhaitable de précision des textes législatifs », dans R. TREMBLAY, préc., note 37, p. 363, à la page 396; A.-F. BISSON, préc., note 59.

⁷⁴ R. TREMBLAY, préc., note 73, à la page 397; voir aussi : Emmanuel DIDIER, *Langues et langages du droit*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1990, p. 226-230.

⁷⁵ *Acte pour pourvoir à la codification des lois civiles*, S.P.C. 1857, c. 43, art. 7. Sur cette question, voir J.E.C. BRIERLEY, préc., note 32; Michel MORIN, « La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866 », dans H. Patrick GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 1; Sylvio NORMAND, « La codification de 1866: contexte et impact », dans H. Patrick GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 43; Brian YOUNG, *The politics of codification*, Toronto, Osgoode Society for

n'auraient pas étudié le droit civil, citons à titre d'illustration le premier et l'antépénultième article du *Code civil du Québec*⁷⁶ :

« 1. Tout être humain possède la personnalité juridique; il a la pleine jouissance des droits civils.

[...]

3166. La compétence des autorités étrangères est reconnue en matière de filiation lorsque l'enfant ou l'un de ses parents est domicilié dans cet État ou a la nationalité qui y est rattachée. »

La longueur et la division des dispositions législatives constituent une autre différence importante entre les traditions de droit civil et de common law. Au niveau fédéral, elles sont divisées en paragraphes (*subsections*) qui se présentent comme autant d'articles distincts, numérotés en chiffres arabes (par ex., art. 1, par. (1)). Ceux-ci peuvent comprendre des alinéas (*paragraphs*) numérotés en lettres minuscules, voire des sous-alinéas identifiés par des chiffres romains minuscules, ainsi que des divisions (*clauses*) en lettres majuscules et des subdivisions en chiffres romains majuscules, voire des sous-subdivisions en chiffres arabes⁷⁷. Or, ces parties de texte sont souvent imbriquées au milieu d'une phrase (ce sont les *clauses sandwiches*). En soi, ce processus n'est pas forcément problématique, même s'il est étranger au génie de la langue française⁷⁸. Toutefois, les rédacteurs de common law ont longtemps multiplié ces incises à l'intérieur d'une même phrase, ce qui en rend la lecture extrêmement pénible. Même si cette manière de faire est dénoncée de nos jours, le pli est pris et

Canadian Legal History, 1994; Sylvio NORMAND, « An Introduction to Quebec Civil Law », dans Aline GRENON et Louise BÉLANGER-HARDY (dir.), *Elements of Quebec Civil Law: A Comparison with The Common Law of Canada*, Toronto, Thomson-Carswell, 2008, p. 25.

⁷⁶ Nous faisons abstractions des articles non numérotés du code, soit la disposition préliminaire et les dispositions finales.

⁷⁷ P. SALEMBIER, préc., note 37, p. 58; Fanny VITTECOQ, « Titres des lois et règlements: quelques règles », Termium Plus, en ligne: http://www.btb.termiumplus.gc.ca/tpv2guides/guides/chroniq/index-fra.html?lang=fra&lettr=indx_autr8hiVhrxl0SEI&page=9bL3ry-0faU0.html (consulté le 15 avril 2014). Au Québec, on distingue l'article (chiffre arabe), le paragraphe (chiffre arabe suivi du degré, par ex. 1^o), le sous-paragraphe (lettre en italique suivie d'une parenthèse) et la sous-division (chiffres romains en minuscules): J.-F. COUTURE, préc., note 21, à la page 601.

⁷⁸ Il semble qu'une énumération verticale ne doive pas être suivie d'un membre de phrase qui clôt celle-ci: Jacques LAGACÉ, préc., note 57, aux pages 273 et 274.

n'est pas prêt de disparaître⁷⁹. En témoigne une disposition parmi tant d'autres du *Code criminel*⁸⁰ :

« 35. (1) N'est pas coupable d'une infraction la personne qui, à la fois :

a) croit, pour des motifs raisonnables, qu'elle a la possession paisible d'un bien ou agit sous l'autorité d'une personne – ou prête légalement main-forte à une personne – dont elle croit, pour des motifs raisonnables, qu'elle a la possession paisible d'un bien ;

b) croit, pour des motifs raisonnables, qu'une autre personne, selon le cas :

(i) sans en avoir légalement le droit, est sur le point ou est en train d'entrer dans ou sur ce bien ou y est entrée,

(ii) est sur le point, est en train ou vient de le prendre,

(iii) est sur le point ou est en train de l'endommager, de le détruire ou de le rendre inopérant ;

c) commet l'acte constituant l'infraction dans le but, selon le cas :

(i) soit d'empêcher l'autre personne d'entrer dans ou sur le bien, soit de l'en expulser,

(ii) soit d'empêcher l'autre personne de l'enlever, de l'endommager, de le détruire ou de le rendre inopérant, soit de le reprendre ;

d) agit de façon raisonnable dans les circonstances.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas si la personne qui croit, pour des motifs raisonnables, avoir la possession paisible du bien – ou celle que l'on croit, pour des motifs raisonnables, en avoir la possession paisible –, n'invoque pas de droit sur le bien et que l'autre personne a légalement droit à sa possession.

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas si l'autre personne accomplit un acte qu'elle a l'obligation ou l'autorisation légale d'accomplir pour l'exécution ou le contrôle d'application de la loi, sauf si l'auteur de l'acte constituant l'infraction croit, pour des motifs raisonnables, qu'elle n'agit pas de façon légitime.»

⁷⁹ P. SALEMBIER, préc., note 37, p. 101-106.

⁸⁰ L.R.C. 1985, c. C-46.

Pour cette raison, Jean-Louis Baudouin n'hésite pas à qualifier le *Code criminel* de « bavure grave », car ce document est tout sauf un « modèle de clarté [...] facilement accessible au citoyen »⁸¹. En effet, il « tient davantage de la simple compilation et ne constitue qu'un assemblage commode de règles disparates » sous la forme d'une loi qui « n'est ni structurée, ni soumise à un plan bien défini, ni organisée, cohérente et systématisée »⁸².

De manière générale, l'aspiration à la concision, à la généralité et à la systématisation du droit civil s'oppose aux formulations précises, détaillées et descriptives privilégiées par la common law. Néanmoins, le législateur canadien sait fort bien s'exprimer de manière concise et exacte; la *Charte canadienne des droits et libertés* emploie également des formules courtes et générales, comme bien d'autres déclaration des droits, notamment le *Bill of Rights* anglais de 1689 ou son homonyme américain de 1791⁸³. À titre d'illustration, l'article 19 du *Code criminel*, aux termes duquel « [l]'ignorance de la loi chez une personne qui commet une infraction n'excuse pas la perpétration de l'infraction », est louangé par Jean-Louis Baudouin, qui considère cette formulation « à la fois plus exacte et plus précise » que la célèbre maxime « Nul n'est censé ignorer la loi »⁸⁴. Ainsi, aucune culture juridique n'a l'apanage de la concision ou de la limpidité. La rédaction de lois de qualité est un travail ardu et un défi constant, dont la difficulté s'accroît cependant considérablement dans un contexte bilingue et bijuridique.

C. Les défis de la rédaction bilingue et bijuridique

Nous avons souligné qu'au niveau fédéral, les versions anglaise et française des projets de loi sont préparées par des légistes travaillant en tandem, afin de respecter le génie propre de chacune des deux langues, ce

⁸¹ J.-L. BAUDOUIN, préc., note 37, à la page 10.

⁸² J.-L. BAUDOUIN, préc., note 47, à la page 615.

⁸³ Voir sur ce sujet l'excellente étude de Stéphane BEAULAC, « « Texture ouverte », droit international et interprétation de la Charte canadienne », dans Errol MENDÈS et Stéphane BEAULAC (dir.), *Canadian Charter of Rights and Freedoms / Charte canadienne des droits et libertés*, 5^e éd., Toronto, LexisNexis, 2013, p. 191 ; *Bill of Rights*, 1689 (Angl.), 1 William and Mary, sess. 2, c. 2 ; *Constitution of the United States of America, Amendments I-X*, en ligne : <http://www.law.cornell.edu/constitution/billofrights> (consulté le 15 avril 2014).

⁸⁴ J.-L. BAUDOUIN, préc., note 37, à la page 5.

qui peut faciliter la détection d'erreur ou permettre de bonifier les textes⁸⁵. Une première conséquence de cette innovation a été l'abandon de la règle voulant que chaque mot doive être traduit, notamment pour éviter dans la version française la division d'une même phrase en alinéas, sous-alinéas, divisions, subdivisions et sous-subdivisions. Dans certains cas, la version française est considérablement plus courte que la version anglaise, ce qui n'est pas sans susciter certaines critiques⁸⁶. Compte tenu du fait que les deux textes ont valeur officielle, en cas de divergence apparente, il faut trouver un sens commun qui s'harmonise autant que possible avec l'objet de la loi⁸⁷. Faire abstraction d'une version peut d'ailleurs conduire à commettre une erreur déterminante qui sera corrigée par la Cour suprême du Canada⁸⁸. C'est là un premier défi auquel sont confrontés les rédacteurs législatifs.

Le bijuridisme constitue le deuxième défi. Trop longtemps, les concepts de droit privé mentionnés dans les lois fédérales étaient empruntés à la common law, ce qui posait évidemment problème pour les civilistes peu familiers de cette tradition. De nos jours, la « Directive du Cabinet sur l'activité législative » prévoit que les projets de loi et de règlement doivent respecter « les deux traditions juridiques canadiennes – le droit civil et la common law –, puisque les lois fédérales s'appliquent en principe à l'ensemble du pays » ; plus précisément, les « notions propres à chaque système juridique doivent être exprimées dans les deux langues d'une façon qui tienne compte des deux réalités »⁸⁹. La *Loi d'interprétation* reconnaît d'ailleurs expressément le caractère supplétif du droit privé provincial et le fait que certains termes employés dans la législation fédérale peuvent appartenir uniquement à l'une ou l'autre des traditions juridiques

⁸⁵ P. SALEMBIER, préc., note 37, p. 535.

⁸⁶ *Id.*, p. 398 à 400; voir aussi: Hugo CHOQUETTE, « Translating the Constitution Act 1867: A Critique », (2011) 36 *Queen's L.J.* 503.

⁸⁷ Michel BASTARACHE (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004; Jean-Claude GÉMAR et Nicholas KASIRER (dir.), *Jurilinguistique: entre langues et droits/Jurilinguistics: Between Law and Language*, Bruxelles/ Montréal, Bruylant/Éditions Thémis, 2005; Michel BASTARACHE, Naiomi MÉTALLIC, Regan MORRIS et Christopher ESSERT, *Le droit de l'interprétation bilingue*, Markham, LexisNexis, 2009; Ruth SULLIVAN, « Côté's Contribution to the Interpretation of Bilingual and Multilingual Legislation », dans S. BEAULAC et M. DEVINAT (dir.), préc., note 27, p. 173.

⁸⁸ *R. c. Mac*, [2002] 1 R.C.S. 856.

⁸⁹ Préc., note 19 sous la section « Importance de la rédaction bilingue et bijuridique ».

du Canada⁹⁰. Il s'en est suivi l'apparition de doublons, afin de refléter la terminologie civiliste de langue anglaise et la terminologie de la common law en français. Ainsi, on utilisera « *real estate and immovable* » en anglais et « immeubles et biens réels » en français. Cette juxtaposition de concepts similaires, mais qui appartiennent à des traditions juridiques différentes, est évidemment susceptible de créer des difficultés ou des distorsions, mais c'est là le pari relevé par le législateur fédéral⁹¹. Plus généralement, l'idée qu'une expression propre à une tradition juridique puisse constituer une forme de néologisme dans l'autre a été rejetée, de crainte que cela n'encourage l'utilisation de concepts étrangers à cette dernière⁹².

La situation est toute autre au Québec. Aux termes de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les deux versions des textes de loi québécois ont valeur officielle⁹³. Pourtant, la version anglaise des lois québécoises est élaborée après la finalisation du texte français. Ainsi, le projet de code civil a été traduit à la dernière minute par une équipe dont les membres n'avaient apparemment pas de formation juridique⁹⁴. Le résultat était prévisible : une longue liste d'erreurs apparentes, de gallicismes, de mots mal choisis, de maladroites, de défaut de concordance, de solécismes, de traductions littérales et d'ambiguïtés⁹⁵. À titre d'illustration, mentionnons que le célèbre concept de « faute » avait été omis de la version anglaise de l'article 1457, 2^e alinéa, jusqu'à la modification apportée en 2002 afin de corriger une partie des divergences les plus flagrantes entre les deux ver-

⁹⁰ *Loi d'interprétation*, L.R.C., c. I-21, art. 8.1 et 8.2.

⁹¹ Nicholas KASIRER, « L'outre-loi », dans Lynne CASTONGUAY et Nicholas KASIRER (dir.), *Étudier et enseigner le droit : études offertes à Jacques Vanderlinden*, Bruxelles/Cowansville, Bruylant/Éditions Yvon Blais, 2006, p. 329; Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, *Les solitudes du bijuridisme au Canada*, Montréal, Éditions Thémis, 2007; France ALLARD, « La disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, l'idée de droit commun et le rôle du code en droit fédéral », (2009) 88 *R. du B. can.* 275; Robert LECKEY, « Rhapsodie sur la forme et le fond de l'harmonisation juridique », (2010) 51 *C. de D.* 3; Aline GRENON, « Le bijuridisme canadien à la croisée des chemins? Réflexions sur l'incidence de l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation* », (2011) 56 *R.D. McGill* 775.

⁹² Pour une réflexion critique et stimulante, voir Nicholas KASIRER, « Le *real estate* existe-t-il en droit civil? », (1998) 29 *R.G.D.* 465.

⁹³ *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016; *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312.

⁹⁴ Edmund COATES, « The English Voice of the Civil Code of Quebec: An Unfinished History », (2011) 70 *R. du B.* 45, 52.

⁹⁵ J.E.C. BRIERLEY, « Les langues du Code civil du Québec », préc., note 33, à la page 145.

sions du code⁹⁶. Il semble que cette loi ait pris en considération les indications d'éditeurs privés qui avaient relevé uniquement les problèmes les plus criants⁹⁷. De nombreuses difficultés subsistent. Ainsi, la version anglaise de l'article 2634 C.c.Q. déclare que le contrat de transaction « may be annuled for lesion », mais le terme « lésion » n'apparaît pas dans la version française...

En 1997, la Cour suprême du Canada a dû interpréter l'article 2930 C.c.Q., qui impose un délai de prescription de trois ans dans le cas d'une action en réparation d'un préjudice corporel, « malgré toute disposition contraire » ou, en anglais, « Notwithstanding any stipulation to the contrary ». L'appelante a donc soutenu que seules les dispositions contractuelles correspondant au mot anglais *stipulation* étaient visées, par opposition à celles d'une loi municipale. Le juge Gonthier formule alors les commentaires suivants :

« Dans le jugement dont appel, le juge Baudouin a rejeté cet argument en se fondant, en partie, sur le fait que la version anglaise du *Code civil* n'est « qu'une simple traduction de la version originale française » (p. 1327). Avec égards, malgré la véracité de ce fait regrettable, celui-ci ne peut servir à écarter l'argument avancé par l'appelante. L'article 7 de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., ch. C-11, édicte que les versions française et anglaise des lois québécoises « ont la même valeur juridique », ceci en conformité avec l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui exige que les lois de la législature du Québec soient adoptées dans les deux langues officielles, qu'elles fassent pareillement autorité et qu'elles aient le même statut. »⁹⁸

Il rejette à son tour les arguments de l'appelante, en se fondant sur les objectifs des nouvelles règles de prescription, sur les débats parlementaires et sur le fait qu'ailleurs dans le code, le terme disposition est généralement traduit par *provision*⁹⁹. Il a fallu attendre jusqu'en 2013 pour que la version anglaise de l'article 2930 C.C.Q. soit reformulée, ce qui dénote une indifférence assez choquante¹⁰⁰. Ainsi, dans un ouvrage par ailleurs fort bien

⁹⁶ *Loi modifiant le code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2002, c. 19, art. 15.

⁹⁷ E. COATES, préc., note 94, 54.

⁹⁸ *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, par. 24.

⁹⁹ *Id.*, par. 26-30.

¹⁰⁰ *Loi modifiant la Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels, la Loi visant à favoriser le civisme et certaines dispositions du Code civil relatives à la prescription*, L.Q. 2013, c. 8, art. 9.

fait portant sur la légistique au Québec, l'arrêt *Doré c. Ville de Verdun*¹⁰¹ et l'importance d'assurer la concordance entre les versions anglaises et françaises sont tout simplement passés sous silence¹⁰². Cet état d'esprit est symptomatique d'une tendance à faire abstraction de l'existence de la minorité anglophone du Québec. À l'heure actuelle, le Secrétariat à la législation est cependant bien conscient du défi que pose la préparation de lois rédigées en anglais et en français¹⁰³.

Il faut se réjouir du fait qu'une révision exhaustive de la version anglaise du code civil a été effectuée par un groupe d'experts chevronnés et que le ministre de la justice soit sur le point de lui donner force de loi, en exerçant les pouvoirs particuliers qui lui sont conférés dans le cadre de la refonte permanente des lois¹⁰⁴. Néanmoins, il est déplorable qu'il ait fallu attendre si longtemps pour corriger l'image abâtardie de la langue civiliste véhiculée par le *Civil Code of Quebec*. Une telle négligence est d'autant plus injuste que la communauté juridique anglophone a formé, depuis au moins un siècle et demi, de remarquables civilistes très attachés à la spécificité juridique québécoise¹⁰⁵.

La publication de versions linguistiques distinctes, plutôt que de lois présentant celles-ci en regard, a également suscité des critiques. Néanmoins, cette pratique a prévalu au Québec de 1840 à 1941; à compter de 1942, les deux versions apparaissent sur la même page¹⁰⁶. A cet égard, le

¹⁰¹ Préc., note 98.

¹⁰² R. TREMBLAY, préc., note 37. La question du bilinguisme des règlements est toutefois abordée (p. 104, 153 et 154, où l'on mentionne en deux lignes le fait que les lois doivent être adoptées dans les deux langues officielles).

¹⁰³ J.-F. COUTURE, préc., note 21, aux pages 588 et 595.

¹⁰⁴ E. COATES, préc., note 94, 53 à 57; *Loi sur le Recueil des lois et des règlements du Québec*, L.R.Q., c. R-2.2.0.0.2, art. 3.

¹⁰⁵ M. MORIN, préc., note 75; Michel MORIN, «Des juristes sédentaires? L'influence du droit anglais et du droit français sur l'interprétation du *Code civil du Bas Canada*», (2000) 60 *R. du B.* 247; Michel MORIN, «Dualisme, mixité et métissage juridique: Québec, Hong Kong, Macao, Afrique du Sud et Israël», (2012) 57 *R.D. McGill* 645.

¹⁰⁶ À vrai dire, la manière dont les deux versions devaient être publiées n'était pas précisée dans une loi et ne l'est toujours pas. Pour la province de Québec, voir l'*Acte concernant les Statuts de cette Province*, S.Q. 1868, 31 Vict., c. 6, art. 4. À compter du 20 mars 1941, le lieutenant-gouverneur a reçu le pouvoir d'édicter des règles concernant la publication des lois (*Loi modifiant la Loi concernant les statuts*, S.Q. 1941, 6 Geo Vi, c. 14, art. 2), mais nous n'avons pu en retracer concernant le positionnement des versions linguistiques. L'année suivante, la publication en regard du texte anglais et français

Code civil du Bas Canada faisait exception à la règle, puisque chaque version devait être publiée sur une page distincte¹⁰⁷. En 1977, la Charte de la langue française prévoyait que, dorénavant, la rédaction et l'adoption des projets de lois devraient se faire en français, même si une version anglaise devait également être publiée¹⁰⁸. Cette année-là, le recueil de lois présentait les versions française et anglaise des lois l'une à la suite de l'autre ; à compter de 1978, un recueil français et un recueil anglais sont apparus. Depuis 1993, la Charte dispose¹⁰⁹ :

« 7. Le français est la langue de la législation et de la justice au Québec sous réserve de ce qui suit :

1° les projets de loi sont imprimés, publiés, adoptés et sanctionnés en français et en anglais, et les lois sont imprimées et publiées dans ces deux langues ;

2° les règlements et les autres actes de nature similaire auxquels s'applique l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 sont pris, adoptés ou délivrés, et imprimés et publiés en français et en anglais ;

3° les versions française et anglaise des textes visés aux paragraphes 1° et 2° ont la même valeur juridique ;

4° toute personne peut employer le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux du Québec et dans tous les actes de procédure qui en découlent. »

Pourtant, la publication de recueils distincts s'est poursuivie.

débutait. Au fédéral, le changement a été effectué en 1968 ; là encore, nous n'avons pu retracer de règle sur cette question précise. Antérieurement à l'Acte d'Union de 1840, les versions linguistiques étaient imprimées en regard, mais chacune occupait une page distincte (voir J.D. HORNSBERGER, préc., note 31 ; Claude-Armand SHEPPARD, *The Law of Languages in Canada, Studies of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism*, no. 10, Ottawa, Information Canada, 1971).

¹⁰⁷ *Acte pour pourvoir à la codification des lois civiles*, préc., note 75, art. 15. Après l'édition officielle de 1866, il a fallu attendre jusqu'en 1904 pour qu'une version bilingue du code soit publiée par des éditeurs privés ; les éditions antérieures étaient unilingues : Nicholas KASIRER, « Si la Joconde se trouve au Louvre, où trouve-t-on le Code civil du Bas Canada ? », (2005) 46 *C. de D.* 481, 490 à 494.

¹⁰⁸ *Charte de la langue française*, L.Q. 1977, c. 5, art. 8 et 10. L'article 9 prévoyait que seule la version française était officielle. Or, les articles 7 à 13 furent déclarés inconstitutionnels dans *P.G. du Québec c. Blaikie*, préc., note 93 ; les autres dispositions portaient sur l'utilisation du français devant les tribunaux.

¹⁰⁹ L.R.Q., c. C-11.

La publication de deux versions du *Code civil du Québec* correspondait donc à une pratique bien établie en 1991. Contrairement à ce qu'a affirmé un auteur, il ne s'agit pas d'une tentative délibérée de « garantir l'oubli » de la version anglaise du code civil¹¹⁰. Les éditeurs privés ont d'ailleurs publié les deux versions en regard. Il est évident que la publication séparée des lois visait à dissuader le lecteur de consulter l'autre version linguistique et qu'elle faisait suite à une tentative de nier le caractère officiel du texte anglais. Toutefois, elle peut également être rattachée à la politique de bonification continue de la langue juridique française mise en place dans les années soixante-dix. En effet, le 12 octobre 1977, le gouvernement du Québec a officiellement décidé de travailler à l'amélioration de la qualité des textes législatifs¹¹¹. À cette époque, la version française des lois laissait encore beaucoup à désirer, tandis que les anglicismes ou les calques de l'anglais étaient monnaie courante. Afin de faciliter l'assimilation graduelle du nouveau vocabulaire, il pouvait être nécessaire de dissuader les lecteurs francophones de consulter systématiquement la version anglaise sans tenir compte de celle qui était rédigée dans leur langue maternelle, fût-elle placée en regard.

De manière analogue, la Cour suprême du Canada a reconnu qu'il était légitime pour le législateur de réserver une place « nettement prédominante » au français en matière d'affichage commercial, sans exclure complètement l'anglais. En effet, dans un contexte de vulnérabilité de la langue française, le « visage linguistique » du Québec donnait l'impression aux francophones que l'anglais était devenu aussi important que le français et qu'il constituait à toutes fins utiles la langue du succès, dissuadant par le fait même certains anglophones d'apprendre de la langue de la majorité¹¹². En comparaison, la publication séparée des deux versions linguistiques de la loi semble une mesure assez modeste. Par ailleurs, le fait que l'éditeur officiel ait publié en 2004 une version bilingue du *Code civil*

¹¹⁰ Pierre LEGRAND, « De la profonde incivilité du *Code civil du Québec* », (1996) 36 *R.I.E.J.* 1 ; voir aussi Sylvie PARENT, « Le *Code civil du Québec*: incivilité ou opportunité? », (1996) 36 *R.I.E.J.* 15.

¹¹¹ « Décision n° 77-394 », citée par R. TREMBLAY, préc., note 37, p. IX. Sur le long combat pour l'amélioration de la version française des lois, voir Pierre ISSALYS, « La rédaction législative et la réception de la technique française » dans H.P. GLENN, préc., note 75, p. 119. Le même souci s'est manifesté lors de la refonte des lois de 1977 : GOUVERNEMENT DU QUÉBEC – COMMISSION DE REFONTE DES LOIS ET RÈGLEMENTS, « Présentation des lois refondues », L.R.Q. 1977, vol. Documentation, p. 11, à la p. 21.

¹¹² *Ford c. Québec (procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, 777-778.

du Québec indique peut-être un degré d'inquiétude moindre face à ce type de présentation¹¹³.

*
* * *

En raison de sa portée très large, des innombrables problèmes qu'elle tente de régler, des groupes multiples qu'elle cherche à satisfaire et des auditoires variés auxquels elle s'adresse, presque inexorablement, la loi prêtera flan à la critique. Si les mesures pour en assurer la qualité sont aussi nombreuses que variées, elles peuvent mener à des conclusions contradictoires. Ainsi, en éliminant certaines règles afin d'augmenter l'efficacité économique ou rendre plus concurrentiel un secteur économique, le législateur peut augmenter les risques pour les usagers. C'est du moins ce que nous incitent à croire les déraillements de trains de plus en plus fréquents auxquels on assiste actuellement. Les questions de ce genre sont examinées et débattues, avec bien d'autres, dans les officines gouvernementales, au moment de la définition des objectifs visés par la loi, parfois en consultant plus ou moins publiquement les acteurs du milieu touché, avec les risques de favoritisme que cela comporte. Au niveau fédéral, les études d'impact préalables sont d'ailleurs limitées au règlement, tandis qu'au Québec, elles sont requises pour certaines catégories de textes, qu'il s'agisse de lois ou de règlements. Leur portée déborde le strict cadre économique et leur effet réel est difficile à évaluer.

Concrètement, la préparation des projets de loi gouvernementaux se fait sous la supervision du cabinet ou de ses délégués. Au fédéral, deux légistes spécialisés travaillent ensemble; chacun rédige l'une ou l'autre des versions, anglaise ou française, du projet. Il bénéficie des commentaires de son collègue, ainsi que de la révision effectuée afin de vérifier la concordance des textes. En droit privé, les rédacteurs doivent également s'assurer de la compatibilité du projet avec les traditions de common law et de droit civil. Au Québec, le projet loi est simplement envoyé à une équipe de traducteurs qui peuvent prendre l'initiative de communiquer avec son rédacteur.

¹¹³ MINISTÈRE DE LA JUSTICE (dir.), *Code civil du Québec – Civil Code of Quebec*, Sainte-Foy, Publications du Québec, 2004, cité par N. KASIRER, préc., note 107, 502. Le problème est moins aigu depuis que les deux versions des lois sont disponibles en ligne, même si la présentation en regard représente sans aucun doute l'idéal à atteindre.

Dans le contexte canadien, la qualité de la loi soulève la question de la lisibilité dans les deux langues officielles. Longtemps, un combat a été mené contre les calques, les anglicismes, les faux amis et les barbarismes de la version française. Le problème est toutefois plus profond. La culture française privilégie les énoncés courts, généraux et synthétiques, même s'il peut être difficile d'atteindre cet idéal si les questions abordées sont techniques et complexes. Il s'agit là d'une caractéristique fondamentale des articles d'un code civil; en contrepartie, il appartient aux tribunaux de donner corps aux notions floues et d'élaborer des solutions inédites pour les cas inhabituels, idiosyncrasiques ou sans précédent, en s'inspirant des principes du code, de la doctrine et de la jurisprudence. Pendant longtemps, la conception de la common law était tout autre. Une certaine culture littéraire privilégiait les phrases alambiquées et tortueuses accumulant les idées dans un ordre parfois échevelé. Les lois ont longtemps été rédigées de cette manière, en plus de multiplier les synonymes et la description de situations factuelles, afin d'empêcher les tribunaux de trouver des échappatoires au texte.

De nos jours, il demeure assez fréquent que les lois canadiennes enchaînent des propositions décomposées en plusieurs hypothèses et intercalées au milieu d'une phrase. Certes, les traités de légistique rédigés en langue anglaise recommandent la brièveté à leurs lecteurs, mais ils manifestent une forte préférence pour la précision, c'est-à-dire les dispositions contenant des énumérations ou des descriptions, par opposition aux principes abstraits. Ils ne dissimulent pas leur hostilité aux notions floues ou ouvertes, en raison de la discrétion qui est ainsi accordée au tribunal. En revanche, il faut reconnaître que les formules concises d'une ou deux lignes ne sont pas toujours appropriées pour régler des problèmes complexes. Néanmoins, les attentes des lecteurs de common law et de droit civil concernant la qualité des lois sont clairement différentes, sans être aussi éloignées que jadis.

Au Québec, le bilinguisme imposé par la constitution est mis en oeuvre de la même manière qu'en 1867, c'est-à-dire en faisant traduire les projets de loi après qu'ils ont été rédigés en français. Il est vrai qu'il n'existe pas, comme au niveau fédéral, un commissaire aux langues officielles qui puisse contraindre le gouvernement à améliorer la version des textes de loi rédigée dans la langue de la minorité, comme cela fut fait au Canada dans

les années soixante-dix¹¹⁴. Quoi qu'il en soit, en 1991, l'adoption du *Code civil du Québec* a mis en évidence l'exécrable qualité de la version anglaise des lois québécoises. Si le ministre approuve dans les prochaines semaines la version révisée du *Civil code of Quebec* qui lui a été soumise, il aura fallu attendre vingt ans pour que la situation soit corrigée de manière satisfaisante. Il restera toutefois à bonifier le processus d'adoption et de traduction des lois québécoises. Car comme l'écrivait le juge Robert Taschereau, qui siégeait alors à la Cour suprême du Canada :

« Ce serait une erreur fâcheuse de croire qu'on sert son pays ou sa religion, en refusant dans une province, à une minorité, les mêmes droits que l'on revendique soi-même avec raison, dans une autre province. »¹¹⁵

¹¹⁴ Louis-Philippe PIGEON, « La rédaction bilingue des lois fédérales », (1982) 13 R.G.D. 177; GOUVERNEMENT DU CANADA – BUREAU DU CONSEIL PRIVÉ, préc., note 18, partie 2, Élaboration des lois, Chapitre 2.3 – Projets de loi: rédaction et approbation par le Cabinet.

¹¹⁵ *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834, 840.