

LE RÔLE DES LÉGISTES DANS LA DÉTERMINATION DU CONTENU DES NORMES

Paul Delnoy^{*}

1 LE LÉGISTE DEVRAIT S'OCCUPER DU CONTENU DE LA NORME ET PAS SEULEMENT DE SA FORME

La légistique est généralement conçue comme ne devant s'occuper que de questions de rédaction au sens étroit du terme : questions de grammaire, de style, de vocabulaire, de correction du langage, de structure des textes.

Bien entendu, le légiste doit s'intéresser à ces questions : il doit veiller à la perfection formelle des textes. À mon sens, il devrait s'occuper également du contenu de la règle. Par « contenu de la règle », je veux dire : le comportement permis, imposé ou interdit par elle, l'institution créée par la loi, le contrat organisé par la norme, la procédure instaurée pour le déroulement d'un procès, etc., et, bien entendu, la sanction prévue en cas de violation de la règle, bref, ce que l'on a coutume d'appeler « la volonté du Législateur ». En d'autres termes, selon moi, le légiste ne devrait pas seulement être l'homme de la forme, mais également celui du fond de la norme.

2 RÉPONSE À L'OBJECTION DU DANGER DE TECHNOCRATIE

Évidemment, a priori, une telle proposition a de quoi heurter le Pouvoir législatif au sens large : le fond de la règle n'est-il pas le domaine inaliénable de sa souveraineté? Il ne peut donc pas être abandonné à des techniciens, aussi compétents soient-ils.

Loin de moi l'idée de confier à des technocrates la confection de la loi. Que ce soit sur le plan de la forme ou, a fortiori, que ce soit sur le plan du

fond de la règle, dans mon esprit, le légiste ne peut jamais être que le conseil du Pouvoir normatif : la décision finale, à tous égards, doit toujours appartenir au Législateur.

Je soutiens néanmoins que pour tout pouvoir créateur de règles écrites, il n'y aurait que bénéfice à pouvoir décider du contenu de la règle en profitant de l'éclairage que lui apporterait la légistique conçue comme la méthodologie de la création du droit écrit.

En d'autres termes, dans l'élaboration du droit écrit, il y a place pour une légistique conçue comme ne se limitant pas à des questions de pure forme, mais contribuant à la détermination du contenu de la norme, dans le respect absolu des prérogatives inaliénables du Législateur.

3 UNE LÉGISTIQUE DE DEUX TYPES SUR LE PLAN DE LA DÉTERMINATION DU CONTENU DE LA NORME

Si tout législateur décidait de s'adjoindre des légistes spécialement formés à l'élaboration du droit écrit, que pourrait-il attendre d'eux sur le plan du contenu de la règle?

On peut répondre à cette question en se situant, en premier lieu, dans le cadre d'une légistique que d'aucuns qualifieront d'utopique, une science ou, plus modestement, un art raisonné que tout légiste devrait tendre à pratiquer, sans toutefois se décourager de ne jamais atteindre ce pays imaginaire – cet « ou-topos ».

En second lieu, on peut revenir sur la terre ferme de l'élaboration du droit écrit telle qu'elle est possible concrètement, en évoquant alors des manières parfaitement réalisables de déterminer le contenu de la règle.

I

4 LA DÉTERMINATION DU CONTENU DE LA LOI IMPLIQUE CELLE DES OBJECTIFS POURSUIVIS PAR LE LÉGISLATEUR

Le contenu de toute loi – instrument de réalisation de la volonté du Législateur – dépend plus ou moins étroitement de l'objectif poursuivi par ce dernier.

En ce qui concerne ces objectifs, on peut en distinguer de plusieurs niveaux.

5 L'OBJECTIF GÉNÉRAL EN VUE DUQUEL LA NORME EST ADOPTÉE

Il y a d'abord et avant tout un objectif commun à toute norme quelle qu'elle soit : une volonté commune à tout Pouvoir normatif et qui est, en quelque sorte, mais en général seulement, inhérent au fait même de prendre une norme.

En général, le Législateur a – quel que soit le contenu de la norme qu'il prend – le désir que celle-ci soit effective et efficace. « Effective », c'est-à-dire que la norme produise des effets, qu'elle ne reste pas lettre morte ; « efficace » : que la norme produise les effets désirés, qu'elle n'ait pas des effets pervers, qu'elle oriente les comportements de manière à atteindre l'objectif souhaité.

Tout le travail du légiste – pas seulement, il est vrai, sur le plan du contenu de la norme où je me situe maintenant, mais également sur celui de sa rédaction ou du processus légal d'adoption de la norme – devrait dès lors être accompli dans cette perspective : conseiller le Législateur en vue de l'élaboration d'une loi qui présente au minimum les deux qualités d'effectivité et d'efficacité, ou tout simplement une loi qui soit efficace, car le Législateur ne peut pas se satisfaire d'une loi qui produit des effets, mais qui ne produit pas les effets désirés et si la loi produit les effets désirés, elle est forcément effective.

Dois-je répéter que c'est évidemment au Législateur à décider des effets qu'il veut voir produire par la règle et qu'en tant que tel, le légiste n'a rien à dire à cet égard. Ainsi, il est des cas où le Législateur adopte une norme sans raison autre que de donner aux citoyens le sentiment qu'il s'occupe d'eux ou qu'il exerce effectivement ses fonctions et des cas – c'est parfois vrai dans l'élaboration de traités internationaux ou dans des questions nationales délicates – où les auteurs de la norme veulent se donner ou donner à ceux qui les observent l'impression qu'un accord s'est formé entre eux. Bien entendu, le légiste doit s'incliner devant cette volonté. Cela ne doit pas l'empêcher d'attirer l'attention du Législateur, s'il l'interroge à ce sujet, sur les conséquences probables d'une telle manière de faire le droit. C'est même son devoir de le faire.

Si on n'envisage que les cas les plus fréquents, c'est en vue d'atteindre un objectif concret que le Législateur songe à adopter une règle. Quel pourrait donc être le rôle du légiste dans la définition du contenu de la règle, étant posé que selon la volonté de son auteur, elle doit être efficace?

6 L'OBJECTIF SPÉCIFIQUE DE LA NORME PROJETÉE

Le légiste devrait d'abord et avant tout amener le Législateur à lui livrer une vue claire de son objectif. À cet endroit, il risque fort de rencontrer d'emblée la difficulté de distinguer les moyens des fins. Le Législateur lui dira, par exemple : je veux réglementer l'accès à telle profession. En disant cela, le Législateur se situera d'emblée au niveau des moyens plutôt que des fins. Il faudra le contraindre à s'élever au niveau des objectifs en lui posant inlassablement la question : « Dans quel but? » Dans quel but voulez-vous réglementer l'accès à cette profession? Il faudra reconstruire avec lui l'enchaînement logique de ses objectifs depuis les objectifs les plus généraux – les politiques les plus abstraites – jusqu'aux objectifs les plus concrets. C'est que le contenu de la règle, qui est de l'ordre des moyens d'atteindre ces objectifs, variera avec eux. Pour reprendre l'exemple que je donnais il y a un instant, l'accès à une profession ne sera pas organisé de la même manière, suivant que l'objectif poursuivi sera l'amélioration des services rendus par cette profession au public, l'assainissement des conditions dans lesquelles elle est pratiquée ou la conservation de la position de ceux qui la pratiquent.

Une fois l'objectif du Législateur défini, le légiste devra faire apparaître les articulations entre cet objectif et d'autres objectifs du même Législa-

teur ou les objectifs des législateurs auxquels il est subordonné : sont-ils compatibles ou, au contraire, le nouvel objectif se heurte-t-il à d'autres objectifs. La raison de cette réflexion tient en ce qu'il n'est pas possible de déterminer le contenu de la règle tant qu'un « arbitrage » éventuel n'a pas été fait par le Législateur entre des objectifs éventuellement contradictoires.

7 UNE RÉFLEXION SUR LA RELATIVE IMPUISSANCE DU LÉGISLATEUR ET L'UTILITÉ D'ADOPTER UNE NOUVELLE LOI

Une fois l'objectif clairement défini, il semblerait que l'on puisse commencer à examiner les moyens de l'atteindre et qui constitueront le contenu de la règle.

À mon sens, il faudrait, au préalable, avoir une réflexion sur la possibilité même d'atteindre l'objectif ainsi défini. Tout législateur devrait avoir une exacte conscience des limites de sa puissance ou, si l'on veut, de l'étendue de son impuissance. Je me suis laissé dire que le législateur de la Chine communiste fait aux époux l'obligation de s'aimer. Pour ma part, je n'envisage pas pour l'instant de m'attarder sur de telles impossibilités. J'envisage une réflexion sur les contraintes de tous ordres – psychologiques, économiques, sociologiques, politiques – qui pourraient empêcher le législateur d'atteindre par la loi l'objectif qu'il vise.

Sans doute me dira-t-on que, dans certains cas, il est préférable d'adopter l'objectif fixé, même si l'on se sait dans l'incapacité de l'atteindre ou, à tout le moins, de le réaliser parfaitement. Par exemple, lorsqu'il y a quelques années, on a fixé les objectifs de l'Europe 93, on savait que l'on ne pourrait pas les réaliser entièrement ; néanmoins, de les avoir énoncés a contribué à relancer alors, dans une certaine mesure, le mouvement de construction européenne.

C'est néanmoins une pratique sur les dangers de laquelle l'attention de tout législateur doit être attirée. J'y reviendrai dans la suite.

En second lieu, devrait être posée au préalable la question de savoir si, pour atteindre l'objectif défini, il faut faire un nouveau texte. L'objectif n'est-il pas déjà poursuivi à travers un autre texte? Dans l'affirmative, pourquoi ce texte n'a-t-il pas l'efficacité attendue? Et si l'objectif n'est pas

déjà poursuivi, faut-il légiférer pour l'atteindre? N'y a-t-il pas pour ce faire une voie plus aisée et peut-être plus efficace que la loi, sans être plus onéreuse?

8 L'EXAMEN DES MOYENS POSSIBLES D'ATTEINDRE L'OBJECTIF FIXÉ

Si la loi paraît le seul moyen d'obtenir le résultat souhaité, il faut alors passer à l'étude des moyens de l'obtenir : quels comportements seront imposés, interdits ou récompensés? Quelle institution va-t-on mettre en place? Quelle procédure va-t-on instaurer? Etc., et surtout quelle sanction va-t-on prévoir en cas de violation de la loi? C'est pour accomplir ce travail que le légiste devrait pouvoir disposer d'une réflexion systématique sur l'efficacité des lois antérieurement adoptées et des sanctions utilisées. À cet égard, les travaux commencent à se multiplier sur l'efficacité des peines pénales. Il commence à s'en faire sur l'efficacité des lois et sur leurs effets dits « pervers ». Il en faudrait, par exemple, sur l'efficacité des sanctions civiles.

9 LES RÈGLES JURIDIQUES OU NON JURIDIQUES DE DÉTERMINATION DU CONTENU DE LA LOI

Voici tracée à grands traits le cheminement de la pensée du légiste dans la détermination du contenu de la loi. Encore ne faudrait-il pas perdre de vue que le Législateur ne peut pas adopter des lois efficaces dans n'importe quelles conditions : s'imposent à lui, plus au moins impérativement, suivant la place qu'il occupe dans la hiérarchie des pouvoirs normatifs, une série de prescriptions susceptibles d'avoir un certain retentissement sur le contenu de la règle en projet et dont, par conséquent, le légiste doit vérifier le respect, pour éviter l'invalidation ultérieure de la règle en voie d'élaboration. Toutes ces prescriptions ne sont pas consacrées par des dispositions légales. Pour l'instant, en Belgique, une seule l'est : celle de l'égalité des citoyens devant la loi. J'aurais tendance à qualifier les autres de supra-juridiques : elles sont pour l'élaboration de la loi comme des postulats.

10 LA LOI DOIT VISER À ÉVITER DES LITIGES

Le Législateur veut adopter des lois dont l'efficacité est optimum. Aussi bien, la mesure dans laquelle elles donnent lieu à des procès vient en dé-

compte de l'appréciation que l'on peut porter sur leur qualité : on postule qu'entre deux lois d'efficacité égale, la meilleure est celle dont l'application donne lieu à un moins grand nombre de litiges.

Une optique trop contentieuse du droit amène parfois certains à considérer une règle comme ineffective, simplement parce qu'elle ne donne lieu qu'à très peu de décisions judiciaires. Par exemple, dans notre Code civil, quatre articles consacrent le principe de l'irrévocabilité renforcée des donations entre vifs, principe selon lequel, contrairement à ce qui est la règle dans les actes à titre onéreux, les parties à une donation entre vifs ne peuvent pas, à peine de nullité de la donation, conférer au donateur le pouvoir de revenir unilatéralement sur sa donation. Les décisions publiées concernant ces textes se comptent, pour ainsi dire, sur les doigts d'une main. Et pourtant, il n'est guère de principe juridique mieux respecté que celui-là. Légistiquement parlant, cette règle est donc excellente puisque, tout à la fois, elle est efficace et ne mobilise que rarement l'attention des tribunaux.

11 EN CONSÉQUENCE ET NOTAMMENT, LA LÉGISLATION NE DOIT COMPORTER AUCUNE ANTINOMIE, NI LACUNE

Afin que le contenu de la loi n'engendre pas de litiges, deux corollaires peuvent être dégagés de ce postulat.

Le premier. La loi en voie d'élaboration ne doit entrer en contradiction avec aucune autre norme de même niveau hiérarchique qu'elle ou de niveau hiérarchique supérieur : pas d'antinomies.

En deuxième lieu – et malheureusement l'entorse à ce corollaire est plus fréquente que l'entorse au premier –, la loi ne doit comporter aucune lacune. Par exemple, lorsque la loi organise un contrat type, elle ne doit laisser non réglé aucun problème : définition des éléments constitutifs essentiels de ce contrat, conditions de formation de fond et de forme, conditions de preuve entre parties, d'opposabilité aux tiers, sanction du non-respect de ces diverses conditions, détermination des personnes qui peuvent y recourir, délai de prescription de leur action, etc.

Notre loi sur les incapables majeurs me permet de donner un contre-exemple à cet égard. Cette loi a organisé la représentation par un admi-

nistrateur provisoire désigné par le juge de paix des personnes incapables totalement ou partiellement, physiquement ou mentalement, de gérer leurs biens. Mais elle a omis d'envisager les problèmes relatifs aux libéralités que ces personnes, souvent d'âge avancé, pourraient consentir. Si, pour autant qu'on puisse en juger actuellement, l'efficacité de cette loi est satisfaisante, on peut gager qu'elle donnera cependant lieu à des litiges sur la question des libéralités où elle s'avère d'ores et déjà lacunaire. Par conséquent, son efficacité y perdra.

Pour éviter les lacunes, le Législateur peut être tenté par deux attitudes diamétralement opposées, mais à mon sens également condamnables.

Il peut être tenté, en premier lieu, de laisser au juge le soin de décider dans chaque cas où lui-même ne l'a pas fait. En Belgique, de plus en plus souvent, dans des textes d'une certaine importance, le Législateur s'en remet à la jurisprudence pour trancher là où il ne parvient pas à le faire, en sorte que s'accrédite de plus en plus l'idée que le juge peut combler les lacunes de la loi. C'est un point qui, pour être traité à fond, à lui seul devrait faire l'objet d'une longue réflexion. J'estime pour ma part que la loi est la moins mauvaise des manières de créer le droit. Je n'ai rien contre la tendance de confier au juge des fonctions de législateur privé, réglant les gardes d'enfant, le sort des biens, leur gestion, etc. J'estime, au contraire, que ce n'est pas une bonne manière de faire le droit que de laisser celui-ci se créer par la jurisprudence. D'abord, cette manière de faire ne correspond pas à un système politique dans lequel la loi est faite par les élus de la Nation ou sous leur contrôle (pour ne parler ici que de la loi au sens strict). En deuxième lieu, l'élaboration du droit de cette manière nécessite des litiges : le droit se crée dès lors au prix de l'entredéchirement des personnes. En troisième lieu, l'interprétation que donnent des textes les arrêts des hautes juridictions aboutit à donner un effet rétroactif à ces textes. Enfin, le besoin de règles – spécialement pour ceux qui conseillent le public dans la rédaction de conventions – n'est pas satisfait avant que la jurisprudence ne se soit formée, ce qui parfois peut prendre beaucoup de temps. Laisser aux juges le soin de compléter la loi constitue à mes yeux, pour le Législateur, comme un déni de législation.

Parfois le Législateur a dès lors la tentation inverse : celle de tout régir minutieusement dans les moindres détails. L'expérience montre que c'est souvent dans ce cas que les lacunes sont les plus fréquentes. Au reste, cette attitude est plus souvent dictée par une méfiance à l'égard des juges

plutôt que par une volonté d'éviter des lacunes. Cette méfiance ne se justifie plus de nos jours.

L'attitude normale se situe à l'équilibre de ces deux tendances. Mais il faut avouer franchement ne pas être à même de dire comment déterminer abstraitement où se situe le point d'équilibre. Tout est affaire de cas, ce qui démontre une fois de plus l'utilité du légiste.

12 LA LOI DOIT ASSURER LA SÉCURITÉ AUX CITOYENS

Deuxième postulat : la détermination du contenu de la règle doit se faire de manière à ce que les citoyens bénéficient de la sécurité juridique.

En Belgique, le principe de sécurité juridique n'est énoncé dans aucun texte. On peut néanmoins considérer qu'il s'imposera de plus en plus au Législateur comme une revendication des citoyens qu'il ne pourra plus ignorer, en attendant qu'un jour, le droit à la sécurité juridique figure au nombre des Droits de l'Homme.

À partir de ce principe, on peut dégager des directives à suivre par tout Pouvoir normatif dans l'élaboration des normes juridiques. Je n'envisagerai bien sûr que celles qui touchent au contenu de celles-ci. Une des tâches du légiste pourrait consister à éclairer le Législateur sur le respect de ce principe.

Envisagée sous l'angle de la sécurité juridique, la loi s'assortit d'une promesse de la part de l'État. Cet engagement, l'État le prend à l'égard des citoyens : ce sont eux les bénéficiaires de la sécurité juridique. Il est susceptible d'affecter, au premier chef, les relations qu'ils entretiennent avec leurs concitoyens : relations purement personnelles ou relations relativement aux biens et aux valeurs patrimoniales. Cet engagement est également susceptible d'affecter les relations des citoyens avec l'État lui-même. En effet, comme, dans un État de droit, la loi s'assortit aussi de la promesse faite par l'État de s'appliquer à lui-même la règle que son porte-parole a énoncée, l'engagement dont il est maintenant question est également susceptible d'affecter les relations des citoyens avec les organes de l'État lui-même. Quel en est le contenu? En prenant une loi, l'État s'engage, d'une part, à faire tout ce qui est en son pouvoir pour faire respecter la manière d'agir des citoyens, si elle est conforme au vœu qu'énonce la dite loi et, d'autre part, à respecter lui-même la loi qu'il a édictée et donc

à respecter lui-même la manière d'agir des citoyens, une fois encore si elle est conforme à la règle.

Sans prétendre être exhaustif, je voudrais relever quelques exigences de la sécurité juridique sur le plan du contenu de la norme.

13 IMPLICATIONS DE LA SÉCURITÉ JURIDIQUE SUR LE PLAN DU CHAMP D'APPLICATION DE LA LOI DANS LE TEMPS

Ainsi, la sécurité juridique exige que les citoyens connaissent avec précision le champ d'application dans le temps de tout texte. Le Législateur doit fixer clairement le moment où la loi entre en vigueur et, si elle abroge une loi antérieure, le moment à partir duquel cette dernière cesse de produire ses effets.

Je n'ai pas besoin d'insister, je pense, sur ce que le Législateur doit, en principe, bannir toute norme rétroactive susceptible de faire juger illégitime un comportement adopté conformément à la législation antérieure. Bien entendu, ceci entraîne également l'exclusion de toute loi interprétative d'effet équivalent, qu'elle soit réellement interprétative ou a fortiori qu'elle ne soit interprétative que nominalement. Et ceci est vrai quelle que soit la matière en cause. Nul ne conteste qu'il faut à tout prix bannir les lois rétroactives ou interprétatives créant des infractions pénales ou aggravant les peines dont sont assorties les infractions déjà existantes. C'est déjà une des exigences de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*. J'estime que la sécurité juridique privée mériterait une attention au moins comparable.

À mon sens, la sécurité juridique doit entraîner également le bannissement de tout texte qui engendre pour les citoyens la perte d'espérances légitimes.

Sur la base d'une législation en vigueur à un moment donné, des citoyens ont, par exemple, consenti un prélèvement sur leur rémunération, sur la promesse à eux faite par l'État d'une pension de retraite d'un montant déterminé à toucher à un âge déterminé. Juridiquement, l'État n'enfreint pas le principe de non-rétroactivité des textes qui vient d'être posé, si uniquement pour ceux qui n'ont pas encore atteint l'âge de prendre leur retraite, il réduit le montant de la pension ou détermine autrement le

moment où elle pourra être touchée. Il n'empêche qu'il rompt l'espèce de « contrat » qu'il avait passé avec ces citoyens en adoptant la première loi.

Sur la base d'une législation fiscale en vigueur à un moment donné, des citoyens ont supputé le montant des revenus qu'ils toucheraient de dépôts bancaires qu'ils ont faits à ce moment. L'État déjoue leurs calculs et donc porte atteinte à leur sécurité juridique, s'il modifie la législation de manière telle qu'il frappe d'impôts plus importants les revenus à toucher desdits dépôts.

Sur la base d'une législation civile en vigueur à un moment donné, des citoyens ont conclu des contrats, par lesquels ils ont réglé pour une durée déterminée leurs droits et leurs obligations réciproques. L'État perturbe leurs prévisions, si, ayant changé cette législation, il décide qu'elle s'applique immédiatement auxdits contrats, alors qu'elle est de nature à modifier d'une manière ou d'une autre les droits et obligations des parties.

Est-il exagéré de parler, dans ces cas, de déloyauté de la part de l'État? Évidemment, on peut concevoir qu'il ne soit pas possible de remédier à une situation imprévue avec l'urgence souhaitable sans porter atteinte à la sécurité juridique. Ici encore, tout est question de mesure.

14 IMPLICATIONS DE LA SÉCURITÉ JURIDIQUE SUR D'AUTRES PLANS

Toujours quant au contenu des normes, la sécurité juridique pose également des exigences d'un autre type. Si j'ai quelque hésitation à les énoncer, c'est parce qu'avec elles, on s'engage dans une zone de la légistique où les jugements ne peuvent plus se fonder sur des critères aussi objectifs que précédemment.

- Ainsi, la sécurité juridique postule que les citoyens aient le temps d'adapter leur manière d'agir à la législation. Il s'impose donc que lorsque le Législateur adopte une réforme d'une certaine ampleur, ils aient le temps nécessaire et suffisant pour en prendre connaissance. Ils ne l'ont pas si le Législateur l'adopte et la met en vigueur trop rapidement.
- Il s'impose également, pour la même raison, que la législation ne connaisse pas de trop fréquents changements.

- La sécurité juridique résulte de la promesse dont s'assortit la loi. Encore faut-il que l'État ne prenne pas de tels engagements de manière inconsiderée, sans quoi la confiance que les citoyens mettent en la loi est déçue. Or combien de lois – je prends toujours le vocable au sens large – ne demeurent-elles pas totalement ou partiellement sans effet, soit parce qu'elles ont été prises dans un domaine où l'État est impuissant, soit parce que leur mise en œuvre suppose l'appel à des ressources humaines, matérielles et financières dont l'État ne dispose pas, soit parce qu'elles ne rencontrent aucune adhésion de la part des citoyens ou soit encore parce que leur application se heurte à l'inertie, la mauvaise volonté, voire l'hostilité des organes de l'État qui en sont chargés?

- La sécurité juridique postule de manière plus générale encore que le Pouvoir normatif n'exerce pas de manière abusive sa fonction : je veux dire n'exerce pas de manière inconsiderée son pouvoir de faire des lois. J'évoque ici l'inflation législative qui a comme première conséquence que, pour les juristes contemporains, l'alternative est désormais de connaître tout – et encore! – sur peu ou peu sur tout – et encore! –. Quant aux citoyens, puisqu'ils ne peuvent pas à tout instant recourir à des spécialistes, ils agissent dans l'ignorance de la loi.

Pour remédier à l'inflation législative, d'aucuns préconisent la « dérégulation » des domaines les plus importants de la vie sociale, notamment les relations économiques et les relations des citoyens avec l'État. Je ne dissimulerai pas ma méfiance à l'égard de cette idée qui cependant fait son chemin. La raison en est – ce que je vais dire est banal, mais est parfois perdu de vue – que lorsque le Législateur supprime des règles qu'il avait édictées ou s'abstient d'en adopter de nouvelles, cela ne signifie pas qu'aucune norme ne régira les relations sociales considérées. Cela signifie, lorsqu'il n'y a pas de norme de principe dans le domaine, le rétablissement de la règle du « laisser faire » et donc la reprise de la régulation de ces rapports sociaux par des normes d'un autre type que les règles juridiques élaborées par le Pouvoir normatif. Or, tout en se gardant de porter un jugement définitif sur ce système et ses produits, il est permis d'invoquer le témoignage de l'Histoire pour rappeler seulement qu'ils sont loin d'être unanimement appréciés. J'admets qu'il est devenu indispensable d'élarguer la législation, mais il me paraît qu'il ne faut le faire qu'avec prudence et réflexion.

À défaut de pouvoir procéder à cet élagage, peut-être pourrait-on chercher à tempérer les ardeurs normatives du Législateur. Mais qui pourra être institué juge en la matière et quel sera le critère de l'abus de législation? Comme je l'ai déjà dit, il serait souhaitable que le Législateur s'interroge systématiquement, avant de rédiger un texte quelconque, sur l'absolue nécessité de le prendre. Et je vois bien le légiste l'aider à y réfléchir, notamment en lui montrant que la théorie économique marginaliste de la valeur s'applique également aux lois. Plus le Législateur prend de lois, moins elles ont de force aux yeux des citoyens, d'autant que le Législateur est de moins en moins capable de les faire respecter. Il en va ici comme avec les enfants : vous perdez votre autorité à multiplier les interdits et les prescriptions domestiques, parce que vous mettant dans l'impossibilité de les faire respecter toutes, vous révélez votre impuissance ; du même coup, vous devez mettre plus d'énergie pour obtenir le respect de règles essentielles.

15 LA LOI DOIT RESPECTER LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ ENTRE LES CITOYENS

Troisième règle qui s'impose au Législateur dans la détermination du contenu des normes : le respect de l'égalité des citoyens devant la loi.

En Belgique, cette règle s'impose aux auteurs de normes réglementaires depuis 1831. Elle s'impose aux Pouvoirs législatifs belges stricto sensu – fédéral, régional ou communautaire – depuis qu'en vertu d'une loi spéciale du 6 janvier 1989, la Cour d'arbitrage est compétente pour vérifier le respect par eux des articles 10 et 11 de la Constitution qui, précisément, consacrent le principe d'égalité des Belges et pour annuler toute loi, décret ou ordonnance qui contreviendrait à ces dispositions. Elle s'impose aux législateurs des pays qui ont adhéré à la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* signée à Rome le 4 novembre 1950 (article 14) et au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, fait à New York le 19 décembre 1966 (article 3), dans la mesure des droits reconnus par ces traités et par leurs protocoles additionnels.

Les conditions à respecter pour qu'un texte ne soit pas considéré comme créant des discriminations entre les Belges ont été définies par la Cour d'arbitrage, la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation et le Conseil d'État. L'abondante jurisprudence de la Cour d'arbi-

trage sur les articles 10 et 11 de la Constitution devrait évidemment être l'objet d'un examen attentif par le légiste qui devrait y trouver matière à conseiller le Législateur quant au contenu de la norme qu'il veut adopter.

II

16 LA DÉTERMINATION DU CONTENU CONCRET DES LOIS – SUGGESTIONS PRATIQUES

Après avoir posé les règles essentielles – positives et négatives – de détermination du contenu des lois, je voudrais exposer deux techniques de détermination du contenu concret des lois.

La première est le fruit d'une expérience menée à son terme ; la seconde est une simple suggestion qui n'a pas encore trouvé de réalisation.

17 LA DÉTERMINATION DU CONTENU CONCRET DES LOIS PAR APPEL AUX PRATICIENS DU DROIT

Je soutiens que pour faire faire des progrès à la légistique dans un pays qui ne la pratique pas encore de manière systématique, il est préférable de l'appliquer d'abord dans la confection de lois qui n'impliquent aucun « débat de société », mais qui sont plutôt destinées à résoudre des problèmes « techniques ».

Dans cette perspective, en 1990, j'ai demandé aux notaires du pays et aux professeurs des Facultés de droit de faire le relevé des difficultés qu'ils avaient rencontrées dans leur pratique en raison de la mauvaise rédaction des lois, difficultés susceptibles d'engendrer des conflits entre les citoyens. J'ai insisté pour que ne soient prises en considération que des difficultés « techniques », plutôt que des problèmes moraux ou politiques d'envergure. Et je leur ai demandé de réfléchir à la manière d'améliorer les lois prises en considération de manière à éliminer ces difficultés et, en conséquence, de formuler des propositions de réforme de ces lois défectueuses. Ces suggestions de lois seraient ensuite offertes aux membres des chambres législatives pour que ceux-ci les reprennent éventuellement à leur compte.

Environ quarante suggestions de lois ont été faites. Elles ont été examinées au cours d'une réunion où étaient présents près de deux cents notaires. Chaque auteur de suggestion de loi a ensuite été invité à reformuler son texte, en tenant compte des observations qui avaient été faites au cours de cette assemblée. Le tout a été rassemblé en un ouvrage : *Mélanges de suggestions de lois, en hommage à Pierre Harmel, ancien Premier ministre, ancien Président du Sénat et ancien professeur dans la Chaire de Droit notarial de la Faculté de droit de l'Université de Liège*. Par la suite, nombre de ces suggestions ont été reprises par des parlementaires qui les ont déposées comme propositions de lois. Et certaines d'entre elles ont été adoptées par le Législateur fédéral belge. Ainsi donc a été réalisée une synergie légistique entre le Législateur, les praticiens du droit et les professeurs de droit. Ce ne fut pas la réalisation d'un projet d'une ambition démesurée : seulement quelques petits pas dans la bonne direction.

18 LA DÉTERMINATION DU CONTENU DES LOIS PAR UNE LECTURE LÉGISTIQUE DE LA JURISPRUDENCE

Toujours en vue de faire faire des progrès à la légistique dans sa phase de détermination du contenu des lois, je suggère une nouvelle manière de lire les décisions judiciaires.

Contentons-nous d'observer les choses au niveau d'une juridiction suprême. En ce moment, les professeurs de droit et les praticiens du droit prennent connaissance des décisions de ces juridictions afin de savoir comment la loi doit être comprise et appliquée à de nouveaux cas. Je suggère que désormais la jurisprudence fasse également l'objet d'une lecture légistique.

On examinerait d'abord si la décision a été suscitée par un défaut de la loi : le litige est-il dû à un vice de rédaction du texte, lequel a engendré une divergence d'interprétation? La loi a-t-elle révélé des lacunes? Est-elle apparue en contradiction avec d'autres lois? Etc. En d'autres termes, on se demanderait si le litige est né parce que la loi n'a pas été élaborée selon les canons de la légistique?

Si la réponse était affirmative, on tirerait deux leçons.

D'abord, on découvrirait un besoin législatif concret : celui de réformer le texte qui a été à l'origine du conflit et dont le litige a révélé les imperfections.

Le réformer de quelle manière? La juridiction qui aura tranché le litige, aura éventuellement donné des voies de solution. Parfois le légiste pourra s'en inspirer ; parfois, au contraire, il devra s'en écarter, en suivant les critiques dont la décision aura fait l'objet.

Voici un exemple d'une exploitation légistique d'un arrêt de la Cour de cassation de Belgique. Celle-ci a décidé, il n'y a pas longtemps, que lorsque la cause d'une donation entre vifs – la raison pour laquelle la donation a été faite – a disparu, sans que le donateur soit à l'origine de cette « disparition », la donation est caduque. Ainsi, des parents donnent une maison à leur fils et leur belle-fille. Deux ans plus tard, ceux-ci divorcent. Les parents qui n'ont été en rien à l'origine du divorce, pourront obtenir la restitution de la maison, puisque la raison de leur donation – fournir un abri au jeune couple – a disparu : il n'y a plus de couple à abriter. La décision de la Cour de cassation à laquelle je fais allusion a suscité un grand nombre de difficultés pour la pratique notariale. Je n'évoque que la plus importante : la caducité des donations a-t-elle effet rétroactif? On imagine aisément les conséquences d'une réponse affirmative dans l'hypothèse où les donataires auraient donné en location ou auraient vendu le bien à eux donné.

Une lecture légistique de cet arrêt pourra conduire à deux propositions concrètes entre lesquelles le législateur aura à choisir : soit condamner par une loi le – nouveau – concept de caducité des donations pour disparition de leur cause, soit organiser la caducité des donations, par exemple, en prévoyant la manière dont elle est portée à la connaissance des tiers, en stipulant qu'elle n'a pas effet rétroactif, etc.

D'une lecture légistique de la jurisprudence, il y aurait à tirer une leçon à une autre fin : la détermination des conditions d'élaboration des lois. C'est qu'à la longue, on pourrait dégager une typologie des vices de l'élaboration des lois aujourd'hui et dès lors déterminer les points sur lesquels devra porter l'attention des légistes. Quant à ces derniers, ils pourraient dresser – dans leur Guide de rédaction législative – la liste des problèmes légistiques à éviter de manière à améliorer le corpus législatif dans son ensemble.

Paul Delnoy est professeur ordinaire à la Faculté de droit de l'Université de Liège. En 1996, il a créé un cours de Méthodologie de la création du droit écrit ; ce cours de rédaction législative est offert non seulement aux étudiants en droit, mais également aux collaborateurs des différents législateurs de Belgique. Il est l'auteur de près de soixante-dix publications, principalement dans le domaine du droit de la famille et de son patrimoine, de la méthodologie de l'application du droit, de la rédaction des actes notariés et de la confection des lois.

Le présent texte a été rédigé pour le Groupe de la coopération internationale du Ministère de la Justice du Canada.