

AIX-MARSEILLE UNIVERSITÉ
ÉCOLE DOCTORALE SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

LA QUALITÉ DES NORMES

ETUDE DES THEORIES ET DE LA PRATIQUE

Thèse pour le doctorat en droit public présentée et soutenue par

Azadeh A. SHAHRBABAKI

Directrice de recherches

Marthe FATIN-ROUGE STÉFANINI

Directrice de recherches au CNRS UMR 7318

Membres du jury

Valérie BERNAUD

Maître de conférences HDR de l'Université d'Avignon (Rapporteur)

Xavier MAGNON

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Stéphane MOUTON

Professeur de l'Université de Toulouse 1 Capitole (Rapporteur)

Aix-en-Provence – 11 décembre 2017

L'Université n'entend donner aucune approbation aux opinions émises au sein de cette thèse.

Celles-ci doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À ma fille, Hanna

Remerciements

Je remercie vivement ma directrice Madame STEFANINI, qui m'a encadré tout au long de cette thèse et qui m'a fait partager ses brillantes intuitions. Qu'elle soit aussi remerciée pour sa gentillesse, sa disponibilité permanente pour la confiance qu'elle m'a témoignée dès le début et ses conseils précieux.

Je tiens à remercier également ma sœur et ma mère qui ont toujours été présentes afin de m'aider dans mes recherches et autres travaux.

Je remercie encore infiniment Mme François Lotte et M. Yahyavi pour le travail de correction de la thèse.

Sommaire

Introduction

Chapitre préliminaire : Les contours flous de la notion de qualité des normes

Première partie

DES EXIGENCES CONTINGENTES ET VARIÉES

Titre 1 : La contingence des exigences de qualité

Chapitre 1 : La contingence liée au type de normes

Chapitre 2 : La contingence liée au système juridique

Titre 2 : La variété des exigences de qualité

Chapitre 1 : Les caractéristiques inhérentes

Chapitre 2 : Les caractéristiques transversales

Seconde partie

LA MISE EN ŒUVRE DES EXIGENCES DE QUALITÉ

Titre 1: Les techniques d'amélioration de la qualité des normes

Chapitre 1 : Le choix du contrôle juridictionnel

Chapitre 2 : Les autres techniques employées

Titre 2 : La sanction de la mauvaise qualité des normes

Chapitre 1 : La légitimité de la sanction juridictionnelle

Chapitre 2 : Les limites du pouvoir d'interprétation du juge

Conclusion

Liste des principales abréviations

CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État français
CESE	Conseil Economique Social et Environnemental
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CJUE	La Cour de Justice de l'Union Européenne
DC	Décisions rendues par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle <i>a priori</i>
DDHC	Déclaration de Droit de l'Homme et du Citoyen
ETI	L'Expert Traducteur Interprète
In	Dans
Infra	ci-dessous
Not.	Notamment
p.	page
pp.	pages
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
Vol.	Volume

Introduction

*« Penser comme un philosophe
et écrire comme un paysan »¹*

1. L'écriture de la loi est l'une des phases les plus techniques du travail opéré par ses rédacteurs. Elle est donc « la scène de leur manifestation de talent »². Ce qui est essentiel est « la compréhension et, par suite, l'acceptation par les citoyens des règles de droit qui régissent la vie en société »³. Il y a cinquante ans, la principale préoccupation des juristes et des philosophes de droit était « la loi ». Quelques courts développements sur « la qualité de la loi » pouvaient être trouvés dans des œuvres de philosophie du droit. L'accent a toujours été mis sur la nécessité de « qualité de la loi ». Toutefois, même si les juristes s'intéressent, depuis 50 ans, à ce sujet, sur le plan pratique, la notion de qualité de la loi reste obscure.

2. Dans la communauté juridique, la nécessité et le but des législations, la manière dont elles sont formulées, les discussions relatives à l'adoption de celles-ci et la manière dont on y fait référence, sont des questions résolues. Les questions relatives à la qualité des normes sont présentes dans des systèmes où les législations sont nécessaires pour maintenir l'ordre public et réglementer les relations entre les personnes, et où l'Etat de droit est reconnu.

3. Dans de nombreux ouvrages récents, les auteurs n'ont traité que deux spécificités ayant trait à la qualité des normes, à savoir l'intelligibilité et l'accessibilité, mais ont omis de discuter des diverses dimensions d'une bonne norme juridique. Dans la présente étude nous allons essayer d'examiner la question de qualité

¹ Fluckiger, Alexandre, « La démocratie directe : Un facteur de qualité de la loi en Suisse ? », in *La qualité de la loi - Expériences française et européenne*, Paris : Mare & Martin, 2016. p. 81-107, Not. p. 81.

² Beygzadeh, Safar, *Les techniques d'écrire de la loi*, Téhéran: Le centre de recherche de l'Assemblée Nationale, 2003, p. 108.

³ Prokopiak, Marie, *L'amélioration de la qualité rédactionnelle des textes législatifs*, Thèse dactylographiée, Université de Limoges, 2015, p. 15.

des normes juridiques écrites, sous tous ses aspects, afin d'offrir de nouvelles perspectives de réflexion.

4. L'intérêt majeur de ce sujet tient à deux problèmes principaux relatifs aux normes juridiques dans la théorie et la pratique, qui seront développés dans la partie concernant la problématique. Le premier, est qu'aujourd'hui les normes juridiques sont devenues elles-mêmes des obstacles dans la société surtout lors de leur exécution. Les défauts formels et substantiels de ces normes les ont rendus incapables de réaliser leur tâche essentielle, soit la régulation des relations sociales. A titre d'exemple, si nous supposons qu'une norme vague est censée réguler les relations sociales, nous allons facilement nous rendre compte que le pouvoir exécutif aura du mal à l'exécuter, et les citoyens, à la comprendre. Ces normes ne seront pas alors en mesure de réguler les relations sociales. En outre, si le contenu d'une norme juridique ne peut avoir une bonne réception au sein de la société, de la part des citoyens dont elle est présumée réguler les relations, et que les citoyens sont incapables de le comprendre correctement, cette disposition sera transformée en une règle inutile dans la société, car la réaction des citoyens vis-à-vis de cette norme sera de la négliger ou même de trouver des solutions pour y échapper ou la contourner. Outre l'identification de ce défaut, les études déjà réalisées pour tenter de résoudre ce problème dans la société ont été pour la plupart unidimensionnelles, ne traitant que d'un seul aspect de la qualité des normes. Ceci a rendu pratiquement impossible le recours aux acquis théoriques en ce domaine de la qualité de la norme, de sorte que les problèmes liés à la qualité des normes et, précisément des lois qui ne sont pas d'une bonne qualité, persistent.

De nombreux ouvrages sont parus récemment qui portent sur la qualité de la norme, et cela démontre l'intérêt et l'importance graduellement grandissant de cette question⁴. Ceci dit, l'approche de la présente thèse diffère largement des travaux de

⁴ Rrapi, Patricia, *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel : étude du discours sur la "qualité de la loi"*, sous la direction de André Roux, 2012, Aix-Marseille ; Prokopiak, Marie, *L'amélioration de la qualité rédactionnelle des textes législatifs. Approche comparée droit français - droit de l'Union européenne*, sous la direction de Hélène Pauliat et de Anne-Marie Tournepiche, 2015, Limoges ; Fernandez, Viridiana, *Les qualités de la loi pénale : contribution à l'étude de la légalité criminelle*, sous la direction de Gabriel Roujou de

recherche précédents en la matière. Dans ce travail, nous cherchons à proposer des solutions qui permettraient de lever les difficultés liées à la qualité des normes. Premièrement, nous essayerons de trouver des voies nous permettant de résoudre les problèmes afférents à la qualité de la norme. Nous allons tenter de mettre à l'étude la (quasi-) totalité des aspects qui ont de l'importance pour cette question. Ainsi, nous n'allons pas nous restreindre aux réponses données par les juridictions développant un contrôle de la qualité des normes, et sera adoptée notamment une approche théorique de cette question. Par exemple, après avoir établi les deux exigences de « clarté et simplicité » d'une norme juridique en tant que spécificités formelles, une partie de la thèse traitera de la nature de ces deux exigences, tout en essayant simultanément d'étudier le fait pour une norme juridique d'être « claire et simple » dans une perspective théorique.

Une autre caractéristique de cette thèse est liée au choix de la méthodologie comparative. L'approche globale de la question de la qualité des normes présente dans ce travail fait son originalité. L'approche comparative porte principalement sur les régimes juridiques français et américain, et les jugements rendus par les juridictions de ces deux pays sur des questions liées à la qualité des normes. D'autre part, au regard des différences entre les systèmes juridiques et de notre objectif de proposer les solutions utiles pour tous les systèmes juridiques sur la question de la qualité des normes, nous avons fait une étude comparée sur deux systèmes connus, dits le Common law et le Civil law. Cette étude, nous donne la possibilité de comprendre les forces et les faiblesses de chaque système afin d'améliorer la qualité des normes juridiques. En outre, a été fait le choix d'intégrer une analyse des jurisprudences européennes sur la question, à la fois dans le cadre de l'Union Européenne (CJUE) et pour les états membres de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), en raison de l'influence que peuvent avoir ces juridictions sur le droit des Etats, que ce soit de manière contrainte ou volontaire (les juridictions nationales pouvant être enclines à suivre les principes posés par les juridictions européennes). L'étude sera

également illustrée par des exemples d'autres pays tels que l'Iran, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, etc., au besoin et dans le but de clarifier la démonstration. Nous avons utilisé des exemples qui existent selon le contexte de notre discours afin d'expliquer les démarches entreprises dans différents pays pour améliorer la qualité des normes, même si ces démarches ne sont pas systématiques et multidimensionnelles. Les exemples ont été choisis en fonction des éléments qu'ils apportent au débat. Si aucune allusion n'a été faite à d'autres pays, c'est parce que nul exemple n'a été trouvé à son propos, ou bien parce que par l'ignorance de sa langue (l'auteur ne lit que le persan, le français et l'anglais), nous n'avons pas pu utiliser les ressources de cette langue, en allemand ou espagnol par exemple.

L'approche adoptée dans le présent travail de recherche ne se limite pas à l'étude de l'élaboration du projet d'une norme juridique, mais s'intéresse également aux étapes de l'exécution et de l'interprétation. La question de l'attitude des juges face aux normes est également abordée. En outre, en distinguant entre différentes normes, c'est-à-dire principalement la norme constitutionnelle, les lois et les règlements, ce travail de recherche est tenté de traiter de la manière dont est modifiée l'exigence de qualité des normes, en fonction de la définition du terme « norme juridique » ; cela fait partie des nouveaux champs d'étude qui n'ont pas été traités en bloc et d'une façon systématique par les juristes.

5. Sur le plan historique de ce sujet, il faut bien noter que le discours sur la qualité des normes est un discours, qui semble avoir pris naissance, en France, sous la Troisième puis la Quatrième Républiques⁵. Ainsi, Patricia Rapi explique-t-elle que « Les tenants du discours sur le « déclin du droit », sont repris, aujourd'hui, dans le discours sur la « qualité de la loi »⁶. Dans une démocratie, en tant que point de départ, « la souveraineté nationale s'exprime dans la loi. La loi donne la règle de conduite à tenir. Il faut qu'elle soit régulièrement établie, qu'elle soit connue de ceux

⁵ Rapi, Patricia, *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel : Etude du discours sur la qualité de la loi*, précité, p. 16.

⁶ Ibid.

à qui elle doit s'appliquer, qu'elle édicte des dispositions claires et précises. Si la règle imposée n'émane plus du législateur, ou si elle n'est pas régulièrement promulguée, ou si elle est impossible à connaître ou à comprendre, les hommes perdent toute direction, ne savent plus ce qui est permis ou défendu, trouvent dans leur ignorance une excuse à leur inconduite et vivent dans l'incertitude de leurs droits. Il n'y a plus d'ordre légal et cela par la faute même de ceux qui sont chargés de l'établir »⁷.

Malgré la mention par le Conseil d'État de « la loi bavarde », dans son rapport public annuel, en 1991, la discussion sur qualité de la loi, en France, a commencé sérieusement en 2004 où la troisième loi de la simplification du droit a été promulguée⁸. Jean-Louis Debré a présenté une proposition de loi⁹, qui modifiait les articles 34 et 41 de la Constitution en insistant sur la normativité de la loi¹⁰.

En 2006, le Conseil d'État est revenu sur ce sujet et a axé son rapport public annuel sur la sécurité juridique et la complexité du droit. Il a estimé dans ce rapport que la complexité des normes « menaçait l'État de droit »¹¹.

Bien plus, à partir du milieu des années 1990, le Conseil constitutionnel a eu le souci « d'inciter le législateur à améliorer la qualité formelle de la loi »¹². Surtout, l'amélioration de la qualité de la loi implique de se concentrer sur la procédure d'élaboration de la loi. Cela a conduit à la réforme de la procédure parlementaire, au

⁷ Rapi, Patricia, *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel : Etude du discours sur la qualité de la loi*, précité, p. 22.

⁸ Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000256180&categorieLien=id>.

⁹ PROPOSITION DE LOI CONSTITUTIONNELLE, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 5 octobre 2004, PRÉSENTÉE par M. Jean-Louis DEBRÉ, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/propositions/pion1832.asp>.

¹⁰ Milano, Laure, « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », in *RDV*, n° 3, 2006, pp. 637-671, Not. p. 638.

¹¹ Sénat, *La qualité de la loi*, n°EJ3, Les documents de travail du Sénat, 2007, Série Etudes Juridique.

¹² Milano, Laure, « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », précité, p. 638.

renforcement du rôle du Conseil d'État, à la détermination des objectifs politiques qui sont derrière les projets et propositions de la loi¹³.

Après avoir exposé la problématique de la thèse (1), nous préciserons la méthodologie de la recherche (2) et le plan adopté (3).

1 - Problématique

La réflexion sur les diverses dimensions de la qualité des normes peut être ouverte avec le questionnement suivant : pourquoi la question de la qualité de la loi est-elle importante ? Pour fournir une réponse, nous examinerons deux points : tout d'abord, les problèmes d'application des normes juridiques dans la pratique (A) ; ensuite, le problème théorique de la qualité de la loi, qui a trait aux exigences découlant du principe de l'Etat de droit (B).

A- Le problème pratique d'application des normes juridiques

Dans le cadre du processus de passage des sociétés soumises aux coutumes monarchiques, féodales, dictatoriales,...vers les sociétés basées sur l'Etat de droit, on imaginait que les normes juridiques pourraient régler toutes les questions découlant des relations humaines et celles des rapports entre l'Etat et les citoyens.

Aujourd'hui, ces normes posent problème dans l'ordre juridique. Alors qu'elles devraient être un moyen de règlement des litiges et des différends, elles sont parfois inexploitable par les citoyens et les autorités exécutives. En ce sens, les normes juridiques se sont éloignées de leurs performances attendues car elles n'atteignent pas leurs objectifs.

Les exemples d'inefficacité des normes juridiques ne manquent pas. Dans chaque régime juridique, quelques lois problématiques pour la vie sociale sont

¹³ Milano, Laure, « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », précité, p. 638.

repérables. A titre d'exemple, il existe des lois qui piétinent facilement, au regard de leur complexité et leur imprécision, les droits des citoyens et offrent ainsi aux Etats les moyens de violer ces droits, ou des lois qui sont source d'imprécisions pour les juridictions dans le prononcé de leurs décisions.

Les lois imprécises violant les droits des citoyens sont nombreuses et nous les aborderons dans la section consacrée à l'analyse de la jurisprudence. Les expressions imprécises comme « révolte », « perturbation de l'ordre public », « affront », « outrage au drapeau » etc..., sont devenues, *via* les droits de plusieurs pays, des armes entre les mains des Etats pour étouffer les protestations et bafouer les droits des citoyens.

Parfois, une loi devient source d'imprécision et de complexité dans la gestion des relations sociales les plus ordinaires. A titre d'exemple, l'article 59 de la loi pénale en Iran dispose que : « Toute opération chirurgicale et médicale légale effectuée suite au consentement de la personne intéressée ou ses parents ou ses tutelles et représentants légaux et, en respectant les mesures techniques et pratiques, ne peut être objet de crime... », c'est-à-dire qu'elle ne peut pas être qualifiée de crime. Il est facilement déductible de cet article que la tâche du juge, du patient et du médecin, pour identifier le crime, les obligations et les droits, n'est pas aisée ; en particulier l'expression « mesures techniques et pratiques » est tellement imprécise qu'on ne peut pas prévoir l'issue qui en résulterait devant le juge.

Pourtant, la complexité des normes juridiques ne se limite pas seulement aux formes, comme nous allons le voir dans la suite de la thèse. Elle se trouve parfois dans la logique des politiques des Etats selon laquelle ont été adoptées de telles normes, la logique qui provoque la contestation de plusieurs groupes dans la société. Parfois la majorité des citoyens estime que certaines lois sont à la source de l'immoralité. Cela est plutôt compréhensible dans le domaine des technologies de pointe.

Envisageons l'exemple de lois qui permettraient l'usage des organes vitaux des animaux dans le traitement médical des personnes humaines, ou permettraient, dans les sociétés moralistes, la donation du sperme de l'homme à la femme. Ce sont des

exemples qui influencent le thème des lois et deviennent sources des contestations¹⁴. Ainsi la loi, cet outil de l'instauration de l'ordre dans la société, devient un obstacle.

Ici, nous distinguerons les deux phases de l'adoption et de l'exécution de la loi, dans le souci d'une meilleure analyse de l'objet de la loi, et ses vices de forme et de fond.

Le législateur doit essayer de bien légiférer. Il a besoin de savoir quel est le résultat de son travail dans la société, car la qualité des normes, au sens général, affecte la qualité d'exécution des normes. Donc, l'élaboration d'une bonne norme permet aux autorités d'application de bien l'appliquer et donne aux citoyens le pouvoir de bien la comprendre et de bien l'accepter. L'étape de l'élaboration des normes est donc une étape plus importante que les autres.

D'une part, le législateur a besoin de bien comprendre « la nécessité », « l'intérêt » et « le besoin » de la société. Bien plus, il faut qu'il rédige les normes d'une manière claire, donc que les termes utilisés ne soient pas ambigus ; mais encore faut-il s'entendre sur la notion de clarté de la norme. Pour arriver à ces résultats, le législateur doit consulter des spécialistes. Alors, le rôle des institutions venant en amont de l'examen des normes est important. Donc, nous allons consacrer une partie de l'ouvrage au rôle des experts dans la législation. Ils ont observé que dans les diverses sociétés qui utilisent « les normes juridiques » pour régir la société, les effets ne sont pas tous les mêmes. Au début, il semblait que le volume élevé des normes juridiques et la prévision de toutes leurs conséquences étaient possible et utile, mais dans la pratique, il a été démontré que ce qui est important est « l'efficacité »¹⁵.

¹⁴ Autres exemples : La Cour suprême des États-Unis considère que le mariage homosexuel est légal alors que d'autres pays le refusent. Les lois sur l'avortement sont « injustes » dans l'esprit de certains, et « juste » dans l'esprit des autres. Nous avons évoqué des exemples dont la citation n'est pas synonyme de leur confirmation, mais il s'agit justement des cas qui nous permettent de savoir quels seront les jugements qu'une norme juridique pourrait rencontrer, et quel type de normes juridiques est susceptible d'entraîner plus de sensibilités au sein de la société. La plupart des normes qui sensibilisent la société, sont des normes dont l'importance du contenu est majeure pour la société, c'est-à-dire celles dont le contenu se rapporte à la justice, la morale ou la logique.

¹⁵ En Iran, nous avons presque un code sur la faillite, mais il est vieux et inefficace.

Les interlocuteurs principaux de la loi, à savoir ceux qui en assurent l'exécution et les citoyens, montrent leur réaction. Pour les exécutants, la bonne compréhension et l'existence des solutions précises sont prioritaires dans la loi. Ils ont besoin de savoir dans chaque phase et devant chaque question, quelle mesure prendre exactement. Or, l'imprécision (Vagueness), la complexité, l'inflation des lois, sont les obstacles principaux auxquels sont confrontées les autorités d'exécution et d'application. C'est pour cette raison qu'en Allemagne, existent les fameux fichiers bleus dans lesquels les autorités chargées de l'exécution et de l'application des lois peuvent noter les faiblesses et imprécisions des lois et les rapporter aux autorités législatives¹⁶.

Les autres interlocuteurs de la loi, cette fois sur le plan de l'application, sont les tribunaux. Les cours ont beaucoup de problèmes avec les normes « vagues ». Par exemple, les arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis nous montreront, dans la deuxième partie, comment les juges ont été conduits à déclarer des normes vagues comme étant inconstitutionnelles, parce qu'ils ne pouvaient pas prononcer un verdict dans le cas où la loi était si vague qu'ils n'arrivaient pas à trouver son application. En outre, comme nous l'examinerons, certains auteurs pensent que la Cour a la compétence pour contrôler « la rationalité » d'une norme juridique, dans le cas où existe un conflit entre des intérêts divergents ; c'est-à-dire quand, par exemple, il y a la nécessité de la protection de l'Etat face à des menaces extérieures, d'un côté, et au regard de la Constitution, la protection des libertés fondamentales des personnes, de l'autre.

La jurisprudence est importante sur le thème des actes terroristes et sur le procès des accusés présumés. Exemple connu à cet effet, les procès à huis-clos (closed

¹⁶ Müller-Graff, Peter- Christian, "The Quality of European and National Legislation: the German Experience and Initiatives", in Kellermann, Alfred E. and Azzi, Giuseppe Ciavarini and others (eds.) *Improving the Quality of Legislation in Europe*, Cambridge: Kluwer Law International, 1998, pp. 111-128. "Blue List".

material procedures) en Grande-Bretagne et la présence des avocats d'Etat qui sont nombreux suite à l'augmentation des actes terroristes¹⁷.

Nous avons déjà indiqué que les problèmes pratiques de l'exécution des normes juridiques ont été au nombre des premières raisons conduisant à traiter de la question de qualité des normes. Outre l'aspect pratique de l'exigence de l'étude de la qualité de la loi, nous avons présenté un aspect théorique qui concerne le principe de l'Etat de droit.

B- Le problème théorique : les exigences découlant de la Constitution (le principe de l'Etat de droit)

Dans la communauté juridique (post-droit), la nécessité et le but des législations, la manière dont elles sont formulées, les discussions d'adoption de ces législations et la manière dont on y fait référence sont résolues. C'est à dire que la question de la qualité des normes a trait aux systèmes où les législations sont nécessaires pour maintenir l'ordre et réglementer les relations entre les individus. L'Etat légal est celui dans lequel l'Etat doit se soumettre au principe de légalité, et

¹⁷ European Parliament, Directorate-General for International Policies, Policy Department, Citizens' Rights and Constitutional Affairs, "National Security and Secret Evidence in Legislation and before the Courts: Exploring the Challenges", 2014. (This document was requested by the European Parliament's Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs (LIBE): « Le Royaume-Uni constitue une exception dans le paysage européen lorsqu'il examine l'utilisation du secret pendant les procès. L'utilisation de « procédures fermées » dans les procédures judiciaires est prévue par la législation nationale. Les CPM permettent l'introduction de documents de renseignement sensibles dans le cadre d'audiences secrètes dans lesquelles seul le juge et les avocats spéciaux ont accès au matériel. Depuis l'introduction de la loi de 2006 sur les témoins blindés, les Pays-Bas ont également été en mesure de «protéger» les témoins des services de renseignement dans l'intérêt de la sécurité nationale à l'issue de la procédure devant les tribunaux. L'Allemagne, l'Espagne et la Suède disposent d'un éventail de pratiques judiciaires permettant de cacher certaines preuves à une partie au cours des procès. L'utilisation de preuves secrètes est catégoriquement interdite en France et en Italie”.

dans ce système la loi représente la seule expression de la volonté générale voulue par le peuple souverain¹⁸.

Mais, la simple existence du principe de l'Etat légal, qui repose sur la prépondérance du pouvoir législatif, n'est pas suffisante. Si le parlement a vraiment le pouvoir de faire tout ce qu'il veut et qu'il n'y a pas de limites à son pouvoir, le risque est celui d'un arbitraire complet. L'autorité législative a simplement la bienveillance de déclarer ses règles, mais il n'y a aucun contrôle sur le contenu de ces normes.

En adoptant « la théorie de la souveraineté nationale », l'Etat de droit signifie la primauté de la Constitution. En effet, à partir de la moitié du XXe siècle (suite à la Seconde guerre mondiale), le principe de constitutionnalité a supplanté le principe de légalité : désormais, « la constitutionnalité a remplacé la légalité quant à sa fonction de véhicule des valeurs essentielles »¹⁹. Ainsi le Conseil constitutionnel français souligne-t-il que « la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »²⁰, c'est-à-dire, « la volonté du peuple s'exprimant en souverain sur celle du législateur »²¹. A cet égard, l'existence d'une norme juridique selon le principe de l'Etat légal ou le principe de légalité, n'est pas suffisante pour protéger les citoyens de l'arbitraire du pouvoir législatif. Cette idée qui trouve son origine dans la pensée de Kelsen²², aboutit à l'instaurer un contrôle de constitutionnalité de la loi et la fonction du juge constitutionnel a bien été justifiée.

¹⁸ « La formule « Communauté fondée sur l'Etat de droit » est en fait la traduction du terme allemand *Rechtsgemeinschaft*, formulé pour la première fois par Walter Hallstein, président de la Commission européenne de 1958 à 1967 ». Pech, Laurent, "Rule of Law in France", in Peerenboom, R. (ed.), *Asian Discourse of Rule of Law*, London: Routledge, 2004, pp. 79-112, not. p. 95.

¹⁹ Voir en ce sens Favoreu Louis et alii, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2016, 18 e éd., p. 395.

²⁰ Décision n° 85-187 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*.

²¹ Vedel, Georges, « Souveraineté et supra constitutionnalité », sur http://www.revue-pouvoirs.fr/IMG/pdf/Pouvoirs67_p79-97_debat_supraconstit_vedel.pdf, 2017, pp. 79-97, Not. p. 93.

²² « L'Etat de droit est un ordre juridique hiérarchisé : chaque norme trouve le fondement de sa validité dans sa conformité à une norme supérieure, jusqu'à remonter à une norme fondamentale qui ne peut être que supposée puisqu'elle est extérieur à l'ordre juridique ».

Michel de Villiers, Armel Le Divillec, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, 2011, p. 154, 156.

Il en résulte que la volonté d'un peuple qui trouve son expression dans la Constitution ne peut être modifiée ou abrogée par une loi ordinaire, même si une telle législation est soutenue par des majorités populaires²³. L'Etat de droit est conçu pour protéger les droits et libertés des citoyens en soumettant le pouvoir législatif au respect de la Constitution²⁴. En cela il se situe à un degré plus élevé que l'Etat légal. Ainsi Carré de Malberg indiquait-il que « L'Etat de droit est établi simplement et uniquement dans l'intérêt et pour la sauvegarde de l'intérêt des citoyens : il ne tend qu'à assurer la protection de leurs droits ou de leur statut individuel tandis que l'Etat légal est orienté dans une autre direction : il se rattache à une conception politique ayant trait à l'organisation fondamentale des pouvoirs »²⁵.

Donc, une fois que la démocratie est en place et que les droits de l'homme sont respectés, il est nécessaire que chacun sache quand le gouvernement va intervenir dans les affaires des individus. Ce sont de justes revendications que, premièrement, d'être averti, ensuite, que le droit soit clair, que les normes posées soient susceptibles d'être respectées et enfin, que les institutions telles que des tribunaux indépendants existent avec des procédures leur permettant de statuer dans le cas où la règle posée en a été ignorée²⁶.

Au regard de la divergence de points de vue quant à la notion d'Etat de droit, ce terme peut largement être présenté dans son sens « étroit » ou « large ». La définition « étroite » refuse que l'Etat de droit dépende de la teneur des lois qui le régissent (l'Etat légal), alors que selon la version « large », les lois doivent être conformes aux idéaux de fond, qui sont : les droits de l'homme libéraux et/ou sociaux.

²³ Frohnen, Bruce P.; Carey George W., "Constitutional Morality and the Rule of Law", in *Journal of Law & Politics*, Vol. 26, 2011, pp. 497-534, Not. p. 500.

²⁴ Pech, Laurent, "Rule of Law in France", in Peerenboom, R. (ed.), *Asian Discourse of Rule of Law*, London: Routledge, 2004, pp. 79-112, Not. p. 99.

²⁵ Cité par Favoreu, Louis et alii, *Droit constitutionnel*, 2016, 18e éd., p. 30.

²⁶ Dworkin, R., "The Rule of Law and Human Rights in Contemporary World", in *Law of Ukraine*, N° 4, 2013, pp. 7-13, Not. pp. 9, 10.

Autrement dit, l'Etat de droit au sens large est exactement compatible avec certaines questions jugées d'une importance fondamentale pour la justice²⁷, et nous y ajoutons, le plus important, les caractéristiques formelles d'une bonne norme, comme « la clarté » et « la simplicité ». Comme Raz, Fuller et Finnis nous estimons que le premier principe ou première condition de principe de l'Etat de droit est que « la loi doit être claire »²⁸.

De même, selon la Cour suprême des Etats-Unis, la principale raison de recourir à ce principe est que celui-ci fait obstacle à la discrimination et l'arbitraire²⁹. Le base du raisonnement de la Cour Suprême à propos des doctrines de « Vagueness of law » et « arbitrary actions » est la protection de l'État de droit. Ce qui semble indiquer, selon la Cour suprême des États-Unis, à propos du contrôle judiciaire, que « la clarté » de la loi est important pour protéger les droits des citoyens et elle est nécessaire pour garantir le principe de l'Etat de droit. Selon Wintgens, Fuller, Waldron et Endicott, nous avons besoin d'autre chose que l'« existence de normes juridiques » pour que le principe de l'Etat de droit soit bien respecté, il s'agit de « la clarté » et de la « certitude »³⁰.

²⁷ Skaaning, Sven-Erik, "Measuring the Rule of Law", in *Political Research Quarterly*, Vol. 63, No. 2, 2010, pp. 449-460, Not. p. 451.

²⁸ Ibid., p. 452.

²⁹ Goldsmith, Andrew, "The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court", in *American journal of criminal law*, Vol.30, No.2, 2003, pp. 279-313, Not. p. 282.

³⁰ Fuller, L.L., "Positivism and fidelity to law-a reply to professor Hart", in *Lloyd's introduction to jurisprudence*, London: Sweet and Maxwell, 2001, pp. 370-374, Not. pp. 40, 41; Endicott, Timothy A. O., *Vagueness in Law*, London: Oxford University Press, 2003, p.185; Wintgens, Luc. J., *Legislation in Context: Essays in Legisprudence*, USA: Ashgate Publishing Company, 2007, pp. 72, 73; Risch, Michael, "Virtual Rule of Law", in *west Virginia Law Review*, Vol. 112, 2010, pp. 1-52, Not. pp. 2, 13.

Du point de vue du Conseil constitutionnel français, la simple existence de la loi n'est pas suffisante. « La garantie des droits requise par l'article 16 de la Constitution, ne seraient pas effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des règles qui leur sont applicables et si ces règles présentaient une complexité inutile ». CC, décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit.

En ce qui concerne le lien entre les caractéristiques d'une bonne norme et le principe d'Etat de droit, il est utile de s'appuyer sur des exemples qui font apparaître la nécessité que soient réunies les caractéristiques d'une bonne loi pour que le principe de l'Etat de droit atteigne son objectif principal : la protection des droits et libertés fondamentaux.

Il ressort des arrêts de la Cour suprême des États-Unis et des décisions du Conseil constitutionnel français, par exemple, que « la clarté » de la norme est lorsque les droits des citoyens sont concernés. Les termes ambigus, comme « ordre public », « intérêt public », « sécurité publique » etc., ne sont pas des arguments suffisants à eux seuls pour limiter les droits des citoyens et les punir. Désigner un ensemble, d'une manière vague, de telle façon que toutes les activités puissent être interprétées comme illégales, semble ainsi contraire aux exigences de l'Etat de droit³¹. Il résulte de ces observations, deux particularités principales qui semblent attendues d'une norme juridique : la « clarté » et la « simplicité ». Ces exigences seront traitées dans la partie concernant les caractéristiques formelles de la norme juridique.

³¹ « Dès la fin des années 1970, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), siégeant à Strasbourg, a engagé diverses questions concernant les relations entre la sécurité nationale, le renseignement et les droits de l'homme. Le Conseil de l'Europe et la Cour de Strasbourg sont des organes régionaux qui examinent la légalité des activités de renseignement des États membres du point de vue des droits de l'homme. En conséquence, «la marge d'appréciation des États dans les affaires liées à la sécurité nationale n'est plus uniformément large ». Le talon d'Achille d'une grande partie de la législation et de la pratique en matière de sécurité nationale est que leur opacité et leur imprécision empêchent les individus d'adapter ou d'ajuster leur comportement par conséquent. La Cour européenne des droits de l'homme a défini les trois conditions principales qui composent le critère "conformément au droit": Premièrement, la mesure sous contrôle judiciaire doit trouver sa source dans le droit interne du pays ; deuxièmement, la loi doit être accessible et suffisamment claire pour l'individu concerné, la précision de la loi jouant un rôle décisif ; et troisièmement, les conséquences doivent être prévisibles. Ces trois normes qualitatives font toutes allusions à la qualité du droit en vigueur, que les États doivent garantir. Dans l'arrêt *Gillan et Quinton c. Royaume-Uni*, la Cour a jugé que «[...] les mots « conformément à la loi » exigent que la mesure incriminée soit à la fois fondée sur le droit interne et compatible avec l'Etat de droit, qui est expressément mentionnée dans le préambule de la Convention et inhérente à l'objet et à l'objectif de l'article 8. La loi doit donc être adéquatement accessible et prévisible, c'est-à-dire formulée avec une précision suffisante pour permettre à l'individu - s'il y a lieu - de régler sa conduite ».

European Parliament, Directorate-General for International Policies, Policy Department, *Citizens' Rights and Constitutional Affairs, "National Security and Secret Evidence in Legislation and before the Courts: Exploring the Challenges"*, 2014, pp. 46, 47.

En dehors des caractéristiques formelles, certains estiment, que les caractéristiques matérielles comme la « justice » font partie des exigences de l'Etat de droit. Il semblerait que ces caractéristiques matérielles soient nécessaires pour augmenter l'acceptation de la norme par les citoyens dans la société ; c'est-à-dire que si des normes juridiques apparaissent acceptables pour les citoyens, si elles sont considérées comme justes et rationnelles, le niveau d'obéissance civile sera plus élevé. La partie concernée tentera d'aborder le point de savoir comment parvenir à élaborer des normes matériellement acceptables. Il ne faut pas oublier que chaque pays à sa propre façon de penser ; par ailleurs, la thèse n'entend pas avoir comme seul objet d'étude les normes législatives. Il s'agira donc de proposer des solutions permettant de parvenir, si possible à un système considéré comme acceptable avec des normes qui protègent les droits des citoyens.

La question de la qualité des normes soulève donc une diversité de questions et d'approches et il ne semble pas émerger de véritable consensus, clair sur le contenu de cette notion. Peut-être est-ce tout simplement parce que cette notion de qualité est trop floue, parce que les exigences sont susceptibles de varier d'un Etat à l'autre mais également selon les époques ou les normes considérées. Cette diversité d'approches de la notion de qualité des normes semble se révéler non seulement sur le plan théorique, à travers les écrits doctrinaux, mais également sur le plan pratique, par des exigences qui peuvent être différentes selon les juridictions et les normes en cause. Au-delà de la démonstration de cette intuition, la thèse a toutefois également pour objet de proposer des solutions car si les contours de la notion de qualité des normes sont flous, il existe tout de même un consensus autour de l'idée que pour que le droit soit appliqué et effectif, il doit être de qualité.

2 - Méthodologie de la recherche

La réflexion qui porte sur « La qualité des normes » propose de réfléchir à ce qui est attendu d'une norme pour que la société soit régulée d'une bonne manière ; c'est-à-dire, comment pouvoir disposer « des normes juridiques » qui soient telles que

les individus les acceptent, les cours les appliquent sans problème et la société les utilise pour son bénéfice.

Les questions principales posées par cette étude sont de savoir pourquoi attendre des normes qu'elles soient de qualité ? Jusqu'à quel point peut-on imposer des contraintes au moment de l'élaboration des normes dans le but d'en permettre ou d'en améliorer la qualité ? Qui pose ces règles et quel est le degré de contrainte acceptable du point de vue formel et matériel dans un objectif de qualité ?

La méthodologie de la recherche dans la première partie est basée sur l'étude des ouvrages et des articles scientifiques portant sur le sujet de la thèse. Les recherches ont porté sur les œuvres d'auteurs anciens et modernes à propos de la norme, qui ont étudiés, confirmés ou critiqués celle-ci selon le cas. L'auteur a tenté d'examiner les différents courants de pensée relatifs à cette question en anglais et en français afin de mettre en relief des aspects similaires et les différences qui existent dans les doctrines autour ce sujet. Par une approche globale de la qualité des normes, nous avons tenté de proposer des critères et des techniques d'amélioration de la qualité des normes qui puissent répondre à cette question dans différents systèmes juridiques et différents pays. Afin de mieux appréhender l'objet de la recherche, le chapitre préliminaire tente d'illustrer les concepts relatifs à question de la qualité des normes et de distinguer la notion de qualité d'autres notions proches et qui sont souvent assimilées à la notion de qualité.

Dans la seconde partie, qui présente une étude comparée des décisions de justice se prononçant sur la question de la qualité des normes juridiques, nous avons étudié la France comme modèle du système de Civil law et les Etats-Unis comme exemple du système juridique de Common law. Comme nous l'avons déjà signalé, l'approche comparée du sujet, s'est également faite par rapport aux cours régionales en Europe à travers l'analyse des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne et celles la Cour européenne des droits de l'homme sur ce thème. La fonction de la Cour de justice de l'Union européenne est d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité. La Cour de justice est un pouvoir judiciaire autonome,

suprême et souverain³²; c'est-à-dire que ses décisions ne peuvent faire l'objet d'un appel, aucun tribunal ne peut condamner sa jurisprudence et aucune autorité n'a le droit de la contester et sa jurisprudence est l'une des sources du droit communautaire. Ses arrêts ont selon l'article 280 TFUE « *force exécutoire* »³³. Les décisions de la Cour de Justice de l'UE ont à la fois un impact direct sur l'élaboration du droit de l'Union européenne par les instances européennes mais également une influence indirecte sur l'élaboration du droit dans les Etats car les principes généraux posés par la Cour inspirent souvent le droit national. Il en va du même en ce qui concerne les principes dégagés par la Cour européenne des droits de l'Homme dans la lecture qu'elle donne de la Convention européenne des droits de l'homme. Si les Etats ne sont pas liés par les interprétations de la Cour, les juges nationaux sont à l'écoute de sa jurisprudence et sont influencés par celle-ci de telle manière qu'ils sont susceptibles de transposer sur le plan national des exigences découlant d'une interprétation de la Convention. D'ailleurs, les Etats parties s'engagent à se conformer aux arrêts de la Cour et prendre toutes les mesures nécessaires pour s'y conformer. Le Comité des Ministres supervise l'exécution des arrêts³⁴. Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et ceux de la Cour de justice de l'Union européenne ont donc été examinés afin de compléter les jurisprudences relatives à l'étude de qualité des normes sur le plan européen.

Concernant la qualité des traités et des conventions internationales, cette question aurait pu d'ailleurs être traitée dans la thèse. Toutefois, cette branche de droit n'étant pas dans notre compétence, nous ne l'examinerons pas sous un titre séparé, d'autant que le cadre des normes internationales est différent de celui du cadre des normes nationales ; puisque se pose notamment, sous un angle différent, la question

³² Denizeau, Charlotte, « L'autorité des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne », pp. 289-313, Not. p. 290, sur <http://hrcak.srce.hr/file/177150>, 2014.

³³ « Les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne ont force exécutoire dans les conditions fixées à l'article 299 ». Sur <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>.

³⁴ <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005>.

de la légitimité des normes internationales et de leur acceptation par les citoyens. Cette question, bien que non abordée dans cette thèse, est toutefois d'une grande actualité. Cette spécificité du droit international alimente cependant la thèse qui constitue la première partie de notre travail, celle d'une contingence et d'une variété des exigences de qualité des normes au regard du type de norme concerné.

3- Le plan adopté

La thèse est constituée de deux parties précédée d'un chapitre préliminaire. En effet, une fois l'intérêt de la thèse abordé dans le chapeau introductif, il est apparu nécessaire de procéder à des développements concernant des expressions similaires afin de bien cerner l'objet de la thèse. Ce chapitre est, en effet, apparu particulièrement utile au regard des confusions entretenues autour de la notion de qualité des normes au point que cette notion apparaîsse elle-même comme particulièrement floue. La première partie sera principalement consacrée à l'examen de l'approche théorique de la notion de qualité des normes. Cette approche tente de répondre à l'hypothèse d'une grande variété des exigences de qualité selon les systèmes juridiques et les normes en cause. Cette analyse théorique est apparue inévitable car, la seule étude de la jurisprudence ne suffit pas à clarifier cette question.

D'autre part, il semblerait que le type de norme influence son aspect qualitatif, de même que la nature de l'ordre juridique a une influence sur les exigences en matière de qualité de la loi. Notre hypothèse est qu'il se peut que d'une norme à l'autre, les qualités exigées soient différentes et ces exigences de qualité sont même parfois contradictoires. Cette hypothèse nous conduira à analyser deux systèmes juridiques connus, à savoir la *Common law* et la *Civil law* : la nature et la structure de système juridique semble, en effet, être de nature à influencer sur les aspects qualitatifs des normes juridiques. Il convient en effet de s'interroger sur les faiblesses, les avantages mais aussi les capacités de chaque système à parvenir à l'idée « des bonnes normes ». Le premier Titre de la partie 1 est consacré aux facteurs influençant les caractéristiques de la loi, à savoir le type de norme et le système juridique.

Dans le titre deux, les caractéristiques seront divisées en deux catégories, les caractéristiques inhérentes, d'une part, et les caractéristiques transversales, d'autre part. La principale base théorique d'étude de la qualité des normes repose sur la distinction entre la norme juridique et la bonne norme juridique. Cette distinction est nécessaire pour s'interroger sur la validité d'une norme juridique qui n'est pas bonne. Par exemple, en affirmant que la loi est une norme qui est juste ou simple, on signifie que si une norme juridique n'a pas de telles caractéristiques, elle n'est point « la norme juridique ». Cette thèse semble difficilement défendable dans le monde contemporain.

Dans la deuxième partie est abordée la question de la mise en œuvre concrète des exigences de qualité. Nous analyserons comment diverses juridictions ont abordé la question de la qualité des normes juridiques ; comment elles les contrôlent et les interprètent. S'il apparaît que les exigences de qualité sont présentes dans la jurisprudence de nombreuses juridictions, ces exigences peuvent aussi différer selon l'ordre juridique en cause. Or, ces différentes vont parfois au-delà d'une simple différence de formulation. Si un consensus se dégage donc sur la nécessité d'avoir des normes de qualité, la concrétisation de cet objectif s'avère plus délicate. Par ailleurs, ces exigences de qualité sont souvent formulées par les juridictions elles-mêmes et non directement inscrites dans le texte constitutionnel, par exemple. Elles sont donc dégagées par les juridictions ce qui peut soulever des problèmes en termes à la fois de légitimité mais également d'étendue du pouvoir d'interprétation des juridictions.

Dans le cadre de l'examen de la sanction de la mauvaise qualité des normes, seront examinés sous le Titre 2 de la deuxième partie, le rôle de l'interprétation et du contrôle juridictionnel sur l'amélioration de la qualité des normes. La question principale qui se pose à cet égard, est de savoir à partir de quelles caractéristiques formelles ou matérielles ce contrôle juridictionnel et cette interprétation sont appliqués. Le contrôle juridictionnel étant un instrument entrant dans le cadre des *checks and balances*, dans quelle mesure est-il possible de profiter de ce contrôle pour exercer un contrôle qualitatif des normes ? Quel est l'intensité et les effets de ce contrôle ? Quelle est la sanction découlant d'une décision d'une juridiction

constitutionnelle face à la mauvaise qualité de la loi ? Est-ce que l'interprétation des lois par les juges fournit un moyen pour promouvoir le niveau qualitatif des lois interprétées ? Autant de questions qui nous conduiront à examiner « La légitimité de la sanction juridictionnelle » puis « Les limites du pouvoir d'interprétation du juge ».

Chapitre préliminaire : Les contours flous de la notion de qualité des normes

Qu'entend-on par les termes « qualité des normes ». Si l'on lit cette exigence partout, le contenu de cette notion reste abscons et peut rapidement se révéler subjectif. Or, cette qualité devenant une exigence constitutionnelle, le caractère flou de ces contours à la fois dans le langage courant mais également dans la doctrine juridique mérite que l'on s'attarde sur le sens de cette exigence au regard de termes pouvant relever de celle-ci ou au contraire s'en distinguer. Ce chapitre est ainsi consacré à l'étude des mots et des expressions similaires qui sont utilisés dans le cadre de l'étude de qualité des normes. Nous allons tenter de classer tous les termes et expressions utilisés à propos de la question de la qualité des normes, tout en indiquant leurs différences et par là, fournir un vocabulaire de ce champ d'étude à l'usage des juristes. Cela suppose que d'une part les aspects généraux de la notion de qualité des normes soient évoqués (1), et que d'autre part des concepts similaires soient analysés (2).

Section 1. Les aspects généraux de la notion de qualité des normes

Il s'agira tout d'abord de définir les termes de « qualité » et ceux « de normes » (§ 1) ; qu'est que nous entendons par la « qualité » et quelles normes nous souhaitons d'examiner ?

En outre, il apparaît important d'insister sur la distinction entre la notion de la norme juridique et celle de bonne norme juridique et pour cette raison, nous distinguerons entre les caractéristiques inhérentes et transversales, formelles et matérielles (§ 2).

§ 1. La notion de qualité des normes

Pourquoi avons-nous choisi pour titre : « La **qualité** des **normes** » ?

« Qualité »³⁵ est un terme général qui détermine si quelque chose est apprécié comme étant bon ou mauvais ? « Aspect, manière d'être de quelque chose, ensemble des modalités sous lesquelles quelque chose se présente » ou « Ensemble des caractères, des propriétés qui font que quelque chose correspond bien ou mal à sa nature, à ce qu'on en attend »³⁶. Dans un sens positif, la qualité désigne « Chacun des aspects positifs de quelque chose qui font qu'il correspond au mieux à ce qu'on en attend »³⁷.

En évoquant « la qualité des normes » (dans un sens juridique)³⁸, nous entendons bien « le niveau qualitatif des normes », est-ce qu'elles sont bonnes ou mauvaises ? En employant ce terme nous voulons déterminer les caractères d'« une bonne norme » ; or, comment apprécier objectivement la qualité d'une norme ? Nous avons besoin de concevoir un système dont résultat serait la qualité des normes objective. C'est-à-dire que pour rendre la qualité des normes de l'état subjectif à l'état objectif, un processus et un mécanisme sont requis afin de hausser petit à petit le niveau de la qualité. Chacun des éléments mentionnés sous l'appellation de techniques pour améliorer la qualité des normes, constituent une partie de ce mécanisme. Ainsi est-il évident qu'il n'existe pas de solution fixe et définitive pour la qualité des normes, et que nous ne pouvons qu'augmenter le niveau de la qualité des normes, en proposant des solutions.

Dans le Dictionnaire Larousse, la norme est définie de la manière suivante : « *Règle, principe, critère auquel se réfère tout jugement Ensemble des règles de*

³⁵ « Aucun texte normatif ne définit les critères de la qualité du droit. La Constitution est silencieuse sur ce point, de même que les traités. La loi ne livre que des indications parcellaires ou indirectes, à travers par exemple, une définition de la codification. Les lois de simplification du droit ou destinées à améliorer la qualité du droit n'ont pas non plus défini leur objet. Les textes réglementaires n'éclairent qu'assez peu ces questions ».

Conseil d'Etat, *simplification et qualité du droit*, Etude annuelle, Paris : Direction de l'information légale et administrative, 2016, p. 39.

³⁶ <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/qualit%C3%A9/65477>.

³⁷ Ibid.

³⁸ Norme juridique au contraire des normes sociales et déontologiques.

conduite qui s'imposent à un groupe social ». Si nous définissons la « règle » comme un critère visant à orienter le comportement des hommes, alors des mots comme « norme », « règle » et « principe » peuvent être employés comme ses synonymes. Certains théoriciens du droit, en discutant de l'essence de la norme, ont cherché à distinguer entre ces divers vocables et à donner une définition propre à chacun³⁹.

Hormis les différences possibles entre ces mots, nous définissons dans la présente étude la « norme » (juridique) comme l'ensemble des devoirs et des interdictions juridiques. Ces obligations et prohibitions sont ou bien écrites (lois) ou bien non-écrites (coutumes)⁴⁰. L'approche adoptée par cette étude est basée sur la qualité des normes juridiques. Le terme « norme » a été choisi pour englober la

³⁹ Bix, Brian, *A Dictionary of Legal Theory*, Traduction en Persan: Mohammed Rasekh, Téhéran: Nashr e Ney, 2010, p. 280.

« Une norme est souvent définie en première approche comme une référence ou un modèle: une « description » de ce qui devrait être, selon un point de vue déterminé; c'est-à-dire donc une certaine forme de prescription ... dans la pensée kelsénienne notamment, ce terme vise d'abord à se substituer à celui de « règle » ... certains auteurs comme Hart continuent, dans la tradition anglo-saxonne, à privilégier le terme de règle sur celui de norme: mais c'est en utilisant ce terme finalement dans le même sens que celui donné par Kelsen à celui de norme, car ces règles notamment peuvent avoir soit une portée générale soit une portée individuelle ... mais pour Dworkin par exemple, les règles ne sont pas assimilables aux normes: cette catégorie, plus vaste, comprendrait, au côté des règles, des principes ... toutes ces définitions font toujours de la norme la catégorie générale des prescriptions juridiques, celle qui englobe toutes les autres catégories spécifiques. En tous ces sens donc, le droit est bien un ensemble de normes (l'ensemble des actes juridiques: constitution, loi, jugement, contrat, règlement, etc) ».

Millard, Eric, «Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », dans *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 21*, 2007, sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-21/qu-est-ce-qu-une-norme-juridique.50552.html>.

⁴⁰ « La "Norme" est une règle qui du fait de son origine (Constitution, Lois, règlements administratifs, Traités ou Accords internationaux) et de son caractère général et impersonnel constitue une source de droits et d'obligations juridiques ». <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/norme-normatif-normative.php>.

« Norms are rules, written and unwritten, followed by avatars in a particular community ... Even though a community is not a true sovereign, community-based enforcement of norms might constitute an additional source of regulation.». Risch, Michael, "Virtual Rule of Law", in *West Virginia Law Review*, Vol. 112, 2010, pp. 1-52, Not. pp. 24, 25.

totalité des normes juridiques écrites, dont les constitutions, les lois ordinaires, et les règlements⁴¹. Il est certain que l'étude de la qualité de règles telles que les coutumes dépasse nos moyens et s'avère pratiquement impossible.

D'autre part, « dans la tradition juridique, les normes à portée générale sont souvent désignées sous le nom de règles juridiques, et de nombreux auteurs considèrent qu'il faudrait concevoir les règles comme désignant cette seule catégorie de normes »⁴².

À propos « des normes », les règles sont adoptées pour organiser et gérer les relations. Rousseau vise ainsi une catégorie générale. Ces relations peuvent-être la relation entre les individus, ou la relation entre les individus et l'Etat, ou les relations internationales (Les sujets de ce système juridique que sont les États et les organisations internationales. Les sources conventionnelles de ce droit (droit public international) sont les traités et les conventions internationales)⁴³. Par conséquent, dans cette recherche, nous allons traiter de trois ensembles de normes. Les dispositions législatives générales (civiles, pénales, financières), les règles de base (constitutionnelles) et les règlements.

⁴¹ Dans son rapport 2016, le Conseil d'Etat se sert de « la norme » dans cette manière : « Les facteurs juridiques et institutionnels : le poids accru du sommet de la hiérarchie des normes (normes constitutionnelles et conventionnelles) complique la tâche des auteurs des lois et règlements et le contenu de ces normes ».

Conseil d'Etat, *simplification et qualité du droit*, Etude annuelle, Paris : Direction de l'information légale et administrative, 2016, p. 15.

⁴² Millard, Eric, «Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », précité.

⁴³ Rousseau, J. J., *Du Contrat Social*, Traduction en Persan: Manoochehr Kiya, Téhéran: Ganjineh, 1988, pp. 66, 67.

§ 2. La distinction entre caractéristiques inhérentes et transversales, formelles et matérielles dans la qualité des normes

Contrairement à Austin qui a mis l'accent sur l'habitude de l'obéissance⁴⁴, le point de vue qui insiste sur l'acceptation par les individus, est plus proche de l'idée de la « qualité » des normes. La pérennité et l'efficacité des normes en terme général en dépendent. En réalité, la pérennité et l'efficacité des normes ne sont pas atteignables seulement par des sanctions croissantes et l'emploi de la force. Il faut donc nous interroger sur le taux d'acceptation de la norme. Comme Portalis l'écrivait à propos des « lois civiles » : « Des lois civiles sont le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir ; elles sont la source des mœurs, le palladium de la prospérité et la garantie de toute paix publique et particulière »⁴⁵.

Insistant sur l'« acceptation des normes », Hart, théoricien positiviste, démarre sa théorie en critiquant l'idée d'Austin sur « l'habitude de l'obéissance ». Selon lui, « l'habitude de l'obéissance » n'est pas suffisante puisqu'une norme juridique devient la norme, car nous avons besoin de son acceptation par les citoyens. Bien qu'il n'énumère pas les critères et caractéristiques d'une telle règle⁴⁶.

Le problème est légèrement plus clair, quand il s'agit de la question de la qualité : nous voulons savoir quelles fonctionnalités doivent s'appliquer pour recueillir l'acceptation de la part des personnes et atteindre l'objectif de régler les relations humaines. Dans les textes juridiques, les théoriciens de droit ont énuméré quelques-unes des caractéristiques des normes juridiques. Ce qui n'est pas considéré est la différence entre les caractéristiques inhérentes et les caractéristiques transversales. Une quantité de fonctionnalités sont nécessaires pour qu'une norme soit la norme juridique ; en l'absence de ces caractéristiques, nous n'avons pas une norme

⁴⁴ Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, United States: Oxford University Press, 1994, pp. 53, 54, 58, 113.

⁴⁵ Portalis, Jean-Etienne-Marie, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, sur http://classiques.uqac.ca/collection_documents/portalis/discours_1er_code_civil/discours_1er_code_civil.pdf, 1801, p. 13.

⁴⁶ Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, précité.

juridique. Pourtant ces caractéristiques, si elles sont nécessaires pour qu'une norme soit la bonne norme, elles ne sont pas essentielles : en d'autres termes, nous avons la bonne norme juridique et la mauvaise norme juridique. Cela veut dire que ces spécificités ne portent que sur la qualité bonne ou mauvaise d'une norme juridique. La norme juridique, avant qu'elle soit bonne ou mauvaise, a été créée, c'est-à-dire qu'elle a déjà eu des caractéristiques inhérentes.

Par exemple, être assorti de « sanction » de la part de gouvernement, pour une norme juridique est un caractère obligatoire et essentiel. Ce caractère fait la différence entre une norme juridique et les autres normes qui existent dans une société, les règles coutumières ou le code de déontologie par exemple.

Par conséquent, le fait d'être susceptible de sanction de la part de l'Etat et le fait d'avoir une garantie exécutive compte parmi les caractéristiques essentielles et inhérentes d'une norme juridique qui pourrait par ailleurs ne pas être une bonne norme juridique.

Dans cette recherche nous examinerons rapidement les caractéristiques inhérentes ; en revanche nous analyserons les caractéristiques qui sont nécessaires pour qu'une norme soit une bonne norme (transversales). Les caractéristiques transversales sont diverses dans les écrits des théoriciens du droit. Dans une revue de littérature juridique, nous avons identifié deux grandes catégories de ces caractéristiques. Un ensemble de ces caractéristiques est matériel et l'autre ensemble est formel.

Par exemple, selon Hobbes, une bonne norme juridique est une norme qui doit être logique⁴⁷ ; peu importe tout ce qu'il entend par ce mot et quels sont ses critères, cette caractéristique renvoie au contenu des règles juridiques. De même, lorsque Rousseau considère les conditions climatiques de chaque région pour concevoir sa législation, il insiste sur le contenu des bonnes règles⁴⁸. Plus encore, Montesquieu

⁴⁷ Hobbes, Thomas, *Léviathan*, Trans: Hosein Bashiriyeh, Téhéran: Nashr e Ney, 2002, pp. 253-258.

⁴⁸ Rousseau, J. J., *Du Contrat Social*, Paris : Mourer et Sinparé, 1797, pp. 121, 122, 123.

notait que le régime politique touche la qualité des normes juridiques. A son avis, le régime politique détermine des caractéristiques des normes régissant la société ; par exemple, un régime dictatorial ne doit pas adopter une règle qui est bonne dans une société démocratique⁴⁹. « Lorsque les principes du gouvernement sont une fois corrompus, les meilleures lois deviennent mauvaises et se tournent contre l'état ; lorsque les principes en sont sains, les mauvaises ont l'effet des bonnes ; ... il y a peu de lois qui ne soient bonnes lorsque l'état n'a point perdu ses principes »⁵⁰.

Par contre, il y a quelques caractéristiques qui ont trait à la rédaction d'une norme juridique. Par exemple, quand nous insistons sur « la clarté » ou « la simplicité » d'une règle, nous traitons de l'apparition d'une bonne règle.

Certaines de ces caractéristiques sont plus importantes que d'autres selon le destinataire de la norme juridique. Par exemple, « la clarté » et « la simplicité » sont plus considérées pour les gens ordinaires. En revanche, ce qui est important pour les juges est la « simplicité » d'une norme, en sorte que l'intention de législateur soit sans équivoque. Sur les caractéristiques matérielles des normes juridiques, « être rationnelle » et « juste » sont deux notions importantes, c'est à dire à la fois pour les citoyens et pour les juges.

Les principes abordés dans ce chapitre préliminaire sur la notion de qualité des normes nécessitent d'être développés et le seront dans le corps de la thèse. Il est nécessaire cependant, avant d'aborder plus avant ce thème, de s'attarder sur d'autres concepts qui sont souvent utilisés lorsqu'est évoquée la notion de qualité des normes : La sécurité juridique (1), les concepts d'amélioration de la qualité de la loi et le mieux légiférer (2) et l'efficacité de la norme (3).

⁴⁹ Premier, Tome, *Œuvres de Montesquieu : De l'esprit des Lois*, Paris : Edition Stéréotype, 1803, pp. 256-259.

⁵⁰ Ibid., Livre VIII, Chap. XI.

Section 2. Les concepts similaires

Dans cette partie, nous avons l'intention de traiter des concepts qui pourraient être employés par des juristes à la place de la qualité des normes. Le résultat d'un tel travail va nous permettre de baliser avec plus de précision la question de la qualité des normes, et de faire une distinction entre les termes qui ne peuvent recouvrir qu'une partie des problèmes de la qualité des normes et les termes qui peuvent être appliqués par erreur comme équivalents à la qualité des normes. Ainsi, l'exactitude dans la délimitation de la qualité des normes pourra nous aider à résoudre les problèmes qui y sont liés. Le désordre et la complexité du vocabulaire en ce domaine n'empêchent pas de se mettre d'accord sur les problèmes liés à la qualité des normes. Lors de l'étude de chaque phénomène, la première étape est de délimiter le concept visé et de le distinguer des concepts similaires qui pourraient par la suite augmenter les difficultés d'une compréhension exacte de la notion.

Les concepts en rapport avec la qualité des normes sont tout d'abord celui de sécurité juridique, qui en France, n'est pas reconnu comme un principe constitutionnel mais qui pour certains possède un lien étroit avec la qualité des normes. A côté de l'aspect « sécurité juridique » qui est l'objet de certains ouvrages et est présenté comme l'une des particularités d'une bonne norme, certains auteurs et rapports, qui traitent de « la qualité de la loi », emploient les termes de « simplification », d'« amélioration », de « mieux légiférer » et d'« efficacité de la loi »⁵¹. Il est nécessaire d'analyser ces termes et de déterminer leur relation avec « la qualité des normes ». Pour cela, nous classerons ces termes dans deux catégories. Un terme général qui est utilisé pour expliquer la question d'« une bonne norme » et les termes qui considèrent les caractères de la bonne norme. En regardant ces deux catégories, nous avons « l'amélioration » et « mieux légiférer » dans la première catégorie et « la simplification » dans la deuxième.

⁵¹ Par exemple, « étude de simplification et amélioration de la qualité du droit » sur <https://www.senat.fr/dossier-legislatif/pp109-130.html>; « Proposition de loi de simplification, de clarification et d'actualisation du code de commerce » sur <http://www.senat.fr/rap/115-657/115-6572.html>; « Mieux légiférer » sur http://ec.europa.eu/priorities/democratic-change/better-regulation_fr; « L'accord interinstitutionnel « mieux légiférer » » sur <http://www.consilium.europa.eu/fr/policies/better-regulation/>.

§ 1. La sécurité juridique

« La sécurité juridique »⁵² est un principe qui est lié au principe de « l'Etat de droit ». « La sécurité juridique » ou « la sûreté » est « la certitude pour les citoyens qu'ils ne feront pas l'objet, notamment de la part du pouvoir, de mesures arbitraires les privant de leur liberté matérielle, telles qu'arrestation ou détentions »⁵³.

Le noyau dur de ce principe, est l'« accessibilité » à la norme, c'est-à-dire que les citoyens soient avisés sur la norme juridique pour que leur sécurité juridique soit garantie. Le terme d'« accessibilité » a engendré certains problèmes. Les interprétations données à ce terme diffèrent selon les juridictions⁵⁴. Cette interprétation a un impact sur le rapport que détient ce terme avec la qualité des normes. Ainsi, si on définit l'accessibilité comme l'accessibilité physique, il sera de peu d'importance que les citoyens comprennent bien ou pas le sens de la norme, mais il leur suffira seulement de leur annoncer la norme en question. Dans ce cas, la sécurité juridique perdra son lien direct avec la qualité des normes car, ce qui importe dans la qualité des normes, c'est la compréhension de la norme par les citoyens, et c'est la raison pour laquelle la norme doit être « claire » et « simple ». Mais si l'on définit l'accessibilité à la norme juridique comme la compréhension par les citoyens de la norme, le concept de sécurité juridique s'approchera de la qualité formelle de la norme juridique, c'est-à-dire son caractère clair et simple.

⁵² « Sa définition ne figure ni dans le texte de la Constitution de 1958, ni dans celui du Préambule de 1946, ni même dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ». Conseil d'Etat, *Rapport public : Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris : La Documentation française, 2006, p. 369.

⁵³ Villiers, Michel ; Le Divellec, Armel, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Dalloz, 2008, p. 347, 348.

⁵⁴ Selon S. Leturcq, « l'accessibilité de la loi » de la part du Conseil Constitutionnel de France, signifie « l'intelligibilité » et « la clarté ». Tandis que la Cour des droits de l'homme a souligné, dans une de ses décisions (CEDEH, Arrêt *Sundy Times C / Royaume-Uni*) au sujet de « l'accessibilité » de la loi, que les citoyens doivent avoir la possibilité d'accéder aux renseignements suffisants sur les normes concernant chaque dossier. Leturcq, Shirley, *Standards et Droits Fondamentaux devant le Conseil Constitutionnel Français et la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Paris: L.G.D.J., 2005, p. 67.

Mais, d'un autre point de vue, il semble que « l'accessibilité », selon le conseil constitutionnel, est une étape qui précède la « compréhension » de la norme par les citoyens. Il est nécessaire que les citoyens accèdent aux lois (accès physique) pour qu'ils les comprennent bien (accès intellectuel).

Bien que le Conseil constitutionnel n'ait jamais accepté le principe de la sécurité juridique en tant qu'un principe constitutionnel, cette interprétation existe selon laquelle l'insistance mise par le Conseil constitutionnel sur l'accessibilité et l'intelligibilité a été faite du fait de l'accent mis par cette instance sur ce principe juridique ; la sécurité juridique, et en vue de protéger les droits fondamentaux des citoyens⁵⁵.

Selon cette interprétation, le Conseil constitutionnel utilisait le concept de la sécurité juridique à la place de la qualité des normes, afin de créer une obligation pour les caractéristiques de bonnes normes. A cet égard, nous pouvons accepter l'interprétation qui nous explique le terme « accessibilité » en tant qu'un terme proche de « l'intelligibilité ». C'est-à-dire que le Conseil constitutionnel voyait en l'accessibilité, « la compréhension » des normes juridiques, et l'employait à côté de l'intelligibilité et en même temps, il utilisait de manière indirecte et sans faire allusion à la sécurité juridique, l'accessibilité en tant qu'un outil d'obligation en termes qualitatifs.

Mais, d'autre part, si l'on interprète la sécurité juridique dans un sens plus large que celui de qualité des normes⁵⁶, l'on peut dire que la qualité des normes et surtout ses spécificités formelles (clarté et simplicité) aident à sa réalisation⁵⁷.

⁵⁵ « Le Conseil constitutionnel reconnaît, dans une décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, une valeur constitutionnelle à l'objectif «d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi». Il réaffirme ce principe (sécurité juridique) à l'occasion de l'examen de la loi de finances pour 2006 (n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005) ».

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/qualite-normes-securite-juridique/securite-juridique.shtml>.

Dutheillet de Lamothe, Olivier, «La sécurité juridique, Le point de vue du juge constitutionnel», Exposé à l'occasion de l'accueil de hauts magistrats brésiliens, 2005, available sur http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/securitejuridique.pdf.

⁵⁶ Il s'agit d'une part de la non-rétroactivité de la loi, et d'autre part de la protection des droits acquis et de la stabilité des situations juridiques.

⁵⁷ « Qu'est-ce que la sécurité juridique ? », sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/qualite-normes-securite-juridique/securite-juridique.shtml>, 2006.

Dans cette interprétation, la sécurité juridique et la qualité des normes essaient d'imposer à l'existence de caractéristiques qualitatives, mais il faut tenir compte du fait que la sécurité juridique n'insiste que sur les caractéristiques formelles de la loi (clarté et simplicité), car ce sont ces caractéristiques qui ont une influence directe sur la compréhension par les citoyens de la norme et sur l'accessibilité.

Ainsi, la sécurité juridique ne peut être appliquée, dans le langage juridique, comme l'équivalent de la qualité des normes. Leur rapport est tel que les caractéristiques formelles de qualité des normes peuvent aider à la réalisation de ce principe.

Dans le titre suivant, la notion de termes « amélioration » et « mieux légiférer » et leurs relations avec « la qualité des normes » sera examiné.

§ 2. Les concepts d'amélioration de la qualité de la loi et le mieux légiférer

Ces deux termes, expriment le souci d'atteindre une bonne norme. La communication de la Commission européenne sur la « Gouvernance européenne: Mieux légiférer »⁵⁸ liée aux thèmes de « bonne gouvernance » a transféré les cinq principes de la bonne gouvernance à la législation. « Mieux légiférer » inclut la simplification et l'amélioration de l'environnement réglementaire, la mise en place d'une culture de dialogue et de participation, et les évaluations d'impact systématiques par l'adoption de lignes directrices d'évaluation de l'impact. Les indications de la Commission relative au « mieux légiférer » soulignent clairement la nécessité de simplification de la législation en vue de la réduction des charges administratives pour

⁵⁸ Communication de la Commission, du 6 juin 2002, « Gouvernance européenne: mieux légiférer » [[COM\(2002\) 275](#) final - Non publié au Journal officiel] et Communication de la Commission, du 25 juillet 2001, « Gouvernance européenne - Un livre blanc » [[COM\(2001\) 428](#) final - Journal officiel C 287 du 12.10.2001], sur <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=uriserv%3A110109>.

les entreprises. L'ambivalence du terme « Mieux légiférer » a permis de l'utiliser simplement comme une autre manière de parler de la déréglementation⁵⁹.

En outre, l'agenda « Mieux légiférer » n'a cessé d'évoluer depuis plus d'une décennie. Les préoccupations générales quant à l'efficacité et l'efficience de la réglementation sont compensées par des questions sur la proportionnalité et la subsidiarité de la réglementation européenne. La stratégie a été d'améliorer les bases de données pour les initiatives réglementaires⁶⁰ de deux points de vue : l'élaboration de méthodes scientifiques d'évaluation de l'impact, et une approche plus systématique de la participation des parties prenantes. « Mieux légiférer » a également consisté à étendre le champ de préoccupation pour tous les éléments du cycle de la politique, de la découverte du problème et la formulation des politiques à la mise en œuvre et l'évaluation⁶¹.

Ce qui est exprimé par les termes « mieux légiférer », c'est la question de la bonne norme et de la bonne qualité des normes. Ce concept est d'ailleurs le plus proche de celui de la qualité des normes.

L'« amélioration » est, quant à elle, comme « mieux légiférer », un objectif, visant la bonne qualité des normes. Littéralement ce mot veut dire : « Action d'améliorer, de s'améliorer ; état qui en résulte, progrès »⁶².

L'objectif est l'amélioration et la réforme d'une norme juridique, de manière à la doter d'une bonne qualité, et cette qualité doit être formellement claire et simple, et matériellement juste et rationnelle.

⁵⁹ Radaelli, Claudio M.; Meuwese, Anne C.M, "Better Regulation in Europe: Between Public Management and Regulatory Reform", in *Public Administration*, Vol. 87, No. 3, 2009, pp. 639-654, Not. pp. 639-642.

⁶⁰ Regulatory initiatives.

⁶¹ Steffensen, Bernd; Below, Nicola; Feindt, Peter H.; De Boer, Joop; Vogelesang-Stoute, Elizabeth; Klade, Manfred; Spokek, Armin; Pelkonen, Riina; Valve, Helena, *Simulating and Evaluating a Better Regulation of Converging Technologies, funded by: Scientific Knowledge for Environmental Protection*, on University of Amsterdam, 2012, http://acels.uva.nl/.../seberoc_final-report_format_2012-.

⁶² <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/am%c3%a9loration/2769?q=amelioration#2763>.

Ainsi, des expressions comme « le mieux légiférer » et « l'amélioration », recourent les aspects généraux de « la qualité des normes ». De son côté, « la simplification » étant l'une des particularités de la bonne norme, elle ne peut pourtant pas être exploitée en terme général de « la qualité des normes », mais elle se situe parmi les caractéristiques formelles d'une norme juridique, et ne peut être appliquée par les juristes en tant qu'un équivalent pour la qualité des normes, car elle ne se rapporte qu'à une seule partie de cette question pluridimensionnelle, c'est-à-dire la rédaction formelle d'une norme juridique.

L'efficacité de son côté n'a pas trait à la forme mais aux objectifs assignés à la norme.

§ 3. L'efficacité de la norme

Alors que nous avons classé trois termes dans deux catégories, l'examen n'est pas aussi simple pour le terme « efficacité »; ce terme ne se place pas facilement dans la première ou la deuxième catégorie.

Au regard des différentes nuances qui entourent le mot « efficacité », il semble qu'il faut d'abord préciser ce que recouvrent les notions telles que (1) « validité », (2) « effectivité » et (3) « efficience ».

A. La validité et l'efficacité

Dans la pensée positiviste et précisément chez Kelsen, l'application d'une norme juridique n'est pas sa réalisation dans la société, c'est à dire, il suffit qu'elle le soit dans le cadre d'un ordre juridique hiérarchisé. Donc, il y a une relation entre la validité et l'application d'une norme juridique; dans ce sens, « une règle n'est

objectivement valide que si les sujets la respectent et l'appliquent tout au moins jusqu'à un certain point »⁶³.

Donc, dans la pensée positiviste, si la norme juridique est appliquée, elle est efficace. L'efficacité sera une condition de la validité des normes juridiques.

Selon Kelsen, « une norme est valide à deux conditions, l'une strictement juridique, l'autre juridico-sociale. La première condition est le respect des normes supérieures, et au sommet, de la norme fondamentale. La validité rejoint ici la constitutionnalité et la légalité. La seconde condition est l'acceptation de la norme par la majorité de ses destinataires et l'administration de sanctions à l'égard de ceux qui ne la respectent pas »⁶⁴.

Kelsen, en tant que positiviste, et vu la règle de la reconnaissance (rule of recognition), insiste sur le processus de résolution d'une norme juridique, et croit que dès qu'une norme est ratifiée par les principes et le respect des normes supérieures, elle devient efficace. Cette idée se situe à l'opposé de la « Justification de la règle » ; qui considère que la valeur d'une règle dépend de sa conformité aux autres valeurs comme la justice ou le droit naturel. Tandis que les positivistes, expliquent « l'efficacité » par le biais de la « légitimité ».

La raison pour laquelle les partisans de la justification de la règle insistent sur le contenu de la norme, c'est qu'ils croient que contrairement à l'avis des positivistes, il n'est pas possible d'évaluer la norme à l'étape de l'élaboration et de la résolution, car en créant une norme efficace, le problème principal est la réciprocité du contenu de la norme avec la vérité de son application. C'est-à-dire que nous n'avons une vraie évaluation d'efficacité que dans le cas où la norme a été bien appliquée car l'efficacité

⁶³ Rangeon, François, «Réflexions sur l'effectivité du Droit», dans *Les Usages Sociaux du Droit*, Paris: PUF, 1989, pp. 126-149, Not. p. 129.

⁶⁴ Ibid.

d'une norme ne peut être appréciée *a priori* et dans le processus d'approbation des normes⁶⁵.

La justification de la règle, dans la définition de l'efficacité, est le point extrême conduisant à insister sur le contenu et les caractéristiques matérielles de la norme juridique, et se situe à l'opposé de la conception des positivistes qui est purement fondée sur la forme. Le point modéré et médian de ces deux idées points de vue opposés, est basé sur l'étude de trois termes d'« efficience », d'« efficacité » et d'« effectivité », et la définition de leurs rapports avec le concept de la qualité des normes.

B. L'efficience et l'efficacité

L'adjectif « efficace » qualifie un moyen qui permet d'atteindre le résultat souhaité, c'est-à-dire, au sens juridique, est-ce que la norme atteint ses objectifs ? Mais à côté de lui, il y a une autre expression qui lui ressemble et qui est utilisée dans un sens économique, c'est le terme « efficience ». Se demander si une norme est « efficiente » revient à se demander si elle parvient au résultat souhaité au moindre coût. Selon Mme Sibony, pour s'interroger sur l'efficacité d'une norme, il faut déterminer « un but (qui lui est) propre », un but qui doit être aussi le but souhaitable. Elle ajoute encore qu'il n'est pas toujours aisé de distinguer exactement entre les buts et l'efficacité des normes : par exemple, une loi relative à la circulation, est une norme qui vise à organiser le flux des véhicules, donc elle vise à améliorer la fluidité mais en même temps elle peut contribuer à sécuriser la route donc à réduire le nombre d'accidents⁶⁶.

⁶⁵ Rouvillois, Frédéric, *L'efficacité des normes: Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique*, Paris: Fondation pour l'innovation politique, 2006, pp. 4, 16.

⁶⁶ Sibony, Anna-Lise, «Un Bon Usage des notions d'Efficacité et d'Efficience en Droit», dans *L'efficacité de la norme juridique Nouveau vecteur de légitimité*, Bruxelles: Bruylant, 2012, pp. 61, 62, 64, 65.

« Une norme inadaptée ; la norme ne pas constituer la bonne réponse au problème à résoudre. Elle peut même se révéler contre-productive ... plus récemment, les aides au logement ont donné lieu à vif débat portant sur leur

Du point de vue économique, nous entendons par l'efficacité « des résultats rapides à moindre coût ». La norme est efficiente si ses effets sont immédiats et à moindre coût⁶⁷, tandis que parler d'une loi efficace propose une approche seulement sociale de la norme. Ce qui est nécessaire dans l'« efficacité », est la possibilité d'atteindre les buts mais, comme Mme Sibony l'a bien précisé, il est toujours difficile de déterminer les buts exacts d'une norme. En outre, il y a des moments où une loi amène des conclusions que nous n'avions pas considérées auparavant. Si nous avons l'idée d'augmenter X, par exemple, via une loi, mais si la loi nous donne Y comme conséquence, et si le résultat Y est bon également, pouvons-nous dire que cette loi est une loi efficace ?

Les exemples donnés démontrent que malgré la distinction entre l'efficience et l'efficacité, la détermination des contours de l'efficience au sens de la réalisation des objectifs prédestinés, est difficile et laisse deux questions sans réponse. Si l'objectif prévu n'est pas réalisé, mais qu'un autre objectif est obtenu, peut-on toujours parler de l'inefficacité de la loi ? La réponse est positive. L'important est l'objectif prévu par la norme.

Si l'objectif prévu par la norme n'est pas réalisé, mais un autre objectif, même meilleur, est obtenu, la norme reste inefficace pour la réalisation du premier objectif, si on n'a jamais adopté une autre norme pour la remettre en cause.

La réponse à la deuxième question ressemble à la première. Si la norme ne parvient pas à réaliser l'objectif prévu, ni un autre, en effet on n'a pas adopté une norme pour cette cause. A titre d'exemple, si l'objectif d'une norme est la diminution

effet inflationniste (renchérissement des loyers et de la valeur des biens) ... la norme peut aussi avoir des effets disproportionnés ; ses bénéfices sont insuffisants au regard de la charge et des contraintes qu'elle fait peser sur les intéressés ».

Conseil d'Etat, *simplification et qualité du droit*, Etude annuelle, Paris : Direction de l'information légale et administrative, 2016, p. 43.

⁶⁷ Hervé, Kwahou Charly, *L'effectivité de la Convention UNESCO 2005 sur la diversité des expressions culturelles*, dirigée par Sylvie Ciabrini, Thèse de doctorat d'Université Paris-Est, 2013, p. 17.

du nombre d'accidents, mais une fois exécutée, elle règle seulement le problème de l'embouteillage, cela signifie que la norme n'a pas considéré tous les causes et facteurs efficaces pour la diminution du nombre des accidents et donc l'objectif n'est pas atteint.

C. L'effectivité et l'efficacité

Pour définir l'effectivité, deux points de vue peuvent être présentés. D'un côté, il s'agit de l'application correcte du droit, il faut qu'elle soit « conforme à sa lettre ou du moins à son esprit, c'est-à-dire à l'intention de son auteur ». De l'autre, l'effectivité concerne l'acceptation de la règle par ses destinataires. Et pour la définir, il faut l'analyser par son contraste, « l'ineffectivité ». Nous pouvons indiquer ce qui est « effectif » au regard des facteurs qui diminuent l'acceptation des normes dans la société ou empêchent leurs applications⁶⁸. Est-ce que les citoyens et l'organe public respectent ce que la norme a posé ?

Selon L. Heuschling, l'effectivité d'une norme juridique dépend d'autres facteurs comme l'intérêt personnel des citoyens, la légitimité du système politique ou le conformisme social. En ce sens nous pouvons trouver un lien entre la validité et l'effectivité ; pour qu'une norme soit effective, sans doute a-t-elle besoin d'être valide. Le lien entre l'efficacité et l'effectivité n'est pas nécessaire, c'est-à-dire qu'une loi efficace peut exister sans qu'elle soit effective, mais si nous avons besoin d'une bonne norme, il faut qu'elle soit efficace et en même temps effective⁶⁹.

⁶⁸ Rangeon, François, «Réflexions sur l'effectivité du Droit», précité, p. 126.

⁶⁹ Heuschling, Luc, «Effectivité, efficacité, efficience et qualité d'une norme/du droit. Analyse des mots et des concepts», dans *L'efficacité de la norme juridique Nouveau vecteur de légitimité*, Bruxelles: Bruylant, 2012, pp. 27-61, Not. pp. 30, 34, 36, 42, 54.

En bref, le terme d'effectivité en droit concerne le « degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit ».⁷⁰ Donc, en utilisant le terme d'effectivité, est recherché le niveau d'acceptation d'une loi par la société. Pour répondre à cette question, comme nous l'avons déjà mentionné, selon Rangeon, nous avons besoin de déterminer ce qui est « ineffectif ». C'est-à-dire, déterminer les raisons et les conditions qui font qu'une loi est ineffective. L'effectivité a un rapport avec la réception de la loi par les citoyens et la difficulté principale sera de convaincre les personnes d'accepter les processus légaux et d'obéir à ce qui n'est pas nécessairement en accord avec leurs intérêts. Les citoyens doivent être convaincus que les normes sauront les protéger et penser à leurs intérêts⁷¹.

Pour ce qui concerne l'évaluation du niveau d'acceptation, d'autres considérations peuvent être présentées ; si nous évaluons l'effectivité d'une norme d'après le pourcentage de partisans et d'opposants, ce qui est important dans l'évaluation de ce rapport est la position culturelle et économique, et pas nécessairement le nombre des gens qui y sont favorables ou qui s'y opposent⁷². Selon Dickinson, déterminer le niveau des standards qui sont nécessaires pour qu'une norme soit effective n'est pas aisé. Il est difficile pour une norme juridique de convaincre des citoyens de l'accepter et de lui obéir quand elle est à un niveau qui est très loin de leurs intérêts et de leurs désirs. En résumé, pour évaluer l'efficacité d'une norme, il faut comparer la force de l'opposition avec le pouvoir de ceux qui s'y conforment. Et comme nous l'avons déjà noté, la force culturelle ou économique des personnes qui sont d'accord ou dans l'opposition est déterminante⁷³.

⁷⁰ Hervé, Kwahou Charly, *L'effectivité de la Convention UNESCO 2005 sur la diversité des expressions culturelles*, précité, p. 13.

⁷¹ Macfarlane, Alan, 'What makes Law Effective?', in *Times Higher Education Supplement*, 2005, available on <http://www.alanmacfarlane.com/FILES/law.html>.

⁷² Dickinson, John, "Legislation and the effectiveness of Law", in *American Bar Association Journal*, N° 17, 1931, pp. 645-696, 1931, Not. p. 649.

⁷³ Ibid., p. 649.

Donc quant au lien entre l'« effectivité » et l'« efficacité », il faut bien noter qu'une norme peut être efficace mais ineffective c'est-à-dire, une norme qui a la possibilité de parvenir à ses buts mais qui, en même temps, est inacceptable par les citoyens⁷⁴. Ceci a un effet direct sur le niveau de la qualité des normes, en ce qui concerne les caractéristiques matérielles.

Dans notre travail, et dans la partie qui concerne les caractéristiques matérielles, cette question sera discutée. Nous avons introduit deux caractères matériels qui affectent le niveau d'acceptation des citoyens. Nous pouvons les utiliser pour mesurer l'« effectivité » d'une norme juridique. Mais il faut noter que pour mesurer l'« effectivité », il est plus facile et plus réaliste et pratique de déterminer ce qui est « ineffectif ».

Non seulement les deux critères des caractéristiques matérielles peuvent servir de base pour l'évaluation de l'effectivité, mais l'on peut dire qu'une norme effective, est au moins juste et rationnelle (les caractéristiques matérielles d'une bonne norme). Donc l'effectivité et son usage ne se mettent en rapport qu'avec les caractéristiques matérielles de la question de la qualité des normes.

Maintenant nous allons nous occuper des modalités de l'évaluation de l'efficacité et son lien avec la qualité des normes.

Pour évaluer l'efficacité d'une norme juridique, il faut que nous répondions d'abord à la définition du mot d'« évaluer ». Selon Mme Fatin-Rouge, dans un premier sens, ce mot signifie « déterminer la valeur d'une chose »⁷⁵. Pour les normes liées aux contenus économiques, il n'est pas difficile d'évaluer leurs conséquences financières. Mais pour les autres, relatives à la détermination de compétences ou de punitions, cela ne semble pas si facile. En réduisant chaque norme à ses conséquences

⁷⁴ Heuschling, Luc, «Effectivité, efficacité, efficience et qualité d'une norme/du droit. Analyse des mots et des concepts», dans *L'efficacité de la norme juridique Nouveau vecteur de légitimité*, Bruxelles: Bruylant, 2012, pp. 27-61, Not. p. 55.

⁷⁵ Fatin-Rouge Stéfani, Marthe, « La Constitution doit-elle être efficace? », dans *L'efficacité de la norme juridique Nouveau vecteur de légitimité*, Bruxelles: Bruylant, 2012, pp. 209-231, Not. p. 210.

économiques, il est plus facile de les évaluer. En revanche, dans un sens commun, nous essayons de vérifier si une norme a la possibilité de couvrir ses objectifs. Pour évaluer l'efficacité d'une norme dans ce sens, sans doute, nous avons besoin des organisations professionnelles, avec des méthodes adaptées pour déterminer l'efficacité d'une norme juridique. Mais le problème est que normalement, les buts importants d'une norme n'ont pas été déterminés, donc nous n'avons pas une échelle déterminée pour évaluer l'efficacité de cette norme, tandis que nous pouvons déclarer que, par exemple, cette norme arrivait à tel but. Sans doute, rédiger une norme juridique d'une bonne manière ne garantit pas l'efficacité de cette norme, mais nous ne pouvons pas avoir accès à une norme efficace si la manière dont elle a été rédigée n'est pas bonne, donc, la première chose, c'est de rédiger une norme d'une manière standard c'est-à-dire qu'il faut la rédiger selon les caractéristiques formelles et matérielles qui sont nécessaires pour une bonne norme⁷⁶.

Une autre observation concerne l'analyse rationnelle des effets des législations. Toute règle de droit est adoptée en vue d'atteindre certains objectifs. « Un texte juridique est le résultat d'une synthèse entre des objectifs et des intérêts divergents »⁷⁷. Certains effets prévus sont raisonnablement applicables, certains sont impossibles à réaliser. Il n'y a pas un lien nécessaire entre les effets prévus et ce qui arrive en réalité. Nous devons noter que chaque norme a aussi des effets culturels, psychologiques etc. Selon Rangeon, nous avons des difficultés pour évaluer les effets réels des normes⁷⁸. D'abord, « le droit a rarement des effets qui lui sont directement assignable ». Le second, c'est la difficulté d'identifier la cause et l'effet et « de penser que des grandes causes doivent avoir des grands effets »⁷⁹. Nous devons noter que les motivations des gens pour décider de faire quelque chose sont complexes et elles ne sont pas nécessairement ce qui est déterminé comme étant la cause. Pour que la norme soit

⁷⁶ Ibid., pp. 213, 221

⁷⁷ Rangeon, François, «Réflexions sur l'effectivité du Droit», précité, p. 135

⁷⁸ Ibid., p. 140

⁷⁹ Ibid.

effective, nous avons deux facteurs qui concernent « la fonction de la nature de la règle (loi impérative ou incitative, d'ordre public ou interprétative...) et de son contenu (clarté, cohérence, précision...) ». Le troisième critère est qu'il faut qu'elle soit accompagnée de sanctions. Et pour ce qui concerne l'acceptation des citoyens, il y a deux critères : ils concernent la légitimité de la règle et « les pratiques administratives d'application de la règle »⁸⁰.

Une autre question se pose sur la problématique de l'évaluation de l'efficacité d'une norme juridique. Qui est compétent pour évaluer l'efficacité d'une norme et de quelle manière ?

Selon Flückiger, l'examen des doctrines autour des bases et des fondements des normes n'autorise pas à évaluer le niveau exact d'efficacité de la norme juridique, en revanche, pour arriver à déterminer « la justesse d'une législation », c'est « la matérialité de sa mise en œuvre » qui renseigne véritablement sur son efficacité⁸¹. S'il est de la responsabilité des juges de déterminer la légalité d'une norme, ils n'ont pas compétence pour estimer le niveau d'efficacité d'une norme. L'attribution d'une telle compétence pourrait les éloigner de leurs responsabilités. Dans la réalité, si on promulguait une norme « débile » mais qui permettrait de parvenir à ses buts, les citoyens protesteraient contre le gouvernement et non contre les juges. Toutefois, les juges peuvent tout de même contribuer à assurer l'efficacité des normes, en contrôlant leur proportionnalité. Ils peuvent apprécier si les outils prévus dans la loi examinée sont compatibles avec les buts qu'elle se propose d'atteindre. Par exemple, la Cour constitutionnelle allemande demande au législateur de lui donner toutes les informations et documents pour évaluer les effets des normes, dans le cas où son contrôle s'applique aux effets des normes sur les droits constitutionnels. Cependant, aucune loi n'a été annulée pour cette cause. En revanche, les justifications d'un projet

⁸⁰ Ibid., pp. 140, 141

⁸¹ Flückiger, Alexandre, «Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal», in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2007, pp. 1-9, Not. p. 5.

de loi peuvent être un outil permettant de persuader le parlement de l'accepter ou de le rejeter⁸².

L'un des problèmes qui influent sur l'évaluation et la mesure précises de l'efficacité, est l'interprétation des normes. Quand nous voulons appliquer une loi, nous l'interprétons. Cette interprétation peut l'affecter. Parfois, nous avons une norme qui est efficace, par rapport à son contenu mais l'interprétation qui en est donnée l'affaiblit. Nous ne pouvons en effet pas estimer la position d'une norme juridique à travers son interprétation ou son contenu ; mais c'est l'application de la loi qui est significative. Dans le processus d'approbation, la présence d'experts expérimentés peut aider à créer une norme plus efficace. Avec la participation des parties intéressées, il semble plus aisé d'améliorer le contenu d'une loi, car elle est mieux justifiée et certaines erreurs du législateur peuvent être évitées. En outre, la participation des parties intéressées augmente l'acceptation et la déférence envers la norme de la part des citoyens. L'efficacité et l'acceptation de la loi par les destinataires se nouent avec la légitimité de la règle de droit. Les normes juridiques doivent provenir d'un pouvoir qui ait l'acceptation des citoyens. Cette acceptation est en même temps la justification de normes qui viennent gérer la société. Il exprime la légitimité du législateur et en même temps que la légitimité de l'ordre lui-même⁸³.

Si nous adhérons à la « output-oriented analysis », l'efficacité serait une notion autour du produit final, c'est-à-dire la norme, et pour estimer le niveau de son efficacité, il faudrait que nous regardions le niveau de sa qualité. Les adeptes de « process-oriented analysis » analysent la qualité du processus par lequel ce produit a été créé⁸⁴. Dans la pensée de Muylle, le législateur n'a pas assez d'expérience pour la législation et le parlement n'est pas une juste place pour la législation. La longueur du processus parlementaire ne correspond pas à la vitesse de la vie réelle. Pour

⁸² Ibid., pp. 4, 9.

⁸³ Ibid., p. 17, 20, 42.

⁸⁴ Muylle, Koen J., "Improving the Effectiveness of parliamentary Legislative Procedures", in *Statute law Review*, N° 24, Oxford University Press, pp. 169-186, 2003, Not. p. 170.

augmenter l'efficacité des normes, les politologues et les juristes essaient, depuis plus de vingt ans, de proposer quelques solutions dont celle de réduire le volume des normes et son inflation. Mais récemment, ils tournent leur attention vers les caractéristiques formelles de la bonne norme, c'est-à-dire, « la clarté », « l'intelligibilité » etc. Aujourd'hui, il est recommandé de confier la préparation du texte d'une norme à des institutions en dehors du parlement. Ce n'est pas un processus nouveau, parce que plus de 90% des projets approuvés au parlement, aujourd'hui, sont des projets de lois proposées par le gouvernement et Muylle affirme que c'est le chemin par lequel la norme a été correctement adoptée. Le problème qui se pose est celui du critère pour apprécier l'efficacité d'une norme. Or, se présentent en même temps deux attentes qui sont contradictoires : d'une part, il est attendu du parlement qu'il ratifie les lois le plus rapidement possible, et d'autre part, nous souhaitons qu'elles soient les plus satisfaisantes possibles⁸⁵.

L'analyse suivante est proposée par Popelier : selon lui, deux légitimités sont présentes : la légitimité de « données d'entrée » et la légitimité de « résultats »⁸⁶. Pour parvenir à la légitimité de données, la participation des individus et des parties intéressées est nécessaire. La légitimité des résultats constitue une appréciation de « l'efficacité » qui comprend la « subsidiarité et la proportionnalité ». Pour évaluer l'efficacité d'une norme, le meilleur outil est l'analyse. Il faut demander au législateur et aux parties intéressées et à tous ceux qui participent au processus de la législation d'expliquer les buts, les causes et toutes les réflexions qui conduisent à cette décision. Enfin, pour qu'une norme soit efficace, en ce sens qu'elle répond à des besoins, des expertises sont nécessaires. Les experts contribuent à la mise à jour des normes et s'il est difficile de prendre une décision, il est intéressant de recueillir leur avis en fonction de la situation culturelle, économique et politique dans la société⁸⁷.

⁸⁵ Ibid., pp. 170-172.

⁸⁶ Popelier, Patricia, "Governance and Better Regulation: Dealing with the legitimacy Paradox", in *European Public Law*, Vol.17, No.3, 2011, pp. 555-569, Not. p. 562.

⁸⁷ Ibid.

Après l'étude de la signification de l'efficacité et des problèmes liés à son évaluation et sa mesure, des solutions seront proposées qui permettraient d'aider à la création d'une norme efficace. Comme le principal objectif d'une norme efficace est d'atteindre les buts qui en sont prédéterminés, la première démarche consiste à prêter attention à la préparation du texte de la norme. Il faut insister sur le fait que le texte ait été bien préparé. Une attention doit être portée aux termes utilisés, même la langue et les combinaisons de mots, afin d'éviter dans la mesure du possible tout problème lors de l'interprétation.

Les caractéristiques formelles d'une bonne norme nous aident à garantir un degré minimum d'efficacité. Dans le cas où une norme est « claire » et donc « intelligible » et en même temps « simple », son application et son acceptation seront facilitées. D'autre part, il faut être vigilant quant au volume de normes, c'est-à-dire par délégation de la régulation de certaines affaires aux corps de métier et à certains offices (ce qui n'est pas dans le domaine des droits fondamentaux des citoyens), on sera plus « efficient » et plus « efficace ». Les caractéristiques matérielles contribuent à augmenter l'acceptation des normes par les citoyens et cela, à son tour, affecte le niveau d'efficacité des normes.

Il existe un certain nombre d'expériences à l'Etranger, dans lesquelles le législateur a essayé de protéger l'efficacité des normes juridiques. Aux Pays-Bas par exemple, les membres du parlement ont la compétence de demander à la « legislation division » de leur préparer un projet de la loi. Cette institution entretient des relations étroites avec les membres du parlement jusqu'à ce que le projet ait été préparé. Cette division se retrouve dans tous les offices publics, leurs membres sont des experts dans le domaine de la rédaction du projet de la loi, et ils travaillent sous la direction de l'« Interdepartmental committee » du ministère de la Justice⁸⁸.

En Angleterre, c'est « the parliamentary counsel office » qui prépare presque tous les projets de lois. Ses membres sont les Baristers et Solicitors. De plus, il a

⁸⁸ Muylle, Koen J., "Improving the Effectiveness of parliamentary Legislative Procedures", précité, p. 174.

décidé que les « explanatory memorandum » et les « notes on clauses » laissent place aux « explanatory notes »⁸⁹ qui sont les textes incluant les justifications et les buts de la législation. Ils sont disponibles pour les citoyens et aident le juge à interpréter les normes⁹⁰.

En Italie, depuis 1989, un département travaille sur la préparation de textes juridiques. En 2001, son nom a été changé en « département pour la qualité des lois ». Depuis ce changement, il est compétent pour examiner les justifications et les raisons avancées au parlement pour ratifier une norme et en outre, pour vérifier l'amendement d'une loi et ses conséquences possibles⁹¹.

En outre, existent des guides pour rédiger les normes juridiques. Par exemple, en Belgique, le Conseil d'Etat a présenté des « guidelines on methods for legislation ». Aux Pays-Bas, existent les « instructions for regulation » et en Italie, ce sont les « Rules and recommendations for the technical drafting of legislative texts » qui ont été proposés⁹².

Une autre manière d'essayer d'augmenter l'efficacité des normes est de prévoir la présence d'experts dans les comités du parlement. En Belgique, en France et en Angleterre, par exemple, il y a des comités au parlement qui sont responsables pour répondre aux problèmes scientifiques et techniques et aident à mettre à jour les informations sur la technologie⁹³. En France, par exemple, il existe des offices au Parlement qui peuvent aider les membres de ce dernier à évaluer l'efficacité ou même l'effectivité d'une norme juridique de manière « ex post » : l'office parlementaire

⁸⁹ « Les notes explicatives sont des documents préparés par le gouvernement qui expliquent l'objet d'un projet de loi. On peut les trouver parmi les «Bill documents» sur la page de facturation (Bill) pertinente ». <http://www.parliament.uk/site-information/glossary/explanatory-notes/>.

⁹⁰ Ibid., pp. 174, 175.

⁹¹ Muylle, Koen J., "Improving the Effectiveness of parliamentary Legislative Procedures", précité, p. 174

⁹² Ibid., p. 175.

⁹³ Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologique, the parliamentary Office of Science and Technology. Muylle, 2003, pp. 179, 180; Rouvillois, 2006, pp. 17, 18.

d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, l'office d'évaluation des politiques publiques etc. De plus, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, le Parlement a la compétence pour contrôler la politique du Gouvernement et l'évaluer « dans les conditions prévues par la Constitution ». Mais de cette évaluation « ne découle aucune contrainte pour le législateur » parce que dans la relation entre les pouvoirs publics, ce qui est important est la protection du principe de la séparation de pouvoirs⁹⁴.

En bref, concernant l'efficacité, quelques principes peuvent être résumés : d'abord, la validité d'une norme juridique est nécessaire pour qu'elle soit efficace. Mais nous n'avons pas un lien nécessaire entre « l'efficacité » et « l'efficience » ; une norme peut être « efficace » mais « inefficace ». En outre, une loi « efficace » n'est pas nécessairement « effective », c'est-à-dire qu'elle peut atteindre ses buts, sans être nécessairement acceptable et applicable.

Le terme d'« efficacité » est en fait un concept auquel celui de qualité des normes peut contribuer. C'est-à-dire que l'existence des caractéristiques formelles, sa clarté et sa simplicité, peuvent permettre à la norme juridique visée, d'atteindre les objectifs qu'elle s'est défini par avance, et ne pas subir de modification. D'autre part, les caractéristiques matérielles et l'acceptation d'une norme par les citoyens, fournissent la base nécessaire à la concrétisation des objectifs définis, car la bonne réception d'une norme assure son exécution au sein de la société, et contribue à parvenir aux objectifs envisagés. Dans une telle perspective, le concept de l'« efficacité » n'est pas synonyme de « qualité des normes », et ne fait même pas partie de son domaine de signification, et par conséquent son application à la place de la qualité des normes par les juristes ne serait pas correcte. Seule l'« effectivité » peut être employée comme un concept dont le sens se rapporte aux caractéristiques matérielles dans la question de la qualité des normes.

⁹⁴ Vidal-Naquet, Ariane, "L'efficacité dans le contrôle de Constitutionnalité", dans *L'efficacité de la norme juridique Nouveau vecteur de légitimité*, Bruxelles: Bruylant, 2012, pp. 187-209, Not. pp. 191, 192.

Première partie
DES EXIGENCES CONTINGENTES
ET VARIÉES

Nous avons commenté, dans une courte introduction, la raison pour laquelle nous avons utilisé dans le titre de notre thèse les termes « la qualité des normes », au lieu des termes plus courants dans la littérature juridique qui est « la qualité de la loi ». Ce qui distingue cette étude des précédentes, est qu'une approche globale des normes est envisagée. Cette approche prend en considération le type de norme et le système juridique dans lequel elle s'insère. En effet, l'hypothèse peut être formulée que la qualité attendue d'une norme varie en fonction du type de norme qui est visé. En outre, cette variabilité semble dépendre du système juridique dans lequel elle s'insère et de l'esprit qui y domine. Dans cette partie seront abordés l'importance de ces deux facteurs pour la détermination des spécificités d'une bonne norme.

Comme nous allons voir par la suite, chaque catégorie de norme qui est créée pour réguler une certaine relation sociale ou juridique, compte tenu de l'objectif qu'elle suit et du public à qui elle s'adresse, nécessite certaines caractéristiques pour être considérée comme une bonne norme. Cependant, parfois, certaines caractéristiques qui sont souvent reconnues parmi les spécificités d'une bonne norme, telle que la simplicité, ne peuvent pas l'être pour toutes les catégories de norme. A titre d'exemple, en matière des lois pénales qui ont affaire avec les droits des citoyens ; pour assurer la protection des droits de l'accusé et ses droits et libertés fondamentales, les lois pénales doivent être rédigées de façon détaillée et avec exactitude.

D'autre part, nous allons voir que lors de l'étude des deux systèmes juridiques principaux, c'est à dire le Civil law et le Common law, les conditions requises pour une bonne norme dans l'un ne recoupent pas forcément les conditions requises dans l'autre. Par exemple, parler de la clarté d'une loi dans le système juridique de Common law, est plus aisé que de parler de cette caractéristique dans le système juridique de Civil law.

Après l'étude des facteurs efficaces pour répondre aux exigences de qualité dans le titre premier, nous allons mettre à l'étude, dans le second titre, la classification des caractéristiques nécessaires à une bonne norme. Ainsi, seront traitées les

caractéristiques inhérentes et transversales, c'est-à-dire, les caractéristiques nécessaires pour qu'une norme soit considérée comme une norme juridique (inhérentes), et celles attendues pour qu'une norme soit considérée comme bonne ou mauvaise (transversales). Une telle distinction nous aidera à mieux identifier et classer les caractéristiques considérées comme efficaces pour atteindre l'objectif de bonne qualité des normes.

Titre 1 : La contingence des exigences de qualité

Comme nous l'avons déjà mentionné, le type de normes et de système juridique sont des facteurs qui influencent les caractéristiques des normes, en ce sens que la catégorie et l'objectif de la norme juridique exercent une influence sur les caractéristiques qu'elle doit détenir. Nous prendrons comme exemple de « norme » dans la présente étude, les trois catégories que sont la constitution (et lois de révision constitutionnelles), les lois ordinaires et les règlements. La question principale est de savoir quelles sont les différences attendues en termes de qualité pour la Constitution, d'une part, la loi ordinaire, d'autre part et, enfin, les règlements. En effet, est-il possible de poser une série de caractéristiques identiques pour toutes les catégories de normes juridiques ? D'autre part et à l'intérieur de la catégorie des lois, existe-t-il des différences au niveau des caractéristiques attendues pour chaque matière juridique, c'est à dire les lois civiles et pénales, par exemple ? Est-ce que les spécificités d'une bonne loi civile sont les mêmes qu'une bonne loi pénale, ou encore les mêmes qu'un bon code de procédure ?

Outre la catégorie à laquelle appartient une norme juridique, en quoi le régime juridique laisse ses empreintes sur les spécificités de bonnes normes ? Est-ce que les caractéristiques d'une bonne norme dans le Common law sont les mêmes que dans le Civil law ? Est-il possible, en principe, d'énumérer une série de caractéristiques identiques pour tous les régimes juridiques, dont les deux plus importants sont le Common law et le Civil law, et ce, sans tenir compte des particularités de chaque régime juridique ? Est-ce qu'une comparaison entre les deux principaux régimes juridiques en vigueur dans le monde nous permet de présenter l'un des deux comme le meilleur régime juridique quant à la qualité des normes juridiques ?

Ces questions constituent le principal axe de notre étude dans les chapitres 1 et 2, alors, pour examiner cette influence et ses conséquences, nous examinerons (1) La contingence en fonction du type de normes et ensuite, (2) La contingence en fonction du type de système juridique.

Sous la contingence liée au type de normes, nous allons présenter la qualité de la norme constitutionnelle (1), les lois ordinaires (2) et les règlements (3).

Chapitre 1 : La contingence liée au type de normes

Trois types des rapports juridiques soulignés par Rousseau⁹⁵, sont communément considérés comme les types des normes dans notre études ; la Constitution, la loi ordinaire et la norme réglementaire. Dans cette section consacrée à l'influence du type de norme sur la détermination des exigences de qualité, seront étudiées ces trois types à travers trois sections (1) la Constitution qui est issue des rapports entre le peuple et l'Etat, et (2) les lois ordinaires issues des rapports entre les personnes et les règlements (section 3).

Ces trois types de normes se distinguent en principe par leur degré de concrétisation allant du plus faible (lois constitutionnelles) au plus fort (règlements). La question principale de ce chapitre sera : Est-ce que ce degré de concrétisation, par exemple, implique une exigence de précision pour la norme réglementaire et non pour la norme constitutionnelle ? Notre réponse, par défaut, est positive.

Dans ce chapitre nous essayons de démontrer que les exigences de qualité sont différentes en fonction de la norme considérée, mais elles ne le sont pas toujours. Toutefois, le degré d'exigence peut être différent. Par exemple, est-ce que le degré de clarté et de simplicité du langage utilisé est le même selon que l'on est face à une disposition constitutionnelle, législative ou réglementaire ? La réponse est non, car la Constitution doit être plus simple que la norme réglementaire qui doit être plus précise et plus technique.

Donc, chaque catégorie de normes juridiques, selon sa nature et sa fonction a sa propre caractéristique qualitative, afin d'être une bonne norme. Le degré de ces caractéristiques aussi est diffère par apport la nature et la fonction d'une norme juridique.

⁹⁵ Rousseau, J. J., *Du Contrat Social*, Traduction en Persan: Manoochehr Kiya, Téhéran: Ganjineh, 1988, pp. 66, 67.

Section 1. La qualité de la norme constitutionnelle

Une constitution détermine les fondements juridiques d'un pays. Elle décrit les règles qui sont fondamentales pour gérer la communauté. Aujourd'hui, la plupart des pays dans le monde ont un seul document principal dans lequel la totalité ou la majeure partie de ces règles sont fixées. En revanche, il existe quelques pays, comme l'Autriche, Israël ou le Royaume-Uni, qui font exception à cette règle, et où la Constitution est composée de plusieurs documents. Cependant, la constitution, en tant que recueil des normes, peut être complétée par d'autres sources du droit constitutionnel, comme la coutume, voire les règles religieuses. En effet, l'écriture et la mise en œuvre d'une constitution forment et reflètent l'identité de chaque pays. Comprendre une constitution est une étape pour comprendre un peuple⁹⁶.

Comme l'a dit John Adams, le corps politique est formé d'une association volontaire d'individus⁹⁷. Il en résulte un pacte social entre l'ensemble des citoyens selon lequel, pour atteindre le bien commun, tout est régi par certaines lois. Nous pensons qu'une Constitution est une forme du contrat social qui réunit les citoyens et qui définit l'Etat. Même si tous les citoyens se sont entendus sur le contenu d'une Constitution, il est fort probable que certains d'entre eux ne puissent pas se conformer à certaines de ses dispositions. Cependant, l'accord unanime entre tous les membres de la communauté lors de la formation de la Constitution peut engendrer, par ce caractère contractuel, une plus grande conformité avec ses dispositions. Les codes moraux exigent qu'une promesse soit tenue et la plupart des gens sont plus susceptibles de tenir une promesse faite ouvertement et explicitement qu'une promesse tacite et implicite. Ce lien entre les citoyens contractants rend-il les promesses politiques ouvertes et explicites ? Le potentiel d'induire une plus grande conformité a figuré en bonne place dans la doctrine s'agissant du contrat social⁹⁸.

⁹⁶Robbers, Gerhard, *Encyclopedia of World Constitutions*, US: Facts on File, 2007, pp. xxv, xxvi.

⁹⁷ Mueller, Dennis C., *Constitutional Democracy*, Oxford University Press, 1996, p. 59.

⁹⁸ Ibid., pp. 59, 63, 69.

Pour la plupart des penseurs, la constitution est destinée à limiter les pouvoirs du gouvernement, et son contenu primaire est un « Bill of Rights ». Le point de départ de toutes les constitutions est l'existence des Etats ; une planète anarchiste n'aurait pas de constitution. La forme moderne de la constitution en Europe trouve son origine dans les mouvements révolutionnaires, qui cherchaient délibérément à « constituer » ou reconstituer un Etat. Si l'Etat existe déjà, un préambule historique doit reconnaître comment il a émergé. Le préambule reconnaît aussi les injustices historiques, telles que le servage, la traite des esclaves, la persécution des langues minoritaires, etc. Une constitution doit déterminer le territoire de l'Etat ainsi que son nom. Habituellement, le nom est géographique et la revendication territoriale implicite est considérée comme suffisante, mais parfois le territoire est également précisé. Une constitution doit reconnaître la population existante de l'Etat. Les États-nations supposent qu'ils sont peuplés par une seule nation, avec une identité commune et une homogénéité culturelle. Leurs constitutions nationales spécifient souvent la nation titulaire, et peuvent aussi reconnaître certaines minorités. La Constitution a également à définir le rôle de l'État. Les États-nations ont-ils une idée claire leur avenir ? Une Constitution doit être un document sur les valeurs morales et le but à long terme. Les structures administratives, les branches du gouvernement et les élections occupent aussi une place notable dans ce texte, mais l'éthique doit venir en premier⁹⁹.

Nous savons que la Constitution est un « acte constitutif ». Elle est censée être une fondation solide, pour respecter nos principes les plus fondamentaux. De ce point de vue, on s'attend à ce que le texte soit immuable, c'est un texte qui énonce les exigences principales d'une Nation et qui détermine la structure juridique de l'Etat. Contrairement à cette idée, certains penseurs croient à la «living Constitution», une constitution vivante, qui évolue au fil du temps, et qui s'adapte aux circonstances nouvelles, sans être officiellement modifiée. Cela est une bonne chose, car une Constitution immuable cadrerait très mal notre société. Soit elle est ignorée, soit, et

⁹⁹ Treanor, Paul, “ What should be in a Constitution?”, 2013, available on LSE Constitution UK.Htm.

c'est encore pire, elle est considérée comme un obstacle, une relique qui empêche de faire des progrès et qui empêche le bon fonctionnement de la société¹⁰⁰.

Par exemple, à la fin de la Convention constitutionnelle, George Washington a déclaré : « Je ne pense pas que la Constitution perdure plus de 20 ans ». Aujourd'hui, les Etats-Unis possèdent la Constitution écrite la plus ancienne du monde. Les rédacteurs de la Constitution ont établi la structure générale du gouvernement, mais ont aussi mis en place un système suffisamment souple pour s'adapter aux évolutions. Ce texte de moins de 6000 mots n'est pas trop détaillé. Au fil des ans, les congrès, les Présidents des Etats-Unis et les tribunaux l'ont réinterprété pour répondre aux besoins du moment. Surtout au cours du XX^e siècle, la Cour suprême est devenue un véhicule puissant pour établir la politique publique en interprétant la loi. Les partis politiques, même s'ils ne sont pas mentionnés dans la Constitution, sont devenus une partie intégrante du système politique américain. Ils restent les moyens par lesquels les mandataires politiques sont nommés ou élus¹⁰¹.

En France aussi, par l'interprétation du préambule de la Constitution de 1946, le « droit de chacun à obtenir un emploi », le Conseil constitutionnel a décidé en 1983 que le droit à l'emploi constituait « un objectif justifiant qu'une contribution de solidarité au profit des travailleurs privés d'emploi soit prélevée sur les personnes cumulant un emploi et une retraite »¹⁰². Donc, prenant la distance avec la technique de l'interprétation classique, « (les principes d'interprétation constitutionnelle) délimitent le rôle du juge constitutionnel dans le système politique », et ils considèrent que « le texte constitutionnel, ... échappe à ses auteurs et ne saurait plus être décrypté à l'aune

¹⁰⁰ Strauss, David A., "The living Constitution", 2010, available on University of Chicago Law School.htm.

¹⁰¹ Mintz, Steven, "The Survival of the US Constitution", available on <https://www.gilderlehrman.org/history-by-era/creating-new-government/resources/survival-us-constitution>.

¹⁰² Ameller, M. Michel, «Principes d'interprétation constitutionnelle et autolimitation du juge constitutionnel», 1998, sur http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/principi.pdf, p. 2.

des travaux préparatoires ; la norme constitutionnelle doit vivre, être constamment actualisée etc. ... »¹⁰³.

En 1995, en recherchant « l'effet utile minimum »¹⁰⁴ du préambule de la Constitution de 1946, et à propos du principe de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation, le Conseil a insisté encore sur la nouvelle technique d'interprétation :

« Considérant qu'il résulte de ces principes que la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle ;

Considérant qu'il incombe tant au législateur qu'au Gouvernement de déterminer, conformément à leurs compétences respectives, les modalités de mise en œuvre de ces objectifs à valeur constitutionnelle ; que le législateur peut à cette fin modifier, compléter ou abroger des dispositions législatives antérieurement promulguées à la seule condition de ne pas priver de garanties légales des principes à valeur constitutionnelle qu'elles avaient pour objet de mettre en œuvre ... »¹⁰⁵.

Pour éviter le danger d'arbitraire, le Conseil impose une certaine discipline d'interprétation aux normes qualifiées de « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » et il a énoncé la majorité des critères permettant de reconnaître ces derniers dans sa décision de 20 juillet de 1988¹⁰⁶ et les a complétés par la suite¹⁰⁷. En fin de compte, « c'est la rigueur, la clarté, la constance des règles d'interprétation

¹⁰³ Ibid., pp. 2, 3.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Ibid., p. 4.

¹⁰⁶ Décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi d'amnistie*.

¹⁰⁷ Décision n° 93-321 DC du 20 juillet 1993, *Loi réformant le code de la nationalité*, à propos du caractère suffisamment général et non contingent de la norme contenue dans les lois de la République et la décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, *Mariage entre personnes de même sexe* : le principe en question doit être relatifs aux droits et libertés fondamentaux, à la souveraineté nationale ou à l'organisation des pouvoirs publics ».

qu'il utilise qui doivent lui permette de jouer tout son (juge) rôle, mais seulement son rôle, dans le fonctionnement de l'Etat de droit »¹⁰⁸.

Quelle que soit la position retenue, adepte d'une Constitution immuable ou d'une Constitution vivante, nous sommes, en matière de qualité des normes, face à deux questions principales : la première concerne les caractéristiques nécessaires d'une bonne constitution et la deuxième concerne le rôle de la constitution dans la détermination des « qualités des normes ».

En tant que texte juridique, la Constitution doit être claire et simple. Ainsi elle doit présenter clairement aux lecteurs le système juridique et politique du pays. Aux caractéristiques de clarté et de simplicité s'ajoute celle de concision. Nous sommes d'avis que la clarté et la simplicité, sur la forme, s'évaluent par le critère de « la compréhension » des citoyens. Concernant le critère du fond, et ce qui différencie la Constitution des autres lois, c'est le débat collectif et participatif qui précède son adoption. L'Assemblée constituante¹⁰⁹ et les parties prenantes donnent leurs conseils

¹⁰⁸ Ameller, M. Michel, «Principes d'interprétation constitutionnelle et autolimitation du juge constitutionnel», précité, pp. 10, 11.

¹⁰⁹ « En Grande-Bretagne, il n'existe pas de procédures bien établies (comme un pouvoir spécial de la Chambre des Lords ou l'exigence d'un référendum) par lequel la constitution non écrite peut être amendée. Le processus législatif par lequel une loi constitutionnelle est abrogée, modifiée ou adoptée, même s'il s'agit d'une question d'importance politique fondamentale, est semblable en nature à toute autre loi du Parlement, même si elle est insignifiante. Historiquement, l'Angleterre a eu un riche héritage de chartes constitutionnelles pionnières et de documentation. D'abord et avant tout Magna Carta (1215), la «Grande Charte des Libertés d'Angleterre». Ceci établissait le principe que les dirigeants, à ce moment-là le roi, ne pouvaient faire tout ce qu'ils voulaient, mais étaient soumis à la loi comme convenu avec les barons qu'ils gouvernaient. Ce concept simple a jeté les fondations pour le gouvernement constitutionnel et la liberté sous la loi. Dans la mesure où Magna Carta était «le premier grand acte public de la nation», elle a également établi la direction du voyage du système politique vers les institutions représentatives et, bien plus tard, la démocratie elle-même. Au cours des conflits constitutionnels du XVII^e siècle, la Pétition de Droit (1628) s'est appuyée sur Magna Carta pour sa base légale, énonçant les droits et les libertés du sujet, y compris l'absence d'arrestation arbitraire et de punition. La Déclaration des droits (1689) établit ensuite la primauté du Parlement sur les prérogatives du monarque, prévoyant la tenue régulière du Parlement, des élections libres aux Communes, la liberté d'expression dans les débats parlementaires et certains droits humains fondamentaux, Ou une punition inhabituelle ». Cette loi fut suivie peu de temps après par l'Acte de règlement (1701) qui régissait la succession à la Couronne et établissait le principe fondamental de l'indépendance judiciaire.

Les Communes ont affirmé leur interprétation de la loi en présentant à Charles une «pétition de droit» plutôt qu'un projet de loi formel, impliquant qu'ils revendiquaient les droits existants du sujet plutôt que de créer de nouveaux ».

sur chaque phrase de la constitution, ce qui contribue normalement à l'adoption d'un texte plus acceptable et moins vague que les lois infra-constitutionnelles. Les travaux préparatoires à la Constitution constituent le texte de référence pour interpréter la Constitution et peuvent permettre d'éliminer des ambiguïtés possibles.

Ce qui est matériellement nécessaire est par exemple, selon Mme Fatin-Rouge Stéfanini, une bonne constitution à l'heure actuelle est une Constitution « qui répond aux valeurs démocratiques » conformément à la perception de ces valeurs par les organisations internationales engagées dans la promotion des droits de l'homme, de l'Etat de droit et la défense de la démocratie¹¹⁰. C'est-à-dire, ce qui permet d'éviter l'arbitraire du gouvernement et qui donne la possibilité de développer le rôle des citoyens dans la société. Cette constitution (qui répond aux valeurs démocratiques) est une constitution efficace et effective, car elle a bien déterminé les droits et libertés des individus et en même temps elle évite le règne de l'arbitraire.

Il semble que le contenu de la constitution, du point de vue de sa réception par les citoyens, jouit d'une meilleure situation qu'en ce qui concerne les lois ordinaires. La rédaction de la constitution est une tâche qui commence souvent après le changement d'un régime politique, et les rédacteurs de cette norme reflètent le plus souvent l'esprit qui domine la société dans la constitution, le peuple votant le projet de texte. Ceci dit, l'expérience pratique dans ce domaine montre que dans la plupart des révolutions, l'ambiance postrévolutionnaire empêche le peuple d'étudier article par article le projet de constitution rédigé et mis au vote, de manière à pouvoir voter en pleine connaissance de cause. Souvent, le rôle des partis présents sur la scène

<https://www.bl.uk/magna-carta/articles/britains-unwritten-constitution>.

« Le Parlement, par le biais de la réforme politique et constitutionnelle du Comité de la Chambre des communes, a dépensé la totalité de la législature de 2010 qui examine le chemin à parcourir pour codification de la constitution du Royaume-Uni. Dans une collaboration avec une équipe du Centre for Constitutional and Études politiques au King's Collège de Londres ».

<https://www.parliament.uk/documents/commons-committees/political-and-constitutional-reform/The-UK-constitution.pdf>.

¹¹⁰ Fatin-Rouge Stéfanini, Marthe, « Variabilité et Contingence des exigences de qualité », dans *Autour de la qualité des normes*, Bruxelles: Bruylant, pp. 27-56, Not. p. 46.

politique d'un pays est d'une plus grande importance dans de telles circonstances, car ils sont mieux placés pour distinguer les défauts du texte.

A propos de la réforme (ou révision) constitutionnelle, il paraît que l'ambiance plus apaisée dans une société, rende possible une discussion plus consistante sur le ou les articles faisant l'objet de modification ou de révision. Ainsi, les partis et la population du pays en question pourront prêter plus d'attention à la réforme visée, et ils seront plus susceptibles de s'y opposer.

Outre les questions liées à son contenu et à sa forme, l'interprétation de la constitution pourrait être liée à la question de la qualité des normes. La question est de savoir comment interpréter ce texte juridique afin de répondre aux besoins de la société avec plus d'efficacité. Comment l'interpréter pour atteindre l'objectif principal de sa conception qui est le contrôle et l'encadrement de la puissance publique ?

Pour répondre à cette question, nous devons répondre à une autre. Par rapport aux textes ordinaires dont l'interprétation se fait par différentes sources, notamment supra-législatives, nous ne disposons pas de texte supra-constitutionnel pour interpréter la Constitution.

De surcroît, si nous considérons les travaux préparatoires à la Constitution comme la source principale, pouvons-nous nous appuyer sur « l'intention de l'Assemblée constituante » comme la meilleure façon d'interpréter efficacement une Constitution ?

Si l'on considère « l'efficacité » comme « couvrir les buts » et l'« effectivité » comme « le niveau d'acceptation des citoyens », on doit déterminer ce que nous attendons de la Constitution. Sa raison d'être est d'attribuer à un gouvernement national un outil/ instrument juridique suffisamment solide et flexible pour répondre aux besoins de la nation. Même si elle est encore assez limitée et que sa vocation est uniquement de protéger les droits des citoyens, elle permettrait un équilibre entre l'ordre et la sécurité d'une part, et le droit de l'individu à la liberté d'autre part. Il est

évident que l'interprétation constitutionnelle et les mesures d'application ont été rendues nécessaires par la nature même de la Constitution.

Au Etats-Unis, les pères fondateurs avaient sagement rédigé ce document en termes plutôt généraux, laissant aux générations futures assez de marge de manœuvre pour répondre aux conditions changeantes. Comme le juge en chef Marshall l'a noté dans l'affaire *McCulloch v. Maryland*, une Constitution qui tenterait de détailler tous les aspects de sa propre application « prendrait part à la prolixité d'un code juridique, et ne pourrait être adoptée par l'esprit humain.... Sa nature, par conséquent, exige que seules les grandes lignes soient marquées, que les sujets importants, et les ingrédients secondaires qui composent ces sujets soient déduits de la nature des objets eux-mêmes »¹¹¹. Dans une telle situation, l'interprétation de la Constitution doit être laissée à l'appréciation raisonnée des juges indépendants, plutôt que dans le tumulte et les conflits du processus politique. Si chaque question constitutionnelle devait être décidée par la négociation entre les acteurs de la politique publique, la Constitution serait réduite à un champ de bataille de factions rivales, la passion politique et l'esprit partisan. Le juge en chef Marshall a exprimé le défi auquel la Cour suprême est confrontée dans le maintien de gouvernement libre en notant : « Nous ne devons jamais oublier que la constitution que nous exposons est destinée à se maintenir pendant les siècles à venir, et, par conséquent, à être adaptée aux diverses crises des affaires humaines »¹¹².

Au-delà de ces discussions, nous tentons de développer les méthodes d'interprétation de la Constitution selon trois catégories :

Selon le point de vue « légaliste », le droit est tenu pour objectif, déterminé et global, de sorte qu'il peut apporter des réponses à tous les différends. Cette ambition est, bien sûr, impossible à réaliser dans la pratique, parce que la Constitution

¹¹¹ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819), sur <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/case.html>.

¹¹² Evan Hughes, Charles, « The republic endures and this is the symbol of its faith », 2014, available on <http://www.supremecourt.gov/about/constitutional.aspx>.

comprend inévitablement des ambiguïtés, de l'imprécision, des incohérences et des lacunes : « Les juges ne peuvent pas laisser les parties se battre dans la rue »¹¹³. Dans le monde réel, les légalistes doivent accepter l'inévitabilité de l'indétermination juridique.

Nous pouvons classer d'autres catégories pour interpréter la Constitution telles que le « littéralisme », le « formalisme », le « positivisme » et l'« originalisme ». La relation entre ces distinctions et l'objectivité, le déterminisme et l'exhaustivité de la loi, est discutable. Le normativisme rend la loi plus complète que le positivisme, car il offre des ressources normatives beaucoup plus riches pour guider la prise de décision. Par normativisme, nous avons une conception plus holistique d'une Constitution que l'ensemble de ses dispositions écrites. Les dispositions, de ce point de vue, sont basées sur des principes plus profonds, et, finalement, sur les normes abstraites de moralité politique qui sont la source la plus profonde de son autorité. Mais les légalistes croient que cette « plus grande exhaustivité » se fait au détriment de l'objectivité et du déterminisme. Ils se méfient de l'incorporation des normes morales et politiques en droit¹¹⁴.

Les légalistes craignent que de solides formes de non-originalisme et de normativisme, autorisent les juges à changer les Constitutions en changeant le sens de leurs mots, en réécrivant leurs dispositions expresses, afin de mieux mettre en œuvre les valeurs plus profondes en leur ajoutant des principes « non écrits », (parce que non-originaliste) ce qui autoriserait le juge à interpréter le texte de la Constitution selon le sens, les valeurs ou la compréhension supposée de la société contemporaine. Mais nous devons prendre en compte les implications qui sont parfois justifiées à savoir que le contenu d'une constitution n'est jamais complètement explicite. La pleine compréhension de sa signification dépend inévitablement de la compréhension de l'objectif et des hypothèses du fond. En outre, les tribunaux font des ajustements liés à l'évolution de la langue d'une ancienne constitution, en raison du

¹¹³ Goldsworthy, Jeffrey, *Interpreting Constitutions*, Oxford University Press, 2007, pp. 321-325.

¹¹⁴ Ibid.

développement technologique ou social que ses fondateurs n'avaient pas prévu. Dans les affaires constitutionnelles, les juges doivent être plus disposés à fournir une solution. Si le système juridico-politique établi par une constitution ne contribue pas à réaliser l'un de ses principaux objectifs, les pouvoirs constitutionnels seront victimes de violence ainsi que le processus démocratique ou le système fédéral seront renversés et les droits humains seront violés¹¹⁵.

De toute façon, aujourd'hui, le dédain du public pour le gouvernement à tous les niveaux, ainsi que le recours croissant à la démocratie directe pour l'élaboration des politiques dans les Etats, suggèrent, exigent, la nécessité de faire des réformes constitutionnelles ; un besoin de réformes constitutionnelles visant à accroître la réactivité des institutions de l'Etat et à promouvoir la participation populaire, ce qui n'empêche pas de sérieuses délibérations sur les options politiques. Un nombre considérable de constitutions vont subir des changements importants afin de transformer les gouvernements en entités politiques plus efficaces, équitables, souples et les équiper pour mieux faire face aux défis du XXI^e siècle¹¹⁶.

Concernant la meilleure façon d'interpréter la constitution, il existe un autre point de vue qui tente de montrer que les lectures morales nous aident à mieux comprendre la constitution, à la fois comme un cadre pour le changement et une charte des aspirations à qui nous devons la fidélité. Ce point de vu affirme que les conceptions de la fidélité et du changement sont supérieures à celles de l'originalisme. Il fonctionne au nom du respect de nos engagements et du respect de la construction de notre cadre constitutionnel qui implique l'autonomie du gouvernement, en cohérence avec l'intégrité et la responsabilité, plutôt qu'au nom d'une mise à jour d'une constitution vivante.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Williams, Robert, "Should the Oregon Constitution Be Revised, and If So, How Should It Be Accomplished?", in *Oregon Law Review*, Vol. 87, 2008, pp. 867-905.

Comme Feleming nous montre, la justification de la lecture morale est une forme de fidélité à la constitution, qui tient ses promesses, alors que la mise à jour judiciaire de la Constitution se contente de la maintenir dans l'air du temps. L'interprétation de la constitution avec fidélité exige que les principes moraux et politiques, les cadres et les structures, soient mieux compris. De ce point de vue, la fidélité à nos aspirations constitutionnelles, aux principes des libertés fondamentales, au cadre général constitutionnel des structures et des pouvoirs, est nécessaire pour l'interprétation. La fidélité à nos aspirations ne comporte pas l'obligation de suivre le passé dans le sens de la signification littérale, originelle, concrète. Ce serait consacrer une constitution imparfaite qui tombe en deçà de nos aspirations et ne mérite pas notre fidélité. Et si on veut définir la fidélité, elle n'est ni allégeance ni soumission. Elle ne suit pas l'autorité du passé à la manière d'un originalisme (attachement à la lettre) autoritaire. Plutôt, la fidélité est d'honorer nos aspirations et de poursuivre nos engagements en cherchant toujours la meilleure compréhension. Si nous concevons la constitution comme un cadre de gouvernement qui doit être vécu et travaillé au fil du temps, nous pouvons l'aborder avec une attitude de fidélité mais sans l'obligation de l'obéissance à des applications concrètes prévues ou à des précédents. La fidélité à cette compréhension implique un engagement à rendre le cadre de travail du gouvernement, à l'apprentissage de l'expérience et à l'interprétation de la constitution de façon à favoriser ses objectifs et réaliser ses aspirations¹¹⁷.

Comme cela a déjà été abordé, le but principal de la recherche sur la qualité de la norme est de protéger le gouvernement contre l'arbitraire et de rendre la règle de droit, réelle. Donc, nous avons à interpréter le texte de la Constitution d'une manière par laquelle nous pourrions dire que nous avons protégé la primauté du droit et les droits humains. Pour ce faire, nous avons besoin des principes, comme l'a indiqué Feleming pour déterminer les lignes rouges dans l'interprétation et en même temps,

¹¹⁷ Feleming, James E., "Fidelity, Change, and the Good Constitution", in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 62, 2014, pp. 515-546, Not. pp. 529-535.

nous devons être en mesure de répondre aux nouvelles exigences de la société. Donc, la doctrine de Feleming nous fournit les meilleures explications à ce sujet.

Concernant la deuxième question, à savoir comment la constitution nous aide-t-elle à déterminer et à atteindre à la qualité du droit, nous savons que le problème de la qualité des normes est une question nouvelle, de sorte que nous ne pouvons pas la retrouver facilement et par une phrase exacte dans le texte de la constitution. Toutefois, comme nous le montrerons dans le deuxième titre, récemment, il y a eu une sorte de tentative des Cours constitutionnelles pour définir « une bonne norme ». Nous allons examiner les jurisprudences (française et américaine) dans le second titre et nous allons montrer comment cette tentative a été commencée et s'est poursuivie.

Selon ce que nous avons étudié dans cette partie, la constitution, en tant que norme de base et loi fondamentale de la société, devra répondre à certaines exigences qui ne sont pas nécessaires pour les lois ordinaires. La nécessité de la généralité des articles de la constitution fait que la concision et la clarté soient parmi les conditions requises, mais cette généralité n'est pas le cas pour les lois pénales par exemple.

Les modalités de l'élaboration du projet et de l'organisation de référendum pour voter une réforme est une raison pour que le contenu de la constitution soit plus acceptable par rapport aux autres normes et qu'une modification ne soit pas facile. La conformité du contenu de cette norme aux principes démocratiques limite la marge de manœuvre pour toute modification, puisque toute modification devra respecter et assurer les moindres exigences démocratiques dans la constitution réformée (ou révisée). Une telle qualité ne se constate pas d'habitude pour des lois ordinaires, ces lois faisant plus rapidement l'objet de modifications non-normalisées parce que plus souvent modifiées du fait des changements politiques.

Section 2. Les lois ordinaires

La définition de la loi est l'un des champs théoriques importants dans la philosophie du droit. La définition de cette notion apparemment simple et concise, a

été à la source de recherches approfondies et de la formation de différentes écoles de philosophie du droit, comme l'école naturaliste, positiviste et les herméneutiques. L'objectif de la présente thèse n'est pas d'établir le sens de la loi du point de vue de la théorie du droit.

La loi, au sens large du terme généralement employé, recouvre l'ensemble d'un système de règles par lequel une communauté politique régleme ou demande de régleme la conduite, les droits et les pouvoirs de ses membres et dispose de sa propre ingérence dans leur liberté. Toute règle répondant à cette description est, d'autorité, considérée comme une loi en tant que fruit de compromis, de concessions entre différents intérêts en présence¹¹⁸. Cependant, cette définition générale, et qui se veut universelle, est celle de la règle de droit en général. Pour notre étude, une définition plus précise est nécessaire mais risque de dépendre de chaque système juridique. Par exemple, en France, la loi est définie « exclusivement par son auteur et sa procédure d'adoption (définition organique et formelle) et non pas par son contenu (définition matérielle) »¹¹⁹. Ce qui nous intéresse dans cette étude est la loi en tant que source normative primaire. C'est à ce titre que la question de la « qualité de la loi » va être importante car les exigences de qualité qui seront posées vont concerner les normes qui sans être les plus importantes d'un point de vue hiérarchique (car la Constitution se situe à un niveau plus élevé), sont importantes en tant que source primaire et donc source quantitativement et qualitativement importante du droit. Les lois sont également importantes en tant qu'« expression de la volonté générale » (article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789) car elle exprime une certaine légitimité issue la plupart du temps de la représentation nationale dans un régime démocratique.

La délimitation exacte entre les lois constitutionnelles et les lois ordinaires, de manière à pouvoir répondre à tous les systèmes juridiques, n'est pas chose facile,

¹¹⁸ Dock, Lavinia L., "What we may expect from the Law", in *The American Journal of Nursing*, Vol. 1, No. 1, 1900, pp. 8-12, Not, pp. 8, 9.

¹¹⁹ Favoreu, Louis et alii, *Droit constitutionnel*, précité, p. 224.

d'autant qu'encore une fois chaque système dispose de ces propres appellations. Ainsi une loi constitutionnelle peut être à l'origine d'une révision du texte principal de la Constitution ou figurer à côté de la Constitution comme cela est le cas en Italie par exemple. En France, la plupart des lois de révision constitutionnelle ont modifié la Constitution de 1958 dans ses articles mais la loi constitutionnelle de 2005 introduisant la Charte de l'environnement a ajouté un texte au « bloc de constitutionnalité » et a seulement modifié le préambule de la Constitution de 1958 pour opérer un renvoi à ce nouveau texte.

Il est fait recours normalement à deux critères essentiels pour distinguer ces deux catégories de loi. Premièrement, au contraire de la Constitution qui traite des grands principes du système juridique (d'une manière générale : sources du droit, organisation des pouvoirs publics et rapports entre eux, droits fondamentaux), les lois ordinaires touchent aux relations entre les personnes (publiques ou privées) et essayent de gérer les affaires de la société. La définition présentée ici est matérielle mais elle n'est pas satisfaisante car les constitutions, par le biais des révisions constitutionnelles, sont de plus en plus précises et traitent de nombreuses questions.

Le deuxième critère, est relatif aux formalités en principe plus strictes donc plus rigides que pour les lois ordinaires qui s'imposent pour les lois constitutionnelles¹²⁰. Cette rigidité permet de préserver le texte constitutionnel et en fait d'ailleurs l'une de ses qualités puisque l'un des principaux reproches que l'on fait au Législateur est de changer trop souvent les lois (ordinaires) et d'adopter trop fréquemment des règles nouvelles. Il y a encore une exception à cette règle, et c'est le cas du régime juridique britannique, dans lequel le parlement, sans formalités

¹²⁰ « La procédure d'adoption de la constitution est une procédure assez lourde, par exemple en France, il faut la réunion du sénat et de l'assemblée nationale. La procédure constitutionnelle est différente de la procédure législatif. En suisse, elle trouve leur adoption dans des referendums populaires, pour les révisions de la constitution, le referendum est obligatoire, il a lieu systématiquement, et il faut un double majorité, au point du peuple et au point des cantons ».

« Droit constitutionnel Suisse », sur <http://www.cours-de-droit.net/droit-constitutionnel-suisse-droit-public-helvetique-a126332526>.

spécifiques, légifère sur des questions constitutionnelles¹²¹. En tout cas, selon les deux critères précités, dans n'importe quel régime juridique, nous qualifions d'ordinaires, des lois qui, compte tenu des critères et caractéristiques de ce système, ne sont pas constitutionnelles mais constituent également la source primaire du droit et sont l'expression de volonté générale soit directement, par voie de référendum, soit indirectement, par le biais de la représentation nationale. Nous sommes bien conscientes des limites de cette définition dans la pratique et des critiques qu'elle peut susciter. Par exemple, la loi référendaire adoptée en 1962 en France et qui a permis de réviser la procédure d'élection du Président de la République contenait à la fois des dispositions constitutionnelles, organiques et ordinaires de telle sorte que la procédure même entretient une confusion entre ces types de normes. Cependant, en pratique, les dispositions constitutionnelles ont modifié la Constitution, les dispositions organiques ont modifié la loi organique et les dispositions législatives dites « ordinaires » ont modifié la loi ordinaire.

Dans la catégorie des lois ordinaires, celles concernant la matière pénale sont souvent considérées comme les plus importantes, car ces lois déterminent les sanctions et condamnations des hommes et pour cette raison les juristes s'en occupent plus soigneusement. Les questions pénales sont d'ailleurs celles qui justifient les interventions de l'Etat contre les libertés pour des raisons d'ordre public.

Compte tenu de ce qui a été décrit, il est évident que les lois pénales sont plus compliquées que les lois non-pénales et puisque l'Etat a la charge et la responsabilité d'imposer les condamnations, et en quelque sorte possède un pouvoir suprême à cet

¹²¹ « Contrairement à la plupart des États modernes, la Grande-Bretagne n'a pas de constitution codifiée, mais un texte non-écrit formé de lois, de jugements et de conventions. Puisqu'il n'y a pas de constitution documentaire contenant des lois qui sont fondamentales en matière de statut et supérieures aux lois ordinaires du Parlement, les tribunaux ne peuvent interpréter que les lois parlementaires. Ils ne peuvent pas les annuler ou les déclarer invalides pour être contraire à la constitution et « inconstitutionnelle ». De même, il n'existe pas de procédures bien établies (comme un pouvoir spécial de la Chambre des Lords ou l'exigence d'un référendum) par lequel la constitution non-écrite peut être amendée. Le processus législatif par lequel une loi constitutionnelle est abrogée, modifiée ou adoptée, même s'il s'agit d'une question d'importance politique fondamentale, est semblable en nature à toute autre loi du Parlement, même si elle est insignifiante ».

Blackburn, Robert, « Britain's unwritten constitution », available on <https://www.bl.uk/magna-carta/articles/britains-unwritten-constitution>.

effet, la difficulté de préserver les droits des citoyens et de maintenir le principe d'Etat de droit dans les lois pénales, est très importante. Pour cette raison, les principes permettant de préserver les droits des citoyens font l'objet d'une grande attention et la vigilance des juridictions et des juristes sur la clarté de ces lois est supérieure aux autres lois de fond. Justement, Beccaria a consacré une thèse détaillée sur les lois pénales et leurs traits principaux¹²².

Toute opacité dans les lois pénales, menace le droit citoyen et donne lieu à un abus de pouvoir par l'Etat. Le principe d'Etat de droit, est basé sur la clarté de la loi, surtout celle des lois pénales d'ailleurs l'exigence de clarté de la loi pénale se retrouve dans la plupart des ordres juridiques. L'ambiguïté ne doit pas servir d'arme entre les mains de l'Etat pour interpréter largement les dispositions de la loi et pour ignorer les droits essentiels des personnes.

En France, de l'article 8 de la DDHC de 1789 découle le principe selon lequel aucun citoyen ne peut être poursuivi et condamné pour une infraction qui ne soit prévue par le législateur. Ce critère de prévisibilité de la loi exprime le souci que la loi soit connue, comprise et que le citoyen puisse régler sa conduite en conséquence¹²³. Selon Blanchard, « la qualité de la loi pénale ne doit pas être envisagée comme un luxe, ... mais comme consubstantielle à la légalité criminelle et ... aux droits et libertés fondamentaux ... la piètre qualité de la loi pénale prive l'incrimination de clarté et de précision, de sorte qu'elle ne peut pas fonder la poursuite »¹²⁴.

Le Conseil constitutionnel aussi, dans une décision de 1981, a considéré qu'« il en résulte la nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire »¹²⁵ et insiste sur l'interprétation

¹²² Cesare Beccaria, *On Crimes and Punishments*, University of Toronto press, 2008.

¹²³ Cons. Const., 20 janv. 1981, n° 80-127 DC: JO 22 janv. 1981, p. 308; Cass. Crim., 1^{er} Fév. 1990, n° 89-80. 637: Bull. Crim. 1990, n° 56; Cass. Crim., 16 janv. 2002, n° 01-81.829: JurisData n° 2002-012801; Bull. Crim. 2002, n° 6. Blanchard, Christophe, «Quand la mauvaise qualité de la loi pénale est un motif de relaxe du dirigeant d'entreprise», dans *Entreprise et Affaires*, N° 25, 2015, pp. 19-22, Not. p. 19.

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes

stricte des dispositions pénales¹²⁶. « La définition d'une incrimination criminelle et délictuelle doit inclure, outre l'élément matériel de l'infraction, l'élément moral, intentionnel ou non, de celle-ci »¹²⁷.

Ainsi, le Conseil constitutionnel a censuré une disposition qui ne désignait pas clairement la personne susceptible de se voir imputer l'infraction¹²⁸ et des dispositions qui ne définissaient pas assez précisément les éléments constitutifs d'un délit¹²⁹.

De la même façon, la Cour EDH a précisé dans une décision de 1993, *Kokkinakis c. Grèce* qu'il est des règles qui régissent l'activité de tout citoyen et elles doivent être compréhensibles de tous. Elle a déterminé que le degré de précision de la loi « dépend dans une large mesure du texte considéré, du domaine qu'il couvre et de la qualité de ses destinataires »¹³⁰.

Donc, le texte pénal définit l'infraction grâce à laquelle « chacun doit être en mesure, au besoin par le recours à des conseils éclairés, d'évaluer à un degré raisonnable les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé »¹³¹.

Toutefois, la question de l'effectivité des lois pénales revêt plusieurs aspects. En fonction des différentes théories de droit pénal, le but de la peine infligée au coupable est différemment déterminé. Certains la considèrent comme un outil de la quiétude et de sérénité pour la victime et sa famille. De ce point de vue, la peine doit

¹²⁶ Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire.

¹²⁷ Décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs.

¹²⁸ Décision n° 84-183 DC du 18 janvier 1985, Loi relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises.

¹²⁹ «Prévoir des sanctions administratives ou pénales», 2013, sur <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique/V.-Schémas-logiques-et-cas-pratiques/5.2.-Cas-pratiques/5.2.6.-Prevoir-des-sanctions-administratives-ou-penales>.

¹³⁰ CEDH, *Vogt c. Allemagne*, 1995; *Cantoni c. France*, 1996.

¹³¹ Blanchard, Christophe, «Quand la mauvaise qualité de la loi pénale est un motif de relaxe du dirigeant d'entreprise», dans *Entreprise et Affaires*, N° 25, 2015, pp. 19-22, Not. p. 22.

égaler le crime commis : «Œil pour œil et dent pour dent» pour reprendre l'expression symbolisant la loi du Talion, qui peut être considérée comme une des plus anciennes règles pénales. Sans aucun doute, les défenseurs de cette théorie évaluent le niveau de l'efficacité en fonction de l'objectif désigné de quiétude et de sérénité de la victime et de sa famille. D'autre part, ceux qui voient l'aspect punitif et dissuasif des peines, croient que l'efficacité des peines s'optimiserait en fonction de leur sévérité. En effet, la peine plus sévère semble plus dissuasive pour les coupables potentiels. Selon cette vision, un taux faible de criminalité dans une société confirme l'efficacité des lois pénales.

Une troisième approche concerne les théoriciens qui considèrent la réadaptation des coupables comme le but principal du droit pénal. Selon cette vision, le taux faible de criminalité ou le degré de sévérité des peines, ne déterminent pas l'efficacité de la loi, mais la loi pénale est efficace lorsqu'elle permet de diminuer le taux de récidive dans la société. Ainsi, nous constatons que la question de l'évaluation de l'efficacité des lois pénales n'est pas consensuelle dans la doctrine, tandis que l'exigence de la clarté de ces lois est acceptée par tous. Les caractéristiques de la bonne loi, (le sentiment d'être régi par une loi juste et rationnelle), sont d'ailleurs plus importantes et significatives pour les lois pénales que pour les lois dites civiles. Pour cette raison, dans la 2^e partie, étudiant la jurisprudence, nous nous pencherons plutôt sur les dossiers du domaine pénal. Les citoyens sont préoccupés, sur le plan du fond, par les aspects rationnels et justes des accusations et des sanctions. Sans aucun doute, parlant de ces aspects, nous n'envisageons pas les délits et les crimes comme le vol et le meurtre, mais des questions comme l'avortement, qui a ses défenseurs et ses opposants farouches, possédant tous deux un arsenal d'arguments pour le culpabiliser ou non.

Les lois en matière pénale ont une place à part parmi les lois du fond. D'une part, se posent les questions de la transparence de ces lois, de l'abus de pouvoir par l'Etat et les actions d'office, et d'autre part se pose l'exigence du respect des aspects rationnels et justes des accusations et des peines. On est également préoccupé par le

fait que les lois pénales pourraient, dans la main de l'Etat, servir d'outil de restriction des activités sociales et politiques.

En outre, dans la catégorie des lois pénales, la procédure pénale est un concept qui comprend l'aménagement des formalités administratives. Les dispositions procédurales concernant l'arrestation d'un accusé et les procédures couvrant la phase de l'arrestation jusqu'au jugement, bien qu'étant des règles de procédures, peuvent porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne, si elles ne sont pas respectées: le droit d'être accompagné par son avocat et son consultant, le droit au silence, le droit d'être interrogé en présence de son avocat, l'obligation des agents exécutifs de respecter les droits et la dignité, l'intégrité physique et mentale de l'accusé ¹³²... ce sont les cas qui sortent du cadre absolu de la procédure et de la forme et rentrent dans le domaine du fond.

La clarté de ces lois, le respect des caractéristiques d'une bonne loi (le sentiment d'être régi par une loi juste, rationnelle, et morale), garantissent le principe de l'Etat de droit, le respect des droits citoyens, et empêchent les abus de pouvoir et les actions arbitraires. Les lois procédurales qui autorisent la violence et la torture contre l'accusé pour constituer les preuves de culpabilité de l'accusé, ne sont ni justes, ni morales, ne sont pas acceptées par les citoyens, ne peuvent pas garantir les droits fondamentaux des citoyens, ni empêcher les actions arbitraires des pouvoirs publics. De telles lois donnent un chèque en blanc à l'Etat pour violer le droit des personnes et la protection des intérêts d'un parti donné. Une telle loi n'est pas efficace et ne peut pas être acceptée par les citoyens.

Dans le système juridique où « les qualités des normes » sont un sujet de discussion, il n'existe pas toujours d'institutions spécifiques qui prennent en charge cette question. Ce sont les gardiens de la Constitution ou juges constitutionnels qui utilisent leurs compétences pour une plus grande attention sur la législation.

¹³² *Early access to legal aid in criminal justice processes: a handbook for policymakers and practitioners*, UNITED NATIONS, New York, 2014, pp. 9-15.

Par exemple, en France, nous avons les exigences qui persuadent le législateur de « bien légiférer » : « le Conseil constitutionnel ne demande pas plus de lois mais de meilleures lois ». Pour parvenir à ce but, il utilise des outils que met à sa disposition la Constitution ; il demande au législateur de s'assurer que les lois aient un « contenu minimum », donc, le législateur doit utiliser toutes ses compétences sous peine de voir la loi sanctionnée pour « incompétence négative » par le Conseil constitutionnel. Dans le cas contraire, nous rencontrons des lois vagues et les lois dans lesquelles le législateur n'épuise pas l'étendue de sa compétence, ce qui est susceptible de laisser la place à l'arbitraire ou du moins à des divergences d'interprétation par les autorités chargées de mettre en œuvre et/ou d'appliquer la règle de droit¹³³.

En divisant les lois en deux catégories des lois constitutionnelles et ordinaires, il est nécessaire de démontrer quelles caractéristiques sont nécessaires pour chaque catégorie. Cependant, la réponse ne va pas de soi. Par exemple, selon Portalis « La loi permet ou elle défend, elle ordonne, elle établit, elle corrige, elle punit ou elle récompense »¹³⁴. Le critère évoqué ici est celui de la normativité de la loi, critère qui a d'ailleurs été rappelé par le Conseil constitutionnel français en 2005¹³⁵. Ce critère de normativité peut-il s'imposer aux lois constitutionnelles, et plus généralement aux Constitutions ? Par ailleurs, les dispositions constitutionnelles peuvent-elles être à la fois générales, abstraites, intelligibles, objectives et pérennes ? Même entre les différents types de lois, des différences semblent apparaître.

Ainsi, en matière pénale, la loi doit distinguer clairement les éléments de crime et désigner avec une grande précision les articles concernés. Les juges se trouvant devant les lois imprécises, se servent de l'interprétation restrictive pour ne pas renoncer au droit de l'accusé, dans la mesure du possible. Ainsi une grande attention est à porter sur l'adoption de lois pénales claires et précises, par rapport aux autres

¹³³ Marineze, Vito, *L'idéal législatif du Conseil constitutionnel. Etude sur les qualités de la loi*, thèse sous la direction de Guy Carcassonne, Université Paris X, 2007, pp. 57-61.

¹³⁴ Cité par Favoreu, Louis et alii, *Droit constitutionnel*, précité, p. 229.

¹³⁵ Decision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, *Avenir de l'école*.

types de loi. En outre, quand nous parlons de la « simplicité », il nous semble que cette caractéristique va à l'encontre de l'exigence de « clarté » ; c'est-à-dire que la loi pénale simple, sommaire et sans les phrases explicatives, perd de sa « clarté » et de sa « précision ».

Il est tout à fait probable que parmi toutes les caractéristiques de la loi qui seront abordées sous le second titre, la nécessité de « clarté et précision » sera commune à toutes les lois ordinaires. Même dans les lois de procédure, dont le trait majeur est l'efficacité, « la clarté » permet aux autorités d'exécution de la norme de bien comprendre la loi et de bien la mettre en exécution.

Les autres types des lois ordinaires, une fois adoptées, créent des droits et des devoirs et, comme toute loi, elles mettent en œuvre mais aussi restreignent la liberté des personnes, pour régir les rapports entre celles-ci. Puisque les destinataires principaux de ces lois sont les membres de la société c'est-à-dire les personnes ordinaires, dans un premier temps, c'est la compréhension de la loi (sa clarté) et son acceptation par les citoyens (le sentiment d'être régi par une loi juste et rationnelle) qui compte. Elles s'avèrent être la caractéristique la plus importante parmi les caractéristiques formelles et matérielles d'une loi qui en font une bonne loi. D'ailleurs, puisque les lois non-pénales régissent les rapports entre les personnes, l'effectivité de la loi est évaluée en fonction de l'ordre qu'elle établit dans ces rapports. Ainsi, toute obscurité et incohérence des dispositions de la loi, lui ferait perdre de son efficacité et de son effectivité.

A titre d'exemple, dans le Code civil iranien, l'âge de la majorité n'est pas clairement déterminé et se confond avec l'âge de la majorité religieuse. Selon la Charia, l'âge de la majorité religieuse est fixé à 15 ans pour les garçons et 9 ans pour les filles, mais selon les réglementations bancaires, les personnes ayant ces âges, ne sont pas autorisées à ouvrir un compte bancaire et doivent attendre d'avoir 18 ans. La même ambiguïté existe dans l'obtention d'un passeport, dans le domaine de la responsabilité pénale des adolescents, ou encore à propos du mariage et de la propriété des biens... Même les juges des hautes juridictions d'Iran ont du mal à connaître les

dossiers où intervient le problème de l'âge de la majorité. Cette question n'étant pas soluble par la modification et l'interprétation, une révision urgente des lois régissant l'âge de majorité apparaît nécessaire. Donc, la clarté des lois non-pénales est une garantie de l'effectivité de ces lois dans la gestion des rapports entre les personnes, les destinataires de ces lois étant souvent les personnes ordinaires. Cette clarté et cette non-ambiguïté des lois facilitent la bonne compréhension du droit et son acceptation par les personnes.

En ce qui concerne les codes de procédures et les lois relatives au système administratif, le but de ce genre de loi est souvent l'organisation du système administratif et du fonctionnement des institutions et des juridictions sur le plan de la forme et de la procédure. Ainsi, ces lois paraissent moins stables par rapport aux autres, surtout par rapport aux lois civiles ou pénales. La modification des lois procédurales est justifiée par l'exigence de la facilitation des affaires dans la société.

Sans aucun doute, ces lois aussi doivent être claires et sans ambiguïté, pour être efficaces. Toute ambiguïté dans les lois de procédure et relatives aux différentes administrations met en difficulté les interlocuteurs d'une institution donnée, et diminue également le rendement des employés, et dans une perspective plus large, nuit au bon fonctionnement du système. Le critère de l'efficacité des lois procédurales, n'étant pas la justesse ni la moralité, est plutôt l'exactitude, la vitesse et la compétence dans l'organisation des affaires. La possibilité de la modification de la loi procédurale est un outil pour optimiser l'efficacité de la loi.

En France, le principe d'intelligibilité de la loi est un objectif de valeur constitutionnelle qui a progressivement absorbé le principe de clarté de la loi, jugé trop flou par la doctrine. Le Conseil d'Etat l'applique, lui, à toute « norme juridique », et donc aux décrets¹³⁶. Donc, le Conseil constitutionnel a jugé que les citoyens doivent pouvoir avoir une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables, tant pour assurer l'égalité devant la loi que la garantie des droits et l'exercice des droits et

¹³⁶ CE 18 fév. 2004, Cne Savigny-le-temple, n°251016; CE 8 juill. 2005, SGEN-CFDT, n°266900.

libertés garantis par la Constitution¹³⁷ et le Conseil d'Etat est également sur la même longueur d'onde comme l'expriment les différents rapports qu'il a remis depuis les années 1980 dont le dernier date de 2016¹³⁸.

En outre, par exemple, afin de faciliter la compréhension des textes réglementaires, une « notice » est désormais publiée en tête de chaque décret. Elle précise ses destinataires, son objet, ses conditions d'entrée en vigueur et la directive qu'il transpose ou la loi qu'il applique »¹³⁹.

« La loi du 17 mai 2011 oblige l'administration à signaler aux administrés les vices affectant leurs demandes ... et la création d'un « certificat de projet » ... permette de sécuriser les projets des particuliers »¹⁴⁰.

Par la suite, nous examinons les règlements en tant que le troisième type de normes dans la hiérarchie des normes juridique qui se place après les lois ordinaires.

Section 3. Les règlements

Dans la hiérarchie des normes, en droit français, les règlements se placent après les lois ordinaires. Ils sont composés de décrets et d'arrêtés. Les décrets (qu'ils soient adoptés en conseil des ministres, en Conseil d'Etat ou qu'il s'agisse de décrets simples) s'imposent aux autres actes réglementaires émanant soient de l'administration centrale, soit des autorités décentralisées. Ils se distinguent des règlements adoptés au sein de l'Union européenne qui sont d'application directe dans le droit national et qui ne relèvent pas de la même dynamique puisque ces derniers peuvent concurrencer

¹³⁷ Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes.

¹³⁸ Conseil d'Etat, *Simplification et qualité du droit*, Etude annuelle 2016, disponible sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/164000610-etude-annuelle-2016-du-conseil-d-etat-simplification-et-qualite-du-droit> (consulté le 15 mars 2017), pp. 77-78.

¹³⁹ Conseil d'Etat, *simplification et qualité du droit*, Etude annuelle, Paris : Direction de l'information légale et administrative, 2016, p. 71.

¹⁴⁰ Ibid.

directement la loi nationale. Chaque Etat, en outre, dispose de ses propres spécificités en matière de pouvoir réglementaire national, donc nous aborderons cette question à partir de l'exemple français principalement. Nous traiterons également dans ce paragraphe, de l'exemple canadien, même si d'emblée la définition du règlement est plus floue et ne recoupe pas la même définition que le droit français puisqu'il s'agit de « législation déléguée »¹⁴¹. Cependant, cet exemple qui traite tout de même de ce qui peut être considéré en France comme l'émanation du pouvoir réglementaire, est intéressant en ce qui concerne la question de l'interprétation de la norme.

Le pouvoir réglementaire national, au sens où nous l'entendons dans ce paragraphe, est l'expression du pouvoir exécutif et permet l'exécution des lois, mais le pouvoir réglementaire permet également l'exécution de décrets (par le biais d'un arrêté par exemple). Les règlements déterminent un ensemble d'ordres exécutifs et administratifs afin de régler une nécessité. Soit cette nécessité a été déjà examinée par le Parlement et le règlement est nécessaire pour déterminer sa démarche exécutive¹⁴², soit il revient au gouvernement de décider de la nécessité de déclarer les ordres sur un sujet qui existe¹⁴³. Mais il faut bien indiquer que l'expression « pouvoir réglementaire autonome » doit être ramenée à sa signification minimale et ne désigne rien d'autre qu'un dispositif qui permet au gouvernement d'intervenir à titre initial dans certaines matières et de se défendre dans le cas où, dans ces matières, le législateur serait venu le concurrencer »¹⁴⁴.

¹⁴¹ Voir en ce sens : <http://www.pco.gc.ca/index.asp?lang=fra&page=information&sub=publications&doc=legislation/part3-fra.htm> qui répond à la question de savoir Qu'est-ce qu'un règlement ?

¹⁴² Exécution des lois, article 37 de la Constitution française.

¹⁴³ Réglementaire autonome, article 34 de la Constitution française.

¹⁴⁴ Michel de Villiers; Armel Le Divillec, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, 2011, p. 276.

Par exemple, l'organisation administrative de l'Etat, la procédure civile, la procédure administrative et la détermination des contraventions et des peines qui leur sont applicables seront des matières réglementaires¹⁴⁵.

Afin de déterminer les caractéristiques d'un bon règlement, il est nécessaire de considérer les autorités administratives chargées de leur exécution en tant que destinataires de ce type de normes juridiques. Les citoyens ne sont pas normalement énumérés comme destinataires essentiels. Ils seront bien informés des procédures et des règlements administratifs par les autorités administratives au travers de recours aux offices ou organisations administratives. En plus, parfois, les offices et les organisations administratives informent les administrés sur des liens en ligne et leur donnent les informations principales de ces règlements et les modalités procédurales dans un langage simple et clair (par exemple, pour remplir la déclaration de revenus).

La compréhension des règlements est très importante. Il est possible pour l'autorité chargée de l'exécution d'une norme, en tant qu'être humain, d'être étonné de la complexité d'un règlement et son caractère ambiguë qui implique qu'il ne sait pas exactement quoi faire. La « clarté » du règlement est nécessaire pour ceux qui les exécutent. Il faut qu'ils soient bien préparés pour transformer ces informations aux administrés.

Dans la procédure de la préparation des règlements, le problème vient du fait que nous avons besoin d'un texte suffisamment détaillé et complet. Ces détails doivent être organisés d'une manière assez simple et claire afin d'éviter la complexité ou de conduire à une inapplication pure et simple par les autorités chargées de l'application de la norme réglementaire. Malheureusement, cette complexité implique que ce type de normes, en comparaison à un autre type de norme (la constitution et les lois ordinaires), soit exposé aux changements fréquents. On ne peut s'habituer à un règlement ou à une procédure, s'il change soudainement et de manière rapide. Les

¹⁴⁵ Ibid., p. 276

changements fréquents que ce soient en matière de loi ou de règlement affaiblissent la sécurité juridique.

L'existence de la « clarté » dans les règlements n'apparaisse souvent pas possible en raison de leur technicité, la « simplicité », qui pourrait être privilégiée à travers, par exemple, des phrases courtes, un minimum de références, des subdivisions, n'est pas non plus aisée à établir en matière réglementaire en raison de l'exigence de précision de la norme qui s'impose en la matière sous le contrôle du juge administratif.

Au regard de leur place dans la hiérarchie des normes juridiques, les règlements doivent être conformes aux exigences découlant de la Constitution (principe de constitutionnalité) mais aussi de la loi (principe de légalité). Les exigences d'intelligibilité et d'accessibilité s'imposent au pouvoir réglementaire dans l'élaboration des règlements comme a pu le relever le juge administratif. Il semble cependant que la confusion entre intelligibilité et clarté, levée par le Conseil constitutionnel, soit maintenue par le juge administratif. Ainsi dans une décision du 29 octobre 2013, le Conseil d'Etat a-t-il censuré une disposition réglementaire pour méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle de « clarté et d'intelligibilité de la norme¹⁴⁶. L'accessibilité des normes techniques a été également l'objet d'une attention particulière du Conseil d'Etat qui dans une décision du 10 février 2016¹⁴⁷, et en se fondant sur « le respect de l'objectif à valeur constitutionnelle de l'accessibilité de la règle de droit », a précisé qu'une norme ne peut être obligatoire si son accès n'est pas gratuit. En l'espèce, un arrêté a été censuré pour non-respect de l'article 17 du décret du 16 juin 2009 relatif à la normalisation.

¹⁴⁶ Conseil d'Etat, 29 octobre 2013, *Association Les amis de Rade et des Calanques*, req. n° 360085, mentionné au recueil Lebon. Voir également, en termes de sécurité juridique, CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, req. n° 288460, publié au recueil Lebon).

¹⁴⁷ CE, 10 février 2016, *Fédération nationale des mines et de l'énergie-CGT*, req. n° 383756, publié au recueil Lebon.

Les citoyens ont la possibilité de questionner la conformité des règlements à la Constitution et les décisions des autorités administratives quant aux lois ordinaires et à la Constitution.

Sur le plan de l'interprétation, il faut bien noter que contrairement à d'autres types de normes, cette question détient un caractère spécifique dans le domaine des règlements. Les destinataires de l'interprétation des règlements peuvent être les citoyens. Il est possible qu'un des citoyens demande par téléphone ce que le règlement lui impose de faire. A cet égard, ce type de normes nécessite un effort d'harmonie en termes d'interprétation donc d'application de la règle de droit dans un souci d'égalité entre les administrés. Dans les passages suivants, nous examinons l'interprétation du règlement au Canada. Ce système nous inspire une modèle pratique afin d'être intégré dans l'autre système, même les systèmes qui sont centrales.

Au Canada « les règlements sont des textes législatifs qu'on désigne souvent par le terme « législation déléguée ». Ils ont le même effet juridique que les lois et ont normalement pour effet d'énoncer des règles d'application générale, plutôt que de viser des situations ou des personnes en particulier. Ils n'émanent pas du Parlement, mais bien de l'autorité – le plus souvent, le gouverneur en conseil, un ministre ou un organisme public – que celui-ci a habilitée à cette fin. Leur prise doit donc être expressément prévue par une loi dite habilitante. En général, la loi habilitante fixe les grandes lignes du plan législatif et délègue à l'autorité réglementant la tâche d'en régler les détails »¹⁴⁸.

Dans ce système, il existe un texte nommé « Politique d'interprétation » qui définit « les engagements, les pratiques et les outils dont doivent se servir les ministères et les organismes gouvernementaux pour fournir aux Canadiens et aux entreprises des renseignements et une orientation sur les obligations réglementaires

¹⁴⁸ <http://www.pco.gc.ca/index.asp?lang=fra&page=information&sub=publications&doc=legislation/part3-fra.htm>.

qui doivent être respectées »¹⁴⁹. Pour chaque instance du gouvernement et selon les objectifs qui lui sont assignés, une politique sur l'interprétation¹⁵⁰ « a été élaborée en conformité avec les politiques gouvernementales, pour faire en sorte que les Canadiens puissent comprendre et utiliser l'information sur les règlements »¹⁵¹. Le *Guide sur l'élaboration et la mise en œuvre des politiques d'interprétation*¹⁵² expose ainsi les exigences concernant l'élaboration et la mise en œuvre des politiques d'interprétation. Ils concernent les engagements précisés dans le *Plan d'action pour la réduction du fardeau administratif*¹⁵³ du gouvernement du Canada qui indique : « Le gouvernement exigera que les organismes de réglementation publient des politiques expliquant comment ils interprètent la réglementation sur leurs sites Web, en

¹⁴⁹ Gouvernement du Canada, « Politique d'interprétation », sur https://www.ic.gc.ca/eic/site/020.nsf/fra/h_00616.html, 2017.

¹⁵⁰ « Une politique d'interprétation est un document cadre qui expose les engagements qu'un ministère ou organisme doit respecter, les pratiques qu'il doit appliquer et les outils qu'il doit utiliser lorsqu'il fournit une orientation ou de l'information aux Canadiens et aux entreprises au sujet des obligations réglementaires à respecter. Cette politique établit également les conditions dans lesquelles des réponses écrites aux questions seront fournies ».

Guide sur l'élaboration et la mise en œuvre des politiques d'interprétation, Canada, sur <https://www.canada.ca/fr/secretariat-conseil-tresor/services/gestion-reglementation-federale/lignes-directrices-outils/guide-elaboration-mise-en-oeuvre-politiques-interpretation.html>, Article 5.

¹⁵¹ « Politique d'interprétation », sur https://www.ic.gc.ca/eic/site/020.nsf/fra/h_00616.html.

¹⁵² *Guide sur l'élaboration et la mise en œuvre des politiques d'interprétation*, Canada, sur <https://www.canada.ca/fr/secretariat-conseil-tresor/services/gestion-reglementation-federale/lignes-directrices-outils/guide-elaboration-mise-en-oeuvre-politiques-interpretation.html>.

¹⁵³ *Plan d'action pour la réduction du fardeau administratif*, Représentée par le président du Conseil du Trésor, Canada, 2012, sur <https://www.canada.ca/content/dam/canada/tbs-sct/migration/hgw-cgf/priorities-priorites/rtrap-parfa/rtrapr-rparfa-fra.pdf>.

indiquant le moment où ils comptent répondre par écrit aux demandes des intervenants »¹⁵⁴.

Selon le Guide, une interprétation « comprend l'information et/ou l'orientation fournies verbalement ou par écrit par des fonctionnaires du gouvernement aux Canadiens et aux entreprises au sujet d'un règlement ou d'une exigence particulière d'un règlement en vue d'en faciliter la compréhension, la connaissance et le respect. Cela peut inclure tout un éventail d'activités et de services, allant d'une réponse donnée aux demandes de renseignements par téléphone ou par courriel à l'élaboration et à l'affichage en ligne de documents d'orientation, de fiches de renseignements, de foires aux questions, etc., afin d'émettre des décisions ou des ordonnances formelles »¹⁵⁵. Les ministères doivent élaborer une politique d'interprétation selon *Annexe C – Contenu de la politique d'interprétation sur le Web* et la publier en ligne sur leur page Web des lois et règlements au regard de l'*Annexe B – Contenu de la page Web sur les lois et règlements du ministère*¹⁵⁶. « Les ministères et organismes doivent déterminer la portée de l'application de leur politique d'interprétation (par exemple, axée sur le ministère ou le portefeuille, ou sur des secteurs particuliers) et fournir un aperçu du contexte opérationnel du ministère et des autres facteurs connexes servant de justification à la politique d'interprétation du ministère »¹⁵⁷.

Les ministères peuvent préciser « leurs consignes ministérielles » pour employer un langage simple lors de la rédaction, les différents aspects spécifiques de l'interprétation et les autres mécanismes pour respecter les normes de langage simples, par exemple, « l'examen d'ébauches de documents par les intervenants »¹⁵⁸.

¹⁵⁴ *Plan d'action pour la réduction du fardeau administratif*, précité, p. 7

¹⁵⁵ *Guide sur l'élaboration et la mise en œuvre des politiques d'interprétation*, précité, Article 5

¹⁵⁶ *Ibid.*, Article 7

¹⁵⁷ *Ibid.*, Article 7-1

¹⁵⁸ *Ibid.*, Article 7-2-1

Les principes des politiques d'interprétation sont : « assurer la cohérence et l'uniformité de l'orientation fournie et s'engager à employer un langage simple et clair ; servir les Canadiens avec professionnalisme et fournir un service précis, diligent et respectueux ; faire participer les intervenants à la détermination des exigences réglementaires qui nécessitent une orientation, ainsi qu'à l'élaboration de cette orientation et chercher à améliorer la prestation de services d'interprétation, en s'appuyant sur l'expérience et les commentaires recueillis auprès des Canadiens et des entreprises »¹⁵⁹.

Pour se servir d'un langage clair et simple, l'article 7-2-1 a prévu la technique de FAQ afin que les intervenants disposent de renseignements sur les règlements clairs et cohérents. Les ministères doivent rédiger « une Foire aux questions (FAQ) visant les 10 règlements qui sont les plus consultés, et mettre un lien vers celle-ci sur leurs sites Web de lois et règlements ». Ces FAQ doivent être mis à jour pour y ajouter les réponses aux nouvelles questions sur le règlement. En ce qui concerne les règlements techniques, il faut reconnaître leur complexité et essayer, autant que possible, d'employer un langage simple¹⁶⁰.

Le *Guide sur l'élaboration et la mise en œuvre des politiques d'interprétation* du Canada nous donne une image presque complète de différents aspects de difficulté sur la qualité des règlements. Les groupes de destinataires, que sont les autorités d'exécution (destinataires principaux) et les citoyens (destinataires de l'interprétation) sont différents, le volume de détail dans le texte de règlement est plus ample que dans une loi ordinaire et le principe est celui de la conformité de ces règlements à la Constitution et aux lois ordinaires. L'existence des guides pour l'interprétation des règlements et des lois est nécessaire. En outre, comme nous l'indiquerons dans la partie relative aux techniques d'amélioration de la qualité des normes, l'élaboration d'une loi spécifique, ou de règles à caractère souples telles que les codes ou guides de

¹⁵⁹ Ibid., Article 6

¹⁶⁰ Ibid., Article 7-2-1

légistiques, sur les différents aspects de la question de la qualité des normes est utile et nécessaire.

En France, le Conseil d'Etat est « un gardien vigilant » de la qualité de la réglementation. Au travers son rôle consultatif (pour les lois et règlements) mais également ses attributions juridictionnelles (pour les règlements), il conseille ou tente de remédier aux imperfections des textes normatifs.

En fin de compte, il est à souligner que sans aucun doute, la doctrine n'est pas unanime sur les exigences nécessaires à la bonne qualité de chaque catégorie de norme juridique. L'important est de comprendre les différences et la nature et le fonctionnement de chaque catégorie.

Nous venons d'évoquer la variabilité des exigences de qualité en fonction du type de norme à travers l'exemple des lois constitutionnelles, des lois ordinaires et des règlements. Ajoutons à cela la contingence de ces exigences selon la période à laquelle on se situe. Ainsi en France, l'attention due à la qualité de la norme a surtout émergé à partir des années 1980 à travers différents rapports du Conseil d'Etat et elle s'est renforcée à partir des années 1990 à travers l'intervention du Conseil constitutionnel. Or, si le souci de qualité des normes est bien présent dans de nombreux systèmes juridiques, l'intransigeance dont a pu faire preuve le Conseil constitutionnel en matière de qualité de la loi semble propre à la France et relève d'une politique de communication de la haute juridiction à un moment donné¹⁶¹. Avant les années 1980, en outre, la qualité de la loi n'était pas considérée comme étant une norme notamment constitutionnelle que l'on pouvait imposer au législateur et faire respecter dans le cadre du contrôle de constitutionnalité. Il s'agissait, comme pour les normes constitutionnelles en général, de règles à valeur abstraite et morale, mais non juridique, et l'on faisait confiance au législateur pour les respecter. Il est également intéressant de noter que ces exigences de qualité, en France du moins, en tant que normes ou objectif de valeur constitutionnelle, ont également été étendues à la norme réglementaire. En revanche, la norme constitutionnelle qui dans le système français ne

¹⁶¹ Voir en ce sens P. Rapi, précité.

fait pas l'objet d'un contrôle juridictionnel, ne peut pas se voir imposer des exigences de qualité. Ces dernières restent des règles souples auxquelles les autorités chargées d'élaborer la constitution ou les lois de révision constitutionnelles doivent prêter attention mais en aucune manière cela ne conduira à une sanction juridictionnelle même si la norme constitutionnelle est particulièrement obscure, par exemple, ou si sa portée n'est pas en soit normative comme cela est le cas de l'article 75-1 de la Constitution française relatif aux langues régionales.

Cette contingence est également illustrée par le système juridique dans lequel se développent les différentes normes. Ainsi variabilité et contingence des exigences de qualité se révèlent en fonction du système juridique considéré (titre (2)). Deux systèmes juridiques majeurs sont habituellement opposés : *Common law* et *Civil law*.

Chapitre 2 : La contingence liée au système juridique

Dans cette partie, nous constaterons des divergences d'approche quant à la qualité des normes, ne serait-ce que par ce que le droit écrit n'a pas la même importance d'un système juridique à l'autre. Cependant, nous essaierons de mettre également l'accent sur l'idée que, malgré les différences entre les systèmes juridiques et les sources dont les normes découlent, il y a des lignes directrices permettant de bâtir des standards nécessaires à la qualité des normes. Les exigences de qualité des normes et notamment la logique et la raisonnable de celles-ci, ne seront pas étudiées système juridique par système juridique mais seront mises en avant les éléments et exemples visant à atteindre ces objectifs de qualité de la norme juridique.

En examinant deux systèmes juridiques connus, le but est d'indiquer les forces et les faiblesses de chaque système pour parvenir à l'idée de « bonnes normes ». Dans le système Common law, les juges jouent un rôle déterminant dans le système juridique et par le biais de l'interprétation, ils peuvent essayer de pallier les faiblesses des normes, notamment leur manque de clarté. Toutefois, dans les réflexions de Lord Bentham, qui sont critiques vis-à-vis du système de Common law et avancent l'idée d'une codification générale des normes, les normes doivent être « accessibles », « intelligibles » et « prédictibles »¹⁶². Or, toutes ces caractéristiques pouvaient apparaître comme contraires aux principes retenus dans les systèmes de Common law. Ainsi l'opposition habituelle entre Civil law et Common law mérite d'être largement relativisée.

Section 1. Forces et faiblesses dans le système juridique Common law

Selon Hadfield, les pays ayant des régimes juridiques enracinés dans la Common law anglaise atteignent de meilleurs résultats économiques et politiques que

¹⁶²Heaton, Richard, "Making the law easier for users: the role of statutes", 2014, available on <https://www.gov.uk/government/speeches/making-the-law-easier-for-users-the-role-of-statutes--2>.

ceux avec des régimes enracinés comme dans les codes civils allemands, français ou scandinaves. Les différences institutionnelles spécifiques à ces familles juridiques peuvent expliquer leur succès différentiel à atteindre la légalité qui soutient la démocratie de marché et est basée sur un appel relativement abstrait aux différences entre l'interprétation faite par le juge et la règle juridique écrite, avec un appel spécifique aux avantages d'un système judiciaire indépendant comme cela a été développé précédemment.

De notre point de vue, bien qu'il semble que dans le Common law, c'est la jurisprudence qui a de l'importance, il peut être observé une sorte d'évolution dans les deux systèmes. Il est clair que les juges et les avocats, dans les régimes de Common law, sont régulièrement conduits à discuter et décider des cas dont ils sont saisis sur la base d'un texte législatif, tout comme les juges et les avocats de civil le sont. Il apparaît que les juges de Civil law et les avocats prêtent attention aux décisions rendues par d'autres tribunaux. Les observateurs judiciaires peuvent conclure que les juges de Civil law semblent plus intéressés à la relation entre les dispositions textuelles, la cohérence et des concepts abstraits tandis que les juges de Common law sont plus intéressés par le caractère raisonnable des principes appliqués aux faits et à des résultats de production.

Donc, pour les tribunaux de droit commun, ce qui compte comme une considération juridique pertinente est apparemment beaucoup plus large, englobant non seulement les concepts et les principes strictement juridiques, mais aussi des faits et des théories sur la façon dont le monde fonctionne. Par conséquent, selon Hadfield, la Civil law a sacrifié la flexibilité à la certitude. En revanche, la Common law a tendance à rechercher l'équilibre entre ces deux objectifs de manière plus équitable. Les juges dans le système de Common law sont spécialement habilités à se concentrer sur les conséquences de leurs décisions, à moduler le résultat du cas selon les exigences des faits, à « plier » la règle lorsque cela nécessaire pour atteindre la justice

substantielle, et à l'interpréter et réinterpréter les textes dans le but de permettre à l'avocat de donner le change¹⁶³.

Kinsella aussi défend du système de Common law. Selon lui, ce système est beaucoup moins en mesure de réduire la sécurité juridique que la législation. C'est-à-dire, la position de droit commun ou celle des juges décentralisés est fondamentalement différente de celle des législateurs. Tout d'abord, les juges ne peuvent prendre des décisions lorsqu'on les parties concernées leur ont demandé de le faire. Deuxièmement, la décision du juge est ressentie comme plus proches des citoyens (ou justiciables), car elle affecte principalement les parties en différend, et occasionnellement, elle affecte aussi un tiers, sans aucun lien avec les parties concernées. Troisièmement, le pouvoir discrétionnaire du juge est en outre limité par la nécessité de se référer à des précédents similaires. Cela ne signifie pas nécessairement que le juge est automatiquement lié par une décision judiciaire préalable sur des faits similaires, mais au moins ces précédents sont influents. En outre, en raison du problème d'information rencontré par les législateurs centralisés, ils ne peuvent pas connaître les souhaits de la population avec toute la précision ou les détails : « [A] legal system centered on legislation resembles . . . a centralized economy in which all the relevant decisions are made by a handful of directors, whose knowledge of the whole situation is fatally limited and whose respect, if any, for the people's wishes is subject to that limitation ». Le législateur ne peut découvrir la volonté des électeurs, et ne peut pas être au courant des interactions réelles et des circonstances dans lesquelles se trouvent ceux qui cherchent à réguler. En revanche, la Cour suprême des États-Unis a salué « la flexibilité et la capacité de croissance et d'adaptation » de la Common law comme « l'exaltation particulière et l'excellence de la Common law ». Par exemple, comme Blackstone le souligne, les juges en vertu de

¹⁶³ Hadfield, Gillian K., "The Quality of Law in Civil Code and Common Law Regimes: Judicial Incentives, Legal Human Capital and the Evolution of Law", 2006, available on www.Law.yale.edu/documents/pdf/The_Quality_of_law_in_civil_code.pdf, pp. 1-5.

la Common law étaient capables de réformer le système du droit foncier féodal sans législation¹⁶⁴.

À l'issue de cet exposé, Ponzetto ajoute que la jurisprudence est un processus évolutif qui ne se contente jamais d'aucune règle immuable, efficace ou autrement¹⁶⁵, mais elle converge vers une distribution efficace qui intègre tous les différents points de vue judiciaires, chacun tendant à lisser les aspérités d'un autre. Sa variance asymptotique autour de la solution efficace est toujours inférieure à la variance des préférences judiciaires elles-mêmes et peut être arbitrairement petite, si la capacité de chaque juge pour modifier ses propres points de vue sur la loi est tout aussi petite¹⁶⁶.

Un système juridique dans le strict respect du précédent saura finalement développer presque sûrement des règles efficaces, mais son évolution vers l'optimum sera très lente. Inversement, un système dans lequel les juges ont plus de marge de manœuvre dans l'interprétation et annulant les précédents rendent la cohérence et la prévisibilité inférieure même à long terme, mais la convergence est plus rapide¹⁶⁷.

Quant aux juges, leurs opinions sont plus variables que de la législation, parce qu'ils ne dépendent pas seulement de la balance des intérêts généraux et spéciaux à l'échelle de la société, mais aussi de la puissance variable des parties qui comparaissent devant eux au tribunal. L'évolution de la jurisprudence est bénéfique car elle génère une interaction séquentielle entre une série de juges ayant des préférences différentes, dont les idiosyncrasies alors s'équilibrent les unes les autres. La règle de « Stare decisis »¹⁶⁸ implique que les décisions qui s'éloignent des

¹⁶⁴ Kinsella, N. Stephan, "Legislation and the Discovery of Law in a Free Society", in *The Journal of libertarian Studies*, Vol. 11, 1995, pp. 132-180, Not. pp. 142, 144, 161, 172.

¹⁶⁵ Ponzetto, Giacomo A. M.; Fernandez, Patricio A., «Case Law versus Statute Law: An Evolutionary Comparison», in *Journal of Legal Studies*, vol. 37, 2008, pp. 379-430, Not. pp. 386.

¹⁶⁶ Ibid., p. 387

¹⁶⁷ Ibid., p. 395

¹⁶⁸ Le principe juridique de points déterminants dans le litige conformément à la jurisprudence.

précédentes sont personnellement coûteuses pour le juge. Grâce aux décisions des juges qui ont des préjugés hétérogènes, la jurisprudence se développe comme un processus sans fin qui évolue vers une plus grande prévisibilité et efficacité. Cependant, finalement, Ponzetto nous propose d'accepter la convergence progressive des familles juridiques traditionnellement disparates vers un système optimal, en reconnaissant les rôles complémentaires de la législation et de la jurisprudence comme sources de droit¹⁶⁹.

Malgré les points de force du système Common law, certains croient que ce régime juridique est porteur des défauts suivants :

Une des caractéristiques essentielles de l'environnement institutionnel d'un régime juridique, est la nature et l'étendue du partage de l'information. À propos de la préparation de la cour aux déclarations écrites de ses décisions, qui sont reportées dans le dossier de l'affaire, la question centrale est : quand, comment et à qui le contenu de ces décisions est distribué, au-delà des parties et à quel coût ? En général, les comptes rendus écrits des décisions sont plus largement disponibles et à moindre coût dans les pays de Common law que dans les systèmes de droit romano-germaniques.

« A doctrine or policy of following rules or principles laid down in previous judicial decisions unless they contravene the ordinary principles of justice ». <https://www.merriam-webster.com/dictionary/stare%20decisis>.

« (En latin: «laisser la décision»), selon le droit anglo-américain, principe selon lequel une question, une fois examinée par un tribunal et répondu, doit susciter la même réponse chaque fois que la même question est portée devant les tribunaux. Le principe est observé plus strictement en Angleterre qu'aux Etats-Unis. Étant donné qu'aucune décision judiciaire ne peut avoir une portée universelle, les tribunaux doivent souvent décider qu'une décision antérieure ne s'applique pas à un cas particulier, même si les faits et les questions semblent être étroitement similaires. Une application stricte de stare decisis peut conduire à la rigidité et à l'assouplissement juridique, alors que trop de flexibilité peut entraîner une incertitude quant à la loi ». <https://www.britannica.com/topic/stare-decisis>.

¹⁶⁹ Ponzetto, Giacomo A. M.; Fernandez, Patricio A., «Case Law versus Statute Law: An Evolutionary Comparison», précité, pp. 398, 411.

Dans les pays de Common law tels que les États-Unis et le Canada, l'accès électronique à des décisions de première instance et de cours d'appel dans les systèmes étatiques et fédéraux est disponible à la fois pour la profession juridique et pour le public en général. Même les décisions qui ne sont pas « publiées » aux États-Unis dans le sens d'être opposables sont généralement disponibles dans des bases de données électroniques. Dans le système de droit romano-germaniques, d'autre part, les publications sont plus restreintes, avec un accent sur les cas importants des tribunaux supérieurs. L'accès électronique est beaucoup plus limité, la prise de décisions par les différents juges est moins accessible à la profession juridique et au grand public. Il semble, par ailleurs, que dans les décisions de Common law les cas sont sensiblement plus détaillés dans leur narration des faits et sensiblement plus clairs sur les motifs d'une décision que les décisions de justice rendues dans les systèmes romano-germaniques. Les modèles de l'évolution de la Common law, s'ils sont fondés sur l'incitation du justiciable à contester des règles inefficaces ou sur le processus explicite de l'optimisation judiciaire de règles, reconnaissent que les tribunaux ne commencent pas par appliquer les bonnes règles mais s'orientent sur la base des informations acquises directement ou indirectement par des plaideurs. Cette qualité dynamique essentielle à la loi est particulièrement importante pour la comparaison entre la capacité de la Common law et les régimes de Civil law à générer la croissance économique¹⁷⁰.

En ce qui concerne l'erreur juridique, il peut être noté que les règles juridiques ne sont pas nécessairement appliquées avec précision ou modifiées de manière appropriée. Les tribunaux peuvent faire des erreurs pour de nombreuses raisons. Les juges peuvent mal interpréter les faits, à la suite d'enquêtes trop rapides, ou de préjugés idéologiques ou d'efforts délibérés de la part des justiciables pour induire ces tribunaux en erreur. Les faits pertinents peuvent ne pas être mis à leur disposition. Ils peuvent faire des erreurs dans la compréhension des relations entre les faits, les règles

¹⁷⁰ Hadfield, Gillian K., "The Quality of Law in Civil Code and Common Law Regimes: Judicial Incentives, Legal Human Capital and the Evolution of Law", précité, p. 9, 14

et les résultats. Ils peuvent être tentés par des offres de pots de vin ou par l'ambition professionnelle ou par des désirs de promouvoir des objectifs politiques personnels (dans les systèmes où les juges sont élus). La règle de l'adaptation ne sera donc pas forcément optimale dans un régime dans lequel les juges font des erreurs. Les juges de la Common law américaine moderne, par exemple, ont tendance à écrire de longues opinions, avec des descriptions détaillées des faits et des motifs, et une grande proportion de ces opinions, en particulier si elles annoncent un développement de la loi, sont publiées¹⁷¹. Les juges français, de l'autre côté, écrivent des avis beaucoup plus courts¹⁷², qui sont brefs sur les faits et ne peuvent pas démontrer leur raisonnement dans sa totalité ; en plus, il semblerait que le nombre de décisions publiées soit beaucoup plus faible¹⁷³. Les observateurs judiciaires peuvent conclure que les juges du code civil semblent plus intéressés par la relation entre les dispositions textuelles, la cohérence et les concepts abstraits, alors que les juges de Common law s'intéressent davantage au caractère raisonnable des principes appliqués aux faits et à la production de résultats¹⁷⁴.

Section 2. Certitude, accessibilité et clarté dans le système juridique de Civil law

Selon Lord Bentham, par opposition au système de Common law, l'Etat de droit exige que « la loi doit être accessible et, autant que possible, intelligible, claire et prévisible »¹⁷⁵. La législation ne doit pas seulement faire le travail en théorie, elle doit

¹⁷¹ Ibid., p. 27.

¹⁷² « Les cas d'appel allemands sont plus longs que le français et ne sont pas écrits dans le même style conclusif. Elles ressemblent plutôt à des décisions de Common law mais, relativement aux affaires américaines modernes, elles sont moins élaborées dans leur raisonnement et semblent utiliser moins de faits pour développer leurs raisons ». Hadfield, précité, p. 3.

¹⁷³ Ibid., pp. 40, 41.

¹⁷⁴ Ibid., p. 3.

¹⁷⁵ Heaton, Richard, "Making the law easier for users: the role of statutes", 2014, available on <https://www.gov.uk/government/speeches/making-the-law-easier-for-users-the-role-of-statutes--2>.

fonctionner dans la pratique. Donc, écrire clairement, et assurer une publication claire et utile pour le lecteur, est une responsabilité dynamique. Si les personnes ne peuvent pas comprendre ce que la législation les oblige à faire, cela est tout simplement injuste. Selon Bentham, le système de Common law devrait être remplacé par le système Romano-Germanique¹⁷⁶. Heaton considère que cette idée n'est pas raisonnable parce que, par exemple, l'exercice de rédaction ou même de simple amendement, a tendance à prendre plusieurs années. Si plus de temps était consacré à la codification, la capacité du droit de s'adapter à l'évolution des circonstances serait perdue. La Common law fonctionne en traçant des règles de plus en plus précises sur les faits de cas particuliers qui se présentent. Les statuts doivent accueillir les cas difficiles et prévoir à l'avance des solutions. C'est la raison pour laquelle la rédaction des statuts peut être si difficile à faire et c'est l'une des raisons pour lesquelles elle finit par être tellement complexe¹⁷⁷.

Pourtant que la théorie des systèmes de Civil law précise que le droit provient des assemblées législatives ou des gouvernements, et les tribunaux n'ont pas à adapter les règles, ils n'ont qu'à les appliquer, la simple annonce d'une règle ne conduit pas à la mise en œuvre de la règle précise lorsque le niveau du capital humain juridique est faible¹⁷⁸. Selon Hadfield, les distinctions importantes entre les régimes juridiques ne se trouvent pas dans la dépendance à l'égard des règles codifiées par rapport à la jurisprudence, mais plutôt dans les déterminants de l'incitation judiciaire et la capacité d'un régime juridique à générer des investissements dans le capital humain juridique, afin de réduire toute erreur de droit. La principale leçon donc est que la loi qui

¹⁷⁶ Heaton, Richard, "Making the law easier for users: the role of statutes", précité.

¹⁷⁷ Ibid.

¹⁷⁸ Elle met « l'accent sur les taux différentiels auxquels le capital humain légal sur les conséquences de la loi s'accumule dans ces deux types de régimes, en raison des différences dans les incitations institutionnelles auxquelles sont confrontés les juges pour adopter des innovations des règles juridiques d'une part et des avocats (la moitié des clients) à élaborer des règles juridiques novatrices et à présenter les preuves nécessaires pour appliquer de nouvelles règles de l'autre. Le capital humain légal est l'élément qui détermine les erreurs commises par les tribunaux lors du choix ou de l'interprétation et de l'application des règles juridiques ». Hadfield, précité, p. 5.

favorise la croissance économique et le développement du marché doit être considérée en termes dynamiques, comme une entité organique qui évolue dans le temps en réponse aux conditions locales et changeantes. Pour que ce processus ait lieu, il est nécessaire que les juges s'adaptent à des incitations qui soutiennent l'amélioration de la bonne norme et que les justiciables s'efforcent de fournir, devant les tribunaux, la preuve et les arguments dont ils ont besoin pour se mesurer aux règles proposées ou aux interprétations de la norme. Qu'il s'agisse d'un système de droit romano-germanique ou d'un système de Common law, ce sont les incitations à l'évolution des structures, pour les juges comme pour les justiciables, et les mécanismes qui font progresser le capital juridique humain, au fil du temps, qui déterminent la qualité d'un régime juridique¹⁷⁹.

Kinsella aussi critique ce système. Selon lui, « Civilians »¹⁸⁰ considèrent le système romano-germanique moderne comme étant « rationnel » ou même « rationaliste » pour diverses raisons, notamment parce que dans ce système les normes sont rationnellement et systématiquement codifiées, plutôt que « non scientifique » comme l'est le droit de Common law et développé d'une manière non coordonnée par les juges décentralisés ; le Civil law est également « certain » et clair parce que les règles sont écrites ; et il est promulgué par le législateur. Les systèmes de Civil law sont aussi loués comme étant rédigés « dans l'esprit des Lumières », et comme reposant sur un engagement idéologique en faveur de la démocratie, du libéralisme économique, de la propriété privée, de la liberté contractuelle, de l'individualisme et de la justice. Tout système de droit doit être compatible avec les droits que les êtres humains individuels ont, et, dans cette mesure, la loi devrait être « certaine » c'est-à-dire que nous devons être certains que la loi permettra de protéger nos droits et ne pourra pas y porter atteinte. L'objectif plus général de « certitude » dans la loi est simplement un aspect de l'Etat de droit. Sans la certitude, les individus ne sont pas en

¹⁷⁹ Hadfield, Gillian K., "The Quality of Law: Judicial Incentives, Legal Human Capital and the Evolution of Law", Research Paper No. C07-3, USC Center in Law, Economics and Organization, pp. 1-3, 26, 27, 2007.

¹⁸⁰ Kinsella, N. Stephan, "Legislation and the Discovery of Law in a Free Society", précité, pp. 138, 139.

mesure de prédire les résultats de leurs actions, et sont donc incapables de planifier rationnellement leur avenir.

Tandis qu'il pense que les systèmes juridiques centralisés, comme le Civil law, sont l'antithèse des valeurs de la justice, du droit naturel, des droits individuels et de la certitude. Les systèmes juridiques centralisés soutiennent généralement ces valeurs, mais ils soutiennent également l'Etat de Droit, ce qui a tendance à détruire ces valeurs. Comment, continue-t-il, le Civil law peut-il être le grand système de la raison et du rationalisme, comment peut-il soutenir le libéralisme économique et l'individualisme, si le système juridique est fondé sur la législation ? La législation sape ces choses. Selon lui, contrairement aux affirmations des défenseurs ce système, les systèmes prévus par la loi ne sont pas compatibles avec le libertarisme et le rationalisme et il y a beaucoup plus de certitude dans un système juridique décentralisé, que dans un système législatif centralisé, parce que le législateur a la capacité de changer la loi au jour le jour, et les personnes ne peuvent jamais être sûrs de ce que seront les normes applicables demain. En conséquence, selon lui, nous pouvons avoir, alors, soit la norme établie par les législateurs, soit la « Rule of Law », mais pas les deux¹⁸¹.

Section 3. L'idée d'un rapprochement entre Common law et Civil law

Parmi des idées classiques qui cherchent les différences entre les deux systèmes juridiques, Luff a pris un autre chemin pour comparer ces deux systèmes. Selon lui, contrairement à la thèse avancée par les chercheurs du paradigme moderne de l'activité gouvernementale, les tribunaux agissent généralement dans l'intérêt public, à la fois parce qu'ils reçoivent une information différente de celle que reçoit le législateur, en raison de la nature de la procédure judiciaire, et parce que les décisions judiciaires faisant théorie indiquent que les juges traitent les informations qu'ils reçoivent différemment par rapport aux législateurs ou aux agents administratifs. Il

¹⁸¹ Ibid., pp. 139, 140.

explique que, traditionnellement, la réglementation a été pensée pour être motivée par un désir d'améliorer le bien public. L'intérêt public, la théorie de la régulation, sont fondés sur l'idée que le bien public est mieux assuré grâce à l'efficacité des marchés ; la réglementation peut servir le bien public par la redistribution des richesses, la mise en œuvre des aspirations collectives, ce qui empêche l'insubordination sociale, et facilite les consommateurs à révéler leurs préférences ou à améliorer la formation des préférences. Considérant que le règlement a été traditionnellement considéré comme un moyen de servir le bien public, le choix de la réglementation publique peut être vu comme un outil que les intérêts privés peuvent utiliser pour extraire des rentes. Les groupes d'intérêts sont en mesure d'atteindre ces bénéfices, car ils peuvent fournir aux décideurs deux ressources essentielles : votes et argent¹⁸².

Au contraire, certains points de vue favorisent le recours au législateur. Le parlement peut être considéré comme un lieu de compromis, dont une partie du rôle est de contenir les tensions sociales. La construction d'une acceptation, au sein de la société, de l'autorité du parlement et de la législation adoptée par lui peut être considérée comme une réalisation importante. L'importance des vertus du compromis et de la tolérance a augmenté avec le développement d'une société qui est de plus en plus culturellement fracturée et pluraliste, où il n'y a pas un ensemble commun de compréhension sur des questions de base. La nécessité d'établir des décisions largement acceptables et acceptées pour la communauté augmente. Il y a une nécessité de règles juridiques formelles, à la différence de conceptions culturelles informelles, pour régir l'interaction sociale. La politique démocratique favorise également la capacité de la loi à changer et à s'adapter pour répondre aux conditions modernes. Plus s'accélère le rythme du changement, sa complexité et ses ramifications -par exemple l'industrialisation, la croissance économique, la transformation et le changement climatique-, plus grande est la nécessité pour ceux qui prennent les décisions, de prendre en compte et de s'adapter à ces changements, en faisant des lois. Les

¹⁸² Luff, Patrick, "Captured Legislatures and Public-Interested Courts", in *Utah Law Review*, issue 2, 2013, pp. 519-560, Not. pp. 520-523.

tribunaux ne sont pas bien équipés pour ce faire. En outre, plus grande est l'échelle d'un problème social, plus grande est la nécessité d'une large coordination dans la société : il y a alors un plus grand besoin de règles spécifiques, formellement articulées, comme un régime général anticipant les actions individuelles. Ce sont les écueils d'une situation qui appelle à la législation¹⁸³.

Le droit de décision démocratique peut être un moyen efficace dans lequel le pouvoir des élites retranchées peut être contesté et dans lequel le soutien du public peut être mobilisé pour reconnaître et pour protéger les droits individuels qui jusqu'alors avait été négligés ou ignorés. Les juges ont seulement un pouvoir très limité de prise de décision. En ce qui concerne l'interprétation des dispositions, ils sont contraints par les règles de la langue et les présomptions de fond plus ou moins bien identifiées qui conditionnent la manière dont il est présumé que le législateur voulait qu'une loi soit lue. En ce qui concerne le développement de la Common law, les juges ne sont pas des législateurs sans contrainte. Ils ont un pouvoir très limité et doivent développer le droit en conformité avec les principes sous-jacents raisonnablement bien compris, en l'adaptant aux nouvelles circonstances ou en améliorant les formulations de la Common law, avec le souci de respecter ces principes¹⁸⁴.

Sur cette nouvelle idée de « Common law fused with Statute Law », Heaton pense, même si nous nous contentons de rester avec notre mélange de droit et de « législation juge-made »- c'est-à-dire élaborée par le juge lui-même-, le pauvre lecteur est susceptible de s'apparenter à quelqu'un qui met les voiles dans un bateau. On lui a remis certaines cartes marines qui semblent bien tracer la route, cependant certains récifs ne sont pas indiqués sur les cartes. Il dispose de quelques informations sur les épaves, et peut-être qu'il sera en mesure de se débrouiller avec cela. Cependant, ce dont le citoyen a besoin c'est d'aide, non pas avec la matière première de la loi mais

¹⁸³ Sales, Sir Philip (2012), "Judges and legislature: Values into Law", in *Cambridge Law Journal*, Vol. 71(2), pp. 287–296, Not. p. 289.

¹⁸⁴ Ibid., pp. 90, 91.

avec une analyse de la loi telle qu'elle s'applique à lui ou à sa situation particulière. Il a besoin d'aide et de conseils pratiques, de communications claires des autorités de réglementation et des organismes d'application de la loi, afin de savoir ce qui est nécessaire pour se conformer et ce que les pénalités pour non-conformité seraient. Heaton est intéressé par un aspect en particulier : l'absence fantomatique de jurisprudence pour un lecteur du droit écrit. Comment le lecteur sait-il que la Common law elle-même existe¹⁸⁵ ? Est-il besoin de repenser la façon dont la loi est présentée aux citoyens ? Faut-il publier des déclarations officielles de la Common law ? D'après lui, la réponse est négative, la nature même de la Common law signifie que ce serait impossible. Et de toute façon, il y a une barrière constitutionnelle : comme chaque avocat du gouvernement le sait dès sa première semaine au travail, aucun ministre ou fonctionnaire ne peut offrir une déclaration faisant autorité de loi. C'est quelque chose que seul un juge peut faire. En conclusion, nous pouvons utiliser l'esprit de la loi elle-même, pour alerter le lecteur de la présence de Common law au-delà de la lettre. Le rédacteur est généralement prudent ici : l'instinct est de ne pas ajouter des mots qui ne sont que des commentaires. L'outil suivant est l'utilisation d'un matériel explicatif situé en dehors de la loi elle-même. Indiquer au lecteur la signification juridique et même politique d'un texte est utile, le contexte de la nouvelle loi est quelque chose qui peut aider à sa compréhension¹⁸⁶.

En résumé, nous pouvons répartir les points de vue exprimés par la doctrine en trois catégories. La première est dédiée au sujet de la « conformité avec les faits de la société », en ce sens que, dans le système de Common law, le juge a le pouvoir et la compétence pour s'appuyer sur les réalités de la société et il n'est pas contraint d'invoquer et de se référer aux codes et principes juridiques. La comparaison entre les deux systèmes nous montre que les décisions de justice, dans le système de Common law, sont plus coordonnées avec les nécessités d'une société vivante tandis que dans le système Romano-Germanique, c'est le texte de la loi qui s'impose, et dans la plupart

¹⁸⁵ Heaton, Richard, "Making the law easier for users: the role of statutes", précité.

¹⁸⁶ Ibid.

des pays où s'applique ce système, pour interpréter le texte juridique, le juge doit rechercher l'intention du législateur et n'a pas la compétence pour interpréter le texte de la manière la plus efficace, logique ou juste¹⁸⁷.

En revanche, sur le terrain de la « sécurité juridique », c'est le système Romano-Germanique qui est privilégié. Les penseurs qui soutiennent ce système, estiment que dans le système de Common law, les individus n'ont pas la certitude des règles juridiques qui leur seront appliquées¹⁸⁸. Ils n'ont pas accès aux textes juridiques et ni aux lois pour pouvoir se préparer devant les pouvoirs publics, tandis que dans les systèmes Romano-Germanique, le texte, s'il sera clair et accessible, il puisse protéger les droits de citoyens et ils ont la chance de pouvoir prévoir les conséquences de leurs comportements. Cependant, il y a des arguments pour contester cela et affirmer que dans les systèmes Romano-Germanique, sont adoptés parfois des textes « bruts », et il est difficile de prédire la manière dont il sera appliqué. D'autre part, ces dernières années, dans les pays de Common law, émerge une tendance à publier les arrêts de la cour pour qu'ils soient accessibles aux citoyens¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Selon Troper, en réalité, l'interprétation fonctionnelle « vise à donner au texte la signification qui lui permettra de remplir la fonction qu'on lui attribue » et une variété de cette interprétation est l'interprétation téléologique « qui se fonde sur le but poursuivi par le législateur ». Troper, Michel (2003), « Interprétation », sur *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris: PUF, pp. 843-847, Not. p. 844.

pour les idées contraires regardez : chapitre 2, titre 1 sur Diverses modalités d'interprétation ; Selon Hertog, par exemple, nous avons deux préoccupations: d'un côté, c'est la responsabilité de la cour de mettre en œuvre la justice et en même temps, les droits des citoyens doivent être protégés. Hertog, Erik (?), "Legal Interpreting and Translation in the EU: Justice, Freedom and Security through Language", on <http://eulita.eu/sites/default/files/Salamanca%20LIT%20in%20EU.pdf>, p. 2 .

¹⁸⁸ Kinsella, N. Stephan, "Legislation and the Discovery of Law in a Free Society", in *The Journal of libertarian Studies*, Vol. 11, 1995, pp. 132-180, Not. p. 150; Ponzetto, Giacomo A. M.; Fernandez, Patricio A., « Case Law versus Statute Law: An Evolutionary Comparison », in *Journal of Legal Studies*, vol. 37, 2008, pp. 379-430, Not. p. 399.

¹⁸⁹ « Dans le système judiciaire américain, les décisions judiciaires créent des précédents juridiques qui guident les juges dans la décision de futurs cas semblables. Les décisions du plus haut tribunal d'une juridiction créent un précédent obligatoire qui doit être suivi par les tribunaux inférieurs de cette juridiction. Les décisions sont publiées dans des publications imprimées en série appelées « reporters » et sont également publiées par voie électronique. Les décisions de la Cour suprême sont publiées dans trois reporters imprimés: les *United States Reports*, cités comme "États-Unis" (Numéro d'ordre KF101 .A212); Le rapporteur de la Cour suprême, cité « S. Ct. » (Numéro d'ordre KF101 .A322); Et les rapports de la Cour suprême des États-Unis, *Lawyers' Edition*, cités comme "L. Ed." Et « L. Ed. 2d » (numéro d'ordre KF101 .A313), dont certains sont disponibles dans la salle de

Le troisième point de vue concerne l'efficacité des normes juridiques. Certains auteurs soutiennent que dans les systèmes Romano-Germanique, le législateur n'a pas la puissance de prévoir toutes les conséquences de ce qu'il crée. En revanche, dans la Common law, existe la possibilité pour le juge d'appuyer sur ce qu'il croit être le plus efficace. Il a assez de liberté pour interpréter le cas d'une manière qui est plus proche des buts du système juridique¹⁹⁰. En réponse, il est revendiqué que dans les systèmes Romano-Germanique, la participation de parties intéressées puisse compte d'une bonne aide pour prévoir les conséquences dans le cas où nous ne pouvons pas compter sur l'idée de juge pour évaluer ce qui est plus efficace. Nous avons besoin d'une définition de l'efficacité et en plus, d'un critère pour l'évaluer.

Selon ce qui a été dit, le choix du système n'est pas facile. Chacun des deux systèmes juridiques mentionnés ci-dessus, a ses forces et ses faiblesses. Dans certains cas, ils s'écartent des exigences relatives à la bonne qualité de la législation.

Par exemple, dans la Common law, en l'absence de loi écrite pour déterminer ce qui est justiciable, les citoyens ont la possibilité de présenter n'importe quel sujet devant une juridiction et ce sera à la juridiction de déterminer si cette demande est recevable ou non¹⁹¹.

Comme nous l'avons déjà mentionné, la sécurité juridique entretient un rapport étroit avec l'Etat de Droit et constitue une des forces des systèmes de droit romano-germanique. En revanche, ce point constitue une faiblesse dans les systèmes de

lecture de la bibliothèque de droit, tandis que d'autres sont disponibles dans les étagères fermées. Federal, dont la première, la deuxième et la troisième série sont citées respectivement comme «F.», «F.2d» et «F.3d» (numéro d'appel KF105 .F432). Les tribunaux de district (tribunal de première instance du système fédéral) sont publiés dans un journaliste connu sous le nom de Supplément fédéral, dont la première et la deuxième série sont appelées «F. Supp.» Et «F. Supp. KF120, F42). Les décisions des tribunaux fédéraux peuvent également être consultées via les bases de données d'abonnement et les sites Internet ». <https://www.loc.gov/law/help/judicial-decisions.php>.

¹⁹⁰ Hadfield, Gillian K., "The Quality of Law in Civil Code and Common Law Regimes: Judicial Incentives, Legal Human Capital and the Evolution of Law", précité, pp. 3, 5

¹⁹¹ American litigiousness, in Lindblom, Henrik, Per, "The Growing Role of the Courts and the New Functions of Judicial Process — Fact or Flummery?", in *Scandinavian Studies In Law*, 2012, pp. 282-310, Not. p. 286.

Common law. Ces systèmes, présenterait des atouts du point de vue de la justice et du *fairness* (*norme juste et bonne*) et se fie aux jurisprudences pour parvenir à la justice.

Après avoir analysé les caractéristiques de chacun des grands types de système juridique et leur rapport à la qualité des normes, nous allons examiner les caractéristiques d'une bonne norme (titre 2).

Titre 2 : La variété des exigences de qualité

En traitant du thème de la qualité des normes juridiques, nous recherchons un standard de législation considérée comme étant de qualité¹⁹². La première question qui se pose est alors : quels sont ces standards ? La loi sera considérée comme de qualité si elle possède certaines caractéristiques répondant à ces standards et elle sera de mauvaise qualité si ces caractéristiques sont absentes ou insuffisantes.

Dans les deux chapitres suivants, la plupart des débats sont d'ordre théorique. Le premier chapitre, quant à lui, traite de la différence entre les caractéristiques inhérentes et les caractéristiques transversales. L'idée de base est qu'il existe une différence entre les normes juridiques en général et les bonnes normes juridiques. Contrairement à l'avis des partisans de l'école dite de droit naturel, qui confondent ces deux catégories de caractéristiques, ne reconnaissant pas par exemple une norme injuste comme norme, notre attitude consiste à ce que la norme, dans une première étape et pour être transformée en une norme juridique, requiert trois spécificités : la normativité, la généralité et la sanction. Dans une deuxième étape, pour être transformée en une bonne norme, elle a besoin de certaines spécificités dites caractéristiques transversales, dont nous allons nous occuper dans le second chapitre.

Dans ce second chapitre, les caractéristiques transversales se divisent, pour leur part, en caractéristiques formelles, d'un côté, et matérielles, de l'autre. L'objectif de cette partie théorique, est d'essayer de présenter une conception appliquée de cette catégorie de caractéristiques. Sans aucun doute, compte tenu des complexités d'ordre linguistiques, attestées par toutes les écoles juridiques, des positivistes aux herméneutiques, au bout du compte, il n'est possible que de présenter des solutions pratiques, afin de contribuer à la réalisation maximale et optimale de ce type de caractéristiques.

¹⁹² Voermans, Wim, "Concern about the Quality of EU legislation: What kind of problem, By What kind of Standards?", in *Erasmus Law Review*, Volume 02, 2009, pp. 59-96, Not. p. 64.

Si la qualité de la norme vise les standards de la législation ou précisément de la bonne législation, le premier pas est d'accepter « la norme » et la définir à partir de caractéristiques et d'éléments qui la séparent d'autres règles courantes de la société, telles les règles morales, conventionnelles, religieuses, coutumières ..., qui sont désignées comme les caractéristiques « inhérentes » de la norme juridique (chapitre 1). Le second pas consiste à définir et classifier les traits caractéristiques et les standards qui distinguent « les bonnes normes juridiques » des « mauvaises normes juridiques », et qui sont qualifiées ci-après de caractéristiques « transversales » de la norme juridique (chapitre 2).

« La norme juridique et la bonne norme » (1) et « la normativité, la généralité et la sanction » (2) seront examinés dans le chapitre 1 (les caractéristiques inhérentes). « Les caractéristiques formelles » (1) et « Les caractéristiques matérielles » (2) seront les principaux titres du chapitre 2 (les caractéristiques transversales).

Chapitre 1 : Les caractéristiques inhérentes

Les caractéristiques inhérentes sont telles que, si on les enlève de la norme juridique, la norme cessera d'être juridique et ses frontières par rapport aux autres règles de la société, telles les règles morales et religieuses, s'effaceront. Afin de trouver les caractéristiques inhérentes, la meilleure façon est de définir la norme juridique et son objectif. Les traits caractéristiques par lesquels la norme juridique est définie et distinguée d'autres sciences de la société sont les caractéristiques inhérentes à la norme juridique, et les caractéristiques restées hors de la définition constituent ses caractéristiques transversales.

Si on accepte l'idée de Hobbes sur la société naturelle et sans loi, et si on admet que l'état d'avant droit est un état de violence et de lutte pour la survie, on peut alors conclure que la loi et ses limites aident les êtres humains à se débarrasser de telles conditions grâce au moyen de régler leurs relations¹⁹³. Cependant, ce règlement des relations humaines n'est pas propre aux normes juridiques ; les règles morales, sociales, les mœurs et la coutume visent tous à régler les relations humaines. Afin d'être distinguée d'autres règles sociales, la norme juridique a besoin de traits caractéristiques procurant un critère pour s'identifier et se définir comme norme juridique.

La principale base théorique d'étude sur la qualité des normes est la distinction entre la notion de norme juridique et la norme juridique qui est bonne. Sans cette distinction, cette étude (la qualité des normes) sera inutile. Vu de ce point de vue, nous examinons « Normes juridique et la bonne norme » (1) et « normativité, généralité et la sanction » (2) entent que les caractéristiques inhérentes est nécessaires pour qu'une norme devienne une norme juridique.

¹⁹³ Waldron, Jeremy, *The law*, London: Routlage, 1990, pp. 44, 45.

Section 1. La distinction norme juridique et bonne norme juridique

Parmi les théoriciens du droit, certains ont reconnu la distinction entre la notion de norme juridique et celle de bonne norme juridique, tandis que d'autres l'ont réfutée¹⁹⁴. Jean-Jacques Rousseau, par exemple, commence le troisième chapitre de son ouvrage sur la législation par cette idée que si nous voulions accéder aux meilleures normes nous devrions les soumettre à une raison supérieure, au delà des désirs personnels et passagers¹⁹⁵. Evoquant le livre et les idées de Montesquieu, il dit avec force, au chapitre 11, qu'afin que la loi ne soit pas « faible », le législateur doit prendre en considération les situations climatiques et les caractéristiques spéciales de la nation pour laquelle il fait la législation¹⁹⁶. L'idée de la loi faible contre la loi forte et la meilleure loi suggère que, chez Rousseau, la notion de loi est une notion mesurable qui peut être classée, selon ses caractéristiques, dans des catégories telles que « bonne », « forte » et « faible ».

En faisant mention de la norme efficace, Aristote souligne la distinction entre « la bonne loi » et « la mauvaise loi » : la loi valable et efficace est une loi enracinée dans les habitudes et les coutumes du peuple. Qu'une loi soit bonne ou non dépend du gouvernement selon qu'il est bon ou dévié. Si une loi est compatible aux divers types de bon gouvernement, elle sera bonne, et elle sera mauvaise si elle concerne le gouvernement dévié¹⁹⁷.

Même si, selon Finnis, la loi créée par l'homme est une chose compliquée, comportant des mots ayant des significations artistiques, et pleine d'astuces et de

¹⁹⁴ Thomas Aquinas (1224/6—1274) par exemple, « La loi naturelle implique la compréhension naturelle d'une créature rationnelle de soi-même en tant qu'être qui est obligé de faire ou de s'abstenir de faire certaines choses, où il reconnaît que ces obligations ne tirent pas leur force de tout législateur humain, ... il existe des lois morales qui constituent le fondement de toute société humaine juste; Si de telles lois sont transgressées, ou ont légiféré contre, nous agissons ou légiférer injustement », sur <http://www.iep.utm.edu/aquinas/>.

¹⁹⁵ Rousseau, J. J., *Du Contrat Social*, précité, p. 87.

¹⁹⁶ Ibid., pp. 122, 123.

¹⁹⁷ Aristotle, *Politics*, translated by: Benjamin Jowet, Oxford: Clarendon Press, pp. 139-141; Aristotle (2011), *Politique*, Trans: Hamid Enayat, Téhéran: Elmi Farhangi, 1920, pp. 193, 194.

techniques, et même s'il met l'accent, en tant que naturaliste, sur la moralité et la justice de la loi, il considère également comme pouvant être qualifiée de loi une législation qui est injuste et immorale¹⁹⁸. Il s'avère que, parmi les théories juridiques qui acceptent la distinction entre « la norme juridique » et « la bonne norme juridique », les plus difficiles sont celles selon lesquelles la fonction et l'objectif de la norme sont d'accéder à la justice, l'intérêt ou la moralité sociale. Par exemple, dans la préface de *Theory of Legislation*, Bentham souligne expressément que l'objectif de la loi est d'accéder à l'intérêt public. L'acte de législation doit, selon lui, être basé sur l'intérêt public ; la science de la législation est un art qui cherche à trouver des moyens pour identifier cet intérêt¹⁹⁹.

Vu que selon Bentham le but de la législation est « l'intérêt public » et qu'il propose des principes pour y accéder, on peut dire qu'il ne croit pas à la distinction entre « la bonne norme » et « la mauvaise norme ». Selon lui, ou une norme entraîne l'intérêt public auquel cas elle est la loi, ou bien elle n'entraîne pas l'intérêt public auquel cas elle n'est pas la loi. Étant donné que Bentham associe le but de la législation à la « nature » ainsi qu'à la définition de la norme juridique, on peut conclure que selon lui une norme ne sera pas la loi si elle ne vise pas à ce but. Telle opinion est difficile à défendre, au moins dans le monde d'aujourd'hui, car elle plonge la société dans le chaos et le désordre alors que l'objectif de l'établissement de la norme juridique est de lutter contre tout désordre. Cependant, d'autres auteurs, tel que Dworkin, acceptent l'inévitabilité de la désobéissance des individus dans une société, tout en mettant l'accent sur la justice et la moralité de la norme contre les normes injustes et immorales, mais ils n'hésitent pas, en même temps, à considérer une norme injuste et immorale, comme une norme juridique²⁰⁰.

¹⁹⁸ Dalcourt, Gerard J., "Finnis and Legal language and Reasoning", in *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 40, 1995, pp.49-69, Not. pp. 51, 52.

¹⁹⁹ Bentham, Jeremy, *Theory of Legislation*, London: Trubner, p. 1.

²⁰⁰ Dworkin, R., "A matter of principle", Trans. Mohammed Rasekh, in *Rights and Interests*, Teheran: Tarh e Now, 2014, pp. 118-141, Not. pp. 124-127.

Les positivistes n'ont certainement pas tant de difficultés à accepter une telle distinction. Dans leur définition de la loi, ils proposent un critère qui n'a rien à voir avec la nature et le contenu de la norme. Conséquemment, ils peuvent facilement accepter la distinction entre la norme de bonne qualité et celle de mauvaise qualité. Tout en basant la distinction entre « la norme juridique » et « la norme juridique bonne » sur des questions comme « quelle est la loi ? » et « comment doit-elle être ? », Austin, par exemple, souligne que chaque école juridique détermine selon ses attentes le critère de la bonne ou de la mauvaise qualité de la norme. Selon les utilitaristes, par exemple, une bonne norme est une norme qui apporte le plus haut degré de profit, alors que pour les partisans de l'école *Legal moralism*, c'est la moralité de la norme qui la rend bonne. Et, puisque chaque groupe juge selon ses propres critères, souvent différents de ceux d'autres groupes, une norme juridique peut être de bonne qualité pour les uns et de mauvaise qualité pour les autres²⁰¹.

Kelsen croit à l'existence d'une différence entre la norme juridique comme norme juridique et la norme juridique juste et morale²⁰². Selon lui, la séparation entre la norme juridique et la moralité ainsi que la séparation entre la norme juridique et la justice signifient que la validité d'une norme juridique est indépendante de l'ordre moral et si on croit que la norme juridique doit être morale, on présume que la norme doit être compatible avec l'un des systèmes moraux,²⁰³ si bien qu'une norme juridique qui est compatible à un système moral et contraire à un autre, est regardée comme la norme juridique de la part du premier et non-juridique de la part du second. Une telle opinion risque certainement de mettre en difficulté tout le système juridique. Ailleurs, Kelsen explique que les normes juridiques établies par le législateur ne peuvent être « correctes » ou « incorrectes » mais, tout au plus, « valides » ou « invalides », car les

²⁰¹ Brown, W. Jethro, *The Austinian Theory of Law*, London: John Murray, 1906, pp. 36, 37, 71.

²⁰² Kelsen, Hans, *The Pure Theory of Law*, translation from the second German edition by Max Knight, United States: The LawBook Exchange, 2005, p. 66.

²⁰³ Ibid., p. 66

seuls faits à être jugés comme corrects ou incorrects ne sont pas les prédicats normatifs mais les faits ou les prédicats évaluatifs²⁰⁴.

Défendant l'approche des positivistes, Hart insiste, dans son ouvrage intitulé *The Concept of Law*, sur le fait que des caractéristiques telles la moralité et la justice ne privent pas la norme de sa loyauté. Une norme injuste est aussi la norme juridique, mais non une bonne norme. Critiquant l'approche de certains, comme Bentham, il croit que ceux qui ne reconnaissent aucune distinction entre ce qui est la loi et ce qu'elle doit être, déroutent les destinataires de la norme. Le point de vue du sens large du terme, sur ce qui est la loi et ce qu'elle doit être, permet aux citoyens de spéculer sur les normes alors que, selon Hart, le point de vue *stricto sensu* les égare²⁰⁵.

Contrairement à Dworkin, et en recourant aux idées de Kant, Waldron ne reconnaît aucune possibilité de désobéissance pour les citoyens²⁰⁶. Il sépare la nature de la loi de ce qu'elle doit être, utilisant le principe de « l'Etat de droit » pour démontrer une telle distinction. Dans *The Dignity of Legislation*, Waldron écrit que, hormis sa nature morale, juste et profitable, la loi doit être respectée par les citoyens et les autorités d'exécution de la loi ; personne n'a le droit de violer ou désobéir à une norme sous prétexte qu'elle n'est pas juste ou morale ; et cette règle découle du principe de « l'Etat de droit ». Ensuite, il se réfère à l'idée de Kant selon laquelle l'opposition au pouvoir législatif est le plus grand crime dans une société basée sur les intérêts communs des individus, affirmant que lorsque les citoyens croient qu'une norme juridique est injuste, ils peuvent exprimer leur protestation sous la forme d'une lettre ou une pétition, mais ils ne doivent pas penser à la désobéissance²⁰⁷.

Ainsi, vu ce que nous avons dit, on peut conclure que ceux qui associent le but et le sens de « norme juridique » à l'une de ses caractéristiques, ne croient pas à la

²⁰⁴ Ibid., p. 73.

²⁰⁵ Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, précité, p. 211.

²⁰⁶ Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, précité, p. 37.

²⁰⁷ Ibid., pp. 40, 41.

distinction entre « la norme » et « la bonne norme ». Par exemple, en affirmant que la loi est une règle obligatoire qui est juste, morale, profitable,...on signifie que si une règle obligatoire n'a pas de telles caractéristiques, elle n'est point « la loi » ou « la norme juridique ». Or, telle opinion est inacceptable et indéfendable dans le monde contemporain, car elle dérouté les interlocuteurs de la loi et elle transforme la loi en un outil contre l'ordre et la sécurité. Afin de régler un tel problème, la meilleure solution est, comme nous allons voir, la participation des groupes intéressés à la législation, ce qui augmente dans une grande mesure la qualité de la norme et, partant, la possibilité d'être acceptée de la part des interlocuteurs ou du public.

Section 2. Normativité, généralité et sanction

La première et la plus importante caractéristique de la norme juridique (et qui la sépare d'autres règles) est « la sanction ». En tant qu'exécuteur de la sanction, le gouvernement sanctionne toute négligence et tout non respect de la norme juridique. Telle caractéristique sépare la norme juridique d'autres règles telles les règles morales, religieuses, les mœurs, la coutume et les habitudes²⁰⁸. Même si, d'après certains auteurs comme Austin, il existe certaines règles qui ne sont que l'expression des procédures organisationnelles et institutionnelles (elles ne sont ni normatives ni n'entraînent de pénalisation)²⁰⁹. Il faut noter que la sanction évoquée dans la définition de la norme juridique n'est pas qu'une pénalisation ; autrement dit, la pression des différents groupes ou des pouvoirs publics, dans un système juridique, sur l'un des pouvoirs pour exécuter la norme et l'utilisation de moyens tel que l'interpellation, la question, le veto et la dissolution parlementaire, ... sont tous des sanctions politiques de la norme juridique.

Afin de compléter la discussion, force est de rappeler la définition de Symonds selon laquelle la rédaction d'une norme juridique est un acte à partir duquel ce qui n'a

²⁰⁸ Bentham, Jeremy, *Theory of Legislation*, précité, p. 60.

²⁰⁹ Brown, W. Jethro, *The Austinian Theory of Law*, London: John Murray, 1906, pp. 22-26.

pas existé vient à l'existence et cette chose peut être un devoir, une interdiction, ou une institution. Il explique également que la norme juridique doit d'abord être générale et « réalisable » et ensuite, elle doit inclure la sanction, que ce soit une pénalisation ou la privation d'un profit²¹⁰. Ainsi, selon Symonds, la perte de profit constitue elle-même une sanction, c'est-à-dire que si, par exemple, la loi a précisé que dans les voyages, les individus doivent utiliser les documents officiels, la sanction de cette norme est de priver les individus utilisant l'obligation chirographaire des avantages précisés par la loi pour les documents officiels.

A part la sanction qui est le trait distinctif le plus important de la norme juridique, a été mis également l'accent, dans la définition de la norme juridique, sur deux autres caractéristiques, à savoir « la généralité » et « la normativité »²¹¹. Même si la normativité apparaît également dans les autres règles sociales, y compris les normes morales, c'est une caractéristique sans laquelle une norme ne considère pas une norme juridique. Autrement dit, la norme juridique ne peut comprendre des mots et des expressions basés sur le désir, la requête, la sollicitation et l'attachement. Même si, selon Kelsen, en répondant à Austin, l'autorisation du législateur à légiférer est la raison principale pour obéir à son ordre ; c'est-à-dire, même les termes basés sur la volonté et le désir d'une autorité compétente dans la législation (sans normativité), font également la loi²¹².

Autre caractéristique qui est nécessaire pour qu'il une norme puisse considérer comme une norme juridique est la « généralité ». « Dans la tradition juridique, les normes à portée générale sont souvent désignées sous le nom de règles juridiques »²¹³ (caractère inhérent) ; « La règle de droit est une proposition générale et abstraite qui indique ce qui doit être fait dans un cas donné. Abstraite et générale veut dire,

²¹⁰ Symonds, Arthur, *The Mechanics of Law-Making*, London: Edward Churton, 1835, pp. 62-67.

²¹¹ Rousseau, J. J., *Du Contrat Social*, précité, pp. 82, 83.

²¹² Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, The Lawbook Exchange, Ltd, 1945, p. 29.

²¹³ Millard, Eric, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », précité.

s'applique à un nombre indéterminé de situations concrètes et régit un nombre indéterminé de personnes »²¹⁴. La généralité de la norme juridique est « un moyen pour lutter contre le pouvoir discrétionnaire des hommes qui règne à la place de la règle de la loi ... C'est la généralité de la loi qui assure l'égalité des sujets devant la loi ... et il s'approche de la notion d'égalité devant la loi »²¹⁵.

Conséquemment, la norme juridique est une norme générale, normative et obligatoire qui régule les conduites sociales²¹⁶, ce sont les caractéristiques inhérentes. Mais il se peut qu'à part ces trois caractéristiques, certains auteurs en proposent d'autres limites pour la norme juridique ; Kelsen, par exemple, soulève la question du minimum de liberté par de tels mots et d'une telle façon qu'elle s'avère être l'une des caractéristiques sans lesquelles la norme juridique perd sa nature²¹⁷. Selon lui, les normes juridiques ne peuvent qu'ordonner de faire ou ne pas faire quelque chose ; il est donc nécessaire que l'intégrité extérieure et intérieure de l'individu, comprenant ses pensées, ses espoirs et ses sensations, soit respectée²¹⁸.

Après avoir déterminé les caractéristiques inhérentes, nous allons étudier les caractéristiques transversales des normes juridiques qui sont aussi les caractéristiques d'une « bonne norme juridique ».

Chapitre 2 : Les caractéristiques transversales

²¹⁴ « Notion et définition du droit », sur www.lawscape.ch/doc/intro/1not.doc.

²¹⁵ Soltani, Seyed Nasser, *La Notion de Constitution dans l'œuvre de l'assemblée constituante Iranienne de 1906*, thèse sous la direction d'André Roux, Faculté de droit, Aix Marseille 3, 2011, p. 110.

²¹⁶ Freeman, M.D.A., *Lloyd's introduction to jurisprudence*, London: Sweet and Max well LTD, 2001, p. 885; Kelsen, Hans, *The Pure Theory of Law*, translation from the second German edition by Max Knight, United States: The LawBook Exchange, 2005, pp. 33, 42; Rasekh, Mohammed, "Les caractéristiques inhérentes et transversales", in *Majlis and Rahbord*, N° 51, 2005, pp. 13-41, Not. p. 15-21; Brown, W. Jethro, *The Austinian Theory of Law*, London: John Murray, 1906, pp.1, 4, 12.

²¹⁷ Kelsen, Hans, *The Pure Theory of Law*, translation from the second German edition by Max Knight, United States: The LawBook Exchange, 2005, p.43.

²¹⁸ Ibid.

Les caractéristiques transversales de la norme juridique sont des caractéristiques dont l'absence ne prive pas la norme juridique de sa validité, mais complique la réalisation de l'objectif de la rédaction de la norme juridique. Comme nous l'avons vu dans la définition, la norme juridique est établie pour diriger les conduites sociales et régler les relations humaines. Alors si une norme juridique était dotée des caractéristiques inhérentes mais n'avait pas les caractéristiques transversales, la première incidence serait l'incapacité de la norme juridique à réguler les relations sociales. Donc, si une norme juridique dispose des caractéristiques inhérentes ainsi que transversales elle est considérée comme « une bonne norme juridique », à savoir qu'elle peut réaliser son objectif qui est la régulation des relations humaines²¹⁹.

Nous classifions les caractéristiques transversales sous deux catégories, (1) les caractéristiques formelles et (2) les caractéristiques matérielles. La première concerne la forme et l'apparence de la norme, et la deuxième parle de fond et du thème qu'elle aborde.

Dans les deux parties afférentes aux caractéristiques formelles et matérielles, la plupart des débats sont des débats théoriques, pour définir les quatre spécificités essentielles des bonnes normes, soit, la simplicité, la clarté, la rationalité et le caractère juste d'une norme. A chaque partie, nous avons essayé de montrer les efforts déployés par les philosophes et les juristes en vue de présenter une définition précise de ces spécificités. Malgré tous ces efforts, il est possible de constater que chacune de ces visions présente des défauts qui ne permettent pas de s'appuyer sur elle dans la pratique pour atteindre les caractéristiques.

²¹⁹ Flueckiger, Alexandre, «Qu'est-ce que « mieux légiférer »? Enjeux et instrumentalisation de la notion de qualité législative », in *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer: le rôle des guides de légistique*, Genève :Schulthess,2008, pp. 11-32, Not. p. 11; Conseil d'Etat, Rapport public, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris: La Documentation française, 2006, p. 233; Sénat, *La qualité de la loi*, n°EJ3, Les documents de travail du Sénat, Série Etudes Juridique, 2007, note de synthèse no 3.

Il est nécessaire de déterminer le sens de ces caractéristiques, car les différents groupes et instances qui ont affaire aux normes juridiques, doivent être en mesure de distinguer les bonnes normes des normes sans qualité et penser à une solution pour les améliorer. La détermination de leur sens permet aussi de rendre homogène un système juridique.

Cette étape de l'étude de la question de qualité des normes est liée au problème de langue, et ce n'est pas les juristes et les juges qui peuvent résoudre ce problème. C'est là où se fait ressentir la nécessité de présence des spécialistes de la langue, et cette spécialité devient indissociable aux sciences juridiques. Ceci montre que la question de la qualité des normes est une question pluridimensionnelle et interdisciplinaire.

Après étude des diverses visions qui existent, nous allons conclure que compte tenu du système juridique de chaque pays, ainsi que l'agencement des instances judiciaires et au vu des spécificités propres à chacun, la présence des linguistes est nécessaire avant la publication des normes, mais aussi au sein même du tribunal pour assister les juges.

Section 1. Les caractéristiques formelles des normes juridiques

Lorsque nous nous confrontons à une norme juridique, la première question est « que dit-elle ? ». En répondant à cette question, un jugement se forme dans l'esprit : « Cette loi est injuste » ou encore « Quelle bonne loi ! ». De tels jugements, et la réflexion sur « ce que la loi dit », sont des jugements portés sur le contenu et la nature de la loi ou, plus généralement, de la norme juridique. À part les questions comme « que dit-elle ? » et « est-ce que son contenu est moral, juste, possible ou bien fait ? », une norme juridique se dote aussi de caractéristiques qui n'ont rien à voir avec son contenu. Pareilles caractéristiques, qui, hors du contenu et de la nature de la norme, concernent les états apparents de la norme juridique, constituent les caractéristiques formelles de la norme.

Cela est le meilleur critère pour permettre la distinction entre les caractères formels et les caractères naturels de la norme. Par exemple, lorsque nous avons une norme juridique écrite en une seule phrase et sous la forme des simples énoncés, nous avons affaire à une norme simple. En revanche, si nous avons une norme écrite en plusieurs phrases et sous forme de nombreuses propositions incises, nous sommes confrontés à une norme juridique compliquée. Que la première norme soit simple et que la deuxième soit compliquée, cela n'a rien à voir avec ce qu'elles disent. Le contenu de la première norme peut être injuste et le contenu de la deuxième norme peut être juste, auquel cas nous aurons affaire à une norme juridique simple mais injuste, et une norme juridique compliquée mais juste. La première se dote, du point de vue de la forme, de la caractéristique transversale de la simplicité sans avoir la caractéristique transversale et naturelle de la justice, alors que pour la deuxième, nous nous confrontons au cas inverse.

Ci-dessous, seront étudiées les deux catégories de caractéristiques transversales de la norme juridique de bonne qualité. Telle classification des caractéristiques ainsi que la signification de chacune peut aider à mieux comprendre le critère de distinction. Sont ainsi à distinguer la clarté de la norme juridique (§1) de la simplicité de la norme juridique (§2).

§ 1. La clarté de la norme juridique

Même si nous savons comment parler, dans la vie quotidienne, pour être « clair », « évident » ou au contraire « vague », nous avons souvent beaucoup de difficultés à déterminer ce qui rend un texte juridique « clair » ou « vague », car les sociétés contemporaines progressant de plus en plus et avec une rapidité exemplaire, les langages techniques ont remplacé le langage simple et quotidien des siècles précédents.

Il se peut que pour déterminer « la clarté » de la norme juridique, il faut que nous prenions en considération le changement de la condition de l'homme

d'aujourd'hui et sa confrontation permanente aux nouvelles découvertes par rapport auxquelles on doit régler et exprimer les relations sous la forme d'un langage juridique²²⁰.

En outre, la définition et la délimitation de la « clarté » de la norme ne sont pas faciles, car la notion même de « clarté » est vague. Comme nous allons le voir, dans différentes contributions, chacun a essayé, à son tour, de jeter une lumière sur le sens et les critères de la « clarté » de la norme juridique. Tandis que certains ont directement procédé à la définir, d'autres ont recouru aux notions opposées pour en déterminer les contours.

En ce qui concerne la « clarté », nous avons besoin de considérer le sens de cette conception. Dans le A, seront abordées les bases théoriques de la clarté. Malgré des efforts afin de déterminer ce concept, il semble que la complexité de la langue est un grand obstacle devant cette démarche. Même, le critère de la « compréhension » n'est pas de critère évaluable et clair. Pour cette raison, c'est-à-dire impossibilité de déterminer la notion exacte de « clarté », les récents efforts centralisent sur les méthodes pour lutter contre « manque de précision ». Dans le B seront énoncées différentes solutions qui sont proposés par les théoriciens pour lutter contre le caractère vague de la norme juridique.

A. Les bases théoriques et le sens de la « clarté » de la norme

Dans le seizième chapitre du livre XXVIII de *L'esprit des lois*, Montesquieu invite les législateurs à respecter un certain nombre d'exigences parmi lesquelles la rédaction de normes « non vague ». Rappelons que, pour s'exprimer, Montesquieu n'emploie pas le mot « clarté », mais son point contraire, à savoir le caractère « vague » de la norme juridique. Selon lui, étant rédigé pour ceux qui ont un faible niveau de compréhension, les normes ne doivent point être subtiles. Elles ne sont pas

²²⁰ Fluckiger, Alexandre, «Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal», in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2007, pp. 1-9, Not. p. 1.

censées être basées sur l'habileté logique, mais être au niveau de compréhension d'un « simple père famille »²²¹. Son raisonnement est que les termes de la norme juridique doivent être intelligibles pour tous ; ainsi la norme sera claire et non « vague ». Selon Montesquieu, pour s'éloigner de ce caractère imprécis, il y a lieu d'exposer et de fixer le contenu de la norme.

Ainsi, dans le premier cas, Montesquieu emploie le terme « vague » dans un sens opposé à la « clarté » de la norme juridique, précisant comme critère d'identification le niveau de compréhension d'un simple père de la famille. Le même critère est de nos jours utilisé par les tribunaux des Etats-Unis comme critère d'identification de « la clarté » de la norme. Ils déterminent « l'intelligence moyenne » des individus comme le critère de « compréhension » des citoyens pour éviter l'« indétermination » de la norme²²². Dans le deuxième cas, Montesquieu interprète la « clarté » et la « précision » de la norme à partir de la « compréhension » des citoyens; si de simples citoyens (d'intelligence moyenne) comprennent la norme, celle-ci est considérée comme « claire ».

Dans son introduction à une ébauche du *Code civil*, Portalis écrit que lorsque la norme est « claire » il faut la suivre et lorsqu'elle est « vague » il faut reconsidérer les autres normes²²³. Et quand la norme n'est pas suffisamment parlante, on doit recourir à l'usage et à l'équité. L'équité consiste à se référer aux lois naturelles lorsque les lois positives sont silencieuses, vagues ou contraires (à l'équité). Portalis croit à la différence entre « la simplicité » et « la clarté » de la norme. Pour lui, « la clarté » est le contraire de « vague » et la solution est de se référer aux lois naturelles. Lorsque la norme est vague, on ne peut pas la suivre puisque ce qu'on doit suivre n'est pas « clair » et parfait, nécessitant un outil pour parfaire l'ordre et permettre de lui obéir. Néanmoins, par « la clarté », il entend la compréhension de la norme afin de lui obéir.

²²¹ Premier, Tome, *Œuvres de Montesquieu: De l'esprit des Lois*, précité, pp. 428-433.

²²² United States v. Reese, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/92/214/case.html>.

²²³ Portalis, Jean-Etienne-Marie, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801, sur www.classiques.uqac.ca, p. 22.

D'autre part, Portalis considérant que la norme vase n'est pas une norme répondant au souci d'équité, on peut dire que selon lui, si la norme n'est pas juste, il sera impossible de lui obéir. Pour remédier à ce problème, on n'a qu'à s'aider des lois naturelles. Il précise par la suite le sens des droits naturels : ils ne sont que les ordres qui relèvent de la raison et de la logique et qui guident d'une manière illimitée tous les êtres humains²²⁴. Tout comme Montesquieu, Portalis considère la « clarté » de la norme comme « l'intelligibilité » des citoyens à l'égard de la norme.

Exposant la manière de rédiger la norme, et en renvoyant à Montesquieu, Symonds considère l'introduction comme quelque chose de nécessaire pour chaque norme ; notamment si, dans cette introduction, on aborde, d'une manière parfaite et réelle, les raisons de la création de la norme²²⁵. Parmi les raisons de la nécessité de rédiger l'introduction à la loi, l'une est, selon Symonds, que de cette façon on éclaire le sens des articles de la norme pour les tribunaux. La « clarté » de la norme signifie donc, l'intelligibilité des normes juridiques pour les citoyens. En plus de l'introduction, l'existence de l'analyse, le schéma général de la loi et les annexes sont nécessaires pour chaque loi. Il faudrait qu'au lieu de la loi elle-même, les individus lisent le brouillon du texte, le schéma général et les annexes, ce qui serait beaucoup mieux s'ils ne savent rien de la loi²²⁶.

Dans leurs définitions de la norme, ces auteurs visent le même objectif. Tous les trois considèrent l'« intelligibilité » des citoyens comme le principal critère de la « clarté » de la norme. Mais Symonds va plus loin et présente quelques moyens d'arriver à une telle « clarté » : l'emploi de techniques telles l'introduction, le

²²⁴ Ibid., p. 24.

²²⁵ Symonds, Arthur, *The Mechanics of Law-Making*, London: Edward Churton, 1835, p. 51.

²²⁶ Ibid., pp. 41, 60.

brouillon de lettre, etc., pour expliquer les normes juridiques a aujourd'hui encore des partisans²²⁷.

Pour « la qualité totale » ou « l'excellence » dans la législation, Bisson pose trois principes fondamentaux dont les plus importants, acceptés selon lui par tous les théoriciens du droit, sont que la norme doit être compréhensible pour le public. Ce principe est d'une grande importance, car il répond à la question de la transparence de la norme ; et non seulement la « transparence » pour les pouvoirs publics liés par cette norme, afin qu'ils arrivent à la comprendre et ainsi à exécuter la norme juridique, mais aussi la transparence pour les citoyens en tant qu'ils sont les destinataires de la loi²²⁸. La transparence de la norme juridique signifie sa compréhensibilité pour les destinataires, que ce soit ceux qui exécutent la norme, ou que ce soit les citoyens obligés de régler leurs conduites conformément à la norme.

Eugen Huber, le père du Code civil suisse aussi, a bien indiqué la nécessité de clarté de la loi : « les lois modernes ne sont pas rédigées dans le seul but d'enseigner aux juges comment ils auront à procéder, le cas échéant. La loi s'adresse à tous ceux qui sont soumis à son empire. Les commandements du législateur doivent, dès lors, dans la mesure où cela est compatible avec la matière traitée, être intelligible pour chacun ou, du moins, pour les personnes qui sont tenues, de par leur profession, à se familiariser avec le droit. Les règles établies doivent avoir un sens même pour le profane, ce qui n'empêchera pas le spécialiste de leur découvrir toujours un sens plus étendu ou plus profond que le profane. C'est là ce que l'on entend par les mots de législation populaire »²²⁹.

²²⁷ Bast, Carol; Hawking, Margie, *Foundations of Legal Research and Writing*, New York: DELMAR CENGAGE Learning, 2010.

²²⁸ Bisson, Alain-François, « Rédaction législative et qualité totale », dans XIe Conférence des Juristes de l'Etat, in *Actes de la XIe Conférence des juristes de l'Etat*, Edition Yvon Blais, 1992, pp. 17-29, Not. p. 24.

²²⁹ Fuckiger, Alexandre, « La démocratie directe : Un facteur de qualité de la loi en Suisse ? », in *La qualité de la loi - Expériences française et européenne*, Paris : Mare & Martin, 2016. p. 81-107, Not. p. 85.

Partisan de la théorie de « la clarté » vague (la notion de clarté, elle-même, est une notion vague) de la loi, Flückiger soutient que la clarté et la transparence de la norme juridique n'ont aucun critère précis²³⁰. Selon lui, l'aspect langagier de « la clarté » de la norme juridique est enraciné dans le principe selon lequel tous sont présumés connaître la loi ; alors que son aspect juridique relève de la prévisibilité de la loi, de la sécurité juridique, et de la protection des citoyens contre l'autoritarisme du gouvernement et les pouvoirs publics. Conséquemment, la norme « claire » signifiant « lisible » (la facette première et langagière) est plus facile que la norme « claire » signifiant « intelligible, compréhensible », « concrétisable » (la facette deuxième et juridique); dans la deuxième hypothèse, la loi devient compliquée, longue et contournée, ce qui contredit son objectif; tandis que la norme juridique lisible est une norme qui est facilement compréhensible, car elle est souvent simple, sans archaïsmes ni termes spécialisés²³¹.

Ainsi, dans la « clarté » de la norme juridique, le principal critère est son l'« intelligibilité » pour le destinataire et l'exécuteur de la norme. Lorsque le citoyen ou l'exécuteur ne comprennent pas la norme, la norme est vague. La « clarté » pour le public est le premier critère pour accéder à l'intelligibilité de la norme.²³² Ce critère, est un critère vague. Au moins, il est, nous pouvons dire, relatif (personne à personne). La seule possibilité est d'essayer de décoller la vagueness.

²³⁰ Flückiger, Alexandre, «L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois », in *Revue européenne des sciences sociales*, Numéro XLV-138, 2007, pp. 83-101, Not. p. 3.

²³¹ Ibid.

²³² Jennequin, Anne, «L'intelligibilité de la norme dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État», in *RFDA*, 2009, p. 913 ; Goldsmith, Andrew E., «The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court» in *American journal of criminal law*, Vol.30, No.2, 2002, pp. 279-313, p. 282; Le Conseil d'Etat, Rapport public, *La sécurité juridique et complexité du droit*, La Documentation française, 2006.

B. Les moyens de lutter contre la norme vague : l'interprétation, l'indétermination, et les commentaires des spécialistes du langage

Plus nous nous éloignons des idées anciennes et classiques, plus les auteurs s'intéressant aux normes se concentrent sur les moyens de lutter contre la norme vague. Mais personne d'autre n'a pu proposer aussi précisément que Symonds les moyens de prévenir le flou et l'imprécision. La raison en est que selon lui, le caractère « vague » étant inévitable dans le langage et notamment le langage juridique, on doit axer les efforts sur les méthodes de lutter contre une telle indétermination.

A la tête de ceux qui s'opposent aux lois imprécises, (1), se trouvent le courant herméneutique. La base de la pensée des auteurs de ce courant doctrinal est que la langue est toujours imprécise et l'interprétation est nécessaire pour surmonter l'imprécision. Même les Positivistes comme Hart, en acceptant le principe de l'interprétation du juge dans le cadre de la loi, se trouve dans cette catégorie. En revanche, les partisans de la théorie de l'indétermination, envisagent la nullité de la norme imprécise, bien que certains théoriciens ont minimisé cette notion et ont opté pour une distinction entre caractère « vague » et « ambiguïté » et ont accepté la nullité seulement au cas de l'ambiguïté (2). A l'encontre des théories interprétatives, l'indétermination n'est pas acceptable dans le système juridique. Elle aboutisse à l'incertitude et la complexité de l'ordre juridique. En plus, une interprétation sans structure ou sans principes ne sera pas crédible, parce qu'il menace la « certitude », donc, une solution proposée à la contingence de la norme ambiguë est celle que constitue la contribution des spécialistes de la langue (3).

1. Les théories interprétatives

Selon Hobbes, ce qui importe est de prendre en considération, dans la réglementation du flou et de l'imprécision, l'avis du législateur, et de faire qu'en exécutant les normes vagues, les juges ne négligent pas l'équité. Selon lui, puisque la nature de la norme n'est pas dans sa parole mais dans son sens et son intention, toutes

les normes ont besoin d'être interprétées, car on doit donner, de la norme, le sens le plus juste afin d'éviter aux individus d'interpréter avec verbalisme le sens des normes selon leurs caprices. Et le sens le plus juste n'est rien d'autre que de découvrir l'avis du législateur qui est le seul à disposer du pouvoir de législation. En outre, dans l'interprétation et l'exécution de la loi, le postulat des juges doit être l'équité et la justice, car à l'égard de l'avis du *gouverneur*, on ne peut attendre que telles intentions.²³³ De ce fait, les juges découvrent, à partir de l'équité, en tant que la présupposition de la caractéristique du *gouverneur*, l'intention véritable de la loi, pour la présenter comme son sens original, remédiant ainsi à toute imprécision à l'égard de la loi.

Glanville Williams semble en accord avec Hobbes. Selon lui, les mots sont tous vagues et confus ; même si un mot ne se dote pas d'un sens double, il aura toujours la potentialité de troubler le sens de l'énoncé²³⁴. Par exemple, des mots tels que « presque » ou « plus ou moins » qu'on ne doit pas généralement introduire dans l'écriture juridique; lorsque ces mots y entrent, ils rendent l'exécution difficile, car ils sont eux-mêmes vagues. De la sorte, c'est impossible d'accéder à un texte juridique complètement clair et sans ambiguïté. La raison en est que le monde que la loi essaye de réguler est un monde instable et en permanent changement ; il est donc naturel que dans un tel monde, des dossiers surviennent qui sont soi-disant « *Marginal cases* » (littéralement, des cas marginaux) et qu'on ne peut pas définitivement classer dans une certaine catégorie ou selon un certain ordre. La certitude est donc un fait relatif en Droit, et le rôle du juge ne se limite pas à la seule exécution de la norme. Si l'existence des dossiers incertains est inévitable, on peut dire que dans ces cas le rôle de juge se rapproche de celui du législateur. Mais cela ne signifie pas que les juges ont un pouvoir illimité. Par exemple, si l'ordre découlant d'une norme juridique concerne

²³³ Hobbes, Thomas, *Leviathan*, London: printed for Andrew Crooke, 1651, p. 169, 172.

²³⁴ Freeman, M.D.A., *Lloyd's introduction to jurisprudence*, London: Sweet and Maxwell LTD, 2001, pp. 1470, 1471.

le bateau et la fusée, le juge peut y inclure aussi le bateau volant, mais non pas les voitures²³⁵.

Tout comme Hobbes, Williams a le souci de l'attitude audacieuse des juges face aux normes qui, à cause de la nature du langage, sont inévitablement vagues. Mais tout au contraire de Hobbes, qui considère l'équité comme le frein majeur à la volonté des juges, Williams croit au « raisonnement » et « la logique » comme une entrave à l'autorité des juges dans la transformation, le développement, et la limitation des normes juridiques, et dans l'exemple que nous avons donné, il exprime clairement que le juge ne peut pas inclure tout ce qu'il veut dans le sujet de sa décision.

Finnis est un autre auteur qui regarde l'ambiguïté de la loi créée par l'homme comme quelque chose de naturel. Selon lui, le langage de la loi est inévitablement compliqué, technique et donc difficile à comprendre. Afin de remédier à de telles confusions et de mieux comprendre la loi, nous avons besoin de l'interprétation dont la méthode la plus efficace est de comprendre le processus de la législation (l'intention de législateur)²³⁶.

La théorie de « la texture ouverte » (open texture), d'après les positivistes, semble mettre en évidence qu'ils croient à « l'indétermination » de la loi. Mais lorsqu'on examine leur pensée, on comprend que même Kelsen essaie, en s'aidant de la théorie de « norm as a framework » (Norme en tant que cadre), de régler cette indétermination. Selon lui, le système juridique comporte les normes générales et individuelles. Une décision juridique est donc un acte au moyen duquel on emploie et exécute une norme générale. Mais en même temps, c'est une norme individuelle dont sont chargées l'une ou les deux parties du procès ; et l'acte du tribunal n'est que la création d'une norme individuelle entraînant, par exemple, une certaine sanction qui

²³⁵ Ibid., pp. 1472, 1473.

²³⁶ Dalcourt, Gerard J., "Finnis and Legal language and Reasoning", in *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 40, 1995, pp.49-69, Not. pp. 51,52.

doit être exercée sur un certain individu. Cependant par « la création », on n'entend pas que le juge fait une interprétation au-delà de la loi, puisqu'on peut associer une norme spéciale à une norme générale qui existe dans le système juridique. De ce fait, lorsque le juge règle les cas d'indétermination, il n'agit pas au-delà de la loi, mais cherche une solution pour le problème à partir de ce que procurent les normes juridiques. En conséquence, l'acte du juge est conforme à la loi²³⁷.

Il s'avère donc que, bien que Kelsen se place parmi ceux qui reconnaissent le principe de « l'indétermination », mais compte tenu de la doctrine de « l'indétermination » de la part du juge ainsi que de *the thesis of the completeness of law*, on pourrait peut-être dire que lui aussi, tout comme Dworkin, ne croit pas à « l'indétermination » dans le système juridique²³⁸. Même si dans ses travaux Kelsen ne parle pas de l'ambiguïté, Endicott pense que la solution de Kelsen comprend aussi les normes « vagues »²³⁹.

Waismann montre que compte tenu de la connaissance insuffisante de l'homme ainsi que son incapacité à prévoir l'avenir, il se peut que même la moindre imprécision (*the least vague*), portant sur la détermination et la définition précise d'un mot, entraîne l'ambiguïté. La texture ouverte (*open texture*) comprend la possibilité inséparable d'« indétermination ». Autrement dit, il se peut que, face aux cas inattendus, même les textes les plus précis deviennent vagues. Mis à part nos efforts pour présenter une définition claire et exacte, il y a toujours certains événements imprévus qui nous rendent perplexes, car, comme Waismann le souligne, le langage est stable, tandis que le monde est toujours en train de changer²⁴⁰.

²³⁷ Alcalá, Juan Alberto, "The Controversies about Legal Indeterminacy and the Thesis of the 'Norm as a Framework' in Kelsen", in *European Journal of Legal Studies*, Volume 6, 2013, pp. 174-188, Not. p. 185.

²³⁸ Ibid., pp. 187, 188.

²³⁹ Endicott, Timothy A. O., *Vagueness in Law*, London: Oxford University Press, 2003, p. 61.

²⁴⁰ Schauer, Frederick, *Playing by the Rules*, Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 36.

En suivant l'exemple de Waismann, Hart regarde également « l'imprécision de la norme » comme quelque chose de naturel. Selon lui, dans la rédaction des normes lorsque l'homme essaye, par avance et à partir de certains standards généraux, de régler certains champs de comportement, il se confronte à deux problèmes : l'un est le manque d'une connaissance exacte à l'égard du fait (fact) et l'autre est le manque d'identification exacte des objectifs. Ici, le débat de Hart est basé sur la théorie de « open texture » de Waismann²⁴¹. Selon cette théorie, dans tous les systèmes juridiques, on se confronte, d'une manière ou d'une autre, à une certaine « imprécision des normes ». Face à une telle inévitable ambiguïté, et pour remédier à de telles imperfections, il faut que tous les systèmes donnent aux tribunaux plus de liberté d'action. De plus, tandis que le législateur rédige les normes générales, il doit déléguer à l'institution administrative les cas spéciaux et secondaires qui doivent se mettre en accord avec les conditions générales de tous les cas²⁴².

Parmi les positivistes, Austin reconnaît, à côté de la législation, la nécessité de l'interprétation de la loi. Selon lui, les motivations et les considérations entendues dans la formulation de la loi doivent être utilisées dans l'explication de la source et le mécanisme de l'exécution ; les lois seront « inintelligibles » à moins qu'on ne précise la cause de la loi ainsi que les droits et les devoirs déterminés²⁴³. C'est par la relation entre le législateur et l'interprétation qu'Austin a débuté son mouvement vers la notion de « floue » et d'« équivoque » de la loi. En tant que partie inséparable de tout système juridique et suite à la législation, l'interprétation rectifie les ambiguïtés et aide à éclairer la position du législateur. De la sorte, la science de la bonne législation n'est pas séparable de l'art de l'exécution de la loi²⁴⁴.

²⁴¹ Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, précité, p. 125.

²⁴² Ibid., pp. 127, 132.

²⁴³ Brown, W. Jethro, *The Austinian Theory of Law*, London: John Murray, 1906, p. 246.

²⁴⁴ Ibid., p. 247.

Ainsi, « la détermination » s'avère être également présente dans l'approche des positivistes ; ceux-ci ne pensent pas que, si une norme est vague, elle ne sera plus la loi. Ce qui distingue cette pensée de celle d'autres auteurs, tels Dworkin, n'est que dans leur approche à l'égard du statut du juge et sa marge de manœuvre, ce qui se révèle sous la forme d'un désaccord entre la reconnaissance de la « détermination » et « indétermination ».

Selon Dworkin nous vivons dans la loi et à travers la loi, et c'est la loi qui nous rend tel que nous sommes : citoyen, employé, médecin ou quiconque possédant quelque chose²⁴⁵. En même temps, la loi se dote également d'un aspect menaçant : elle nous oblige à payer l'amende, nous met en prison, etc. Cependant, cette même loi ne peut pas s'imposer si elle est « vague » et sans clarté²⁴⁶. En tant que défenseur de l'école herméneutique, et contre l'idée de l'« open texture nature of law » des positivistes, Dworkin croit que la loi est toujours « déterminable » même lorsque son sens est contesté. Et par être contesté on n'entend pas ici « l'indétermination » ou le caractère « vague », mais le conflit entre les parties d'un procès sur un sujet ou une norme donnée²⁴⁷.

Autrement dit, le sens de la loi est toujours sujet à conflit. Face au texte des lois, les juges aperçoivent des énoncés qu'ils se voient obligés d'interpréter pour découvrir le sens caché des mots. Pour cela, ils ont besoin d'une certaine théorie de la législation à l'aide de laquelle ils puissent interpréter les termes vagues, équivoques et insignifiants. Cette théorie de la législation est nécessaire même lorsque les énoncés de la loi semblent parfaits et impeccables²⁴⁸. Donc, vu que « l'interprétation » du juge complète le travail du législateur, nous ne nous confronterons pas, dans un système

²⁴⁵ Alcalá, Juan Alberto, "The Controversies about Legal Indeterminacy and the Thesis of the 'Norm as a Framework' in Kelsen", précité, pp. 179, 180.

²⁴⁶ Dworkin, Ronald, *Law's empire*, United States: Harvard University press, 1986, p. vii.

²⁴⁷ Alcalá, Juan Alberto, "The Controversies about Legal Indeterminacy and the Thesis of the 'Norm as a Framework' in Kelsen", précité, pp. 179, 180.

²⁴⁸ Dworkin, Ronald, *Law's empire*, United States: Harvard University press, 1986, p. 17.

juridique, à ce caractère « vague ». Si le législateur emploie, dans la rédaction de la loi, des termes dont le sens exact n'est pas clair, c'est le juge qui révèle, dans l'exécution de la loi, le sens de la norme, achevant ainsi le travail de législateur. C'est aussi le cas lorsque la norme juridique s'avère « claire ».

Faisant partie des défenseurs de la théorie de l'« open texture » de la loi, Schauer ne définit pas le « vagueness » ni « l'ambiguïté » de la loi. La seule chose qu'il fait c'est de présenter des méthodes pour aborder une norme juridique « vague ». Et parmi ces méthodes, la seule méthode efficace pour résoudre l'énigme d'une norme juridique vague est la méthode de « entrenched » ou bien, « stricto sensu ». Il est d'avis que lorsque, dans la confrontation avec une norme générale, la justification d'une norme n'est pas claire, deux approches sont possibles, l'une étant « conversationally approach » et l'autre « rule-based » ou « entrenched approach » (stricto sensu).

Dans la première approche la norme générale est un critère flexible de la justification qui est derrière la norme. Le décideur converse avec cette norme générale, et s'il ne voit pas le sujet en accord avec la justification de l'ordre, il change l'ordre. Par exemple, lorsqu'on voit le panneau « entrée interdite aux chiens » sur la porte d'un restaurant, « le chien » n'est qu'un critère; mais lorsque ce critère ne présente aucun signe renvoyant à la justification véritable de l'ordre, il n'a en soi aucune pression normative et « devrait être » (ought to be). Dans ce cas, la seule condition d'« être chien » ne justifie pas qu'un être tombe sous le coup de la norme « l'entrée interdite aux chiens » à moins que la cause véritable de l'ordre ne renvoie au « chien » (qui peut importuner les clients). Donc, selon la « conversationally approach », si le chien de police ou le chien guide d'un aveugle apparaît au dehors du restaurant, la norme devient flexible suivant laquelle on peut établir une norme nouvelle qui autorise le chien de police à entrer au restaurant²⁴⁹.

Mais, dans la deuxième approche, on aborde la norme d'une façon « entrenched » et « stricto sensu ». Dans un tel état, la norme générale englobe les

²⁴⁹ Schauer, Frederick, *Playing by the Rules*, Oxford: Clarendon Press, 2002, pp. 47-49.

décisions, même lorsqu'il existe des cas qui peuvent être exclus de la norme et la justification derrière elle. La norme générale est au-delà d'un simple critère, comprenant des causes autres que la justification véritable. Selon cette approche, le chien de police, puisqu'il est certainement «chien», ne peut pas entrer dans le restaurant. Maintenant si quelqu'un entre avec un petit ours domestique, et si selon la « conversationally approach » la justification véritable de l'ordre est le dérangement pour les clients, l'ours tombe sous le coup de la norme générale. Mais pour « entrenched approach » le seul critère est « être chien » et donc, selon cette approche, l'ours peut entrer dans le restaurant²⁵⁰.

Schauer est d'avis que la compréhension quotidienne des citoyens n'est pas le critère et, en effet, l'interprétation est nécessaire lorsqu'il existe « une difficulté » à combattre, ou bien lorsque le cas, selon Dworkin, fait partie des « Hard cases », c'est-à-dire quand on ne sait pas ce que la loi exige, quand le critère véritable pour telle évaluation est de savoir si la norme juridique est exprimée clairement ou non. Face aux « Hard cases », il considère également à « entrenched approach » (stricto sensu) comme l'approche convenable, estimant que cette approche entraîne l'acceptation d'un petit nombre de mauvais résultats, qui ne tombent pas sous le coup de la justification véritable de la norme²⁵¹.

Dans son explication sur cette préférence, il dit que si l'on prend la norme juridique comme un standard, certains cas se placent dans ce standard, certains en dehors, et d'autres à la frontière entre les deux ; et si on la suppose comme la justification véritable, ou si elle prévoit la justification véritable, certains cas encore se placent dans le standard, d'autres en dehors et d'autres encore à la frontière. Seulement, si on précise le sens de la norme, on n'aura pas de cas suspect et exceptionnel. Donc, une interprétation convenable consiste à découvrir le point de vue du législateur sur les cas vagues ; il considère donc nécessaire pour les juges d'agir

²⁵⁰ Ibid., pp 50-52.

²⁵¹ Ibid., pp. 207-210, 215.

prudemment dans les cas où on n'a aucun accès à la volonté ou l'intention de législateur²⁵².

Bast et Hawking s'intéressent, dans leur ouvrage, à l'interprétation en considérant qu'il s'agit de la plus importante question de la législation ; et c'est à partir de cette conviction qu'ils commencent leur réflexion sur « la clarté » de la loi²⁵³. Ils sont d'avis que l'interprétation vise à comprendre l'intention du législateur et qu'une norme significative (the plain meaning rule) est une norme dont le sens est clair, sans flou ni imprécision²⁵⁴. Selon eux, bien que la législation soit élaborée le plus souvent avec soin et précaution, c'est la nature de la loi qui entraîne le caractère vague de ses dispositions comme quelque chose d'inévitable. Une norme « complète et sans défaut » nécessite une lucidité dont l'homme est incapable. Donc, il se peut qu'une norme juridique s'utilise dans une situation qui n'a pas été initialement prévue. Par conséquent, le juge se voit obligé de découvrir l'intention, le plus souvent accessible, du législateur. Si le législateur savait que, dans l'exécution de la norme juridique, le juge serait confronté à certains problèmes, il changerait la norme. Les normes compréhensibles sont des normes qui commencent par une introduction expliquant la loi et qui contiennent des termes manifestant l'intention du législateur d'aider les juges dans leurs interprétations. Ils estiment qu'après l'introduction, il faut inclure une partie qui explique les termes juridiques, et que l'interprétation doit être basée, non sur le pouvoir de l'imagination du juge, mais sur des sources normatives documentaires. Bien que, dans la confrontation avec les textes vagues, la découverte de l'intention du législateur constitue l'une des solutions les plus fondamentales, les juges ne négligent pas « l'équité » et « la justice », essayant d'insuffler à la norme juridique une teneur qui soit juste et équitable. Ils proposent qu'afin de découvrir

²⁵² Ibid., pp. 218, 219, 207-222.

²⁵³ Bast, Carol; Hawking, Margie, *Foundations of Legal Research and Writing*, New York: DELMAR CENGAGE Learning, 2010, pp. 27.

²⁵⁴ Ibid.

l'intention du législateur, les juges examinent les textes contenant les discussions, les négociations, le brouillon, et les justifications des normes juridiques²⁵⁵.

2. L'indétermination de la norme

Cependant, la possibilité de l'interprétation ainsi que la liberté d'action des juges à réglementer le caractère « vague », qu'elle se rapproche de l'idée des positivistes ou de celle de Dworkin, et qu'on exerce une approche « entrenched » (stricto sensu) ou « conversationally approach » (Approche conversationnelle), n'empêche pas la position de méfiance vis-à-vis de la délégation des normes juridiques aux juges. En effet, il existe un courant doctrinal qui croit, dans leur approche à l'égard de la norme vague, à « l'indétermination ». A cet égard, l'approche la plus pessimiste est celle de Bentham.

Ayant un regard pessimiste sur les juges et avançant l'idée de « dog-law », tout en insistant sur la rédaction de règles secondaires et précises, il souligne qu'on ne doit pas écrire les normes de manière qu'elles donnent aux juges la liberté de les interpréter. Il est d'avis que les juges interprètent les normes d'une manière autoritaire et selon leurs propres désirs et caprices.²⁵⁶ Bien qu'il n'évoque pas directement la question de « la clarté » des normes juridiques, on pourrait peut-être considérer sa méfiance à l'égard de la rédaction des normes juridiques vagues, qui nécessitent l'interprétation des juges, comme une manifestation de son intérêt sur le sujet de la clarté de ces normes; de la même façon que son intérêt pour l'exactitude des normes juridiques peut également être regardé comme un intérêt relatif à « l'intelligibilité » des normes pour les citoyens. Bien que Bentham ne prenne directement aucune position sur les normes juridiques vagues, on pourrait peut-être ranger son approche parmi celles qui croient, en cas de « flou » de la loi, à «

²⁵⁵ Bast, Carol; Hawking, Margie, *Foundations of Legal Research and Writing*, New York: DELMAR CENGAGE Learning, 2010, pp. 28-32.

²⁵⁶ Bentham, Jeremy, *Theory of Legislation*, London: Trubner, pp. 45, 46.

l'indétermination ». Davis Lyons est aussi d'avis que si la norme n'est pas suffisamment « déterminée », la cause à partir de laquelle le procès a été formé (la norme juridique non déterminée) ne persiste pas et dans ce cas (l'indétermination), la norme juridique étant nulle et non avenue, le demandeur n'a rien à prouver, et l'échec de procès est définitif²⁵⁷.

Pour clarifier le sujet, nous devons d'abord définir « l'ambiguïté » et le caractère « vague ». « L'imprécision » est un état dans lequel le mot ne fait venir qu'un seul sens à l'esprit, mais qui peut couvrir, en fonction du point de vue de l'auditeur ou du lecteur, un large spectre. Par exemple lorsque nous parlons des individus chauves, la réponse à la question : quelle quantité de cheveux suffit-il pour que l'individu ait sa place dans cette catégorie, varie d'un auditeur à l'autre. Mais quant à « l'ambiguïté », le mot est doté, en soi, de multiples significations et lorsque nous les faisons tomber sous le coup d'un ordre, l'ordre sera impossible à exécuter si nous ne précisons pas auquel de ces sens on fait appel. Par exemple, lorsque nous disons que « les peintres doivent payer cent euros d'impôt », le mot « peintre » renvoie aux personnes qui peignent les maisons aussi bien que ceux qui peignent les voitures ou les artistes qui peignent des tableaux. Dans un tel cas, on ne peut pas dire à quelle catégorie cet ordre renvoie²⁵⁸.

Dans une partie de ses définitions du caractère « vague », Endicott croit à « l'indétermination ». Il dit que lorsque les gens parlent de ce caractère ils entendent une parole « non-informative » et incomplète. Selon lui, le mot même de « indétermination » est « vague », car il couvre un large spectre pour lequel on ne peut pas imaginer un nombre précis d'individus. Il divise cette notion de caractère « vague » en deux parties, « semantic vagueness » et « pragmatic vagueness ». Dans le « semantic vagueness » on ne sait pas si le mot utilisé est juste ou non. Dans le « pragmatic vagueness » on ne sait pas dans quel contexte le mot s'utilise. Par exemple, lorsque nous utilisons le mot « chauve », le « semantic vagueness » apparaît dans la

²⁵⁷ Endicott, Timothy A. O., *Vagueness in Law*, London: Oxford University Press, 2003, pp. 59, 60.

²⁵⁸ Ibid., p. 54.

définition de « chauve » tandis que le « pragmatic vagueness » apparaît lorsque nous voulons savoir si la personne A peut être considérée comme « chauve » ou non²⁵⁹.

Tout en évoquant les « Borderline cases », Endicott estime que dans l'interprétation et l'exécution de certains cas, le sujet de discussion dépasse le caractère « vague » pour arriver à « l'indétermination »²⁶⁰. Il fait la distinction entre le caractère « vague » et « l'ambiguïté », n'acceptant l'indétermination que pour la norme juridique « ambiguë », car dans un tel état la norme juridique n'a pas d'objectif précis et le système de « l'interprétation » du juge est incapable de remédier à une telle « indétermination », tandis que pour régler le caractère « vague » et déterminer ses points d'application on peut s'appuyer sur l'interprétation du juge. Expliquant le lien entre le caractère « vague » et « l'Etat de droit », Endicott souligne que le caractère « vague » n'anéantit pas le principe de l'Etat de droit, mais finit, tout au plus, par entraîner un manque et une insuffisance de ce principe. En effet, le pouvoir (le pouvoir dominant) se sert du caractère « vague » pour faire exclure ses actes de la logique de la loi ou pour prévenir la possibilité d'identifier la contradiction de sa fonction à la loi. En tout cas, selon lui, les juges jouent un rôle important et créatif dans le règlement des dispositions dont le caractère est vague et la protection de l'Etat de droit²⁶¹.

En réponse à « l'indétermination », définie par Lyons et les autres « indéterministes », ainsi que le point de vue de Dworkin et des autres théoriciens croyant à l'interprétation, Marmor propose une autre solution. Il estime que la reconnaissance de l'idée de Dworkin, selon laquelle dans la compréhension de la loi tout dépend de l'interprétation, suscite toujours une sorte de « imprécision » dans le contenu de la norme, finissant par nous empêcher de découvrir ce qu'elle dit vraiment.

²⁵⁹ Endicott, Timothy A. O., *Vagueness in Law*, précité, p. 32, 62.

²⁶⁰ Ibid., p. 92.

²⁶¹ Ibid., pp.198, 203.

En donnant des exemples, il montre que, contrairement à l'idée de Dworkin selon laquelle l'interprétation est la distance entre les termes normatifs et la compréhension du public, ce n'est que la situation ou le contexte qui constitue la distance entre les termes normatifs et la compréhension du public, et on ne s'aide de l'interprétation que lorsque le contexte n'est pas complètement clair. En évoquant la définition d'Endicott sur le caractère « vague » et « l'ambiguïté », il montre, tout en donnant des exemples, que « l'ambiguïté » peut être facilement réglée par la découverte de l'intention véritable du législateur et de la situation dans laquelle il rédige la norme; et quant au caractère « vague », on peut facilement recourir au contexte pour connaître l'intention du législateur. Il évoque le célèbre exemple de Hart sur le panneau « le stationnement est interdit aux véhicules » tout en montrant que selon le contexte et l'esprit de la loi, on peut remédier à tout caractère « vague » concernant le terme « le véhicule ». Par exemple, si la norme a été rédigée à cause de la pollution de l'air, le mot « le véhicule » couvre également la motocyclette, mais si la norme vise à assigner une place spéciale aux motocyclettes, le mot « véhicule » ne renvoie qu'aux voitures²⁶².

3. L'interprétation et le point de vue des spécialistes du langage

Face à une norme vague, Schen propose une autre méthode qui est la solution la plus convenable parmi les solutions déjà étudiées dans cette recherche. Il est d'avis que tous les mots et les expressions peuvent avoir au moins deux sens, ils peuvent être dépouillés d'« un caractère définitif » ou entraîner des interprétations variées. Lorsque l'identification de la juste interprétation n'est pas possible, les parties s'attendent à ce que le tribunal prépare une interprétation finale sur le texte, mettant ainsi fin au procès. D'un point de vue juridique, en présence de telle « incompréhension » (misunderstanding), le texte juridique est considéré comme « équivoque »²⁶³.

²⁶² Marmor, Andrei, *Philosophy of Law*, Princeton University Press, 2011, pp. 140, 146-149, 151.

²⁶³ Schane, Sanford, *Language and the Law*, London: Continuum, 2006, pp. 12.

Le point important est que le mot « équivoque » entraîne, lui-même, des interprétations variées. Au sens large du terme, le mot « équivoque » signifie qu'un mot peut être interprété de différentes manières. Dans ce sens, « l'équivoque » a lieu lorsque, dans l'exécution exacte d'un terme, on est confronté au manque d'« un caractère décisif » ou « manque de clarté ». Mais dans le sens strict (*stricto sensu*), « l'équivoque » s'enracine dans les interprétations et les points de grammaire qui font partie des définitions purement langagières. Par exemple, lorsqu'il s'agit d'un mot ayant « une ambiguïté lexicale »²⁶⁴ ou d'un groupe de mots donnant, dans l'ensemble, lieu à une « ambiguïté syntaxique »²⁶⁵ appelé par les linguistiques « le champ de modification »²⁶⁶; le sens strict (*stricto sensu*) du caractère « vague » est discuté par la plupart des linguistes. Enfin, Schane est d'avis que malgré tous les efforts réalisés pour présenter le texte juridique comme un contrat ou un testament sans caractère « vague », une des manifestations de ce dernier finit quand même par se révéler dans le texte; et selon lui, la seule solution est d'engager des spécialistes du langage, aussi bien pour conseiller des avocats dans la réglementation des testaments et contrats, que pour conseiller les législateurs dans la réglementation des textes normatifs. En plus, face aux textes qui semblent vagues, et même au sujet des normes, les juges peuvent fixer des réunions avec les linguistes pour se prémunir de l'existence du flou et de l'imprécision dans les textes²⁶⁷.

Aujourd'hui, dans le pays aussi bien que sur le plan international, les spécialistes du langage prêtent une attention particulière à la question de la compréhension des textes par les lecteurs. Chaque année, on assiste à l'organisation de nombreuses conférences qui présentent les méthodes modernes de la rédaction dans le but de garantir le plus haut niveau d'intelligibilité pour les lecteurs. Le mouvement

²⁶⁴ Lexical ambiguity.

²⁶⁵ Syntactic ambiguity.

²⁶⁶ Scope of modification.

²⁶⁷ Schane, Sanford, *Language and the Law*, précité, pp. 13-17, 181

du « langage simple » (plain language) et les efforts menés pour définir et déterminer les caractéristiques d'un langage simple d'une part, et la catégorisation, par les spécialistes du langage, des standards langagiers de l'autre, font partie de ces activités dont on peut suivre, par exemple, les résultats ainsi que les propositions sur la rédaction dans les revues spécialisées du langage²⁶⁸.

Certes, l'objectif de « la clarté » de la loi pour garantir les droits du citoyen ne peut pas être réalisé seulement à l'aide des juges et les spécialistes du droit. Le recours aux spécialistes du langage apparaît nécessaire et inévitable. Les instituts linguistiques et leurs spécialistes peuvent accompagner les législateurs, en tant que conseillers, et durant la phase de préparation du projet jusqu'à la rédaction finale de la loi, pour réduire ainsi autant que possible les vices et les erreurs de la rédaction. Dans la phase du jugement et au tribunal, où se pose souvent la question de l'identification des normes vagues, les linguistes peuvent délivrer, en tant qu'experts officiels, leur point de vue final au tribunal, prévenant ainsi tout exercice de subjectivité dans l'interprétation de la norme.

C. Des notions similaires : la transparence et la simplicité

A côté de la notion de « précision », existe des notions similaires qui se confondent parfois même avec celle de « précision ».

Nous examinerons les notions de « simplicité » (1) et « transparence » (2) et leurs différences, avec la notion de « clarté ».

1. La notion de simplicité

Tout en examinant la notion de « clarté » des normes juridiques, Fluckiger propose une autre notion souvent confondue, par les théoriciens du droit et même les

²⁶⁸ Par exemple: Clement, Julie, *Clarity*, N° 64, Journal of the international association promoting plain legal language, 2010.

citoyens ordinaires, avec « la clarté » : « la simplicité ». Il précise, avec subtilité, la distinction entre ces deux notions, montrant que malgré leur ressemblance on ne doit pas les confondre. Le fait de « simplifier » la norme juridique est plus facile que de la « clarifier », dans le sens de la rendre « intelligible » et « prévisible » pour les citoyens. « La simplification » de la norme est basée sur des techniques rédactionnelles et formelles. Fluckiger en donne des exemples tirés du système juridique de la Suisse²⁶⁹.

L'Accord Interinstitutionnel sur la Meilleure Législation²⁷⁰ souligne dans, son troisième article, que trois institutions de l'Union Européenne, à savoir le Parlement Européen, le Conseil de l'Union Européen et la Commission Européenne, souhaitent propager « la simplification », « la clarté » et « la consistance »²⁷¹ dans la rédaction des normes pour assurer une législation de bonne qualité²⁷² ; autrement dit, les normes juridiques doivent être « claires », « simples » et « efficaces ». Quelques années plus tôt, en 1999, avait été mis l'accent, dans le Guide de la Qualité de la Législation de l'Union Européenne,²⁷³ sur la nécessité de « la clarté » des normes.

Dans les deux documents susmentionnés, l'objectif de « la clarté » des normes juridiques est une meilleure compréhension de leur contenu pour les interlocuteurs, ce qui entraîne que la loi soit « prévisible » pour les citoyens. Autrement dit, les citoyens connaissent un cadre, pour leurs devoirs et leurs droits, à partir duquel ils seront pénalisés pour toute violation de la loi. En revanche, le caractère « vague » et « la confusion » de la norme la rend « imprévisible » pour les citoyens, et s'ils ne sont pas

²⁶⁹ Fluckiger, Alexandre, «Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal», précité, p. 3.

²⁷⁰ Interinstitutional Agreement on Better Law-Making, 2003, sur <http://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-union-of-democratic-change/file-inter-institutional-agreement-on-better-law-making>.

²⁷¹ Consistency.

²⁷² Good quality.

²⁷³ Common Guidelines for the Quality of Drafting of Community Legislation, 1999, sur [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31999Y0317\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31999Y0317(01)).

conscients de leurs devoirs et de leurs droits, on ne peut pas s'attendre à ce qu'ils obéissent à la loi ; le principe de l'Etat de droit, dont le plus important objectif est de protéger les droits des citoyens, sera ainsi violé. Dans ces deux documents, « la clarté » et « la simplicité » des normes juridiques sont utilisées dans deux sens différents.

La plupart des études font la distinction entre « la clarté » et « la simplicité » de la norme juridique; « la clarté et la précision » visent à lutter contre le caractère « vague », et « la simplicité » concerne « la complexité et la longueur ». La « simplicité » de la norme juridique vise plutôt l'état formel et l'apparence de la norme; c'est à dire l'article et le texte de la norme doivent se doter du minimum de références, de propositions incises, de subdivisions, etc. Mais quant à « la clarté », vu qu'elle signifie « l'intelligibilité » du contenu de la norme pour les destinataires (les citoyens et les autorités d'exécution et d'application de la norme juridique), elle s'approche un peu du contenu afin de prévenir contre toute violation des droits des citoyens et contre l'autoritarisme des autorités d'exécution et d'application. Même si les moyens d'éviter le caractère vague sont des moyens formels, tel le fait d'éviter toute utilisation de mots et d'expressions ambiguës et aux sens multiples, ou les expressions pour lesquelles il n'existe aucune définition précise, ou au moins commune, telles l'« insolence », l'« immoralité », etc.

2. La transparence

La transparence est un mot dont le sens est souvent confondu avec celui de « la clarté ». La transparence ne signifie pas « la clarté et la précision » d'une norme, mais c'est un principe selon lequel toutes les parties intéressées doivent avoir le temps suffisant, pendant la préparation du projet et la rédaction d'une règle, d'exprimer leurs idées et leurs critiques sur cette règle. Autrement dit, la transparence signifie que les citoyens doivent avoir une connaissance parfaite du texte juridique, du moment où commence les débats sur la préparation du projet jusqu'au moment où le public participe activement à la réalisation et la diffusion de la norme.

La transparence dans la législation est un devoir du législateur, augmenté de la nécessité de renseigner les citoyens sur le contenu de la législation, ce qui augmente par là même la possibilité de la juste compréhension de la norme juridique²⁷⁴.

Dans les textes internationaux, « la transparence » va de pair avec le processus de législation. « La transparence du processus de la législation » signifie la connaissance et la conscience des citoyens et des groupes intéressés au processus de la création d'une norme ainsi que la possibilité pour eux de participer à cette création et d'exprimer leurs avis et leurs critiques. « La transparence » dans le processus de la législation réalise le plus haut degré de l'accès à la loi²⁷⁵. Le droit de critiquer le système de la législation constitue la principale clé de la démocratie et les citoyens doivent avoir la possibilité de connaître et de comprendre le système juridique, afin qu'ils puissent le critiquer et le contrôler²⁷⁶.

La différence d'approche des auteurs est une différence de « qualité ». Il y a, d'une part, des auteurs, tels Montesquieu et Portalis, qui insistent sur la grande « clarté » et la « précision » des normes, et d'autre part, ceux comme Sir Francis Bacon, qui sont d'avis que, dans l'expression des lois, l'obscurité a lieu lorsque la simplicité, la brièveté et la clarté démesurées des règles transforment la loi en « un livre de chevet populaire ». C'est pour cette même raison que des théoriciens tels que Fluckiger sont d'avis que la rédaction des règles « claires et précises » est un idéal inaccessible. Ils pensent que si l'on souhaite accéder à une loi claire, une loi qui garantit les droits des citoyens de sorte que les limites de ces droits soient complètement claires et

²⁷⁴ Par exemple: Thomadakis, Stavros B., "What makes good Regulation?", IFAC Council Seminar, Mexico City, 2007.

²⁷⁵ L'Accord interinstitutionnel sur les lignes directrices communes relatives à la qualité rédactionnelle de la législation communautaire, 22 décembre 1998 ; L'Accord interinstitutionnel «Mieux légiférer», 16 décembre 2003, Communication Better lawmaking, 2002 ; The Action Plan for simplifying and improving the regulatory environment, 2002.

²⁷⁶ Voermans, Wim, "Concern about the Quality of EU legislation: What kind of problem, By What kind of Standards?", in *Erasmus Law Review*, Volume 02, pp. 59-96, 2009, p. 77.

compréhensibles pour le public, on aura alors des normes avec des détails compliqués et d'une grande précision, ce qui auront pour conséquence qu'elles seront sophistiquées, lourdes et longues, déniaient, à leur tour, le principe de « la clarté » de la loi²⁷⁷.

Mais le point commun de toutes les théories est l'objectif de « la clarté » et « la précision » de la loi, à savoir son intelligibilité pour les citoyens. Toutes ces théories reconnaissent ainsi un rôle important pour les juges dans la réglementation du caractère « vague » des normes. Toutefois, si les normes doivent être claires pour que les citoyens les comprennent et pour garantir leurs droits, cette garantie même du droit du citoyen implique de ne pas charger les juges de l'identification des termes normatifs vagues et de la déléguer aux spécialistes du langage.

Comme cela sera constaté dans la partie consacrée à l'interprétation, le principe de la séparation des pouvoirs empêche que les juges n'attribuent une signification spécifique à une loi ambiguë. Par contre, ils seront uniquement capables de repérer et d'annoncer l'ambiguïté d'une loi à l'aide des linguistes. C'est la seule méthode qui puisse garantir les droits des citoyens, permettant une application pure et dure du principe de l'Etat de droit. L'interprétation n'est alors valable que lorsque la loi n'a pas d'ambiguïté, quand le juge en perçoit et extrait le sens.

§ 2. La simplicité de la norme juridique

Comme pour la notion de « clarté », il est nécessaire de comprendre la notion de « simplification » et son critère, d'où la nécessité d'étudier les bases théoriques de « la simplification » de la norme juridique.

Après avoir traité de la diminution des normes juridiques (A) sera abordée la question des méthodes de simplification des normes juridiques (B).

²⁷⁷ Fluckiger, Alexandre, «Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal», précité, p. 5, 6.

Bien que la nécessité de simplification de la norme soit toujours soulignée dans la plupart des œuvres comme l'un des traits d'une norme de bonne qualité, et cela à côté de la « clarté », certains juristes estiment que cette exigence ne peut pas toujours être compatible avec « la clarté » (C).

A. Les bases théoriques de « la simplification » de la loi

Une grande part de l'intérêt porté à « la simplification » des normes juridiques et les moyens d'y accéder est due à « la codification » des règles dans les divers systèmes juridiques. Par exemple, le souci de simplification des règles, a orienté la codification Théodosienne vers la correction des textes pour les dépouiller de tout « flou » et de toute imprécision. Même à l'époque moderne, on peut suivre l'empreinte d'une telle simplification dans les codes qui s'avèrent intacts, par exemple, la codification anglaise qui souhaite être une continuation directe et harmonieuse des jurisprudences y incluses, ne peut pas renoncer au changement et à la correction des règles en question²⁷⁸.

En France, malgré le regard prudent et attentif du Conseil constitutionnel selon lequel après la codification des règles de « à droit constant », les versions d'une loi ne changent pas le thème ni l'ordre des articles transmis, on modifie par une simple codification, cachée sous le nom de codification de droit constant, le droit existant. De toute façon, les rédacteurs qui codifient les normes juridiques n'hésitent pas une seule seconde à changer les normes collectées, à supprimer les unes et en ajouter d'autres, afin de répondre au souci de simplification, de cohérence et de mise à jour de l'ensemble des normes. Le souhait d'accéder à des normes « claires et compréhensibles » se perçoit également dans les pays communistes. Par exemple, l'ensemble des normes civiles d'Allemagne de l'Est, entre les années 1976 et 1990, souligne que la classification de ces normes est faite d'une telle manière qu'elles sont

²⁷⁸ Cabrillac, Rémy, *Les Codifications*, Presses Universitaires de France, 2002, p. 195.

en accord avec la vie des citoyens, et que les citoyens sont familiers avec ces normes²⁷⁹.

Si on accepte que l'objectif de « la clarté » de la loi soit son intelligibilité pour les citoyens, de sorte que leurs droits soient protégés contre l'autoritarisme des Etats, les méthodes de « la simplification » des règles aident à la réalisation d'un tel objectif. Le principal but est d'élever la compréhension juridique des citoyens et des exécutants et de les rendre capables d'exécuter les normes²⁸⁰. Si la rédaction des règles est simple, sans complexité, que ce soit dans les propositions incises ou les références répétées, et si les phrases sont courtes sans subdivisions inutiles, la compréhension des règles sera alors facile pour les citoyens.

Dans les œuvres anciennes, la notion de « simplicité » de la norme juridique semble se confondre avec « la clarté » cette norme. Portalis, par exemple, pensait que la France, en tant que grand pays composé d'industries variées et compliquées, et où diverses couches de groupes sociaux travaillent dans divers domaines, ne peut pas avoir de règles aussi simples que les pays petits et pauvres. Selon lui, c'est une erreur évidente que d'imaginer qu'une loi complète et détaillée et qui souhaite pouvoir tout prévoir, peut être en même temps intelligible pour les citoyens²⁸¹. Par « simplicité », Portalis considère que les normes juridiques doivent être purifiées des termes techniques et spécialisés, ce qui ne constitue pas un point fort pour un pays tel que la France, en tant que pays industriel. Donc, il pense que la simplicité des normes juridiques en France ne sera pas possible.

D'autre part, et dans une autre partie, Portalis se demande s'il existe une nation qui peut se contenter de règles simples et peu nombreuses. En réponse à cette question, il conclut qu'on ne peut pas simplifier les normes (diminuer le nombre des

²⁷⁹ Ibid., pp. 196, 219.

²⁸⁰ Voermans, Wim, "Concern about the Quality of EU legislation: What kind of problem, By What kind of Standards?", précité, p. 79.

²⁸¹ Portalis, Jean-Etienne-Marie, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, précité, pp. 15, 16.

normes et les domaines de la législation) et abandonner ainsi les citoyens sans loi ni garantie pour leurs principaux intérêts²⁸². Donc, la « simplicité » des règles signifie la réduction des champs de la législation, ce qui s'approche des débats techniques dans le domaine de la législation. Ainsi, lorsqu'elle s'oppose au langage technique, la « simplicité » signifie la « clarté », et lorsqu'elle vise à réduire les champs de la législation et le nombre de règles, elle signifie la « simplification » technique des normes juridiques.

Par la « simplification » des normes juridiques, Montesquieu aussi entend la réduction des champs de législation et du nombre de normes. Il est d'avis que les pays possédant des coutumes fortes et parfaites, n'ont pas besoin de normes compliquées, et pour les administrer, de simples normes suffisent. Autrement dit, la norme juridique ne couvre que les champs dans lesquels les coutumes ne sont pas entrées. Il s'avère que par « simplicité » de la norme juridique, Montesquieu entend la limitation des champs de législation, comme voulant dire que la norme juridique ne doit pas être établie dans tous les champs. C'est pourquoi il estime que là où il y a des coutumes, la norme ne doit pas les changer²⁸³.

Néanmoins, dans le sixième livre, il souligne que les états démocratiques ont des lois compliquées tandis que les Etats dictatoriaux ont des règles simples ; car, selon lui, dans les états démocratiques, la vie des citoyens est assurée et stable, juste comme la loi constitutionnelle de l'Etat. Il semble qu'ici par « simplicité » de la loi, Montesquieu entend une loi qui n'est pas exacte ni détaillée, ce qui est, selon lui, blâmable et incorrect, car si une règle n'est pas « claire » cela veut dire qu'elle n'est pas exacte ni détaillée, et si une loi n'est pas exacte et claire cela entraînera la dénégaration des droits des citoyens²⁸⁴.

²⁸² Ibid., p. 19.

²⁸³ Premier, Tome, *Œuvres de Montesquieu : De l'esprit des Lois*, précité, pp. 200, 213, 214.

²⁸⁴ Ibid., p. 108.

Ainsi, Montesquieu désapprouve « simplification » des normes au sens de les raccourcir et de les abréger, considérant cela comme un acte allant à l'encontre de « clarté » de la norme juridique. C'est-à-dire, la « simplification » des normes, au sens de l'utilisation des moyens et des techniques qui les rendent courtes et sans aucune proposition incluse, finit par constituer une entrave grave à l'exactitude des règles, ce qui nuit à son tour à la « clarté et précision » de la norme ; et cela, parce que la norme juridique n'est claire et précise que lorsque elle est rédigée d'une manière exacte et en détail²⁸⁵.

Contrairement à Montesquieu et Portalis, Hager n'est pas d'accord avec les phrases longues (Montesquieu) ni le langage technique (Portalis). Selon lui, la complexité des règles juridiques est, premièrement, enracinée dans l'utilisation de termes archaïques, latins et étrangers ainsi que de mots ambigus et aux sens multiples²⁸⁶, tout cela découlant, selon les divisions données ci-dessus, de la question de la « clarté et précision » de la norme juridique ; et deuxièmement, dans les longues phrases qui ne sont pas au moins ponctuées pour faciliter leur compréhension, la ponctuation pouvant être considérée comme appartenant aux méthodes de la « simplification » de la norme juridique.

Selon Hager, la complexité des textes et normes juridiques est d'une certaine manière due à la volonté des avocats et les spécialistes des droits, car la plupart d'entre eux croient qu'un texte ou une loi convenable est un texte complexe et une loi sophistiquée. Il est d'avis que pour les spécialistes du droit le seul moyen de simplifier les normes juridiques est d'éviter toute utilisation du langage technique ou juridique. A ceux qui croient que, tout comme les autres domaines de la science telle la médecine ou l'ingénierie, le droit se dote de son propre langage, il répond que le langage du droit est le langage des relations humaines dans la société et il n'a donc pas besoin d'être rempli par des termes rares et désuets ainsi que des structures compliquées.

²⁸⁵ Fluckiger, Alexandre, «Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal», précité, p. 3.

²⁸⁶ Hager, John W., «Let's simplify legal language», in *Rocky Mountain Law Review*, No. 32, 1960, pp. 74-86, Not. p. 78.

Donc, les spécialistes du droit doivent savoir que la loi n'est pas un jouet aux mains des avocats mais un moyen de servir le peuple. D'après lui, les avocats existent pour rendre service au peuple et non le peuple aux avocats²⁸⁷.

Critiquant la complexité de la norme juridique, l'auteur de l'article *Let's simplify laws* énumère deux raisons pour expliquer cette complication : l'une est le grand nombre des règles rédigées et donc l'inflation de la législation, et l'autre est l'ambiguïté des règles, plutôt due au désir de contenter les opposants d'une règle par le moyen d'y inclure des termes vagues, ce qui finit par mettre le juge en difficulté lors de la réglementation du caractère vague et imprécis des normes. Pour lui, la « clarté » et la « simplicité » de la norme juridique, sont des principes qui s'opposent à la « complexité ». En poursuivant sa démonstration, il évoque une loi de mai 1923, ratifiée à New York, à partir de laquelle on a fondé une commission pour examiner les normes et les jurisprudences, dans le but de trouver les défauts de ces normes et les problèmes de leur exécution, de proposer les changements et les réformes nécessaires, et de mettre les normes juridiques en harmonie avec les nouvelles situations de la société. Le résultat était un rapport qui englobait un grand nombre de propositions dont la plus importante était de fonder une commission permanente pour étudier les règles²⁸⁸.

Tout comme les théoriciens précédents, Schuck emploie le mot « complication » au sens général, sans aucune distinction entre « clarté » et « simplicité » des normes juridiques. Il part de l'idée que la complexité de la loi n'est pas quelque chose de nouveau et depuis quelques siècles les gens ordinaires, les policiers et les avocats y font face. Selon lui, un système juridique, une institution ou une norme juridique est atteinte de complexité lorsqu'on y trouve quatre caractéristiques : la densité, la technicité, la différenciation, et l'indétermination ou le manque de certitude²⁸⁹. La

²⁸⁷ Ibid., pp. 81-84.

²⁸⁸ (?), «Simplifying the Law», in *The Business Law Journal*, n. 3, 1924, pp. 262-267, Not. pp.264, 266, 267.

²⁸⁹ density, technicality, differentiation, and indeterminacy or certainty.

densité des normes a lieu lorsqu'elles sont nombreuses²⁹⁰. Les normes visent à contrôler un grand nombre de comportements ; dans certains cas, le grand nombre des normes apparaît comme une mer à travers laquelle le passage est difficile. En plus, cette même densité entraîne, à son tour, la collision et le conflit²⁹¹ entre les normes. La technicité des normes découle de l'utilisation des mots techniques, et la différenciation a lieu lorsque plusieurs autorités compétentes, participant à la législation, utilisent des jurisprudences variées dans la rédaction et la ratification des normes. Mais l'indétermination et l'incertitude sont le lot des normes ayant une texture ouverte et des normes flexibles, multifactorielles, et changeantes. Le recours à de telles normes est coûteux, car son résultat n'est ni clair ni prévisible²⁹².

Schuck considère la complexité comme le contraire de la simplicité, mais il prend les deux mots au sens large de ces termes. Bien qu'il traite de l'incertitude ainsi que de la technicité des normes, il considère ces deux vocables comme contraires à la simplicité, par laquelle il s'avère entendre la clarté et la précision de la norme. Seulement lorsqu'il traite de la densité et de l'augmentation des normes, il emploie « simplicité » dans un sens autre que « clarté » et son sens technique.

Parlant de l'inflation dans la législation et proposant la distinction entre deux types de défauts, à savoir les défauts substantiels²⁹³ et les défauts techniques²⁹⁴, Eng souligne que les défauts substantiels, telle l'incompatibilité avec les critères moraux, aboutissent à l'inflation dans la législation, tandis que pour les défauts techniques, tel le langage compliqué de la norme, on a besoin de faire une recherche sur la quantité nécessaire de nouvelles législations pour y remédier. Par exemple, il signale les nouvelles législations, faites ces dernières années dans les pays scandinaves, dans

²⁹⁰ numerous and encompassing.

²⁹¹ collide and conflict.

²⁹² Schuck, Peter H., *The Limits of Law*, USA: Westview Press, 2000, pp. 4, 12.

²⁹³ Substantial Flaws.

²⁹⁴ Technical Flaws.

lesquelles la réglementation des défauts techniques a été l'un des mobiles essentiels de l'acte de législation²⁹⁵.

Étant donné que l'inflation dans la législation entraîne la complexité, le manque d'accès, le caractère « vague » et le manque de juste compréhension de la loi par les autorités d'application de celle-ci et par les citoyens, cette inflation s'avère influencer directement sur la qualité de la norme. Donc, selon Eng, si le caractère vague de la norme juridique a pour conséquence que, pour y remédier, le législateur procède à une nouvelle législation sur le même sujet, la multitude des normes sur un même sujet nuira à son intelligibilité pour les citoyens, ce qui est source d'influences directes sur « la qualité des normes » et nuisibles à celle-ci.

Concernant l'inflation des normes, force est de relever que le seul nombre de règles pendant une certaine durée temporelle ne peut pas être pris en considération, de la part des législateurs, comme un critère exact pour témoigner de l'existence de « l'inflation normative ». S'agissant de « l'inflation des normes », la juste évaluation peut se faire de cette façon : si est examiné un problème juridique précis et recherché le nombre de normes disponibles à son propos, y trouvons-nous le moyen d'atteindre notre objectif, ou bien, parce que les normes sont trop nombreuses, sommes-nous dans l'impossibilité de trouver notre voie dans cet itinéraire trop complexe ? C'est ce que Dickinson signale lorsqu'il examine, dans son article, les normes ratifiées pendant une année dans son Etat. Il montre que la plupart des règles ne sont ni directement liées à tout le peuple ni directement adressés aux autorités administratives ; le nombre élevé des règles établies est d'une certaine manière partagée entre les destinataires de la loi et la part de chacun d'eux n'est pas considérable²⁹⁶.

Un moyen de réduire le nombre des règles et d'alléger la charge de travail du législateur est le phénomène de l'autorégulation, mentionné aussi dans certains textes

²⁹⁵ Eng, Svein, "Legislative Inflation and the Quality of Law", in *Legisprudence*, Edition by Luc J Wintgens, 2002, pp. 65-79, Not. pp.68, 69, 75.

²⁹⁶ Dickinson, John, "Legislation and the effectiveness of Law", in *American Bar Association Journal*, N° 17, 1931, pp. 645-696, Not. pp. 647, 648.

internationaux. Cela veut dire que les industries, les associations et les syndicats procèdent à établir des normes pour leur propres activités afin de réduire la charge du travail de l'assemblée et du pouvoir législatif d'une part, et d'autre part, d'améliorer les normes du point de vue de la qualité et de l'efficacité, de la mise à jour et de leur conformité avec les souhaits des syndicats²⁹⁷.

La réduction du nombre des normes et la limitation du domaine de la législation, vont dans le sens envisagé dans la plupart des textes normatifs, même les textes internationaux, pour « simplification » des normes. Cependant, d'autre part, pour simplifier les normes juridiques, certains théoriciens ont proposé des méthodes techniques que nous allons évoquer plus tard. Ces méthodes montrent qu'en plus de limiter la législation, les spécialistes du droit envisagent une autre signification à « la simplification » des règles juridiques, comprenant plutôt des méthodes et des techniques qui constituent des standards relatifs à la forme des normes.

B. Les méthodes de simplification des normes juridiques

En Suisse, Eugène Huber propose des pistes pour simplifier le code civil : raccourcir les textes; tout article doit avoir au maximum trois aliéna; tout aliéna doit être résumé en une seule ligne, les lignes et les termes doivent être courts et les articles ne doivent pas contenir de subdivisions. L'auteur ne doit pas avoir peur d'employer des termes neutres pour exprimer les concepts ; il doit éviter d'utiliser les synonymes, même si cela entraîne la monotonie du texte. Et le plus important de tous est qu'il évite, autant que possible, d'utiliser les références. Dans le cas où cela est nécessaire, la référence doit être réalisée par un terme qui transmet le sens et il ne doit pas se contenter d'évoquer seulement le numéro de l'article dans la référence²⁹⁸. Etant maintenant employés en Suisse dans les formules et les règlements concernant la

²⁹⁷ Rouvillois, Frédéric, *L'efficacité des normes: Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique*, précité, p. 7.

²⁹⁸ Fluckiger, Alexandre, «Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal», précité, p. 4.

méthode de la législation, ces principes montrent que, en pratique, la simplification réside dans l'ensemble des méthodes techniques et formelles dont le but est de raccourcir les articles de la norme juridique et de les débarrasser de leurs complexités formelles dues aux diverses subdivisions et renvois.

Dans *the Mechanics of law-making*, Symonds observe minutieusement les méthodes convenables de la rédaction de lois. Pour « simplifier » les articles de la norme juridique, il propose des méthodes qui facilitent la compréhension et l'accès aux articles. Par exemple, il signale que le renvoi d'un article à un autre sur un sujet identique entraîne la complexité et l'allongement de cet article. En plus, le rangement des articles doit être logique de telle manière que l'on puisse facilement les trouver. L'article doit être court et on doit y éviter tout bavardage et verbosité. Les titres choisis jouent un rôle important dans la simplification de la norme ; de plus, ils peuvent aider à trouver plus facilement les articles nécessaires parmi l'ensemble des règles. Les titres des articles soi-disant correctifs doivent transmettre facilement leur sens, à savoir qu'ils doivent souligner qu'ils sont établis pour le changement et la correction. Si la norme est temporaire, son titre doit l'indiquer²⁹⁹.

Faulk et Mehler expriment eux aussi les principes d'une rédaction claire et précise. Ils ont divisé en plusieurs parties les méthodes de la rédaction parmi lesquelles les points de grammaire et de forme, tout en signalant dans chaque partie tous les points nécessaires à respecter, y compris la longueur des termes, le choix des mots et même le style qui doit, tout en étant fort et cohérent, éviter d'offenser et de gaspiller le temps du lecteur. Concernant les points de grammaire, ils expliquent précisément la bonne utilisation des signes de ponctuation, y compris le point et le point-virgule³⁰⁰.

²⁹⁹ Symonds, Arthur, *The Mechanics of Law-Making*, précité, pp. 41-43.

³⁰⁰ Faulk, Martha; Mehler, Irving M., *The Elements of Legal Writing*, New York: Macmillan, 1994, p. 5-13, 17, 25, 26, 33.

A côté des textes qui étudient d'une manière spécifique les méthodes d'écriture (codes de légistiques), il existe aussi des textes qui proposent aux avocats des points à suivre dans leur rédaction ; ces points peuvent les aider à rédiger des textes « clairs », « intelligibles » et « simples ». Ces conseils sont, pour la plupart, des points de ponctuation qui peuvent être également utiles pour les législateurs. Le respect des points de grammaire, l'utilisation de phrases courtes, des pronoms exacts, de brèves subdivisions, ainsi que des conseils sur l'utilisation convenable de la ponctuation³⁰¹.

Certains pays, dans lesquels la question de « la qualité de la loi » a été l'objet de débats, ont porté leur attention sur des sujets tels que la simplification techniques des normes et la réduction du nombre des règles juridiques. Par exemple, en Allemagne et en Pays-Bas, les normes et les politiques concernant la qualité de la norme ont été notifiées à l'Assemblée ; en Pays-Bas, on a même fondé une commission pour examiner sous tous les aspects, notamment l'aspect qualitatif, tous les projets de loi réglés et ratifiées, et si un projet de loi a beaucoup de défauts, le cabinet est obligé de régler de nouveau le texte du projet. En Allemagne aussi, afin de réduire le nombre des normes, ont été préparés des formulaires qui contiennent des questions intéressants la nécessité de la législation sur un certain sujet, et de manière qu'à la fin il soit possible de décider si la législation dans un certain domaine est nécessaire ou bien, au contraire, si elle ne ferait qu'augmenter le nombre des normes juridiques³⁰².

³⁰¹ *Writing Manual*, 2013, Not. part 2, on <https://www.supremecourt.ohio.gov/ROD/manual.pdf>; *Tips for effective punctuation in legal writing*, 2002, on <https://www.law.georgetown.edu/academics/academic-programs/legal-writing-scholarship/writing-center/upload/punctuationtips.pdf>; Higgins, Edwina; Tatham, Laura, *Successful legal writing*, London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2011.

³⁰² Kellerman; Ciavarini, *Improving the Quality of Legislation in Europ*, Cambridge: Kluwer Law International, 1998, pp. 111-140.

C. L'opposition au mouvement de *plain language*

Bien qu'en pratique les partisans du mouvement de *plain language* (langage simple) soient bien nombreux, cela ne veut pas dire que ce mouvement n'a pas d'opposant. Par exemple, Jeffrey Bernz, l'un des opposants de *the Law Reform Commission of Victoria* est d'avis qu'en Angleterre cette commission, ainsi que le mouvement du *plain language*, sont orientés vers un sens injuste, car le recours aux méthodes sophistiquées du *plain language* ne peut pas remédier aux sources véritables du doute dont les normes sont atteintes. Selon lui, les méthodes de « plain language » cherchent à réaliser l'objectif de rendre la norme « intelligible » pour le peuple³⁰³.

Jeffrey Berenz a montré, en examinant quatre dossiers, que le « plain language » est, dans la pratique, confronté à un certain nombre d'entraves, et que les sources de doute dans l'interprétation ont des racines vagues et compliquées. Bien que, dans l'ensemble, ces méthodes soient parvenues à améliorer la législation, elles ne suffiront pas à elles seules à supprimer la doute. Parmi ces limites l'une des plus importantes concerne « les sources de doute ». « Les sources de doute »³⁰⁴ ou « les facteurs de doute » sont des facteurs qui peuvent engendrer le doute dans un dossier. N'étant pas incontrôlables, ces sources peuvent être déminées au minimum par les politiciens et les auteurs des projets. La source du doute peut, par exemple, relever des éléments contradictoires ; un terme dans le traité, un événement imprévu, ou le doute à l'égard de l'intention du législateur. Ces exemples montrent que des sources autres que la faiblesse langagière du législateur peuvent entraîner le doute dans l'interprétation. Par exemple, dans le langage ordinaire ainsi que juridique, le sens d'un mot est le plus souvent clair, mais la mauvaise utilisation de ce mot provoque le doute dans l'interprétation³⁰⁵.

³⁰³ Barnes, Jeffrey, «When «Plain Language» legislation is ambiguous-sources of doubt and lessons for the plain language movement», in *Melbourne University Law Review*, Vol. 34, 2010, pp. 671-707, Not. p. 671.

³⁰⁴ Sources of doubt.

³⁰⁵ Ibid. p. 671.

Les sources du doute ont des caractéristiques clés : elles ne se limitent pas aux méthodes et événements ayant eu lieu avant l'établissement de la norme; par exemple, les fautes des politiciens et celles des auteurs du projet peuvent se juxtaposer pour faire apparaître la source du doute ; ou bien, il se peut que la négligence du ministère dans l'examen de la conformité du projet avec les notes explicatives ou l'erreur du tribunal dans l'interprétation, causent le doute à l'égard d'une certaine règle. D'autre part, et certainement à cause de la nature des problèmes auxquels les législateurs font face ou bien à cause de la contradiction entre les objectifs, on ne peut pas supprimer complètement les sources du doute, car dans le pouvoir de la législation l'erreur humaine n'est pas impossible³⁰⁶.

Le point intéressant est que le spectre de cette erreur humaine peut être très large, couvrant le ministère jusqu'au juge qui interprète la règle, voire tous ceux qui ont contribué à la rédaction et la ratification de la norme juridique³⁰⁷.

Barnes est donc d'avis qu'on a besoin de solutions autres que la seule manipulation de la forme des règles pour rectifier leur caractère vague et les rendre intelligibles pour les citoyens. Selon lui, à part la faiblesse du langage, le caractère vague et l'imprécision des énoncés, il y a aussi d'autres facteurs qui rendent la loi douteuse et sa juste interprétation difficile. La solution qu'il propose, pour étudier le caractère vague des normes, est de s'occuper des questions autres que la question du langage, d'observer d'un autre point de vue la question du caractère vague, et d'en chercher la cause dans des lieux hors du domaine du langage³⁰⁸.

Même si un grand nombre de dispositions normatives juxtaposent, en tant que caractéristiques d'une bonne norme, la « clarté » et « simplicité », il n'est guère facile de préciser la relation exacte entre les deux. Tout comme Lord Reid souligne dans le

³⁰⁶ Ibid., pp. 675, 676, 701, 706.

³⁰⁷ Barnes, Jeffrey, «When «Plain Language» legislation is ambiguous-sources of doubt and lessons for the plain language movement», in *Melbourne University Law Review*, Vol. 34, 2010, pp. 671-707, Not. p. 793.

³⁰⁸ Mayhew, Sir Patrick, "Can Legislation ever be Simple, Clear, and Certain?", in *Statute Law Review*, N. 11, 1999, pp. 1-10, Not. p. 7.

dossier *R. v. Ottewell*³⁰⁹, le manque de précision de la langue anglaise, à tel point que la rédaction d'un article non vague et pour lequel au moins deux sens ne soient pas imaginables, est un travail bien difficile. Le législateur doit donc essayer, d'une part, de rédiger une règle facile, et d'autre part, éviter qu'elle soit vague, notamment s'il s'agit d'une norme pénale, et que cela aboutisse à la rédaction d'articles compliqués dont la compréhension du sens exact n'est pas facile³¹⁰. En rendant inaccessible le sens d'une norme juridique, ces complexités nuisent à sa clarté, au sens de son intelligibilité pour les citoyens.

La simplicité a des liens étroits avec la clarté et tous les deux ont des liens avec la certitude (certainty). La « certitude » ou la « sécurité juridique » signifie la protection des droits des citoyens contre l'arbitraire des pouvoirs publics ainsi que la compréhension des règles par les citoyens pour connaître leurs droits et leurs devoirs³¹¹.

En Angleterre, en réponse au comité de Renton³¹², les législateurs ont écrit des textes dont l'étude peut aider à comprendre et identifier ces deux catégories de liens. Selon eux, le parlement n'accepte pas, pour des raisons logiques, la simplification des normes si elle comporte un potentiel d'injustice, même infime, à n'importe quel niveau ; le Parlement insiste sur la nécessité que les droits des citoyens soient

³⁰⁹ Ibid.

³¹⁰ Ibid.

³¹¹ Voir: Predescu, Ion ; Safta, Marieta, « The Principle of Legal Certainty, Basis for the Rule of Law », in www.ccr.ro/ccrold/.../8/predescuen.pdf; «La sécurité juridique, Le point de vue du juge constitutionnel», Exposé fait par M. Olivier Dutheillet de Lamothe, membre du Conseil constitutionnel, à l'occasion de l'accueil de hauts magistrats brésiliens, le 20 septembre 2005 ; Rapport du Conseil d'Etat (1991), «De la Sécurité Juridique», No. 43, Documentaire Français ; Rapport du Conseil d'Etat (2006), «Sécurité Juridique et Complexité du droit», No. 58, Documentaire Français. Paunio, Elina (2009), "Beyond Predictability – Reflections on Legal Certainty and the Discourse Theory of Law in the EU Legal Order", in *German Law Journal*, Vol. 10, No. 11, pp. 1469- 1493. Case 137/85, Maïzena v Balm, 1987 ECR 4603; Case T-172/89, Vandemoortele, 1990 ECR I-4690.

³¹² Committee on the Preparation of Legislation (Renton Committee): Evidence, Correspondence and Report, <http://discovery.nationalarchives.gov.uk/details/r/C3942>.

exactement et en détail précisés et il n'accepte pas le raisonnement qui consiste à affirmer que la législation doit être déléguée au juge³¹³.

On peut classer les recommandations du parlement en quelques points clés : premièrement, selon le parlement, le résultat de « simplification » des normes est qu'elles ne seront pas « exactes et détaillées » ; subséquemment elles ne seront pas « claires », elles seront « vagues », ce qui donne la liberté d'action aux juges. La « simplification » de la loi signifie alors : une rédaction brève. Deuxièmement, si les normes ne sont pas « détaillées », « exactes », « claires », et « non vagues », elles violeront les droits des citoyens, car ceux-ci n'en auront pas une juste compréhension. La « clarté » de la loi signifie donc « son intelligibilité » pour les citoyens. Troisièmement, tous ces facteurs augmentent le potentiel de l'injustice. Conséquemment, si la « clarté » signifie l'intelligibilité d'une règle juridique pour les citoyens, la « clarté » et la « certitude » entretiennent une relation directe l'une avec l'autre ; autrement dit, plus une norme juridique est « claire », plus elle garantit la « certitude » ou la « sécurité » juridique, tandis que la « simplicité » des règles va à l'encontre de la « certitude » et la « sécurité juridique », car pour que la norme juridique soit compréhensible, il faut qu'elle ne soit ni simple ni brève.

En réponse, le comité de Renton souligne que les auteurs du projet de la loi ne sont pas obligés de sacrifier « certitude » à « simplicité » des règles. Mais, ensuite, il ajoute que leur proposition suivant laquelle les objectifs ne doivent pas être exprimés dans une introduction mais être inclus, sous la forme d'une seule phrase, dans le texte de la loi, n'est pas acceptable, car celui-ci (l'acte d'écrire les objectifs dans une introduction) est le meilleur moyen de préciser les limitations de la loi et d'augmenter son efficacité³¹⁴.

En effet, le comité veut dire que si « clarté » des normes juridiques et leur intelligibilité pour les citoyens sont importants, il faut que l'introduction, placée

³¹³ Mayhew, Sir Patrick, "Can Legislation ever be Simple, Clear, and Certain?", précité, p. 7.

³¹⁴ Ibid., p. 10.

séparément au début du code, et comme un texte indicatif et non impératif, soit insérée au début du projet de la norme et au texte final de la norme juridique. Bien que l'introduction ait, du point de vue des principes de la législation moderne, de sérieux opposants, elle peut aider à interpréter la norme et à découvrir l'intention du législateur.

Il est certain que, dans la législation moderne, l'objectif le plus important est l'intelligibilité de la loi pour les destinataires. De ce fait, le mouvement de simplification du langage des normes juridiques, qui cherche à proposer des méthodes et des principes simples pour la rédaction des règles, est défendable en tant que caractéristique influente sur la qualité des normes à moins qu'il ne nuise à l'intelligibilité de la norme pour les destinataires.

La simplification, que ce soit sous forme de méthodes pour abrégé les textes normatifs ou supprimer les propositions incluses ou sous forme de règles de ponctuation, est un mouvement dont le but est de rendre les normes juridiques « intelligibles » pour les destinataires; mais si ce même effort de diminution des termes entraîne du flou et l'équivoque dans les règles juridiques, il contredira sans doute l'objectif même de simplification et ne sera donc pas acceptable. L'objectif principal du mouvement de simplification et de clarification des normes juridiques est de garantir les droits des citoyens en élevant leur niveau de compréhension de la loi et en prévenant la tyrannie et l'abus des gouvernements qui profiteraient de l'imprécision des normes au détriment des droits des citoyens.

Tout comme les autres domaines, celui du langage a besoin de ses propres spécialistes. Certes, on ne sera pas capable d'établir une balance entre les deux caractéristiques de la clarté et la simplicité sans accepter la présence des spécialistes du langage dans les diverses étapes de la rédaction et la ratification des règles juridiques. L'inauguration des commissions et les conseils d'examen, la révision des projets de norme et des textes concernant les normes juridiques, la présence des experts officiels du langage dans les cours, garantiront les droits des citoyens tout en

établissant une balance entre les caractéristiques apparemment contradictoires de la bonne norme juridique.

Section 2. Les caractéristiques matérielles des normes juridiques

« Les qualités relatives au fond sont celles qui ont trait au contenu de l'acte législatif, c'est -à-dire à ce qui est prescrit ou décidé par le législateur. La notion de fond est ainsi entendue dans son sens abstrait : « Ce qui, au-delà des apparences, se révèle l'élément intime, véritable ». Ce sens correspond à celui utilisé en droit : « Ce qui appartient à la matière, au contenu essentiel du droit et de tout acte juridique (opposé à la forme) »³¹⁵.

Au contraire des caractéristiques formelles qui protègent les droits des citoyens et qui sont des exigences découlant du principe d'Etat de droit, les caractéristiques matérielles augmentent « l'acceptation » de la norme par les individus dans la société. Nous avons ici un lien entre l'acceptation et la légitimité de la norme ; les citoyens obéissent, de bon cœur, à des normes qui vont vers leurs intérêts et leurs convictions (éthique, sociale, culturelle et nationale). A leur avis, ce qui est conforme à ces intérêts est légitime. Ils l'accepteront et cette acceptation assure la vie de ces normes dans la société juridique.

En outre, la désobéissance peut se produire devant des normes injustes, immorales ou irrationnelles. Dans les deux premiers cas, il y a des principes qui sont attaqués et dans le dernier, c'est la politique du gouvernement et de la majorité qui est injustifiée. La désobéissance à une loi ou une norme immorale, par exemple la livraison d'une personne réduite à l'état d'esclave, se produit normalement immédiatement sans que puisse être exigée une protestation par une pétition écrite. Mais, dans le second cas, qui a sa base dans la justice, la désobéissance prend le temps de se manifester. Pour le dernier cas, celui des normes irrationnelles, les protestataires

³¹⁵ Marinese, Vito, *L'idéal législatif du Conseil constitutionnel. Etude sur les qualités de la loi*, thèse, Sous la direction de Guy Carcassonne, Université Paris-X-Nanterre, 2007, pp. 16, 17.

doivent encourager la majorité à changer de politique en montrant que ce projet est en fait injustifiable financièrement, parce qu'il questionne le principe majorité³¹⁶.

Les normes qui n'ont pas cette conformation ne sont pas annulées, mais pour la plupart, elles affectent l'acceptation et réduisent l'obéissance des citoyens, et dans ce cas la possibilité de désobéissance civile sera élevée. Par exemple, Waldron estime que, conformément au principe de l'Etat du droit, les citoyens doivent obéir aux normes dans n'importe quelle situation et sans regarder leur contenu. Il précise l'idée Kant par laquelle, les individus dans une société n'ont pas le droit de protester contre une loi et qu'il leur est permis uniquement de déclarer leur protestation sous forme écrite³¹⁷. Cela permet-il d'assurer la survie du gouvernement et, en termes généraux, de l'Etat ? L'accumulation de normes qui ne sont pas acceptables et d'une forme d'obéissance qui est apparente et fondée sur la crainte, peuvent-elles continuer ? Cela n'ébranle-t-il pas la vie juridique et sociale ?³¹⁸

L'histoire enseigne que la loi en tant qu'acte de pouvoir public et norme avec sanction n'est pas suffisante pour être permanente. L'appréciation portée par les individus sur le contenu d'une norme est une chose qui se produit et qui ne peut être bloquée. Même des normes puissantes avec les sanctions les plus sévères, par exemple l'Apartheid ou un régime d'esclavage, rencontreront la désobéissance civile.

Selon Austin, la force et la stabilité de l'Etat prennent leur source dans le contentement des citoyens. La puissance de l'autorité publique est liée au pouvoir du peuple et les citoyens sont libres d'accepter et de lui obéir. Dans toute société

³¹⁶ Dworkin, R., "A matter of principle", Trans. Mohammed Rasekh, in *Rights and Interests*, Teheran: Tarh e Now, 2014, pp. 118-141, Not. pp. 124-127, 129, 130, 133, 135.

³¹⁷ Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, précité, pp. 37, 40, 41.

³¹⁸ « Au XIXe siècle, la théorie allemande de la législation souligne le rapport étroit qui doit se nouer entre l'acte de légiférer et l'état de la situation à laquelle va s'appliquer la loi. La nécessité de soumettre le droit en vigueur à des révisions régulières pour l'adapter aux changements sociétaux, déjà exprimée par Platon, est reconnue et justifie l'évaluation législative ... la bonne loi n'est plus forcément celle qui est bien rédigée, mais celle qui produit des effets sur la réalité sociale, environnementale et économique ». Fluckiger, Alexandre, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », précité, pp. 16, 17.

indépendante, le gouvernement, habituellement, se trouve face à principes qui sont forts ; en fait, c'est la société qui impose ces principes au gouvernement et le gouvernement est limité par eux. En revanche, une norme ou un acte qui sont contre ces principes seront « inconstitutionnels »³¹⁹.

Il est vrai que le gouvernement ne peut pas être inattentif aux principes existants depuis plusieurs années. Ces principes, nous pouvons les définir comme les principes culturels, coutumes et en général, les croyances de la société. Selon Austin, ces principes sont des limites à l'activité de l'Etat, et particulièrement, à celle du législateur.

Leslie Stephen pense également qu'il existe quelque limitation pour le législateur. Selon lui, la phrase est particulièrement choquante : « nous devons obéir à cette loi, parce que c'est le désir du Roi »³²⁰. Cependant, la question qui se pose est de savoir ce qui peut limiter les désirs du Roi. Est-il possible d'assumer une puissance qui soit au-dessus du pouvoir du législateur ? Selon lui, pour justifier cette puissance, il faut accepter l'existence de droits naturels³²¹. Or, cette croyance n'est pas majoritaire. Il indique également que ce qui limite le pouvoir du législateur est un facteur extérieur ; il concerne la mentalité des individus. Un autre facteur tient aux bases fondamentales du système juridique et à la règle d'identification. Pourtant, il existe un lien. Pour expliquer ces limitations, il note que l'instinct d'obéissance des individus, naturellement, est faible ; toute personne, dans le cas de conflits d'intérêts, aspire à la désobéissance. Mais en expliquant les limitations qui restreignent le pouvoir public, il classe trois types de règles. Les premières sont des règles naturelles : le législateur ne peut pas légiférer contre des faits qui ont existés. Le législateur n'a pas la puissance pour changer le jour ou le sexe. Pourtant, il y a des cas dans lesquels le législateur dit le dernier mot. Par exemple, quand une loi reconnaît le

³¹⁹ Brown, W. Jethro, *The Austinian Theory of Law*, London: John Murray, 1906, pp. 199, 200, 160-164.

³²⁰ Anton, A. E., "Legislation and its Limits", In *The Dalhousie Law Journal*, Vol. 5, pp. 233-248, 1979, Not. p. 233.

³²¹ Ibid., p. 234.

parent d'un enfant adopté comme son parent au sens juridique, elle opère un changement dans l'ordre de la nature. Sur les questions médicales, concernant les notions comme le décès, la vie etc., il y a des processus divergents et des désaccords entre les systèmes juridiques³²².

Si nous catégorisons les affaires qui limitent l'espace d'action du législateur par rapport aux trois catégories énoncées, les limitations naturelles et celles qui posent des problèmes de cohérence dans le système juridique se situent en dehors de notre sujet. En revanche, dans cette partie, nous examinerons les limitations qui viennent de la part de la société et de ses fondements ; la limitation est alors plus matérielle. Pour Locke et les d'autres auteurs adeptes d'une théorie du Droit naturel, la source de cette limitation est le droit naturel. Nous expliquerons l'idée de Locke par des exemples, et ensuite, nous indiquerons que selon nous, la limitation matérielle du législateur doit s'examiner sous deux titres ; à savoir, la « norme juridique juste » et la « norme juridique rationnelle ».

Locke traité en effet, lui aussi, de la limitation du pouvoir public. Selon lui, « la loi de la nature se présente comme une règle éternelle à tous les hommes, au législateur ainsi qu'aux autres ». Les législateurs devraient croire en la loi naturelle, ils devraient la prendre au sérieux et vaquer à leur tâche, imprégnés de l'idée qu'il y a des limites à ce qu'ils peuvent faire. Cela devrait être une partie implicite de la tâche de chaque législateur d'essayer, aussi consciencieusement que possible, de comprendre quelles sont ces limites et si oui ou non leurs propositions législatives y contreviennent³²³. Il semble qu'il est également important pour les citoyens de faire preuve de déférence envers l'autorité de la législature de façon exactement comparable. Ils doivent agir et répondre aux exigences de la législature en ayant conscience qu'ils ne sont pas tenus de faire tout ce qu'elle dit, mais qu'ils ont le droit de désobéir ou de se rebeller *in extremis*, quand le législateur va au-delà de ses limites. Et par conséquent, les citoyens doivent aussi essayer, pour leur part aussi fort que

³²² Anton, A. E., "Legislation and its Limits", précité, pp. 235-238.

³²³ Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, précité, p. 82

possible, de comprendre ce que sont ces limites du droit naturel et si oui ou non les lois qui leur sont présentées y contreviennent³²⁴.

En ce qui concerne notre sujet, ce sont les caractéristiques matérielles des normes juridiques, par lesquelles nous pouvons avoir des normes plus acceptables, qui entraînent plus aisément une volonté d'obéissance.

Les spécificités matérielles ne concernent que la vérité. C'est-à-dire que bien que la première question qui se pose sans aucun doute pour les juristes porte sur les critères de contrôle et de reconnaissance de ces spécificités, il est vrai qu'aucune méthode pratique n'a encore été proposée pour le traitement de ces spécificités ; elles ne peuvent pour autant être négligées. Premièrement, la difficulté de reconnaissance et de délimitation d'une chose ne peut être une raison pour que sa vérité soit déniée. Deuxièmement, dans le monde d'aujourd'hui, la plupart des différends qui sont en place portent sur le fond d'une loi plutôt que sur sa forme (de rédaction). Un exemple récent en Pologne montre que la question du contenu d'une norme est beaucoup plus compliquée que nous n'y pensons. Les organisations féministes polonaises appellent à manifester contre un projet de loi qui prévoit de durcir une des législations les plus restrictives d'Europe. L'une des législations les plus restrictives d'Europe en matière d'interruption volontaire de grossesse (IVG) a déjà existé en Pologne. La partie conservatrice du parlement a proposé une autre proposition qui est encore plus restrictive. Les citoyens organisaient une grande manifestation contre cette proposition et finalement, la partie conservatrice retire ce projet³²⁵.

³²⁴ Ibid., p. 83.

³²⁵ «La proposition de loi, dont l'initiative revient aux organisations militantes « pro-vie » soutenues par l'épiscopat, et qui a été soumise le 23 septembre à une commission parlementaire, vise à rendre la procédure illégale quelles que soient les circonstances, et donc impossible à réaliser en Pologne».

En savoir plus sur http://www.lemonde.fr/idees/article/2016/10/01/pologne-un-projet-obscurantiste-sur-l-avortement_5006622_3232.html#h6vgUmrMg7yDwBvP.99.

La seule solution qui reste est le renforcement des modalités d'élaboration de l'avant-projet de loi, ainsi qu'une rigueur plus stricte en matière d'élaboration de l'avant-projet et au niveau de la résolution de la loi. Ceci pourrait résoudre le problème du contrôle judiciaire des spécificités matérielles. En tout état de cause, la difficulté du débat sur les aspects pratiques juridiques de la question du contenu de la norme ne peut pas supprimer l'essence même de la question, développée de nos jours en raison des progrès technologique : c'est-à-dire, à quelle distance est-il rationnelle ou même juste de se servir des nouvelles technologies et comment il sera justiciable ?

Nous examinerons cette partie sous deux titres; « rationalité de norme juridique » et « norme juste ».

§ 1. La rationalité des normes juridiques

La sagesse et la logique sont des critères de la différenciation entre les hommes et les autres créatures. L'homme a le pouvoir de baser sa décision et son programme sur la logique, car les conséquences et la responsabilité de ses décisions dépendent d'elle. Si nous définissions la loi comme une norme qui guide le comportement des citoyens, attendu que l'homme est une créature sage, il faut que les normes logiques le guident³²⁶. Mais, le noyau de la question de la rationalité est la question centrale. Dans ce qui suit, nous essayons d'éclairer la réponse à cette question à travers les écrits de théoriciens et de philosophes du droit.

Dans la pensée juridique, la question du lien entre les coutumes et le droit, est une question qui concerne l'entrée des coutumes dans les recours au droit. C'est-à-dire, si quelqu'un s'appuyait sur les coutumes devant un tribunal, serait-il possible pour le juge de fonder son arrêt sur cette coutume ? Mais, de façon pratique, nous

³²⁶ Popelier, Patricia, "Governance and Better Regulation: Dealing with the legitimacy Paradox", in *European Public Law*, Vol.17, No.3, 2011, pp. 555-569, Not. p. 556

cherchons le lien entre le niveau de l'obéissance des citoyens et la conformité des normes avec les coutumes³²⁷.

Il faut ajouter que la légitimité d'une règle et peut-être sa validité aussi bien ordinaire exige que les motifs invoqués à son appui soient justifiés en termes de certains pré requis appropriés, une règle ou un principe dont la généralité, en transcendant le cas particulier, évite les risques d'arbitraire inhérents à la prise de décision ad hoc. L'obligation de rendre une décision écrite impose une discipline intellectuelle, un processus public de justification, dans lesquels on doit respecter les règles des liaisons, des principes, des preuves, et de la logique, par une chaîne de raisonnements qui commande le respect général.³²⁸

Dans le *Politique*, Aristote n'a pas mentionné directement les normes logiques pour gérer l'Etat, mais il s'appuyait sur la participation des citoyens, la logique et la consultation. Il donnait un poids élevé aux idées venant de pensées collectives. Selon lui la décision fondée sur la sagesse, c'est-à-dire produite par une consultation, est plus fiable que ce qui vient d'un seul esprit et d'une seule personne³²⁹. Dans une autre partie, il mentionne les coutumes et la culture. A son avis, les normes qui s'accordent avec les coutumes et les cultures seront plus durables³³⁰.

Même s'il n'a pas mentionné directement la norme logique, il pense que pour arriver à la solidité des normes, celles-ci doivent être conformes aux coutumes et aux cultures. Les individus pensent que coutumes et culture sont des éléments rationnels et leur donner une place dans la législation, en fait, assure la rationalité des normes selon elles.

Selon Montesquieu les bonnes normes juridiques doivent être assorties au mode de vie, à la religion et à tous les détails de la vie des individus. Elles respectent

³²⁷ Zander, Michael, *The Law-Making process*, UK: Cambridge University Press, 2004, pp. 448-450.

³²⁸ Schuck, Peter H., *The Limits of Law*, USA: Westview Press, 2000, p. 147.

³²⁹ Aristotle, *Politique*, Trans: Hamid Enayat, Téhéran: Elmi Farhangi, 2011, pp. 193.

³³⁰ Ibid., pp. 194, 196.

ainsi la raison humaine. Coutumes, culture et habitudes viennent de l'esprit des gens, ils baignent dans ces idées et les normes ne peuvent pas y être contraires. C'est la coutume et la culture qui changent la coutume, non pas la norme ; selon l'auteur, une bonne norme juridique, n'est donc pas inattentive aux coutumes et habitudes. Une norme qui essaye de changer la coutume est inefficace³³¹. Montesquieu a ainsi adopté et complété le point de vue d'Aristote. Nous pouvons trouver un lien entre la coutume et la logique des individus dans sa pensée. Ce que les individus considèrent comme la coutume et la culture est logique pour eux.

Sur ce point, Rousseau suit également Montesquieu et insiste sur la relation entre les normes juridiques et l'atmosphère dans laquelle les individus se situent. Il indique dans son œuvre que même la nature de la terre affecte la nature de la loi. Que l'on soit proche de la mer ou que l'on vive dans les montagnes, nous avons besoin de normes différentes. Ce point de vue peut également être trouvé dans la pensée de C.P. Snow quand il définit la culture comme « un cours de développement intellectuel et un groupe de personnes vivant dans le même environnement, liées par des habitudes communes, les hypothèses communes, un mode de vie commun »³³². Les coutumes, la culture et les habitudes existaient avant les normes et se sont formées selon le mode de vie, ainsi ils sont proportionnels et logiques. Changer des coutumes via les normes n'est pas justifiable et en restant loin d'elles, nous aurons des normes fragiles, selon l'auteur³³³.

Portalès définit la législation comme « des actes de sagesse », il insiste sur la notion de service des normes juridiques. De ce point de vue, les normes sont au service des citoyens et donc il faut qu'elles soient assorties à leurs coutumes et à leur

³³¹ Premier, Tome, *Œuvres de Montesquieu : De l'esprit des Lois*, précité, pp. 74, 190, 191, 198, 199, 200.

³³² Schuck, Peter H., *The Limits of Law*, précité, p. 47.

³³³ Rousseau, J. J., *Du Contrat Social*, précité, pp. 121-133.

culture. Selon lui, la norme qui correspond aux coutumes et à la culture sera logique³³⁴.

Selon Rosenthal, c'est le produit de la législation qui est important pour les individus, c'est-à-dire la loi. Chaque décision est bonne pour certains et mauvaise pour d'autres. Certains les acceptent et d'autres sont en désaccord. Mais il est de la responsabilité du législateur de trouver l'équilibre entre des désirs, valeurs et intérêts divergents pour que ce produit obtienne le plus haut degré d'acceptation. A son avis, il n'y a pas une méthode unique pour élaborer la « meilleure législation », au contraire, c'est l'art du législateur de créer des normes en adéquation avec les besoins, intérêts du pays, coutumes et cultures des citoyens³³⁵.

Hobbes s'oppose complètement à l'idée d'un lien entre la rationalité des lois et l'adéquation avec les coutumes. Dans sa théorie, les principes qui règlent la société au nom des coutumes vivent autant que le législateur le désire. Le gouvernement, qui est le législateur en même temps, dispose d'un pouvoir absolu et indépendant. Il est non limité et il déclare ce qu'est la loi. Les normes n'ont pas besoin de l'acceptation des citoyens et il n'est pas nécessaire qu'elles soient conformes à la culture et à des coutumes. Quand il y a un pouvoir dominant dans un pays, les anciennes normes peuvent être niées par le législateur et c'est son désir qui a le pouvoir de changer, n'importe quand, les coutumes et ces anciennes normes³³⁶. Mais peut-être que ce qui est important pour Hobbes est la déclaration du législateur, parce qu'il insiste, dans les pages suivantes, sur la nécessité de toucher la conscience du citoyen et il est de la responsabilité du législateur de déclarer ce qu'il désire que soit la loi. Dans le cas de l'ignorance de la loi, le gouvernement n'a pas le droit de punir les personnes³³⁷.

³³⁴ Portalis, Jean-Etienne-Marie, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, précité, p. 14.

³³⁵ Rosenthal, Alan, "The "Good" Legislature", in *The Book of the States*, The Council of State Governments, 2005, pp. 103-106, Not. pp. 103, 106.

³³⁶ Hobbs, Thomas, *Leviathan*, Trans: Hosein Bashiriye, Téhéran: Nashr e Ney, 2002, pp. 253-258.

³³⁷ Ibid., p. 258.

Malgré toutes ces idées, Hobbes croit dans les normes logiques. La rationalité est une caractéristique qui ne peut pas être séparée des normes. Mais si nous voulons arriver à sa définition, il faut que nous acceptions la définition de cette rationalité, encore, par le gouvernement. Dans ce cas, selon lui, il est bon de connaître les idées et la logique du gouvernement et pour les juges d'essayer de découvrir ses désirs et ses intentions pour les respecter³³⁸.

Mais, si Hobbes pense que la responsabilité des juges est résumée dans la découverte de la logique du gouvernement, son hypothèse est qu'alors toutes les décisions du gouverneur sont rationnelles et qu'il faut seulement les découvrir et les respecter. Dans ce sens, cette idée violente la nécessité de la rationalité de normes. Parce que si l'on pose la question de savoir ce qu'est une norme rationnelle, il suffit pour le gouvernement d'affirmer qu'à son avis, cette norme est logique. Son idée sur la définition de la rationalité, parmi les autres, n'est pas vraiment acceptable.

La norme logique selon Bentham, est la norme qui nous donne le plus de plaisir et nous éloigne le plus de la douleur. Sur le terrain de l'utilitarisme, on est face à deux choix, il faut calculer les conséquences et choisir ce qui est le meilleur. Selon lui, les religions, cultures, coutumes et l'ancienneté n'ont aucune place dans la théorie de la législation. La meilleure échelle pour mesurer les normes est le niveau de bonté³³⁹.

Mis à part Hobbes et Bentham, la plupart des anciens théoriciens et philosophes du droit portaient leur attention sur l'importance de la conformité la norme juridique à la coutume. Selon cette idée, pour augmenter l'acceptation des normes juridiques par les individus, il faut justifier les normes au regard des habitudes des citoyens. Les citoyens acceptent des normes qui sont conformes à leurs coutumes, cultures et croyances. Ce sont des principes qui limitent l'espace de l'action du législateur. Donc concernant la rationalité, un lien peut être établi entre la rationalité, les coutumes et la culture.

³³⁸ Hobbes, Thomas, *Leviathan*, précité, pp. 162-166.

³³⁹ Bentham, Jeremy, *Theory of Legislation*, précité, pp. 66, 87.

Sur le même plan que la rationalité, semble se situer la justification. Il faut que nous justifions d'une norme selon les coutumes de la société. Selon ce que nous avons déjà mentionné, la coutume est une norme qui vient de la pensée d'individus ; ces derniers la conservent tant qu'ils pensent qu'elle est rationnelle. Donc, pour avoir une norme rationnelle, il est nécessaire de la justifier selon les coutumes de la société.

Face à cette idée, à savoir qu'il est rationnel de justifier une norme par les pensées, les coutumes, la culture de la société, ce que pensent les anciens, d'autres auteurs estiment que pour juger de la rationalité nous avons besoin de mesurer les conséquences de notre décision. Dans ce qui suit, nous expliquerons le contenu de cette pensée et nous montrerons ses points faibles. En plus, il est vrai que pour examiner les conséquences d'une décision, nous avons besoin de critères. En fait, même, si nous sommes d'accord pour prévoir toutes les conséquences d'une décision, cette idée ne répond pas complètement à la question de la notion de « rationalité » : nous avons besoin encore de quelques critères pour mesurer les normes et vérifier si elles sont logiques ou non. Notre thèse est fondée sur cette idée que si nous voulons des normes logiques, il faut qu'elles puissent se justifier selon les coutumes, culture et croyances des citoyens dans chaque société. C'est-à-dire, les normes doivent conformes au climat, à la situation géographique et aux principes qui existent dans la société, ces principes que les citoyens accepteraient comme des principes logiques, et qui sont en même temps conformes aux conditions de vie ; ce qui est déjà précisé entend que la thèse de Rousseau³⁴⁰.

Afin d'être des acteurs sociaux rationnels, nous devons être en mesure de prédire le résultat de ce que nous faisons ; nous devons connaître les conséquences de nos décisions. Toutefois, en fait, nous ne sommes jamais en mesure de prévoir toutes les conséquences de nos décisions. En raison de ce que la rationalité de ce que nous faisons et de ce que nous décidons est souvent très discutable. Il est, en effet, beaucoup plus facile d'agir de manière cohérente et de prendre des décisions qui ont une cohérence interne que d'agir ou de prendre des décisions dont les conséquences

³⁴⁰ Rousseau, J. J., *Du Contrat Social*, précité, pp. 121-133.

sont seulement prévisibles. Par conséquent, nous préférons généralement une définition de la rationalité qui met l'accent sur la cohérence.

Selon Ericksson, il est plus sûr de choisir une définition de la rationalité qui insiste sur la cohérence plutôt qu'une définition mettant l'accent sur la prévisibilité des conséquences des décisions prises. Il est important non seulement pour des raisons théoriques, mais aussi pour des raisons pratiques, que soient analysés les outils conceptuels de base utilisés consciemment lorsque la loi est élaborée. Ces outils conceptuels sont souvent, en dernier ressort, des concepts idéologiques. Personne ne doute que la loi fonctionne souvent comme un instrument de pouvoir politique, mais il existe aussi une relation plus profonde entre le droit et le pouvoir³⁴¹.

Toujours selon cet auteur, le schéma conceptuel dans le cadre de la loi qui doit fonctionner, est un régime qui, en dernier ressort, est basé sur certaines conceptions politiques et idéologiques de la façon dont l'Etat et la société doivent être organisés, et qui force la loi à produire seulement un certain type de normes et de règles juridiques. Ces normes et ces règles ne peuvent pas contredire ce qu'ils sont censés confirmer. La puissance en droit, en d'autres termes, est la puissance de ses présupposés politico-idéologiques. Lorsque les concepts juridiques de base dans la loi sont fondés sur une conception libérale de la société, les conséquences de la législation pour la société ne peuvent pas être autre chose que libérales. Le législateur sera prisonnier de ses concepts juridiques, parce que ceux qui sont réellement en train de préparer les statuts pour le législateur pensent en termes de cohérence juridique. Ils préfèrent la logique à la politique. Ils préfèrent la tradition juridique à l'évolution politique et sociale. Mais, en fait, cela fait du législateur simplement un exécutif de la volonté de l'administration. Il existe cependant un moyen de sortir de ce dilemme : le législateur doit fonder ses décisions législatives sur l'analyse détaillée de ce que seront les conséquences de ses décisions. Il faut qu'il produise des lois dont les conséquences correspondent aux objectifs auxquels il aspire³⁴².

³⁴¹ Ericksson, Lars D., "Making society through legislation", précité, p. 41, 46.

³⁴² Ibid., p. 47.

Une critique peut être opposée à cette théorie : Eriksson ne fait pas de distinction entre l'efficacité et la rationalité des normes juridiques. Comme nous l'avons déjà montré, l'efficacité est relative à la question de l'objectif de la norme juridique tandis que la rationalité est autre chose qui parle de la conformité aux coutumes et à la pensée des individus dans la société. Une norme rationnelle peut englober l'effectivité d'une norme (la différence entre l'effectivité et l'efficacité que nous avons déjà examinée dans l'introduction), c'est-à-dire, niveau de l'acceptation des citoyens. En outre, si nous acceptons la thèse d'Eriksson, nous ne pouvons pas examiner les buts d'une décision comme le critère de la rationalité, car si nous arrivons de classer toutes les buts d'une décision, nous avons besoin encore d'autres critères pour vérifier s'ils sont rationnels. Le fait de prévoir des objectifs, ne nous dit rien de sa rationalité. En revanche, nous pouvons examiner la rationalité d'une norme, par les objectifs prévus.

Selon Tuori, la rationalité de la loi a été la question centrale de la théorie juridique. La législation comme pratique sociale est une combinaison particulière des aspects politiques et juridiques, en mettant l'accent sur le côté politique. Quant à l'issue des pratiques législatives, à son tour, la législation doit être considérée comme « pas-encore-loi », une matière première juridique, plutôt que de « déjà-loi ». La route de « pas-encore-loi » au « déjà-loi » passe par le transformateur, c'est-à-dire les processus d'interprétation et de systématisation de l'arbitrage et de la science juridique. Dans l'évaluation de la rationalité de la législation, il explique une distinction entre les trois dimensions de la rationalité. Ces dimensions sont la rationalité de l'objet, la rationalité interne et la rationalité normative. La rationalité de l'objet de la loi est mesurée par sa capacité à remplir ses fonctions sociales : faire avancer la réalisation des objectifs collectifs et assurer l'intégration sociale moralement par la médiation et La rationalité interne concerne la cohérence interne et la cohérence de l'ordre juridique et enfin, rationalité normative de la loi est égale à sa légitimité³⁴³.

³⁴³ Tuori, Kaarlo, "Legislation Between Politics and Law", in *Legisprudence*, Oxford: Hart Publishing, 2002, pp. 99-107, Not. p. 101.

Tuori explique que la rationalité de l'objet de la législation a été examinée en particulier dans l'aspect de la sociologie de la loi dite « de la recherche de la mise en œuvre »; les études ont concerné la mesure dans laquelle les objectifs politiques attachés à ces réformes ont été atteints et les causes des échecs éventuels. Mais à propos de « la rationalité de l'ordre juridique interne », la « consistance » est égale à la nature non contradictoire logique des normes juridiques. Leur fonction principale peut être vue dans l'assurance de la « consistance » logique de l'ordre juridique. Si la «consistance » est une propriété qui est attachée à la loi comme un ensemble de règles, la « cohérence » concerne ses principes naturels : la loi reçoit sa cohérence des principes juridiques. Certains principes juridiques, qui confèrent une cohérence normative à différents domaines du droit, ont été formellement confirmés par le législateur, mais pour la majeure partie, ces principes sont mis en jeu par les pratiques juridiques de l'arbitrage et de la science juridique ; par exemple, « pas de peine sans loi » ou les « accords doivent être conservés »³⁴⁴.

Dans sa rationalité interne, la loi affirme son autonomie par rapport à la politique, aux objectifs politiques du législateur. Ainsi, les statuts individuels doivent répondre au critère de cohérence logique, et la pratique législative doit prêter attention à la rationalité interne de l'ordre juridique dans son ensemble³⁴⁵. Bien à dire, selon cette idée, le caractère démocratique des procédures d'adoption de la loi ne suffit pas pour assurer la légitimité du droit, leurs conditions de procédure devraient également répondre aux exigences spécifiques de légitimité, ce qui est un sujet important pour la théorie juridique et la philosophie du droit³⁴⁶.

Nous avons déjà critiqué cette idée qui est appuyée sur la cohérence dans le système juridique. La cohérence dans le système juridique se situe en dehors de la problématique de la rationalité matérielle de normes juridiques. Dans la première, la

³⁴⁴ Ibid., p. 103.

³⁴⁵ Ibid., p. 105.

³⁴⁶ Tuori, Kaarlo, "Legislation Between Politics and Law", précité, p. 107.

discussion porte sur le respect de l'ordre juridique, ce qui n'a aucun lien avec l'obéissance des citoyens et le niveau d'acceptation des normes juridiques dans la société. En revanche, dans la deuxième, c'est-à-dire la rationalité matérielle des normes juridiques, est établi un lien entre le contenu d'une norme juridique et le niveau de son acceptation.

Dans les systèmes de Common law, la jurisprudence est plus importante que la loi. Donc, le point de vue est différent, par exemple, de la part du philosophe américain, Epstein, qui développe sa propre théorie de la rationalité.

Il commence par définir la rationalité pour aboutir à l'idée de ce qui est le plus acceptable. La rationalité dans la norme, c'est-à-dire, la manière dont le juge prend des décisions et comment ces décisions sont pesées et raisonnées à l'intérieur du discours juridique n'est pas une question de logique pure, mais d'expérience sociale selon lui. En tant que telle, une image complète de la prise de décision judiciaire implique la psychologie, l'économie et la théorie politique, en plus de la loi. L'événement social du jugement peut être considéré comme un processus juridique rationnel si elle atteint la légitimité logique et sociale. La rationalité juridique, alors, dépend de décisions légitimes. Une théorie de la rationalité juridique est d'expliquer comment les juges prennent des décisions, pourquoi les normes de cohérence, de clarté et de prévisibilité sont attrayantes, et comment les règles et la doctrine guident le travail de la loi. Puis il est essentiel qu'intervienne une théorie qui repose sur la science des décisions humaines. La rationalité est une question liée au fait de « bien travailler », et est liée à la capacité du juge de rendre une décision légitime. L'esprit humain agit comme un filtre de toutes sortes de fonctions, dont une qui est capable d'appliquer une qualité abstraite de la raison à des faits afin de filtrer le bon grain de l'ivraie et de se concentrer sur ces idées claires et distinctes qui pourraient être appelées correctement « connaissances ». La Raison, de ce point de vue, est une

puissance de l'esprit qui pourrait uniquement filtrer ce qui est pertinent de ce qui ne l'est pas³⁴⁷.

Toutefois, selon Schuck, la loi permet souvent aux décideurs de ne pas fournir de raisons, et en outre, la nature de certaines décisions peut effectivement les empêcher de le faire. Par exemple, un administrateur peut appliquer une règle claire et parvenir à une décision qui semble justifiée, mais pas nécessaire, et pourtant il est incapable d'élucider avec précision comment cette décision est motivée. Les raisons qui appuient la décision finale devraient inclure au moins une explication de chaque facteur : d'une part une évaluation des décisions de la relation empirique avec le monde réel, d'autre part une description du système de pondération implicite par laquelle l'agent a intégré les facteurs nécessaires pour prendre une décision³⁴⁸. Schuck continue qu'en principe, le décideur peut reconstruire ses opérations mentales, les rendre explicites, et les placer à la vue du public, de sorte que les éléments de sa décision puissent être examinés et évalués. Dans la pratique, cependant, il ne pourrait probablement pas identifier, analyser, l'ensemble de ces éléments, que ce soit pour lui-même ou pour les autres. Donc, dans ce cas, les décideurs peuvent appuyer la base de principe de leur décision sur les règles générales identifiables, cependant, ils ne peuvent pas concevoir une règle générale qui conduise à rationaliser les décisions. Selon lui, les décisions de ce genre peuvent se produire pour deux raisons. Certaines décisions requièrent un haut degré de jugement spécialisé et sont pratiquement à l'abri de toute critique non procédurale, objectivement vérifiable. Deuxièmement, certaines décisions sont conçues pour être totalement discrétionnaires. Ces décisions discrétionnaires remplissent une fonction sociale qu'elles ne pourraient pas effectuer si elles avaient été systématisées et régularisées par des règles. Elles ne nécessitent pas

³⁴⁷ Epstein, Daniel Z., «Rationality, Legitimacy, & The Law», in *Washington University Jurisprudence Review*, Vol. 7, 2014, pp. 1-38, Not. pp. 1, 2.

³⁴⁸ Schuck, Peter H., *The Limits of Law*, précité, p. 147.

nécessairement un jugement ineffable ou intuitif, en effet, il peut être parfaitement possible de spécifier les facteurs de contrôle sous la forme d'une règle générale³⁴⁹.

La « rationalité » des normes juridiques ne peut pas être apparentée à la « cohérence », parce que, à propos de la problématique des caractéristiques matérielles, notre question envisage la « justification » de la norme juridique. La « cohérence » dans le système juridique se situe en dehors de la discussion. La « cohérence » s'agira de « la qualité du droit » ou bien, « la qualité du système juridique », tandis que notre question est sur « la qualité des normes juridiques » et pour la « rationalité » nous parlons de justification d'une norme juridique. Pour justifier une norme juridique, nous avons encore des problèmes. Nous indiquons maintenant ces problèmes : depuis les différences sociales et culturelles de chaque communauté jusqu'à la difficulté de calculer toutes les conséquences.

Le système juridique de chaque Etat a évolué différemment, dans le cadre des cours, en raison des différentes conditions locales et des normes culturelles, mais aussi parce que les législateurs ont poursuivi des chemins différents dans l'analyse. Il peut y avoir une variété presque infinie de solutions de rechange à considérer, tant et si bien que la nécessité de se mettre au travail a souvent dicté de prendre des choix quelque peu arbitraires. Les législateurs sont susceptibles de surprendre. Parfois, les législateurs auront mésestimé les répercussions sociales d'une règle qu'ils mettent en œuvre. Plus généralement, les législateurs ne parviennent pas à analyser les circonstances qui appellent à l'affinage d'une règle générale. « Les auteurs de lois ne reflètent pas toujours parfaitement leurs intentions »³⁵⁰, mais soient ils dépassent soit ils sont en deçà de celles-ci. Ils ne peuvent pas mettre au clair tous les cas en termes exprès. Ils ont, à leur surprise, assez souvent été capables d'anticiper. Comme ils ne savent pas de quelle façon large ou étroite encadrer une règle particulière, et craignant

³⁴⁹ Ibid., p. 148.

³⁵⁰ Hirsch, Adam J., *Law Making and Bounded Rationality*, Public Law and Legal Theory, Working Paper, No. 52, 2002, available on http://www.law.fsu.edu/faculty/publications/working_papers.ph, pp. 13, 20, 21.

que leurs successeurs puissent être durs dans la révision de certaines règles qu'ils imposent³⁵¹.

L'attention des législateurs peut être attirée non pas par les règles, mais plutôt par des faits. Les faits sont plus concrets que les règles et la saillance des faits n'est pas nécessairement en corrélation avec l'importance des questions de droit qu'ils soulèvent. Certes, le pouvoir des faits de concentrer l'esprit des législateurs est bien connu : quelques règles statutaires sont même nommées après les événements qui les ont balayées de l'ordre du jour. L'émotion, sûrement, est en grande partie responsable de rendre difficile un cas qui attire l'attention. Mais les questions de droit ainsi que les questions de fait peuvent exciter les émotions d'un législateur. Les législateurs peuvent se trouver attirés loin de questions qu'ils jugeraient plus importantes, si le choix était fait sans passion³⁵².

Pour résumer, sur la question de la rationalité des normes juridiques, il faut séparer quelques problématiques. « La rationalité matérielle » des normes juridiques, « la cohérence dans le système juridique » et « la prévoyance de conséquences de la décision (législation) ». Comme nous l'avons bien expliqué, dans notre sujet, c'est-à-dire, l'augmentation de l'acceptation de citoyens, la question de la rationalité des normes juridiques concerne leur rationalité matérielle. Cela consiste à savoir comment pouvons-nous créer une norme juridique qui soit, matériellement, acceptable pour les citoyens. Pour parvenir à cet objectif, nous avons besoin d'un critère. A notre avis, si nous arrivons à examiner une norme à travers les idées générales de la société, ses coutumes, sa culture etc. et si nous arrivons à justifier ce que nous avons ratifié à travers les opinions des individus qui sont les destinataires, nous avons une norme logique.

Comme les anciens théoriciens l'expliquaient bien, la conformité d'une norme juridique à la condition de vie, la culture et les coutumes est la condition de la raison

³⁵¹ Ibid., pp. 22-24.

³⁵² Ibid., pp. 67, 69.

(Rousseau, par exemple). Mais, nous avons bien à l'esprit la possibilité de changement de l'opinion publique et l'obligation qu'il faut faire doucement et lentement.

Selon Anton par exemple, cette pensée que nous ne pouvons pas changer les coutumes n'est pas vraie. Il y a des preuves dans l'histoire qui nous montrent la possibilité de changement des coutumes mais cela se fait lentement³⁵³.

Donc aujourd'hui, il y a des normes, spécialement les normes qui concernent les nouvelles technologies, qui changent notre vie et notre pensée, lentement, et parfois de sorte que nous n'avons aucune idée du changement qui s'opère. Par exemple, en Iran, il y avait des convictions sur la notion de parenté. Aujourd'hui, elles ont changé du fait de la « Law for the methods of embryo donation to infertile couples » (Loi sur les méthodes de don d'embryons à des couples stériles). Selon cet acte, les parents qui sont infertiles ont le droit de demander l'ovule ou le sperme de quelqu'un d'autre. Cette loi, en fait, change la notion habituelle de parents biologiques. Les acquis des sciences sociales sont même parfois utilisés au tribunal comme preuve.

Dans les cours américaines, par exemple, les juges recourent aux scientifiques en sciences sociales en tant qu'experts. Ces derniers assistent la juridiction en ce qui les concerne et donnent leur avis si nécessaire. Dans le cas célèbre de *Brown v. Board of Education*³⁵⁴, les spécialistes en sciences sociales, à la demande du juge, avaient examiné les situations des élèves noirs et leurs avis sont à l'origine de l'arrêt de la Cour : « L'impossibilité d'avoir accès à certains postes est foncièrement injuste »³⁵⁵. A travers ce regard, l'objectif principal est d'aider les cours pour arriver à une décision plus juste. Donc, la relation entre les sciences sociales et le droit peut être étudiée sous deux aspects. Dans le premier, nous indiquons les critiques utiles et

³⁵³ Anton, A. E., "Legislation and its Limits", précité, p. 247.

³⁵⁴ <http://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment>.

³⁵⁵ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>.

tranchantes du système juridique par les scientifiques ; et dans le deuxième, c'est une information nécessaire sur la vie sociale que les spécialistes donnent à la cour³⁵⁶.

Cependant, la modification de certaines coutumes et leur suppression par voie légale n'est pas toujours possible.

Par exemple, en Iran, en 2005, il y avait un projet de loi pour supprimer « Norouz » du calendrier. Malgré une telle décision et une déclaration aux citoyens, certains, ont tenu cette célébration de manière encore plus ostentatoire que les autres fois. Ils transféraient ainsi leur message au législateur et déclaraient qu'à cette décision allait répondre la désobéissance.

Cet exemple nous montre que la norme qui s'opposerait aux coutumes et à la culture de la société ne peut être considérée comme raisonnable. Cependant, en convaincant des parents d'utiliser une nouvelle technique, même un principe naturel peut être modifié tel, par exemple, que le concept des parents³⁵⁷.

La réalisation d'un tel changement nécessite une justification, et ne réussira que lorsqu'elle dément la justification en vigueur auparavant. C'est à cause de la modification constante des us et des coutumes que les lois scientifiques, qui sont dotées d'un haut degré de justification, ont bien souvent du succès.

§ 2. Le concept de norme juste

La vie collective est dominée par un certain nombre de règles. Elles sont les engrenages de la machinerie des gouvernements modernes. Les règles sont les deux instruments de son exercice : la puissance et le frein. Ils aident les citoyens dans le

³⁵⁶ Mertz, Elizabeth; Yovel, Jonathan (2004), "The Role of Social Science in Legal Decisions", in Austin Sarat, ed., *Handbook of Law and Society*, Blackwell, Available on SSRN: <http://ssrn.com/abstract=950746>, pp. 5, 6, 9.

³⁵⁷ Il est à expliquer que la nouvelle technologie a donné lieu à la donation des spermatozoïdes et des ovules fabriqués en labo. Le regard traditionnel en société sur la signification des parents, joue un rôle déterminant dans l'acceptation ou le rejet de la loi moderne. Il apparaît qu'avant la législation dans ce sens, il est nécessaire de faire changer le concept des parents au regard de la société.

contrôle qu'ils exercent sur l'Etat, parce que les règles donnent des droits et facilitent les recours en cas de violation. Les règles permettent également à l'Etat d'influencer le comportement des citoyens et d'aider les citoyens et l'Etat à mener leurs affaires sur la base d'un même bien commun. Les règles sont la condition nécessaire à toute conception contemporaine entièrement développée des processus de la justice administrative, mais elles ne sont pas suffisantes. La justice exige également que la rigueur des règles soit tempérée par d'autres considérations. Tant que des valeurs existent qui ne peuvent pas facilement être formulées comme des règles et que surviennent des cas anormaux que les règles ne parviennent pas à anticiper, les règles constitueront une technologie incomplète de la justice³⁵⁸.

Contrairement à la relation entre la moralité et les normes juridiques, il semble qu'il y a une relation nécessaire entre la justice et le pouvoir politique ; selon Rawls, le premier principe de la justice est la participation des gens à la législation et aux autres décisions dans la société. Dans ce sens, la décision pour la régulation des affaires, via les principes et la création du pouvoir politique est en premier le principe de la justice. Ceci est la couche la moins visible et la plus mince de la justice qui naît avec l'instauration d'un pouvoir légitime³⁵⁹. Par conséquent, nous avons un niveau de justice dans tous les systèmes juridiques qui est contre les systèmes autoritaires.

Mais quand nous parlons de la caractéristique de la justice dans les normes juridiques, nous entendons la justice dans un sens plus large et un niveau plus haut que le premier sens. À cet égard, nous cherchons le lien entre le degré d'acceptation des citoyens et les normes justes. Les citoyens ont-ils le droit de désobéir à une norme qui est injuste ? Est-il possible d'affirmer qu'une norme juste est une norme qui a le pouvoir d'obtenir la plus grande déférence de la société ? Par exemple, un citoyen qui vit sous un totalitarisme impitoyable, opposé à sa philosophie, devrait-il répondre à la loi ? Doit-on obéir à une loi injuste ? Évidemment, un tel individu comme Antigone dans la Grèce antique est naturellement tiraillé entre deux loyautés. S'il obéit à la loi,

³⁵⁸ Schuck, Peter H., *The Limits of Law*, précité, p. 141.

³⁵⁹ Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, précité, p. 87.

il serait coupable d'avoir aidé sciemment à soutenir un système injuste. S'il suit son jugement moral et viole la loi, il sera condamné à la peine prévue par la loi³⁶⁰.

Bien que les juristes croient que les partisans du droit naturel, tels que Finnis et Aquinas, ne reconnaissent pas une loi injuste comme une loi : « *Lex iniusta non est lex* », la plus récente lecture de leurs avis illustre qu'ils présument qu'une loi injuste « ne contraint pas la conscience »³⁶¹. C'est-à-dire que même la plus stricte philosophie du droit, qui insiste sur les normes éthiques et justes, ne peut pas condamner les conséquences du rejet d'une loi qui est injuste. Alors, abandonnant cette théorie, nous prétendons que « la justice » est une des caractéristiques nécessaires pour qu'une loi soit considérée comme une « bonne loi » et augmente l'acceptation de celle-ci par les citoyens.

Critiquant l'idée de Hobbes, qui est fondée sur le pouvoir de *Léviathan* pour gérer la société³⁶², Wintgens revendique que l'objectif principal de la législation est « la justice » et les normes juridiques doivent être « justice-claim » (Revendication de justice). Il y a des moments où une norme n'est pas juste mais où la prétention qu'elle le soit suffit. Selon lui, « justice-claim » est un potentiel pour critiquer la norme juridique; quand une norme juridique clame qu'elle est juste, les gens, les juristes, les juges ont du temps pour prouver le contraire et contester cette norme³⁶³.

³⁶⁰ « Antigone fait l'objet d'une histoire selon laquelle elle tente d'obtenir un enterrement respectable pour son frère Polynice. Le roi Créon décrète que Polynice ne doit pas être enterré ou même pleuré, sous peine de mort par lapidation. Antigone, la sœur de Polynice, défie le décret royal, mais est pris. Antigone comparaît devant Créon, et déclare qu'elle connaissait la loi de Créon interdisant le deuil de Polynice, mais qu'elle a choisi de la déroger, sur la base de la supériorité de la «loi divine» à la loi humaine. Elle met la volonté des dieux contre les lois de l'homme, en réaction à la décision d'interdiction d'un enterrement pour Polynice, faisant preuve de courage, de passion et de détermination ». <http://www.uvm.edu/~jbailly/courses/tragedy/student%20second%20documents/oakes2.htm>; <https://www.cliffsnotes.com/literature/o/the-oedipus-trilogy/play-summary/antigone>; <https://en.wikipedia.org/wiki/Antigone>.

³⁶¹ Bix, Brian, *A Dictionary of Legal Theory*, précité, pp. 138, 139, 273, 346-348.

³⁶² Hobbes, Thomas, *Leviathan*, précité, p. 164.

³⁶³ Wintgens, Luc. J., *Legislation in Context: Essays in Legisprudence*, USA: Ashgate Publishing Company, 2007, pp. 65, 66.

Parmi les théories qui encouragent la ratification d'une norme juste, certains demandent aux juges de suivre la justice et non pas une norme injuste. Selon d'Amato, la question dans chaque instance doit être : « De quelle loi parlons-nous ? »³⁶⁴. Certes, si la norme juridique dont nous parlons est grossièrement injuste, nous devons désobéir ! Si les lois de Nuremberg de 1935 ordonnaient aux fonctionnaires de l'Etat de stériliser les Juifs, le fonctionnaire qui a désobéi à la loi a eu la bonne attitude. Dans un régime dont les lois sont généralement justes, il existe un devoir d'obéir aux lois. La situation serait très différente si nous vivions dans un régime où la plupart des lois ont été grossièrement injustes. Dans un tel régime, nous ne saurions parler de l'obligation de respecter la loi. La loi est seulement un fait ; quand quelque chose est un fait, il n'y a pas de normativité attachée à elle qui nous oblige à faire quelque chose avec ce fait. Ainsi, face à "la loi", un juge doit encore décider de l'« appliquer ». On pourrait objecter que l'application de la loi est le travail du juge ; nous pouvons également soutenir que le travail d'un juge est de trancher de façon équitable afin que justice soit faite. La justice, contrairement au droit, a le pouvoir normatif. Si faire quelque chose est juste, alors nous devons le faire. Si la loi en cause est la loi de stérilisation nazie de 1935, alors la justice consiste à ne pas l'appliquer. Par conséquent, nous ne pouvons pas dire en général que la justice est faite chaque fois qu'un juge applique la loi. On pourrait faire une deuxième objection : les juges appliquent souvent la loi, même lorsque la loi est injuste, et donc il s'ensuit que le droit est plus important pour le juge que la justice³⁶⁵.

Que doit faire le juge lorsqu'il est confronté à l'application d'une loi injuste ? Notre sens de la justice est-il un meilleur guide que les lois écrites ? Dans certains cas, au moins, la réponse est positive. Même si un juge ne peut pas s'occuper personnellement de la justice, il aura quand même envie de décider des cas, à juste titre, parce qu'une solution juste est une solution stable. Si les individus voient que les

³⁶⁴ D'Amato, Anthony, "On the Connection between Law and Justice", in *Faculty Working Papers*, Northwestern University School of Law, 2011, pp. 1-47, Not. pp. 9.

³⁶⁵ Ibid., pp. 9, 13-15.

tribunaux ont rendu la justice, la vie sociale va bien fonctionner. Mais si les tribunaux sont les moteurs de l'injustice, des murmures, des paroles de révolte se feront entendre dans les rues. Le juge saura toujours graviter vers la solution juste s'il joue convenablement le jeu de la justice. Lorsque nous voyons quelque chose qui est injuste, ou entendons parler de quelque chose qui est injuste, la réaction de la plupart des gens est la même que la nôtre. Nous pouvons tous être d'accord sur ce qui est injuste, alors que nous avons du mal à dire ce qu'est la justice. D'Amato, enfin, résume sa pensée dans une phrase : « Les juges doivent trancher les litiges selon la justice. La loi est un fait qui est aussi pertinent que tout autre fait important dans la détermination de ce qui est juste, selon les circonstances »³⁶⁶.

Enfin, de tous les sujets, nous avons deux types de théories aux deux extrémités de la ligne. L'une qui indique que l'obéissance à la norme est une obligation civique, jusqu'au moment où la norme juridique est modifiée par un processus constitutionnel approprié. L'autre qui affirme que "an unjust law is no law at all" (une loi injuste n'est pas une loi). Entre les deux, se situent Martin Luther King ou de Gandhi qui affirme que « chacun a la responsabilité morale de désobéir à une loi injuste »³⁶⁷. Selon eux, seules les lois justes doivent être respectées. Il y a un contrat implicite qui est d'obéir aux normes juridiques, justes ou injustes; cela constitue une créance de l'état qui ne peut être satisfaite que par l'obéissance, et si l'État offre la possibilité d'être convaincu de son mal et n'y parvient pas, il doit obéir. Ils croient que le changement nécessaire serait accompli seulement en travaillant à travers le système. A toutes fins utiles, la thèse des défenseurs de l'ordre politique est qu'aucun système juridique ne peut accepter que chaque individu soit libre de choisir à quelles lois obéir et auxquelles désobéir. Si tel était le cas, le résultat pourrait être la violence, le chaos ou un effondrement total de l'État de droit. La racine de leur opinion vient de leur définition de la démocratie. Selon cette définition, presque sans exception, les

³⁶⁶ Ibid., pp. 21, 37.

³⁶⁷ Forji, Amin George, "Just Laws versus Unjust Laws: Asserting the Morality of Civil Disobedience", in *Journal of Politics and Law*, Vol. 3, 2010, pp. 156-169, Not. p. 159.

individus vont accepter la volonté de la majorité, même lorsque cela est mesquin et désagréable; alors que le dernier groupe, qui représente la moyenne, pense qu'une culture démocratique est celle qui en plus d'assurer une élection libre et équitable pour tous les électeurs, insiste sur la participation, le respect de la règle de droit, l'égalité de tous les citoyens, le droit de se réunir, le droit à l'éducation, la construction de la confiance en soi et le sentiment d'être un citoyen à part entière. Il ne suffit pas d'avoir une majorité. Elle doit être appuyée par un processus institutionnel juste, démocratique³⁶⁸.

Même si tous les régimes démocratiques viennent au pouvoir par la majorité, toutes les règles de la majorité ne sont pas toutefois démocratiques. Cela nous amène au second aspect du débat, à savoir que seules les normes justes doivent être respectées. Le caractère rigoureux d'une culture démocratique implique que la norme juridique est la force suprême pour aussi longtemps que cela est juste et fondé sur les règles du fair-play, et non contraire à la bonne foi. Les normes justes méritent le respect. L'inverse est vrai pour les lois injustes. Prenons les exemples de l'Allemagne nazie, de l'apartheid en Afrique du Sud, de l'Amérique du Jim Crow : elles sont toutes ouvertement discriminatoires et excluent une partie importante de la population du processus politique, par l'importance donnée à la race. Même si elle est stable et efficace, une règle de la majorité, en démocratie, ne peut jamais être un droit de pratiquer la torture, le génocide, l'holocauste, le racisme, la ségrégation, etc. Ces actes sont, par leur nature même, atroce et contraire à l'esprit de la règle du droit ou des valeurs démocratiques. Dans ces régimes, le devoir de toujours respecter la loi est évidemment problématique pour les minorités qui n'ont jamais connu rien d'autre que l'injustice³⁶⁹.

La formation et la création du gouvernement sont une première étape de la justice³⁷⁰. La justice dans les normes juridiques augmente l'acceptation des citoyens et

³⁶⁸ Ibid., p. 159.

³⁶⁹ Ibid., pp. 160, 161.

³⁷⁰ Rawls, John, *A Theory of Justice*, USA: Harvard University Press, 2003, p. 10.

les citoyens ont le droit de protester contre une norme si elle est injuste. Une norme injuste est une norme juridique, mais une mauvaise norme. Après la création de la démocratie, les citoyens restent encore en scène pour contrôler les décisions du gouvernement. Ils ont le droit de manifester et de protester devant les normes et les décisions qui sont à leur avis contraires à « la justice ». A un niveau encore plus élevé, ils ont la responsabilité morale de cette protestation.

L'émergence des problèmes concernant les spécificités matérielles se voit plutôt au niveau de l'élaboration du projet d'une norme ou d'une Constitution. A part la difficulté des spécificités matérielles, ces spécificités font certainement partie des spécificités transversales, ce qui requiert une étude théorique au niveau de l'application, afin de permettre aux juges et aux juristes de faciliter leur application et leur prise en considération.

Conclusion de la première partie

Dans la première partie, nous avons expliqué les fondements et principes théoriques de la question de qualité des normes. La nécessité de traiter des fondements théoriques devient d'autant plus évidente quand nous tenons compte du fait suivant : la seule explication des règles afférentes à la qualité des normes ne suffit pas pour l'atteindre. La plupart des études qui sont déjà effectuées dans le domaine de la qualité des normes ne traitent pas de la signification de la clarté (si elle est considérée comme indispensable aux normes juridiques), ni de son rapport avec la transparence. Ou bien si nous parlons dans le domaine de la qualité des normes de l'efficacité, la simplicité et autres, quel est le sens de ces termes, quel est le rapport qu'ils entretiennent entre eux et avec la qualité des normes. Par exemple, quand Eriksson, lors de la définition qu'il donne de la « rationalité », le réduit à l'« efficacité », tandis qu'une étude théorique exacte montre que ces deux termes ne peuvent pas être synonymes, sinon le locuteur est tombé en contradiction (nous en avons parlé lors de l'étude de l'avis de Eriksson à propos de sa rationalité).

Dans le premier chapitre, nous avons montré quel est l'impact laissé par les normes juridiques sur leurs caractéristiques qualitatives. A titre d'exemple, quelles sont les principales spécificités de la Constitution par rapport aux lois ordinaires qui font la différence quant à leurs caractéristiques qualitatives. Au stade suivant, nous avons examiné les deux régimes juridiques célèbres, c'est-à-dire le Common law et le Civil law. Nous avons également illustré les points de faiblesse et de force de chacun de ces régimes par rapport à la question de qualité des normes. En outre, nous avons expliqué sur quelles questions doivent se concentrer chacun de ces régimes pour arriver à une bonne qualité des normes.

Nous avons consacré la principale partie de la première partie à la question des caractéristiques qualitatives des normes juridiques. Premièrement, nous avons fait distinction entre les caractéristiques inhérentes et les caractéristiques transversales, et en subdivisant les spécificités des bonnes normes à deux catégories formelles et matérielles, nous avons passé en revue les concepts de « clarté », « simplicité », «

rationalité » et « norme juste ». Nous avons aussi distingué ces concepts des concepts similaires employés à leur place, et nous avons proposé des critères permettant de reconnaître chacun de ces concepts.

Cette partie théorique pourrait contribuer aux juges, juristes et auteurs des normes juridiques, de rendre plus proches leurs interprétations et avis à propos de la nature de la qualité des normes. Cette partie peut en effet servir d'un guide pour ceux qui souhaitent entrer, dans la deuxième partie, au champ pratique de la qualité des normes. Comme nous avons déjà souligné, l'entrée pratique au champ de la qualité des normes n'est pas possible sans avoir gagné une connaissance solide des concepts théoriques. Pour arriver à de bons résultats dans le monde réel, il faut d'abord que les avis et interprétations s'approchent dans le champ des fondements théoriques, ou du moins il faut que nous nous soyons tombés d'accord sur leurs points clivage. Quand nous réclamons du législateur la clarté dans les lois, nous ne faisons que perdre notre temps sans le guider vers le sens du concept de la clarté. Ainsi, écrire des centaines de pages sur la nécessité de la simplicité de la loi serait un passe-temps inutile sans avoir déjà clarifié ses fondements théoriques et défini sa nature. Dans un tel cas, nous aurons beau de rédiger des dizaines de nouveaux ouvrages et articles à ce propos.

Par la suite et dans la deuxième partie, avec la vision que nous avons obtenu concernant les champs théoriques de la qualité des normes, nous avons traité des défis du monde réel auxquels font face les juges lorsqu'ils sont confrontés à des normes sans qualité. Le contrôle juridictionnel et l'interprétation, voici deux champs par le biais desquels les juges ont le maximum de rapport avec les normes juridiques. Nous avons étudié dans quelle mesure ces deux outils sont capables et compétents pour être employés par les juges en vue de lutter contre les normes sans qualité. Après nous avons mis à l'étude des solutions et des techniques qui nous mettent, étape par étape, plus proches à une grande qualité des normes juridiques. La qualité des normes n'est pas un phénomène palpable et concret pouvant être désigné par le doigt. Il s'agit en fait d'un ensemble des procédés et démarches vers l'amélioration. Ce que nous proposons serait donc la seule solution pour améliorer la qualité des normes juridiques.

Seconde partie

LA MISE EN ŒUVRE DES EXIGENCES DE QUALITÉ

Une fois les débats théoriques sur les particularités de la loi de bonne qualité et son rapport avec le système juridiques donné, ont été abordés, la question de la responsabilité du contrôle sur cette qualité se pose. Quelle autorité ou institution est compétente ?

L'étude de la jurisprudence des plus hautes juridictions aux Etats-Unis, en France et au sein de l'Union Européenne nous permet de voir la réaction pratique des juridictions par rapport à la question de la qualité de norme juridique et également cela nous laisse repérer les faiblesses et les avantages d'une compétence d'un contrôle donné à cet effet.

Notre approche ne se limite pas aux organes juridictionnels. L'auteur de ces lignes estime que la question de la qualité de la norme, n'est pas une question unidimensionnelle, mais revêt un aspect multidimensionnel qui implique des organes non juridictionnel. Ainsi, notre travail de recherche présent, procède aussi à étudier l'impact même le moins important et le plus limité des autres éléments influents. A cet effet, sous le titre (1) consacré Les techniques d'amélioration de la qualité des normes, nous aborderons aussi à la fois la question le choix du contrôle juridictionnel et les techniques pour améliorer la qualité des normes.

Après avoir examiné les organes de contrôle et les décisions des juridictions européennes, françaises et américaines, nous allons étudier, dans la seconde partie de notre thèse, le rôle de l'interprétation dans le cadre du contrôle judiciaire et son impact sur l'amélioration de la qualité des normes. La question principale qui se pose à cet égard, est de savoir sur quelle catégorie des caractéristiques formelles ou matérielles ce contrôle judiciaire et cette interprétation sont-ils appliqués. Il convient également de se demander si ces deux moyens peuvent jouer un certain rôle quant à l'amélioration de la qualité des lois ordinaires et en matière des principes constitutionnels. Dans quelle mesure les juges peuvent-ils appliquer ces deux moyens (le contrôle judiciaire et l'interprétation) de manière à ne pas déroger aux dispositions constitutionnelles ?

Titre 1 - Les techniques d'amélioration de la qualité des normes

Dans cette partie, nous examinerons le choix du contrôle juridictionnel et les autres techniques d'amélioration de la qualité des normes. Dans le premier cas, l'attention portera sur le rôle joué par les cours judiciaires et administratives sur la qualité des normes. Dans le deuxième, le rôle d'autres institutions sera pris en considération au regard de leur participation à une amélioration de la qualité des normes. Dans le cadre du contrôle juridictionnel, sont distingués le contrôle *a priori* et *a posteriori* c'est-à-dire avant la promulgation de la loi (cas de la France pour les décisions DC) ou après sa promulgation (cas de la France pour les décisions QPC). Dans le cadre du contrôle *a priori*, nous examinerons du rôle des cours constitutionnelles. Pour le contrôle *a posteriori*, c'est le rôle des cours constitutionnelles et administratives qui sera considéré.

Nous allons étudier la France comme modèle de système de Civil law et les Etats-Unis comme exemple du système juridique de Common law. Nous étudierons également les arrêts de la CEDH et de la CJUE.

En ce qui concerne les autres techniques pour améliorer la qualité des normes, nous mentionnerons les étapes pour améliorer le contenu des normes juridiques ; elles s'exercent souvent à l'étape de la rédaction de la loi, et dans certains cas, au moment de prendre une décision dans les cours. Il peut s'agir de la participation d'experts dans l'acte de légiférer, l'utilisation de la législation expérimentale et etc.

Chapitre 1 : Le choix du contrôle juridictionnel

Si nous divisons les caractéristiques d'une « bonne norme » en deux catégories, à savoir les caractéristiques formelles et les caractéristiques matérielles, et si nous réduisons les étapes de la législation à trois étapes générales : la proposition de la norme, la ratification, et son contrôle, nous serons alors confrontés à deux sortes d'institutions dans les phases de la proposition de la norme et de son contrôle.

L'existence de conseils dans l'étape de la proposition de norme a une antériorité de plusieurs années dans les divers systèmes juridiques. En France, le CESE (Le Conseil Economique, Social, et Environnemental) est un exemple de telles institutions qui interviennent généralement au moment de la préparation du projet de la loi ou de la rédaction du statut.

Dans les pages suivantes nous allons voir comment et sur quelle base le Conseil constitutionnel français, la Cour Suprême des Etats-Unis, la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour EDH protègent la caractéristique formelle de « la bonne norme ». A travers l'étude du contrôle opéré par chacune de ces institutions, nous vérifions les forces et les faiblesses de celui-ci.

Nous examinerons, tout d'abord, la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis et celle du Conseil constitutionnel français sous la section 1 consacrée aux juridictions constitutionnelles. Puis la position des cours européennes sera présentée sous la section 2. La jurisprudence d'autres juridictions sera abordée dans la section 3.

Section 1. Le contrôle de la qualité des normes par les juridictions constitutionnelles

Si l'on accepte la définition de Louis Favoreu sur la cour constitutionnelle, c'est une cour qui s'occupe exclusivement des procès constitutionnels et qui est indépendante par rapport à tous les pouvoirs publics³⁷¹.

Même si la question de « la bonne législation » n'est pas quelque chose de nouveau, abordée dans les écrits de la plupart des théoriciens juridiques, et même si les divers systèmes juridiques cherchent à trouver un moyen pour améliorer « la qualité des normes », la question des principes et des caractéristiques d'« une bonne norme » ne s'est pas encore posée pour les constitutions ou les lois constitutionnelles dans les Etats. Ce qui est par exemple la procédure d'adoption d'une norme est hors du sujet de qualité des normes et il s'agit de qualité du système juridique.

La jurisprudence de la Cour suprême américaine sera étudiée afin d'illustrer une conception de la qualité des normes dans un système de Common law (§1) et de la même façon, la jurisprudence du Conseil constitutionnel sera examinée pour illustrer le point de vue d'une juridiction de Civil law (§ 2).

§ 1. La position de la Cour Suprême des Etats-Unis

Aux Etats-Unis, il n'existe pas de système concentré de contrôle de constitutionnalité entre les mains d'une cour constitutionnelle. Le jugement constitutionnel ne se limitant pas à une cour spéciale, les questions concernant les droits constitutionnels peuvent être posées dans n'importe quel procès et les cours ne mettent aucune distinction entre des procès mettant en cause la norme constitutionnelle et les procès ordinaires³⁷². En outre, la loi constitutionnelle n'a pas déterminé une institution pour garantir le respect de la constitution par les autres

³⁷¹ Favoreu, Louis; Mastor, Wanda, *Les Cours Constitutionnelles*, Paris: Dalloz, 2011, p.8.

³⁷² Ibid.

normes juridiques. On peut donc dire que toutes les cours sont d'une certaine manière les gardiens de la constitution, conformément au raisonnement tenu par la Cour suprême dans le procès de *Marbury v. Madison*³⁷³ en 1803. La Cour Suprême, comme les autres juridictions américaines, détermine ce qui est contraire à la Constitution.

Depuis plus d'un siècle la Cour suprême des Etats-Unis a eu l'occasion de traiter, en tant qu'elle se situe au sommet de l'ordre juridique de ce pays, de questions relatives à l'imprécision des normes pénales. La Cour Suprême a souvent avoué que le problème des normes juridiques vagues se pose plutôt au sujet des dossiers pénaux que sur les autres domaines juridiques. Les questions pénales soulèvent fréquemment un problème d'atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution³⁷⁴.

Si la question de la qualité des normes survient principalement à propos d'affaires pénales, la Cour suprême ne refuse pas pour autant de s'occuper d'un litige dans lequel le demandeur prouve que ses droits garantis par la Constitution ont été violés.

En 1926, dans le dossier de *Connally v. General Constitution Co.*³⁷⁵, la doctrine de *void for vagueness* dans les normes a été pour la première fois soumise à la discussion. Dans son jugement, la cour avait décidé que les termes et les expressions des articles relevant de la matière pénale devaient être suffisamment clairs et précis, afin qu'ils informent les destinataires de norme, sur les peines encourues lorsque certains actes étaient commis. Conséquemment, une disposition si vague qu'un individu ayant une intelligence ordinaire soit obligé d'en deviner le sens (il ne peut pas comprendre son sens, il ne peut que le deviner) contredit le principe du *due process of law*, c'est-à-dire un ensemble d'exigences constitutionnelles découlant du 1^{er} amendement) : « Que les termes d'une loi pénale créant une nouvelle infraction

³⁷³ <http://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=true&doc=19>.

³⁷⁴ Goldsmith, Andrew, "The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court", in *American journal of criminal law*, Vol.30, No.2, 2003, pp. 279-313, Not. p. 281.

³⁷⁵ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/269/385/case.html>.

doivent être suffisamment explicites pour informer ceux qui y sont assujettis du comportement de leur part qui les rend passibles de leurs peines est une exigence bien reconnue, conforme aux notions ordinaires de fair-play et Les règles de droit établies et un statut qui interdit ou exige l'exécution d'un acte en des termes si vagues que les hommes d'intelligence commune doivent nécessairement deviner leur sens et différer quant à son application viole le premier élément essentiel de la procédure régulière de la loi. Une loi pénale qui interdit ou exige l'exécution d'un acte en des termes si vagues que les hommes d'intelligence commune doivent en deviner le sens et diffèrent quant à son application manque le premier élément essentiel de la procédure régulière ».

La démonstration de « vagueness » dans les dossiers pénaux a été toujours difficile aux Etats-Unis. Dans le dossier de *Grayned v. City of Rockford*³⁷⁶, par exemple, la cour a affirmé la condamnation de l'un des manifestants qui avait violé l'interdiction de faire du bruit. Il s'agissait d'une interdiction de produire ou d'aider à produire toutes sortes de bruits ou d'actes déviants portant atteinte à l'ordre ou la paix de la classe désigne une pièce dans laquelle les élèves étudient dans une école. En réponse à la protestation du manifestant en question qui avait prétendu que les termes de la déclaration étaient vagues, le tribunal a souligné que, afin d'empêcher de jouer avec les mots, on ne peut pas s'attendre à ce que le langage ait la même certitude que les mathématiques ; par conséquent, même si les termes de l'interdiction sont exprimés avec une certaine flexibilité, il s'avère que ce qu'elle a interdit est suffisamment clair : « C'est un principe fondamental de la procédure régulière qu'une disposition est nulle pour le flou si ses interdictions ne sont pas clairement définies. Des lois vagues enfreignent plusieurs valeurs importantes. Tout d'abord, parce que nous supposons que l'homme est libre de diriger entre la conduite licite et la conduite illégale, nous insistons pour que les lois donnent à la personne de l'intelligence ordinaire une occasion raisonnable de savoir ce qui est interdit, afin qu'il puisse agir en conséquence. Des lois vagues peuvent piéger l'innocent en ne donnant pas un

³⁷⁶ <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/408/104>.

avertissement juste. Deuxièmement, si l'on veut empêcher l'application arbitraire et discriminatoire, les lois doivent prévoir des normes explicites pour ceux qui les appliquent ... Avec cet avertissement, nous ne trouvons aucun flou inconstitutionnel dans l'ordonnance anti-bruit. Condamnés à l'usage des mots, nous ne pouvons jamais nous attendre à la certitude mathématique de notre langue. Les mots de l'ordonnance de Rockford sont marqués par la flexibilité et la largeur raisonnable, plutôt que la spécificité méticuleuse ... Nous pensons qu'il est clair ce que l'ordonnance dans son ensemble interdit ... Puisque Meyer a été spécifiquement cité dans l'opinion ci-dessous, et il a tour à tour fortement attiré Gregory, nous pensons qu'il convient de conclure que la Cour suprême de l'Illinois interpréter l'ordonnance de Rockford pour interdire seulement l'ingérence réelle ou imminente dans la paix ou l'ordre de l'école. »³⁷⁷.

Malgré la doctrine de *void for vagueness*, et notamment son fondement constitutionnel, la Cour suprême ne s'entend pas souvent dans la pratique sur l'identification des normes vagues. Il est donc nécessaire de donner un critère pour rapprocher, dans une certaine mesure, les décisions des tribunaux dans l'identification des normes vagues.

Le premier critère a été posé par la Cour suprême dans le dossier *United States v. Reese*³⁷⁸. Selon le Cour, le sens des normes qui interdisent des actes pour lesquels elles précisent des peines ne doit pas être sujet à doute. Un citoyen ne doit pas être soumis à une pénalité pour une infime erreur ; chaque individu doit savoir avec

³⁷⁷ « A vague law impermissibly delegates [109] basic policy matters to policemen, judges, and juries for resolution on an ad hoc and subjective basis, with the attendant dangers of arbitrary and discriminatory application. [note 5] Third, but related, where a vague statute "abut[s] upon sensitive areas of basic First Amendment freedoms," [note 6] it "operates to inhibit the exercise of [those] freedoms." [note 7] Uncertain meanings inevitably lead citizens to "'steer far wider of the unlawful zone' . . . than if the boundaries of the forbidden areas were clearly marked." [note 8] ; Although the question is close, we conclude that the anti-noise ordinance is not impermissibly vague. The court below rejected appellant's arguments "that proscribed conduct was not sufficiently specified and that police were given too broad a discretion in determining whether conduct was proscribed." 46 Ill. 2d, at 494, 263 N. E. 2d, at 867. Although it referred to other, similar statutes it had recently construed and upheld, the court [110] below did not elaborate on the meaning of the anti-noise ordinance. [note 9] ».

³⁷⁸ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/92/214/case.html>.

certitude quand il commet un délit. Mais la cour a insisté sur le fait que les lois doivent permettre aux individus d'intelligence moyenne de percevoir ce qui est interdit et ce qui ne l'est pas : « Il s'agit d'une loi pénale qui doit être interprétée strictement; Pas aussi strictement, en effet, que de détruire l'intention claire du Congrès, mais les mots employés doivent être compris dans le sens qu'ils ont été évidemment utilisés. Si, prenant l'ensemble du statut ensemble, il est évident que ce n'était pas l'intention du Congrès de limiter ainsi le fonctionnement de l'acte, nous ne pouvons pas lui donner cet effet. La loi ne devrait pas être dans une condition telle que l'électeur puisse agir sur une seule idée de son sens et l'inspecteur sur un autre ... Les lois qui interdisent de faire les choses et de punir leur violation ne devraient pas avoir un double sens. Un citoyen ne doit pas être inutilement placé là où, par une erreur honnête dans la construction d'un statut pénal, il peut être poursuivi pour un faux serment, et un inspecteur des élections ne doit pas être mis en péril parce qu'avec honnêteté égale, Divertit un avis contraire »³⁷⁹.

En 1948, dans le dossier *Musser v. Utah*³⁸⁰, la Cour suprême a repris le précédent critère sous d'autres termes. Selon la cour, de pareilles normes peuvent aller à l'encontre des « exigences de la loi constitutionnelle », car elles ne peuvent pas donner les informations nécessaires à ceux qui tombent sous le coup d'une interdiction³⁸¹. En conséquence elles ne peuvent pas aider les cours dans la

³⁷⁹ The statute contemplates a most important change in the election laws. Previous to its adoption, the states, as a general rule, regulated in their own way all the details of all elections. They prescribed the qualifications of voters and the manner in which those offering to vote at an election should make known their qualifications to the officers in charge. This act interferes with this practice, and prescribes rules not provided by the laws of the states. It substitutes, under certain circumstances, performance wrongfully prevented for performance itself. If the elector makes and presents his affidavit in the form and to the effect prescribed, the inspectors are to treat this as the equivalent of the specified requirement of the state law. This is a radical change in the practice, and the statute which creates it should be explicit in its terms. Nothing should be left to construction if it can be avoided.

³⁸⁰ <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=333&invol=95>.

³⁸¹ «Defendants were tried on an information which charged violation of § 103-11-1, Utah Code Ann.1943, in that they conspired "to commit acts injurious to public morals as follows: . . . " It then specified acts which amount briefly to conspiring to counsel, advise, and practice polygamous or plural marriage, and it set forth a series of overt acts in furtherance thereof. The Supreme Court considered that the prosecution was under Paragraph (5) of 103-11-1 which, so far as relevant, defines conspiracy, "(5) To commit any act injurious to the public health, to public morals, or to trade or commerce, or for the perversion or obstruction of justice or the due

réglementation de la situation des accusés. On ne peut donc pas attendre qu'un individu avec une intelligence moyenne comprenne le sens de telles normes : « Il semblerait justifier la conviction d'un accord pour faire presque tout acte qu'un juge et un jury pourraient trouver en ce moment contraire à ses notions de ce qui est bon pour la santé, la morale, le commerce, le commerce, la justice ou l'ordre. Dans certains États, l'expression «préjudiciable à la morale publique» serait susceptible de sanctionner des actes qu'elle ne punirait pas dans d'autres, en raison des politiques variées sur des questions telles que l'utilisation de cigarettes ou de liqueurs et la licéité du jeu. Cela a mené à l'enquête pour savoir si la loi tente de couvrir tellement qu'elle ne couvre effectivement rien. Les lois qui définissent les crimes peuvent manquer à leurs fins si elles ne prévoient pas de normes raisonnables de culpabilité. La législation peut aller à l'encontre de la clause de l'application régulière de la loi parce qu'elle ne donne pas de directives adéquates à ceux qui respectent la loi, d'informer les défenseurs de la nature de l'infraction dont ils sont accusés ou de guider les tribunaux pour juger ceux qui sont accusés »³⁸².

En 1956, l'Etat d'Ohio a promulgué une instruction sur ce fondement, un étudiant qui l'avait violée a été condamné. Dans son exposé de la défense, l'étudiant a argué que la déclaration susmentionnée avait violé le premier et le quatorzième amendement de la Constitution des Etats-Unis³⁸³, car elle contenait des termes vagues qui portaient atteinte à la garantie juridique déterminée dans le quatorzième

administration of the laws. . . ." It is obvious that this is no narrowly drawn statute. We do not presume to give an interpretation as to what Page 333 U. S. 97».

³⁸² <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/333/507/case.html>, Winters v. New york, 1948.

³⁸³ Premier amendement: « Le Congrès ne fera aucune loi qui touche l'établissement ou interdise le libre exercice d'une religion, ni qui restreigne la liberté de la parole ou de la presse, ou le droit qu'a le peuple de s'assembler paisiblement et d'adresser des pétitions au gouvernement pour la réparation des torts dont il a à se plaindre.

Quatorzième amendement: Section 1. Toute personne née ou naturalisée aux États-Unis, et soumise à leur juridiction, est citoyen des États-Unis et de l'État dans lequel elle réside. Aucun État ne fera ou n'appliquera de lois qui restreindraient les privilèges ou les immunités des citoyens des États-Unis ; ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière ; ni ne refusera une égale protection des lois à quiconque relève de sa juridiction ».

amendement de la Constitution. Le caractère vague mentionné portait sur le mot « le comportement ennuyant » (annoying behavior). La Cour Suprême a décidé que l'interprétation des termes « comportement ennuyant » variait d'une personne à l'autre et donc « les individus ayant une intelligence moyenne », qui devaient nécessairement les comprendre, ne les comprenaient pas³⁸⁴.

En 1972, dans le dossier de *Papachristu v. City of Jacksonville*, cette affaire porte sur huit accusés qui ont été condamnés par un tribunal municipal de Floride de violer une ordonnance de Jacksonville, en Floride, prohibant le vagabondage. La cour a décidé sur le fondement du « void for vagueness », que la déclaration était nulle et de nul effet, en donnant comme raison qu'elle propageait les condamnations et les arrestations arbitraires : « L'ordonnance de vagabondage de Jacksonville, en vertu de laquelle les requérants ont été condamnés, est nulle pour l'imprécision, en ce qu'elle «omet de donner à une personne d'intelligence ordinaire un préavis juste que sa conduite envisagée est interdite par la loi» encourage les arrestations arbitraires et irrégulières, Il fait des activités criminelles qui, selon les normes modernes, sont normalement innocentes, et il place un pouvoir discrétionnaire presque illimité entre les mains de la police »³⁸⁵.

Ces deux critères (l'intelligibilité pour les citoyens et l'impossibilité de l'arbitraire de la part des pouvoirs exécutifs) ont été déclarés, dans l'affaire de *Kolender v. Lawson*³⁸⁶ en 1983, comme constituant les bases de la doctrine de *void for vagueness*. De plus, en 1999, dans le dossier *City of Chicago v. Morales*³⁸⁷, la cour suprême d'ILLINOIS a annoncé, en évoquant le « vagueness » juridique que la criminalisation ne doit pas englober un domaine étendu des comportements sociaux, de crainte que les citoyens ne sachent pas quel acte est crime et quel acte ne l'est pas.

³⁸⁴ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/333/507/case.html>.

³⁸⁵ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/156/case.html>.

³⁸⁶ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/461/352/case.html>.

³⁸⁷ <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/527/41#writing-97-1121.ZO>.

Dans ce dossier, il apparaissait que non seulement les citoyens ne savaient pas exactement quel acte était incriminable, mais également la police n'avait aucun critère précis : « Un texte peut être attaqué à première vue comme étant vague de façon inacceptable si, entre autres, il n'établit pas de normes pour la police et le public qui sont suffisantes pour se prémunir contre la privation arbitraire de liberté. Parce que l'ordonnance ne donne pas au citoyen ordinaire un avis adéquat de ce qui est interdit et de ce qui est permis, il est inadmissiblement vague. Le terme « flâner » peut avoir un sens commun et accepté, mais la définition de l'ordonnance de ce terme - « demeurer dans un endroit sans but apparent » - ne le fait pas. Il est difficile d'imaginer comment n'importe quel Chicagoan debout dans un lieu public avec un groupe de personnes saurait s'il ou elle avait un « but apparent ». Cette vague sur ce qui flânerie est couvert et ce qui n'est pas condamne l'ordonnance. Le but de l'avis équitable est de permettre au citoyen ordinaire de conformer sa conduite à la loi. Les termes de l'ordre de dispersion compliquent l'insuffisance de l'avis donné par l'ordonnance, qui exige vaguement que l'officier « ordonne à toutes ces personnes de se disperser et de s'éloigner de la région » et soulève ainsi une foule de questions quant à la durée et aux traits distinctifs de la séparation des vagabonds ».

Ainsi, pour la doctrine de *void for vagueness*, deux critères sont présentés; le premier est que les individus avec une intelligence moyenne doit pouvoir comprendre la norme et le deuxième est que la norme ne doit pas provoquer le comportement arbitraire des pouvoirs publics. Donc une règle sera vague si elle entraîne cette perception vague pour les citoyens ou bien si elle donne une liberté d'action aux pouvoirs exécutifs leur permettant d'adopter des comportements arbitraires. Par ces précisions, et en soulignant que la « clarté » des règles est nécessaire pour prévenir les comportements arbitraires des pouvoirs publics, la Cour a en effet considéré la « clarté » comme l'une des implications du principe de l'Etat de droit, ce qui est en accord

avec le courant doctrinal estimant que les caractéristiques des « bonnes normes juridiques » font partie des exigences de l'Etat de droit³⁸⁸.

Toutefois, il s'avère que dans les récentes années, face aux normes vagues, l'approche de la Cour Suprême des Etats-Unis a été sujette à des changements ; face à tels procès, les juges ont eu recours à des astuces pour être moins contraints de déclarer la loi inconstitutionnelle. Ces astuces sont au nombre de quatre :

- L'interprétation stricte (*stricto sensu*) des normes vagues

Normalement la Cour s'aide de ce moyen pour clarifier le flou et l'imprécision des normes. Par exemple, dans le dossier *Boos v. Barry*, la Cour de révision (Court of Appeals, District of Columbia Circuit), a restreint le champ englobé par la norme en question³⁸⁹. Néanmoins, selon le professeur Jeffries, la difficulté d'une telle solution est qu'elle viole le juste avertissement d'avant la sanction³⁹⁰ d'une part, et d'une autre, le fait de donner une telle liberté d'action aux cours peut aboutir à des comportements arbitraires³⁹¹. Autrement dit, un tel acte entrainera la même mauvaise incidence que la doctrine de *void for vagueness* essaye de prévenir.

- L'analyse des travaux parlementaires préparatoires de la norme

³⁸⁸ Par exemple: Jennequin, Anne (2009), «L'intelligibilité de la norme dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État», in *RFDA*, p. 913; Goldsmith, Andrew E., « The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court », précité, p. 282.

³⁸⁹ « La cour d'appel a examiné les clauses d'affichage et de congrégation séparément, et a trouvé à la fois constitutionnelle. Bien que la clause d'affichage limite la parole sur la base du contenu, ce qui est considéré comme inconstitutionnel, le tribunal a trouvé une justification suffisante compte tenu du «intérêt gouvernemental impérieux» représenté, ainsi que du fait que la loi a été étroitement tracée Dans le but précis de servir cet intérêt. En ce qui concerne la clause de la congrégation, la cour d'appel a conclu que la clause permet simplement à la police de disperser les foules lorsque ces foules constituent une menace pour la paix ou la sécurité et est donc permise par le premier amendement ».

<http://law.jrank.org/pages/22854/Boos-v-Barry-Significance.html>.

³⁹⁰ fair warning requirement.

³⁹¹ Goldsmith, Andrew, "The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court", précité, pp. 295, 296.

Par exemple, dans le dossier *United States Civil Service Commission v. National Association of Letters*, la Cour s'est référée au document ainsi qu'aux débats parlementaires pour clarifier la partie vague de la norme. Elle a limité l'utilisation du document de la législation aux cas dans lesquels le sens de la norme est douteux³⁹². Ainsi, dans l'affaire *United States v. Sherveport Grain and Elevator Co*, la Cour n'a pas recouru au document de la législation pour interpréter la norme et découvrir l'intention du législateur, car elle a décidé que le sens de la norme était vague³⁹³.

En effet, la question de l'interprétation du «doute» diffère de la question du caractère « vague ». Par «le doute» sur sens de la norme, on veut dire que pour une même règle deux sens contradictoires sont pensables ; ici pour avantager l'un de ces deux sens, le tribunal examine le document de la législation du parlement (travaux préparatoires de la norme). Mais si le tribunal décide que la norme est vague, à savoir s'il ne peut pas lui supposer un sens, il ne s'aide pas de cette méthode pour découvrir l'intention du législateur, ce qui est apparemment enraciné dans les caractéristiques du système juridique de Common law, dans lequel les juges et la jurisprudence jouent un rôle important.

- Le recours au sens du langage utilisé dans le texte

Dans le dossier *McGowan v. Maryland*, en 1961, le demandeur avait contesté une norme «vague» à Maryland; selon cette norme, à l'exception de quelques-uns, la plupart des commerces étaient interdits le samedi. Selon le demandeur, ces exceptions étaient sujettes à l'imprécision dans l'identification. La cour a estimé que les commerçants, ayant une intelligence moyenne, sont capables de comprendre les exceptions limitées de la norme, car c'est une question du domaine de la connaissance d'un commerçant ordinaire³⁹⁴, ou l'intéressé peut faire une brève recherche sur le sujet

³⁹² Doubtful.

³⁹³ Goldsmith, Andrew, "The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court", précité, pp. 297, 298.

³⁹⁴ Matter of ordinary commercial knowledge.

envisagé par la norme, pour comprendre son sens. Un autre exemple est celui du dossier *Hill v. Colorado* dans lequel le tribunal assure que la compréhension ordinaire de la loi empêche qu'on invoque sa « vagueness »³⁹⁵.

Il s'avère que le recours au sens du langage ne peut pas être considéré comme faisant partie des cas suivants lesquels le tribunal rejette la prétention de « vagueness » de la loi. En fait, on peut dire que dans de tels cas, le premier critère envisagé par la cour, à savoir la compréhension d'un individu d'une intelligence moyenne, a été réalisé, et par ce même raisonnement, la cour peut rejeter la prétention de « vagueness ».

- Les conditions de l'établissement de la norme

Dans le dossier *Grayned*, et ensuite celui de *Boos*, la cour suprême a estimé que l'interprétation et la compréhension de la déclaration avaient été possibles par rapport aux circonstances et au contexte de sa création³⁹⁶. Tout comme dans le cas précédent, le raisonnement de la cour n'est juste et compréhensible que lorsqu'il est limité, à savoir lorsque la formule ou la norme se dote d'un sens clair, dans ces conditions spéciales et pour tout un chacun qui se trouve dans telle situation³⁹⁷.

Sur le contenu de la norme juridique, la Cour a posé des critères que nous pouvons considérer comme décisifs. Avec son pouvoir de contrôle judiciaire, la Cour suprême des États-Unis a un effet profond sur l'élaboration des législations pénales dans les États américains. Comme l'ont indiqué Canon et Johnson, « L'exercice par la

³⁹⁵ Goldsmith, Andrew, "The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court", précité, p. 299.

³⁹⁶ *Boos v. Barry* 485 U.S. 312 (1988), « Les requérants font valoir que, même si la Cour d'appel l'a rétrécie, la clause de la congrégation est invalide parce qu'elle est vague de façon inacceptable. En particulier, les pétitionnaires se concentrent sur le mot « paix », qui n'est pas encore défini ou limité. Nous avons rejeté un argument identique dans l'arrêt *Grayned*, précité. Cette affaire concernait une ordonnance interdisant aux personnes près des écoles de « troubler la paix » des écoles. 408 U.S. à 408 U. S. 107-108. Nous avons jugé que, compte tenu du "contexte particulier" de l'ordonnance, il a donné un préavis juste de sa portée: « Bien que le quantum de perturbation interdit ne soit pas précisé dans l'ordonnance, il ressort de l'objectif annoncé de la loi que la mesure est de savoir si l'activité scolaire normale a été ou est sur le point d'être perturbé ». <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/485/312/case.html> .

³⁹⁷ Goldsmith, Andrew, "The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court", précité, p. 300.

Cour de la révision judiciaire de lois nationales et locales est son outil de décision politique le plus important et le plus souvent utilisé dans les temps modernes »³⁹⁸. La Cour suprême a été particulièrement active dans les dernières décennies dans son examen des politiques de moralité. La question de l'avortement, particulièrement disputée à ce jour, a fait l'objet de plus de vingt-cinq décisions émises par la Cour suprême entre 1973 et 2000³⁹⁹.

La Cour suprême a entendu plus de quinze cas portant sur la séparation de l'Eglise et de l'Etat depuis sa décision controversée d'interdire la prière à l'école. Par exemple, malgré l'augmentation des avortements pratiqués avant Roe (Roe v. Wade), et la résistance de la plupart des hôpitaux dans le pays à pratiquer des avortements après Roe, Rosenberg a affirmé que « la Cour est beaucoup moins responsable des changements qui se sont produits que la plupart des gens ne le pensent »⁴⁰⁰. Contrairement à Rosenberg, Glick est axé sur la réaction de l'Etat à la décision de la Cour Suprême. Glick a constaté qu'après Cruzan, il y avait une augmentation de la législation sur le droit à mourir, principalement grâce à la modification des lois existantes, et un changement dans le contenu des lois pour se conformer à la décision. Glick a conclu que ses résultats suggèrent la nécessité d'« inclure les décisions de la Cour suprême ..., dans l'étude de l'innovation de la politique de l'Etat »⁴⁰¹.

Les contextes constitutionnels sont censés avoir un effet direct sur l'adoption de positions éthiques. Une fois que la Cour a déclaré qu'une politique est constitutionnelle, les Etats qui envisagent l'adoption de cette politique le font dans un environnement décisionnel exempt de conflit constitutionnel. L'adoption d'une politique dans ce contexte a un plus grand sens de légitimité et de permanence, car il a déjà reçu l'autorisation de la cour suprême. Lorsque le contexte est inconstitutionnel,

³⁹⁸ Patton, Dana, "The Supreme Court and Morality Policy Adoption in the American States: The Impact of Constitutional Context", in *Political Research Quarterly*, Vol. 60, No. 3, 2007, pp. 468-488, Not. pp. 468.

³⁹⁹ Ibid.

⁴⁰⁰ Ibid., p. 469

⁴⁰¹ Ibid.

la langue de l'avis de la Cour est claire et l'adoption de la politique ouvertement inconstitutionnelle est largement symbolique. Dans ce contexte, l'opinion de la Cour est sans ambiguïté et ne laisse aucune place à une autre interprétation.

En 1974, l'Assemblée législative de Pennsylvanie a adopté une loi sur le contrôle des avortements exigeant qu'un médecin exerce le même soin pour préserver la vie et la santé des fœtus disponibles que cela serait nécessaire si le fœtus avait été destiné à naître vivant. Ce type de disposition est connu comme une loi de soins de « post viabilité ». Au moment où la Pennsylvanie a écrit son exigence de « post viabilité », aucune décision de la Cour n'existait sur cette facette de la politique de l'avortement. Par conséquent, lorsque le législateur a débattu de la disposition, le cadre constitutionnel de la politique était inconnu. La loi a été contestée, et, en 1979, la Cour suprême américaine a décidé dans l'affaire *Colautti c. Franklin* que l'exigence de « post viabilité » de la Pennsylvanie était inconstitutionnelle. Bien que la loi de Pennsylvanie ait été officiellement jugée inconstitutionnelle, le langage utilisé par la Cour semblait indiquer que si les Etats avaient clairement indiqué que la santé de la femme prévaut sur celle du fœtus, de telles lois pourraient être considérées différemment. Le contexte dans lequel les États considèrent les lois « post viabilité » après la décision *Colautti*⁴⁰² est considéré comme suspect, parce que la Cour semblait donner aux États un moyen d'offrir un niveau de prestations de soins constitutionnel par le droit écrit pour qu'il soit clair que le premier devoir du médecin est de sauver la femme. Même lorsque les décisions de la Cour sont impopulaires ou que les individus sont en désaccord avec elles, « l'autorité (de la Cour) continue généralement à être acceptée »⁴⁰³.

La Cour suprême où a un niveau élevé de soutien de la part de l'opinion publique, comme aux États-Unis, les législateurs sont généralement tenus de respecter l'intégrité de la Cour. Le fait que les Etats sont plus susceptibles d'adopter des

⁴⁰² <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/439/379/case.html>.

Patton, Dana, "The Supreme Court and Morality Policy Adoption in the American States: The Impact of Constitutional Context", précité, p. 471.

politiques d'avortement constitutionnelles que des politiques d'avortement inconstitutionnel ou suspect n'est pas surprenant. La diffusion rapide des politiques d'avortement avant la participation de la Cour est intéressante. Dans plusieurs cas, de nombreuses adoptions ont été faites par les Etats tandis que la politique était en cours d'examen par la Cour. Plutôt que d'attendre pour voir si la Cour déciderait qu'une telle politique était constitutionnelle, des États l'ont adoptée alors que le contexte constitutionnel était inconnu. Peut-être que les législateurs voulaient profiter de l'occasion d'adopter avant la décision de la Cour dans l'attente d'une décision inconstitutionnelle, ou peut-être les Etats ont-ils tenté d'envoyer un message clair à la Cour en ce qui concerne leur désir de politique. Alors qu'il est difficile de connaître la motivation des législateurs individuels dans cette situation, il est clair que la Cour appuie directement l'adoption des politiques d'avortement⁴⁰⁴.

Certains auteurs estiment que la Cour a la compétence pour contrôler « la rationalité » d'une norme juridique en cas de conflit entre des intérêts divergents; c'est-à-dire quand, par exemple, il y a la nécessité de la protection de l'Etat devant les menaces externes et qu'en même temps, en regard de la Constitution, la liberté des personnes doit rester un principe crucial. A la fin, la Cour doit équilibrer la politique en faveur de la liberté d'expression avec le droit de l'État à se protéger des criminels, des émeutes dans les rues, de la pornographie, de l'espionnage. Elle doit examiner si les moyens sont raisonnablement adaptés aux fins, si le gouvernement avait pu choisir d'autres moyens qui soulèveraient moins de doutes constitutionnels, et si, en fait, les circonstances justifient les moyens adoptés⁴⁰⁵.

L'observation des décisions de la Cour Suprême montre que, même si la Constitution des Etats-Unis ne parle d'aucune de ces caractéristiques en tant qu'exigences relevant du principe de l'Etat de droit, l'insistance de la Cour à les admettre et les prendre en considération ainsi que les jugements rendus, montrent le

⁴⁰⁴ Ibid., p. 477.

⁴⁰⁵ Rostow, Eugene V., "The Democratic Character of Judicial Review", in *Harvard Law Review*, Vol. 66, N° 2, 1952, pp. 193-224, Not. p. 213.

pouvoir de ces exigences dans le système juridique. Comme nous allons le voir plus tard, bien qu'en France aussi la loi constitutionnelle n'ait pas pris en considération ces exigences, le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'Etat ont créé de nouvelles jurisprudences dans le système juridique français, en reconnaissant la nécessité d'étudier et de prendre en considération ces exigences.

Nous avons indiqué, lors de l'étude des spécificités matérielles, qu'il est difficile pour les tribunaux d'intervenir dans ces spécificités (d'autant qu'il n'existe pas de critères spécifiques) et que ceci engendra des problèmes concernant la séparation des pouvoirs. Cependant, durant ces dernières années, certains cas d'intervention de la Cour suprême des Etats-Unis dans des questions telles que l'euthanasie et l'IVG montrent que le libre-arbitre du juge dans ces affaires dans le système de Common law est à la source de ce phénomène. En tout cas, le principe de la séparation des pouvoirs ne permet pas aux juges d'intervenir dans le contenu d'une norme qu'ils trouvent injuste ou immorale et de la modifier.

Même le juge ne peut, comme c'est le cas pour l'ambiguïté, s'abstenir de se prononcer face à une loi injuste ou immorale. Il semble que la question du contrôle judiciaire des spécificités matérielles n'a pas lieu d'être soulevée, et qu'elle ne devient importante qu'à l'étape de la législation et de l'élaboration du projet d'une norme ou d'une Constitution. Cela signifie que quel que soit le contenu d'une loi, une fois ratifiée et publiée, elle devient applicable pour les citoyens et pour les magistrats. Il n'est donc plus possible de ne pas la reconnaître comme norme. La seule voie qui reste pour contester une loi ratifiée et devenue applicable, est de procéder à sa réforme par des voies légales.

§ 2. La position du Conseil constitutionnel français

Contrairement au système juridique des Etats-Unis, les cours constitutionnelles sont spécialisées sur le contentieux constitutionnel dans la plupart des pays où domine le système juridique romain-germanique. Entretemps, le Conseil constitutionnel

français a innové pour augmenter sa liberté d'action dans la vérification de la qualité des normes. En effet, même si les caractéristiques de « la bonne norme » et les principes et les normes qui y dominent n'ont pas été mentionnés dans la constitution de ce pays, en augmentant la liberté d'action et en renvoyant à l'esprit de la loi, le conseil étudie les normes pour les déclarer contraires à la Constitution dans le cas où il apercevrait une insuffisance dans leur qualité.

Selon la Constitution française, le Conseil constitutionnel vérifie de manière systématique la constitutionnalité des lois organiques, en tant qu'une catégorie de lois qui occupe une place élevée dans la hiérarchie des normes juridiques françaises (article 61 al. 1 de la Constitution). Il vérifie également, mais de manière facultative, c'est-à-dire lorsqu'il est saisi, la constitutionnalité des lois ordinaires (article 61 al. 2). Dans le cadre du contrôle des lois, ce conseil utilise le concept d'« exigences constitutionnelles » pour observer également la qualité des lois et pour les abroger, au cas où il les identifie comme étant vagues et incompréhensibles.

La première fois que le conseil a remis en question une norme pour son « manque de qualité » était lorsque le législateur n'avait pas employé toute sa compétence (l'incompétence négative), laissant ainsi en suspens une partie de la norme. Comment la compétence et sa limite dans la législation peuvent-elles influencer « la qualité de la loi » ? Selon le Conseil constitutionnel français, la compétence législative influence « la qualité de la loi » lorsque le législateur laisse en suspens une partie de la loi, suscitant ainsi la possibilité d'interprétations variées, ce qui porte atteinte à la « clarté » des règles. C'est-à-dire, une loi « silencieuse » ou l'absence de disposition législative et une compétence déléguée donc, de fait, à l'autorité réglementaire ou aux autorités d'application qui est susceptible de donner lieu à « une pluralité d'interprétation »⁴⁰⁶ n'est pas une loi claire et en même temps le législateur n'a pas épuisé toute sa compétence.

Donc, le Conseil constitutionnel français utilise « l'incompétence négative » pour protéger la qualité de la loi où l'on rencontre « le silence du législateur » ou une

⁴⁰⁶ Sénat, *La qualité de la loi*, n°EJ3, Les documents de travail du Sénat, Série Etudes Juridique, 2007, p. 11.

loi avec des possibilités d'interprétations contradictoires. Par exemple, dans la décision n°85-191 DC de 1985, le Conseil a déclaré un article contraire à l'article 34 de la Constitution parce qu'il laissait « le choix entre deux interprétations contradictoires ». Il a sanctionné aussi « le silence du législateur » dans la décision n°85-198 DC⁴⁰⁷.

Il est évident qu'ici, selon le Conseil constitutionnel français, « la clarté de la loi » signifie que le législateur doit se servir de toute sa compétence pour prévoir les divers aspects de la norme, ne laissant aucun point vague et incertain au sujet de l'exécution. Certes, bien qu'ici la caractéristique de « la clarté des lois » n'ait pas été mentionnée dans la Constitution, le Conseil protège cette caractéristique de « la bonne norme » en recourant à l'obligation pour le législateur d'utiliser toute sa compétence⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ «14. Considérant qu'aux termes de l'article 3-II, alinéa 4, de la loi "il n'est dû au propriétaire d'autre indemnité que celle correspondant au préjudice résultant des travaux d'installation, de pose ou d'entretien des moyens de diffusion par voie hertzienne ou des équipements nécessaires à leur fonctionnement" ;

15. Considérant qu'aucun principe de valeur constitutionnelle n'impose que, en l'absence de dépossession, l'indemnisation des préjudices causés par les travaux ou l'ouvrage public dont l'installation est prévue par l'article 3-II relève de la compétence du juge judiciaire ; ... l'article 3-II de la loi doit être déclaré non conforme à la Constitution».

⁴⁰⁸ Décision n° 67-31 DC du 26 janvier 1967, Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

«4.Considérant que les auteurs de la saisine soutiennent que ces dispositions sont contraires à l'article 34 de la Constitution en ce que la répartition par annuité **pouvant être opérée selon divers modes de calcul** qui aboutissent à des résultats différents, la loi, en **l'absence de précisions suffisantes**, n'a pas fixé les règles concernant l'assiette de l'impôt ; 5. Considérant que le texte critiqué soumet à un régime d'imposition annuel les produits de titres qui ne seront payés par l'émetteur qu'au terme de l'opération ; que **ce texte est susceptible d'au moins deux interprétations ... ; que le choix entre ces deux interprétations est d'autant plus incertain** que des arguments en faveur de l'une et de l'autre peuvent être trouvés dans les travaux préparatoires ; que, dès lors, l'article 14-III, n'ayant pas fixé les règles concernant l'assiette de l'impôt, n'est pas conforme à l'article 34 de la Constitution ... L'article 14-III de la loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier est déclaré contraire à la Constitution».

C'était en 1998 que le Conseil a pour la première fois, en dehors de la matière pénale, fait allusion à la question de « la clarté de la loi »⁴⁰⁹ concernant la loi sur le temps de travail; le Conseil a déclaré que cette loi était suffisamment « claire » et « précise » et qu'elle peut répondre à toutes les exigences découlant du principe 34 de la Constitution. En revanche, en 2000, il a abrogé une règle en argumentant qu'elle n'était pas suffisamment « claire » et « précise ». Le Conseil a précisé que la disposition en matière d'urbanisme commercial qui limitait la liberté d'entreprendre était contraire à l'article 34 de la Constitution, parce que la modalité de cette limitation n'était pas claire et précise. Il a aussi estimé que pour parvenir à l'égalité devant la loi et la garantie des droits, l'accessibilité et intelligibilité de la loi sont nécessaires pour les citoyens⁴¹⁰. Ces décisions montrent qu'en ce temps-là le Conseil a cru à l'existence des liens entre la « clarté » de la loi et le principe de « l'utilisation de toute la compétence du législateur dans la législation ».

Dans la décision n°2001-455 DC, le Conseil Constitutionnel a distingué le principe de clarté de la loi et l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. A cette époque la doctrine a relevé que « l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité englobe et dépasse l'exigence de clarté [...] (et) elle (la clarté) constitue bien une condition minimale d'intelligibilité de la loi » et « le

⁴⁰⁹ Décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail.

« Considérant, en premier lieu, que l'article 1er critiqué fixe au 1er janvier 2000 ou au 1er janvier 2002, selon l'effectif des entreprises en cause, l'entrée en vigueur de la réduction de la durée légale de travail effectif des salariés de trente-neuf heures à trente-cinq heures par semaine ; qu'il était loisible au législateur, sans méconnaître aucun principe, ni aucune règle constitutionnelle, de donner à cette mesure, **qui, en l'état, est définie de façon suffisamment claire et précise pour satisfaire aux exigences découlant de l'article 34 de la Constitution**, un effet différé... Sont déclarés conformes à la Constitution les articles 1er, 2, 3 et 13 de la loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail ».

⁴¹⁰ Décision n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, Loi d'orientation pour l'outre-mer.

principe de clarté et l'objectif d'intelligibilité de la loi représentent deux aspects d'une même exigence »⁴¹¹.

Ultérieurement, le conseil a aussi employé « l'intelligibilité » à côté de « la clarté ». Et finalement en 2004, il a expliqué dans l'une de ses décisions, le fondement juridique de la « clarté » et « l'intelligibilité » ; il a en effet exprimé à partir de quelles preuves il protège ces deux caractéristiques comme étant des « exigences découlant de la loi constitutionnelle ». « Le principe de la clarté des normes », dérivé de l'article 34 de la Constitution (qui définit le domaine de la loi) et les principes de « l'intelligibilité » et « l'accessibilité » des normes, dérivés des articles 4, 5, 6, 16 et la déclaration de 1789 (la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen), veulent dire qu'il faut ratifier des lois suffisamment claires et précises sans aucune ambiguïté dans la rédaction, de sorte que le contenu de la loi soit protégé contre les interprétations contradictoires ou le danger de l'arbitraire. Bien sûr, le Conseil constitutionnel n'a jamais oublié qu'aussi « claire » que soit une norme elle aura encore besoin de l'interprétation. Mais il a également souligné que la loi ne doit pas être rédigée de telle manière qu'elle entraîne des interprétations contradictoires et contraires à la Constitution⁴¹².

En 2006⁴¹³, le Conseil Constitutionnel a modifié sa position relative aux « normes applicables à la qualité de la loi », il a précisé que « considérant qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34; que le plein exercice de cette compétence, ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions

⁴¹¹ Sénat, *La qualité de la loi*, n°EJ3, Les documents de travail du Sénat, Série Etudes Juridique, 2007, p. 17.

⁴¹² Décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales.

⁴¹³ Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information

suffisamment précises et des formules non équivoques; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ».

Il est aussi précisé dans les cahiers du Conseil Constitutionnel (n°21), « il n'est plus question, dans la décision, du principe de clarté. Selon Madame Gay, « le choix de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi comme norme de référence unique du contrôle de la qualité de la loi » a expliqué la jurisprudence du Conseil et en même temps, il a approfondi son contrôle⁴¹⁴. C'est-à-dire, le domaine de manœuvre du Conseil à contrôler la qualité des normes a bien été étendue. Il s'avère que la raison du changement de position du Conseil est qu'il considère comme suffisante la seule exécution du principe de l'utilisation, par le législateur, de tous ses pouvoirs de législation pour vérifier les normes et qu'il n'avait pas à considérer comme nécessaire d'en déduire « la clarté des normes ». En plus, selon le Conseil, la « clarté » de la norme entraîne son « intelligibilité », et donc, les deux exigences découlant de la Constitution suffisent pour protéger les caractéristiques de « la bonne norme ». C'est ce qu'affirme la décision du Conseil en 2005⁴¹⁵ ; dans cette décision les notions de « l'intelligibilité » et « l'accessibilité » sont ainsi interprétées : une norme est contre les exigences découlant de la Constitution lorsque les citoyens n'obtiennent pas la connaissance suffisante de la norme qui les concernent, et lorsque la norme entraîne beaucoup de complexités par rapport à l'aptitude des destinataires. Au regard de ces décisions, qui considèrent que « l'intelligibilité » et « l'accessibilité » sont les exigences découlant de la Constitution, on peut conclure que par les trois notions de « l'intelligibilité », «

⁴¹⁴ Sénat, *La qualité de la loi*, n°EJ3, Les documents de travail du Sénat, Série Etudes Juridique, 2007, p. 19.

⁴¹⁵ Décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, Loi de finances pour 2006.

l'accessibilité » et la « clarté », le Conseil n'entend que la « clarté », et le critère de « clarté » de la loi n'est que son absence de « complexité » pour le destinataire⁴¹⁶.

Vu que la base théorique de la bonne législation et les recherches réalisées dans ce domaine n'ont pas apporté un critère précis et commun pour les caractéristiques de la bonne législation, nous voyons parfois que même une simple allusion à l'une de ces caractéristiques, de la part des deux autorités de contrôle, ne signifie pas nécessairement que les deux autorités adoptent la même signification de telle caractéristique. Par exemple, bien que pour le Conseil Constitutionnel de France « l'accessibilité de la loi » signifie « l'intelligibilité » et la « clarté », la Cour européenne des droits de l'homme a souligné, dans l'une de ses décisions (CEDH, *Arrêt Sundry Times c. Royaume-Uni*, et au sujet de « l'accessibilité » de la loi, que les citoyens doivent avoir la possibilité d'accéder aux renseignements suffisants sur les normes concernant chaque dossier.

La question de la signification d'accessibilité se pose. L'accessibilité signifie l'accès, au sens de possibilité de consulter sur un support papier ou électronique, la norme. Dans les systèmes juridiques romano-germaniques, l'accès à la norme se fait

⁴¹⁶ «77. Considérant que l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration de 1789 et " la garantie des droits " requise par son article 16 ne seraient pas effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des règles qui leur sont applicables et si ces règles présentaient une complexité excessive au regard de l'aptitude de leurs destinataires à en mesurer utilement la portée ; qu'en particulier, le droit au recours pourrait en être affecté ; que cette complexité restreindrait l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles qui sont déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel " tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas " ;

78.Considérant qu'en matière fiscale, la loi, lorsqu'elle atteint un niveau de complexité tel qu'elle devient inintelligible pour le citoyen, méconnaît en outre l'article 14 de la Déclaration de 1789, aux termes duquel : " Tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée " ;

79. Considérant qu'il en est particulièrement ainsi lorsque la loi fiscale invite le contribuable, comme en l'espèce, à opérer des arbitrages et qu'elle conditionne la charge finale de l'impôt aux choix éclairés de l'intéressé ; qu'au regard du principe d'égalité devant l'impôt, la justification des dispositions fiscales incitatives est liée à la possibilité effective, pour le contribuable, d'évaluer avec un degré de prévisibilité raisonnable le montant de son impôt selon les diverses options qui lui sont ouvertes ; ... ».

au moyen des « journaux officiels » ou « les sites officiels » tandis que dans les systèmes juridiques de Common law cet accès se fait au moyen d'ouvrages qui guident les individuels⁴¹⁷. Il est évident qu'entre cette décision rendue par la Cour Européenne des droits de l'Homme et les décisions du Conseil constitutionnel français, il y a un désaccord dans la définition de « l'accessibilité de la loi ». Comme nous l'avons dit, par « l'accessibilité de la loi », le Conseil constitutionnel considère le sens immatériel de « la clarté de la loi », tandis que la Cour Européenne des droits de l'Homme entend une signification physique et pratique.

Une autre décision importante du Conseil Constitutionnel dans la détermination des concepts normatifs est la décision rendue en 21 Avril 2005⁴¹⁸ sur la normativité de la loi, selon laquelle on peut tirer la division des caractéristiques de la loi en inhérentes et transversales. Dans cette décision le Conseil précise qu'une disposition qui n'est pas normative n'est pas la loi. « Le Conseil constitutionnel rattache l'exigence de normativité à l'article 6 de la Déclaration de 1789 selon lequel « la loi est l'expression de la volonté générale »⁴¹⁹. Avec cette idée, nous pouvons considérer cette interprétation que le Conseil a considéré la normativité comme faisant partie des caractéristiques inhérentes de la loi, la mettant ainsi en dehors de la catégorie des caractéristiques de « la bonne loi ». De ce fait, le concept de « loi » se met en dehors du concept de « la bonne loi » et le précède. C'est-à-dire une norme juridique doit être normative et générale (caractère inhérent), tandis qu'elle puisse être mauvaise (vague, complexe, injuste et irrationnelle).

En comparant les décisions de la Cour Suprême des Etats-Unis et celles du Conseil constitutionnel français, nous réalisons qu'en France, on vérifie finalement, et

⁴¹⁷ Leturcq, Shirley (2005), *Standards et Droits Fondamentaux devant le Conseil Constitutionnel Français et la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Paris: L.G.D.J., p. 67.

⁴¹⁸ Champeil, Véronique, « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-21/n-est-pas-normatif-qui-peut-l-exigence-de-normativite-dans-la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel.50553.html>, 2007.

⁴¹⁹ Ibid.

après des changements variés, « l'intelligibilité » et « la clarté » et aux États-Unis on vérifie la « clarté » des normes. Il s'avère que pour les tribunaux, parmi les caractéristiques formelles énumérées pour une bonne norme juridique, la « clarté » est la plus importante et la détermination d'un critère pour son identification est beaucoup plus facile que les autres caractéristiques, telles « la rationalité » et « la justice ».

L'attention portée dans les décisions de la Cour Suprême des États-Unis à la question de l'arbitraire des pouvoirs exécutifs nous rappelle le premier critère du Conseil constitutionnel français, lié à « l'utilisation par le législateur de toute sa compétence » pour déclarer vagues et nulles les normes qui n'avaient pas prévu tous les aspects exécutifs. Même si, dans ses décisions, le Conseil constitutionnel français n'a pas directement mis l'accent sur la manière de prévenir l'arbitraire des pouvoirs et celle de protéger l'État de droit, on peut peut-être dire que la protection de l'État de droit constitue la base théorique de ces deux systèmes de surveillance de la qualité des normes, et « clarté » des normes juridiques constitue l'une des exigences de l'État de droit.

En plus de l'exigence d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, le Conseil constitutionnel se sert de l'exigence de « clarté et sincérité » du débat parlementaire pour l'élaboration d'une bonne législation⁴²⁰. Son contrôle s'est porté sur la procédure parlementaire afin d'améliorer la qualité de la législation. Au regard de cette exigence, les dispositions ratifiées selon une procédure contraire à la Constitution ne respectent pas l'exigence de « clarté et sincérité » de débat parlementaire⁴²¹. Le Conseil exerce ce contrôle sur la qualité de la procédure législative et il a bien précisé que « les exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire s'appliquent (aussi) aux travaux des commissions »⁴²².

⁴²⁰ Chamussy, Damien, « La procédure parlementaire et le Conseil constitutionnel », sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-38/la-procedure-parlementaire-et-le-conseil-constitutionnel.135703.html#NOPAC1200090041>, 2013.

⁴²¹ Sénat, *La qualité de la loi*, sur <https://www.senat.fr/ej/ej03/ej031.html>.

⁴²² Geynet, Chloe, « L'obstruction parlementaire à travers la jurisprudence du Conseil constitutionnel », sur <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01443246/document>, p. 8.

La « sincérité » est une notion flexible qui donne au Conseil une marge de manœuvre étendue afin d'appliquer ce contrôle. C'est un contrôle qui peut se justifier par le principe de *checks and balances*.

Le Conseil a établi ce contrôle sur la base d'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et l'article 3 de la Constitution : « le dépôt des amendements peut permettre d'assurer la clarté et la sincérité du débat parlementaire, sans lesquelles ne seraient garanties ni la règle énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, aux termes duquel : « La loi est l'expression de la volonté générale... », ni celle résultant du premier alinéa de l'article 3 de la Constitution, en vertu duquel : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants... »⁴²³.

Malgré le fait que les juristes français classifient cette exigence dans la catégorie des caractéristiques formelles de clarté, il nous semble que, conformément à ce que nous avons déjà expliqué sur la différence entre la « transparence » et la « clarté », cette exigence pourrait être considérée comme une exigence qui garantit la « transparence » de la procédure législative. Dans ce sens, la transparence signifie que les citoyens doivent avoir une connaissance parfaite du texte juridique, du moment où commence les débats sur la préparation du projet jusqu'au moment où le public participe activement à la réalisation et la diffusion de la norme. En outre, toutes les parties intéressées doivent avoir le temps suffisant, pendant la préparation du projet et la rédaction d'une règle, pour exprimer leurs idées et leurs critiques sur cette règle. Les décisions de Conseil constitutionnel aussi confortent cet analyse, montrant que cette exigence « protège la minorité contre les abus éventuels de la majorité mais permet également aux assemblées de mettre en œuvre des procédures destinées à garantir le bon déroulement de leur travail »⁴²⁴.

⁴²³ Décision n° 2005-526 DC du 13 octobre 2005, Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale.

⁴²⁴ Chamussy, Damien, « La procédure parlementaire et le Conseil constitutionnel », précité.

Toutefois, concernant les caractéristiques matérielles, nous n'avons pas de décisions du Conseil Constitutionnel. Les juges ont plus de contraintes pour intervenir dans la norme. De nouvelles idées sont pourtant proposées, par Madame Vidal-Naquet.

Selon elle, nous pouvons utiliser le contrôle de la « proportionnalité » comme un potentiel pour examiner la proportionnalité des objectives avec les outils de la norme juridique. Par exemple, dans la décision n° 599 DC, en 2009, le Conseil pointe l'inefficacité et l'incompatibilité de certaines normes. « Par leur importance, les régimes d'exemption totale institués par l'article 7 de la loi déferée sont contraires à l'objectif de lutte contre le réchauffement climatique et créent une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques ». Selon Mme. Vidal-Naquet par cette décision, le Conseil constitutionnel a la compétence pour contrôler l'efficacité de la norme juridique et il « se trouve ici intégré dans le contrôle de constitutionnalité comme une condition de validité de la norme législative ». En outre, le Conseil demande au législateur de déclarer « les principales caractéristiques de son projet et de mettre en valeur l'intérêt qui s'attache à son adoption », selon Conseil « il consacre une tradition républicaine »⁴²⁵.

Avant ce jugement, la décision du Conseil constitutionnel en 2003 a insisté sur ce contrôle. A propos de l'étude des moyens pour atteindre les objectifs déterminés, le Conseil constitutionnel français admet la liberté du législateur quant au choix du moyen pour atteindre l'objectif, même si son avis apparaît non pertinent, à condition qu'il ne soit pas inapproprié dans l'ensemble.

« Il ne lui revient pas de rechercher si l'objectif que s'est assigné le législateur aurait pu être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif poursuivi », donc, « il n'appartient pas au

⁴²⁵ Vidal-Naquet, Ariane, "L'efficacité dans le contrôle de Constitutionnalité", dans *L'efficacité de la norme juridique Nouveau vecteur de légitimité*, Bruxelles: Bruylant, 2012, pp. 187-209, Not., pp. 200, 203.

Conseil de juger des choix mais seulement de vérifier si leur mise en œuvre porte des atteintes disproportionnées aux droits et libertés constitutionnellement garantis »⁴²⁶.

L'examen des décisions du Conseil constitutionnel et au regard des critères qu'il retient concernant la qualité de la loi, on s'aperçoit qu'il a justement posé son regard sur « la qualité de la loi » en tant que moyen pour protéger les citoyens contre l'arbitraire; bien que, théoriquement, « la qualité de la norme » d'un autre côté, essaie d'assurer l'acceptabilité et l'obéissance des citoyens.

Pourtant, la décision de 2009 (n° 599 DC) du Conseil constitutionnel et son recours au contrôle de la validité de la norme législative pour le contrôle de l'efficacité des règles juridiques (auquel nous avons déjà fait allusion), compte une nouvelle étape dans l'attention au contenu d'une norme, un élargissement de champ dans l'avenir étant attendu. Un autre exemple du recours du Conseil constitutionnel à l'exigence de l'incompétence négative se constate lors du contrôle du contenu de la norme. Ces exemples démontrent que les tribunaux gardiens de la Constitution, en ayant recours aux exigences constitutionnelles, tentent de contrôler du point de vue qualitatif et dans la mesure du possible, le fond et la forme des lois.

Ce qu'opère le Conseil constitutionnel dans le contrôle de l'incompétence négative, plutôt qu'augmenter la réception d'une norme dans la société, est un renforcement de la qualité du processus que nous avons déjà évoqué. C'est-à-dire que le but de ce contrôle, est le maintien de l'efficacité des principes constitutionnels, ainsi que le maintien de l'harmonie et la cohérence entre la loi et la Constitution. Comme nous l'avons déjà indiqué en évoquant les spécificités matérielles, certains auteurs reconnaissent l'harmonie des normes, le classement hiérarchique des lois et leur

⁴²⁶ Décision n° 2003-468 DC du 3 avril 2003, Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques, Bergougnous, Georges, «Le Conseil constitutionnel et le législateur», dans *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, 2013, sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-135701.pdf>.

légalité constitutionnalité, au nombre des spécificités matérielles des normes de qualité.

Dans les deux cas, le Conseil constitutionnel français, en faisant appel au contrôle de l'incompétence négative, déclare l'inconstitutionnalité d'une loi, « si le législateur a épuisé sa compétence et, ensuite, si un droit fondamental est affecté ». Du point de vue du Conseil constitutionnel français, la dérogation à la compétence du législateur lors de l'adoption de la loi, est synonyme de dérogation aux droits des citoyens. Par exemple, le Conseil constitutionnel français a conclu, dans la décision Esso SAF, que l'inattention du législateur au domaine de la compétence de législation et une couverture complète de ce domaine engendre un vide dans l'application de la loi, ce qui donne une grande marge de manœuvre pour les autorités d'exécution et d'application⁴²⁷.

Ceci dit, dans de nombreux cas, « l'ordre public » et « l'intérêt général » ont rendu possible la dérogation aux droits et libertés fondamentaux et ont permis au le Conseil constitutionnel français d'accompagner le législateur dans la limitation des libertés et des droits fondamentaux, quitte à faire l'objet de critiques⁴²⁸.

⁴²⁷ «Considérant que le e du 2° de l'article L. 332-6-1 du code de l'urbanisme permet aux communes d'imposer aux constructeurs, par une prescription incluse dans l'autorisation d'occupation du sol, la cession gratuite d'une partie de leur terrain; qu'il attribue à la collectivité publique le plus large pouvoir d'appréciation sur l'application de cette disposition et ne définit pas les usages publics auxquels doivent être affectés les terrains ainsi cédés; qu'aucune autre disposition législative n'institue les garanties permettant qu'il ne soit pas porté atteinte à l'article 17 de la Déclaration de 1789; que, par suite, **le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence**; qu'il s'ensuit que, sans qu'il soit besoin d'examiner les griefs invoqués par la requérante, le e du 2° de l'article L. 332-6-1 du code de l'urbanisme doit être déclaré contraire à la Constitution».

Rrapi, Patricia, «L'incompétence négative dans la QPC: de la double négation à la double incompréhension», in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 34, 2012, sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-34/-l-incompetence-negative-dans-la-qpc-de-la-double-negation-a-la-double-incomprehension.104697.html>.

⁴²⁸ Bergougous, Georges, «Le Conseil constitutionnel et le législateur», dans *Cahiers du Conseil constitutionnel*, précité, p. 7.

Outre les droits et libertés fondamentaux, le Conseil constitutionnel français évoque en 2001 les principes économiques et sociaux explicités dans la Constitution, demandant l'attention du législateur à ces principes, la conformité à ceux-ci des lois ratifiées par le parlement, énumérant ceux-ci au nombre des spécificités matérielles de la norme : « Il incombe au législateur, dans le cadre de la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, d'assurer la mise en œuvre des principes économiques et sociaux du Préambule de la Constitution de 1946, tout en les conciliant avec les libertés constitutionnellement garanties »⁴²⁹. L'existence de cette nécessité est en effet une garantie de l'efficacité des principes de la Constitution.

L'obligation d'étude d'impact qui a été introduite dans la Constitution française pour les projets de loi en 2008 participe également à une volonté d'améliorer la qualité de la législation. En effet, si ces études sont bien réalisées, elles devraient permettre d'informer à la fois sur l'opportunité d'une loi mais également sa cohérence par rapport aux autres dispositifs juridiques existants, les modalités de son application, les conséquences envisagées d'un point de vue économique, financier, social et environnemental. L'étude d'impact existait bien avant 2008 mais elle a longtemps eu pour seul objet de promouvoir un projet de texte. Depuis 2008, elle est devenue obligatoire. Si les grandes lignes de son contenu sont énoncées par l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, le contrôle de la bonne réalisation de ces études d'impact est limité. Depuis 2008, le Conseil constitutionnel peut être saisi d'une étude d'impact. L'article 39 de la Constitution qui indique « Les projets de loi ne peuvent être inscrits à l'ordre du jour si la Conférence des présidents de la première assemblée saisie constate que les règles fixées par la loi organique sont méconnues » limite « l'autonomie du

⁴²⁹ Marinese, Vito, « Légistique et effectivité », dans Véronique Champeil-desplats; Danièle Lochak, *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2008, pp. 87-117, Not. pp. 90, 91.

Gouvernement dans l'élaboration des projets de loi »⁴³⁰. L'article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution a bien précisé cette obligation indiquant que : « Les projets de loi font l'objet d'une étude d'impact. Les documents rendant compte de cette étude d'impact sont joints aux projets de loi dès leur transmission au Conseil d'Etat »⁴³¹.

Le Conseil constitutionnel est compétent pour vérifier la conformité du projet de loi aux conditions fixées par la loi organique du 15 avril 2009. En revanche, il n'a pas la compétence de juger de la constitutionnalité du projet de loi qu'accompagne l'étude d'impact. Ce contrôle est un contrôle « restreint » et « formel » vérifiant que « les rubriques pertinentes sont répertoriées mais sans s'assurer de leur contenu, selon l'exigence prévue à l'article 8, avec précision »⁴³².

En outre, « si, par suite des circonstances, tout ou partie d'un document constituant l'étude d'impact d'un projet de loi venait à être mis à la disposition de la première assemblée saisie de ce projet après la date de dépôt de ce dernier, le Conseil constitutionnel apprécierait, le cas échéant, le respect des dispositions précitées de l'article 8 de la loi organique au regard des exigences de la continuité de la vie de la Nation »⁴³³.

Dans deux décisions, le Conseil a bien montré les modalités de ce contrôle. Dans la première, en 2013⁴³⁴, le Conseil constitutionnel a refusé les griefs portant sur

⁴³⁰ Combrade, Bertrand-Léo, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, thèse sur la direction de Michel Verpeaux, Université Paris 1, 2015, p. 163.

⁴³¹ Loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, sur <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020521873&categorieLien=id>.

⁴³² Portelli, Hugues, *Rapport n° 509-Séna : l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution pour tenir compte de la décision du Conseil constitutionnel du 1er juillet 2014*, sur <http://www.senat.fr/rap/114-509/114-5094.html>, 2015, p. 14.

⁴³³ Ibid., p. 15.

⁴³⁴ Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013-669-dc/decision-n-2013-669-dc-du-17-mai-2013.137046.html>.

le projet de la loi relatif au mariage entre personnes de même sexe, indiquant : « que la Conférence des présidents de l'Assemblée nationale n'a été saisie d'aucune demande tendant à constater que les règles relatives aux études d'impact étaient méconnues ; que les commissions des assemblées ont procédé à de nombreuses auditions ; qu'au regard du contenu de l'étude d'impact, le grief tiré de la méconnaissance de l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009 doit être écarté ; qu'il en va de même du grief tiré de l'atteinte aux exigences constitutionnelles de clarté et de sincérité des débats parlementaires »⁴³⁵. Par là-même, le Conseil rappelle qu'il ne peut être saisi que dans le cadre de la procédure indiquée à l'article 39 alinéa 4 c'est-à-dire « En cas de désaccord entre la Conférence des présidents et le Gouvernement » et à la condition que le président de l'assemblée intéressée ou le Premier ministre le saisisse.

Dans la deuxième décision⁴³⁶, le Conseil constitutionnel a bien été saisi dans le cadre posé par l'article 39 alinéa 4. Cette saisie a permis d'apprécier l'étendue du contrôle exercé sur ces études d'impact. Dans cette décision, le Conseil a considéré que le projet la loi relatif à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral, a bien respecté les conditions prévue par loi organique 2009 : « Considérant, en second lieu, que ce projet de loi est accompagné d'une étude d'impact qui a été mise à la disposition du Sénat dès la date

⁴³⁵ Ibid.

« Considérant que les requérants font valoir que l'étude d'impact jointe au projet de loi n'a pas permis d'éclairer suffisamment les parlementaires sur la portée du texte qui leur a été soumis ; qu'en particulier, cette étude d'impact aurait omis d'indiquer les conséquences sociales, financières et juridiques des dispositions du projet de loi ; qu'elle aurait également omis de présenter l'état de la législation comparée et la compatibilité du projet de loi avec les conventions internationales conclues par la France ; Considérant qu'aux termes des troisième et quatrième alinéas de l'article 39 de la Constitution ; ... et du premier alinéa de l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009 susvisée ... et que, selon le premier alinéa de l'article 9 de la même loi organique, la Conférence des présidents de l'assemblée sur le bureau de laquelle le projet de loi a été déposé dispose d'un délai de dix jours suivant le dépôt pour constater que les règles relatives aux études d'impact sont méconnues ; Considérant que le projet de loi a été déposé le 7 novembre 2012 sur le bureau de l'Assemblée nationale et que la Conférence des présidents de l'Assemblée nationale n'a été saisie d'aucune demande tendant à constater que les règles relatives aux études d'impact étaient méconnues ; que les commissions des assemblées ont procédé à de nombreuses auditions ; qu'au regard du contenu de l'étude d'impact, le grief tiré de la méconnaissance de l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009 doit être écarté ; qu'il en va de même du grief tiré de l'atteinte aux exigences constitutionnelles de clarté et de sincérité des débats parlementaires ... ».

⁴³⁶ Décision n° 2014-12 FNR du 1 juillet 2014, Présentation du projet de loi relatif à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral.

de son dépôt ; que, d'une part, cette étude comprend, conformément au deuxième alinéa de l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009, des développements relatifs à différentes options possibles sur les délimitations des régions, les élections régionales et départementales et la durée des mandats des membres des conseils régionaux et des conseils départementaux ; qu'elle expose les raisons des choix opérés par le Gouvernement et en présente les conséquences prévisibles ; que, d'autre part, le contenu de cette étude d'impact répond à celles des autres prescriptions de l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009 qui trouvent effectivement à s'appliquer compte tenu de l'objet des dispositions du projet de loi en cause ; ... qu'il n'est en outre pas établi qu'il a été soumis à des consultations dans des conditions qui auraient dû être exposées dans l'étude d'impact ; Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les règles fixées par la loi organique du 15 avril 2009 pour la présentation des projets de loi en application du troisième alinéa de l'article 39 de la Constitution n'ont pas été méconnues, ... La présentation du projet de loi relatif à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral est conforme aux conditions fixées par la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution »⁴³⁷. Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel, qui se contente de vérifier qu'un certain nombre de rubriques sont présentes, ne pouvait être que restreint en raison du danger qu'il y aurait à verser dans un contrôle de l'opportunité du projet de loi.

⁴³⁷ Décision n° 2014-12 FNR du 1 juillet 2014, Présentation du projet de loi relatif à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral, sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2014/2014-12-fnr/decision-n-2014-12-fnr-du-1-juillet-2014.141875.html>.

Section 2. Le contrôle de la qualité des normes par les juridictions européennes

Dans cette partie, seront examinées d'une part la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne (§ 1) et d'autre part la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme concernant la qualité des normes (§ 2).

§ 1. La position de la Cour de justice de l'Union Européenne

L'aliéna 4 de l'article 263 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE)⁴³⁸ permet à toute personne physiques ou morale de remettre en cause la régularité des actes de l'Union Européenne. Sur le fondement de cette disposition, la Cour de Justice de l'Union Européenne et les tribunaux ordinaires ont la compétence de vérifier si ces actes se conforment aux traités de l'Union européenne et aux principes généraux du droit de l'Union européenne : « La Cour de justice de l'Union européenne contrôle la légalité des actes législatifs, des actes du Conseil, de la Commission et de la Banque centrale européenne, autres que les recommandations et les avis, et des actes du Parlement européen et du Conseil européen destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers. Elle contrôle aussi la légalité des

⁴³⁸ « Toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues aux premier et deuxième alinéa, un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution.

Les actes créant les organes et organismes de l'Union peuvent prévoir des conditions et modalités particulières concernant les recours formés par des personnes physiques ou morales contre des actes de ces organes ou organismes destinés à produire des effets juridiques à leur égard.

Les recours prévus au présent article doivent être formés dans un délai de deux mois à compter, suivant le cas, de la publication de l'acte, de sa notification au requérant ou, à défaut, du jour où celui-ci en a eu connaissance ».

Traité sur le Fonctionnement de l'union européenne, Journal officiel de l'Union européenne, sur http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:88f94461-564b-4b75-ae7-c957de8e339d.0010.01/DOC_3&format=PDF, 2008, pp. 162, 163.

actes des organes ou organismes de l'Union destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers »⁴³⁹.

Le nouvel aliéna de la Convention de Lisbonne a également reconnu ce droit pour les individus, ce qui peut aboutir à ce résultat que les cours européennes observent « la législation juridique » comme l'un des « actes de régularité »⁴⁴⁰.

La CJUE rend des arrêts dans les affaires qui lui sont soumises. La CJUE peut utiliser ses fonctions pour contrôler les qualités formelles et matérielles des normes qui lui sont soumises. Elle peut notamment :

1. « interpréter la législation de l'UE », qui peut permettre de vérifier la compatibilité des normes ou actions pratiques nationales avec la législation de l'UE.

2. « annuler des actes législatifs européens » qui violent les traités de l'UE ou des droits fondamentaux, sur demande du Conseil de l'UE, de la Commission européenne ou, dans certains cas, du Parlement⁴⁴¹.

En 1981, dans l'arrêt *Administration des douanes contre Société anonyme Gondrand Frères et Société anonyme Garancini*, la CJUE a reconnu les exigences de « clarté » et « précision » qui, selon elle, découlent du principe de la sécurité juridique. Elle en a conclu qu'une réglementation doit être claire et précise « afin qu'il (la personne morale ou physique) puisse connaître sans ambiguïté ses droits et obligations et prendre ses dispositions en conséquence »⁴⁴².

Dans un autre arrêt, de juillet 2013, la Cour (cinquième chambre) a mentionné l'exigence de « clarté » en rejetant la demande tendant à l'annulation de la décision C

⁴³⁹ Traité sur le Fonctionnement de l'union européenne, Journal officiel de l'Union européenne, sur http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:88f94461-564b-4b75-ae7-c957de8e339d.0010.01/DOC_3&format=PDF, 2008, article. 263, p. 162.

⁴⁴⁰ Voermans W.J.M. & Schuurmans Y.E., "Better Regulation by Appeal", in *European Public Law*, No. 17(3), 2011, pp. 507-525, Not. p. 508.

⁴⁴¹ http://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice_fr.

⁴⁴² CJUE, *Administration des douanes contre Société anonyme Gondrand Frères et Société anonyme Garancini*, sur <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A61980CJ0169>, 1981.

(2007) 512 de la Commission du 21 février 2007. Paragraphe 57, la Cour livre son point de vue sur l'exigence de clarté et son critère pour vérifier que des normes sont claires : « 57. Au point 96 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a, sans commettre d'erreur de droit, rappelé que le principe de légalité exige que la loi définisse clairement les infractions et les peines qui les répriment. Au point 99 dudit arrêt, c'est également sans commettre d'erreur de droit qu'il a rappelé les critères d'appréciation de la clarté de la loi selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, à savoir que la clarté de la loi s'apprécie au regard non seulement du libellé de la disposition pertinente, mais également des précisions apportées par une jurisprudence constante et publiée, et que le fait qu'une loi confère un pouvoir d'appréciation ne se heurte pas en soi à l'exigence de prévisibilité, à condition que l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel pouvoir se trouvent définies avec une netteté suffisante, eu égard au but légitime en jeu, pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire »⁴⁴³.

La Cour de l'Union Européenne n'a pas encore directement traité des questions relatives à une amélioration de la législation européenne dans ses décisions. Cependant, certaines jurisprudences peuvent être considérées comme révélatrice d'un intérêt, même indirect, pour ce thème, ce qui est susceptible de préparer la voie pour des décisions plus directes dans l'avenir⁴⁴⁴. Par exemple, la participation des personnes intéressées à l'élaboration d'une règle de droit est souvent considérée comme une des manières d'adopter des règles raisonnables, adaptées aux nécessités de la société et, en un mot, efficaces. La question est que la « transparence » dans les décisions, au sens du maximum de la connaissance des citoyens sur le processus et les décisions prises, augmente le degré du respect et de la reconnaissance des normes juridiques, et conduit à les considérer comme rationnelles⁴⁴⁵.

⁴⁴³ CJUE, *Schindler Holding Ltd e.a. contre Commission européenne*, 2013, sur <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A62011CJ0501>.

⁴⁴⁴ Popelier, Patricia, "Governance and Better Regulation: Dealing with the legitimacy Paradox", précité, p. 556.

⁴⁴⁵ Ibid., pp. 556, 557.

Dans l'article 26 des règles IIA, ratifiées à Bruxelles en 2003⁴⁴⁶, il a été demandé à la Commission de recourir autant que possible à la consultation et d'en diffuser les résultats⁴⁴⁷. Toutefois, les juridictions de l'Union Européenne résistent à de tels droits à moins que ces cas n'aient été expressément identifiés par les articles du traité ou par une autre norme dans l'Union Européenne. La raison en est que, selon les juges, le contenu de telle demande va à l'encontre de la Déclaration internationale sur la démocratie⁴⁴⁸, car, toujours selon eux, la diffusion dans un journal officiel du résumé des projets de la législation, pour recevoir les points de vue et remarques des groupes intéressés, répond de manière suffisante au droit à la consultation⁴⁴⁹.

Toutefois lorsque la Cour demande que soit présentée une « législation fondée sur des preuves »⁴⁵⁰ cela signifie que les décisions prises par les instances de l'Union Européenne doivent toutes être basées sur la raison et respecter le principe de la proportion. Cela semble rapprocher d'un souhait de consultation et de participation des groupes intéressés. En effet, le pouvoir législatif a le devoir d'exprimer clairement les principales causes de la législation pour que tous les groupes ayant affaires à une certaine norme parviennent à comprendre les intentions du législateur et que les cours parviennent à surveiller justement l'exécution de la norme⁴⁵¹.

⁴⁴⁶ Accord Interinstitutionnel «Mieux légiférer», sur [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003Q1231\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003Q1231(01)&from=EN), 2003.

⁴⁴⁷ «26. Durant la période précédant la présentation de propositions législatives, la Commission procède, en informant le Parlement européen et le Conseil, à des consultations aussi complètes que possibles, dont les résultats sont rendus publics. Dans certains cas, si la Commission le juge opportun, elle peut soumettre un document de consultation pré-législative, à propos duquel le Parlement européen et le Conseil peuvent choisir de rendre un avis ».

⁴⁴⁸ International declaration on democracy, 1997, sur <http://www.rcdh.es.gov.br/sites/default/files/1997%20Universal%20Declaration%20on%20Democracy%20IPU.pdf>.

⁴⁴⁹ Voermans W.J.M. & Schuurmans Y.E., "Better Regulation by Appeal", précité, pp. 513, 514.

⁴⁵⁰ Evidence-based legislation.

⁴⁵¹ Ibid., p. 515.

Une autre concordance de vues semble exister entre la Cour de justice de l'Union Européenne et les exigences de « bonne législation » sur la question de la « transparence ». Contrairement à l'opinion de certains spécialistes du droit pour qui les expressions de clarté et de transparence ont une même signification, on peut dire que la « transparence » signifie la présence, la connaissance, et la conscience des groupes intéressés au processus de législation, entre la présentation du projet jusqu'au moment où ce projet est ratifié et diffusé dans les journaux officiels. La « transparence » signifie donc le fonctionnement transparent du pouvoir législatif de façon qu'il ne reste aucun aspect vague pour les individus et les parties intéressées sur la manière dont la règle a été adoptée, les parties intéressées ont été consultées, leurs avis ont été recueillis et discutés. De ce fait, l'article 15 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne⁴⁵² et les points 10 et 11 des règlements IIA de Bruxelles insistent sur ce point que tous les avis et consultations doivent être collectés d'une manière transparente et au bon moment⁴⁵³.

Etant donné les documents préparés par les membres de l'Union, on peut s'attendre à ce que dans l'avenir proche, les juridictions du droit de l'Union Européenne vérifient la qualité des normes, que ce soit du point de vue de la forme ou du contenu. De la même façon, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de

⁴⁵² “1. In order to promote good governance and ensure the participation of civil society, the Union's institutions, bodies, offices and agencies shall conduct their work as openly as possible.

2. The European Parliament shall meet in public, as shall the Council when considering and voting on a draft legislative act.

3. Any citizen of the Union, and any natural or legal person residing or having its registered office in a Member State, shall have a right of access to documents of the Union's institutions, bodies, offices and agencies, whatever their medium, subject to the principles and the conditions to be defined in accordance with this paragraph.

General principles and limits on grounds of public or private interest governing this right of access to documents shall be determined by the European Parliament and the Council, by means of regulations, acting in accordance with the ordinary legislative procedure.

Each institution, body, office or agency shall ensure that its proceedings are transparent and shall elaborate in its own Rules of Procedure specific provisions regarding access to its documents, in accordance with the regulations referred to in the second subparagraph.

The Court of Justice of the European Union, the European Central Bank and the European Investment Bank shall be subject to this paragraph only when exercising their administrative tasks.

The European Parliament and the Council shall ensure publication of the documents relating to the legislative procedures under the terms laid down by the regulations referred to in the second subparagraph”.

⁴⁵³ Voermans W.J.M. & Schuurmans Y.E., “Better Regulation by Appeal”, précité, p. 515.

l'Homme en la matière influence les juges nationaux de droit commun de l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme.

§ 2. La position de la Cour Européenne des Droits d'Homme

A partir 1979, la Cour Européenne de Droit d'Homme a souligné que les normes qui limitent les droits des individus doivent être « accessibles », « précises » et « prévisibles ». Elle considère que ces exigences découlent du « principe de la détermination de la sécurité juridique »⁴⁵⁴.

Dans le dossier *Sunday Times c. Royaume-Uni*⁴⁵⁵ la Cour a insisté sur le fait que les normes juridiques doivent être d'une précision telle qu'elles doivent permettre aux citoyens de régler leurs comportements en recevant des « conseils éclairés ». Donc, la « clarté » d'une norme ne peut être évaluée que lorsque l'individu bénéficie d'une bonne consultation.

Il s'avère que le critère envisagé par la cour est qu'une norme juridique n'est pas claire lorsqu'un individu ne le comprend pas même en recevant des conseils éclairés. Donc si un individu prétend qu'une norme n'est pas claire et si on découvre que s'il recevait une consultation convenable il comprendrait le sens de la norme, on ne peut pas considérer la norme comme une norme « vague ». Bien que la cour ait essayé de présenter un critère pour identifier « une norme claire », le terme même du « conseils éclairés » est vague et la cour n'en a présenté aucune définition. D'ailleurs, comment pourrait-on s'attendre à ce que tous les individus bénéficient d'une bonne consultation ? Donc, même si le critère présenté par la cour empêche, d'une certaine

⁴⁵⁴ CEDH, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 1979; CEDH, *Baranowski c. Pologne*, 1972, sur <http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-63022?TID=oggeohufwa>.

⁴⁵⁵ Les normes législatives doivent être « énoncées avec suffisamment de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite, en s'entourant au besoin de conseils éclairés, être à même de prévoir, à un degré raisonnable, dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé [...]; [elles] n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue: l'expérience la révèle hors d'atteinte. En outre, la certitude, bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive; et le droit doit pouvoir s'adapter aux changements de situation. Aussi beaucoup de lois se servent-elles, par la nature des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique ».

manière, le caractère vague des normes juridiques et même s'il peut protéger les droits des individus contre le flou et l'imprécision des normes juridiques, il sera toujours vague, indéfinissable et indéterminable.

Dans la plupart de ses décisions, la cour a avoué qu'un grand nombre de rédactions normatives sont dépouillées de la précision nécessaire. La nécessité d'écrire avec clarté et la tendance à mettre les normes en harmonie avec les changements signifient qu'un grand nombre de normes sont inévitablement, plus ou moins, vagues⁴⁵⁶ et que l'accès définitif à des normes « claires », au temps de rédaction des termes normatifs, est impossible⁴⁵⁷.

Liée à la sécurité juridique (Legal certainty), la prévisibilité des normes pour les citoyens veut dire que les citoyens doivent savoir exactement quel acte est permis

⁴⁵⁶ CEDH, *Kokkinakis v. Greece*; "52. The Court points out that Article 7 para. 1 (art. 7-1) of the Convention is not confined to prohibiting the retrospective application of the criminal law to an accused's disadvantage. It also embodies, more generally, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (nullum crimen, nulla poena sine lege) and the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy; it follows from this that an offence must be clearly defined in law. This condition is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him liable".

Muller and Others v. Switzerland; « 29. In the applicants' view, the terms of Article 204 § 1 of the Swiss Criminal Code, in particular the word "obscene", were too vague to enable the individual to regulate his conduct and consequently neither the artist nor the organisers of the exhibition could foresee that they would be committing an offence. This view was not shared by the Government and the Commission. According to the Court's case-law, "foreseeability" is one of the requirements inherent in the phrase "prescribed by law" in Article 10 § 2 (art. 10-2) of the Convention. A norm cannot be regarded as a "law" unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen - if need be, with appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail (see the Olsson judgment of 24 March 1988, Series A no. 130, p. 30, § 61 (a)). The Court has, however, already emphasised the impossibility of attaining absolute precision in the framing of laws, particularly in fields in which the situation changes according to the prevailing views of society (see the Barthold judgment of 25 March 1985, Series A no. 90, p. 22, § 47). The need to avoid excessive rigidity and to keep pace with changing circumstances means that many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague (see, for example, the Olsson judgment previously cited, *ibid.*). Criminal-law provisions on obscenity fall within this category".

in Scalia, Damien, "A few thoughts on guaranties inherent to the rule of law as applied to sanctions and the prosecution and punishment of war crimes", in *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 870, 2008, p.347.

⁴⁵⁷ *Ibid.*

et quel acte est interdit. En 1984, dans le dossier *Malone c. Royaume-Uni*, la Cour a exprimé les causes de son intérêt pour la question de qualité de la législation ; selon la Cour, cet intérêt était enraciné dans l'intention de protéger des individus contre l'arbitraire des pouvoirs publics. Dans le paragraphe 67, elle déclare que la prévisibilité constitue l'une des exigences de la qualité des normes. Puis elle donne une définition de la prévisibilité selon laquelle, une règle est prévisible lorsqu'elle est si nettement rédigée qu'elle permet à tous les citoyens de régler leurs comportements. Cette définition est en harmonie avec le principe de l'Etat de droit, exprimé dans le préambule de la Convention, ainsi qu'avec l'article 8 selon laquelle les normes nationales doivent procurer la protection convenable contre l'arbitraire des pouvoirs publics : « La Cour rappelle qu'à ses yeux le membre de phrase « prévue par la loi » ne se borne pas à renvoyer au droit interne, mais concerne aussi la qualité de la « loi » ; il la veut compatible avec la prééminence du droit, mentionnée dans le préambule de la Convention ... Il implique ainsi - et cela ressort de l'objet et du but de l'article 8 (art. 8) - que le droit interne doit offrir une certaine protection contre des atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par le paragraphe 1 ... En particulier, l'exigence de prévisibilité ne saurait signifier qu'il faille permettre à quelqu'un de prévoir si et quand ses communications risquent d'être interceptées par les autorités, afin qu'il puisse régler son comportement en conséquence. Néanmoins, la loi doit user de termes assez clairs pour indiquer à tous de manière suffisante en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite la puissance publique à opérer pareille atteinte secrète, et virtuellement dangereuse, au droit au respect de la vie privée et de la correspondance »⁴⁵⁸.

Dans le paragraphe 68, la Cour ajoute que les normes juridiques doivent être évaluées du point de vue de la qualité, et qu'elles doivent décrire la situation et les résultats avec une telle précision que les pouvoirs publics puissent mémoriser ces données, pour les employer dans la confrontation avec les individus : « La Cour y a jugé qu' « une loi conférant un pouvoir d'appréciation doit « en fixer la portée », bien

⁴⁵⁸ CEDH, *Malone* c. *Royaume-Uni*, 1984, sur <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-62091&filename=001-62091.pdf>.

que le détail des normes et procédures à observer n'ait pas besoin de figurer dans la législation elle-même ... Le niveau de précision exigé ici de la « loi » dépend du domaine considéré ... Puisque l'application de mesures de surveillance secrète des communications échappe au contrôle des intéressés comme du public, la « loi » irait à l'encontre de la prééminence du droit si le pouvoir d'appréciation accordé à l'exécutif ne connaissait pas de limites. En conséquence, elle doit définir l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel pouvoir avec une netteté suffisante - compte tenu du but légitime poursuivi - pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire »⁴⁵⁹.

Dans ces décisions, tout comme la Cour Suprême des Etats-Unis et le Conseil constitutionnel français, la Cour des droits de l'Homme fonde son approche à l'égard des caractéristiques de la bonne législation sur la prévention de l'arbitraire des pouvoirs publics.

Dans le jugement rendu dans le dossier de *Cantoni v. France*⁴⁶⁰, la Cour a également précisé que les individus doivent être capables, dans une grande mesure, d'évaluer que les résultats découlant d'un certain acte sont logiques ou non. Cette décision et les décisions précédentes laissent penser que pour la cour le caractère logique d'un prédicat juridique est la condition nécessaire de sa prévisibilité. Dans la

⁴⁵⁹ Ibid.

⁴⁶⁰ "29. As the Court has already held, Article 7 embodies, inter alia, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (nullum crimen, nulla poena sine lege) and the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy. From these principles it follows that an offence must be clearly defined in the law. This requirement is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him criminally liable. When speaking of "law" Article 7 alludes to the very same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises statutory law as well as case-law and implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability (see, as the most recent authority, the S.W. and C.R. v. the United Kingdom judgments of 22 November 1995, Series A nos. 335-B and 335-C, pp. 41-42, 35, and pp. 68-69, 33, respectively). In the present case only that last aspect is in issue.

30. The fact, pointed to by the Government, that Article L. 511 of the Public Health Code is based almost word for word on Community Directive 65/65 (see paragraph 12 above) does not remove it from the ambit of Article 7 of the Convention.

31. As the Court has already had occasion to note, it is a logical consequence of the principle that laws must be of general application that the wording of statutes is not always precise. One of the standard techniques of regulation by rules is to use general categorisations as opposed to exhaustive lists. The need to avoid excessive rigidity and to keep pace with changing circumstances means that many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague. The interpretation and application of such enactments depend on practice (see, among other authorities, the Kokkinakis v. Greece judgment of 25 May 1993, Series A no. 260-A, p. 19, 40).

25. At the hearing the applicant's lawyers requested the Court to hold that Article L. 511 of the Public Health Code "[was] not sufficiently precise to protect the rights of individuals in France".

définition de « caractère logique », on lit que le mot doit être interprété à l'aide de ses contraires, à savoir tout ce qui est illogique, inattendu et surprenant ne peut pas être « prévisible »⁴⁶¹. Si une norme juridique est logique, les individus pourront prévoir, car ils savent logiquement qu'un certain résultat découle d'un certain acte. En acceptant une telle interprétation, on peut prétendre que premièrement, la Cour des droits de l'Homme associe la prévisibilité au caractère logique (à savoir si une règle est logique elle est prévisible) et deuxièmement, on vérifie ainsi l'une des caractéristiques matérielles de la bonne législation selon la Cour, à savoir « le caractère logique ».

Dans le dossier *Kruslin c. France*, la Cour a associé d'une certaine manière la « prévisibilité » des normes à leur « clarté » lorsqu'elle a prétendu que le droit français n'a pas clairement précisé le domaine et la manière dont les autorités pouvaient exercer leur compétence, et cela à tel point que M. Kruslin n'avait pas bénéficié du minimum de la protection envisagée par le principe de l'Etat de droit, ce qui était contraire à l'article 8 de la Convention. Cette décision est intervenue à propos d'écoutes téléphoniques. La cour a souligné que puisque les normes en question n'étaient pas « claires », le demandeur n'avait pas pu prévoir les conséquences de ses actes. Donc la « clarté » des normes est la condition nécessaire de leur « prévisibilité »⁴⁶².

Au-delà, au regard du raisonnement suivi par la Cour dans l'affaire *Cantoni c. France*, dans lequel par la « prévisibilité » la cour avait entendu son « caractère logique », si on fait un pont entre la « prévisibilité » et le « caractère logique », la « clarté » des normes est la condition nécessaire à tous les deux ; si elle n'est pas claire, une norme n'est ni prévisible ni logique. A ce sujet, selon une décision identique la « prévisibilité » de la loi implique sa « clarté » et celle-ci implique « son accessibilité »⁴⁶³.

⁴⁶¹ Scalia, Damien, "A few thoughts on guaranties inherent to the rule of law as applied to sanctions and the prosecution and punishment of war crimes", précité, p. 348.

⁴⁶² Wachsmann, Patrick, « Sur la clarté de la loi », précité, p. 810.

⁴⁶³ Ibid., p. 811.

En 1992, la Cour des droits de l'Homme a également déclaré dans une décision contre la France que les normes de ce pays sur la classification des sites sont dépouillées de « l'harmonie et la clarté » et entraînent un état de « manque de sécurité juridique », ce qui empêche que le demandeur bénéficie du droit au recours effectif devant le Conseil d'Etat français⁴⁶⁴. Les traces de la même antériorité et postériorité conceptuelles peuvent être suivies dans le jugement de la Cour. La norme juridique n'est pas « prévisible » car elle n'est pas claire (l'indétermination), ce qui est, à son tour, enraciné dans « le manque d'accès » (physique) à la norme.

Une décision de la Cour, en 1998⁴⁶⁵, sur l'indemnisation des victimes de contamination au VIH par transfusion du sang, a repris les positions passées pour associer la « clarté » à l'« accessibilité » des règles juridiques et elle est, d'une

⁴⁶⁴ CEDH, *Geoffroy de la Pradelle c. France*, 1992, sur <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-62334&filename=001-62334.pdf>: «33. On ne peut cependant que relever, avec le requérant, l'extrême complexité du droit positif, telle qu'elle résulte de la combinaison de la législation relative à la protection des sites avec la jurisprudence concernant ...

34. Bref, le requérant était en droit de compter sur un système cohérent qui ménageât un juste équilibre entre les intérêts de l'administration et les siens; spécialement, il devait jouir d'une possibilité claire, concrète et effective de contester un acte administratif qui constituait une ingérence directe dans son droit de propriété ...

35. les règles françaises relatives au classement des sites «étaient du fait de leur manque de cohérence et de clarté de nature à créer un état d'insécurité juridique qui a empêché le requérant de bénéficier d'un droit d'accès connu et effectif devant le Conseil d'État».

⁴⁶⁵ CEDH, *FE c. France*, 1998, sur <https://www.doctrine.fr/d/CEDH/HFJUD/CHAMBER/1998/CEDH001-62815> : «43. Pour la Commission, comme dans l'affaire Bellet, le système ne présentait pas pour F.E. une clarté et des garanties suffisantes pour éviter un malentendu quant aux modalités d'exercice des recours ouverts et aux limitations découlant de leur exercice simultané.

44. La Cour rappelle que le droit à un tribunal, dont le droit d'accès constitue un aspect (arrêt *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, série A n° 18, p. 18, § 36), n'est pas absolu et qu'il se prête à des limitations implicites, notamment en ce qui concerne les conditions de recevabilité d'un recours (arrêt *Ashingdane c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985, série A n° 93, pp. 24-25, § 57). Celles-ci ne peuvent toutefois pas en restreindre l'exercice d'une manière ou à un point tels qu'il se trouve atteint dans sa substance même. Elles doivent tendre à un but légitime et il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (voir notamment les arrêts *Fayed c. Royaume-Uni* du 21 septembre 1994, série A n° 294-B, pp. 49-50, § 65, *Bellet c. France* du 4 décembre 1995, série A n° 333-B, p. 41, § 31, et *Levages Prestations Services c. France* du 23 octobre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-V, p. 1543, § 40»).

certaine manière, la relecture des décisions passées sans aucun changement dans l'argumentation.

Dans ses décisions ultérieures, la cour ne change pas sa position. La « prévisibilité », la « précision », la « clarté », l'« accessibilité » sont soulignées, et la nécessité de leur existence est associée à «la sécurité juridique» pour les citoyens et contre l'arbitraire et la tyrannie des pouvoirs publics⁴⁶⁶. Enfin, et selon la cour, si une norme n'est pas réglée avec précision et par rapport aux autres normes, de façon que l'interlocuteur ne soit pas capable de l'identifier même en recourant à un conseil éclairé, dans ce cas l'article 7 de la Convention est violé⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶ CEDH, *Coeme; and others c. Belgium*, 1989, sur http://www.legislationline.org/download/action/download/id/4076/file/ECHR_Coeme_Belgium_2000.pdf : « offences and the relevant penalties must be clearly defined by law. This requirement is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him criminally liable. When speaking of "law" Article 7 alludes to the very same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises statute law as well as case-law and implies qualitative requirements, including those of accessibility and foreseeability (see the *Cantoni v. France* judgment of 15 November 1996, Reports 1996-V, p. 1627, § 29; and the *S.W. and C.R. v. the United Kingdom* judgments of 22 November 1995, Series A nos. 335-B and 335-C, pp. 41-42, § 35, and pp. 68-69, § 33, respectively). The Court must therefore verify that at the time when an accused person performed the act which led to his being prosecuted and convicted there was in force a legal provision which made that act punishable, and that the punishment imposed did not exceed the limits fixed by that provision (see *Murphy v. the United Kingdom*, application no. 4681/70, Commission decision of 3 and 4 October 1972, Collection 43, p. 1). Since the term "penalty" is autonomous in scope, to render the protection afforded by Article 7 effective the Court must remain free to go behind appearances and assess for itself whether a particular measure amounts in substance to a "penalty" within the meaning of this provision (see the *Welch v. the United Kingdom* judgment of 9 February 1995, Series A no. 307-A, p. 13, § 27). While the text of the Convention is the starting-point for such an assessment, the Court may have cause to base its findings on other sources, such as the travaux préparatoires. Having regard to the aim of the Convention, which is to protect rights that are practical and effective, it may also take into consideration the need to preserve a balance between the general interest and the fundamental rights of individuals and the notions currently prevailing in democratic States (see, among other authorities, the *Airey v. Ireland* judgment of 9 October 1979, Series A no. 32, pp. 14-15, § 26, and the *Guzzardi v. Italy* judgment of 6 November 1980, Series A no. 39, pp. 34-35, § 95).

⁴⁶⁷ CEDH, *Kafkaris c. Cyprus*, 2008, sur <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-2237&filename=002-2237.pdf&TID=thkbhnilzk>: «Article 7 – (a) Quality of the law: On the question of accessibility and foreseeability, the Court noted that, although at the time the applicant committed the offence the Criminal Code clearly provided that premeditated murder carried the penalty of life imprisonment, it was equally clear that in reliance upon the prison regulations both the executive and the administrative authorities had been working on the premise that that penalty was tantamount to twenty years' imprisonment and that all prisoners, including life prisoners, were eligible for remission of sentence for good behaviour. While the Court accepted that the regulations concerned the execution of the penalty – and not the penalty itself – the distinction between the scope of a life sentence and the manner of its execution was not immediately apparent. Accordingly, at the time the applicant committed the offence, Cypriot law taken as a whole was not formulated with sufficient precision to enable the applicant to discern, if necessary with appropriate advice, to a degree that was

Une autre caractéristique matérielle de la bonne législation, étudiée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, est la question de la « proportionnalité ». Dans la plupart des dossiers, la proportionnalité a été exprimée dans les articles 8 à 11 de la Convention EDH englobant les droits concernant la vie privée et familiale, la liberté de pensée, de religion, d'expression et d'association. En plus de tels cas, la Cour a aussi employé le principe de la proportionnalité dans les questions pénales, en se référant à l'article 3 de la Convention qui interdit les peines et les traitements humiliants⁴⁶⁸.

La Cour européenne des droits de l'Homme pose plutôt la question de la « proportionnalité » au sujet de la relation entre le délit et la peine. Quel rapport entre la « rationalité », et la « proportionnalité » ? Dans les lignes précédentes, nous avons vu que si une norme est « rationnelle », les individus seront capables de la « prévoir » ; c'est à dire qu'ils sauront quel acte entraînera quelle sanction. Si nous faisons usage de ces mêmes termes pour la norme « proportionnée », nous pourrions dire que si un délit est en proportion avec sa sanction, il sera « logique » et donc « prévisible ». Conséquemment, on pourrait peut-être dire que la question de la « proportionnalité » des jugements de la Cour ressemble à la question du « caractère logique » des normes et, de ce fait, on peut la contrôler.

Les manifestations de l'intérêt pour les caractéristiques matérielles des normes juridiques sont plus nombreuses dans les décisions de la Cour des droits de l'Homme, même si la Cour EDH a toujours essayé, pour rendre la vérification possible, de définir ces caractéristiques à l'aune des caractéristiques formelles comme la « clarté ».

Le contrôle des normes n'est pas seulement pratiqué par des juridictions constitutionnelles ou internationales. Il l'est aussi pour des actes administratifs ou encore locaux par des juridictions dites « ordinaires », soit qu'elles soient chargées de

reasonable in the circumstances, the scope of the penalty of life imprisonment and the manner of its execution. Conclusion: violation (fifteen votes to two)".

⁴⁶⁸ Scalia, Damien, "A few thoughts on guaranties inherent to the rule of law as applied to sanctions and the prosecution and punishment of war crimes", précité, p. 353.

tous les types de contentieux comme cela est cas des juridictions américaines, soit qu'elles soient chargées de certains contentieux seulement comme c'est le cas du Conseil d'Etat français.

Section 3. Quelques autres points de vue juridictionnels

La Californie fournit un exemple de juridiction qui s'est saisie des questions de la qualité des normes (§1) mais il est important également d'évoquer le cas du Conseil d'Etat français qui dispose à la fois de compétences consultatives lui permettant d'influencer la rédaction des projets de loi mais également de compétences juridictionnelles lui permettant de veiller à la qualité des règlements administratifs (§ 2).

§ 1. La cour d'appel de Californie

Même si la Cour suprême des Etats-Unis a avoué que la prétention de la *vagueness* des règles se pose plutôt dans les dossiers juridiques, dans le dossier de *Cline v. Frink Daily*⁴⁶⁹, la Cour de révision de la Californie⁴⁷⁰ a souligné que le principe du « respect des exigences légales et réglementaires » est exécutable dans les normes civiles aussi bien que les normes pénales. Donc l'« action d'éviter la *vagueness* » peut également se poser dans les dossiers civils⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ Cour Suprême des Etats-Unis, *Cline v. Frink Daily*, 1927, Sur <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/274/445/case.html>

« 3. The Due Process Clause of the Fourteenth Amendment imposes upon the states the obligation of so framing their criminal statutes that those to whom they are addressed may know what standard of conduct is intended to be required ».

⁴⁷⁰ California Court of Appeals. Second Dist., Div. Two.

⁴⁷¹ California Court of Appeals. Second Dist., Div. Two, *Ward v. Auctioneers*, 1944, sur http://scholar.google.com/scholar_case?case=10363710090841680072&q=Ward+v.+Auctioneers&hl=en&as_sdt=2006&as_vis=1.

Le premier dossier dans lequel la Cour d'appel de Californie a déclaré le caractère vague (« vagueness ») comme étant un manque de respect à l'égard de « l'application régulière de la loi » (Due process of law) était le dossier de *Ex Parte Lockett*, en 1919, dans lequel la Cour a mentionné le critère de « l'intelligence moyenne des individus ». En 1926, dans l'affaire *Parte Schmock*, la loi relative à l'impôt sur les transports visait à exonérer les véhicules qui faisaient des transports dans les provinces ou les lieux ordinaires de trafic. De nouveau, la Cour a déclaré dans sa décision qu'il est impossible, pour un grand nombre d'opérateurs, de discerner qu'ils devaient être exonérés de l'impôt ou non. Et la norme en question a été déclarée vague⁴⁷².

Dans les dossiers⁴⁷³ de *Wooton v. Bush* (1951), *People v. Saad* (1952), *People v. King* (1951) et *Orloff v. Turf Club* (1953), se dessine une systématisation du raisonnement de la Cour. Par exemple, dans le dossier de *Saad*, le terme « le comportement contre l'intérêt public » est vague et la cause a été déclarée en violation de « l'application régulière de la loi » (due process of law). Le dossier de *King* concernait une déclaration sur les relations des employés des restaurants avec leurs directeurs ; même dans le dossier d'*Orloff*, la cour a considéré que les mots vagues constituaient une menace pour les droits et les libertés reconnus dans la Constitution.

« Le tribunal a jugé que le principe de la procédure régulière exigeant une certitude raisonnable de la description dans la fixation d'une norme pour exiger l'obéissance a une application dans les lois civiles et pénales. Pour conclure son avis, le tribunal a déclaré: «Lorsqu'une décision sur la question de savoir si un certain profit dans une entreprise compliquée est raisonnable, il est ajouté que celui de déterminer si une restriction particulière de la législation en matière de protection des droits antitrust empêchera un profit raisonnable dans le cas d'un produit donné, nous avons une norme absolument impraticable pour la décision d'un jury. Une législature doit fixer la norme plus simplement et plus définitivement avant qu'une personne ne puisse se conformer ou qu'un jury peut agir. Nous concluons que le Statut antitrust du Colorado est nul en ce sens que ceux qui sont poursuivis et condamnés en vertu de ce qui sera refusé dans le cadre d'une procédure régulière ».

⁴⁷² Harriman, David Bruce, "The Void for Vagueness Rule in California", in *California Law Review*, Vol. 41, No. 3, 1953, pp. 523 – 534, Not. p. 523.

⁴⁷³ Ibid., pp. 523 – 534.

Dans le dossier de *Wooten v. Bush*, la cour a fait remarquer que, lorsque dans la loi sur l'espacement des puits de pétrole (Oil Well Spacing Act) le mot « le champ (pétrolifère) » s'utilise sans aucune définition, les individus ne sont pas mis en garde à propos de ce qu'ils peuvent faire et ce qu'ils ne peuvent pas faire pour éviter de violer la loi⁴⁷⁴.

En effet, dans tous ces dossiers la question principale, selon la Cour, était que les termes utilisés dans les normes et les déclarations ne suffisaient pas pour diriger les actes des citoyens, car ils ne savaient pas comment se comporter pour ne pas tomber sous le coup des normes en question ; autrement dit, ces normes sont dépouillées des mises en garde nécessaires pour informer les citoyens, et les individus ayant une intelligence moyenne sont incapables de comprendre ces mises en garde.

Dans le dossier de *Pacific Coast Dairy v. Police Court*, la Cour a avoué que si l'intention du législateur était claire, la Cour ne pourrait pas considérer comme invalide la loi votée par le parlement dans les cas où elle n'était pas claire et précise. Donc, si l'intention du législateur est claire et précise mais si la norme est vague, on peut rendre une décision selon l'intention du législateur. Mais le dossier de Saad montre que les juges n'étaient pas encore prêts à s'avancer jusqu'à un tel point. Même si, dans ce dossier, l'intention du législateur n'était pas claire et bien qu'il ait voulu exclure des compétitions les joueurs et les vendeurs au marché noir, l'imprécision des termes « les actes qui empêchent l'intérêt public de se réaliser » ne pouvait pas inciter la Cour à se contenter de l'intention du législateur pour rendre un jugement⁴⁷⁵.

En outre, dans les dossiers concernant la liberté d'expression, de la presse et d'association, la Cour était d'avis que les normes qui, en raison de leur imprécision, se dotaient d'une certaine flexibilité (et qu'on peut facilement interpréter contre les citoyens), augmentent la chance des pouvoirs publics d'adopter des comportements et

⁴⁷⁴ Ibid., p. 524.

⁴⁷⁵ Ibid., p. 526.

des interdictions arbitraires, donnant ainsi aux Etats plus de pouvoir pour limiter les activités⁴⁷⁶.

Ainsi malgré l'approche interprétative de la Cour à l'égard des formules vagues, en essayant d'adopter parfois un regard spécial pour limiter, autant que possible, le domaine de telles formulations, elle a déclaré catégoriquement les normes comme allant à l'encontre de la Constitution lorsqu'était en cause l'arbitraire des pouvoirs publics.

Le rôle des juridictions civiles et administratives contre la loi dépourvue de qualité ne peut pas être assez efficace. Seules des dispositions précises peuvent permettre d'améliorer la qualité de la législation. Sinon, les juridictions suivent la voie de l'interprétation. Mais celle-ci est applicable seulement à l'imprécision de la loi, et si par exemple l'exécution d'une loi immorale est en question, les juridictions n'ont pas d'autre choix que d'exécuter la loi, et leurs compétences et pouvoirs sont limités. Bien que les tribunaux soumis à la Common law ont plus de marge de manœuvre par rapport à ceux soumis aux lois écrites, l'analyse de la jurisprudence a démontré que les juridictions aux Etats-Unis traitent souvent la seule question de l'imprécision éventuelle et procèdent à l'interprétation pour la régler et si cette imprécision est telle qu'elle empêche l'obtention de l'idée pertinente, la tâche devient compliquée.

Par la suite, nous étudions la jurisprudence du Conseil d'Etat en France en tant que la plus haute autorité administrative et qui dispose à la fois de compétences consultatives et juridictionnelles, intéressantes en matière de qualité des normes.

§ 2. Le Conseil d'Etat français

En France, les juridictions administratives sont compétentes pour contrôler les actes administratifs. Elles peuvent à cette occasion, dans le cadre de leur contrôle de

⁴⁷⁶ Ibid., p. 526; *Seven-Up Bottling Co. v. Grocery Drivers' Union*, 1953; *Summer v. Metal Trades*, 1953.

légalité, interpréter les normes vagues, en recourant notamment aux travaux préparatoires et à l'« intention du législateur », mais elles ne vérifient pas la constitutionnalité des lois. Au-delà de la loi, les juridictions administratives sont interprètes des traités internationaux⁴⁷⁷. Elles sont aussi juges de droit commun du droit de l'Union ou de l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Dans le cadre du principe de légalité, les autorités administratives doivent obéir aux normes qui se dotent d'un statut de valeur plus élevé. D'abord la Constitution, mais également les conventions et les traités internationaux et ceux de l'Union Européenne, ensuite la loi. Selon cette compétence, les juges administratifs peuvent vérifier les actes administratifs.

En 2005, dans le dossier de la *Fédération des Syndicats Généraux de l'Education Nationale et de la Recherche Publique*⁴⁷⁸, le Conseil d'Etat Français a fait usage, pour la première fois, des exigences découlant de la Constitution, près d'une quinzaine d'années plutôt, à savoir en 1991⁴⁷⁹. Ce même conseil avait déclaré, dans son rapport général, que rien n'est aussi contraire au principe de l'égalité des citoyens que de laisser une norme s'établir avec tant de complexité que seulement les spécialistes puissent la comprendre. Selon le Conseil, si on ne s'occupait pas de cette problématique, on risquerait d'être confronté à deux catégories des citoyens : d'abord, ceux qui ont les moyens financiers de passer les méandres juridiques en se rendant chez les spécialistes, ensuite, les citoyens qui se perdent pour toujours dans les méandres du système juridique et qui restent en dehors de l'Etat de droit. La base

⁴⁷⁷ Van lang, Agathe; Gondouin, Geneviève; Inseguet-Brisset, Véronique, *Dictionnaire de Droit Administratif*, 2005, Paris: Dalloz, pp. 183, 184.

⁴⁷⁸ CE, 1er juin 2012, Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique, n°s 341775, 343288, 343336 et 343362, sur <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/CE-1er-juin-2012-Federation-des-syndicats-generaux-de-l-education-nationale-et-de-la-recherche-publique-n-s-341775-343288-343336-et-343362>.

⁴⁷⁹ Conseil d'Etat, *Sécurité juridique et complexité du droit*, 2006, Paris : La Documentation française, pp. 26, 363.

théorique du Conseil d'Etat dans ce passage est l'« intelligibilité » des normes juridiques pour les citoyens en tant que l'une des exigences découlant du principe de l'Etat de droit dont la transgression annihile le principe de l'« égalité » des citoyens.

En continuité avec ses idées sur les caractéristiques de la bonne norme, ce Conseil déclare, dans le dossier *Commune de Tremblay-en-France*⁴⁸⁰, que l'article 5 de l'instruction a suffisamment prévu les étapes exécutives ; donc on ne peut pas recourir à l'argument selon lequel les pouvoirs exécutifs transgressent leur champ de compétence parce qu'ils ne discernent pas ses bornes ; et ainsi, l'article 5 de l'instruction ne contredit pas la « sécurité juridique », la « clarté » et l'« intelligibilité » des normes juridiques : « malgré la circonstance que pour ces derniers aérodromes aucune carte n'est jointe à cet article 53, l'article 5 du décret attaqué a délimité avec suffisamment de précision le périmètre de cette nouvelle opération d'intérêt national ; que, par suite, le moyen tiré de ce que le pouvoir réglementaire aurait méconnu l'étendue de sa compétence ne peut qu'être écarté ; qu'il suit de là que les dispositions de l'article 5 ne portent pas atteinte aux principes de sécurité juridique et de clarté et d'intelligibilité des normes de droit ».

Selon cette approche, « le principe de la sécurité juridique » ou la « certitude » entretiennent des liens étroits avec les caractéristiques de la bonne norme. Donc, si une norme n'est pas « claire » et « intelligible », elle remet en doute le principe de la « certitude » et de « l'Etat de droit ». Au sujet de cette décision, un autre point important est l'intérêt que porte la Haute juridiction au champ des compétences des pouvoirs exécutifs. Ce qui est critiquable dans cette décision est que, si on ne précise pas clairement les limites du champ de compétence des pouvoirs publics, de façon qu'ils aient la possibilité de les dépasser, la voie sera tracée pour violer la sécurité juridique, la clarté, et l'intelligibilité des normes juridiques.

⁴⁸⁰ CE, N° 285344, 2008, sur <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000019032245&fastReqId=256186827&fastPos=1>.

Même si, dans ses rapports généraux, le Conseil d'Etat a souvent posé la question de l'« intelligibilité » et de la « clarté » des normes juridiques ainsi que de son fondement théorique, dans la pratique, les décisions du Conseil étaient peu nombreuses dans ce domaine. Par exemple, en 2013, on n'a qu'une seule décision pour établir une comparaison, dans laquelle le Conseil a annulé, en raison de sa contradiction avec les « exigences découlant de la Constitution », l'une des normes : le décret n° 2012-507 du 18 avril 2012 créant le parc national des Calanques. Il s'est prononcé de la manière suivante : « Sur le moyen tiré de la méconnaissance de l'objectif de clarté et d'intelligibilité de la norme ; 3. Considérant que ... les requérants sont par suite fondés à soutenir que les dispositions en cause ont méconnu l'objectif à valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la norme ... ; que cette illégalité n'entache que les termes " sans préjudice du IV de l'article 11 " qui sont, contrairement à ce qui est soutenu, divisibles du reste du décret ; que, par suite, les requérants sont seulement fondés à demander, pour ce motif, l'annulation de l'article 10 en tant qu'il comporte ces mots et non celle de l'ensemble des articles 9, 10 et 11 du décret attaqué ; ... l'article 10 du décret du 18 avril 2012 créant le parc national des Calanques, les mots « sans préjudice du IV de l'article 11 » sont annulés »⁴⁸¹.

Le Conseil d'Etat dispose également de fonctions consultatives. Il se prononce notamment (pour avis) sur la constitutionnalité des projets, et depuis 2008, des propositions de loi lorsqu'il est saisi en ce sens. La fonction consultative du Conseil d'État n'est pas nouvelle. Jusqu'à l'ordonnance de 1945 qui a limité cette fonction aux projets de loi, il était toujours présent pour l'élaboration des lois parlementaires⁴⁸².

La révision constitutionnelle de 2008 lui a apporté une compétence concernant les propositions de loi. Au regard à l'article 39 alinéa 5 de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, « le président d'une assemblée peut soumettre pour avis au Conseil d'État, avant son examen en commission, une proposition de loi déposée par l'un des

⁴⁸¹ CE, N° 360085, 2013, sur <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000028143364>.

⁴⁸² Roblot-Troizier, Agnès; Sorbara, Jean-Gabriel, «Limites et perspectives de la nouvelle fonction législative du Conseil d'Etat», in *L'actualité juridique droit administratif*, n° 36, Dalloz, 2009, pp. 1994-2002, Not. p. 1994.

membres de cette assemblée, sauf si ce dernier s'y oppose ». En outre l'article 1^{er} de la loi du 15 juin 2009 dispose : « Le président d'une assemblée parlementaire peut saisir le Conseil d'État d'une proposition de loi déposée par un membre de cette assemblée »⁴⁸³.

Pour les propositions de loi, la saisine du Conseil d'État est donc facultative, les présidents des assemblées peuvent sélectionner les propositions pour examen par le Conseil. Ce caractère facultatif implique que « la demande d'avis n'est pas une formalité de la procédure législative »⁴⁸⁴.

Le premier avis du Conseil porte sur la qualité de la loi. Il a traité la proposition de loi sur la simplification et l'amélioration de la qualité du droit. En fait, elle est relative à l'« Amélioration de la qualité des normes et des relations des citoyens avec les administrations ». Elle se concentrait sur les « suppressions de dispositions inutiles, obsolètes ou inappliquées », la « simplification et clarification de la législation pénale » et l'« amélioration de la qualité formelle du droit »⁴⁸⁵. Avec la loi du 15 juin 2009, la place du Conseil n'a pas changé, il n'est pas le conseil du Parlement mais il est « le conseiller des parlementaires exerçant leur droit d'initiative législative », bien plus, les avis du Conseil sur les projets de loi sont obligatoires tandis qu'ils sont facultatifs sur la proposition de loi⁴⁸⁶.

Nous pouvons dire que la loi du 15 juin 2009 et la révision de juillet 2008 ont placé le Conseil d'État au « cœur des pouvoirs publics ». Pourtant, cette nouvelle fonction du Conseil d'État ne garantit pas « une amélioration de la qualité du travail

⁴⁸³ LOI n° 2009-689 du 15 juin 2009 tendant à modifier l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires et à compléter le code de justice administrative.

⁴⁸⁴ Ibid., p.1996.

⁴⁸⁵ http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/amelioration_qualite_droit.asp.

⁴⁸⁶ Roblot-Troizier, Agnès; Sorbara, Jean-Gabriel, «Limites et perspectives de la nouvelle fonction législative du Conseil d'Etat», précité, pp. 2001, 2002.

législatif », parce que d'abord l'avis du Conseil est facultatif et en outre on rencontre « l'absence du caractère public de ses avis »⁴⁸⁷.

Le rôle et les obligations que les cours se définissent face aux normes juridiques « vagues » et « incompréhensibles » et les normes par lesquelles l'argumentation juridique met les droits des citoyens en danger sont défendables, si nous n'avons pas un statut juridique précis qui définit les standards de la bonne législation.

Étant donné la structure du système juridique, si l'on inclut dans la loi, compte tenu des exigences du principe de l'Etat de droit constitutionnel, les standards et les caractéristiques de la bonne norme, ce sont seulement les gardiens de la Constitution qui peuvent vérifier la contradiction des normes juridiques avec les principes découlant de celle-ci. De plus, dans les systèmes juridiques Romano-Germaniques où il est question de la séparation entre le droit public et le droit privé, il existera également la possibilité d'observer dans les cours administratives les statuts et les règlements du pouvoir exécutif, tandis que pour les cours ordinaires il n'y aura aucune possibilité d'observer de ce point de vue les normes juridiques.

Il s'avère qu'une solution pratique et convenable pour la question de la bonne législation est qu'afin de prévenir l'éparpillement des décisions et de protéger les droits des citoyens, on procède à déterminer, dans les débats théoriques, les standards et les caractéristiques de « la bonne norme » juridique, et qu'on définisse ces caractéristiques, en tant qu'exigences de l'Etat de droit dans la Constitution, pour que les autorités juridictionnelles aient un critère convenable pour l'identification et l'évaluation des normes juridiques - un critère qui protège leurs décisions contre la contradiction et l'éparpillement.

Pour déterminer les caractéristiques de « la bonne norme » dans son aspect théorique, l'utilisation de la théorisation des diverses cours dans la confrontation avec

⁴⁸⁷ Ibid., pp. 1995, 1996.

les cas pratiques peut être utile et salubre. Certes, étant donné l'éparpillement des décisions et le manque de cohérence dans l'interprétation de la signification de normes vagues ou de la notion d'intelligibilité ou d'inintelligibilité des normes juridiques, le fait de déléguer aux juges la vérification de ces standards contredit l'objectif et reste une menace pour les droits des citoyens. D'autres techniques peuvent donc être employées pour améliorer la qualité des normes.

Chapitre 2 : Les autres techniques employées

Sous ce titre nous analyserons un certain nombre de techniques pour améliorer la qualité des normes. Chacun des éléments mentionnés sous l'appellation de techniques pour améliorer la qualité des normes, constitue une partie de mécanisme qui contribue à hausser le niveau qualitatif des normes. Ainsi est-il évident qu'il n'existe pas de solution fixe et définitive pour la qualité des normes, et que nous ne pouvons qu'augmenter le niveau de la qualité des normes, en proposant des solutions. Bien qu'à première vue, le rôle des juridictions pourrait sembler le seul pertinent, plusieurs organes en dehors du domaine juridictionnel peuvent jouer un rôle dans l'amélioration de la qualité des normes.

Parmi ces mécanismes qui peuvent être utilisés pour promouvoir la qualité de la norme, les lois pilotes, se donne la tâche d'amélioration de la qualité du fond ; c'est-à-dire, les lois pilotes posent les bases destinées à favoriser l'adoption de normes de qualité. La contribution des spécialistes du langage, est aussi importante car elle touche à la forme (clarté et simplicité). L'adoption d'une législation spécifique sur la qualité des normes, dans lesquelles les critères et des mécanismes sont prévus pour remédier aux défauts habituellement constatés, facilite le travail des législateurs et offrent des critères importants aux juges pour écarter les normes qui ne répondraient pas aux exigences de qualité.

Les mécanismes proposés pour améliorer de la qualité des normes ici sont abordés sous cinq sections correspondant à cinq options possibles, et combinables, pour favoriser une amélioration de la qualité des normes.

Section 1. Les consultations préalables au dépôt du projet de loi

Les lois sont soumises à une évaluation de la qualité ; elles peuvent être bonnes ou mauvaises. Nous avons besoin de législateurs qui soient sensibles à l'esprit de notre époque, qui soient à la maison avec de nouvelles idées, qui puissent détecter de

nouveaux besoins pratiques et soient en mesure de nous fournir de nouvelles réponses formulées avec une vitesse raisonnable⁴⁸⁸.

En outre, si nous croyons à la pensée de Kant, la volonté de tout être raisonnable correspond à une volonté qui légifère une loi universelle. La volonté est soumise à la loi d'une manière telle qu'elle doit être considérée comme légiférant pour le sujet lui-même et seulement pour son compte. Comme étant soumis à la loi, l'homme est soumis uniquement à sa propre législation et est lié seulement à agir conformément à sa propre volonté qui est, cependant, une volonté proposée par la raison humaine, qui légifère des lois universelles. Le fondement de la dignité de la nature est un être rationnel qui n'obéit à aucune loi de sa sensibilité, mais à celles qu'il se prescrit, car il obéit seulement aux lois qu'il se donne à lui-même. La loi morale nous intéresse parce qu'elle est valable pour tous les hommes et qu'elle a jailli de notre liberté. Kant définit l'autonomie de la volonté comme la propriété de la volonté à travers laquelle l'être humain est une loi pour lui-même. On peut supposer que la loi que la volonté autonome donne au sujet est la loi morale. On peut donc dire que la volonté rationnelle est une loi pour l'être humain, et que la loi morale fonde le droit⁴⁸⁹.

Les lois ne sont légitimes que si elles représentent la volonté générale, et pour ce faire, elles doivent, entre autres choses, être auto-imposées. Les personnes qui sont soumises à des lois devraient être leur auteur. Rousseau comprend l'auto-législation dans la sphère politique tout à fait littéralement comme impliquant une participation active dans le processus législatif. Le pouvoir législatif souverain, en définitive, est l'organe collectif de tous les citoyens et la délibération publique doit être structurée de telle sorte que tous les citoyens aient un accès égal et l'entrée dans le processus législatif. En outre, une loi ne peut pas être mise en avant comme représentant la volonté générale à moins que le processus législatif ait été effectivement réalisé. Le

⁴⁸⁸ Minnesota, St. Paul, "Quantity and Quality of Laws after Vatican II", in *The Jurist*, 1967, pp. 385-414, Not. p. 399.

⁴⁸⁹ Reath, Andrews, "Legislating the Moral Law", in *Noûs*, Vol. 28, No. 4, 1994, pp. 435-464, Not. p. 435.

souci ici est que le système de lois protège certains intérêts naturels, privés, des individus. Puisque les individus sont de bons juges de leurs intérêts et fortement motivés pour les satisfaire, le pouvoir législatif dans les mains de ceux qui sont soumis à la législation peut être le moyen le plus fiable de satisfaire à cette condition.

Pour Rousseau on n'est pas libre si on est soumis à la volonté d'un autre, ou lié aux diktats d'une autorité extérieure; il faut obéir seulement de sa volonté propre. Il en résulte qu'un système de lois doit être s'imposer de lui-même afin d'avoir la légitimité. Lorsque cela sera réalisé, la liberté et la soumission à la loi seront combinés, on obéira seulement à sa propre volonté, et, étant lié uniquement à un système de droit qui répond à ces conditions, chaque citoyen aura une garantie contre toute dépendance personnelle à la volonté arbitraire d'un autre; ce qui vous lie, et vous donne des raisons de vous conformer à la loi, est le fait d'être en présence d'une loi promulguée correctement. Une condition nécessaire pour qu'elle soit valablement adoptée est que vous ayez un rôle actif dans le processus législatif⁴⁹⁰.

Pour que la qualité de la législation puisse être améliorée, l'idéal serait que les experts de tel ou tel domaine puissent participer au processus législatif et montrent leur expérience, sous la forme de conseils et de recommandations, dans le développement de la réglementation⁴⁹¹.

Selon Dickinson, pour éviter la surproduction législative inutile, il est nécessaire d'impliquer les acteurs de la société civile, les experts de tel ou tel domaine, dans la préparation des lois et de permettre leur audition par les comités législatifs⁴⁹².

⁴⁹⁰ Ibid., pp. 437-439.

⁴⁹¹ Gestel, Rob van ; Dijck, Gijs van, « Better regulation through experimental legislation », in *European Public Law*, vol.17, No.3, 2011, pp. 539-553, Not. p. 539.

⁴⁹² Dickinson, John, "Legislation and the effectiveness of Law", in *American Bar Association Journal*, N° 17, 1931, pp. 645-696, Not. p. 696.

Traditionnellement, les personnes ou organismes n'étaient consultés qu'une fois le dépôt des projets de loi effectué, ce qui était souvent trop tardif. Toutefois, ces dernières années une consultation précoce est devenue plus courante. Dans son important rapport sur le processus législatif publié en 1992, la Hansard Society a déclaré que de nombreuses organisations dans leurs témoignages ont souligné l'importance fondamentale de la consultation⁴⁹³.

Par exemple, le Conseil Économique, Social et Environnemental en France est une institution consultative auprès des pouvoirs publics. C'est-à-dire, les pouvoirs publics peuvent « recueillir l'avis des représentants des organisations professionnelles et des associations, dans le cadre de leurs activités de prospective et d'évaluation de la législation et des politiques publiques ». La participation des représentants de différentes organisations et syndicats, qui connaissent les besoins de la société, aident le Conseil à prendre une décision assez proche de ces besoins. Alors même que les avis du Conseil Économique français sont simplement consultatifs, ils aident le Gouvernement et le Parlement à comprendre le résultat de leur décision et en outre, grâce à la publication de ces avis, les citoyens peuvent comprendre les différents axes de la décision du Gouvernement ou du Parlement et comprendre les intérêts et les faiblesses de la législation envisagée.

L'article premier de la loi organique n° 58-1360 du 29 décembre 1958 (version consolidée au 05 décembre 2008)⁴⁹⁴, précise que le Conseil « assure leur participation (des principales activités économiques et sociales) à la politique économique et sociale du Gouvernement. Il examine et suggère les adaptations économiques ou sociales rendues nécessaires notamment par les techniques nouvelles ».

⁴⁹³ Zander, Michael, *The Law-Making process*, précité, p. 8.

⁴⁹⁴ Ordonnance n° 58-1360 du 29 décembre 1958 portant loi organique relative au Conseil économique et social, 2008, sur https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=174A900F44F84E68D6F9AAFBB8DFD223.tpdila23_v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006101624&cidTexte=JORFTEXT000000339361&dateTexte=20081205.

Selon Mill, la participation des élites dans élaboration des dispositions est importante, parce qu'ils examinent minutieusement les résultats des dispositions⁴⁹⁵. La loi a besoin d'être adoptée au regard des nécessités de la société. Comme Montesquieu le précise, le pouvoir d'une loi dépend de sa nouveauté et de la conformité aux nécessités et besoins de la société⁴⁹⁶.

Comme Laugier l'a bien précisé, l'action du Conseil « ne peut pousser dans le ciel des branches, des feuilles et des fleurs que si des racines puissantes lui apportent une sève abondante puisée dans les aspirations des peuples »; ce sont les organisations non gouvernementales qui apportent au Conseil « l'inspiration et l'appui de l'opinion publique »⁴⁹⁷.

Le Conseil d'Etat est également systématiquement saisi, dans le cadre de ses fonctions non-contentieuses, obligatoirement des projets de loi pour avis. Depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, cette compétence du Conseil d'Etat a été étendue aux propositions de loi. Nous avons bien examiné cette compétence non-juridictionnelle sous le titre de Conseil d'Etat. Afin de compléter le débat, il faut noter que la loi du 15 juin 2009 détermine également la procédure de la publicité des avis rendus. En réalité, les rédacteurs ont transposé la procédure de la publicité des avis du Conseil en matière des projets de la loi. Sans doute, la publication de l'avis du Conseil d'Etat conduit les parlementaires « au renforcement de la sécurité juridique et à l'amélioration de la qualité de la loi »⁴⁹⁸.

Malgré le rôle des institutions officielles, il ne faut pas nier que le Gouvernement et le Parlement peuvent trouver d'autres techniques afin de percevoir les conséquences de l'adoption d'une proposition ou d'un projet de loi. Par exemple

⁴⁹⁵ Mill, John S., *Sur Liberté*, Trad. En Persan par Ali Ramin, Téhéran: Ney, 1990, pp. 101-104.

⁴⁹⁶ Montesquieu, Charles-Louis, *L'esprit des lois*, Trad. En persan par Ali Mehtadi, Téhéran: Amir-Kabirp, 1991, pp. 814, 815.

⁴⁹⁷ Laugier, Henri, «Pour une réforme du Conseil Economique et Social», in *Politique Etrangère*, Vol. 16, N° 4, 1951, pp. 313-324, Not. p. 320.

⁴⁹⁸ Roblot-Troizier, Agnès; Sorbara, Jean-Gabriel, « Limites et perspectives de la nouvelle fonction législative du Conseil d'Etat », précité, pp. 1995, 1996, 2000, 2001.

au Royaume-Uni, il existe le système de la consultation non officielle. Par rapport au sujet déféré, le consultant est différent. De plus, le Gouvernement peut utiliser le système de *Green and white paper*. Le « green paper » contient des questions relatives au projet de loi et le « white Paper » contient des informations sur le projet. Le Gouvernement utilise le « green paper » dans le cas où il ne s'est pas déjà prononcé sur le sujet. Il existe justement un système pour découvrir l'avis des citoyens. Le « white paper » contient l'avis du Gouvernement et son plan pour un sujet, alors, les citoyens donnent leur avis sur le projet du Gouvernement. Il existe un autre système pour faire participer les citoyens dans le processus d'élaboration de la loi qui est l'utilisation des médias : L'interview avec les membres de la commission ou de différents partis. La commission juridique distribue les « working papers » entre les spécialistes et les groupes d'intérêts pour qu'ils donnent leur avis et leur motion sur les propositions de loi⁴⁹⁹.

En Suisse, le *Guide d'élaboration de la législation fédérale* présente toute une série d'explication relative au processus législatif et de recommandation. A été tout d'abord imaginée une procédure d'analyse de l'impulsion qui consiste à identifier une volonté de proposer une modification du droit existant ou un nouvel acte juridique afin de remédier à « une situation jugée insatisfaisante »⁵⁰⁰.

Un groupe de travail (Etablissement du rapport par voie interne)/une commission d'étude⁵⁰¹ (afin d'effectuer des travaux scientifiques)/une commission d'experts⁵⁰² (Etablissement du rapport par voie externe) recevront cette analyse afin de préparer un rapport. En principe, ce groupe de travail ou la commission désignée

⁴⁹⁹ Green and white papers, sur <http://www.parliament.uk/site-information/glossary/green-papers/> et sur <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/cm/cmweb/wgp.htm>.

⁵⁰⁰ *Guide pour l'élaboration de la législation fédérale*, 3e édition mise à jour, Office fédéral de la justice, 2007, pp. 6, 7.

⁵⁰¹ « Il peut s'agir d'un groupe de travail complété par plusieurs spécialistes », Ibid. p. 34.

⁵⁰² « composée en majorité de spécialistes extérieurs à l'administration, choisissent tenant compte de l'équilibre social, politique, économique et géographique du pays », Ibid. p. 34.

élaborent le rapport et proposent l'avant-projet sur la base de celui-ci⁵⁰³. Ce travail de préparation du projet de loi permet également d'organiser une conférence pour échanger les idées sur le projet, de procéder à des auditions ou encore une discussion avec le Conseil fédéral peut être mise en place pour certains projets importants ou complexes. Le Conseil fédéral sera être informé des résultats des divers échanges organisés⁵⁰⁴.

Le Guide prévoit également la structure générale du rapport à établir. A la suite de celui-ci, un avant-projet de loi sera établi qui sera ensuite soumis à toute une série de consultation. C'est l'ensemble de ce dossier qui ensuite sera examiné par le Parlement et soumis tout d'abord aux commissions.

Finalement, il faut noter que les institutions civiles, les organisations non-Gouvernementales, les syndicats et les différents partis sont assez proches de la société. Ils connaissent bien les besoins et la nécessité de la société. Ils sont composés de citoyens, et il est plus facile pour le Gouvernement de contacter ces institutions pour avoir une réflexion de la société sur un sujet.

En 2002, la Commission Européenne a mis en place les principes généraux et les normes minimales pour la consultation des parties intéressées pour « veiller à ce que toutes les parties concernées soient consultées ». Les processus administratifs et l'élaboration des politiques doivent être visibles, compréhensibles et crédibles pour ceux qui sont impliqués, le grand public et les parties intéressées. Les consultations doivent commencer le plus tôt possible de donner aux parties intéressées la possibilité d'influer efficacement sur la formulation des objectifs réglementaires. Les processus de consultation doivent être transparents et cohérents et soumis à une évaluation. En

⁵⁰³ *Guide pour l'élaboration de la législation fédérale*, précité, pp. 10, 12.

⁵⁰⁴ *Ibid.*, pp. 19, 39.

tout cas, il est laissé aux décideurs institutionnalisés le soin de décider ce qui est à prendre en compte dans leur règlement définitif⁵⁰⁵.

En outre, la Commission s'est intéressée à la collecte et l'utilisation de l'expertise dans la communication pour « améliorer la base de connaissances pour de meilleures politiques » : « La présente communication vise à identifier et à promouvoir les bonnes pratiques en ce qui concerne l'obtention et l'utilisation d'expertise à toutes les étapes de l'élaboration des politiques de la Commission ... Le premier objectif est d'aider les services de la Commission à mobiliser et à utiliser l'expertise la plus adéquate en vue d'établir une base de connaissances solide pour de meilleures politiques. Le second objectif est de mettre en avant la détermination de la Commission à assurer la crédibilité du processus d'obtention et d'utilisation d'avis d'experts »⁵⁰⁶. Dans les cas où les évaluations scientifiques sont très controversées, l'interaction entre les décideurs politiques, les experts, les parties intéressées et le grand public doit être soigneusement conçue pour augmenter l'acceptation de la décision finale. Selon le problème et le stade auquel on se situe dans le cycle de politique, une expertise multidisciplinaire et multisectorielle doit être considérée, qui comprenne également des points de vue minoritaires et non-conformistes, ainsi qu'une variété de facteurs géographiques, culturels et de perspectives liées aux problèmes sexistes⁵⁰⁷.

⁵⁰⁵ European Commission, *Impact Assessment Guidelines*, SEC(2009) 92, on http://ec.europa.eu/governance/impact/commission_guidelines/docs/iag_2009_en.pdf, pp. 16-21; Radaelli, Claudio M.; Meuwese, Anne C.M., "Better Regulation in Europe: Between Public Management and Regulatory Reform", in *Public Administration*, Vol. 87, No. 3, 2009, pp. 639-654; Steffensen, Bernd; Below, Nicola; Feindt, Peter H.; De Boer, Joop; Vogelesang-Stoute, Elizabeth; Klade, Manfred; Spokek, Armin; Pelkonen, Riina; Valve, Helena, *Simulating and Evaluating a Better Regulation of Converging Technologies, funded by: Scientific Knowledge for Environmental Protection*, on University of Amsterdam, http://acels.uva.nl/.../seberoc_final-report_format_2012-, pp. 9, 10.

⁵⁰⁶ Communication de la Commission sur l'obtention et l'utilisation d'expertise par la Commission: principes et lignes directrices - "Améliorer la base de connaissances pour de meilleures politiques" /* COM/2002/0713 final */ sur <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX:52002DC0713>.

⁵⁰⁷ Steffensen, Bernd; Below, Nicola; Feindt, Peter H.; De Boer, Joop; Vogelesang-Stoute, Elizabeth; Klade, Manfred; Spokek, Armin; Pelkonen, Riina; Valve, Helena, *Simulating and Evaluating a Better Regulation of*

Les informations recueillies par la consultation doivent être soigneusement évaluées. La consultation des intervenants est également abordée dans les annexes des « Impact Assessment Guidelines »⁵⁰⁸.

L'élaboration de le projet d'une norme, est une étape dans laquelle la présence et l'émergence des spécificités matérielles prennent une importance particulière. L'existence d'instances consultatives à côté des systèmes d'évaluation matérielle de la loi, permet aux parlementaires de concrétiser la volonté des citoyens dans le processus de la législation dans la mesure du possible. Le contexte religieux, historique, culturel et d'autres caractéristiques de la société ont fait partie des enjeux les plus essentiels au moment de l'élaboration des projets des nouvelles constitutions Afghane et Irakienne. Ces problèmes matériels ont même parfois engendré plus de soucis pour les rédacteurs du projet constitutionnel que les problèmes de type formel.

Section 2. Le recours à l'expertise linguistique

Comme cela a été déjà évoqué, les experts du langage peuvent être sollicité au cours de deux phases : lorsqu'il s'agit de légiférer, d'une part, et lorsqu'il s'agit d'interpréter des normes et décider si un texte de loi est vague ou ne l'est pas, d'autre part.

Une telle expérience en France n'a rien de nouveau, nous pouvons nous référer à un bureau parlementaire chargé de l'évaluation de la législation. Il faut noter que les personnes participantes dans ce bureau, ne sont pas des experts du langage, mais nous pouvons nous en inspirer pour organiser un bureau des experts du langage dans le parlement. Ce bureau en France, composé de 15 députés et 15 sénateurs, est responsable de la collecte d'informations et la réalisation d'études visant à déterminer

Converging Technologies, funded by: Scientific Knowledge for Environmental Protection, on University of Amsterdam, http://acels.uva.nl/.../seberoc_final-report_format_2012-2012, pp. 11, 12.

⁵⁰⁸ European Commission, *Impact Assessment Guidelines*, précité, pp. 16-21.

si la législation correspond aux situations qu'elle régit, ainsi que la compétence de simplification de la législation⁵⁰⁹.

La présence de ces conseillers et experts en linguistique n'est pas chose récente dans les autres pays. Depuis 1976, la tâche de la législation, en Suède, a été accomplie par des experts du langage et des avocats qui travaillent en équipe, de nos jours, à la Division des Projets de révision juridique et linguistique du ministère de la Justice. Il y a cinq experts de la langue et cinq juristes réviseurs de contrôle de la qualité des textes de tous les ministères. Aucun projet de loi du gouvernement, aucune ordonnance gouvernementale, ne peuvent être imprimés sans l'approbation de la division. Les juristes réviseurs ont la charge de vérifier la qualité constitutionnelle et formelle des textes, et les experts en linguistique font en sorte que les projets de lois et ordonnances proposés, nouveaux ou modifiés, soient aussi faciles que possible à lire et à comprendre. Ce processus continu, qui dure depuis près de 30 ans, émane de l'idée que les lois doivent être claires et conviviales, parce que ces textes ont un impact sur la prise de décision à tous les niveaux de la société. Ils ont également, dans une large mesure, une influence sur le libellé des dispositions plus détaillées émises par les pouvoirs publics, ainsi que sur d'autres textes en ligne comme des brochures ou des informations d'un site web⁵¹⁰.

La révision finale est une méthode importante pour vérifier la qualité des textes. Mais la révision seule ne garantit pas les normes claires. Par conséquent la Suède a développé d'autres méthodes. Par exemple, évaluer les modèles de texte inefficaces, créer des prototypes qui répondent aux besoins des lecteurs, offrir des séminaires et des sessions de formation pour les rédacteurs, l'écriture des manuels, des lignes directrices et des articles pour une rédaction claire (guide de légistique), donner

⁵⁰⁹ Kellermann, A.; Azzi, G.; Jacobs, S. H., *Improving the Quality of Legislation in Europe*, Kluwer Law International, 1998, p. 77.

⁵¹⁰ Ehrenberg-Sundin, Barbro, "Plain language in Sweden, the results after 30 years", 2004, available on <http://www.plainlanguage.gov/usingPL/world/world-sweden.cfm>.

des conseils par téléphone ou par e-mail ou sur le site « langage clair », en prenant part en tant que rédacteur expert dans le travail des commissions de droit. Donc, nous devons mettre l'accent sur quelques éléments nécessaires à des travaux en langage clair tels que : une base juridique qui souligne l'importance d'un langage clair et d'une communication efficace, une véritable coopération entre les experts en linguistiques, les avocats et d'autres experts, tout cela impliquant les destinataires de la norme, tout en testant les textes⁵¹¹.

Aux Pays-Bas aussi, il existe un Conseil composé des hommes d'Etat ayant une certaine expérience et des experts. Le Conseil prépare un rapport complet et détaillé sur tous les aspects du projet, notamment sur tous les aspects relatifs à la qualité. Si le rapport du Conseil est largement critiqué, le projet de loi doit être présenté de nouveau au Cabinet pour réexamen⁵¹².

Même au Royaume-Uni, les rédacteurs juridiques experts professionnels sont employés par le gouvernement pour élaborer une législation primaire et une législation subordonnée importante ou complexe, et le Comité du Cabinet est chargé de l'approbation finale de la législation avant qu'elle ne soit introduite. Il faut bien noter que la décision sur la portée et les objectifs du projet de loi qui sont prises avant le début des travaux sur la rédaction du texte législatif peut avoir un effet profond sur la qualité de la législation en résultant⁵¹³.

La Commission interne de rédaction en Suisse, autre exemple, est en charge de contrôler l'aspect linguistique des projets d'actes législatifs. Il se compose de linguistes des Services linguistiques centraux de la Chancellerie fédérale et de juristes des deux divisions de législation de l'Office fédéral de la justice. Le règlement du 19 juin 1993 a déterminé la formation et les tâches de la commission. Elle contrôle les actes législatifs pour qu'ils soient clairs, compréhensibles, dotés

⁵¹¹ Ibid. ; Ehrenberg-Sundin, Barbro, "The Quality of legislation. The Swedish view", available on http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/seminars/sv_sundin.pdf, 2002.

⁵¹² Kellermann, A.; Azzi, G.; Jacobs, S. H., *Improving the Quality of Legislation in Europe*, précité, p. 90.

⁵¹³ Ibid., p. 80.

d'une structure logique et adaptés à leurs destinataires. Elle contrôle également la cohérence terminologique et le respect des règles linguistiques. Les commentaires de cette commission sont en principe directement intégrés dans le texte du projet. Le guide précise que « Les propositions de modifications d'une ampleur particulière ou les ambiguïtés graves sont discutées avec l'office responsable du projet »⁵¹⁴.

Les linguistes, dans la période s'étendant entre l'élaboration du projet, l'étude finale du texte de loi et son approbation par la ou les assemblées, aident grandement à éviter l'adoption des lois ambiguës et/ou compliquées. L'étude des activités de groupes spécialistes du langage aux côtés du parlement et du gouvernement montre à quel point le savoir-faire de ces experts dans la réécriture des textes des normes, afin de rendre le texte plus facile, fluide et lisible, est important.

En outre, avec les progrès de la technologie, la présence des scientifiques et des spécialistes de divers domaines à côté des législateurs est devenue inévitable pour la rédaction des textes de loi spécifiques, à tel point que souvent lors de l'élaboration d'un avant-texte de loi on a recours aux spécialistes du domaine pour la rédaction du projet (ou de la proposition) de loi. De même, la présence des experts en linguistique aux côtés du gouvernement ou du parlement est utile et nécessaire dans toutes les étapes quels que soient les textes des normes.

Section 3. Le recours à la législation expérimentale

Pour définir la législation expérimentale, Mader explique qu'il s'agit d'une législation temporaire afin d'examiner la pertinence de règles et vérifier leur efficacité pour atteindre des buts pré-indiqués. Ce type de législation existe en France et un équivalent est présent dans le droit de l'Union européenne sous les termes de « SunSet » et « Review »⁵¹⁵. La législation expérimentale offre au gouvernement et aux

⁵¹⁴ *Guide pour l'élaboration de la législation fédérale*, précité, p. 390.

⁵¹⁵ Gestel, Rob van ; Dijck, Gijs van, «Better regulation through experimental legislation», in *European Public Law*, vol.17, No.3, 2011, pp. 539-553, Not. p. 241; Ranchordàs, Sofia, *Constitutional Sunsets and Experimental legislation*, UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2014, p. 25.

citoyens, le temps de prendre de la distance par rapport à un régime juridique afin de vérifier la stabilité de la règle expérimentale. En fait, une règle expérimentale est une règle qui est testée à petite échelle pour que son utilisation, si elle s'avère satisfaisante, soit ensuite répandue. L'un de ses avantages est que le législateur semble véritablement à l'écoute des citoyens comme destinataires de la norme. Donald Campanile, père de la pensée de « l'Etat comme le laboratoire de règle expérimentale », explique que le recours à l'expérience réduit le niveau de perte et l'inefficacité car, l'examen de règles différentes à petite échelle, permet de vérifier leurs faiblesses et leurs points forts avant de les transposer à une plus grande échelle⁵¹⁶.

Donc, en nous basant sur ce qui a été dit, nous classons les caractéristiques d'une règle expérimentale comme suit : une action pour une durée temporaire, dans certaines circonstances, l'obligation de surveiller les résultats de l'enquête et un test de jugement indépendant.

Certains auteurs critiquent les normes expérimentales en considérant qu'elles portent atteinte au principe de la sécurité juridique. Puisqu'il s'agit de règles temporaires, les citoyens ne sont pas dans une situation fixée. Pour répondre à cette critique, force est de rappeler que la norme juridique expérimentale a été approuvée temporairement pour une durée spécifiée et dans une région déterminée. En outre, les citoyens, comme les destinataires de la norme, seront avertis que telle ou telle loi est expérimentale et temporaire. En plus, l'examen d'une loi expérimentale offre l'opportunité de pouvoir légiférer progressivement, et en connaissance de cause, afin d'aboutir à une norme définitive applicable à une échelle plus vaste⁵¹⁷.

La législation expérimentale en France, remonte à l'époque de Louis XVI : « Le désir d'améliorer l'efficacité de l'administration du pays »⁵¹⁸. Aujourd'hui, cette méthode a été reconnue dans la Constitution française : « la loi et le règlement

⁵¹⁶ Ibid., pp. 541-545.

⁵¹⁷ Gestel, Rob van ; Dijck, Gijs van, «Better regulation through experimental legislation», précité, p. 552.

⁵¹⁸ Ranchordàs, Sofia, *Constitutional Sunsets and Experimental legislation*, précité, p. 25.

peuvent comporter, pour un objet et une durée limitée, des dispositions à caractère expérimental »⁵¹⁹. Dans sa décision de n° 2004-503, le Conseil constitutionnel a fixé que cet article « permet au Parlement d'autoriser, dans la perspective de leur éventuelle généralisation, des expérimentations dérogeant, pour un objet et une durée limités, au principe d'égalité devant la loi ; que, toutefois, le législateur doit en définir de façon suffisamment précise l'objet et les conditions et ne pas méconnaître les autres exigences de valeur constitutionnelle »⁵²⁰.

Le Conseil constitutionnel a clairement établi une dérogation au principe de « l'égalité devant la loi » et dans le cas où la loi expérimentale est « suffisamment précise » et « ne pas méconnaître les autres exigences de valeur constitutionnelle » (ce qui concernent de notre sujet ; l'intelligibilité et l'accessibilité), « le Conseil constitutionnel admet la dérogation au principe d'égalité qu'elle comporte, y compris en matière pénale »⁵²¹.

En outre, « les dispositions relatives à l'expérimentation de la participation des citoyens assesseurs au jugement de certaines affaires pénales, dispositions qui s'appliquaient seulement dans certaines cours d'appel » est conforme à la Constitution⁵²².

Section 4. Une loi spécifique sur la qualité de norme

La qualité de la législation peut aussi être améliorée par une régulation de l'activité du législateur. Par exemple, les normes qui n'autorisent pas au législateur de changer des normes de temps en temps, peuvent aussi empêcher l'inflation de législation. Dans ce sens, nous pouvons dire que tous les manières procédurales pour

⁵¹⁹ L'article 37-1 de la Constitution.

⁵²⁰ « Article 37-1 de la Constitution et principe d'égalité », sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/fevrier-2016-article-37-1-de-la-constitution-et-principe-d-egalite.146919.html>, 2016.

⁵²¹ Ibid.

⁵²² Ibid.

ratifier une norme juridique jouent un rôle important sur l'amélioration de la qualité des normes. Par exemple, la préparation de documents explicatifs et justificatifs, l'analyse et la prévision des conséquences, aident à améliorer le contenu des normes juridiques et leur efficacité⁵²³.

L'élaboration d'une loi sur la qualité de la norme pourrait couvrir les divers aspects de la question de la qualité de la norme et ce sous différents angles, et servir de guide pour le législateur dans le processus de la législation. Etant que l'élaboration d'un ensemble si vaste et global semble pratiquement impossible, ou apparaît du moins inaccessible pour le moment, il est possible de réduire dans une grande mesure les problèmes légaux éventuellement survenus en imposant des règles restrictives. A titre d'exemple, le recours obligé du législateur aux experts en linguistique au moment de la rédaction le projet de lois réduira les problèmes qui découleraient ultérieurement de la loi.

Tandis qu'il n'y a pas une loi relative à la qualité des normes, dans certains pays, nous pouvons trouver une sorte de législation sur les différentes méthodes de développement de la qualité des normes.

Par exemple, les lois sur simplification du droit⁵²⁴, le Guide de légistique⁵²⁵ (qui concerne les caractéristiques formelles) en France et l'Accord interinstitutionnel sur « Mieux légiférer » sont des exemples de ce genre qui sont très utiles dans le domaine pratique et pour les systèmes juridiques dans une étude comparative.

⁵²³ Eng, Svein, "Legislative Inflation and the Quality of Law", précité, p. 65; Eriksson, Lars D., "Making society through legislation", précité, p. 47.

⁵²⁴ La loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, sur <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000030248562&categorieLien=id>.

⁵²⁵ *Guide de légistique*, droit français, sur <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique>.

Section 5. La Codification

La Codification, dérivée du latin *Codicem Facere*, est une technique que l'on trouve en particulier dans les systèmes de Civil law. Malgré tout, ils n'étaient pas très réussis aux avantages de cette technique.

La Codification, à notre sens, est une mesure qui permet de favoriser une amélioration de l'aspect qualitatif des normes juridiques. L'un des principaux objectifs de cette technique, est de favoriser l'accessibilité à la règle de droit. Historiquement, la codification a débuté avec l'ordre de Théodose II, en 438 AD, et visait à éviter la complexité et l'ambiguïté des normes⁵²⁶. Le but de cette codification par Théodose était de clarifier le droit applicable. Nul ne pouvait invoquer une loi qui ne figurait pas dans ce code.

Accepter un objectif plus large de la codification⁵²⁷, nous pouvons parvenir à simplifier les lois, rationaliser les normes, améliorer l'accessibilité et l'intelligibilité des normes, éviter l'inflation des normes juridiques etc. Dans la mesure où la codification est plus qu'un simple rassemblement⁵²⁸, il s'agit d'une technique pour garantir la qualité des normes.

Sans doute, regarder les préoccupations des philosophes de droit et prendre en compte la correction du fond des normes est un travail exact et précis et il faut qu'il soit élaboré avec un plan et au bon moment⁵²⁹.

⁵²⁶ Soltani, Nasser, « Les Causes d'échec de la Codification en Iran », dans *Journal de recherche de droit Public*, N° 45, 2013, pp. 132-164, Not. p. 134.

⁵²⁷ Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes.

⁵²⁸ Carbonnier, Jean, « Codification », in *dictionnaire de philosophie politique*, Raynaud, Philippe, et Rials, Stéphane, dir. Quatrigè & PUF, 2005, p. 199.

⁵²⁹ Rémy, Cabrillac, *Les codifications*, PUF, coll. Droit, éthique, société, 2002, p. 4; Timsit, Gérard, «La codification, transcription ou transgression de la loi?», *Droits*, n° 24, 1996, p. 83.

En France, le Conseil constitutionnel français a déclaré que la codification du droit répondait également à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi : « En l'espèce, l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire fait obstacle à la réalisation, dans des délais raisonnables, du programme du Gouvernement tendant à simplifier le droit et à poursuivre sa codification; [...] cette double finalité répond à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ». Il a confirmé cette position dans sa décision n°2004-506 DC en 2004⁵³⁰.

La codification ne se limite pas au système de Civil law. Il y a des traces de cette technique aux Etats-Unis. Dans ce pays, ce sont les entreprises et les particuliers qui prennent en charge la codification des jurisprudences et même des lois. Parmi ces efforts, nous pouvons surtout nommer le Dudley Code sur la procédure civile qui était en cour jusqu'en 1938, même au niveau fédéral⁵³¹.

⁵³⁰ Le Conseil d'Etat, *La sécurité juridique et complexité du droit*, précité, pp.230, 231.

« Considérant, en deuxième lieu, que l'urgence est au nombre des justifications que le Gouvernement peut invoquer pour recourir à l'article 38 de la Constitution ; qu'en l'espèce, l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire fait obstacle à la réalisation, dans des délais raisonnables, du programme du Gouvernement tendant à simplifier le droit et à poursuivre sa codification ; que cette double finalité répond à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ; ... N'est pas contraire à la Constitution le paragraphe XXII de l'article 78 de la loi de simplification du droit en tant qu'il ratifie les articles 2, 8, 11, 14 et 18 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat » .

Décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004, Loi de simplification du droit, sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2004/2004-506-dc/decision-n-2004-506-dc-du-2-decembre-2004.910.html>.

⁵³¹ Tallon, Denis, « La codification dans le système de Common law », *Droits*, n° 27, 1998, pp. 39-47, Not. p. 44 ; <http://uscode.house.gov/currency/currency.shtml>, The United States Code Online.

Titre 2 : La sanction de la mauvaise qualité des normes

Sous ce titre, nous abordons la question de l'étendue de l'implication des institutions juridictionnelles dans le processus de la qualité de la norme et les effets de cette intervention.

Le contrôle juridictionnel est un instrument entrant dans le cadre des checks and balances, et ce contrôle instaure une certaine balance par rapport au pouvoir exécutif et au pouvoir législatif dans un pays donné.

Comment pourrait se justifier l'intervention des juges sur la législation dans un système démocratique ? Est-il possible de profiter de ce contrôle pour exercer un contrôle qualitatif des lois et règlements ? Quel sont les limites du contrôle qualitatif des normes par les juges, et sous quelles conditions peuvent-ils profiter de ce pouvoir pour exercer un contrôle qualitatif des normes ?

Quand est-il de l'interprétation ? Est-ce que l'interprétation des lois par les juges fournit un moyen pour promouvoir le niveau qualitatif des lois interprétées ? Est-ce que les juges sont capables de procéder à une amélioration des normes en l'interprétant formellement et matériellement ? Dans un système politique basé sur la séparation des pouvoirs, quelles sont les limites des prérogatives des juges pour interpréter une norme ?

Dans la suite, nous aborderons les effets de ces moyens, à travers la question du contrôle qualitatif opéré par les juridictions (1) puis précisément celle de l'interprétation (2).

Chapitre 1 : La légitimité de la sanction juridictionnelle

Beaucoup ont défendu le contrôle juridictionnel comme un moyen de réduire ou de corriger les défaillances systématiques dans la prise de décisions législatives et exécutives, ce qui signifie réduire les divergences entre les choix politiques réels et ceux qui prévaudraient dans une démocratie représentative fonctionnant idéalement. A propos de la nécessité de l'acceptation du rôle de juge, la question principale est de savoir comment justifier le lien entre le contrôle juridictionnel des normes et le respect des exigences qualitatives attendues des normes juridiques.

Section 1. Contrôle juridictionnel et caractéristiques qualitatives des normes juridiques

Historiquement, le grec ancien « graphai paranomon » était un processus par lequel un législateur pouvait être inculpé pour le motif que la loi était illégale ou anticonstitutionnelle. Dans les derniers jours de la Rome républicaine, le Sénat occasionnellement s'est octroyé le pouvoir d'annuler des lois en raison de diverses caractéristiques inconstitutionnelles, fréquemment en raison de l'utilisation de la violence lors de leur passage. Il n'y a pas suffisamment de preuves, cependant, pour attribuer le développement du contrôle juridictionnel moderne, entièrement ou principalement, à des précédents antiques et médiévaux. En effet, la conception moderne de la législation était à peine comprise jusqu'à l'époque médiévale⁵³².

En Angleterre, Lord Coke dans le cas du *Dr Bonham* (1610) a énoncé un célèbre diction : « the Common law will control acts of parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void ». Cette affirmation a eu un écho favorable dans les colonies américaines de l'Angleterre. Il existait dans les colonies plusieurs facteurs qui ont probablement contribué à la croissance du *judicial review*, à savoir les constitutions écrites, la haute estime portée à la théorie de la séparation des pouvoirs,

⁵³² Deener, David, "Judicial Review in Modern Constitutional Systems", in *The American Political Science Review*, Vol. 46, No. 4, 1952, pp. 1079-1099, Not. pp. 1079-1081.

et la familiarité avec la pratique des appels au Conseil privé au sujet de la validité des lois coloniales. Le contrôle juridictionnel, bien sûr, n'est pas particulièrement américain ; il peut être rattaché à la notion anglaise de la « primauté du droit », un fait attesté par l'apparition d'un contrôle juridictionnel dans les pays ayant des liens juridiques et politiques étroits avec la Grande-Bretagne. Le contrôle juridictionnel a été largement accepté depuis son apparition aux États-Unis il y a 150 années. Géographiquement, le principe du contrôle de constitutionnalité des normes est peu à peu généralement accepté dans le monde, surtout depuis la Première Guerre mondiale⁵³³.

Aux États-Unis, nous avons deux courants doctrinaux : les uns partent de la prémisse que la justice est importante dans toute société décente. Les juges sont en mesure d'aider la société à atteindre la justice. Par conséquent, ces chercheurs soutiennent que les juges devraient déclarer nulle toute loi qui n'est tout simplement pas juste. Un autre courant doctrinal prend des expressions particulières de la Constitution ou des représentations de l'ensemble du régime de gouvernement créées par la Constitution et les interprète à un tel niveau d'abstraction qu'ils deviennent un mandat pour les juges d'invalidier une loi qui entre en conflit avec la justice. Cette notion de justice est décrite diversement comme le droit à l'égalité d'écoute et de respect, au respect de la dignité humaine de chaque personne ou de la dignité inhérente à tout être humain, ou tout simplement un sentiment profondément ressenti de ce qu'est le droit politique. Les différences fondamentales entre le rôle du juge dans le second type et les juges dans le système de la jurisprudence des droits fondamentaux (le premier cas) est que, dans ce système, les juges sont amenés à interpréter la Constitution écrite et non la morale de l'opinion publique⁵³⁴.

Ces points de vue peuvent être résumés de la manière suivante : les premiers justifient le « judicial review » par le principe de la justice, tandis que pour les

⁵³³ Ibid., pp. 1082, 1098.

⁵³⁴ Goldstein, Leslie, "Judicial Review and Democratic Theory: Guardian Democracy vs. Representative Democracy, in *The Western Political Quarterly*, Vol. 40, No. 3, 1987, pp. 391-412, Not. pp. 300, 410.

seconds pensent que ce qui est importe c'est la volonté des citoyens de donner aux juges le rôle du gardien de la Constitution. Les juges se tournent vers le texte écrit, car il exprime la volonté du peuple. Ce courant de pensée suppose donc que parmi les différentes interprétations plausibles du texte, les juges choisiront toujours la plus juste. Tandis que pour les premiers (qui croient au système de la jurisprudence des droits fondamentaux), les juges expriment la raison morale et ont le pouvoir de contrôler les impulsions de la majorité parce que la majorité électorale peut se comporter de manière tyrannique. Les citoyens approuvent ce système, car ils savent qu'ils peuvent, un jour ou l'autre, se retrouver parmi la minorité victime⁵³⁵.

Même après que les États-Unis aient adopté une Constitution écrite ratifiée par les conventions élues par le peuple, un grand nombre de ses auteurs a continué à croire que les juges doivent respecter les droits de l'homme, non écrits ni mentionnés, ni implicites dans ce document-contre les lois adoptées par les parlements⁵³⁶.

Une autre question se pose alors : le parlement est une institution sélectionnée par les citoyens à travers l'élection des membres qui le constituent. Dès lors, comment justifier le contrôle du juge sur les normes approuvées par cette institution bénéficiant d'une légitimité populaire par la voie d'une élection au suffrage universel direct ? En réalité, les critiques consistant à considérer le contrôle de constitutionnalité des lois et règlements comme antidémocratique repose sur la prémisse que la Constitution devrait être autorisée à se développer sans aucun contrôle juridictionnel. Pour les partisans de ce point de vue, le sens du texte constitutionnel est déterminé par le président, le Congrès et les législatures d'État. De cette façon, ils soutiennent que le processus électoral serait de déterminer le cours du développement constitutionnel, comme il le fait dans les pays avec les parlements plénipotentiaires. En d'autres

⁵³⁵ Ibid., p. 402

⁵³⁶ Ibid.

termes, la société ne peut être démocratique que si la législature a des pouvoirs souverains⁵³⁷.

Par exemple, Waldron et avec lui une certaine opposition, croient que le contrôle de constitutionnalité (judicial review) peut être contesté sur deux aspects : « Comme cela est souvent prouvé, il ne fournit pas un moyen pour la société de se concentrer clairement sur les vrais enjeux lorsque les citoyens sont en désaccord sur les droits Et il est politiquement illégitime, en ce qui concerne les valeurs démocratiques : en privilégiant le vote à la majorité chez un petit nombre de juges élus ou non, il prive de leurs droits les citoyens ordinaires et écarte les principes particulièrement importants de représentation et d'égalité politique »⁵³⁸.

En réponse se trouve la théorie de la « supremacy of the Constitution »; « the legislative department, as well as every other part of government derives its power: by the constitution, the legislative, as every other department, must be directed; of the constitution, no alteration by the legislature can be made or authorized ... The constitution is the supreme law of the land: to that supreme law every other power must be inferior and subordinate ».⁵³⁹ C'est-à-dire que le pouvoir du peuple est supérieur au pouvoir judiciaire et au pouvoir législatif, et que là où la volonté de la législature, déclarée dans ses statuts, est en opposition à celle du peuple, déclarée dans la Constitution, les juges doivent être régis par celui-ci plutôt que par le premier. Ils doivent régler leurs décisions sur les lois fondamentales, plutôt que sur celles qui ne sont pas fondamentales⁵⁴⁰.

⁵³⁷ Rostow, Eugene V., "The Democratic Character of Judicial Review", in *Harvard Law Review*, Vol. 66, N° 2, 1952, pp. 193-224, Not. p. 194.

⁵³⁸ Lever, Annabelle, "Democracy and judicial review: are they really incompatible?", 2009, available on <http://eprints.lse.ac.uk/23097/> in LSE Research Online, p. 1.

⁵³⁹ Goldstein, Leslie, "Popular Sovereignty, the Origins of Judicial Review, and the Revival of Unwritten Law", in *The Journal of Politics*, Vol. 48, No. 1, 1986, pp. 51-71, Not. p. 66.

⁵⁴⁰ Rostow, Eugene V., "The Democratic Character of Judicial Review", précité, p. 196.

En outre, certains auteurs expliquent comment le « judicial review » peut compléter la démocratie. En ce sens, un concepteur institutionnel rationnel pourrait vouloir compléter les élections avec un autre mécanisme pour limiter les incitations perverses que les pressions électorales peuvent parfois créer. Un tel mécanisme suppose un contrôle de constitutionnalité par des tribunaux indépendants. Le contrôle peut affecter le bien-être de l'électeur de deux manières distinctes. Tout d'abord, le contrôle de constitutionnalité influe sur la probabilité de la politique reflète l'état, qui affecte les électeurs politiques actuels. Deuxièmement, ce contrôle affecte l'information de l'électeur en ce qui concerne le profil de l'élus sortant, qui à son tour affecte l'efficacité des élections comme un dispositif de sélection des dirigeants compétents⁵⁴¹.

En plus, l'une des responsabilités centrales de l'appareil judiciaire dans l'exercice de son pouvoir constitutionnel est d'aider à garder les autres branches du gouvernement démocratique dans leurs procédures. La Constitution doit garantir la légitimité démocratique des décisions politiques en établissant des règles essentielles pour le processus politique. Et il donne à chaque citoyen la protection personnelle politique des garanties constitutionnelles fondamentales. L'application de ces droits serait d'assurer les citoyens que la politique législative et exécutive est formée sur un débat libre, un suffrage démocratique, un effort politique sans entraves, et une enquête complète⁵⁴².

En outre, Chef Marshall dans *Marbury v. Madison* indique plusieurs éléments : a) c'est le rôle institutionnel du pouvoir judiciaire d'interpréter et d'appliquer la loi; b) la Constitution est la loi suprême de notre système juridique; c) où la Cour doit

⁵⁴¹ Fox, Justin; Stephenson, Matthew C., "Judicial Review as a Response to Political Posturing", in *The American Political Science Review*, Vol. 105, No. 2, 2011, pp. 397-414, Not. pp. 398, 409.

⁵⁴² Rostow, Eugene V., "The Democratic Character of Judicial Review", précité, p. 210.

interpréter et appliquer la Constitution; d) donc si la Cour détermine que certaines lois sont en conflit avec la Constitution, elle doit déclarer la loi inconstitutionnelle⁵⁴³.

Le Fédéralisme est souvent utilisé pour défendre la doctrine de la séparation des pouvoirs, supposée à la base de la Constitution, et certains ont pensé que le *judicial review* est incompatible avec cette doctrine, parce que, disent-ils, le contrôle juridictionnel substitue la volonté du pouvoir judiciaire à la volonté de la législature. La puissance qui a été donnée à la Cour est le pouvoir d'interpréter la Constitution et de mesurer la législation selon cette interprétation ; il n'appartient pas à la Cour de décider si elle juge que la législation est sage. La doctrine de la séparation des pouvoirs (ou fonctions) ne propose pas de support à un examen non interprétatif. Il est de la fonction des tribunaux d'appliquer la loi, et il est de la fonction du législateur d'adopter des lois sous réserve du respect de certaines limites constitutionnelles. Il appartient aux tribunaux de décider si le législateur a tenu compte des limites constitutionnelles⁵⁴⁴.

Parmi les différentes raisons qui justifient contrôle de constitutionnalité, il en est une qui prétend que l'interaction entre le législateur et les tribunaux peut l'élaboration de lois plus efficaces. De cette manière, nous devrions noter que, parce que les tribunaux ont plus d'informations sur ce qui se passe réellement dans la société, par l'exécution des lois, ils ont une chance de donner cette information au pouvoir législatif. De ce point de vue, le contrôle de constitutionnalité ne serait pas un « droit » (pour les citoyens), mais il serait une « chance » d'adopter des lois efficaces. Le contrôle de constitutionnalité des mesures législatives signifie dans cette hypothèse, que dans l'acte de légiférer il s'agit de prendre en considération les causes et les effets prévisibles de la loi dans la réalité sociale. Les tribunaux peuvent tirer parti non seulement des informations que le législateur a à sa disposition lors de l'adoption d'une loi, mais aussi avoir accès à des informations supplémentaires

⁵⁴³ Brink, David O., "Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review", in *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 17, No. 2, 1988, pp. 105-148, Not. p. 138.

⁵⁴⁴ Ibid., p. 136.

acquises de l'expérience réelle avec la loi entrée en vigueur. « When a court decides the constitutionality of a statute in the course of litigation, it is functioning as an agency of sober second thought which reviews in the light of experience under the statute the determination of policy made by the legislature and executive at a time when the effects of the statute could only be predicted. Its decision on the constitutionality of the statute is based on legislative facts, which make up the economic and social pattern in which the statute operates, and adjudicative facts peculiar to the case before the court ». Le jugement législatif initial sur les coûts et avantages impliquera une prédiction. Avec le temps, nous serons renseignés sur la façon dont la loi fonctionne⁵⁴⁵. A cet égard, le *judicial review* est une chance en ce qu'elle contribue à l'obtention de la norme la plus efficace.

Selon Waluchow, l'existence du contrôle de constitutionnalité est nécessaire, il croit que sans ce contrôle, des injustices perdurent dans la société. La clé de sa théorie repose sur l'idée que ce contrôle sera là pour nous aider à augmenter la démocratie. Ce contrôle va mettre « justified commitment » (Engagement justifié) à la place de « impassioned and wrongheaded desire » (Désir passionné et téméraire) et à travers ce déplacement, il consolidera la démocratie. Il ajoute que les juges dans ce système doivent utiliser la « moralité constitutionnelle de la communauté » pour examiner les cas qui concernent le sujet de la « justice », de la « liberté » des personnes et de la « vie privée »; c'est-à-dire que les juges ne sont pas libre de se référer à l'éthique personnelle⁵⁴⁶.

Une autre justification du contrôle de constitutionnalité comprend l'idée de protéger les droits de la minorité. Parmi eux, les constitutionnalistes libéraux estiment que, la législation démocratique doit protéger les droits, en les imposant dans la Constitution. Une version plus puissante de ce point de vue ajoute une exigence selon laquelle, ces droits devraient être exclus de la révision constitutionnelle. Cependant,

⁵⁴⁵ Rogers, James R., "Information and Judicial Review: A Signaling Game of Legislative-Judicial Interaction", in *American Journal of Political Science*, Vol. 45, No. 1, 2001, pp. 84-99, Not. pp. 86, 87.

⁵⁴⁶ Waluchow, W. J., "A Common Law Theory of Judicial Review", précité, pp. 297, 299.

d'autres affirment que la délibération démocratique dans le processus législatif peut accueillir une plus grande diversité d'intérêts divergents⁵⁴⁷. Cette idée signifie que si le tribunal commence à interpréter les normes, en particulier celles concernant la relation de l'individu à l'Etat, la proposition de politique qui sous-tend la survie du pouvoir, serait hors de portée d'une minorité⁵⁴⁸.

Étant donné que les caractéristiques qualitatives des normes ne sont pas citées dans la Constitution de nombreux systèmes juridiques, ces caractéristiques sont notamment apparues dans la jurisprudence des juridictions constitutionnelles ou ordinaires à l'occasion de leur compétence en matière de contrôle des normes qu'il s'agisse de lois ou d'actes administratifs. Les justifications de ce contrôle sur la qualité des normes sont les principes démocratiques, garantir les droits des citoyens et empêcher l'arbitraire. Toutefois, le contrôle juridictionnel n'est pas le seul moyen d'améliorer la qualité des normes. Au contraire, il semble être le dernier recours lorsque des méthodes plus souples ne fonctionnent pas. Dans le cas de la France, le contrôle de la qualité des normes opéré par le Conseil constitutionnel a été la manifestation d'une volonté de la part du Conseil constitutionnel, de faire prendre conscience aux différents acteurs de la procédure législative, que les lois étaient de très mauvaise qualité, par leur complexité, leur inintelligibilité, leur complexité.

La plupart des règles visant à améliorer la qualité des normes, ne passent pas par une sanction juridictionnelle. Le seul domaine dans lequel une attention plus grande est portée est celui du droit pénal, pour lequel l'exigence de clarté de la règle de droit se fait plus pressante, au nom du principe de légalité de la loi pénale et parce que les limitations à la liberté doivent être précises et strictement nécessaires, parce que la loi ne doit pas donner lieu à des applications arbitraires et subjectives car trop vague, trop floue.

⁵⁴⁷ Wintgens, Luc. J., *Legislation in Context: Essays in Legisprudence*, USA: Ashgate Publishing Company, 2007, pp. 56, 57.

⁵⁴⁸ Rostow, Eugene V., "The Democratic Character of Judicial Review", précité, p. 197.

Partant de cette idée, le caractère vague et imprécis des normes applicables font de partout l'objet de critiques car elles laissent une marge d'appréciation trop importante aux autorités chargées d'appliquer les normes juridiques.

Les justifications de ces exigences de qualité des normes sont le respect des droits et des libertés des citoyens, et plus largement le respect de la démocratie et de l'Etat de droit.

Après l'étude de la justification de l'adoption du contrôle de constitutionnalité, nous serons confrontés à une autre question : L'intensité et les effets du contrôle de constitutionnalité.

Section 2. L'intensité et les effets du contrôle de constitutionnalité

Ce n'est pas un bon argument de dire que les juges sont plus susceptibles de protéger les droits fondamentaux que les législateurs. Brettschneider croit que les juges ne sont pas bien adaptés à la mise en œuvre des droits sociaux. Eisgruber croit aussi que les magistrats ne sont pas bien placés pour prendre des décisions sur ce qui soutient les institutions politiques démocratiques. Selon Erettschneider, *Lochner v. New York*⁵⁴⁹ était une instance de contrôle judiciaire illégitime, car elle impliquait des droits sociaux, et ceux-ci nécessitent des jugements trop compliqués pour que les tribunaux puissent les rendre⁵⁵⁰.

En confiant aux juges la compétence de la mise en œuvre et de la création des droits, cela conduira à reconnaître la supériorité des juges sur les législateurs dans certains types de cas, malgré leur infériorité dans d'autres, plutôt que d'essayer de faire un équilibre entre les avantages et les inconvénients des décisions judiciaires à travers tous les cas, pris dans leur ensemble. Ils multiplient ainsi les difficultés conceptuelles

⁵⁴⁹ Cour Suprême des Etats-Unis, *Lochner v. New York*, 1905, on <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/case.html>, Dans cet arrêt, il a été soutenu que les limites au temps de travail violaient le quatorzième amendement.

⁵⁵⁰ Lever, Annabelle, "Democracy and judicial review: are they really incompatible?", 2009, available on <http://eprints.lse.ac.uk/23097/> in LSE Research Online, p. 3.

et d'interprétation pour évaluer la qualité des décisions de justice, avant même que nous commençons à demander comment nos jugements positifs et négatifs doivent être agréés à travers les cas⁵⁵¹.

Mais il n'est pas si facile de dire ce qu'est la zone de l'activité du juge. Pour Brink, tout dépend de ce que l'on suppose de la conception de la loi. De ce point de vue, nous avons différentes conséquences sur le rôle du juge, selon que nous regardons la conception de la loi aux yeux de Hart ou aux yeux de Dworkin. Comme nous le savons, Hart définit la loi comme un ensemble de règles. Pour Dworkin, c'est plus que cela ; nous avons aussi des principes.

Selon Hart, les règles juridiques sont le droit, en vertu du processus d'élaboration spécifié dans « la règle de reconnaissance » du système juridique. Des principes juridiques adoptés de façon non arbitraire, peuvent être compris comme faisant partie de la loi parce qu'ils sous-tendent ou fournissent la justification de règles juridiques. Hart appelle ces principes juridiques de second ordre des normes juridiques. Le point de vue de Dworkin sur les principes juridiques est un peu plus complexe que cela ; c'est-à-dire, selon lui, qu'il s'agit de considérations que les juges doivent prendre en compte au moment de décider des cas. En revanche, et par conséquent, à propos de la responsabilité du juge devant ces principes, pour Hart, dans les systèmes où le refus de faire appel à des principes sous-jacents pourrait déclencher des attitudes critiques parmi les membres de la communauté juridique, la règle de reconnaissance sera de reconnaître cette relation entre les principes et les règles en tant que source de droit et ainsi de reconnaître ces normes de second ordre comme des règles juridiques. Une allégation plus récente de Dworkin est que ces principes font partie de la loi parce que le refus de faire appel à eux entraînerait une erreur d'interprétation⁵⁵².

⁵⁵¹ Ibid., p. 5.

⁵⁵² Brink, David O., "Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review", in *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 17, No. 2, 1988, pp. 105-148, Not. pp. 107-110.

Dworkin commence sa discussion sur l'Etat de droit par ces questions: Est-ce-que la suprématie parlementaire est conforme à l'Etat de droit? Ou faut-il limiter la légalité aux à ce qu'un parlement élu démocratiquement peut adopter ? Est-il bon d'exiger que certains juges aient le pouvoir d'annuler les décisions parlementaires, du moins extrêmes ? Dworkin explique que Bingham y a apparemment pensé. Il pensait que le pouvoir du Parlement britannique était illimité, mais il pensait aussi cela constituait un défaut de la règle de droit. Nous pouvons comprendre comment l'on pourrait penser cela. L'Etat du droit exige que personne ne soit au-dessus de la loi, or la suprématie du Parlement le place vraiment au-dessus de la loi. Rien ne restreint leur volonté. La Grande-Bretagne ferait mieux se conformer à la règle de droit, pense Bingham, à condition d'avoir un certain pouvoir de veto réel⁵⁵³.

Mais beaucoup d'autres théoriciens juridiques pensent exactement le contraire. Ils pensent que la situation aux États-Unis, et dans de nombreux Etats membres du Conseil de l'Europe, dans laquelle les juges ont l'autorité finale sur la validité des textes de normes juridiques est une violation directe de la règle de droit parce qu'elle met les juges non élus au-dessus des normes. Certains d'entre eux, y compris le juge Scalia⁵⁵⁴ dans la Cour suprême des États-Unis, trouvent particulièrement déplorable que les juges dans un tribunal international, comme la Cour européenne des droits de l'homme, puissent avoir ce pouvoir. Ces critiques pensent que le vrai sens de la règle de droit, au moins dans les démocraties, est que le peuple dans son ensemble doit avoir le dernier mot sur ce que la loi sera et qu'un parlement entièrement contrôlé vient aussi près que possible de cet idéal. Pour les positivistes, ce que la loi dit sur une question est juste un fait historique ou social. La loi est ce que la législation ou des décisions judiciaires passées ont déclaré. Donc, par hypothèse, si les décisions passées ne dictent pas une solution, alors il n'y a pas de loi sur la question du tout, et les juges doivent forcément exercer un pouvoir discrétionnaire sur la nouvelle loi et l'appliquer

⁵⁵³ Dworkin, R., "The Rule of Law and Human Rights in Contemporary World", in *Law of Ukraine*, N° 4, 2013, pp. 7-13, Not. p. 9.

⁵⁵⁴ Antonin Gregory Scalia, né le 11 mars 1936 et mort le 13 février 2016, est un juge de la Cour suprême des États-Unis.

de manière rétrospective. Ils n'ont pas d'autre choix s'ils se prononcent sur un nouveau cas. Pour les « interprétivistes », d'autre part, la loi comprend non seulement des règles en vigueur ou annoncées avant, mais aussi les principes qui justifient le mieux ces règles comme une question de morale politique⁵⁵⁵.

Lorsque des positivistes considèrent qu'il y a une lacune dans la loi actuelle, il s'agit en fait seulement d'un espace en attente d'être rempli en interprétant les règles déjà énoncées pour découvrir ce que les principes qui justifient ces règles établies recommanderaient dans le nouveau cas. Cela nous dit ce que la loi est vraiment, et ce que la règle du droit oblige les juges à faire. « Does the rule of law require constitutional judicial review, that is, review by judges with a veto power? », il nous explique à travers sa catégorisation entre « Fair warning » et « egalitarian » que « Fair Warning » (Avertissement juste) nie la légitimité du veto judiciaire car un système dans lequel un mot du parlement est définitif et incontestable, peut donner une alerte beaucoup plus claire que celui dans lequel les décisions du Parlement sont soumises à un examen par les juges. Mais l'intégrité égalitaire prend le point de vue opposé. Si le contrôle juridictionnel améliore la prévisibilité des législations, ce sera en accord avec ce que l'Etat de droit exige⁵⁵⁶.

Peut-on considérer que le contrôle de constitutionnalité est la dernière étape dans le processus politique national ? Est-ce que les autres branches du pouvoir politique ou les citoyens ont le pouvoir de coordonner pour construire du sens sur les orientations générales de ce document ? Plusieurs chercheurs affirment que les décisions de la Cour suprême ne le font pas, doivent être définitives et que d'autres acteurs politiques ont seulement la possibilité d'utiliser le processus politique pour faire valoir leur propre interprétation de la Constitution. Mais selon Meernik and Ignagni⁵⁵⁷, nous avons un modèle de structure coordonnée d'un processus où les

⁵⁵⁵ Dworkin, R., « The Rule of Law and Human Rights in Contemporary World », précité, pp. 10, 11.

⁵⁵⁶ Ibid., p. 12

⁵⁵⁷ Meernik, James; Ignagni, Joseph, « Judicial Review and Coordinate Construction of the Constitution », in *American Journal of Political Science*, Vol. 41, No. 2, 1997, pp. 447-467.

acteurs gouvernementaux et non gouvernementaux cherchent à réaliser leur interprétation de la Constitution à l'égal de la Cour suprême. Leur raisonnement s'appuie sur l'hypothèse que le terme constitutionnel de freins et de contrepoids a pour but de permettre à la Cour suprême de dominer toujours les autres branches du pouvoir grâce à l'utilisation du *judicial review*. A cet égard, le contrôle de constitutionnalité ne correspond pas à la finalité juridictionnelle ; donc, « les décisions juridictionnelles offrent une tranquille certitude dans la mesure où le Congrès, le président, et le grand public trouvent les décisions convaincantes, raisonnables et acceptables ». Par exemple, aux États-Unis, les décisions de la Cour suprême peuvent modifier ou infirmer un raisonnement tenu précédemment, en raison de multiples facteurs politiques internes et externes⁵⁵⁸.

Toutefois, ces pouvoirs ne conduisent pas directement à des réinterprétations de décisions spécifiques. L'influence du président sur la Cour est assez indirecte et se produit au fil du temps, de même que la constitution de majorité plutôt conservatrice ou plutôt réformatrice au sein de la Cour. Nous pouvons trouver une justification pour un tel rôle dans la Constitution, qui demande au Congrès de respecter la Constitution, le droit fédéral et la norme nationale, tant à l'article I de la Constitution que dans le Quatorzième Amendement. En outre, le Congrès peut proposer ou adopter des lois en réaction aux décisions de justice visant à en modifier le résultat juridique ou l'impact d'une décision de la Cour suprême spécifique. Le Congrès peut réécrire la législation et s'appuyer notamment sur des lectures alternatives dans les décisions antérieures de la Cour pour justifier ces remises en cause⁵⁵⁹.

L'acteur politique doit également être pris en considération : les institutions qui contrôlent ou modifient les décisions de la Cour suprême, par exemple, les membres du Congrès seront plus susceptibles de tenter d'adopter une loi remettant en cause une jurisprudence quand une décision de la Cour suprême affecte la répartition du pouvoir fédéral. Lorsque le gouvernement perd un procès, le président peut inviter les

⁵⁵⁸ Ibid., p. 450.

⁵⁵⁹ Ibid., pp. 451, 452.

dirigeants de son parti à présenter une loi ou il peut fournir inciter les membres du Congrès à soutenir telle personne sur un poste de juge. Les membres du Congrès seront plus susceptibles de tenter d'adopter une loi de remise en cause lorsque le gouvernement des États-Unis fait valoir et perd une affaire ou dépose un mémoire d'*amicus curiae* pour un demandeur perdant dans une décision de la Cour suprême. En outre, quand une majorité de la population est au courant et opposée à une décision de la Cour et exerce une pression pour répondre aux exigences de préférences majoritaires, cette pression peut être si grande que la probabilité de renverser une décision de justice augmente. Ainsi, les membres du Congrès seront plus susceptibles de tenter d'adopter une loi de remise en cause d'une décision de la Cour suprême quand il y a des preuves *de la force de* l'opposition du public à une décision de la Cour⁵⁶⁰.

D'un point de vue pratique par exemple, le Congrès des États-Unis dispose d'un large pouvoir de fixer les conditions dans lesquelles les tribunaux fédéraux examinent les décisions des organismes administratifs et réglementaires. Le Congrès peut préciser par voie législative qui peut contester l'agence devant le tribunal, quel tribunal est compétent sur le cas, quels types d'action ou d'inaction de l'organisme peuvent être revus, quelles sortes de preuves peuvent être introduites devant le tribunal, et d'autres paramètres de la participation judiciaire. Grâce à ces spécifications le Congrès peut réglementer le niveau et la nature de la participation judiciaire dans l'élaboration des politiques nationales. Il semble que les membres du Congrès utilisent leur autorité sur le rôle de l'appareil judiciaire pour poursuivre leur politique⁵⁶¹.

Ces efforts du Congrès peuvent prendre la forme d'examen et d'influence sur les candidats nommés par le président. Lorsque les objectifs politiques du Congrès et le président sont concordants, cela conduit à la remise en cause des décisions de justice, l'expansion de la juridiction des tribunaux fédéraux ou simplement le passage

⁵⁶⁰ Ibid., pp. 453-455.

⁵⁶¹ Smith, Joseph, "Judicial Procedures as Instruments of Political Control: Congress's Strategic Use of Citizen Suits", in *Legislative Studies Quarterly*, Vol. 31, No. 2, 2006, pp. 283-305, Not. p. 283, 284.

de questions controversées devant les tribunaux. Par exemple, nous avons l'attention du Congrès sur le rôle des tribunaux en vertu de trois révisions majeures découlant du *Clean Air Act*⁵⁶². Les études montrent que la disponibilité du contrôle juridictionnel des actions de l'agence, même si elle est rarement invoquée, est suffisante pour changer les résultats politiques et donc de transférer le pouvoir des organismes d'élaboration des politiques à la magistrature. Parce que les législateurs prêtent attention et tentent d'influencer le rôle de l'élaboration des politiques des tribunaux fédéraux et parce que les procédures judiciaires influencent le rôle des tribunaux dans l'élaboration des politiques, les législateurs peuvent tenter de concevoir des procédures judiciaires pour guider l'impact de la politique des tribunaux. Les législateurs peuvent utiliser cette commande pour façonner les contours du contrôle juridictionnel et donner aux électeurs les moyens d'influencer la politique. La mise en forme au Congrès des possibilités de contrôle judiciaire est probablement liée au rôle croissant des tribunaux dans la politique réglementaire acquis au cours des 30 dernières années et, selon cela, les intérêts *proregulatory* ont maintenant de nombreuses possibilités de contester et d'influer la politique de réglementation par le biais de la Cour. En commençant par le *Clean Air Act* 1970, et continuant par les lois réglementaires adoptées dans les années 1990, le Congrès a précisé les conditions dans lesquelles les tribunaux considèrent comme des défis des mesures réglementaires. Ces conditions ont systématiquement remplacé les règles judiciairement développées avec des règles plus favorables aux intérêts *proregulatory*⁵⁶³.

Finalement, sur l'intensité du contrôle judiciaire de constitutionnalité, il faut noter qu'en regard du principe de séparation des pouvoirs publics, ce contrôle doit être limité à la cour constitutionnelle. Dans ce sens, si nous avons des exigences de « clarté » et de « simplicité » dans la Constitution, comme exigences formelles d'une

⁵⁶² Une loi fédérale des États-Unis conçue pour contrôler la pollution atmosphérique au niveau national ; <https://www.epa.gov/clean-air-act-overview>.

⁵⁶³ Smith, Joseph, "Judicial Procedures as Instruments of Political Control: Congress's Strategic Use of Citizen Suits", précité, pp. 285, 286, 299.

norme juridique, et si la Constitution marque qu'une loi doit être « rationnelle » et « juste », il n'y a aucun obstacle pour ce contrôle. En revanche, si ces exigences ne figurent pas expressément dans la Constitution, cela dépend de la Cour de se donner le droit à elle-même de contrôler ces exigences et de les justifier comme étant des exigences constitutionnelles.

Le principe de séparation des pouvoirs ne donne pas cette compétence aux tribunaux de contrôler ce qu'a approuvé le Parlement et même la cour constitutionnelle n'a pas le droit de changer ces législations ou de leur ajouter des choses. Elle a simplement le droit de déclarer une disposition inconstitutionnelle, les juges n'ont pas de droit de « légiférer » en dehors du contrôle de la constitutionnalité.

Comme une conséquence du principe de séparation des pouvoirs, les cours administratives ont la compétence pour contrôler les actes et les approbations du pouvoir administratif. Même en Angleterre ce système a été adopté.⁵⁶⁴ Mais sans doute ce contrôle a-t-il besoin de la précision de la Constitution. C'est-à-dire qu'il faut que les exigences des caractéristiques d'une bonne norme soient précisées dans la Constitution.

Mais, il est important de noter que si la séparation des pouvoirs est une nécessité pour limiter la marge de manœuvre des juridictions, par d'autre point de vue, il en donne la possibilité pour sanctionner les pouvoirs qui passent outre des exigences constitutionnelles (check and balance).

La question qui se pose dans cette étude est de savoir si la sanction découlant d'une décision d'une juridiction constitutionnelle constatant la mauvaise qualité de la loi est nécessaire et permet de favoriser l'amélioration de la qualité de la loi. En effet, plusieurs solutions sont possibles : soit le juge constitutionnel constate que la loi est

⁵⁶⁴ «Les travaux de la Cour administrative est varié, composé de la loi juridiction administrative de l'Angleterre et du Pays de Galles, ainsi qu'un pouvoir de contrôle sur les cours et tribunaux inférieurs. Le pouvoir de contrôle, exercé dans la principale à travers la procédure de révision judiciaire, couvre les personnes ou organismes exerçant une fonction de droit public - un champ large et toujours en croissance».

« Administrative Court in United States », on <https://www.justice.gov.uk/courts/rcj-rolls-building/administrative-court>.

contraire à la Constitution en raison de son inintelligibilité, sa complexité, l'absence de normativité etc. et déclare cette disposition inconstitutionnelle. Dans certains systèmes, la norme défectueuse sera simplement écartée (effet relatif ou interprètes de la chose jugée) tandis que dans d'autres elle sera abrogée pour l'avenir, voire pire : annulée avec effet rétroactif. L'« abrogation » (mettre fin à l'existence d'une disposition) semble plus adaptée que l'annulation car elle permet de ne pas « remettre en cause les effets indirects produits antérieurement lors de son application »⁵⁶⁵. En revanche, la première a un caractère « rétroactif » et il n'est pas favorable principe de sécurité juridique puisqu'« il est mis fin aux effets d'un acte à partir du moment où il est intervenu »⁵⁶⁶. En tous cas, pour les dispositions créatrices de droits, l'abrogation est possible dans le cas d'illégalité⁵⁶⁷.

Dans ce sens, au moyen de son contrôle *a priori*, le Conseil constitutionnel a la compétence pour s'opposer à l'entrée en vigueur des dispositions mentionnées, « avant leur promulgation », « avant qu'elles ne soient soumises au référendum » et « avant leur mise en application »⁵⁶⁸ : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ni mise en application »⁵⁶⁹. Mais dans le contrôle *a posteriori* les dispositions en vigueur, sont « abrogée(s) à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision »⁵⁷⁰. Afin de garantir les droits fondamentaux et la sécurité juridique et de réduire les conséquences néfastes d'une déclaration d'inconstitutionnalité pour les citoyens, « le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont

⁵⁶⁵ « Abrogation et retrait des actes administratifs unilatéraux », sur <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/approfondissements/abrogation-retrait-actes-administratifs-unilateraux.html>, 2013.

⁵⁶⁶ Ibid.

⁵⁶⁷ Ibid.

⁵⁶⁸ Article 61 de la Constitution française.

⁵⁶⁹ Article 62 de la Constitution française.

⁵⁷⁰ Article 62 de la Constitution française.

susceptibles d'être remis en cause »⁵⁷¹. Cela signifie qu'il peut adapter les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité en fonction de l'impact produit sur les situations en présence.

En principe, cette abrogation est une abrogation immédiate. Mais, dans les hypothèses « où le report de l'effet de l'abrogation est justifié par les conséquences manifestement excessives ou contraires aux exigences constitutionnelles ... le Conseil a généralement choisi de maintenir en application la disposition législative inconstitutionnelle », une abrogation à effet différé⁵⁷².

Autre exemple, une initiative populaire en Suisse a donné droit à toute personne « a) à des lois compréhensibles et d'application simple, non bureaucratique et efficiente » ; ainsi qu'« b) au traitement rapide, simple et non bureaucratique de ses affaires par les administrations et les tribunaux »⁵⁷³.

Dans ce sens, le Tribunal fédéral, « autorité judiciaire suprême de la Confédération »⁵⁷⁴ est compétent afin de vérifier la demande d'un individu qui estime « qu'une loi n'était pas formulée de manière compréhensible ou qu'elle n'était pas facilement applicable ». Le Tribunal fédéral est une juridiction suprême pouvant jouer à la fois le rôle de Cour constitutionnelle (mais pas pour les actes de l'Assemblée et du Conseil fédéral qui sont soustraits à son contrôle⁵⁷⁵) et, celui d'autorité de recours ou de cassation dans les différents domaines du droit fédéral. Le tribunal est la seule juridiction qui a compétence pour interpréter une disposition afin d'analyser si elle est

⁵⁷¹ Article 62 de la Constitution française.

⁵⁷² « Les effets dans le temps des décisions QPC », sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/septembre-2014-les-effets-dans-le-temps-des-decisions-qpc.142100.html>, 2014.

⁵⁷³ « Initiative populaire fédérale, Stop à la bureaucratie! », Publications des départements et des offices de la Confédération, Suisse, 2010, FF 2010 6045, sur <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2010/6045.pdf>.

⁵⁷⁴ Jomini, André, « Présentation du Tribunal fédéral suisse comme autorité de juridiction constitutionnelle », sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-18/presentation-du-tribunal-federal-suisse-comme-autorite-de-juridiction-constitutionnelle.51918.html>, 2005.

⁵⁷⁵ Article 189 de la Constitution Suisse.

compréhensible ou facilement applicable. En outre, le parlement est en charge de vérifier « si l'introduction de nouvelles réglementations est nécessaire et si les actes législatifs sont compréhensibles »⁵⁷⁶.

Étant donné que les dispositions fédérales échappent de contrôle constitutionnalité, pour des motifs de démocratie directe, et parce qu'« aucun de recours ne permet de contester directement, devant le Tribunal fédéral, un acte législatif fédéral et le système suisse n'offre aucune possibilité de contrôle judiciaire abstrait, ou direct, de la constitutionnalité des lois fédérales »⁵⁷⁷, c'est le gouvernement fédéral qui donne son avis sur la constitutionnalité des projets de lois fédérales, mais sans pouvoir de sanction. Il fait « le point sur les bases légales ou constitutionnelles sur lesquelles le projet se fonde, ses effets sur les droits fondamentaux, sa compatibilité avec le droit de rang supérieur et ses relations avec le droit européen »⁵⁷⁸. En ce sens, le rapport explicatif du projet de loi doit respecter ces exigences. Pour cette raison, le Tribunal n'a pas suffisamment la possibilité de contrôler les exigences qualitatives d'« efficacité », « clarté » et « simplicité » de la loi. Pourtant, en 2003, le Tribunal a censuré le texte d'une initiative populaire formulée de toutes pièces qui était vague indiquant que « le texte d'une initiative rédigée de toutes pièces devait être suffisamment déterminé et qu'il devait être assez clair afin que le corps électoral puisse se prononcer sans risque d'erreur »⁵⁷⁹. Cette décision concerne les initiatives populaires sur lesquelles le Tribunal fédéral porte un regard particulièrement vigilant au nom du respect des droits politiques des citoyens suisses.

En tous cas, il a la possibilité de contrôler les dispositions en vigueur (contrôle *a posteriori*), étant rappelé que cette voie de recours n'est pas ouverte contre les actes

⁵⁷⁶ Fuckiger, Alexandre, « La démocratie directe : Un facteur de qualité de la loi en Suisse ? », in *La qualité de la loi - Expériences française et européenne*, Paris : Mare & Martin, 2016. p. 81-107, Not. p. 87.

⁵⁷⁷ Jomini, André, « Présentation du Tribunal fédéral suisse comme autorité de juridiction constitutionnelle », précité.

⁵⁷⁸ Fuckiger, précité, p. 105.

⁵⁷⁹ Ibid., pp. 89, 105.

des autorités fédérales. A cet égard, il interprète certaines normes « de façon extensive », notamment en ce qui concerne le principe égalité et de manière prétorienne, il a créé des « droits constitutionnels non écrits ». En outre, dans sa jurisprudence, « l'interdiction de l'arbitraire » a une importance pratique qui donne aux juges une marge de manœuvre étendue⁵⁸⁰. Par ce contrôle (*a posteriori*), le Tribunal annule des dispositions inconstitutionnelles au niveau cantonal. Mais avant cette annulation, il essaye de sauver les dispositions (législation cantonale en particulier) par l'interprétation ; ce qui lui permet de leur donner un sens conforme à la Constitution. Si le grief attaque « une décision d'application du droit cantonal », le Tribunal n'annule que la décision et il laisse la disposition qui est contre à la Constitution. En fait, il donne au législateur la possibilité de remédier aux imperfections de la disposition⁵⁸¹.

En résumé, à l'égard d'annulation, l'avantage de l'abrogation est qu'elle permet au législateur de réécrire le texte et de corriger la mauvaise qualité rédactionnelle ou de ne pas renvoyer au pouvoir réglementaire une compétence qui lui revient, par exemple.

Chapitre 2 : Les limites du pouvoir d'interprétation du juge

L'interprétation juridique est une activité rationnelle qui donne sens à un texte juridique. L'interprétation façonne le contenu de la norme « piégée » dans le texte. En vertu d'une définition plus étroite ou stricte, il n'y a place à l'interprétation que dans des lieux où le texte n'est pas clair. Toutefois, l'interprétation n'est pas quelque chose qui arrive seulement en cas de doute ou de difficulté ; elle arrive chaque fois que quelqu'un essaie de comprendre le langage utilisé par une autre personne. L'interprétation juridique peut également être conceptualisée de manière plus.

⁵⁸⁰ Jomini, André, « Présentation du Tribunal fédéral suisse comme autorité de juridiction constitutionnelle », précité.

⁵⁸¹ Ibid.

exemple, selon Dworkin : « Legal practice is an exercise in interpretation not just when lawyers interpret documents or statutes but also generally. Propositions of law are not simply descriptive of legal history, in a straightforward way, nor are they simply evaluative in some way divorced from legal history. They are interpretive of legal history, which combines elements of both description and evaluation, but is different from both »⁵⁸².

Dans une appréhension large de la notion d'interprétation, l'interprétation de la loi détermine le sens d'un texte juridique, et le sens varie selon le système d'interprétation. Il n'est pas juste de considérer que le texte « brut » n'a pas besoin d'être interprété, en se basant sur l'idée que les instructions d'un texte sont simples et ne nécessitent donc pas d'interprétation. Tous les textes doivent être interprétés pour pouvoir être compréhensibles. L'affirmation selon laquelle un texte « brut » ne nécessite pas l'interprétation est non seulement incorrecte, elle est aussi dangereuse, car elle rend un acte d'interprétation inconscient. Cela ne signifie toutefois pas qu'aucun texte n'est clair. La grande majorité des textes juridiques ont des significations simples dans la majorité des cas⁵⁸³.

Les réflexions suivantes sur l'interprétation d'une norme juridique partent donc du principe que tous les textes ont besoin d'interprétation.

Section 1. Diverses modalités d'interprétation

Selon les néo-réalistes, la création de la loi n'est pas limitée au domaine du silence du législateur, l'interprétation elle-même est une création de la norme par le juge, ou comme Troper l'a écrit « il n'y a en réalité dans les textes aucun sens à découvrir ». Trois techniques de l'interprétation œuvrent être distinguées : l'interprétation littérale, téléologique et systématique. Quant aux effets des différents

⁵⁸² Barak, Aharon, *Purposive Interpretation in Law*, United Kingdom: Princeton University Press, 2007, pp. 3, 4.

⁵⁸³ Ibid., p. 13.

types d'interprétation sur le niveau de la qualité de la loi, chaque théorie présente des avantages et des inconvénients⁵⁸⁴.

Alors que l'interprétation sémiotique et littéraire se fonde sur « le langage » et que l'interprétation systématique vise à « éclairer le fragment d'un texte par un autre », l'interprétation téléologique est une interprétation qui a pour but de connaître les finalités. C'est-à-dire qu'une loi doit être appliquée de la manière qui est proche de celle de la finalité. Selon Troper, en réalité, l'interprétation fonctionnelle « vise à donner au texte la signification qui lui permettra de remplir la fonction qu'on lui attribue » et une variété de cette interprétation est l'interprétation téléologique « qui se fonde sur le but poursuivi par le législateur »⁵⁸⁵.

Hertog présente un point de vue plus large, il pense à l'interprétation d'une norme juridique à l'échelle communautaire ou européenne. Selon lui, nous avons deux préoccupations : d'un côté, il va de la responsabilité de la cour de mettre en œuvre la justice et en même temps, les droits des citoyens doivent être protégés. Du point de vue du citoyen européen, il est important, là où la protection de ses droits procéduraux est concernée, qu'il soit en mesure de comprendre la langue de la cour dans le pays où il est acteur dans les procédures pénales. Interprètes et traducteurs constituent donc un maillon essentiel dans la communication entre le citoyen et les autorités judiciaires, qui exigent des garanties quant à la qualité et l'intégrité⁵⁸⁶. Donc, il est nécessaire de répondre à cette question : comment faut-il interpréter les normes ?

L'approche littérale est basée sur une concentration étroite visant les mots utilisés, à l'exclusion des circonstances qui pourraient expliquer ce que les mots

⁵⁸⁴ Dyèvre, Arthur, « Quelques réflexions sur l'interprétation de la loi: Les conditions et les limites de la soumission du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation à la loi du Parlement », sur *Revue de la droit juridique*, N° 114, 2006, pp. 1247-1271, Not. pp. 1250-1252.

⁵⁸⁵ Troper, Michel, « Interprétation », sur *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris: PUF, 2003, pp. 843-847, Not. p. 844.

⁵⁸⁶ Hertog, Erik, "Legal Interpreting and Translation in the EU: Justice, Freedom and Security through Language", on <http://eulita.eu/sites/default/files/Salamanca%20LIT%20in%20EU.pdf>, p. 2.

étaient réellement destinés à signifier. Dans la dernière partie du XXe siècle, les tribunaux, aux Etats-Unis, se sont de plus en plus éloignés de la compréhension littérale vers ce qui est aujourd'hui communément appelé une « approche téléologique ». Entre l'interprétation littérale et téléologique, nous avons un autre type d'interprétation qui s'appelle « golden rule » ; il convient de noter que ce genre d'interprétation est fondé sur la règle littérale. Il conduit le juge à suivre l'approche littérale, sauf si cela aboutit à l'absurdité, dans ce cas, il doit trouver une autre solution. Par conséquent, il sauve seul le tribunal dans un petit nombre de cas. Il est préférable d'avoir une telle règle que de ne pas l'avoir, mais il apporte une réponse à très peu de cas⁵⁸⁷.

En outre, il n'y a pas moyen de prédire ce qui va frapper un tribunal comme étant une absurdité suffisamment évidente pour justifier cette réponse exceptionnelle. L'approche « téléologique » est entièrement différente de la littérale et les règles d'or qui dirigent l'attention placent les mots eux-mêmes. La langue ne peut pas être bien comprise sans une certaine connaissance du contexte. Il est donc évidemment judicieux de permettre et même d'encourager la cour à aller au-delà des limites étroites de la phrase contestée elle-même. Il faut que la cour examine pourquoi la loi a été adoptée, puis à appliquer ces connaissances en donnant aux mots un sens avec la préoccupation que celui-ci soit le plus conforme à l'objet social de la législation⁵⁸⁸.

Au contraire, les auteurs qui donnent plus de poids à l'interprétation téléologique, tel que Schauer, expliquent que si nous regardons le droit différemment, comme un ensemble de règles qui sont les règles que nous acceptons aujourd'hui et que nous choisissons d'utiliser désormais pour coordonner notre existence dans la société, alors rien, à propos de l'utilisation des intentions législatives pour résoudre les problèmes d'interprétation, ne résulte du fait que certains êtres humains, à un moment, étaient principalement responsables de la première mise en forme de ces règles canoniques dans les livres de droit. En vertu de cette dernière image, la source de

⁵⁸⁷ Zander, Michael, *The Law-Making process*, précité, pp. 144, 146.

⁵⁸⁸ Ibid., pp. 148, 149.

l'orientation dans les cas d'indétermination reste de donner une interprétation qui s'adresse à ceux qui vivent maintenant en vertu des règles de droit applicables et il s'agit de combler les lacunes occasionnées par l'indétermination⁵⁸⁹.

Sur l'interprétation d'un texte, beaucoup de juristes se lancent dans une recherche stérile pour découvrir ce que le sens juridique « réel » d'un texte. Un texte n'a pas de « vrai » sens. Nous n'avons pas la capacité de comparer le sens d'un texte avant et après son interprétation en se concentrant sur son « vrai » sens. Il est simplement possible d'aspirer au « bon » sens. Ainsi, l'interprétation téléologique n'est pas une vraie interprétation, mais, dans une démocratie, elle est la meilleure.

En outre, doivent être distinguées l'interprétation qui donne un sens à un texte juridique et l'interprétation au sens large, qui entend combler les lacunes d'un texte incomplet. Les normes régissant ces deux activités sont différentes. Parfois, un juge est autorisé à interpréter un texte, mais il ne lui est pas permis de combler une lacune en elle-même, comme dans le cas d'une loi pénale. Il est difficile de déterminer les limites de l'interprétation. La ligne entre l'activité d'interprétation et son impossibilité est floue, et dépend de la tradition juridique donnée et de la culture du système juridique. Ainsi, la Common law considère que résoudre les contradictions entre deux normes de statut égal est un acte d'interprétation. En revanche, résoudre une contradiction entre deux normes de statut inégal est considéré comme faisant partie du droit constitutionnel ou administratif, et non de l'activité d'interprétation. Les juges parfois brouillent la distinction entre donner un sens à un texte et agir au-delà. Quand une loi interdit aux chiens de pénétrer dans un parc municipal, déterminer que l'interdiction s'étend aux lions aussi, n'est pas une activité d'interprétation. Conférant au mot « chien » un sens pour y inclure un lion brouille la distinction entre l'activité d'interprétation- selon laquelle le mot « chien » ne couvre pas le lion et l'activité de

⁵⁸⁹ Schauer, Frederick, *Playing by the Rules*, précité, p. 221.

non interprétation, qui peut étendre l'interdiction des chiens dans le parc pour y inclure les lions⁵⁹⁰.

Cependant, l'approbation des règles d'interprétation n'est pas une bonne idée parce que, normalement, elles sont trop générales pour être utilisées. La Cour suprême des Etats-Unis a exprimé son intérêt pour « que le Congrès puisse légiférer dans un contexte de règles claires d'interprétation, de sorte qu'il puisse connaître l'effet de la langue adoptée »⁵⁹¹. En analysant le texte d'une loi, la Cour est guidée par le principe fondamental selon lequel une loi doit être lue comme un tout harmonieux, avec ses parties distinctes interprétées dans un contexte législatif plus large, d'une manière qui favorise le but statutaire. Les diverses règles d'interprétation et les présomptions quant à des résultats substantiels sont généralement subordonnées à des interprétations clairement exprimées. Les canons de la construction sont des « règles de base » dépendant fondamentalement du contexte; c'est-à-dire que les canons sont des principes généraux, beaucoup d'entre eux découlent du bon sens, pour tirer des conclusions sur le sens de la langue. La langue tire une grande partie de son sens à partir du contexte, les canons ne doivent pas être traités comme des règles de droit, mais plutôt comme des « axiomes de l'expérience »⁵⁹². Bon nombre des difficultés qui ont été identifiées par le recours à des canons (*de la construction*) peuvent être évitées si leur importance n'est pas trop forte, si elles sont considérées comme des outils plutôt que des « règles »⁵⁹³.

Il se pose maintenant la question suivante: quelles sont les limites auxquelles font face les juges lors d'interprétation d'une loi ? Quels sont les principes sur lesquels ils doivent s'appuyer à cet égard ? En quoi ces limites vont toucher la correction qualitative des normes juridiques ? S'avère-t-il possible pour le juge de

⁵⁹⁰ Barak, Aharon, *Purposive Interpretation in Law*, United Kingdom: Princeton University Press, 2007, pp. 6, 9, 17, 19.

⁵⁹¹ Yule, Kim, "Statutory Interpretation: General Principles and Recent Trends", précité, p. 2.

⁵⁹² Ibid., p. 5.

⁵⁹³ Ibid., pp. 2, 4.

corriger toutes les caractéristiques formelles et matérielles d'une norme juridique par le seul moyen d'interprétation ?

En ce qui concerne la question de la qualité des normes, il faut bien préciser que l'« interprétation » n'a pas le lien avec les caractéristiques qualitatives des normes que dans la matière de « clarté » des normes. « Simplification » est une caractéristique formelle qui est complètement hors de l'intervention du juge et ainsi que nous expliquerons, les juges n'sont pas compétentes d'examiner les caractéristiques matérielles des normes, car le principe de séparation de pouvoirs les empêchent.

Section 2. L'intensité et les effets de l'interprétation des juges sur la qualité des normes

Selon le principe de la séparation des pouvoirs, le rôle constitutionnel d'un juge est d'interpréter un texte créé par les personnes autorisées à le faire. En leur qualité d'interprètes, les juges ne sont pas autorisés à créer de nouveaux textes. Une telle autorité se situe en dehors du domaine d'interprétation. Selon Lord Reid : « It is a cardinal principle applicable to all kinds of statutes that one may not for any reason attach to a statutory provision a meaning which the words of that provision cannot reasonably bear. If they are capable of more than one meaning then one can choose between those meanings, but beyond that one must not go »⁵⁹⁴. En outre, l'interprétation est limitée à une tentative rationnelle-intellectuelle de comprendre un texte. Un interprète doit assumer une position intellectuelle cognitive envers le texte. Les règles d'interprétation garantissent la rationalité dans la pensée de l'interprète. Elles établissent des limites cognitives que l'interprète ne peut pas franchir. Elles facilitent l'évaluation critique de l'interprète. Elles créent des chaînes acceptées comme argument juridique. Les Constitutions ne contiennent généralement pas de

⁵⁹⁴ Ibid., pp. 20

dispositions relatives à l'interprétation. La législation dans chaque système juridique contient des lois d'interprétation⁵⁹⁵.

La plupart des codes civils contiennent des instructions sur la façon d'interpréter les lois, les contrats, les testaments. Dans les pays régis par le droit Anglo-Saxon, la législation comprend généralement des statuts (actes d'interprétation) qui définissent les termes sans déterminer le principe général régissant le sens d'un terme. Ces statuts sont moins concernés avec les lois d'interprétation, qu'avec les résultats de l'interprétation. Dans la plupart des systèmes juridiques, cependant, que ce soit des systèmes de Civil law ou des systèmes de Common law, la jurisprudence est la principale source de règles d'interprétation. Certains systèmes favorisent la création par l'assemblée législative de règles statutaires de l'interprétation. L'expérience enseigne que les dispositions fixant les règles d'interprétation ont peu d'impact sur la façon dont les juges interprètent effectivement les textes juridiques, dans la plupart des cas parce que les lignes directrices sont trop générales pour être utiles dans la pratique. Seulement dans des cas exceptionnels, des dispositions légales devraient régir l'interprétation, par exemple, pour résoudre le problème de savoir si les travaux préparatoires de la disposition devraient être utilisés pour interpréter cette disposition⁵⁹⁶.

Si nous choisissons une interprétation téléologique, la question qui reste est que nous devons répondre à « Quel genre d'INTENTIONS doit être recherché ? », ce qui signifie, la plupart des actions que nous effectuons sont accompagnées par une variété d'intentions. Pour le législateur aussi, une telle action complexe au regard de la loi serait souvent accompagnée par toute une gamme d'intentions, les espoirs, les motivations, les attentes. Nous sommes confrontés à une multitude d'intentions et comment pouvons-nous choisir parmi elles « l'intention du législateur » ? Certaines de ces intentions sont-elles juridiquement pertinentes et plus importantes que d'autres ?

⁵⁹⁵ Ibid., p. 49.

⁵⁹⁶ Ibid., p. 50.

Marmor nous explique trois types possibles d'« intention ». Selon lui, outre les objectifs qui sont manifestes dans la langue de la loi elle-même, par exemple, « Pas de véhicules dans le parc », ce qui signifie, sûrement que l'une des intentions du législateur est que si l'on est en présence de quelque chose que l'on peut qualifier de véhicule, ce dernier ne devrait pas entrer dans le parc. Toutefois, les législateurs sont susceptibles d'avoir eu une variété de « nouvelles intentions ». Pour revenir à notre exemple, le législateur aurait adopté la loi en vue de renforcer la sécurité des personnes qui utilisent le parc ; de réduire le niveau de pollution dans le voisinage ; pour protéger la sécurité des écureuils dans le parc ; ou encore d'améliorer ses chances de remporter les prochaines élections locales. Il faut savoir que presque tout acte de la législation est effectué avec ces autres intentions. En outre, nous avons une autre forme d'intention qui s'appelle l'« intention d'application » ; elle surgit quand nous voulons répondre à la question de savoir si « Aucun véhicule dans le parc » ne s'applique également aux vélos ? Cela nous donne quelques clés pour interpréter une loi, mais il faut bien noter qu'une fois choisi le système d'interprétation, nous avons besoin de principes cohérents pour l'appliquer. Par exemple, selon Marmor, quelques-unes des autres intentions peuvent être essentiellement non avouables, auquel cas elles sont considérées comme hors de propos. Les considérations de cohérence exigent que les intentions d'application du législateur soient prises en compte seulement si, et dans la mesure où, elles sont en accord avec ses nouvelles intentions⁵⁹⁷.

Compte tenu des diverses justifications de l'*intentionnalisme*, la ligne la plus répandue de la théorie, est l'argument fondé sur des principes démocratiques. Etant donné que les juges ne sont pas élus démocratiquement ou considérés comme politiquement responsables de leurs décisions, ils doivent respecter les choix des représentants élus du peuple. Le système d'interprétation qui lui est propre dans un régime démocratique n'est pas nécessairement le système d'interprétation approprié dans un régime totalitaire. Chaque type de régime a un système d'interprétation qui lui

⁵⁹⁷ Marmor, Andrei, *Interpretation and Legal Theory*, England: Hart Publishing, 2005, pp. 126-132.

convient. Les juges doivent respecter les intentions du législateur, parce que ces intentions sont en lien avec les souhaits de la majorité⁵⁹⁸.

Concernant le lien entre l'interprétation et la qualité des normes, plus précisément, quelques considérations peuvent être présentées. L'interprétation est nécessaire pour que nous pouvoir comprendre des normes ou un texte juridique. Il y a une différence entre la compréhension d'un texte et sa recreation quand il est vague et qu'il y a un vide à combler. Les principes de séparation des pouvoirs et l'Etat de droit limitent la sphère de compétence des juges car ils n'ont pas le droit d'approuver une norme juridique ou de la corriger. Dans ce sens, l'interprétation sera limitée au cas où les normes sont claires. Nous avons examiné les arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis. La Cour, face aux normes vagues, ne change rien et elle déclare simplement que, par exemple, telle loi est une loi vague et qu'en conséquence, elle est inconstitutionnelle.

Ainsi, dans un régime juridique où la séparation des pouvoirs est exercée d'une manière correcte, les juges ne peuvent pas corriger une règle juridique ambiguë et la sortir de l'obscurité, mais ils déclarent la norme inapplicable parce qu'ambigüe. Il semble alors que l'interprétation ne peut être une solution pour l'amélioration ou la correction de la qualité des normes, et que le juge, en rencontrant une norme obscure, peut s'abstenir de l'appliquer, mais n'est pas en mesure de lever l'obscurité et d'éclaircir une norme obscure en l'interprétant. Car s'il le fait, il n'a qu'effacé la finalité de son activité. L'obscurité engendre l'ignorance du citoyen quant à l'objet de la norme, et si le juge peut l'interpréter de son propre point de vue et lui donner un sens, le citoyen va rester dans le vague et surtout dans l'ignorance concernant son devoir légal.

En outre, au sujet de l'interprétation de la Constitution, nous avons deux types de dangers qui menacent la zone d'activité des juges; la Cour aurait pu consciemment ignorer les limites du contrôle juridictionnelle légitime et invalider la législation, non

⁵⁹⁸ Ibid., p. 11.

pas parce qu'elle pensait qu'elle était inconstitutionnelle, mais parce qu'elle jugeait la législation imprudente. D'un autre côté, la Cour aurait pu créer la loi, plutôt que d'appliquer la Constitution, non pas parce qu'elle a décidé de créer la loi ou de réformer les objectifs politiques, mais parce qu'elle a interprété la Constitution à tort. Il n'y a aucune garantie que les juges ne vont pas faire des erreurs juridiques, de mauvaises interprétations juridiques. Cela peut se produire aussi facilement lorsque les tribunaux tentent d'appliquer les lois et les règlements ou de résoudre des conflits apparents entre les lois que lorsqu'ils essaient de résoudre les éventuels conflits entre la Constitution et les lois et les règlements.

Donc deux choix se dessinent à propos de l'interprétation de la Constitution ; la Cour applique les valeurs constitutionnelles supplémentaires ou bien le contrôle juridictionnel n'est légitime que s'il représente l'interprétation et l'application de la Constitution. Toutefois, évidemment, si nous choisissons le premier cas, une telle défense du contrôle de constitutionnalité doit faire face à l'objection de la démocratie et de la séparation des pouvoirs ; et il doit expliquer comment ce genre de législation judiciaire peut être justifié. En dehors de ce qui précède, nous pouvons regarder ce problème à travers la question de l'interprétation du texte de la Constitution. C'est-à-dire, ignorant la zone d'activité de juges, nous pouvons nous concentrer sur la théorie de l'interprétation d'une norme juridique : comment faut-il interpréter la Constitution ? La réponse à cette question nous guidera pour déterminer la zone d'activité des juges. Nous choisirons « the plain meaning theory of constitutional interpretation », nous devons respecter le sens ordinaire de la langue constitutionnelle explicite. En revanche, par « the specific intent theory of constitutional interpretation », nous devrions être intéressés à ce que le langage des dispositions signifiait au moment de la promulgation. Dans ce point de vue, l'interprétation constitutionnelle doit déterminer non seulement le sens des dispositions constitutionnelles, mais leur objectif sous-jacent qui est ainsi leur justification⁵⁹⁹.

⁵⁹⁹ Brink, David O., "Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review", in *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 17, No. 2, 1988, pp. 105-148, Not. pp. 137-142.

A propos des spécificités matérielles, en réponse à la question à propos de « l'intention » du législateur, il y a quelques hypothèses. Face une norme qui a été ratifiée il y a quelques années, la pensée majoritaire sur son intention peut être différente quelques années ou décennies plus tard, donc la détermination exacte de l'intention du législateur (comme représentant de la majorité de la société) n'est pas facile. Il est plus efficace que le juge essaie de conformer son interprétation avec les caractéristiques matérielles d'une bonne norme; c'est-à-dire, « la justice » et « la rationalité » de la société. De cette manière, il arrivera à justifier son interprétation pour la société, les autres juges et même le législateur.

Une question s'impose alors : Est-ce que les juges sont en mesure de s'abstenir d'appliquer la norme s'ils la trouvent injuste ? Devant cette question, les avis sont partagés. Les partisans de l'abstention estiment que les juges peuvent, comme tout autre citoyen, réagir contre une norme qu'ils trouvent contraire à la justice et de désobéir en quelque sorte, bien que les norme prévoient des pénalités pour de telles désobéissances, et que la personne ayant volontairement transgressé la norme et désobéi, devra en payer les conséquences et purger la peine prévue.

D'autre part et selon l'avis des opposants, les juges ne sont que les autorités d'application de la norme juridique et ne peuvent s'abstenir de l'appliquer sous quelque prétexte que ce soit. Car la reconnaissance d'un tel droit pour eux crée de l'incertitude dans le pouvoir judiciaire et engendre le désordre dans la société en raison de l'insécurité juridique qu'elle génère. La solution médiane serait que les juges, lors du prononcé du jugement et vu le principe de la séparation des pouvoirs, ne peuvent éviter d'exécuter la norme, mais ils peuvent, comme tout autre citoyen qui juge une loi injuste ou immorale, prendre position contre telle ou telle norme et demander sa modification ou son abrogation. Cette situation ressemble exactement au moment où un juge de cause civile sait qu'il doit arrêter en faveur de la partie 1, mais les preuves présentées par la partie 2 lui empêchent d'émettre le jugement qu'il trouve juste. Dans ce cas, le juge, bien que conscient de ce que la 1^{ère} partie a raison, ne peut qu'arrêter en faveur de la 2^{ème} partie selon la loi et au vu des preuves présentées.

D'après ce que nous venons d'exprimer et par conséquent, le principe de la séparation des pouvoirs limite les prérogatives et la compétence des juges, à la fois dans le contrôle exercé et dans son pouvoir d'interprétation. Il est vrai que les soucis sont moindres concernant la Constitution, car son contrôle et son interprétation sont souvent accordées à un organe spécifique. Mais le contrôle qualitatif des lois par les juges et leur interprétation ne doivent pas servir d'instrument mis à leur disposition de façon discrétionnaire. Plus l'étape de rédaction et de résolution d'une loi (la législation) sera effectuée avec précision, en y consacrant plus de temps et en ayant recours aux spécialistes les plus avertis, plus l'étape de l'exécution sera simple et en conséquence le principe de la séparation des pouvoirs sera respecté.

Quoi qu'il en soit, à propos de l'intervention des juges dans le processus de législation et pour l'amendement formel et matériel des normes, l'essentiel est la non-intervention des juges dans ces domaines et la simple exécution de la norme par eux. C'est la raison pour laquelle le principe de la séparation des pouvoirs est en rapport direct avec la question de la qualité des normes. En ce sens que le principe de la séparation des pouvoirs est une garantie pour la clarté de la norme et assure le respect des droits des citoyens dans un système juridique. L'intervention des juges dans processus de la législation, sans limitation, se solde finalement par l'incertitude pour les citoyens quant au droit applicable et par l'ambiguïté quant aux devoirs et aux droits des citoyens au sein de la société.

Le Conseil constitutionnel français, nous donne un exemple de compétence limité pour interpréter les dispositions.

Concernant l'article 62 de la Constitution : « les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles »⁶⁰⁰. En outre, l'autorité de cet article s'étend aussi à l'analyse faite par lui.⁶⁰¹

⁶⁰⁰ « Portée des décisions du Conseil constitutionnel », sur http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/portee.pdf, pp. 1-17, Not. p. 1.

⁶⁰¹ Ibid., p.2.

Dans le cadre d'exercice du contrôle de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel déclare une disposition conforme ou non conforme à la Constitution. Mais il se sert de la « la technique des réserves d'interprétation » qui lui permet « de déclarer une disposition conforme à la Constitution, à condition que cette disposition soit interprétée ou appliquée de la façon que le Conseil indique »⁶⁰².

Le Conseil constitutionnel se sert de deux types de réserve d'interprétation qui ont le lien direct avec la question de la qualité des normes. Selon le principe, « le Conseil n'interprète une disposition qui lui est soumise que dans la mesure où cette interprétation est nécessaire à l'appréciation de la constitutionnalité de la disposition en cause »⁶⁰³. Ce principe nous indiquons la compétence minimum du Conseil qui vient garantir le principe de séparation des pouvoirs.

Dans le premier type de réserve, le Conseil « indique comment la loi doit être appliquée par les destinataires de la décision du Conseil constitutionnel »⁶⁰⁴ pour qu'il soit conforme à la Constitution. Le Conseil ne change pas la disposition, en revanche, il donne un guide aux destinataires (les autorités d'exécution ou d'application ou même les citoyens) pour appliquer ou exécuter la norme juridique d'une manière qui est conforme à la Constitution ; ce qui est constitutionnellement possible. Il n'a eu que cette compétence dans le cas où il « (élimine) une interprétation possible qui serait contraire à la Constitution »⁶⁰⁵ et « les débats parlementaires n'avaient envisagé que la seconde interprétation »⁶⁰⁶.

Par le deuxième type de réserve, le Conseil va un peu plus loin. Il « (ajoute) au texte ce qui lui manque » ; la loi n'est pas suffisamment précise et que « ces

⁶⁰² « Les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel », sur http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/reserves.pdf, pp. 1-26, Not. p. 1.

⁶⁰³ Ibid., p. 4.

⁶⁰⁴ Ibid., p. 9.

⁶⁰⁵ Ibid., p. 5.

⁶⁰⁶ Schoettl, Jean-Éric, « La place du Conseil dans la démocratie française », sur http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/entretiensg.htm, 2003.

omissions portent atteinte à des garanties fondamentales constitutionnellement protégées »⁶⁰⁷. Dans ce cas, le Conseil intervient dans le domaine de la loi. Mais il essaie de « sauver » la disposition⁶⁰⁸. Il est clair que cette possibilité est un moyen exceptionnel, c'est-à-dire que le Conseil est compétent dans le cas où la disposition sera « immanquablement censurée »⁶⁰⁹.

De toute façon, le Conseil n'est pas libre d'ajouter ce qu'il veut aux dispositions⁶¹⁰. Afin de respecter la séparation des pouvoirs, cette possibilité doit être précise et exceptionnel. « Le juge constitutionnel se lie par des principes d'interprétation... comme Ulysse se fait attacher au mât de son navire ! »⁶¹¹.

L'interprétation est une possibilité conforme du texte qui évite l'abrogation du texte ou son non entré en vigueur. Toutefois, le pouvoir d'interprétation dont dispose le juge constitutionnel ne lui permet pas de réécrire le texte à la place du législateur. Par conséquent, l'interprétation du juge aura souvent un effet soit directeur, soit neutralisant afin d'empêcher une interprétation arbitraire. Il conduit donc à limiter les interprétations pouvant être données d'un texte.

⁶⁰⁷ « Les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel », précité, p. 13.

⁶⁰⁸ Ibid., p. 15.

⁶⁰⁹ Ibid.

⁶¹⁰ Il faut qu'il se serve des « techniques classiques d'interprétation ; de la combinaison des dispositions critiquées avec le reste du droit positif ; du recours à l'intention du législateur telle qu'elle ressort des travaux préparatoires ; recours aux considérants qui précèdent les dispositions proprement dite d'une directive communautaire ». Ibid.

⁶¹¹ Ameller, Michel, « Principes d'interprétation constitutionnelle et autolimitation du juge constitutionnel », précité, p. 11.

Conclusion de la deuxième partie

Dans la deuxième partie, la réaction pratique des juridictions par rapport à la question de la qualité de norme juridique a été examinée. Les jurisprudences du Conseil constitutionnel français et la Cour Suprême des Etats-Unis, les plus hautes juridictions en France et aux Etats-Unis, en tant que les représentant de deux grandes système juridique (civil law et Common law) nous offrent la possibilité d'examiner ce qui se passe en pratique concernant la qualité des normes. Bien qu'il existe beaucoup de différences entre ces deux juridictions, leurs démarches et leur point de départ, sont d'accord sur la nécessité de protéger des droits et libertés des citoyens et lutter contre arbitraire. « Clarté » pour la Cour Suprême et l'« intelligibilité » et l'« accessibilité » pour le Conseil constitutionnel français sont les caractéristiques formelles d'une bonne norme juridique. Le Conseil déclare ces deux exigences en tant des exigences émanant de la Constitution et la Cour Suprême insiste sur la « clarté » pour protéger les droits des citoyens. Bien que le Conseil constitutionnel n'a pas développé les fondements de sa décision mais il semble que le même raisonnement réside dans les décisions du Conseil.

L'« étude d'impact » et le contrôle de la « proportionnalité » en France, peut considérer comme premiers pas vers le terrain des caractéristiques matérielles. Toutefois, la détermination d'un critère pour l'identification d'un caractère formelle (par exemple la « clarté ») est beaucoup plus facile que les autres caractéristiques, telles les caractéristiques matérielles. Cependant, mettre au point les caractéristiques matérielles est capital car, théoriquement, d'assurer l'acceptabilité et l'obéissance des citoyens est un autre aspect essentielle de la question de « la qualité de la norme ».

Parmi les jurisprudences européennes (CJUE et CEDH), qui sont nécessaire pour harmoniser les décisions et les arrêts des cours nationaux, les arrêts de Cours EDH, concernant la qualité des normes, sont plus utiles et nombreux. Autrement dite, à notre connaissance, parmi les arrêts de CJUE il n'existe que seulement deux arrêts concernant la « clarté » des normes et il faut attendre CJUE dans ses futurs arrêts soit plus vigilant aux caractéristiques formelles et matérielles. En revanche, les arrêts de

Cour EDH sont nombreux même sur les caractéristiques matérielles comme « proportionnalité » et « rationalité ». Même si la Cour a toujours essayé, pour rendre la vérification possible, de définir ces caractéristiques en regard des caractéristiques formelles comme « la clarté ».

Après l'examinassions de la réaction pratique des différents juridictions, nous avons examiné cinq méthodes et techniques afin d'améliorer des aspects qualitatives des normes juridique. A l'égard de ce que nous avons déjà cité, « qualité » n'est pas un phénomène définissable que nous pouvons délimiter exactement. Nous avons besoin de concevoir un système dont son résultat serait la qualité des normes. Par conséquent, nous avons proposé quelques techniques qui aident le système juridique afin d'augmenter pas à pas le niveau qualitatives des normes juridiques. Chaque pays peut utiliser ces techniques ensemble ou séparément afin d'améliorer la qualité de ses normes.

Le dernier point dans la deuxième partie, c'est-à-dire la sanction de la mauvaise qualité des normes, nous a donné la possibilité d'examiner deux techniques que les juges puissent utiliser pour sanctionner les normes de mauvaises qualités : le contrôle juridictionnel et l'interprétation.

La question principale dans ce débat est la relation entre le principe de la séparation des pouvoirs et le principe de l'Etat de droit. Au regard de principe de l'Etat de droit, seul l'existence des normes juridiques n'est pas suffisant pour protéger des droits et libertés fondamentaux. Car le système juridique a besoin des cours indépendants afin de sauvegarder la Constitution. En même temps, l'exercice des compétences des juges doit être limité, selon le principe de la séparation des pouvoirs, à la cour constitutionnelle. En plus, les cours administratives ont la compétence de contrôler les actes et les approbations du pouvoir administratif. Le contrôle juridictionnel n'est pas le seul moyen d'améliorer la qualité des normes. Au contraire, il semble être le dernier recours lorsque des méthodes plus souples ne fonctionnent pas.

Egalement, pour l'interprétation des normes juridiques, il est difficile de déterminer les limites de l'interprétation. Les juges interprètent des normes même dans le cas où ils semblent d'être clairs. En réalité, en ce sens, le juge essaie en donner un sens logique. L'« interprétation » n'a pas le lien avec les caractéristiques qualitatives des normes que la « clarté » des normes et les juges ne sont pas autorisés à créer de nouveaux textes. La Cour Suprême des Etats-Unis, par exemple, ne change rien sur les normes vagues et elle déclare simplement qu'elle est inconstitutionnelle. Donc, l'interprétation ne peut être une solution pour l'amélioration ou la correction de la qualité des normes.

Concernant la qualité des normes, le contrôle juridictionnel et l'interprétation des normes juridiques sont deux techniques limitées et ils ne peuvent pas répondre aux tous les attentes de qualité, alors il ne faut pas sacrifier le principe de la séparation des pouvoirs pour la qualité des normes.

Conclusion générale

La persistance des problèmes qui étaient supposés se régler en présence de normes, montre que légiférer ne suffit pas pour assurer la régulation des relations sociales.

La loi, en tant que moyen régulateur des relations sociales (entre les citoyens d'une part et les citoyens et le gouvernement de l'autre), a été dans les faits, à son tour, une nouvelle source de problèmes pour la société.

L'idée selon laquelle tout défaut ou défaillance constatée au niveau de la régulation des relations entre citoyens découlerait de la défaillance ou du silence de droit, s'avère être aussi une croyance incorrecte et incomplète. Ainsi, le point médian de ces deux conceptions extrêmes (la défaillance et le silence de droit), serait le suivant : lorsque dans une société de droit, les relations sociales ne sont pas régulées correctement, d'une part il est possible de blâmer les lois qui existent, et d'autre part, d'autres facteurs que la loi et ses caractéristiques pourraient être à la source de chamboulements des relations entre les citoyens.

A titre d'exemple, autant une loi insuffisante ou ambiguë est susceptible de causer des problèmes quant à son exécution ou pour la régulation des relations sociales, autant la culture de réception des citoyens et leur confiance en la loi en tant que régulatrice des relations sociales peuvent servir d'obstacle à l'efficacité de la loi. En Iran par exemple, nous faisons face à la fois au premier problème, à savoir la faiblesse de la loi, et au second, c'est-à-dire une réception problématique de la loi. L'existence des règles canoniques (Charia) à côté des règles juridiques et modernes dans notre pays, fait que les citoyens n'ont pas encore la culture des règles juridiques. Par exemple, comme le concept d'impôt n'existe pas dans les normes religieuses, la plupart des citoyens pensent ne pas commettre de péché en cas de non-paiement de l'impôt et ne le paient pas. Il en va de même à propos des règles de la circulation routière, la conception selon laquelle la contravention de ces règles n'est pas passible de sanction religieuse, a fait que les citoyens iraniens se permettent de les négliger de sang-froid. Ceci dit, l'expérience de la vie collective et les problèmes qu'elle engendre

a conduit peu à peu les citoyens à comprendre que pour vivre plus facilement, ils ont besoin, non seulement des règles canoniques (Charia), mais également des règles juridiques.

A part les exemples évoqués plus haut, les carences qui existent dans les méthodes et techniques de fabrication des normes, engendrent de nombreux problèmes au sujet des normes en général, et de la « loi » en particulier, en tant qu'instruments régulateurs des relations entre citoyens. Par exemple, les législations multiples, les modifications récurrentes des lois, les conflits de lois et de systèmes de législation, la pluralité des législateurs⁶¹² ainsi que des problèmes d'ordre exécutif dans diverses institutions et organisations, sont parmi les raisons de l'inefficacité du système de législation. L'objectif premier de la loi étant la régulation des relations entre citoyens, son inefficacité est définie par l'impossibilité d'atteindre cet objectif.

Ce travail ne s'intéresse pas à l'étude des facteurs secondaires susceptibles de causer des problèmes dans la régulation des affaires et relations sociales et leur exécution, et ne traite que des problèmes engendrés par les normes juridiques en elles-mêmes. C'est-à-dire, une norme juridique inefficace, incapable de réguler de façon convenable et optimale les relations juridiques entre les citoyens, et dont la raison principale de cette inefficacité pourrait être recherchée dans la norme elle-même. Il s'agit soit d'une faiblesse de fond, soit d'une faiblesse de forme.

Le travail de recherches réalisé à tenter d'aborder la question de la qualité des normes dans tous ses aspects.

Cette perspective a conduit à diviser l'étude en deux parties, la première plus théorique, la seconde plus pratique.

Les travaux existants sur ce sujet, abordent principalement soit les dimensions théoriques, soit les aspects pratiques de la qualité de la loi. Nous avons essayé dans cette étude d'aborder tant les points de vue théoriques relatifs à la qualité des normes,

⁶¹² En l'occurrence, en Iran, outre le Parlement, il existe plusieurs autres organismes, conseils ou assemblées compétents en matière de législation dans des domaines spécifiques, ce qui crée parfois des conflits de lois et trouble les citoyens.

que les jurisprudences de différentes juridictions sur ce thème et les dispositifs techniques éventuels, afin de présenter le panel de réflexion et d'option s'offrant à la fois au législateur dans l'élaboration de la loi, aux juges dans son contrôle, au constituant dans la rationalisation du travail législatif et plus généralement aux juristes pour une meilleure compréhension des enjeux de la qualité des normes, une fois le lien entre qualité du droit et garantie de l'Etat de droit établi..

Ainsi, nous avons traité des théoriques relatives aux caractéristiques formelles et matérielles de la qualité de la norme ; à savoir, le principe de l'Etat de droit et l'acceptation de la norme par les citoyens. A cet égard, la « clarté » et la « simplicité » apparaissent comme des garanties nécessaires dans un Etat de droit, à travers les caractéristiques formelles. Le niveau d'acceptation de la norme par citoyens est en lien avec les caractéristiques matérielles de la norme, c'est-à-dire la « rationalité » et le caractère « juste » des normes juridiques.

En somme, la ou les qualité(s) des normes est une question qui procède de l'État de droit. Cela signifie que dans la société post-droit, un critère existe qui s'appelle la règle juridique, que personne ne pourra contourner afin de le remplacer par sa propre volonté et l'imposer à la société. Il est toutefois nécessaire que toutes les normes juridiques soient de bonne qualité pour que le principe de l'Etat de droit ait les moyens de parvenir à ses buts. L'existence seule des normes juridiques ne garantit pas les droits des citoyens.

En outre, la qualité de la norme présente un autre aspect qui favorise l'acceptation et l'obéissance de cette norme par les citoyens.

Cette catégorie de spécificités des normes juridiques est souvent étudiée sous le titre de spécificités matérielles. Contrairement aux caractéristiques formelles qui proviennent du principe de l'Etat de droit, les spécificités matérielles sont liées au taux de réception des normes juridiques au sein de la société. L'existence de ces dernières constitue un critère du niveau de la réceptivité des normes juridiques dans la société.

La classification de ces spécificités n'est pas tâche facile. L'avis des philosophes du droit à ce propos comprend un vaste spectre d'obligations et d'interdictions. Ceux qui croient que le contenu de la norme juridique doit être en harmonie avec la structure sociale, culturelle, religieuse et même géographique, insistent sur le fait que la réception de la norme juridique dans la société et par les citoyens, est une question compliquée qui devient encore plus compliquée dès lors que l'on souhaite déterminer des critères pour chacune de ses obligations.

A côté de la difficulté de détermination de critères pour les spécificités matérielles, la pratique d'exécution et de contrôle de ces spécificités par les instances compétentes, présente une difficulté supplémentaire. Quelle est l'instance compétente pour déterminer cette qualité et quels sont les critères pour l'étude qualitative des normes et pour statuer à ce propos ? Quelles sanctions peuvent être posées pour les normes juridiques qui sont dépourvues de ces spécificités ?

En outre, les progrès récents de la technologie et l'émergence de nouveaux champs d'étude comme la greffe sur humain de membres d'animaux, le choix du sexe de l'enfant, l'usage posthume de spermatozoïdes et d'ovules congelés, l'aide à la conception pour les couples stériles voire pour les couples homosexuels, l'euthanasie, et d'autres exemples démontrent que les exigences matérielles concernant la qualité des normes risquent de dépasser en importance les attentes formelles et rédactionnelles des normes juridiques dans le futur.

Cet aspect de la question revêt une plus grande importance dans la rédaction de constitutions de pays qui ont récemment subi un changement de régime politique. Ce qui montre que la question du contenu de la norme juridique porte plutôt sur l'étape de l'élaboration du projet de norme, et que la présence des spécialistes et conseillers linguistiques et juridiques, ainsi que des experts du domaine auquel appartiennent les normes en question peuvent contribuer à l'adoption d'une norme douée d'une bonne qualité matérielle.

En particulier sur les qualités du fond, un manque d'attention a parfois conduit à ce que la société réagisse largement aux normes juridiques. Les fondements de la

désobéissance civile et son rapport avec la teneur des normes montre l'importance de ces spécificités de fond qui doivent être prises en compte à côté des spécificités de forme. Il ne faut donc pas négliger l'impact potentiel de telles spécificités au sein de la société.

Le second pas affranchi dans le cadre de l'étude présente a été la classification des expressions utilisées par différents auteurs pour définir la qualité de la loi. La détermination de la notion de qualité de la loi et de son étendue a été nécessaire. Les expressions utilisées, soit représentaient une partie de la notion de la qualité des normes, soit s'en éloignaient largement. Ce travail a été nécessaire afin de baliser avec plus de précision la question de la qualité des normes. Analyser des concepts similaires, peut augmenter la compréhension exacte du concept.

Outre la définition de la qualité de la norme, l'ensemble des spécificités formelles et matérielles ont été distinguées des concepts semblables, et nous avons essayé de présenter un critère théorique précis pour délimiter le champ. Bien qu'une définition précise des concepts s'avère difficile pour des raisons de langue, nous avons tenté quand même de délimiter les contours de la notion de qualité des normes en supprimant ce qui ne la concerne pas, pour pouvoir s'en approcher autant que possible.

Dans la partie concernant les cours et le choix du contrôle juridictionnel, en mettant en perspective les exemples français, américain (Etats-Unis) et les deux systèmes européens (Union européenne et Conseil de l'Europe), a été examinée l'appréhension de la question de la qualité des normes par ces juridictions. Venant de systèmes juridiques différents, la Cour suprême d'Etats-Unis et le Conseil constitutionnel français appréhendent différemment la qualité des normes. En France, le Conseil utilise toutes les possibilités que lui offrent les compétences qu'il tient de la Constitution afin de contrôler les caractéristiques formelles d'« intelligibilité » et d'« accessibilité », d'absence de complexité, de normativité, de clarté et de sincérité des débats législatifs et même les caractéristiques matérielles, par la voie de l'« étude

d'impact », de l'« incompétence négative » ou encore du contrôle de la « proportionnalité ».

En Etats-Unis, où la jurisprudence occupe une place spéciale, la Cour suprême sanctionne plutôt les dispositions vagues (bien que récemment, la Cour ait sauvé les dispositions vagues par la voie de l'interprétation en leur donnant un sens qui est proche de l'intention du législateur) et concernant les caractéristiques matérielles, sa jurisprudence a un effet profond sur l'élaboration des législations pénales dans les États américains. L'adoption d'une politique dans ce contexte a un plus grand sens de légitimité, car il a déjà reçu l'autorisation de la cour suprême. Lorsque le contexte est inconstitutionnel, la décision rendue par la Cour est claire. .

Ont été, en outre, étudiées le rôle des autres techniques d'amélioration de la qualité des normes susceptibles d'être efficaces. Les mécanismes proposés pour améliorer de la qualité des normes sont abordés sous cinq sections correspondant à cinq options possibles ; les consultations préalables au dépôt du projet de loi, le recours à l'expertise linguistique, le recours à la législation expérimentale, une loi spécifique sur la qualité de norme et la codification. L'utilisation de la législation expérimentale et une législation spécifique sur la qualité des normes sont les solutions juridiques proposées à côté d'autres solutions, extralégales comme celles de recours aux conseillers législateurs, la participation d'experts de la langue dans l'acte de légiférer et même leur participation aux audiences en tant qu'experts afin de démontrer les dimensions extralégales. L'amélioration de la qualité de la norme se révèle être une quête interdisciplinaire, où pour atteindre le meilleur résultat divers acteurs peuvent intervenir.

Se pose ensuite la question de l'attention portée aux divers aspects du problème de la qualité des normes juridiques. Si le processus de mise au point de la loi dans une société donnée passe par son adoption, son exécution et son contrôle, il est clair que le contrôle est la phase finale du processus des normes. Deux points de vue à cet effet se présentent : soit les organes du contrôle existants dans un système juridique donné sont suffisants, soit ces organes ne sont pas suffisants pour le contrôle de la qualité. La

question du contrôle de la qualité des normes diffère d'un système juridique à l'autre, en fonction de la structure de ce système, des organes qui interviennent et de la manière dont ils procèdent, autrement dit, tous les ordres juridiques ne produisent pas les mêmes résultats dans le cadre d'un tel contrôle.

L'étendue des pouvoirs des juges, dépend du type du système juridique dans lequel ils travaillent. Dans le système de Common law, la liberté relativement large du juge pourrait apparaître comme un avantage dans le cadre du contrôle de la qualité de la loi. Pourtant les juges même dans ce système sont limités aux lois adoptées par le parlement.

L'étude des jurisprudences du Conseil constitutionnel en France et de la Cour suprême aux Etats-Unis nous a montré que ces cours ne contrôlaient au départ qu'une petite partie de la question de la qualité des normes juridiques, leur rôle étant souvent limité à déceler des normes juridiques ambiguës. Au fil du temps, cependant, ces cours ont élargi leurs prérogatives quant au contrôle des normes juridiques, et ce en fonction des nécessités provenant de la Constitution, allant même jusqu'au contrôle du contenu de ces normes.

Le contrôle juridictionnel est un instrument entrant dans le cadre des checks and balances. Mais, l'intensité et les effets de ce contrôle est une question importante. Plus précisément, quelle est la sanction découlant d'une décision d'une juridiction constitutionnelle face à la mauvaise qualité de la loi ?

Concernant la sanction, l'abrogation présente l'avantage d'intervenir pour l'avenir, à la différence de l'annulation, et la déclaration d'inconstitutionnalité permet au législateur de réécrire le texte et de corriger la mauvaise qualité rédactionnelle ou de ne pas renvoyer au pouvoir réglementaire une compétence qui lui revient, par exemple.

En outre, concernant la question de l'interprétation de la loi, le principe de la séparation des pouvoirs empêche que les cours disposent de larges prérogatives dans l'interprétation des normes juridiques. L'interprétation juridique est une activité

rationnelle qui donne sens à un texte juridique. L'interprétation n'intervient pas seulement en cas de doute ou de difficulté; elle arrive chaque fois que quelqu'un essaie de comprendre le langage utilisé par une autre personne. Le pouvoir d'interprétation dont dispose le juge constitutionnel ne lui permet pas de réécrire le texte à la place du législateur. Le juge n'est pas libre d'ajouter ce qu'il veut aux dispositions. L'interprétation est un instrument qui permet le juge de sauver les dispositions attaquées pour qu'elles deviennent conformes à la Constitution. Elle est une possibilité de rendre le texte conforme ce qui évite l'abrogation du texte ou sa non entrée en vigueur.

Il apparaît que plus l'attention portée par des experts à la qualité formelle et matérielle de la norme n'est importante, dès le processus d'élaboration, moins la nécessité d'un contrôle *a posteriori* de la qualité de la norme se fera sentir.

Notre approche par rapport à la norme de bonne qualité mise à part, il est indéniable que la norme juridique sans qualité, est celle qui pourrait empêcher la réalisation de l'Etat de droit. En effet, l'existence de ce principe dans un ordre juridique, est dépendante de celui de qualité des normes.

Quelle que soit notre classement concernant les caractéristiques des normes, il est nécessaire de savoir que celles-ci sont affectées par le type de norme et le système juridique dans lequel elles sont insérées. Par exemple, comme nous l'avons indiqué dans la première partie, les deux grands systèmes juridiques, c'est-à-dire, Common law et Civil law, chacun selon ses propres spécificités, a une approche différente de la qualité des normes. Si dans le système juridique de Common law, qui est basé sur les précédents, le caractère d'accessibilité de la loi est essentiel, en revanche dans le système juridique de Civil law, où la loi est écrite, les caractères clés sont la compréhension, la clarté et la simplicité.

Le système juridique de Common law prétend que le pouvoir des juges permet que leurs arrêts soient plus efficaces, car dans chaque dossier les juges cherchent, selon les circonstances, à trouver la meilleure solution. Par contre, dans le système de Civil law faire une loi, aujourd'hui, ne peut pas être suffisamment efficace pour le

futur. La vaste marge de manœuvre du juge dans les systèmes de Common law, par exemple aux Etats Unis, que nous avons traités dans cette thèse, donne une capacité judiciaire *lato sensu* afin que les juges contrôlent les lois du parlement sous divers aspects. Dans le système juridique américain au-delà de la clarté, à laquelle les juges sont attentifs, c'est la rationalité que les juges contrôlent de plus en plus dans les lois votées par le parlement. On peut voir aussi le contrôle de rationalité dans le système juridique français, où l'étude d'impact est un moyen afin de vérifier le contenu à *minima* des projets et des propositions de loi. Bien que ce contrôle soit formel, le devoir qu'a le législateur de penser aux différents aspects de loi, est une grande et puissante étape vers éviter d'adopter des lois qui manquent de rationalité.

A part le système juridique, le type des normes influence aussi une ou plusieurs caractéristiques. Par exemple, dans l'écriture et la révision de la constitution, qui est la loi fondamentale d'un système juridique, et qui définit les principes et la compétence des institutions, une attention particulière est portée à la clarté et la simplicité. Alors que, si l'on compare avec les lois pénales, qui définissent les infractions et protègent les droits des suspects et des citoyens, ces dernières doivent être bien détaillées. Les lois pénales doivent être écrites d'une façon claire, exacte et complète en utilisant un langage que les citoyens modestes puissent comprendre facilement.

Un autre type de norme est les lois portant sur l'administration et les institutions adoptées afin de simplifier les démarches administratives, le but principal de leur promulgation est de promouvoir le service d'administration publique. Ce genre de loi change plus rapidement que les autres lois et leur caractère le plus important est d'être compréhensible pour l'administration et les citoyens. Ce type de norme doit être clair et simple et leur langage ni compliqué ni technique. Bien que les lois non-pénales, comme le code de commerce, les lois portant sur la technologie etc. sont naturellement pleines d'expressions qui appartiennent à un domaine particulier, spécialisé donc leur compréhension sera compliquée pour les citoyens. L'intelligibilité s'apprécie principalement par rapport aux destinataires de la norme.

Conformément à ce nous avons déjà écrit, il est évident que le type de norme et son fonctionnement principal défini la priorité des caractéristiques formelles ou matérielles. Si dans le passé les juristes et les juges étaient plus vigilants concernant les caractéristiques formelles, dans les années récentes l'orientation d'une institution comme le Conseil constitutionnel vers le contrôle des caractéristiques matérielles montre qu'aujourd'hui ces dernières sont valorisées. L'acceptabilité de la loi par des citoyens et leur caractère juste et rationnel sont importants au même titre que la simplicité et clarté. A première vue, on pense que la question de la rationalité se borne aux dispositions de lois concernant des projets économiques, et la question de conformité des moyens et des fins dans leur réalisation, l'efficacité et l'efficience, mais la marge de manœuvre dépend de notre conception de la rationalité. Si l'on prend qu'une loi rationnelle si, comme le dit de Rousseau, la loi se conformer avec les mœurs et l'ensemble des règles imposées par la morale sociale, dans ce sens large de la loi *lato sensu*, la rationalité revient est exigible de tous les projets de loi et dans cet état la rationalité de la loi sera un élément ample afin de contrôler la loi. Bien qu'à ce jour penser d'une manière aussi la qualité des normes paraisse impossible, le chemin de l'interprétation *lato sensu* est ouvert, pour que d'une manière conforme aux circonstances et au système juridique, les moyens de contrôle qualitatifs se répandent de plus en plus et le champ des caractéristiques qualitatives des normes soit plus grand.

Le souhait d'améliorer la qualité des normes apparaît donc comme une belle ambition mais la démarche elle-même apparaît devoir s'inscrire dans un cadre clair, précis et mesuré, privilégiant la participation de tous les acteurs de la norme à son perfectionnement tant sur le plan formel que matériel et démocratique.

Bibliographie

Ressources françaises:

A. Ouvrage :

1. Ouvrages généraux

Favoreu, Louis; Mastor, Wanda, *Les Cours Constitutionnelles*, Paris: Dalloz, 2011, 170 p.

Montesquieu, Charles-Louis, *L'esprit des lois*, Trad. En persan par Ali Mehtadi, Téhéran: Amir-Kabir, 1991, 2 vol., 1135 p.

Œuvres de Montesquieu : De l'esprit des Lois, Paris : Edition Stéréotype, 1803, 5 vol., 277, 290, 362, 440, 212 p.

Portalis, Jean-Etienne-Marie, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801, sur www.classiques.uqac.ca

Rémy, Cabrillac, *Les codifications*, PUF, coll. Droit, éthique, société, 2002, 310 p.

Van lang, Agathe; Gondouin, Geneviève; Inserguet-Brisset, Véronique, *Dictionnaire de Droit Administratif*, Paris: Dalloz, 2005.

2. Ouvrages spéciaux

Leturcq, Shirley, *Standards et Droits Fondamentaux devant le Conseil Constitutionnel Français et la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Paris: L.G.D.J., 2005, 416 p.

Rousseau, J. J., *Du Contrat Social*, Paris : Mourer et Sinparé, 1797, 356 p.

Rouvillois, Frédéric, *L'efficacité des normes: Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique*, Paris: Fondation pour l'innovation politique, 2006, 63 p.

B. Article :

Ameller, M. Michel, « Principes d'interprétation Constitutionnelle et autolimitation du juge constitutionnel », sur http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/principi.pdf, 1998.

Bergougnous, Georges, « Le Conseil constitutionnel et le législateur », dans *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, 2013, sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-135701.pdf>

Bisson, Alain-François, « Rédaction législative et qualité totale », dans XIe Conférence des Juristes de l'Etat, in *Actes de la XIe Conférence des juristes de l'Etat*, Edition Yvon Blais, 1992, pp. 17-29.

Blanchard, Christophe, « Quand la mauvaise qualité de la loi pénale est un motif de relax du dirigeant d'entreprise », dans *Entreprise et Affaires*, N° 25, 2015, pp. 19-22.

Carbonnier, Jean, « Codification », in *dictionnaire de philosophie politique*, Raynaud, Philippe, et Rials, Stéphane, dir. Quatrigé & PUF, 2005.

Champeil, Véronique, « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-21/n-est-pas-normatif-qui-peut-l-exigence-de-normativite-dans-la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel.50553.html>, 2007.

Chamussy, Damien, « La procédure parlementaire et le Conseil constitutionnel », sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-38/la-procedure-parlementaire-et-le-conseil-constitutionnel.135703.html#NOPAC1200090041>, 2013.

Dutheillet de Lamothe, Olivier, « La sécurité juridique, Le point de vue du juge constitutionnel », Exposé à l'occasion de l'accueil de hauts magistrats brésiliens, sur http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/securitejuridique.pdf, 2005.

Dyèvre, Arthur, « Quelques réflexions sur l'interprétation de la loi: Les conditions et les limites de la soumission du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation à la loi du Parlement », sur *Revue de la droit juridique*, N° 114, 2006, pp. 1247-1271.

Fatin-Rouge Stéfanini, Marthe, « La Constitution doit-elle être efficace? », dans *L'efficacité de la norme juridique Nouveau vecteur de légitimité*, Bruxelles: Bruylant, 2012, pp. 209-231.

Fatin-Rouge Stéfanini, Marthe, « Variabilité et Contingence des exigences de qualité », dans *Autour de la qualité des normes*, Bruxelles: Bruylant, pp. 27-56.

Flückiger, Alexandre, « Qu'est-ce que « mieux légiférer »? Enjeux et instrumentalisation de la notion de qualité législative », in *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer : le rôle des guides de légistique*, Genève : Schulthess, 2008, pp. 11-32.

Flückiger, Alexandre, « La démocratie directe : Un facteur de qualité de la loi en Suisse ? », in *La qualité de la loi - Expériences française et européenne*, Paris : Mare & Martin, 2016, p. 81-107.

Geynet, Chloe, « L'obstruction parlementaire à travers la jurisprudence du Conseil constitutionnel », sur <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01443246/document>

Heuschling, Luc, «Effectivité, efficacité, efficience et qualité d'une norme/du droit. Analyse des mots et des concepts», dans *L'efficacité de la norme juridique Nouveau vecteur de légitimité*, Bruxelles: Bruylant, 2012, pp. 27-61.

Jennequin, Anne, « L'intelligibilité de la norme dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *RFDA*, 2009, pp. 913- 936.

Jomini, André, « Présentation du Tribunal fédéral suisse comme autorité de juridiction constitutionnelle », sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-18/presentation-du-tribunal-federal-suisse-comme-autorite-de-juridiction-constitutionnelle.51918.html>, 2005.

Jouanjan, Olivier, « Etat de droit », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris: PUF, 2003, pp. 649-653.

Laugier, Henri, « Pour une réforme du Conseil Economique et Social », in *Politique Etrangère*, Vol. 16, N° 4, 1951, pp. 313-324.

Marinese, Vito, « Légistique et effectivité », in *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2008, pp. 87-117

Milano, Laure, « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », in *RDP*, n° 3, 2006, pp. 637-671.

Millard, Eric, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », dans *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 21, sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-21/qu-est-ce-qu-une-norme-juridique.50552.html>, 2007.

Muylle, Koen J., “Improving the Effectiveness of parliamentary Legislative Procedures”, in *Statute law Review*, N° 24, Oxford University Press, 2003, pp. 169-186.

Rangeon, François (1989), « Réflexions sur l'effectivité du Droit », dans *Les Usages Sociaux du Droit*, Paris: PUF, 1989, pp. 126-149.

Roblot-Troizier, Agnès; **Sorbara**, Jean-Gabriel, « Limites et perspectives de la nouvelle fonction législative du Conseil d'Etat », in *L'actualité juridique droit administratif*, n° 36, Dalloz, 2009, pp. 1994-2002.

Rrapi, Patricia, « L'incompétence négative dans la QPC: de la double négation à la double incompréhension », in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 34, , sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-34/-l-incompetence-negative-dans-la-qpc-de-la-double-negation-a-la-double-incomprehension.104697.html>, 2012.

Schoettl, Jean-Éric, « La place du Conseil dans la démocratie française », sur http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/entretiensg.htm, 2003.

Sibony, Anna-Lise, « Un Bon Usage des notions d'Efficacité et d'Efficiencia en Droit », dans *L'efficacité de la norme juridique Nouveau vecteur de légitimité*, Bruxelles: Bruylant, 2012.

Tallon, Denis, «La codification dans le système de Common law», *Droits*, n° 27, 1998, pp. 39-47.

Timsit, Gérard, « La codification, transcription ou transgression de la loi? », in *Droits*, n° 24, 1996, pp. 83-93.

Vedel, Georges, « Souveraineté et supra constitutionnalité », sur http://www.revue-pouvoirs.fr/IMG/pdf/Pouvoirs67_p79-97_debat_supraconstit_vedel.pdf , 2017, pp. 79-97.

Vidal-Naquet, Ariane, “L’efficacité dans le contrôle de Constitutionnalité”, dans *L'efficacité de la norme juridique Nouveau vecteur de légitimité*, Bruxelles: Bruylant, 2012, pp. 187-209.

Wachsmann, Patrick, « Sur la clarté de la loi », in *Mélange Paul Amselek*, Bruylant, 2005, pp. 809- 830.

(?), « Qu’est-ce que la sécurité juridique ? », sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/qualite-normes-securite-juridique/securite-juridique.shtml>, 2006.

(?), «Prévoir des Sanctions administratives ou Pénales», sur <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique/V.-Schemas-logiques-et-cas-pratiques/5.2.-Cas-pratiques/5.2.6.-Prevoir-des-ancions-administratives-ou-penales>, 2013.

(?), « Article 37-1 de la Constitution et principe d'égalité », sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/fevrier-2016-article-37-1-de-la-constitution-et-principe-d-egalite.146919.html>, 2016.

(?), « Abrogation et retrait des actes administratifs unilatéraux », sur <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/approfondissements/abrogation-retrait-actes-administratifs-unilateraux.html>, 2013.

(?), « Les effets dans le temps des décisions QPC », sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/septembre-2014-les-effets-dans-le-temps-des-decisions-qpc.142100.html>, 2014.

(?), « Portée des décisions du Conseil constitutionnel », sur http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/portee.pdf, pp. 1-17.

(?), « Les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel », sur http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/reserves.pdf, pp. 1-26.

C. Documents:

Conseil d'Etat, Rapport public, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris : La Documentation française, 2006.

Conseil d'Etat, *simplification et qualité du droit*, Etude annuelle, Paris : Direction de l'information légale et administrative, 2016.

Sénat, *La qualité de la loi*, n°EJ3, Les documents de travail du Sénat, Série Etudes Juridique, 2007.

Premier amendement à la constitution des Etats-Unis, sur <https://www.congress.gov/content/conan/pdf/GPO-CONAN-REV-2014-10-2.pdf>

Sénat, *Rapport n° 509-Sénat : l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution pour tenir compte de la décision du Conseil constitutionnel du 1er juillet 2014*, sur <http://www.senat.fr/rap/114-509/114-5094.html>, 2015.

Office fédéral de la justice de Suisse, *Guide pour l'élaboration de la législation fédérale*, 3^e édition, sur <https://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/bj/staat/legistik/hauptinstrumente/gleitf-f.pdf>, 2007.

Union européenne, *Traité sur le Fonctionnement de l'union européenne*, Journal officiel de l'Union européenne, sur http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:88f94461-564b-4b75-ae77-c957de8e339d.0010.01/DOC_3&format=PDF, 2008.

Accord Interinstitutionnel «Mieux légiférer», sur [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003Q1231\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003Q1231(01)&from=EN), 2003.

Commission des Communautés Européennes, *Communication de la Commission sur l'obtention et l'utilisation d'expertise par la Commission: principes et lignes directrices – « Améliorer la base de connaissances pour de meilleures politiques »*, sur <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX:52002DC0713>, 2002.

Guide sur l'élaboration et la mise en œuvre des politiques d'interprétation, Canada, sur <https://www.canada.ca/fr/secretariat-conseil-tresor/services/gestion-reglementation-federale/lignes-directrices-outils/guide-elaboration-mise-en-oeuvre-politiques-interpretation.html>

Plan d'action pour la réduction du fardeau administratif, Représentée par le président du Conseil du Trésor, Canada, sur <https://www.canada.ca/content/dam/canada/tbs-sct/migration/hgw-cgf/priorities-priorites/rtrap-parfa/rtrapr-rparfa-fra.pdf>, 2012.

Gouvernement du Canada, « Politique d'interprétation », sur https://www.ic.gc.ca/eic/site/020.nsf/fra/h_00616.html, 2017.

Groupe de travail Assemblée nationale –Sénat, *La qualité de la loi*, sur http://www.conseil-etat.fr/content/download/1839/5545/version/1/file/plan_intervention_an_qualitedelaloi_7_5_2010.doc, 2010.

D. Dictionnaires :

Michel de Villiers ; Armel Le Divellec, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, 2011.

E. Thèses :

Hervé, Kwahou Charly, *L'effectivité de la Convention UNESCO 2005 sur la diversité des expressions culturelles*, thèse sous la direction de Sylvie Ciabrini, Université Paris-Est, 2013, 382 p.

Marinese, Vito, *L'idéal législatif du Conseil constitutionnel. Etude sur les qualités de la loi*, thèse sous la direction de Guy Carcassonne, Université de Paris, 2007, 800 p.

Prokopoak, Marie, *L'amélioration de la qualité rédactionnelle des textes législatifs*, thèse sous la direction d'Hélène Pauliat, Université de Limoges, 2015, 558 p.

Rrapi, Patricia, *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel : Etude du discours sur la qualité de la loi*, thèse sous la direction d'André Roux, Université d'Aix Marseille III, 2012, 384 p.

Soltani, Seyed Nasser, *La Notion de Constitution dans l'œuvre de l'assemblée constituante Iranienne de 1906*, thèse sous la direction d'André Roux, Université d'Aix Marseille III, 2011, 440 p.

F. Jurisprudence :

1. Jurisprudences Constitutionnelles:

Conseil constitutionnel, n° 2003-473 DC, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*

Conseil constitutionnel, n° 99-421 DC, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*

Conseil constitutionnel, n° 80-127 DC, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*

Conseil constitutionnel, n° 96-377 DC, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou*

chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire

Conseil constitutionnel, n° 84-183 DC, *Loi relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*

Conseil constitutionnel, n° 99-411 DC, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs*

Conseil constitutionnel, n°85-191 DC, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*

Conseil constitutionnel, n°85-198 DC, *Loi modifiant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle*

Conseil constitutionnel, n° 67-31 DC, *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*

Conseil constitutionnel, n°1998-401 DC, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*

Conseil constitutionnel, n° 2000-435 DC, *Loi d'orientation pour l'outre-mer*

Conseil constitutionnel, n°2001-455 DC, *Loi de modernisation sociale*

Conseil constitutionnel, n° 2004-500 DC, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*

Conseil constitutionnel, n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*

Conseil constitutionnel, n° 2005-530 DC, *Loi de finances pour 2006*

Conseil constitutionnel, n° 2005-526 DC, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*

Conseil constitutionnel, n° 2009-599 DC, *Loi de finances pour 2010*

Conseil constitutionnel, n° 2003-468 DC, *Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques*

Conseil constitutionnel, n° 2013-669 DC, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*

Conseil constitutionnel, n° 2010-33 QPC, *Société Esso SAF [Cession gratuite de terrain]*

2. Jurisprudences Européennes :

a. Cour de justice de l'Union européenne

Cour de justice de l'Union européenne, *Administration des douanes contre Société anonyme Gondrand Frères et Société anonyme Garancini*, 1981

Cour de justice de l'Union européenne, *Schindler Holding Ltd e.a. contre Commission européenne*, 2013

b. Cour européenne des droits de l'homme

Cour européenne des droits de l'homme, *Kokkinakis c. Grèce*, 14307/88, 1993

Cour européenne des droits de l'homme, *Vogt c. Allemagne*, 17851/91, 1995

Cour européenne des droits de l'homme, *Cantoni c. France*, 17862/91, 1996

Cour européenne des droits de l'homme, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 6538/74, 1979

Cour européenne des droits de l'homme, *Baranowski c. Pologne*, 28358/95, 2000

Cour européenne des droits de l'homme, *Kokkinakis c. Greece*, 14307/88, 1993

Cour européenne des droits de l'homme, *Muller and Others c. Switzerland*, 10737/84, 1988

Cour européenne des droits de l'homme, *Malone c. Royaume-Uni*, 8691/79, 1984

Cour européenne des droits de l'homme, *Kruslin c. France*, 11105/84, 1990

Cour européenne des droits de l'homme, *Geoffroy de la Pradelle c. France*, 12964/87, 1992

Cour européenne des droits de l'homme, *FE c. France*, 38212/97, 1998

Cour européenne des droits de l'homme, *Coeme; and others c. Belgium*, 33210/96, 2000

Cour européenne des droits de l'homme, *Kafkaris c. Cyprus*, 21906/04, 2008

3. Jurisprudences Administratives:

Conseil d'Etat, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique*, 2012

Conseil d'Etat, *Commune de Tremblay-en-France*, 2008

Conseil d'Etat, *Le parc national des Calanques*, 2013

Ressources anglaises :

A. Ouvrage

1. Ouvrages généraux

Aristote, *Politics*, translated by: Benjamin Jowet, Oxford: Clarendon Press, 1920, 370 p.

Aristote, *Politique*, Trans: Hamid Enayat, Téhéran: Elmi Farhangi, 2011, 516 p.

Bentham, Jeremy, *Theory of Legislation*, London: Trubner, 472 p.

Brown, W. Jethro, *The Austinian Theory of Law*, London: John Murray, 1906, 383 p.

Dworkin, Ronald, *Law's empire*, United States: Harvard University press, 1986, 470 p.

Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: OUP, 1980, 494 p.

Freeman, M.D.A., *Lloyd's introduction to jurisprudence*, London: Sweet and Maxwell LTD, 2001, 1600 p.

Fuller, Lon L., *The Anatomy of Law*, New York: Mentor, 1968.

Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, United States: Oxford University Press, 1994, 314 p.

Hobbes, Thomas, *Leviathan*, London: printed for Andrew Crooke, 1651, 445 p.

Hobbes, Thomas, *Léviathan*, Trans: Hosein Bashiriyeh, Téhéran: Nashr e Ney, 2002, 582 p.

Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, The Lawbook Exchange, Ltd, 1945, 516 p.

Kelsen, Hans, *The Pure Theory of Law*, United States: The LawBook Exchange, 2005, 356 p.

Marmor, Andrei, *Philosophy of Law*, Princeton University Press, 2011, 165 p.

Mill, John S., *Sur Liberté*, Trad. En Persan par Ali Ramin, Téhéran: Ney, 1990, 416 p.

Mueller, Dennis C., *Constitutional Democracy*, Oxford University Press, 1996, 382 p.

Rawls, John, *A Theory of Justice*, USA: Harvard University Press, 2003, 538 p.

Schauer, Frederick, *Playing by the Rules*, Oxford: Clarendon Press, 2002, 254 p.

Schuck, Peter H., *The Limits of Law*, USA: Westview Press, 2000, 492 p.

Waldron, Jeremy, *The law*, London: Routlage, 1990, 212 p.

Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, UK: Cambridge University Press, 1999, 206 p.

Wintgens, Luc. J., *Legislation in Context: Essays in Legisprudence*, USA: Ashgate Publishing Company, 2007, 205 p.

Zander, Michael, *The Law-Making process*, UK: Cambridge University Press, 2004, 517 p.

2. Ouvrages spéciaux

Barak, Aharon, *Purposive Interpretation in Law*, United Kingdom: Princeton University Press, 2007, 423 P.

Bast, Carol; **Hawking**, Margie, *Foundations of Legal Research and Writing*, New York: DELMAR CENGAGE Learning, 2010, 598 P.

Beygzadeh, Safar, *Les techniques d'écrire de la loi*, Téhéran: Le centre de recherche de l'Assemblée Nationale, 2003, 224 p.

Endicott, Timothy A. O., *Vagueness in Law*, London: Oxford University Press, 2003, 213 p.

Faulk, Martha; Mehler, Irving M., *The Elements of Legal Writing*, New York: Macmillan, 1994, 127 p.

Goldsworthy, Jeffrey, *Interpreting Constitutions*, Oxford University Press, 2007, 353 p.

Hirsch, Adam J., *Law Making and Bounded Rationality*, Public Law and Legal Theory, Working Paper, No. 52, sur http://www.law.fsu.edu/faculty/publications/working_papers.ph, 2002

Kellermann, A.; **Azzi**, G.; **Jacobs**, S. H., *Improving the Quality of Legislation in Europe*, Kluwer Law International, 1998, 343 p.

Marmor, Andrei, *Interpretation and Legal Theory*, England: Hart Publishing, 2005, 179 p.

Radaelli, Claudio M.; **De Francesco**, Fabrizio, *Regulatory Quality in Europe: Concepts, Measures and Policy Processes*, Manchester University Press, 2007, 272 p.

Ranchordàs, Sofia, *Constitutional Sunsets and Experimental legislation*, UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2014, 256 p.

Rousseau, J. J., *Du Contrat Social*, Traduction en Persan: Manoochehr Kiya, Téhéran: Ganjineh, 1988, 236 p.

Schane, Sanford, *Language and the Law*, London: Continuum, 2006, 228 p.

Steffensen, Bernd; Below, Nicola; Feindt, Peter H.; De Boer, Joop; Vogelesang-Stoute, Elizabeth; Klade, Manfred; Spokek, Armin; Pelkonen, Riina; Valve, Helena, *Simulating and Evaluating a Better Regulation of Converging Technologies*, funded by: Scientific Knowledge for Environmental Protection, on University of Amsterdam, sur http://acels.uva.nl/.../seberoc_final-report_format_2012-

Symonds, Arthur, *The Mechanics of Law-Making*, London: Edward Churton, 1835, 400 p.

B. Article :

(?), « Simplifying the Law », in *The Business Law Journal*, n. 3, 1924, pp. 262-267.

Alcalá, Juan Alberto, “The Controversies about Legal Indeterminacy and the Thesis of the ‘Norm as a Framework’ in Kelsen”, in *European Journal of Legal Studies*, Volume 6, 2013, pp. 174-188.

Anton, A. E., “Legislation and its Limits”, In *The Dalhousie Law Journal*, Vol. 5, 1979, pp. 233-248.

Barnes, Jeffrey, « When «Plain Language» legislation is ambiguous-sources of doubt and lessons for the plain language movement », in *Melbourne University Law Review*, Vol. 34, 2010, pp. 671-707.

Blackburn, Robert, « Britain’s unwritten constitution », available on <https://www.bl.uk/magna-carta/articles/britains-unwritten-constitution>

Brink, David O., “Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review”, in *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 17, No. 2, 1988, pp. 105-148.

Carey W., George; **Frohn**, P., Bruce, “Constitutional Morality and the Rule of Law”, in *Journal of Law and Politics*, Vol. 26, 2013, pp. 497- 534.

Cartwright, J. P. W., “Law, Morality and Excuses”, in *The Philosophical Quarterly*, Vol. 32, No. 127, 1982, pp. 137-150.

Dalcourt, Gerard J., “Finnis and Legal language and Reasoning”, in *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 40, 1995, pp.49-69.

D'Amato, Anthony, “On the Connection between Law and Justice”, in *Faculty Working Papers*, Northwestern University School of Law, 2011, pp. 1-47.

Deener, David, “Judicial Review in Modern Constitutional Systems”, in *The American Political Science Review*, Vol. 46, No. 4, 1952, pp. 1079-1099.

Dickinson, John, “Legislation and the effectiveness of Law”, in *American Bar Association Journal*, N° 17, 1931, pp. 645-696.

Dock, Lavinia L., “What we may expect from the Law”, in *The American Journal of Nursing*, Vol. 1, No. 1, pp. 8-12, 1900, pp. 8, 9.

Dworkin, R., “The Rule of Law and Human Rights in Contemporary World”, in *Law of Ukraine*, N° 4, 2013, pp. 7-13.

Dworkin, R., “A matter of principle”, Trans. Mohammed Rasekh, in *Rights and Interests*, Teheran: Tarh e Now, 2014, pp. 118-141.

Ehrenberg-Sundin, Barbro, “Plain language in Sweden, the results after 30 years”, available on <http://www.plainlanguage.gov/usingPL/world/world-sweden.cfm>, 2004.

Eng, Svein, “Legislative Inflation and the Quality of Law”, in *Legisprudence*, Edition by Luc J Wintgens, 2002, pp. 65-79.

Epstein, Daniel Z., «Rationality, Legitimacy, & The Law», in *Washington University Jurisprudence Review*, Vol. 7, 2014, pp. 1-38.

Eriksson, Lars D., “Making society through legislation”, in *Legisprudence*, Oxford: Hart Publishing, 2002, pp. 41-49.

Evan Hughes, Charles, « The republic endures and this is the symbol of its faith », available on <http://www.supremecourt.gov/about/constitutional.aspx>, 2014.

Feleming, James E., “Fidelity, Change, and the Good Constitution”, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 62, 2014, pp. 515-546.

Flückiger, Alexandre, «L’évaluation législative ou comment mesurer l’efficacité des lois », in *Revue européenne des sciences sociales*, Numéro XLV-138, 2007, pp. 83-101.

Flückiger, Alexandre, «Le principe de clarté de la loi ou l’ambiguïté d’un idéal», in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2007, pp. 1-9.

Forji, Amin George, “Just Laws versus Unjust Laws: Asserting the Morality of Civil Disobedience”, in *Journal of Politics and Law*, Vol. 3, 2010, pp. 156-169.

Fox, Justin; Stephenson, Matthew C., “Judicial Review as a Response to Political Posturing”, in *The American Political Science Review*, Vol. 105, No. 2, 2011, pp. 397-414.

Frohn, Bruce P.; Carey George W., “Constitutional Morality and the Rule of Law”, in *Journal of Law & Politics*, Vol. 26, 2011, pp. 497-534.

Fuller, L.L., “Positivism and fidelity to law-a reply to professor Hart”, in *Lloyd’s introduction to jurisprudence*, London: Sweet and Maxwell, 2001, pp. 370-374.

Gestel, Rob van ; Dijck, Gijs van, « Better regulation through experimental legislation », in *European Public Law*, vol.17, No.3, 2011, pp. 539-553.

Goldsmith, Andrew, “The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court”, in *American journal of criminal law*, Vol.30, No.2, 2003, pp. 279-313.

Goldstein, Leslie, “Popular Sovereignty, the Origins of Judicial Review, and the Revival of Unwritten Law”, in *The Journal of Politics*, Vol. 48, No. 1, 1986, pp. 51-71.

Goldstein, Leslie, “Judicial Review and Democratic Theory: Guardian Democracy vs. Representative Democracy, in *The Western Political Quarterly*, Vol. 40, No. 3, 1987, pp. 391-412.

Hadfield, Gillian K., “The Quality of Law in Civil Code and Common Law Regimes: Judicial Incentives, Legal Human Capital and the Evolution of Law”, available on www.Law.yale.edu/documents/pdf/The_Quality_of_law_in_civil_code.pdf, 2006

Hadfield, Gillian K., “The Quality of Law: Judicial Incentives, Legal Human Capital and the Evolution of Law”, Research Paper No. C07-3, USC Center in Law, Economics and Organization, 2007.

Hager, John W., « Let’s simplify legal language », in *Rocky Mountain Law Review*, No. 32, 1960, pp. 74-86.

Harriman, David Bruce, “The Void for Vagueness Rule in California”, in *California Law Review*, Vol. 41, No. 3, 1953, pp. 523 – 534.

Heaton, Richard, “Making the law easier for users: the role of statutes”, available on <https://www.gov.uk/government/speeches/making-the-law-easier-for-users-the-role-of-statutes--2>, 2014

Hertog, Erik (?), “Legal Interpreting and Translation in the EU: Justice, Freedom and Security through Language”, on <http://eulita.eu/sites/default/files/Salamanca%20LIT%20in%20EU.pdf>

Honoré, Tony, “The Dependence of Morality On Law”, in *Oxford journal of Legal Studies*, Vol. 13, 1993, pp. 1-17.

Ingram, Peter, « Maintaining the Rule of Law », in *The Philosophical Quarterly*, Vol. 35, 1985, pp. 359-381.

Kawashima, Takeyoshi, “Some Reflections on Law and Morality in Contemporary Societies”, in *Philosophy East and West*, Vol. 21, No. 4, 1971, pp. 493-504.

Kinsella, N. Stephan, “Legislation and the Discovery of Law in a Free Society”, in *The Journal of libertarian Studies*, Vol. 11, 1995, pp. 132-180.

Lever, Annabelle, “Democracy and judicial review: are they really incompatible?”, available on <http://eprints.lse.ac.uk/23097/> in LSE Research Online, 2009.

Lindblom, Per Henrik, “The Growing Role of the Courts and the New Functions of Judicial Process — Fact or Flummery?”, in *Scandinavian Studies In Law*, 2012, pp. 282-310.

Luff, Patrick, “Captured Legislatures and Public-Interested Courts”, in *Utah Law Review*, issue 2, 2013, pp. 519-560.

Lyons, David, “Moral Judgment, Historical Reality, and Civil Disobedience”, in *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 27, No. 1, 1998, pp. 31-49.

Macfarlane, Alan, ‘What makes Law Effective?’, in *Times Higher Education Supplement*, available on <http://www.alanmacfarlane.com/FILES/law.html>, 2005.

Mayhew, Sir Patrick, “Can Legislation ever be Simple, Clear, and Certain?”, in *Statute Law Review*, N. 11, 1999, pp. 1-10.

Meernik, James; **Ignagni**, Joseph, “Judicial Review and Coordinate Construction of the Constitution”, in *American Journal of Political Science*, Vol. 41, No. 2, 1997, pp. 447-467.

Mertz, Elizabeth; **Yovel**, Jonathan, “The Role of Social Science in Legal Decisions”, in Austin Sarat, ed., *Handbook of Law and Society*, Blackwell, available on SSRN: <http://ssrn.com/abstract=950746>, 2004.

Minnesota, St. Paul, “Quantity and Quality of Laws after Vatican II”, in *The Jurist*, 1967, pp. 385-414.

Mintz, Steven (?), “The Survival of the US Constitution”, available on <https://www.gilderlehrman.org/history-by-era/creating-new-government/resources/survival-us-constitution>

Obradovic, Daniela, "Good governance requirements are concerning the participation of interest groups in the EU consultations", in *Common Market Law Review*, Vol. 43, 2006, pp. 1049-1085.

Patton, Dana, “The Supreme Court and Morality Policy Adoption in the American States: The Impact of Constitutional Context”, in *Political Research Quarterly*, Vol. 60, No. 3, 2007, pp. 468-488.

Pech, Laurent, "Rule of Law in France", in Peerenboom, R. (ed.), *Asian Discourse of Rule of Law*, London: Routledge, 2004, pp. 79-112.

Ponzetto, Giacomo A. M.; **Fernandez**, Patricio A., «Case Law versus Statute Law: An Evolutionary Comparison», in *Journal of Legal Studies*, vol. 37, 2008, pp. 379-430.

Popelier, Patricia, “Governance and Better Regulation: Dealing with the legitimacy Paradox”, in *European Public Law*, Vol.17, No.3, 2011, pp. 555–569.

Radaelli, Claudio M.; Meuwese, Anne C.M, “Better Regulation in Europe: Between Public Management and Regulatory Reform”, in *Public Administration*, Vol. 87, No. 3, 2009, pp. 639-654.

Rasekh, Mohammed, “Les caractéristiques Inhérents et Transversales”, in *Majlis and Rahbord*, N° 51, 2005, pp. 13-41.

Reath, Andrews, “Legislating the Moral Law”, in *Noûs*, Vol. 28, No. 4, 1994, pp. 435-464.

Risch, Michael, “Virtual Rule of Law”, in *west Virginia Law Review*, Vol. 112, 2010, pp. 1-52.

Rogers, James R., “Information and Judicial Review: A Signaling Game of Legislative-Judicial Interaction”, in *American Journal of Political Science*, Vol. 45, No. 1, 2001, pp. 84-99.

Rosenthal, Alan, “The “Good” Legislature”, in *The Book of the States*, The Council of State Governments, 2005, pp. 103-106.

Rostow, Eugene V., “The Democratic Character of Judicial Review”, in *Harvard Law Review*, Vol. 66, N° 2, 1952, pp. 193-224.

Sales, Sir Philip, “Judges and legislature: Values into Law”, in *Cambridge Law Journal*, Vol. 71(2), 2012, pp. 287–296.

Scalia, Damien, “A few thoughts on guaranties inherent to the rule of law as applied to sanctions and the prosecution and punishment of war crimes”, in *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 870, 2008.

Skaaning, Sven-Erik, “Measuring the Rule of Law”, in *Political Research Quarterly*, Vol. 63, No. 2, 2010, pp. 449-460.

Smith, Joseph, “Judicial Procedures as Instruments of Political Control: Congress's Strategic Use of Citizen Suits”, in *Legislative Studies Quarterly*, Vol. 31, No. 2, 2006, pp. 283-305.

Smith, Kevin H., “Therapeutic Civil Disobedience: A Preliminary Exploration”, in *University of Memphis Law Review*, N° 31, 2000, pp. 99-134.

Soltani, Nasser, «Les Causes d’échec de la Codification en Iran», dans *Journal de recherche de droit Public*, N° 45, 2013, pp. 132-164.

Strauss, David A., “The living Constitution”, available on University of Chicago Law School.htm, 2010.

Treanor, Paul, “What should be in a Constitution?”, available on LSE. Constitution UK.Htm, 2003.

Troper, Michel, « Interprétation », sur *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris: PUF, 2003, pp. 843-847.

Tucker, Edwin W., “The Morality of Law, by Lon L. Fuller”, in *Indiana Law Journal*, Vol. 40, 1965, pp. 270-279.

Tuori, Kaarlo, “Legislation Between Politics and Law”, in *Legisprudence*, Oxford: Hart Publishing, 2002, pp. 99-107.

Voermans, Wim, “Concern about the Quality of EU legislation: What kind of problem, By What kind of Standards?”, in *Erasmus Law Review*, Volume 02, 2009, pp. 59-96.

Voermans, Wim; **Schuurmans**, Y.E., “Better Regulation by Appeal”, in *European Public Law*, No. 17(3), 2011, pp. 507-525.

Waluchow, W. J., “A Common Law Theory of Judicial Review”, in *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 52, 2007, pp. 297-312.

Williams, Robert, “Should the Oregon Constitution Be Revised, and If So, How Should It Be Accomplished?”, in *Oregon Law Review*, Vol. 87, 2008.

Yule, Kim, “Statutory Interpretation: General Principles and Recent Trends”, CRS Report for Congress, available on <https://www.fas.org/sgp/crs/misc/97-589.pdf>, 2008.

C. Documents:

European Commission, *Communication from the Commission on the Collection and Use of Expertise by the Commission: Principles and Guidelines. “Improving the knowledge base for better policies”*, COM(2002) 713, available on <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0713:FIN:EN:PDF>, 2002.

European Commission, *Impact Assessment Guidelines*, on http://ec.europa.eu/governance/impact/commission_guidelines/docs/iag_2009_en.pdf, 2009.

European Parliament, Directorate-General for International Policies, Policy Department, *Citizens' Rights and Constitutional Affairs, National Security and Secret Evidence in Legislation and before the Courts: Exploring the Challenges*, 2014.

European Union, *Common Guidelines for the Quality of Drafting of Community Legislation*, 1999.

European Union, *Interinstitutional Agreement on Better Law-Making*, 2003.

United Nations, *Early access to legal aid in criminal justice processes: a handbook for policymakers and practitioners*, New York, 2014.

D. Dictionnaires :

Bix, Brian, *A Dictionary of Legal Theory*, Tran: Mohammed Rasekh, Téhéran: Nashr e Ney, 2010, 412 p.

Robbers, Gerhard, *Encyclopedia of World Constitutions*, US: Facts on File, 2007, 1054 p.

F. Jurisprudence:

1. Jurisprudences Constitutionnelles:

Cour Suprême des Etats-Unis, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803)

Cour Suprême des Etats-Unis, *Connally v. General Constitution Co.*, 269 U.S. 385 (1926)

Cour Suprême des Etats-Unis, *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972)

Cour Suprême des Etats-Unis, *United States v. Reese*, 92 U.S. 214 (1875)

Cour Suprême des Etats-Unis, *Musser v. Utah*, 333 U.S. 95 (1948)

Cour Suprême des Etats-Unis, *Winters v. New York*, 333 U.S. 507 (1948)

Cour Suprême des Etats-Unis, *Papachristu v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972)

Cour Suprême des Etats-Unis, *Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352 (1983)

Cour Suprême des Etats-Unis, *Colautti v. Franklin*, 439 U.S. 379 (1979)

Cour Suprême des Etats-Unis, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905)

2. Jurisprudences Administratives:

California Court of Appeals, *Ward v. Auctionners*, 1944

California Court of Appeals, *Ex Parte Lockett*, 1919

California Court of Appeals, *Wooton v. Bush*, 1951

California Court of Appeals, *People v. Saad*, 1952

California Court of Appeals, *People v. King*, 1951

California Court of Appeals, *Orloff v. Turf Club*, 1953

California Court of Appeals, *Pacific Coast Dairy v. Police Court*, 1932

Index

A

Abrogation · 288, 289, 291, 302, 305, 316, 317, 324

Accessibilité · 13, 14, 16, 17, 41, 42, 43, 91, 104, 217, 218, 219, 220, 222, 240, 241, 242, 267, 269, 270, 307, 314, 317, 327, 345

Ambiguïté · 53, 81, 86, 127, 132, 133, 134, 135, 136, 138, 142, 143, 144, 145, 147, 150, 154, 155, 158, 167, 212, 218, 269, 303, 335

Amélioration · 9, 13, 14, 17, 28, 31, 39, 40, 43, 44, 45, 95, 106, 193, 197, 198, 233, 251, 254, 258, 268, 269, 271, 287, 300, 309, 315, 327, 344, 346

Annulation · 232, 250, 288, 291, 316

C

Checks and balances · 32, 223, 271, 316

Civil law · 15, 28, 30, 61, 63, 97, 98, 99, 103, 104, 105, 106, 107, 192, 198, 200, 269, 270, 298, 317, 345, 351

Codification · 34, 71, 98, 105, 151, 269, 270, 315, 323, 324

Common law · 15, 28, 30, 61, 63, 97, 98, 99, 100, 102, 103, 104, 106, 107, 109, 110, 111, 112, 113, 180, 192, 198, 200, 209, 214, 221, 247, 270, 272, 295, 298, 307, 316, 317, 323, 345, 351

Conseil constitutionnel · 11, 17, 23, 25, 26, 35, 42, 53, 68, 81, 82, 85, 87, 91, 96, 127, 131, 151, 163, 166, 199, 200, 208, 214, 215, 216, 218, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 239, 267, 270, 279, 288, 303, 304, 305, 307, 314, 316, 319, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 335, 346

Conseil d'Etat · 34, 36, 41, 48, 57, 87, 88, 96, 124, 163, 214, 241, 247, 248, 250, 258, 293, 321, 325, 329, 330, 346

Constitution · 17, 21, 22, 23, 24, 25, 34, 35, 41, 51, 58, 63, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 78, 79, 80, 84, 85, 88, 89, 91, 92, 95, 97, 123, 191, 192, 201, 205, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 222, 223, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 245, 247, 248, 250, 252, 266, 267, 270, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 283, 284, 286, 287, 288, 289, 291, 300, 301, 303, 304, 307, 308, 314, 316, 317, 321, 324, 325, 327, 334, 337, 339, 340, 341, 344, 351

E

Effectivité · 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 57, 58, 72, 82, 86, 87, 178, 227, 322, 323, 326, 344

Efficacité · 20, 37, 39, 40, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 72, 83, 86, 87, 102, 108, 112, 131, 158, 164, 178, 192, 224, 225, 227, 265, 266, 268, 276, 290, 310, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 335, 344

Efficience · 44, 45, 47, 48, 49, 51, 58, 319, 322, 344

Experts de la langue · 263, 315

G

Green paper · 259

I

Incompétence négative · 85, 215, 225, 226, 315, 323

Intelligibilité · 13, 14, 16, 17, 41, 42, 55, 87, 91, 129, 131, 141, 145, 148, 150, 152, 157, 163, 164, 165, 206, 208, 217, 218, 219, 220, 222, 249, 250, 253, 267, 269, 270, 307, 314, 318, 322, 327

Interprétation · 9, 16, 28, 31, 41, 42, 43, 54, 56, 68, 69, 70, 72, 73, 76, 81, 85, 87, 89, 92, 93, 94, 95, 98, 99, 101, 105, 109, 111, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 139, 140, 141, 143, 144, 146, 150, 161, 162, 178, 193, 197, 206, 208, 209, 210, 212, 215, 218, 219, 221, 236, 240, 247, 253, 271, 277, 281, 283, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297,

298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 308, 309, 315, 316, 319, 320, 325, 326, 345, 347, 351

J

Juste · 20, 31, 39, 44, 51, 54, 83, 84, 86, 111, 113, 117, 119, 120, 121, 124, 125, 126, 129, 133, 140, 142, 144, 149, 153, 157, 162, 164, 169, 171, 184, 185, 186, 187, 188, 190, 193, 203, 206, 208, 210, 241, 273, 274, 282, 283, 287, 292, 302, 312, 319, 346, 351

L

L'Etat de droit · 13, 18, 23, 24, 25, 26, 27, 41, 70, 71, 84, 104, 106, 120, 143, 148, 150, 207, 213, 222, 238, 240, 248, 249, 252, 280, 282, 283, 300, 308, 312

La Cour de Justice de l'Union Européenne · 231

La Cour Européenne des Droits d'Homme · 236, 346

Le Conseil Économique, Social et Environnemental · 257

Législation expérimentale · 198, 265, 266, 315, 347

M

Mieux légiférer · 39, 40, 43, 44, 45, 124, 322, 344

P

Proportionnalité · 44, 53, 55, 224, 241, 243, 307, 308, 315

R

Rationalité · 21, 124, 171, 172, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 182, 183, 192, 193, 213, 222, 243, 297, 302, 308, 312, 318, 319, 346, 351

S

Simplicité · 15, 25, 26, 39, 42, 43, 58, 61, 65, 70, 86, 91, 124, 126, 128, 146, 147, 148, 149, 150, 152, 153, 155, 156, 162, 163, 164, 165, 192, 193, 254, 286, 290, 312, 317, 318, 319, 345, 346

Sincérité · 222, 223, 229, 314

T

Transparence · 83, 130, 131, 146, 148, 149, 192, 223, 233, 235, 345, 346

Type de norme · 30, 61, 65, 90, 96, 317, 318, 319

V

Vague · 14, 21, 26, 71, 126, 127, 128, 131, 132, 135, 137, 138, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 147, 148, 150, 155, 157, 162, 163, 201, 203, 206, 207, 209, 210, 216, 221, 235, 236, 237, 239, 245, 246, 262, 279, 280, 290, 300, 345

Vagueness · 21, 25, 131, 135, 142, 143, 201, 208, 209, 210, 245, 332, 335, 336

Table de matière

Introduction.....	13
1. Problématique.....	18
A. Le problème pratique d’application des normes juridiques.....	18
B. Le problème théorique : les exigences découlant de la Constitution (le principe de l’Etat de droit).....	22
2. Méthodologie de la recherche.....	27
3. Le plan adopté.....	30
Chapitre préliminaire : Les contours flous de la notion de qualité des normes..	33
Section 1. Les aspects généraux de la notion de qualité des normes.....	33
§ 1. La notion de qualité des normes	33
§ 2. La distinction entre caractéristiques inhérentes et transversales, formelles et matérielles dans la qualité des normes.....	37
Section 2. Les concepts similaires.....	40
§ 1. La sécurité juridique	41
§ 2. Les concepts d’amélioration de la qualité de la loi et le mieux légiférer.....	43
§ 3. L’efficacité de la norme.....	45
A. La validité et l’efficacité.....	45
B. L’efficience et l’efficacité.....	47
C. L’effectivité et l’efficacité	49
Partie 1 : Des exigences contingentes et variées.....	59
Titre 1 : La contingence des exigences de qualité.....	63

Chapitre 1 : La contingence liée au type de normes	65
Section 1. La qualité de la norme constitutionnelle	66
Section 2. Les normes ordinaires.....	77
Section 3. Les règlements	88
Chapitre 2 : La contingence liée au système juridique	98
Section 1. Forces et faiblesse dans le système juridique de Common law	98
Section 2. Certitude, accessibilité et clarté dans le système juridique de Civil law.....	104
Section 3. L'idée d'un rapprochement entre Common law et Civil law.....	107
Titre 2 : La variété des exigences de qualité	114
Chapitre 1 : Les caractéristiques inhérentes.....	116
Section 1. La distinction norme juridique et bonne norme	117
Section 2. Normativité, généralité et sanction.....	121
Chapitre 2 : Les caractéristiques transversales	124
Section 1. Les caractéristiques formelles des normes juridiques.....	125
§ 1. La clarté de la norme juridique.....	126
A. Les bases théoriques et le sens de « la clarté » de la loi.....	127
B. Les moyens de lutter contre la norme vague : l'interprétation, l'indétermination, et les commentaires des spécialistes du langage	132
1. Les théories interprétatives	132
2. L'indétermination de la norme	141
3. L'interprétation et le point de vue des spécialistes du langage	144
C. Des notions similaires: la transparence et la simplicité	146

1. La notion de simplicité	146
2. La transparence	148
§ 2. La simplicité de la norme juridique	150
A. Les bases théoriques de « la simplification » de la loi	151
B. Les méthodes de simplification des normes juridiques	158
C. L'opposition au mouvement de <i>plain language</i>	161
Section 2. Les caractéristiques matérielles des normes juridiques.....	166
§ 1. La rationalité des normes juridiques.....	171
§ 2. Le concept de norme juste	185
Conclusion de la première partie	192
Partie 2: La mise en œuvre des exigences de qualité.....	195
Titre 1: Les techniques d'amélioration de la qualité des normes.....	198
Chapitre 1 : Le choix du contrôle juridictionnel	199
Section 1. Le contrôle de la qualité des normes par les juridictions constitutionnelles	200
§ 1. La position de la Cour Suprême des Etats-Unis	200
§ 2. La position du Conseil constitutionnel français	214
Section 2. Le contrôle de la qualité des normes par les juridictions européennes	231
§ 1. La position de la Cour de justice de l'Union Européenne	231
§ 2. La position de la Cour Européenne des Droits d'Homme.....	236
Section 3. Quelques autres points de vue juridictionnels	244
§ 1. La cour de Californie.....	244
§ 2. Le Conseil d'Etat français	247

Chapitre 2 : Les autres techniques employées	254
Section 1. Les consultations préalables au dépôt du projet de loi	254
Section 2. Le recours à l'expertise linguistique.....	262
Section 3. Le recours à la législation expérimentale	265
Section 4. Une loi spécifique sur la qualité de norme	267
Section 5. La Codification	269
Titre 2 : La sanction de la mauvaise qualité des normes	271
Chapitre 1 : La légitimité de la sanction juridictionnelle	272
Section 1. Contrôle juridictionnel et caractéristiques qualitatives des normes juridiques	272
Section 2. L'intensité et les effets du contrôle de constitutionnalité.....	280
Chapitre 2 : Les limites du pouvoir d'interprétation du juge	291
Section 1. Les diverses modalités d'interprétation.....	292
Section 2. L'intensité et les effets de l'interprétation sur les qualités des normes.	297
Conclusion de la deuxième partie	307
Conclusion générale.....	310
Bibliographie.....	320
Index.....	344

Résumé

Dans le cadre du travail de recherche réalisé dans cette thèse, la réflexion porte sur les caractéristiques qualitatives des normes juridiques sous des dimensions à la fois théorique, pratique et comparée. L'intérêt majeur de ce travail est de s'interroger sur l'appréhension de la notion de qualité, qui intéresse beaucoup la doctrine, et est devenue une préoccupation croissante de nombreux systèmes juridiques alors même que les contours-, et même le contenu-, de la notion de qualité des normes restent flou. Le souci d'améliorer la qualité de la législation (au sens large du terme) répond à deux problèmes principaux dans la pratique et la théorie : sur le plan pratique, les défauts formels et substantiels de certaines normes les rendent inaptes à l'accomplissement de leur fonction principale, soit la régulation des relations sociales ; sur le plan théorique, l'exigence de bonne qualité des normes est une condition essentielle dans un Etat de droit qui permet aux citoyens de savoir à quoi s'attendre de leur gouvernement et à faire des investissements en conséquence (principes de prévisibilité et de sécurité juridique).

En dehors de ces caractéristiques formelles ont été examinées les caractéristiques matérielles qui jouent un rôle important quant à l'acceptation des normes juridiques par les citoyens. Il en découle l'exigence de « rationalité » et le caractère « juste » des normes.

La dimension comparative met principalement en perspective les exemples français, américain (Etats-Unis) et les deux systèmes européens (Union européenne et Conseil de l'Europe). Toutefois, au-delà de ces Etats choisis pour illustrer les systèmes de Civil law et de Common law, d'autres exemples seront puisés à titre illustratif, et pour étayer la thèse avancée, dans divers pays européens ou encore en Iran.

La démarche adoptée dans le présent travail de recherche ne se limite pas à l'étude de l'élaboration d'une norme juridique, mais porte également sur l'exécution, l'interprétation et l'attitude des juges face aux normes.

Quant aux normes étudiées, il s'agit principalement des lois, car c'est en ce domaine que les exigences de qualité semblent les plus clairement identifiables et comparables. Toutefois, Toutefois, nous avons dépassé les études déjà réalisées, et nous avons examiné aussi la Constitution et les actes administratifs.

En outre, la sanction juridictionnelle de normes de mauvaise qualité semble être le recours ultime et exceptionnel quand des techniques moins invasives n'ont pas réussi à faire leurs preuves.

Le souhait d'améliorer la qualité des normes apparaît donc comme une belle ambition mais la démarche elle-même apparaît devoir s'inscrire dans un cadre clair, précis et mesuré, privilégiant la participation de tous les acteurs de la norme à son perfectionnement tant sur le plan formel que matériel et démocratique.

Abstract

As part of the research work carried out in this thesis, reflection focuses on the qualitative characteristics of legal norms in terms of theoretical, practical and comparative dimensions. The main interest of this work is to question the apprehension of the notion of quality, which is of great interest to doctrine, and has become a growing preoccupation of many legal systems, even though, the contours, and even the content-, the notion of quality standards remain unclear. The concern to improve the quality of legislation (in the broad sense of the term) addresses two main problems in practice and theory: in practice, the formal and substantive defects of certain norms render them unfit for the accomplishment of their main function, namely the regulation of social relations; On the theoretical level, the requirement of good quality of laws is an essential condition of the rule of law that allows citizens to know what to expect from their government and to make investments accordingly (principles of predictability and certainty).

Apart from these formal characteristics were examined the material characteristics that play an important role in the acceptance of legal norms by the citizens. This implies the requirement of "rationality" and the "justice" in laws.

The comparative dimension puts the French, American (United States) and two European systems (European Union and Council of Europe) in perspective. However, beyond these states chosen to illustrate the Civil law and Common law systems, other examples will be used to illustrate the thesis advanced in various European countries or in Iran.

The approach adopted in this research is not limited to the study of the development of a legal norm but also to the execution, interpretation and attitudes of judges in dealing with the legal norms.

The legal norms studied are mainly laws, as quality requirements seem to be the most clearly identifiable and comparable in this field. However, we have gone beyond the studies already carried out, and we have also examined the Constitution and the administrative acts.

In addition, the judicial sanction of poor quality standards appears to be the ultimate and exceptional use when less invasive techniques have failed to prove themselves.

The desire to improve the quality of standards thus appears to be a good ambition, but the approach itself appears to have to be set in a clear, precise and measured framework, favoring the participation of all the players of the laws in its improvement; a formal, material and democratic plan.