

L'intelligibilité du droit et les conséquences de la codification : l'inintelligibilité croissante de la loi

Catherine BERGEAL*

Je commencerai mon propos en exprimant mes plus vifs remerciements à l'institut canadien d'administration de la justice pour son invitation et pour l'occasion qu'il me donne de travailler aujourd'hui, avec vous, sur un sujet qui me tient à cœur : la qualité de la réglementation.

C'est un sujet sur lequel je travaille depuis longtemps. Au secrétariat général du gouvernement (équivalent au bureau du conseil privé au Canada) en 1993, j'avais participé à la rédaction d'une circulaire du Premier Ministre sur les règles d'élaboration des textes. C'est l'ancêtre du guide de légistique paru en 2006.

La rédaction des textes normatifs est un sujet austère qui n'a longtemps pas intéressé grand monde en France. Lorsque j'avais écrit, il y a dix ans, un ouvrage consacré à la bonne rédaction des textes normatifs, mon éditeur qui m'avait pourtant passé commande de cet ouvrage, s'était montré très perplexe sur l'existence d'un seul lecteur sur un tel sujet!

En introduction, je voudrai souligner en quelques mots que la réflexion sur la qualité de la réglementation en France une importance qu'il n'avait pas lors de la parution de mon ouvrage, il y a dix ans.

En dix ans, en effet, ce sujet est devenu un thème important de la réforme de l'Etat. C'est un sujet plus politique que juridique. Il s'agit, avant tout, de lutter contre l'instabilité et la prolifération législative. Instabilité et prolifération que les pouvoirs publics dénoncent et du même élan contribuent à alimenter, sans qu'il faille distinguer entre responsabilité du gouvernement ou du Parlement. Un seul exemple: la loi sur la privatisation de Gaz de France dont le débat s'ouvre au Parlement vient de donner lieu à un record : près de 140 000 amendements ont été

* Maître des requêtes, Conseil d'État, directrice des Affaires juridiques, Ministère de la Défense, Paris, France.

déposés. Est-il utile de préciser que ces 140 000 amendements n'ont pas pour objet principal d'améliorer la rédaction de la loi et qu'ils vont avoir pour effet certain de la dégrader?

En France, la « légistique » — cet art de rédiger les lois — ne fait pas l'objet d'une formation universitaire et aucun organisme ne fait en France le travail de réflexion que mène l'ICAJ au Canada. Une seule formation existe à l'Ecole nationale d'administration où elle fait partie des matières obligatoires enseignées à une centaine de hauts fonctionnaires. Il faut citer aussi quelques formations assez éparses au sein des instituts régionaux d'administration, qui forment les attachés d'administration. Cette carence est d'autant plus préoccupante que nous ne disposons pas en France, comme au Canada, de légistes spécialisés dans la rédaction des textes : tous les fonctionnaires, chacun dans leur domaine de compétence technique, peuvent être amenés à rédiger des textes normatifs, lois, décrets, arrêtés, instructions diverses et sont censés maîtriser du seul fait de leur qualité d'agent public un art qu'ils n'ont jamais appris.

Cette relative carence française aujourd'hui, a me semble t'il, deux causes :

- d'abord, le lien historique qui lie en France l'édification de l'Etat, la centralisation administrative et l'usage obligatoire d'une langue unique. Depuis l'ordonnance de Villers Cotterets en 1539 le français est imposé dans tous les actes officiels. Son monopole en France et sa relative suprématie en Europe ont longtemps laissé la France ignorante des contraintes de du multilinguisme. L'influence de l'anglais dans l'élaboration du droit européen, qui va croissante avec les élargissements successifs de l'Union européenne, met en évidence le retard français dans l'usage des techniques du jurilinguisme;
- le second motif de cette carence est peut être du aussi au fait que le savoir-faire français en matière de rédaction des textes s'est largement focalisé sur l'art de la codification

C'est de cette expérience de la codification française dont je souhaite vous parler.

Mon propos vous paraîtra peut être quelque peu iconoclaste. En effet, je ne partage pas entièrement l'enthousiasme inconditionnel de la plupart des juristes et politiques français pour la codification.

J'ai moi-même participé à la codification de nombreuses lois. J'ai eu la responsabilité directe, dans l'exercice de mes activités de directrice des affaires juridiques du ministère de la défense, de la création du code de la défense promulgué en décembre 2004 et de la refonte du code de justice militaire promulgué en juillet 2006.

Je suis convaincue des grands mérites de la codification, je suis tout aussi convaincue de ses limites.

Nous sommes, je crois, ici directement dans l'objet même de ce colloque. Dans quelle mesure la codification est-elle une bonne réponse à la question : comment bien rédiger la loi pour le destinataire ?

Je développerai mon propos en quatre points

- le lien historique entre codification et communication
- la place actuelle en France de la codification
- les conséquences du développement de la codification sur l'intelligibilité de la loi
- les conditions d'une bonne utilisation de la codification

I. Le lien historique entre codification et communication

1.1 Ce qu'est la codification :

Le mot code vient du latin codex, qui signifie le recueil. Il se définit comme l'ensemble des lois et dispositions légales relatives à une matière spéciale¹. C'est un ensemble cohérent et écrit de normes claires

¹ Dictionnaire Le petit Robert 1978.

conçues comme définitives et impératives, publiées et sanctionnées²
 Codifier « ce n'est pas compiler ou empiler, ce n'est pas mettre bout à bout des textes dans un ordre quelconque comme le font certains éditeurs privés, c'est regrouper des textes normatifs dans un ensemble cohérent ».³
 Ce regroupement est validé par le pouvoir politique, par le Parlement pour la partie législative, par le gouvernement pour la partie réglementaire.

1.2 Des sources historiques :

Ainsi entendue, la codification a des sources historiques fort anciennes.

On cite traditionnellement les 282 articles du code d' Hammourabi 17ème siècle avant JC; les Tables de la loi que Moïse rapporte du mont Sinaï⁴ constituent déjà un code dont le livre du Lévitique constituerait la partie réglementaire.

On distingue souvent deux types de codification :

- la codification qui réforme, c'est à dire qui crée un droit nouveau : c'est la codification de type napoléonienne code civil
- et la codification qui reforme c'est à dire qui restructure sans le modifier le droit déjà existant.

La frontière entre les deux catégories a toujours été fluctuante.

Pour le codificateur historique que ce soit Hammourabi, l'empereur romain Justinien ou le consul Bonaparte, la codification remplit, d'abord, une fonction politique : la codification est une prise de pouvoir.

² Discours d' Alain Plantey, conseiller d'Etat, membre de l'institut l'académie, des sciences morales et politiques à l'occasion du bicentenaire du code civil.

³ Guy Braibant conseiller d'état président de la commission de codification « La problématique de la codification in Savoir innover en droit Hommage à Lucien Meh ». La documentation française 1999.

⁴ Exode 34:6.

Le codificateur affirme son autorité sur ses sujets en leur dictant sa loi. Pour atteindre cet objectif, il fait triompher une loi unique — sa loi — sur les droits divers, en particulier les droits coutumiers. Il a dès lors l'obligation d'exhaustivité : le code opère un partage définitif entre ce qui est la loi (le contenu du code) et ce qui n'existe plus (tout ce qui n'est pas dans le code).

Le codificateur écarte la loi étrangère et impose la sienne : c'est ainsi que Napoléon impose, les codes français aux Etats européens occupés —.

Le codificateur veut écarter toute interprétation qu'il ne maîtriserait pas, et en particulier celle des tribunaux ou des légistes. Un code se suffit à lui-même⁵. La codification est un instrument de dialogue direct, sans intermédiaire, entre le pouvoir politique qui dicte sa loi et le citoyen qui désormais éclairé, n'a plus qu'à exécuter.

Clarté et codification sont inséparables : la clarté est un moyen au service du pouvoir central pour imposer sa volonté au citoyen et aux juristes. C'est bien pourquoi elle peut rencontrer quelque résistance : ainsi que l'analysait Alexis de Tocqueville dans son Voyage en Amérique au XVIIIème siècle.

« Les légistes américains font en général des éloges emphatiques du droit coutumier. Ils s'opposent de toutes leurs forces à la codification, ce qui s'explique de cette manière 1) si la codification avait lieu, il leur faudrait recommencer leurs études 2) la loi devenant accessible au vulgaire, ils perdraient une partie de leur importance. Ils ne seraient plus comme les prêtres de l'Égypte, les seuls interprètes d'une science occulte ...» (Voyage en Amérique, Tocqueville, collection la pléiade t 1 p. 320.

⁵ Ce qui est, à l'évidence une illusion. Les codes suscitent immédiatement des commentaires : Tous les utilisateurs en France d'un code, qu'ils soient magistrats, juristes ou étudiants n'utilisent jamais les codes bruts du journal officiel, mais les codes dit annotés des éditeurs privés, enrichis de jurisprudence.

1.3 La place de la codification dans l'histoire politique française

L'histoire de la codification en France est liée à l'histoire de l'édification de l'État : le premier code français identifié date du 15^{ème} siècle⁶. Mon propos n'est pas de vous faire l'histoire de la codification.

1.3.1

Je souhaite, cependant, m'arrêter un instant sur l'époque révolutionnaire. D'abord, parce que c'est celle qui ouvre le chantier général de la codification que, depuis lors, les gouvernements français n'ont jamais abandonné.

Le premier objectif des révolutionnaires est celui d'être entendu par le peuple. L'article 19 de la grande loi révolutionnaire des 16 et 24 août 1790 dispose « *les lois civiles seront revues et réformées par les législateurs et il sera fait un code général des lois simples, claires et appropriées à la Constitution* »⁷. Les codes napoléoniens⁸ qui sont promulgués de 1804 à 1811 sont directement issues des travaux révolutionnaires.

⁶ L'ordonnance de montils les tours en 1453 recense et rédige les différentes coutumes de France. Par l'ordonnance de Blois, en 1579, le roi Henri III ordonne le recueil complet des édits et ordonnances du royaume de France. Le premier code véritablement novateur, c'est à dire qui ne soit pas une simple compilation des textes existants mais une réorganisation de l'ensemble du droit est l'ordonnance royale de 1673 dite code marchand ou code Savary, du nom du ministre responsable.

⁷ « Les révolutionnaires se fixent comme objectif de 'rédiger un code succinct et complet des lois rendues jusqu' à ce jour, en supprimant celles qui sont devenues confuses ».

⁸ Code civil 1804 ; Code de procédure civile 1806; Code de commerce 1807. Code d'instruction criminelle 1808 et Code pénal 1811.

1.3.2

Depuis la période révolutionnaire, l'entreprise française de codification ne s'est jamais arrêtée, même si elle a connu des périodes de sommeil⁹. Elle a, cependant, changé de signification politique. Il ne s'agit plus de conquête du pouvoir, mais de réforme de l'Etat.

C'est dans ce contexte que le gouvernement se donne en 1995 l'objectif utopique de codification totale. La codification est alors vue comme le remède souverain aux maux de la prolifération et de l'instabilité législative. La codification n'est plus au service du pouvoir, elle est conçue comme un instrument au service du citoyen.

Ce changement de perspective apparaît dans le discours du Président de la République à l'occasion du bicentenaire en 2004 du code civil – moment d'une grande célébration de la codification à la française— :

- « Codifier c'est, d'abord, faire le choix d'une norme claire et facile d'accès pour mieux garantir la sécurité juridique et l'égalité devant la loi. La loi doit être accessible et compréhensible par tous.
- Codifier c'est, aussi, introduire davantage de cohérence au sein des règles de droit en faisant apparaître l'esprit des lois par-delà l'empilement des textes »¹⁰.

II. La place actuelle de la codification en France

2.1 La codification connaît une double consécration politique et juridique

⁹ Elle est périodiquement relancée en particulier en 1948. La codification a connu un changement de statut décisif en 1989 avec la création d'une institution permanente dédiée : la commission de codification à laquelle la très longue présidence du conseiller d'Etat Guy Braibant (1927 – 2005) a donné la légitimité nécessaire pour contraindre les administrations à ce travail long et fastidieux.

¹⁰ Voir le rapport de la commission de codification pour l'année 2004, Editions du Journal officiel.

2.1.1 Politique ...

On est entré depuis 1995 en France dans l'ère de la codification triomphante. C'est en effet, lors du séminaire consacré à la réforme de l'Etat qu'il tient en septembre 1995, que le gouvernement décide d'achever la codification de l'ensemble des lois et règlements dans le délai de 5 ans¹¹. Il s'agit d'une des mesures les plus spectaculaires du programme arrêté alors.

L'objectif proclamé est de faciliter « *la mise en œuvre du principe selon lequel nul n'est censé ignorer la loi et permettre aux citoyens, aux élus, aux fonctionnaires, aux entreprises de mieux connaître leurs droits et obligations* ».

Le programme était, à l'évidence, trop ambitieux : 11 ans plus tard, il n'est pas achevé.

2.1.2 Et juridique : l'acquisition du statut constitutionnel :

Par une décision du 13 décembre 1999, le Conseil constitutionnel¹² juge que « la codification répond à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ». Les principes de la codification acquièrent ainsi valeur constitutionnelle. L'entreprise de codification totale dans laquelle s'était lancé le gouvernement acquerrait la plus haute légitimité juridique à laquelle elle pouvait prétendre.

2.2 Des moyens importants sont consacrés à l'œuvre de codification

¹¹ Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires.

¹² Voir aussi n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 ; n° 2004-500 du 29 juillet 2004.

2.2.1 Moyens juridiques.

A partir de 1999, le gouvernement décide de recourir, avec l'aval du Conseil constitutionnel, à la technique de l'ordonnance. Le Parlement délègue son pouvoir de légiférer pendant une durée limitée en général entre 6 et 18 mois. Le pouvoir exécutif promulgue le code par ordonnance et le fait ratifier ensuite par le Parlement, ce qui lui donne la valeur législative. Cette nouvelle technique a permis d'accélérer considérablement le rythme de la codification¹³.

2.2.1 Moyens administratifs.

En 1989 a été créée une administration particulière : la commission de codification¹⁴, composée de hauts fonctionnaires et de deux parlementaires. Placée auprès du Premier ministre, elle a en charge la programmation des travaux et le suivi de leur avancement. Elle ne rédige pas elle-même les codes : Chaque ministère reste en charge, sous le contrôle de la commission de codification des travaux de codification. Le règlement des différents inévitables entre ministères, notamment en ce qui concerne le périmètre des codes, est soumis au cabinet du premier ministre si la commission de codification ne parvient pas à trouver un compromis.

2.2.2 La fixation d'une doctrine.

La doctrine générale de la codification a été arrêtée par une circulaire du Premier Ministre en 1996¹⁵.

¹³ L'accélération de la codification s'était heurtée, en effet au goulot d'étranglement de l'ordre du jour encombré des assemblées parlementaires. Elle s'était heurtée aussi à la répugnance des parlementaires à voter un ensemble de dispositions législatives, sans pouvoir les amender, en particulier lorsqu'il contient des dispositions autrefois combattues. En 1994 l'assemblée nationale en était même venue à rejeter le code du commerce qui lui était soumis.

¹⁴ Décret n°89-647 du 12 septembre 1989. Ses rapports annuels sont publiés à la Documentation française.

¹⁵ Circulaire du 30 mai 1996 publié au Journal officiel du juin 1996.

Le principe jusqu' à l'année 2006 était que la codification se fait à droit constant. Ceci ne signifie pas, cependant, qu'elle recopie servilement le droit existant. C'est là qu'intervient l'objectif d'intelligibilité du droit. La loi du 2 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leur rapport avec l'administration ne fait que reprendre une pratique déjà bien établie, lorsqu' elle dispose que « la codification législative se fait à droit constant, sous réserve des modifications nécessaires pour améliorer la cohérence rédactionnelle des textes rassemblés, assurer le respect de la hiérarchie des normes et harmoniser l'état du droit ».

Le codificateur fait, d'abord, un travail de juriste¹⁶ : il vérifie la validité des normes à codifier, abroge les lois devenues obsolètes ou contradictoires¹⁷. Il vérifie la validité des normes, par rapport à la Constitution de 1958¹⁸ et par rapport aux engagements internationaux de la France et écarte celles qui leur sont contraires.

Le codificateur fait en même temps un travail de rédaction, au sens strict. Il modernise le langage, en supprimant les archaïsmes ou les concepts légaux disparus : ainsi, il remplacera autorité paternelle par autorité parentale. Il rectifie syntaxe, vocabulaire, ponctuation. Le codificateur applique les normes modernes de rédaction, par exemple en remplaçant le temps futur par le temps présent.

2.2.3 Une technique éprouvée

La technique de codification est elle-même parfaitement codifiée. Le code français est un jardin à la française : ordonné, logique. Chaque

¹⁶ La codification permet de résoudre nombre de problèmes juridiques : elle procède par exemple à des abrogations expresses de dispositions dont l'abrogation n' était qu' implicite ; ces dernières dispositions sont regroupées dans un article qui commence par « sont et demeurent abrogées... ».

¹⁷ La promulgation du code de la défense a entraîné l'abrogation de 71 lois dont 17 n'ont vu aucune de leurs dispositions reprises et dont la plus ancienne datait de 1791.

¹⁸ Les lois antérieures à 1958 peuvent ne pas être conformes à la Constitution de la 5^{ème} république, en particulier en ce qui concerne la répartition des compétences entre le législateur et le pouvoir réglementaire.

partie est divisé en partie L ou législative et R ou réglementaire¹⁹, subdivisée en livres, titres et chapitres. Le plan de la partie réglementaire est le même que celui de la partie législative, afin que le lecteur puisse en se reportant à l'article en R portant le même chiffre que l'article en L voir immédiatement quelles sont les dispositions réglementaires qui se rapportent à la partie législative qui l'intéresse. La numérotation est décimale. Les numéros des articles sont composés de trois chiffres indiquant le livre, le titre et le chapitre : l'article L 111-1 du code du travail figure est le 1^{er} article du 1^{er} chapitre du 1^{er} livre du 1^{er} titre.

Il s'ensuit nécessairement que la technique de codification est une technique complexe : des logiciels de rédaction ont donc du être créés²⁰ pour aider les équipes de codification. Pour partie d' ailleurs, l'entreprise de codification totale n'a été rendue possible que parce que de nouveaux outils techniques l'ont permis.

2.2.4 Des moyens humains renforcés.

Les travaux sont confiés à des équipes dédiées que doit constituer chaque ministère. En général rattachées à la direction en charge des affaires juridiques du ministère, ces missions de codification sont assistées par un rapporteur permanent, désigné par la commission de codification, membre du conseil: d'Etat. Ces moyens sont indispensables, car les travaux de codification sont extrêmement longs et le découragement gagne facilement des administrations qui ont toujours d'autres priorités réglementaires. Pour n'en donner qu'un exemple : la partie législative du code de la défense a nécessité 4 ans de travaux avec une équipe de 4 personnes. La mission de codification de la défense continue ses travaux pour la partie réglementaire estimée à deux ans et demi.

¹⁹ On distingue à l'intérieur de la partie réglementaire par des lettres particulières les décrets en conseil d'état R, les décrets en conseil des ministres R* et les décrets simples D, voire les arrêtés A.

²⁰ Le logiciel Magicode a été mis au point par le ministère de l'intérieur pour l'élaboration du code général des collectivités territoriales.

2.3 Le bilan en 2006

En 2006, le bilan est de 63 codes promulgués, regroupant 85 669 articles législatifs et réglementaires : codes aussi divers, je prends le premier et le dernier dans l'ordre alphabétique que le code de l'action sociale et des familles et le code de la voirie routière.

La codification est un processus sans fin : les codes doivent être complétés de leur partie réglementaire, qui tarde trop souvent. Le temps que soit élaborée cette partie réglementaire, la partie législative a bien souvent évolué dans des proportions parfois considérables. La pratique a, en outre, montré l'impérieuse nécessité de procéder à une révision périodique des codes achevés, qui se dégradent toujours en vieillissant²¹. La révision de code devenu difficilement maniable par l'utilisateur, comme le code du travail a donc été décidée en 2004.

Pourtant, à mesure que la codification progresse — elle atteint en 2006 entre 60 et 70% de la législation²² — des doutes apparaissent, non seulement sur la possibilité de n'atteindre jamais l'objectif fixé en 1995 — la codification intégrale —, mais même sur l'opportunité de poursuivre un tel objectif.

III. La codification contre l'intelligibilité de la loi

Le succès même de la codification met en évidence les limites d'une codification intégrale. Dans la doctrine, quelques voix discordantes se sont déjà fait entendre sur la limite des bienfaits de la codification²³.

²¹ Les codes se dégradent notamment parce que les règles qui ont présidé à leur confection sont rarement exactement observées lorsqu'ils sont modifiés : le législateur légifère dans le domaine réglementaire, les principes des numérotations fluctuent. Certaines doctrines elles même de codification évoluent : ainsi, alors que la règle était de séparer décrets en conseil d'état et décret simple (partie R et partie D), la pratique les regroupe désormais.

²² Certains domaines comme le domaine social sont entièrement codifiés.

²³ Voir, notamment, les articles d'Hervé Moysan, dont « La consolidation des codes, lois décrets : position doctrinale d'éditeurs ou devoir de l'Etat » dans la revue « Les petites affiches » 29 septembre 2005 n° 194 p 11 et suivantes et la bibliographie qu'il cite.

Force est aujourd'hui de constater que la codification peut paradoxalement contribuer à l'inintelligibilité de la loi: inintelligibilité tant pour le rédacteur, que pour l'homme politique, pour le citoyen et pour l'utilisateur.

3.1. Inintelligibilité d'abord, pour le rédacteur.

Il faut maintenant gérer les conséquences du succès de la codification: c'est à dire l'intervention d'une loi nouvelle dans un champ réglementaire entièrement codifié.

L'extension continuelle du champ de la codification rend, en effet, de plus en plus rare les cas où le rédacteur n'a pas à insérer le nouveau texte dans un code déjà existant²⁴.

Or l'insertion dans un code est une opération technique complexe: il faut par exemple savoir, faire de la place au sein du code aux nouvelles dispositions, gérer les renvois multiples et inévitables des articles les uns aux autres à l'intérieur et hors du code.

Ces difficultés sont sources d'erreurs qui vont croissant. Ces erreurs sont favorisées par le fait qu'en dehors des toutes petites équipes dédiées à la codification, les fonctionnaires ne sont pas familiers des techniques de codification auxquelles ils sont pourtant désormais systématiquement confrontés. Il n'est donc pas surprenant de constater que les règles de codification sont parfois perdues de vue dans l'évolution du code, malgré les consignes diffusées par la commission de codification.

- Des erreurs de rédaction peuvent, au surplus, naître de l'utilisation par le rédacteur d'un code qui n'est pas à jour. Le risque est réel, compte tenu de la rapidité avec laquelle certaines législations sont modifiées. Les administrations et les parlementaires utilisent en pratique des codes commentés, c'est à dire des codes auxquels les éditeurs privés ont adjoint des commentaires et de la jurisprudence. Or, compte tenu du délai d'édition, les codes de l'année peuvent ne pas être à

²⁴ En outre, lorsque le texte à modifier n'est pas encore codifié, le rédacteur se voit le plus souvent dans l'obligation de codifier la loi, en même temps qu'il la codifie.

jour. Il faut alors recourir au site public Legifrance qui contient lui aussi quelques erreurs.

Il a pu ainsi arriver que le même emplacement dans un code soit utilisé pour des dispositions différentes.²⁵ Ces erreurs sont évidemment peu propices à la clarté de la loi...

3.2 Inintelligibilité, ensuite, pour le politique.

La plupart des lois nouvelles se présentent désormais comme une modification d'un ou de plusieurs codes. La règle de rédaction veut que l'ordre des articles de la loi modificatrice suive l'ordre des articles du ou des codes modifiés par ordre croissant. L'ordre des débats parlementaires devrait être, en principe, le même.

Cet ordre ne convient souvent, ni aux parlementaires ni au gouvernement, parce qu'il ne permet pas de mettre en évidence l'articulation politique du texte et qu'il rend même parfois le texte difficilement compréhensible. En outre, le débat politique lui-même se trouve encombré d'un appareillage technique assez difficile à manipuler et encore plus à discuter publiquement.

Deux tactiques sont alors utilisées :

- lorsque la loi à modifier n'est pas encore codifiée, le ministre rapporteur de la loi demande que la codification ne soit faite qu'après le vote de la loi par le Parlement^{26 27}.
- si le code existe déjà et que l'insertion est, par conséquent, inévitable, les articles de la loi sont souvent regroupés dans

²⁵ Le conseil d'Etat a accepté de considérer que les nouveaux articles n'abrogeaient pas les précédents (dans ses fonctions consultatives).

²⁶ Ainsi le ministre de la défense a-t-il retardé l'insertion programmée du statut général des militaires voté en 2005 et de la loi sur les réserves votée en 2006 au sein du code de la défense pourtant promulgué en décembre 2004. Ces deux lois ont été votées par le parlement sans être codifiées et autorisation a été donné au gouvernement de procéder ultérieurement à la codification par ordonnance.

²⁷ Un ministre trouve plus lisible de présenter l'article 1 d'une loi plutôt que la modification de l'article L 4535-1 d'un code quelconque.

un ordre qui ne va pas respecter celui de la numérotation du code, mais qui permet de donner un sens politique à la discussion au Parlement .

Pourtant, les ministres aiment les codes et se les approprient volontiers. En principe, aucun code n'appartient à un ministère : le code du travail n'appartient pas plus au ministre du travail que le code de la défense n'appartient au ministre de la défense. Dans la réalité, chaque ministre tient à son code et le périmètre des codes peut faire l'objet de conflits aigus : voir, par exemple, le conflit entre le ministre de l'intérieur et celui de la défense pour la codification de la législation sur les armes²⁸. En réclamant la création de « son » code, le ministre favorise, de fait, la parcellisation et, par suite, la multiplication, des codes.

C'est en quelque sorte, le retour à la fonction archaïque du code — celle d'instrument du pouvoir politique—, au détriment de sa fonction moderne —celle d'instrument de lisibilité de la loi au bénéfice du citoyen—.

3.2 La loi illisible pour le citoyen

3.2.1 La loi nouvelle, telle qu'elle est publiée au Journal officiel, est devenue illisible.

La loi se présente désormais comme un amalgame de dispositions modificatrices de plusieurs codes dont seules le titre et les intertitres permettent de saisir le sens. Je ne citerai qu'un exemple : la loi du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, loi politique extrêmement importante commence par des articles ainsi rédigés

Art 2 I le quatrième alinéa de l'article L 111-1 du code de la sécurité sociale est ainsi rédigé « cette garantie s'exerce par l'affiliation des intéressés et le rattachement de leurs ayants droit à un ou plusieurs régimes obligatoires ». Il le chapitre 1^{er} du titre IV du livre VII du même code est abrogé. Toutefois les dispositions de l'article L 741-11 demeurent en vigueur pour la répartition du solde des opérations de recettes et de dépenses de l'assurance

²⁸ Le ministre de l'intérieur a demandé l'insertion de cette législation dans un code de la sécurité intérieure dont il a demandé la création.

personnelle afférente à l'exercice 1998. Dans l'intitulé du titre IV du livre VII les mots assurance personnelle sont supprimés. Le reste de la loi que vous pouvez consulter sur Legifrance est à l'avenant.²⁹

Certes, cette difficulté n'est pas la conséquence de la seule codification. Toute modification d'une disposition législative déjà existante, toute insertion dans une loi même non codifiée la suscite. Elle est cependant particulièrement marquée dans le cas de la codification en raison des appareillages techniques qui l'entourent et de l'utilisation de numérotation en trois, voire quatre chiffres. Il n'est pas rare que les lois commencent par un article 1^{er} consacré à des déplacements et des renumérotations d'articles et de chapitres, qui peuvent atteindre une demie page au journal officiel³⁰.

La loi n'est rendue compréhensible que par l'œuvre de consolidation. Or cette œuvre de consolidation essentielle à la compréhension n'est pas garantie par l'Etat. Elle est assurée par des éditeurs privés, parfois avec des résultats différents et par le site Legifrance sans résultats garantis et non sans quelques erreurs.

3.2.2 L'illisibilité peut même atteindre le code lui-même

Certains codes, constitués d'ensembles massifs et indigestes, paraissent plus faits pour l'usage de l'administration que pour le citoyen³¹. Ainsi, le code général des collectivités territoriales, qui réunit toutes les dispositions applicables aux collectivités territoriales, est d'un abord peu facile : l'article L 2511 par exemple, relatif aux grandes cités comprend pas moins de 45 subdivisions allant de l'article 2511-1 à 2511-45, auxquelles il faut ajouter les dispositions réglementaires.

La codification n'a nullement freiné, ensuite, l'inflation législative. De fait, l'instabilité des codes a remplacé celle des lois : 10% des articles d'un code sont modifiés chaque année en moyenne. Depuis sa

²⁹ Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 disponible sur www.legifrance.gouv.fr.

³⁰ Par ex loi 91-1405 du 31 décembre 1991 relative à la formation professionnelle.

³¹ Voir A. Plantey discours précité.

création, 3000 des quelques 4500 articles du code général des collectivités territoriales ont été modifiés.

Dans ces conditions, le citoyen se retrouve difficilement dans un code dont il ne lui est pas garanti, au surplus, qu'il est à jour. Pire, certaines dispositions du code peuvent avoir des versions différentes selon les éditeurs. L'entreprise de consolidation est, en effet, d'une telle complexité qu'aucune édition ne peut être considérée comme fiable à 100%, pas même Legifrance, le site public. Certes, ces divergences ne concernent qu'un nombre très limité de dispositions. La seule possibilité, cependant, de leur existence fragilise la crédibilité de chaque article, dès lors que la répartition de ces erreurs est aléatoire.

3.3 L'utilisateur professionnel du code ne s'y retrouve parfois pas lui-même davantage

La codification cache pour l'utilisateur professionnel plusieurs pièges.

3.3.1 L'abandon d'une identification familière

La codification signifie pour l'utilisateur une perte de repère. L'utilisateur doit s'habituer à une nouvelle numérotation, parfois difficile à mémoriser (telle celle de l'art L 4532-45 par exemple). Passe encore s'il ne s'agit que de s'habituer à une nouvelle numérotation, si celle-ci est destinée à rester aussi immuable que le célèbre article 1382 du code civil. Mais encore faut-il que cette numérotation ne soit pas remise en cause ultérieurement. Or la pratique de la dénumérotation, c'est à dire la pratique qui consiste à modifier les numéros d'une série d'articles pour faire de la place à de nouvelles dispositions est assez répandue.

3.3.2 L'absence d'histoire

Une autre difficulté est l'absence totale d'épaisseur historique du code : les dispositions abrogées disparaissent. Seules figurent au code les dispositions en vigueur, comme si elles avaient toujours été de tout temps les mêmes. Le code repose sur une fiction : il est atemporel. Or l'utilisateur, le juriste, le magistrat, l'étudiant a besoin des différentes

versions historiques d'une disposition. Naviguer entre les versions historiques successives d'un code malgré la pratique généralisée des tables de concordance est extrêmement difficile et source de nombreuses erreurs.

3.3.2 Le problème des dispositions transitoires

Autre difficulté : seules sont codifiées les dispositions permanentes. Les dispositions transitoires ne sont jamais dans le code : elles sont demeurées dans la loi initiale. Il faut donc songer à se reporter à la loi initiale. Il faut, là encore, compter sur les éditeurs privés pour mentionner ces dispositions transitoires en note de commentaire sous l'article du code publié.

3.3.3 La sophistication de la technique dite des codes pilote et suiveur

Autre difficulté pour l'utilisateur : celle de maîtriser l'usage de la technique sophistiquée du code pilote.

Parce que l'objectif est de donner à l'utilisateur l'ensemble de la législation sur le domaine qui l'intéresse, il peut être utile de faire figurer la même disposition simultanément dans deux codes différents. L'utilisateur n'a besoin de consulter qu'un seul code. Par exemple, les services de santé scolaire se trouveront à la fois dans le code de l'éducation et dans le code de la santé publique. De tels cas augmentent avec la multiplication du nombre des codes et les demandes récurrentes des ministères de s'approprier on l'a vu, le plus grand nombre de dispositions au sein de « leur » code.

La technique adoptée est en principe la suivante : un code « pilote » est désigné pour telle ou telle disposition que le code suiveur recopie, en écrivant ainsi la disposition miroir : « comme il est dit à l'article X du code Z... suivent les dispositions recopiées du code principal ».

Ce souci d'exhaustivité a conduit à des effets pervers : le premier est le gonflement exagéré des codes, dont certains se nourrissent d'un nombre important de dispositions exclusivement « suiveuses ». Ensuite et surtout les erreurs se sont multipliées du fait de l'insuffisance de la maintenance des codes. On a vu des dispositions suiveuses omettre de

recopier les modifications portées aux dispositions pilote, voire les modifier : si bien qu'un même article d'un code pilote peut avoir des rédactions différentes selon les codes suiveurs³².

Faut-il pour autant abandonner la codification ? Certainement pas !

IV. Mieux utiliser la codification

4.1 L'impossible renoncement

Un constat, d'abord : il est impossible d'abandonner la codification. Ce serait, en effet, perdre le bénéfice de deux siècles de travail continu.

Mais il faut être conscient qu'il s'agit d'un travail de Sisyphe. L'horizon glorieux d'une codification totale, comme le gouvernement l'a laissé croire en 1995, n'existe pas.

Il ne faut pas renoncer, parce que la codification reste un instrument irremplaçable. Le nombre de ses défauts reste largement inférieur à celui de ses qualités. La codification offre au citoyen un accès direct et aisé à l'ensemble de la réglementation sur un domaine particulier. Enrichi, en outre, par le travail des éditeurs privés, de commentaires de jurisprudence et de doctrine, largement diffusé par les moyens modernes des compact disques et d'Internet, le code reste un irremplaçable moyen au droit.

La codification est, aussi, pour le pouvoir politique une contrainte indispensable qui l'oblige à veiller à la cohérence de l'ensemble de la législation qu'il produit : nombreuses sont les codifications qui ont conduit à la prise de conscience de la nécessité d'une réforme de fond.

Le rayonnement international de la codification française présentée comme modèle n'a d'ailleurs en rien été diminué : la codification est toujours à l'ordre du jour de l'activité réglementaire européenne.

³² La commission de codification dans son rapport 2005, cite en exemple les différentes rédactions de l'article L 541-1 du code de l'éducation.

4.2 Il ne faut donc pas renoncer mais il faut relativiser le rôle de la codification

Cette relativisation passe par plusieurs voies.

4.2.1 D'abord, renoncer à tout codifier.

On en est venu à constater qu'après tout certaines grandes lois n'ont pas besoin d'être codifiées, parce que elles sont parfaitement connues et de l'utilisateur et du citoyen et constituent en elles-mêmes autant de « mini codes » : loi du 1^{er} juillet 1901 sur les associations, loi du 9 décembre 1905 sur les cultes, loi du 6 janvier 1978 informatique et libertés, loi du 17 juillet 1978 dite d'accès aux documents administratifs. C'est ainsi qu'il a été renoncé à créer un code administratif³³.

4.2.2 Adopter, ensuite, des techniques plus souples.

Revenant sur le dogme des dernières années, le Parlement a en 2003 pour la première fois³⁴ autorisé le gouvernement à codifier à droit non constant, puis de nouveau les années suivantes : Ces habilitations ont permis de procéder enfin à des modernisations profondes devenues indispensables de certaines législations, comme celle relative au domaine public (nouveau code des propriétés publiques paru en 2006).

La commission de codification a décidé en 2006 de modifier la règle du code suiveur. Les dispositions « pilotes » ne seront plus recopiées in extenso dans le code suiveur. Ce dernier se contentera de renvoyer au code pilote par une référence au numéro d'article de la disposition concernée, sans la reprendre. Ce changement de doctrine prend acte de ce que la codification ne peut tout résoudre : les références sont inévitables et l'utilisateur devra donc se reporter à plusieurs codes.

³³ L'éditeur Dalloz a cependant regroupé dans un ouvrage intitulé « code administratif » un ensemble de textes autonomes relatives aux procédures administratives. Les textes sont juxtaposés et non coordonnés : c'est un code au sens historique du terme, non pas au sens juridique.

³⁴ Loi du 2 juillet 2003 autorisant le gouvernement à simplifier le droit par ordonnances

4.2.3 Il faut, enfin, prendre conscience que la codification ne peut tout résoudre

La codification, telle qu'elle a été voulue depuis dix ans, avait pour objectif de freiner l'inflation et l'instabilité législative. Or, la codification a elle-même subi cette inflation et cette instabilité, contribuant elle aussi à l'insécurité juridique.

Prenant acte de ce fait, le secrétariat général du gouvernement mène depuis cette année un travail d'une autre nature. Il a été décidé de s'attaquer aux sources mêmes de la création normative, en collaboration avec le Parlement. Sur la proposition du Conseil d'Etat, dans son rapport annuel pour 2005, le projet est d'instituer l'obligation pour toute loi d'être précédée d'une étude d'impact approfondie que devra présenter tout ministre qui souhaite légiférer. Pour l'imposer, il est nécessaire de modifier la Constitution : le projet est donc loin d'être encore abouti.

Peut être ne constitue t'il d'ailleurs que le dernier avatar d'une illusion assez française : lutter contre la prolifération législative par ... une nouvelle loi !

Quelques mots en conclusion :

Je ne voudrai pas que vous déduisiez de mon propos le rejet de la codification.

Non, j'estime qu la codification est un formidable instrument de communication. Comme tous les légistes français, même ceux qui la critiquent le plus ouvertement, j' y suis profondément attachée.

J'ai pu constater au cours de l'exercice de mes fonctions successives, au secrétariat général du gouvernement, comme juge au Conseil d'Etat et comme réviseur des textes, comme enseignante de légistique également, l'influence profondément bénéfique que la codification a sur les rédacteurs de la norme. Le code est pour tous les rédacteurs un modèle qui diffuse dans l'administration française ses exigences de rigueur, de logique, d'abstraction et de clarté.

Le rêve de tout rédacteur, son modèle ultime est toujours de réinventer le code civil.

Simplement, et c'était ce matin le principal objet de mon propos, j'ai tenté de vous faire prendre conscience que les règles de la bonne rédaction ne sont pas tout entières contenues dans les principes de la codification.