

# Le développement d'une méthodologie de la création du droit écrit

---

PAUL DELNOY

*Du 9 au 11 septembre 1993 s'est tenu à Liège le premier Congrès de l'Association européenne de législation. Dans la perspective de la congrès, qui a été consacré au développement d'une méthodologie de la création du droit écrit, le professeur Paul Delnoy a rédigé une note préparatoire qui donne à notre avis un excellent aperçu des problèmes auxquels la légistique doit s'intéresser. Nous la reproduisons ci-après sous une forme légèrement modifiée.*

## 1. La collecte des expériences et travaux de légistique

- **La légistique** dont il est ici question concerne la rédaction de **tout type de règle écrite émanant directement ou indirectement d'un organe normatif étatique**: traité international, norme constitutionnelle, loi, décret, règlement, etc. Par commodité de langage, on parlera de "loi"; mais le mot devra, sauf indication contraire, être pris dans son sens le plus large, comme désignant toute norme écrite d'origine étatique.

Une distinction est faite entre le législateur et le légiste. **Le législateur** est l'organe étatique ou interétatique qui dispose du pouvoir de donner force juridique à un texte. **Le légiste** est la personne qui ne dispose pas du pouvoir normatif, mais fait des suggestions au législateur relativement à la manière de concevoir la règle sur le plan du fond et celui de la forme et l'éclaire sur le processus à suivre pour donner force juridique à cette règle.

- Si l'on définit la règle de droit écrite comme étant la communication de la volonté du Pouvoir normatif aux sujets de droit, la légistique est la science de la confection de **lois effectives** - c'est-à-dire de règles qui ne restent pas lettres mortes - et **efficaces** - c'est-à-dire de

règles qui ont exactement les effets que le Pouvoir normatif veut leur voir produire.

- Le processus de création du droit écrit a été divisé - de manière forcément arbitraire - en **trois temps**:
  1. la détermination du contenu de la norme à rédiger;
  2. la rédaction de la norme;
  3. le recours au processus juridique de mise en vigueur de la norme.

### 1.1 La détermination du contenu de la norme

- La loi est un instrument de réalisation des objectifs du législateur. Le légiste ne peut donc pas élaborer une loi adéquate s'il ne **connait** pas de manière précise l'objectif ou **les objectifs que, par elle, le Pouvoir normatif veut atteindre**.

Existe-t-il des techniques - de type psycho-sociologique (?) - propres à faire **préciser** par le Pouvoir normatif **les objectifs** qu'il poursuit? Sinon comment procède-t-on?

- Très souvent le législateur veut tout simplement satisfaire des besoins législatifs ressentis par les tribunaux ou les juristes praticiens. Très souvent aussi, le législateur se satisfait de juridifier des pratiques ou d'intégrer dans l'ordre juridique des solutions puisées dans des ordres juridiques étrangers.

Dans quelle mesure la jurisprudence, la pratique contractuelle, la législation étrangère, notamment, sont-elles exploitées pour **découvrir des besoins législatifs** à satisfaire et **les moyens d'y répondre**? Procède-t-on à l'interrogation directe des milieux juridiques (notariat, barreau, magistrature, juristes d'entreprise, juristes d'administration, etc.) pour découvrir des points sur lesquels des besoins de changement se font sentir, ainsi que la manière de les satisfaire? Dans l'affirmative, quelle est l'efficacité de ces enquêtes?

- Comme très souvent les objectifs poursuivis sont contradictoires ou d'inégale importance, le légiste dispose-t-il des outils qui permettent leur conciliation? Il ne s'agit évidemment pas pour lui de prendre une décision à la place du Pouvoir normatif concerné, mais de l'amener - ou d'amener ces composantes - à prendre une décision cohérente, qui soit **l'expression claire de la volonté du législateur**.
- Puisque le souhait du législateur est d'adopter des règles effectives et efficaces, il doit être éclairé sur la puissance exacte du droit sur les comportements.

On s'interrogera donc sur l'omnipotence ou la puissance limitée du droit. N'y a-t-il pas des domaines dans lesquels les lois se révèlent impuissantes? Ne dispose-t-on pas d'expériences sur ce point? Connaît-on les limites de la puissance et donc de l'impuissance du législateur?

- Alors même que l'on se situe à l'intérieur des limites de la puissance législative, il est des cas dans lesquels il n'est pas souhaitable de légiférer, par exemple parce que d'autres mesures que la loi pourraient s'avérer plus efficaces qu'elle ou parce qu'il existe d'autres normes qui ont déjà fait apparaître leur efficacité.

Avant même d'entreprendre la rédaction d'un texte, se demande-t-on systématiquement **s'il faut légiférer**?

Dans cet ordre d'idées, la légistique est, spécialement après ou durant une période d'inflation législative, la science de créer le droit écrit à **bon escient**. Elle est également la science de la suppression des règles qui ont été créées à **mauvais escient**.

Sur ce point dispose-t-on de critères rigoureux?

- Pour que le message, en quoi consiste la loi, ait plus de chances d'être suivi, il est souhaitable que **le contenu de la règle à rédiger présente certaines qualités**. Il faut principalement que, par elle, le législateur **ne commande rien d'impossible**. Evidemment, en premier lieu, rien d'impossible **matériellement**. En deuxième lieu, rien d'impossible ni **économiquement**, ni **socialement** parlant. Rien d'impossible, en troisième lieu, **juridiquement**.

Lorsqu'on fait une loi, procède-t-on à des calculs de "faisabilité" sur le plan économique et sur le plan social? Que fait-on pour éviter l'impossibilité juridique qui résulte des antinomies?

- Pour accroître ses chances d'être suivie, **la règle doit également être "acceptable"** (?), c'est-à-dire être déjà pratiquée par les citoyens à titre d'usage, voire de coutume, ou être envisagée avec sympathie par eux. Tient-on compte du degré d'"acceptabilité" de la loi à rédiger. Doit-on toujours en tenir compte?
- Pour que le message soit suivi, il faut enfin (?) **qu'il soit complet**. Recourt-on à des techniques destinées à éviter les lacunes de la loi? Existe-t-il des listes de questions à se poser en fonction du contenu de la loi à rédiger? Sinon comment fait-on pour être certain d'envisager tous les problèmes?
- Lorsque l'objectif à atteindre est déterminé, il faut encore **choisir les instruments d'orientation des comportements** à utiliser.

L'Etat dispose de différents moyens qui vont de l'emploi de la force (armée, prisons, saisies) jusqu'à la persuasion (notamment grâce aux media) en passant par les incitants financiers. Le légiste devrait avoir une connaissance approfondie de ces moyens, ainsi que des limites de leur utilisation.

C'est le rôle du légiste - qui connaîtrait la puissance relative de ces instruments - d'informer le Pouvoir normatif des résultats de leur utilisation. Bien entendu, c'est au législateur, comparant ces résultats, qu'il revient, en définitive, de décider quel instrument il choisit.

Il n'appartient pas au légiste de décider, mais de suggérer des solutions concevables, en faisant apparaître les implications des choix. Celles-ci sont très souvent directement ou indirectement financières; elles peuvent être d'ordre psychologique ou sociologique. Le légiste doit les faire apparaître pour que le Pouvoir puisse, en connaissance de cause, soit adopter cette politique (en sachant qu'il a ou qu'il n'en a pas les moyens), soit modifier ses vues.

**A quels moyens faut-il avoir recours** pour orienter les comportements de la manière voulue?

- Lorsque le contenu de la norme projetée est précisé, il serait souhaitable, avant de passer à sa rédaction, de procéder à un examen de ses **effets possibles**, notamment pour voir si elle ne risque pas d'avoir des effets pervers et la corriger pour qu'il n'en soit rien.

A cet égard, a-t-on recours à une technique permettant de simuler les effets de l'adoption de différentes solutions législatives? A-t-on étudié la psycho-sociologie du destinataire des lois? Essaie-t-on de savoir quels comportements seront adoptés en réaction aux mesures projetées? Certaines législations sont mieux suivies que d'autres. A-t-on cherché à savoir pourquoi?

## 1.2 La rédaction de la norme

- Lorsqu'il passe à la rédaction de la norme, le légiste doit envisager la loi d'un point de vue purement formel, puisque alors il s'attache à donner une forme au contenu normatif souhaité par le législateur. Or, à ce point de vue, la loi est la communication d'un message du Pouvoir normatif aux citoyens et à cet égard, l'analyse de la loi, comme de tout autre message (écrit), relève de **la théorie de la communication**.

L'intérêt de cette théorie pour la légistique ne gît pas tellement dans ses aspects explicatifs du phénomène de mise en commun d'idées grâce au langage (ici écrit). L'intérêt du recours à la théorie de la communication gît dans **les directives pratiques** qu'elle peut fournir à la légistique dite "formelle" - que, sur la suggestion de Gérard Cornu, on pourrait appeler "nomographie", science de l'écriture des lois (G. CORNU, Linguistique juridique, (Ed. Montchrestien) Paris 1990, p. 40, note 31) - en vue de réaliser une communication autant que faire se peut parfaite du message du législateur au citoyen. Il n'est que de réfléchir un instant pour dégager les conditions sine qua non de la communication: il faut que le producteur des vocables - le législateur - et le récepteur du message - le sujet de droit - associent les mêmes concepts aux mêmes signes graphiques et qu'ils donnent à ces concepts exactement la même extension, donc qu'ils les définissent en compréhension exactement de la même manière.

S'est-on employé à demander à la théorie de la communication des enseignements pratiques pour la nomographie?

- Existe-t-il des directives concrètes de légistique formelle ou de nomographie?
- Celui qui cherche à énoncer de telles directives a beaucoup de peine à ne pas devoir se contenter de répéter les qualités que doivent présenter les textes: clarté, concision, simplicité, précision, etc. Ne serait-il pas pédagogiquement plus efficace de partir plutôt des **erreurs** que présente la rédaction de certains textes et de montrer comment elles pourraient être corrigées.

De telles erreurs sont révélées, en premier lieu, par les décisions dans lesquelles les tribunaux se prononcent en droit. A propos de chacune de ces décisions, se demande-t-on systématiquement si le litige auquel elle a mis fin est né en raison de la manière dont est rédigé le texte appliqué et, dans l'affirmative, fait-on la "théorie" de l'erreur dégagée et s'essaie-t-on à proposer une solution pour ce type d'erreur?

Dans les pays qui possèdent un organe de contrôle a priori de la rédaction des textes, a-t-on songé à faire le relevé et la systématisation des critiques formulées par cet organe ainsi que des corrections suggérées par lui?

- Dans le cadre de la rédaction des textes, se pose la question de savoir si le législateur doit employer le **langage commun** ou s'il doit recourir à un **langage spécifique**. Existe-t-il à cet égard des directives précises?
- A-t-on examiné le bien-fondé du recours à la technique de **définition** des concepts au début d'un texte d'une certaine ampleur? Et, dans la mesure où on estime bon de procéder de la sorte, dispose-t-on de directives relatives à la manière de réaliser ce travail définitionnaire?

En général, on tombe d'accord sur le fait que ce procédé a ses limites: il n'est en tout cas pas souhaitable qu'un même vocable reçoive des sens différents dans un même texte; il n'est peut-être pas souhai-

table non plus qu'il reçoive des sens différents suivant les textes dans lesquels il est employé. Veille-t-on à cette **unité du langage**? Comment y parvient-on?

Recourt-on à des **dictionnaires juridiques**? Sur ce plan, **l'informatique** est-elle de quelque secours?

- Dans les pays où règne le **plurilinguisme**, comment procède-t-on pour éviter les difficultés?

### **1.3 Le recours au processus de mise en vigueur de la norme**

- Le processus de mise en vigueur de la norme projetée varie d'après le type de norme auquel appartient celle que l'on veut créer.

Il faut donc se demander, si on décide de légiférer, **sous quelle forme** il faut le faire. Il est des cas dans lesquels le contenu de la règle projetée impose le recours à un type de norme déterminé. Lorsqu'il n'en est rien, quels sont, comparés à tous les points de vue, notamment ceux de l'effectivité et de l'efficacité, les avantages et les inconvénients des différentes formes du droit écrit?

- Pour avoir toutes les chances d'être effective et efficace, la norme doit **satisfaire à des conditions de mise en vigueur** déterminées. Dans les détails, celles-ci varient d'un pays à l'autre; dans l'abstrait, elles sont communes à tous les systèmes juridiques (?). Ce sont ces conditions qui, si elles ne sont pas respectées, justifient des organes étatiques ou des tribunaux à invalider la norme concernée, soit en la déclarant nulle, soit en refusant de l'appliquer.

Il appartient au légiste de vérifier leur respect par la norme qu'il suggère au législateur d'adopter. Et s'il s'avère que la norme que le législateur s'apprête à adopter viole ou risque de violer l'une ou l'autre de ces conditions, le légiste doit en avertir le législateur et, sauf si ce dernier décide de passer outre, lui suggérer des solutions de rechange.

Ces conditions juridiques d'élaboration du droit écrit sont au nombre de **quatre**.

A propos de chacune d'elles, il n'est pas demandé de faire un exposé de droit positif. Il est plutôt demandé de faire part d'idées méthodologiques intéressantes susceptibles d'être importées par d'autres pays ou, au contraire, d'erreurs que d'autres doivent être attentifs à ne pas commettre.

- 1° La norme doit être élaborée par **un organe valablement constitué**.

On suppose que dans tous les pays, pour chaque organe normatif, quelle que soit sa place dans la pyramide des Pouvoirs normatifs, existe une énumération précise des conditions à respecter par cet organe pour être apte à produire le type de norme qu'il est seul habile à engendrer.

- 2° La norme que le légiste suggère à l'organe normatif d'adopter doit **rester dans les limites des pouvoirs** normatifs dudit organe.

On suppose également que dans tous les pays, pour chaque organe normatif, quelle que soit sa place dans la pyramide des Pouvoirs normatifs, existe une description précise des limites de ses pouvoirs *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione loci*, voire *ratione temporis* (?).

*Ratione materiae* les pouvoirs de chaque organe normatif sont limités en raison de la place qu'il occupe dans la hiérarchie des organes normatifs. A cet égard, dans nombre de pays européens, une limitation importante résulte de l'adhésion à la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Rome et à ses Protocoles additionnels ou au Pacte international du 19 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (New York). Existe-t-il un énoncé précis des limitations que ces dispositions internationales apportent aux pouvoirs des législateurs nationaux?



- 3° La norme doit être élaborée selon **une procédure déterminée**.

Existe-t-il dans tous les pays, pour chaque type de norme écrite, quelle qu'elle soit, une description de la procédure à suivre pour aboutir à sa mise en vigueur?

- 4° La norme doit être exprimée dans des **formes précises**.

On pose ici la question de savoir si toutes ou certaines des normes écrites doivent être rédigées suivant un certain canevas ou si elles doivent comporter des **formules prédéterminées**.

On s'interroge également à cet endroit sur les formes dans lesquelles chaque type de norme doit éventuellement être **publiée**.

A cet endroit, quelles initiatives ont été prises pour faciliter la connaissance de la norme par les sujets de droit? A-t-on recours aux moyens modernes d'information, pour ne pas dire de publicité?

- Pour dégager positivement des conditions juridiques d'élaboration des textes, on tablera également sur la pédagogie de l'erreur, comme précédemment. Dans les pays qui possèdent des organes de contrôle a posteriori des textes - contrôle de légalité au sens large - procède-t-on également à un relevé et à une systématisation des **erreurs** commises sur le plan où on se situe maintenant?

## 2. **La collecte des suggestions pour contribuer à la confection des textes d'une manière plus méthodique**

- Ce n'est pas d'aujourd'hui que nos pays ont pris conscience de la **nécessité de procéder à la création du droit d'une manière plus méthodique**. Quelles initiatives concrètes ont été prises dans ce but, quelles expériences ont été tentées, quels projets susceptibles d'aboutir prochainement sont en voie de réalisation?

Ces initiatives ont pu se situer à une des étapes du processus de création du droit. Elles ont pu viser à améliorer la détermination des objectifs du législateur ou la recherche des besoins législatifs. Elles ont pu être destinées à améliorer la rédaction des textes. Elles ont pu tendre à perfectionner le processus de mise en vigueur de la norme.

Lesquelles de ces initiatives ont donné des résultats encourageants? Lesquelles ont avorté? Pour quelles raisons?

- Dans cet ordre d'idées, un moyen fécond consisterait à procéder d'une manière systématique, sur le double plan de l'**effectivité** de la loi et de son **efficacité**, à ce que Luzius Mader a appelé l'**évaluation législative** (L. MADER, *L'évaluation législative*, Lausanne (Payot) 1985 (= coll. jur. romande)).

L'objectif est de mettre en oeuvre une fois de plus la pédagogie de l'erreur. En s'interrogeant sur les raisons de l'effectivité ou les causes d'ineffectivité de la loi qu'il a contribué à créer et en vérifiant que les effets produits par la loi sont conformes aux attentes du Pouvoir normatif ou, au contraire, en cherchant les raisons pour lesquelles elle a des effets pervers, le légiste peut faire une abondante moisson d'enseignements intéressants pour la légistique.

- Plusieurs de nos pays ont pris conscience de l'existence d'un déficit dans la **formation** des juristes et plus encore dans la formation de ceux qui ne sont pas juristes et qui néanmoins coopèrent à la rédaction des textes, au sein des administrations et des cabinets ministériels.

Quelles initiatives ont-ils prises à cet égard? Quels en sont les résultats?

- Il sera suggéré au Congrès de **réfléchir à la création**:  
1° d'une **collection de travaux scientifiques**, dans laquelle prendraient notamment place les actes du Symposium de Bad Homburg et ceux des congrès à venir, ainsi que les thèses et monographies relatives à la science de la législation;

- 2° **un centre de documentation** rassemblant tous les travaux scientifiques sur le sujet ou, à tout le moins, les références à ces travaux;
- 3° **une revue** qui, sans faire double emploi avec des revues de législation existantes, diffuserait aux membres de l'EAL toutes informations utiles.