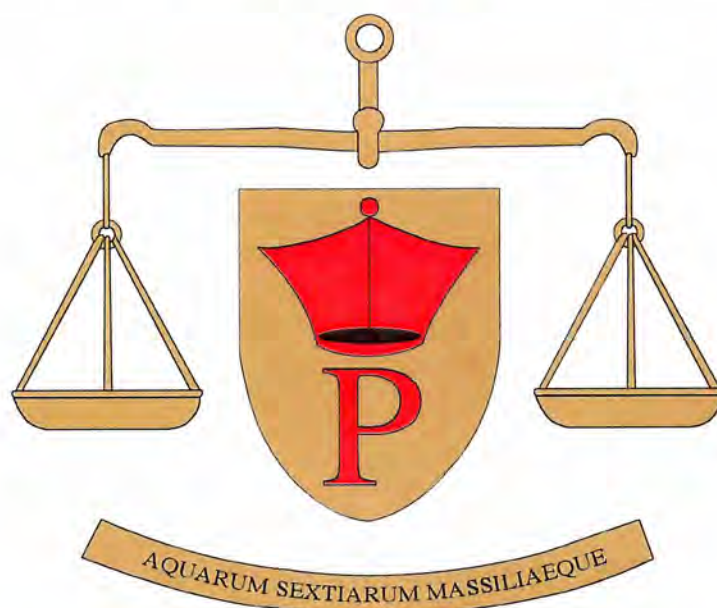


FACULTAS JURIS



Gérard MÉMETEAU,

La loi nuptiale du 17 mai 2013 et le droit du corps

Julien GASBAOUI,

La confiscation des profits illicites

Thomas BURELLI,

La bioprospection dans l'outre-mer français
Opportunités et limites des dispositifs de régulation émergents
dans l'outre-mer français

Renan LE MESTRE,

*Les Acts of attainder au Royaume-Uni ou le pouvoir de condamner et de punir
du Parlement britannique*

LA MOTIVATION DES LOIS

Emmanuelle PAILLÉ¹

Master de Théorie du Droit – Université d'Aix-Marseille

À une époque où la transparence politique est à l'honneur², serait-il opportun d'instaurer une obligation d'affichage des mobiles du législateur ? Alors qu'il est une antienne que la mauvaise écriture et le surnombre des lois³ vicient leur bonne réception, la rédaction systématique et publiée de la motivation de la loi serait-elle une réponse aux défauts de communication qui pèsent sur le message législatif ? En somme, l'obligation faite à l'auteur d'exposer l'esprit de la loi en son chef constituerait-elle une clé de l'auto-régulation du législateur, de l'interprétation fidèle du juge et de l'adhésion optimisée du citoyen ?

En dépit d'apparents attributs, l'obligation de motiver les lois s'avère quasi-absente du paysage normatif. Quoique les spécialistes de la rédaction des normes martèlent que la loi doit être objectivement nécessaire et justifiée, le cap de la généralisation du préambule n'est en général pas franchi en droit positif. Ce statu quo s'explique par les caractères mêmes de la loi. En effet, l'auto-justification de la loi, création politique, se prêterait difficilement à une sanction juridique. Pour la même cause, son honnêteté resterait incertaine. Par ailleurs, aux aléas de l'écriture de la motivation de la loi, s'ajouteraient les contraintes de sa lecture, le préambule présentant au juge un nouveau texte à interpréter, et au citoyen, des raisons à débattre.

La motivation peut s'entendre comme matérielle ou formelle⁴. La *motivation matérielle* de la loi est constituée des motifs et de l'intention du législateur, mais également de la *ratio legis*⁵, de son esprit, de sa justification⁶. À ce chapitre, on peut penser que la raison de la loi et sa finalité se confondent, car un des caractères de la

¹ L'auteur remercie le Monsieur le Professeur Jean-Yves Chérot, Monsieur le Président de la Commission des Lois du Sénat Jean-Pierre Sueur, Monsieur Michel Sparer, Madame Odile Paillé et Madame Anne-Marie Werner pour les discussions stimulantes qui ont accompagné la préparation de cet article.

² Après une communication du patrimoine des membres du Gouvernement suite au Conseil des ministres du 10 avril 2013, le projet de loi sur la transparence de la vie publique est arrivé à l'Hémicycle le 17 juin 2013.

³ Pour un exemple récent : N. Cuzacq, « La qualité de la loi : un oxymore en droit contemporain ? », *Revue de la recherche juridique*, PUAM 2012-1, p. 15 et s.

⁴ M. Gounelle, *La motivation des actes juridiques en droit international public*, Contribution à une théorie de l'acte juridique en droit international public, Pedone, 1979.

⁵ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige/PUF, 2005, p. 607 : « la raison de la loi » est subjectivement, ce que le législateur a voulu, c'est à dire l'intention du législateur historique ; et objectivement, elle est l'esprit, les finalités de la loi. La *ratio legis* est à la fois circonstances et acte de volonté.

⁶ Dans le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^e éd., le terme de motivation n'est d'ailleurs pas défini, mais un des renvois conduit au terme de « justification », définie comme l'« activité qui consiste à chercher les raisons d'une action, ou des raisons pour soutenir une décision, une opinion ou autre expression symbolique, sur le motif qu'elle est juste ou rationnelle »

loi, tournée vers l'action, est qu'elle se fait justice en révélant ses justes desseins. La motivation matérielle de la loi n'est en revanche pas son objet, qu'elle précède et dépasse à la fois.

C'est par le mécanisme de la déclaration que la motivation matérielle est connue et devient alors *motivation formelle*. On entendra dans ces lignes cette motivation formelle ou préambule, comme le résultat d'une obligation de motivation pesant sur le législateur. Une figure possible de cette expression de la motivation se trouve dans la définition du préambule donnée par Alain Viandier, comme « toute disposition inaugurant une loi et exprimant l'objet de celle-ci ainsi que les raisons techniques ou d'opportunité de son adoption, sa philosophie, les principes qui la sous-tendent »⁷. On peut penser également aux préambules des lois révolutionnaires, présentant les circonstances de leur avènement et leur justification⁸, ou encore aux considérants qui introduisent la législation communautaire, « véritable motivation » selon la Commission européenne⁹.

En l'absence d'obligation de motiver la loi, la recherche de son esprit, nécessaire à ses interprètes, est particulièrement ardue du fait de la multiplicité des lieux d'expression de ses motifs. Ils apparaissent parfois au sein même de la loi, le rédacteur de la loi étant enclin à y prêcher sa bonne foi et les articles premiers¹⁰ devenant alors le support de déclarations d'intentions, que d'aucuns taxent d'incantatoires¹¹. Un auteur a estimé à ce titre que les formulations d'objectifs « à certains égards apparaissent comme des préambules ou considérants incorporés au texte de loi »¹². En outre, les lois de mémoire et de programmation s'avèrent principalement constituées des principes et ambitions qui les motivent. *Ex ante*, l'exposé des motifs et l'étude d'impact qui accompagnent le projet de loi, et les débats parlementaires qui président à son adoption, enrichissent encore la géographie des motifs de la loi. Plus amont encore, les généticiens des lois révèlent le travail archéologique qui s'impose à quiconque cherche à connaître l'esprit authentique de la loi¹³. À cet égard, Jean Carbonnier considérait l'édiction d'une loi comme le résultat de la combinaison d'une lente évolution des mœurs, d'une « accumulation de forces réformatrices » et « pour que les virtualités passent en acte, d'une *occasio legis*, événement voyant qui est indispensable pour secouer l'opinion »¹⁴.

La difficulté de connaître l'esprit de la loi tient aussi aux contradictions propres au législateur élu. L'Assemblée, rappelait Friedrich Hayek, est victime d'une « déformation mentale »¹⁵. On nomme cette maladie l'effet Assiduis¹⁶ : le législateur

⁷ A. Viandier, *Recherche de légistique comparée*, European Search Foundation, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 1988, 2^e sous-partie « La forme de la loi », p. 79 et s.

⁸ J.-C. Bécane et M. Couderc, *La loi*, Dalloz 1994, p. 204.

⁹ La Commission européenne, in *Règles de techniques législatives*, éd. 1997, préconise : « [l]e schéma idéal de la motivation des actes consiste en un exposé concis des éléments de fait et de droit à prendre en considération ; et la conclusion qu'il est dès lors nécessaire ou opportun de prendre les mesures édictées au dispositif ».

¹⁰ G. Rouhette, « L'article premier des lois », *Les mots de la loi*, N. Molfessis (dir.), Colloque Paris, 1997, n° 3.

¹¹ Discours de Pierre Mazeaud et son écho dans *Libération*, 23 avril 2005, réaction aux Voeux du Président du Conseil constitutionnel P. Mazeaud du 3 janvier 2005, qui énonce « l'abus de loi ».

¹² J.-Y. Chérot, « Les formulations d'objectifs dans le contrôle de la constitutionnalité des lois en France (note sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel) », *RRJ, Cahier méthodologique* n° 4, 1989.

¹³ G. Bastid-Burdeau, *La genèse de l'initiative législative - Un cas : l'Agriculture/1958-1968*, PUF, 1973 ; D. Lebeau, J. H. Robert, A. Viandier et S. H. Vicux, *Étude de génétique législative*, Paris, 1988, p. 109.

¹⁴ J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat 1979, p. 109 et s.

¹⁵ F. A. Hayek, *Droit, législation et liberté*, PUF Quadrige, 2007, chap. 6 « *Thesis* : la loi du législateur ».

se sent investi de la responsabilité de répondre à chacune des demandes que lui font ses électeurs, fussent les réponses contradictoires, fusse la loi nouvelle à l'origine de nouveaux mécontentements. Dans cette urgence de satisfaire (et de plaire), le système représentatif majoritaire n'est pas immunisé contre la production de lois imparfaites voire aberrantes.

Dans ces circonstances, l'obligation qui serait faite au législateur de rédiger ses motifs en un lieu unique, pourrait-elle participer d'une régulation de la production des lois, et d'une amélioration de leur écriture ? La centralisation des raisons de la loi en son chef permettrait-elle une interprétation plus aisée et plus harmonieuse de la norme ?

Force est de constater que la motivation de la loi n'est pas la médecine prescrite par les règles de rédaction législative. Point d'obligation de motiver la loi en effet, dans la plupart des réglementations nationales étudiées. Nombre des ouvrages consacrés à la rédaction des lois, alors qu'ils préconisent que cette dernière réponde à une nécessité véritable, appellent à la concision et écartent ou regrettent toute justification intrinsèque à la loi (I). Derrière les préconisations hostiles ou au minimum ignorantes de la motivation des lois, il est possible d'identifier certaines réalités de la pratique juridique, ainsi que certaines théories de la loi qui militent pour que celle-ci demeure une simple prescription et une prescription simple, exclusive des motifs de son auteur (II).

I. L'absence d'obligation de motivation des lois en droit positif

On l'a dit, la motivation matérielle d'une norme existe nécessairement, consistant dans les raisons de son avènement, tandis que la motivation formelle relève du choix d'exprimer ces motifs dans la loi, et de sanctionner ce préambule. Il s'avère que les règles de rédaction nationales et internationales¹⁶ se refusent à faire un tel choix, l'affirmation de la nécessité essentielle de la loi n'étant pas traduite par une obligation de motivation (A). Faute de recourir au préambule, les réformes qui s'intéressent à la loi favorisent l'expression de sa motivation dans des supports situés à l'extérieur de la norme (B).

A. Le refus d'exprimer la motivation de la loi dans le texte de la loi

En matière de rédaction des lois, la politique d'austérité est préconisée depuis plusieurs décennies. Au souhait de n'édicter que les lois strictement nécessaires (1) s'ajoute une grammaire législative toute de concision, écartant généralement la motivation de la loi de son texte (2).

¹⁶ C. Bergeal, *Savoir rédiger un texte normatif, loi décret, arrêté, circulaire...*, Berger-Levrault, 5^e éd., 2005, p. 17 et s.

¹⁷ Bien entendu, l'auteur ne prétend aucunement à l'exhaustivité de sa recherche en droit comparé et sera intéressée par toute illustration de droit national corrélant ou contredisant les données étudiées.

1. *Nécessité et opportunité, les maîtres mots de l'élaboration législative*

Les travaux de légistique¹⁸ insistent tous sur le devoir du rédacteur des lois, de s'assurer de leur légitimité. Ainsi le guide français de légistique invite le législateur à toujours se poser la question préalable de « la nécessité juridique et de l'opportunité politique » de la loi qu'il désire¹⁹ et le premier chapitre de l'ouvrage de rédaction des normes s'intitule sans détour : « [l]e texte est-il nécessaire ? »²⁰. Dans ce sens, en 2003, deux circulaires du Premier ministre ont prévu, quand l'importance du projet le justifie, d'organiser des réunions interministérielles de programmation afin notamment d'en « vérifier l'opportunité politique et la nécessité juridique »²¹. De façon similaire, le rapport public du Conseil d'État pour 2006 préconise, pour restaurer la confiance du citoyen dans la loi, que la pertinence des réformes soit assurée par une réflexion préalable sur la nécessité et l'impact de la loi²².

L'analyse budgétaire prime dans l'évaluation de la nécessité de la loi, cependant qu'une nouvelle approche globale, développée dans le contexte de la mondialisation, combine l'analyse financière et la recherche de performance dans les politiques publiques²³. Le guide de législation canadien propose ainsi que la production législative fasse l'objet d'une véritable politique d'audit et que chaque réforme soit tributaire du résultat d'une évaluation coûts-avantages diligentée par le ministère qui l'initie. La préoccupation est la même en Espagne, où la *Ley del Gobierno* de 1997 prévoit que tous les projets de loi doivent être accompagnés d'une analyse sur l'opportunité et la nécessité de la mesure, complétée d'une présentation économique contenant une estimation des coûts. L'audit est particulièrement cadré en Allemagne, où les rédacteurs d'un texte sont invités à se demander si celui-ci est nécessaire en se posant une série de questions²⁴, dites *Blaue Prüffragen*²⁵. En outre depuis 2006, un Conseil de contrôle des normes allemandes évalue, au moyen du modèle du coût standard SKM (*Standardkostenmodell*), les coûts bureaucratiques des lois, dans un rapport non public mais joint aux projets de lois déposés au *Bundestag*. En Angleterre, les recommandations faites aux *Parliamentary draftmen*, spécialistes en charge de la rédaction des lois, vont également dans le sens de la nécessité, et la décision de réformer est passée au crible par les membres du Comité en charge de la réforme de la réglementation (*Panel for Regulatory Accountability*), présidée par le Premier ministre²⁶.

Toutes ces politiques législatives répondent à des injonctions supranationales. Dès 1994, un rapport de l'OCDE s'intitulait ainsi « *Improving the quality of law and*

¹⁸ La légistique « a pour objet d'exposer les connaissances et les méthodes qui peuvent être mises au service de la formation de la législation ». C.-A. Morand, « Éléments de légistique formelle et matérielle », *Légistique formelle et matérielle*, dir. C.-A. Morand, PUAM, 1999, p. 18.

¹⁹ *Guide de légistique*, La documentation française, ed. 2007, p.82.

²⁰ C. Bergeal, *op. cit.* note 16, p. 17.

²¹ Circulaires des 26 août et 30 septembre 2003 relatives à la maîtrise de l'inflation normative et à l'amélioration de la qualité de la réglementation.

²² CE, Rapport 2006 « Sécurité juridique et complexité du droit », La Documentation française, 400p.

²³ J.-P. Duprat, « The French "learning" legislator: the improvement of an indirect process », *The Learning Legislator, Proceedings of the 7th Congress of the EAL*, 2006, The Hague, p. 169.

²⁴ Y.-M. Doublet, « La simplification du droit en Allemagne » in *La légistique ou l'art de rédiger le droit*, numéro spécial, La Documentation française 2008, p. 73.

²⁵ Elaborées par les ministères fédéraux de l'intérieur et de la justice afin de s'assurer de la nécessité en vertu de deux décisions des 11 décembre 1984 et 20 décembre 1989.

²⁶ Notamment, A. Viandier, *Loc. Cit.* note 7.

regulations : economic, legal and managerial techniques »²⁷, mettant donc au même rang les méthodes managériales, économiques et juridiques, dans l'amélioration du processus législatif. Edicté en 2001, le rapport *Mandelkern* a consisté quant à lui en une série de recommandations dans le sens d'une régulation économiquement plus efficace et attrayante. Le Livre Blanc de bonne gouvernance²⁸, publié la même année, insistait identiquement sur la nécessité des normes, au moyen d'une analyse de l'opportunité et dans une culture de l'évaluation, afin que soient tirées les leçons du passé. En 2006, dans le rapport *Cutting the red tape* (éliminer la paperasse), la Commission de Bruxelles s'est prononcée pour une analyse des lois et des règlements en termes de conséquences économiques pour les entreprises destinataires. Selon la Commission, le législateur doit également respecter une proportionnalité des moyens engagés aux objectifs visés par les lois. C'est à nouveau l'optique du rendement qui a présidé au rapport européen de 2010, intitulé *The management and rationalisation of existing regulation*.

2. Concision et objectivité : les canons de la rédaction législative

Devant cette volonté de garantir la nécessité des lois, c'est-à-dire leur motivation matérielle, on ne recense quasiment aucune obligation légale de motiver les lois dans les pays de l'Union européenne²⁹. Au contraire, le Livre Blanc européen invite à ce que les lois soient sobres de détails et se restreignent à l'essentiel³⁰, sans inclure dans cet essentiel aucun préambule. La plupart des guides de rédaction des lois tendent pareillement à circonscrire l'usage de l'insertion dans le chapeau, de toutes justifications, qu'elles soient pédagogiques ou volontaristes. Le guide français de légistique est limpide sur ce point, ne faisant nullement allusion à une « motivation des lois ». La consigne y est au contraire particulièrement claire s'agissant de l'intitulé, pour lequel « il convient d'éviter les mots et expressions qui confèrent un point de vue subjectif sur le texte, notamment ceux qui traduisent un jugement de valeur ou expriment une ambition tels que "modernisation", "amélioration", "promotion", etc »³¹.

Si un « préambule » est prévu dans certains États, son contenu ne correspond guère à une motivation à part entière de la loi. Ainsi, dans les Directives de la Confédération sur la Technique Législative qui gouvernent la rédaction des lois suisses, il n'est question que d'un « préambule-visa » qui « indique de quelle autorité émane l'acte et sur quelles bases juridiques cette autorité se fonde pour l'édicter », cependant que « ni les proclamations ni les explications ou justifications des bases juridiques n'y ont leur place, pas plus que la description du but de l'acte »³². De même dans le Traité de légistique formelle luxembourgeois³³, le préambule est uniquement voué à supporter des informations procédurales. Quant au dispositif de la loi du Grand Duché, il est rappelé qu'il y a lieu d'y omettre les dispositions qui n'ont pas

²⁷ OCDE, « Improving the quality of laws and regulations », SIGMA papers, Paris, 1994, 55p.

²⁸ Commission des communautés européennes, « Gouvernance, un livre blanc », Bruxelles, 2001, COM (2001) 428 final, 40p.

²⁹ J. Schwarze, *Droit administratif européen*, Bruylant, 2009, p. 1455 et s.

³⁰ *Loc. cit.* note 28.

³¹ Guide de légistique, *op. cit.* note 19, p. 136.

³² DTL, Chancellerie de la Confédération suisse, éd. 2003, p. 17.

³³ Secrétaire général du Conseil d'État du Grand-duché du Luxembourg, *Traité de légistique formelle du Grand Duché du Luxembourg*, 2005, p. 30.

de caractère normatif, notamment celles qui « ne constituent *que* la motivation du texte », qui « n'ont *qu'* une valeur explicative et ne constituent *que* le commentaire du texte », « ne font *que* constater un état de fait », celles qui « constituent une déclaration d'intention », ou encore qui « ne formulent *qu'* une simple recommandation ou un souhait ».

Le guide de légistique albanais, instrument de rédaction très complet rédigé en 2006, précise pour sa part que si les préambules peuvent constituer une partie des lois, cela n'est généralement pas le cas en pratique, car c'est un élément qui introduira plus naturellement une Constitution qu'une loi. Il ajoute qu'il n'est pas pertinent que l'indication du contexte d'édiction et des buts de la loi, ainsi que les formules solennelles, soient incorporées dans le corps de la loi, ces informations trouvant mieux leur place dans un mémoire explicatif³⁴. C'est uniquement lorsque l'information du but de la loi pourra permettre d'éviter une fausse interprétation de ses dispositions par les juges, qu'une clause de but devrait y être intégrée.

Si la loi espagnole comprend, entre le titre et le dispositif, un exposé de la motivation de la loi appelé *parte expositiva*³⁵, cette motivation qui est partie intégrante de la loi n'a en revanche pas de valeur normative et n'est pas soumise à une obligation de publication. Cette pratique n'a donc pas la portée d'une condition de validité de la loi et on ne peut là non plus parler de motivation au sens d'une obligation d'afficher les motifs de la loi. Le guide national espagnol exprime en outre ses réticences sur l'étendue du contenu de cette partie de la loi : « on évitera les exhortations, les déclarations didactiques ou élogieuses ou toutes autres analogues »³⁶. De même, les directives de *Castilla y Leon* rappellent que l'exposé des motifs n'a pas pour vocation de faire l'apologie de la norme, mais bien d'expliquer la disposition, et que le langage ne doit pas tomber dans le sentimentalisme.

S'il existe aux États-Unis des supports à la motivation des lois – la *declaration of findings and purposes* ou les *legislative statements* –, l'usage de cette sorte de préambule est néanmoins réservé aux lois particulièrement complexes par le *Legislative Drafting Manual* du Sénat américain³⁷. Le guide du Massachusetts, conseillant de rédiger parfois les buts de la loi, souligne parallèlement le risque que le texte en soit amputé en troisième lecture, pour défaut de normativité³⁸. Les rédacteurs du *Manual on Drafting Style* du Congrès sont plus catégoriques et avertissent : « *Discourage clients from including findings and purposes !* »³⁹. La motivation trouve selon eux une place « plus sûre et plus appropriée » dans le *Committee Report*, rapport de la commission chargée de rédiger le projet de loi.

³⁴ *Law Drafting Manual in Albania. A guide to the drafting process*, 2006, p. 53 ; Deux raisons militent en ce sens. La première est que « les dispositions législatives sont essentiellement une série de commandements et non des déclarations de politique ou d'intentions », ce qui exclut les dispositions non normatives. La seconde est pratique, le vote de lois incluant ce type de clause entraînant un allongement des débats parlementaires qui devront mécaniquement porter plus longuement sur les buts assignés aux lois proposées au vote.

³⁵ J. M. Yebra, *Guía práctica para la elaboración de los textos normativos*, Bosch, Barcelona, 2008, 207 p.

³⁶ Directrices de Técnica Normativa, 29 juillet 2005, p. 3, n° 12.

³⁷ Office of the Legislative Counsel, United States Senate, *Legislative Drafting Manual*, 1997, p. 19.

³⁸ Massachusetts General Court, *Legislative Research and Drafting Manual*, 5^e éd., 2010, p. 10.

³⁹ The Office of the Legislative Counsel, *House Legislative Counsel's Manual on Drafting Style*, 1995, US Government printing Office, Washington, p. 40.

Dans les autres pays de *common law*, où le principe est que l'interprète doit s'efforcer de faire un recours exclusif à la loi⁴⁰, une certaine attention est donnée à la motivation des lois. Le guide de législation canadien recommande ainsi la rédaction de préambules et de clauses de but comme pouvant fournir « les informations contextuelles nécessaires à une compréhension claire de la loi ou expliquer les fondements de sa constitutionnalité »⁴¹ et un accès du public à ces informations. En Grande-Bretagne, la Commission Renton a proposé en 1975 d'insérer un exposé des motifs dans le corps même de la loi⁴², pour une meilleure compréhension et car sa localisation dans la loi faciliterait son amendement éventuel. Toutefois en pratique, si les préambules peuvent inaugurer la loi canadienne, c'est en dehors de toute obligation et cela arrive rarement⁴³, de même que la proposition du Rapport Renton est demeurée lettre morte et qu'aucune obligation légale ne l'a cristallisé.

Ces différents exemples procèdent notamment d'un certain esthétisme de la loi, dans lequel l'épuration est maître. *Simplicitas legibus amica*. Les consignes des auteurs spécialisés suivent l'adage, qui évoque la motivation formelle mais ne la recommandent pas. *A maxima* Jean-Claude Bécane et Michel Couderc estiment que pour rédiger une bonne loi, « dans la présentation formelle, il faut s'en tenir à l'injonction, à la formulation de la règle, ou compléter celle-ci par un préambule ou un exposé des motifs »⁴⁴. Dominique Rémy entend pour sa part se ranger au jugement de Francis Bacon⁴⁵, estimant que si l'usage du préambule est un mal nécessaire à notre temps, il demeure préférable de l'éviter. Pour la compréhension de la loi, Michel Sparer et Wallace Schwab recommandent, plutôt que de procéder à l'énoncé des raisons de la loi, de soigner la rédaction de son objet, en l'égrenant « du général au particulier », et d'introduire des articles de définition chaque fois que cela est nécessaire⁴⁶.

B. Le choix d'exprimer la motivation de la loi à l'extérieur de la loi

Les lois de simplification édictées en France ces dix dernières années⁴⁷ portent exclusivement sur la procédure d'élaboration et d'évaluation de la loi, alors que son contenu même n'est pas remis en question, et que l'idée de sa motivation n'est pas émise. Ainsi la Loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, de modernisation des institutions de la V^e République, qui s'intéresse à la qualité de la loi, ne prévoit-elle « que » la précision et la généralisation de l'étude d'impact accompagnant le projet de loi, l'affirmation du rôle d'évaluation de la loi tenu par le Parlement, et la libéralisation de la procédure des résolutions parlementaires. Les rapports du Conseil d'État, ne mentionnent nullement non plus la motivation de la loi comme une solution aux deux maux, inflation et complexité, qu'ils désignent avec vigueur. Par

⁴⁰ Voir notamment P. Pescatore, *Introduction à la science du droit*, Université du Luxembourg, 2^e réimpression, Luxembourg, 2009, 523 p.

⁴¹ Guide canadien de rédaction législative française, Ottawa, Ministère de la justice, depuis 1984.

⁴² S. Hebert, « Le rapport Renton », reproduit in A. Viandier, *op. cit.* note 7, p. 155.

⁴³ P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois*, Montréal, 4^e éd., Thémis, 2009, p. 72.

⁴⁴ J.-C. Bécane et M. Couderc, *op. cit.* note 8.

⁴⁵ D. Rémy, *Légistique, L'art de faire les lois*, Romillat, 1994, p. 72 et s.

⁴⁶ M. Sparer et W. Schwab, *La Rédaction des lois, Rendez-vous du droit et de la culture*, Conseil Supérieur de la Langue Française, Québec, 1980.

⁴⁷ Lois des 12 avril 2000, 17 mai 2011, 29 janvier 2012 et 22 mars 2012 ; loi organique du 15 avril 2009.

conséquent, c'est exclusivement *ex ante* (1) et *ex post* (2) la loi, que doivent porter les efforts de justification du législateur.

1. Une motivation du projet de loi

L'effort de justification irrigue le processus législatif et les motifs de la loi sont exprimés à différents stades. Dès l'impulsion ministérielle de la loi française, la Réforme Générale des Politiques Publiques (RGPP) a imposé un travail de concertation aux fins de déterminer quelles sont les lois nécessaires. Pareillement, au Portugal, l'initiative et la rédaction des lois appartiennent aux Ministres, qui doivent établir formellement, dans un memorandum explicatif adressé au Premier ministre, une série de justifications incluant notamment la motivation des projets de lois, afin que s'opère une sélection des projets présentés à l'Assemblée⁴⁸.

Le projet de loi français est ensuite accompagné de l'exposé des motifs. Après n'avoir longtemps figuré que dans la documentation administrative⁴⁹, la révision de 2008⁵⁰ a inséré l'obligation d'accompagner les projets de loi d'un exposé des motifs, par renvoi, dans l'article 39 de la Constitution de la V^e République. La Circulaire du trente janvier 1997 le définit ainsi : « l'exposé des motifs indique les raisons pour lesquelles le projet de loi est soumis au Parlement, l'esprit dont il procède et les objectifs qu'il se fixe. Il comporte une brève explication par article (pour les textes longs, une explication par division suffit). Le Conseil d'État rappelle que les formulations d'objectifs et les déclarations d'intention doivent figurer dans l'exposé des motifs et non dans la loi. De plus, l'exposé des motifs engage le ministre « il constitue une prise en charge politique par celui-ci du texte qu'il va présenter »⁵¹, et est donc empreint de la volonté du ministre. Finalement, l'exposé des motifs est donc un élément pour saisir le sens de la loi : « écrit par son initiateur, il est censé refléter sans équivoque sa pensée »⁵². Un même mécanisme s'observe par exemple en Espagne, où le projet de loi qui est adressé aux Chambres est accompagné d'un exposé des motifs ainsi que d'un mémoire (*Memoria*) qui en plus des aspects abordés dans l'exposé des motifs, contient une analyse plus ample du contexte normatif, décrit le phénomène auquel la loi donnera une réponse, les différentes alternatives et les raisons du choix opéré parmi elles. C'est là une obligation constitutionnelle prévue par l'article 88 de la Constitution de 1978. Force est d'observer cependant que ledit article distingue l'exposé des motifs (*exposicion de motivos*) des fondements juridiques de la loi (*antecedentes necesarios para pronunciarse sobre [los proyectos de leyes]*).

Selon la Loi constitutionnelle de 2008, une étude d'impact doit être jointe à l'exposé des motifs. La rédaction de ce document est recommandée depuis une Circulaire de 1993⁵³, une circulaire du Premier ministre du dix-huit mars 1996 préci-

⁴⁸ M. Tavares de Almeida, « Country presentation: Portugal. In The Learning Legislator », Proceedings of the 7th Congress of the EAL (European Association for Legislation), 2006, The Hague.

⁴⁹ Et notamment dans l'Instruction générale des bureaux du Sénat et de l'Assemblée nationale.

⁵⁰ L'article 39 de la Constitution de 1958, révisé par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, renvoie à l'ordonnance du 15 avril 2009.

⁵¹ Conseil d'État, RP 1991, La Documentation française, p. 189.

⁵² A.-M. Leroyer, « La motivation des lois » in La Motivation. Association Capitant, 1998, LGDJ, 2000, p. 87 et s.

⁵³ La Circulaire du 2 janvier 1993 relative aux règles d'élaboration, de signature et de publication des textes au Journal officiel et à la mise en œuvre de procédures particulières incombant au Premier ministre.

sant qu'« elle complète les documents obligatoires comme l'exposé des motifs », ces deux documents ayant pour « objectif identique celui d'éclairer la décision publique ». Anne-Marie Leroyer observe que cette étude fait figure de « véritable moyen de justifier et de légitimer l'action du gouvernement en démontrant la nécessité de la réforme »⁵⁴. Il s'agit selon la légistique française d'un « outil de décision permettant d'analyser les retombées potentielles de l'action publique et de communiquer en temps utile cette information aux décideurs, voir, le cas échéant, au public »⁵⁵. L'étude d'impact se divise en deux parties, constituées chacune d'un bilan coût-avantages et concentrées respectivement sur les motifs juridico-administratifs et socio-économiques de la norme. Les études d'impact sont également utilisées largement en Europe, sur les recommandations du groupe Mandelkern. Aux États-Unis la pratique des études d'impact a été recommandée dès 1981 par le président Ronald Reagan et le président Clinton a quant à lui mis en place en 1993 un Examen national de la performance (*National Performance Review*) pour évaluer les résultats des réformes.

2. Des éclairages a posteriori sur l'esprit de la loi

L'évaluation de la loi tout au long de sa vie est aussi une manière de confirmer sa motivation. Le droit étant un instrument d'action sociale, il se définit par ses buts et sa justification peut se faire par ses résultats. C'est le cas lorsque les effets de la loi sont analysés par les Chambres et les Cours suprêmes. On retrouve par exemple des éléments de la motivation de la loi dans les rapports de la Cour de cassation, du Conseil d'État, les discours des présidents de Chambre, ou dans le rapport annuel sur les nouvelles lois que le Sénat publie depuis 1991

Le questionnement de la loi par les voies parlementaire et judiciaire va également interroger la motivation de la loi. Ainsi les questions, écrites ou orales, posées aux ministres par les députés, mettront en lumière les ambiguïtés de la loi à l'épreuve de difficultés pratiques et solliciteront une réponse sur l'application de la loi eu égard à son esprit. Les décisions du Conseil constitutionnel sur la validité de la loi, rendues *a priori* ou dans les questions prioritaires de constitutionnalité, fournissent aussi des clés de lecture de la loi, notamment au sein des réserves d'interprétation. Les avis de la Cour de cassation remplissent un office similaire, à la lumière de la jurisprudence qu'elles harmonisent.

Enfin la résurgence des résolutions parlementaires, occasion donnée à l'Hémicycle de prendre une position politique sur des sujets donnés, offre un nouveau support à l'expression des motifs du législateur. La voix des assemblées, antérieurement circonscrite aux affaires internes à l'Assemblée et à l'expression d'avis

JORF n° 5, 7 janvier 1995, p. 384 prévoyant qu'« il est souhaitable que les projets de lois [...] soient accompagnés de l'évaluation des moyens nécessaires à leur mise en œuvre et de l'incidence des mesures proposées en termes de formalités nouvelles imposées aux usagers », a été relayée par la Circulaire du 26 juillet 1995 relative à la préparation et à la mise en œuvre de la réforme de l'État et des services publics, *JORF* n° 174, 28 juillet 1995, p. 11217, la Circulaire du 21 novembre 1995 relative à l'expérimentation d'une étude d'impact accompagnant les projets de loi et de décret en Conseil d'État, *JORF* n° 279, 1er décembre 1995 p. 17566, et encore la circulaire du 26 janvier 1998 relative à l'étude d'impact des projets de loi et de décret en Conseil d'État, *JORF* n° 31, 6 février 1998 p. 1912.

⁵⁴ A.-M. Leroyer, *ibid* note 52.

⁵⁵ *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*, Paris, La documentation française, 2005, p. 13.

sur les règlements communautaires⁵⁶, peut, conformément à l'article 34-1 de la Constitution issu de la révision de 2008, communiquer leur position sur tout pan de la politique (à condition cependant que le gouvernement y consente). En outre, les résolutions peuvent être diffusées sous forme de circulaire, afin que l'opinion et les agents publics prennent mieux connaissance de l'intention du Parlement sur certaines lois. Ces prises de position sont largement composées de visas et de considérants, à l'image des motivations existant dans les actes juridiques autres que la loi. Parallèlement, dans un des rapports de la Commission des lois relatifs à la révision constitutionnelle du vingt-trois juillet 2008, les résolutions furent présentées parmi les propositions visant à améliorer la qualité de la loi, car permettant de « décharger les lois de leurs positions purement déclaratoires »⁵⁷.

De lege lata, les motifs de la loi sont donc le plus souvent exprimés tout autour d'elle, sans qu'une motivation de la loi ne soit formellement prévue. Cette absence de motivation est une spécificité de la loi au vu des autres normes : le préambule inaugure par usage les constitutions, il est obligatoire au chef des actes réglementaires et les décisions juridictionnelles doivent être motivées, y compris désormais les décisions des jurés des Cours d'assises. Pour ces autres normes, l'obligation de motivation est présentée comme garantissant leur nature pédagogique et démocratique. Intuitivement, on peut être porté à désirer que la loi soit soumise à une pareille obligation... Au contraire, nous souhaiterions à présent dégager certaines des raisons qui militent pour que la loi, à cause de sa singularité persistante, ne comporte pas une pareille motivation.

II. Des bonnes raisons de ne pas exposer dans la loi, les motifs de la loi

Tout d'abord, force est de constater que la sanction des motifs de la loi, *res politica*, relève de l'irréalisme (II). Quand bien même la motivation de la loi serait authentique par la seule vertu de ses rédacteurs, elle lui serait vicieuse, pour dérouter ses destinataires, alors contraints de faire le départ des motifs d'obéir (II).

A. Le préambule, chose du législateur

Le contrôle de l'obligation de motiver formellement la loi s'avère aléatoire tant *a priori* au moment de sa création (1) qu'*a posteriori* entre les mains du juge (2), si bien que la motivation, au lieu de mettre utilement en exergue l'esprit de la loi, offrirait au législateur un instrument de propagande dont il serait le seul maître.

1. Le risque d'une auto-légitimation débridée

C'est en réalité un élément de bon sens qui peut en premier lieu faire douter de l'efficacité de l'obligation de motiver en tant que régulateur de l'initiative législative. En effet, cette motivation souffrirait de la souplesse de l'auto-justification. L'identité des auteurs du projet de loi et de l'étude d'impact est ainsi selon les obser-

⁵⁶ Article 88-4 de la Constitution de 1958.

⁵⁷ Rapport de la Commission des lois n° 387, rapporté par M. Hyest le 30 avril 2008.

vateurs, une des causes de la mauvaise qualité de ces dernières⁵⁸. Or, quoique la motivation formelle serait moins confidentielle que l'étude d'impact, le législateur pourrait toujours y exposer des motifs malhonnêtes ou impropres, et la motivation formelle de la loi ne sera pas forcément le reflet fidèle de la motivation matérielle.

En outre, motiver, tout comme légiférer, relève forcément d'une décision du rédacteur, de la sélection des motifs qu'il souhaite rédiger parmi ceux, souvent multiples, qui ont impulsé l'édiction de la nouvelle loi. À cette tâche, on peut redouter que la motivation tienne le rôle de vitrine politique de l'action législative. Georges Ripert soulignait à ce titre les défauts d'honnêteté que peut revêtir le préambule :

« la loi [y] est présentée comme une mesure nécessaire, imposée par l'économie ou par les mœurs, acceptée à l'avance par l'opinion. Les véritables motifs de la règle, les intérêts qu'elle satisfait, les passions qui l'inspirent, la résistance qui s'est manifestée, la lutte qu'il a fallu soutenir, tout cela est soigneusement caché sous les quelques paragraphes qui en vantent la justice et l'utilité »⁵⁹.

La doctrine continue d'ailleurs de soupçonner les propos introductifs des lois. Par exemple, un auteur a souligné qu'il existe des « finalités déclarées » qui servent à dissimuler une controverse sur la loi, ou au contraire un consensus inavouable⁶⁰. Il a également été opiné que l'idée d'une obligation efficace de motivation se heurte au réalisme et à l'inévitabilité honnêteté du législateur et qu'il existerait une partie du droit où la motivation est « décorative »⁶¹. Evoquant cette défaillance, Alain Viandier émettait l'idée de créer des « observatoires sociologiques indépendants propres à accompagner le processus législatif sans être les otages des instances politiques »⁶². Mais au niveau de la loi nationale, comment réaliser cette impartialité lorsque l'auteur final doit être le corps élu ? Le défaut de légitimité succéderait inmanquablement au vice de partialité, et l'observatoire comme la commission ne sont point non plus des parangons de transparence.

2. La faiblesse du contrôle juridictionnel d'une obligation de motivation

Le contrôle par le juge de la légitimité des motifs de la loi ne serait point chose évidente. Par analogie, les critiques de la doctrine vis-à-vis du contrôle de l'obligation de fournir une étude d'impact donnent un aperçu de l'efficacité de la sanction de la motivation d'une loi. Tout d'abord, la pertinence même du choix de consacrer la justiciabilité des études d'impact interroge, quand cette étude est destinée, avant tout, à constituer un « outil d'évaluation et d'aide à la décision »⁶³. On

⁵⁸ En ce sens : A.-S. Denolle « Les études d'impact : une révision manquée ? », *RFDC* n° 87, juillet 2011 et J. Sirinelli, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, 2010, n° 5, p. 1367.

⁵⁹ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, Chap. II « La lutte pour le droit », p. 71 et s.

⁶⁰ C.-A. Morand, « Les objectifs de la législation : approches diversifiées et complémentaires », *Revue de la Recherche Juridique, Cahier méthodologique* n° 4, 1989.

⁶¹ C. Lombois, « Rapport de synthèse », p. 107 et s., *La Motivation*, Association Capitant, 1998, LGDJ, 2000 ; p. 87 et s.

⁶² *Loc. cit.* note 7.

⁶³ J. Sirinelli, *loc. cit.* note 58.

peut en effet penser que le succès de l'étude d'impact comme outil de travail, dépend de la liberté de la discussion qui entoure son élaboration, libres débats qui seraient pareillement profitables à la détermination dialectique d'une motivation de la loi. En pratique, on peut également craindre que la peur de la sanction vienne ralentir le processus d'acculturation des administrations françaises à la pratique systématique de l'étude d'impact⁶⁴ : cette réflexion est également valable pour l'insertion d'une motivation de la loi, les rédacteurs de la norme étant souvent les mêmes fonctionnaires.

Quand bien même on estimerait que le contrôle de la motivation est souhaitable, à qui le confier ? Un tel contrôle de la motivation dans le cadre de la procédure parlementaire souffrirait du même handicap politique qu'en matière d'étude d'impact, à savoir la connivence entre les contrôleurs du texte et ses auteurs, appartenant le plus souvent à la même majorité. Cependant, incorporée dans la norme, le contrôle de la motivation formelle serait en principe réalisé par le Conseil constitutionnel. Mais il faudrait alors, par analogie, compter avec cette observation d'un auteur en matière d'études d'impact : ne pouvant faire une appréciation des choix politiques opérés par le gouvernement, le juge constitutionnel restreint son contrôle à celui de la conciliation d'une information suffisante du Parlement avec les contraintes de temps qui se posent au Gouvernement. Cela signifie qu'au contrôle de la motivation de la loi, les sages de la rue de Montpensier n'auraient pas une moindre tâche que celle de tempérer « l'impératif de sincérité qui s'attache à l'examen de la loi », par « l'exigence de continuité de la vie nationale »⁶⁵. L'ambition n'est-elle pas démesurée que celle d'apprécier la nécessité absolue, alors même que « l'évidente nécessité est une sensation, elle est ineffable »⁶⁶ ? En outre le fait que le Conseil constitutionnel puisse annuler une loi pas ou mal motivée, risque de porter atteinte à la séparation des pouvoirs, à l'image du recours qu'il fait parfois à l'erreur manifeste d'appréciation pour contrôler l'opportunité de la loi⁶⁷.

La faiblesse du contrôle juridictionnel se vérifie dans le système espagnol, qui connaît de l'usage du préambule. Certains auteurs espagnols estiment en effet que l'inclusion de la *parte expositiva* au texte de loi est une obligation uniquement politique, qui n'est pas une cause d'inconstitutionnalité de la loi votée, à moins que le Parlement n'estime que de telles informations constituent un élément de jugement nécessaire à l'adoption de sa décision⁶⁸. De même en 1961, l'affaire *Lawless*, dans laquelle étaient mis en cause les motifs d'une loi pénale irlandaise⁶⁹, a révélé la relative faiblesse de l'obligation de motivation européenne prévue par l'article 15 de la Convention de Strasbourg⁷⁰. En l'espèce, la Commission considéra que quoique

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ C'est ce qui ressort d'une décision du 25 juillet 2001 concernant les documents devant accompagner les lois de finances

⁶⁶ F. Saint-Bonner, « Exception, nécessité, urgence », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (dir.), PUF, 2003, p. 677, cité par J. Sirinelli (note 64).

⁶⁷ A.-M. Leroyer *loc. cit.* note 52. Décision *Sécurité et liberté*, du 19 et 20 janvier 1981. En outre, dans les décisions du 8 août 1985 (*Nouvelle-Calédonie*) et du 16 janvier 1982, le juge constitutionnel contrôle l'appréciation par le législateur de la nécessité publique telle qu'imposée par l'art. 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

⁶⁸ STC num. 108/1986, de 29 de julio.

⁶⁹ Affaire CEDH, série B, 1960-61 et arrêt du 1^{er} juillet 1961, voir l'analyse de M. Gounelle, *loc. cit.* note 4.

⁷⁰ L'art 15 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales exige que les États qui entendent déroger momentanément aux obligations de la Convention

les motifs de la loi litigieuse fussent objectivement insuffisants, l'analyse subjective de l'intention du Gouvernement irlandais, par les autres moyens dont dispose le Conseil, révélait une motivation satisfaisante. À quoi bon exiger qu'une justification expresse soit fournie si l'on entend sauver l'intimé par le recours à ses intentions inexprimées ?

Difficilement contrôlable, à la merci de l'honnêteté du législateur, l'obligation de motivation de la loi serait-elle toutefois envisageable, comme relevant du droit mou ? La *soft law* recouvre bien ces « normes à autorité atténuée », intégrées dans des instruments « dépourvus de force obligatoire mais non de tout effet juridique », car ils préparent d'autres normes, en facilitent l'interprétation⁷¹. Voyons à présent que les vertus communicationnelles que l'on prête à la *soft law* n'ont rien d'un acquis s'agissant de la loi, qui selon nous, doit au contraire demeurer toute entière de droit dur s'il en est.

B. Le préambule, défaut de la loi

Utilisée afin de servir la communication du législateur à l'endroit du juge et du citoyen, la motivation se révélerait déceptive à plusieurs égards. Tout d'abord le préambule, au lieu d'être le guide d'interprétation attendu par certains, pourra au contraire se présenter au juge comme une contrainte, ajoutant à la loi équivoque et rigidité (1). Ensuite la motivation-pédagogie de la loi, en son prélude, desservira le citoyen confronté de manière inopportune aux causes de la règle à suivre (2).

1. Le préambule, outil interprétatif déceptif

Cessante ratio legis, cessante lex ipsa : une loi ne doit pas porter plus loin que sa raison d'être⁷² et pour connaître ou contrôler la portée de la loi, le juge doit souvent faire la recherche de l'intention du législateur, de l'esprit de la loi. À première vue, la formulation expresse de la motivation matérielle de la loi faciliterait et sécuriserait son interprétation, qu'elle soit exégétique, téléologique ou génétique. Sous cet angle, le préambule serait d'autant plus secourable en Grande-Bretagne, où « la loi écrite, en tant que phénomène d'exception, est essentiellement d'interprétation stricte »⁷³. Privés du recours aux travaux préparatoires et cantonnés au texte de la loi, les juges du Commonwealth gagneraient à ce que la loi soit la plus précise possible. Dans cette herméneutique, le préambule est pour Alain Viandier « un guide pour l'interprétation »⁷⁴.

notifient les mesures prises en ce sens et les motifs sur lesquels elles reposent : « [t]oute H.P.C. qui exerce ce droit de dérogation tient le Secrétaire général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées ».

⁷¹ Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, Montchrestien, 2004, p. 50.

⁷² *Loc. cit.* note 40.

⁷³ M. Troper, *Q.S.J. Philosophie du droit*, Presses Universitaires de France, 2010, Chapitre IV- Le raisonnement en droit.

⁷⁴ Cette solution est notamment émise dans les ouvrages suivants : A-M Leroyer, *ibid* note 53 ; E. Letellier, *La motivation des lois*. Mémoire sous la direction de Madame le professeur Leroyer, Université Panthéon Assas, Paris II ; A. Viandier, *ibid* note 7 ; M. Gounelle, *ibid* note 4 ; JC Bécane et M. Coudere, *ibid* note 8.

Néanmoins, les auteurs mêmes qui préconisent une motivation formelle de la loi, au soutien de son interprétation, sont prudents quant à la généralisation de cette pratique. Par exemple, Alain Viandier estime que :

« le texte se suffit, en principe, à lui-même et il y a tout à perdre à le coiffer d'un préambule incantatoire. C'est seulement lorsque la loi, par la nouveauté de son contenu, de ses concepts ou de ses techniques, risque de s'insérer avec peine dans le tissu législatif existant qu'il y a lieu de recourir au préambule »⁷⁵.

En Angleterre, le rapport Renton affichait une même prudence, recommandant « *that statements of purpose should be used when they are the most convenient method of delimiting or otherwise clarifying the scope and effect of legislation* »⁷⁶. La jurisprudence espagnole résout quant à elle le problème de l'opacité éventuelle de la motivation formelle, l'estimant « dénuée de la force de communication que seule peut revêtir la loi elle-même une fois votée, et [que] l'on devra donner à cette dernière une préférence totale en cas de contradiction entre les deux parties »⁷⁷.

L'équivoque apportée par un préambule est ainsi présentée par le Conseil d'État du Luxembourg :

« il ne faut [...] pas se méprendre sur la portée de déclarations de principe, la présentation de la philosophie du texte ou l'énoncé de principes généraux insérés dans les textes normatifs. Tout en paraissant dénués de tout caractère normatif, ils peuvent néanmoins créer des difficultés juridiques, dans la mesure où leur portée reste incertaine pour le juge chargé de les interpréter »⁷⁸.

Et Max Gounelle de relater que si la motivation formelle de la loi peut mettre en avant son motif déterminant parmi tous ceux qui sont apparus pendant son élaboration, *quid* si elle comprend plusieurs motifs ? On retrouve en outre, dans l'interprétation du préambule, une des problématiques soulevées aux États-Unis au sujet du recours à la *legislative history*. Pour le juge Antonin Scalia, cette pratique est à bannir, notamment car il est plus probable de tirer des travaux préparatoires une fausse intention de l'auteur que l'authentique intention du législateur, puisque le Parlement n'a pas pu prévoir 99,99 % des cas qui se posent au juge⁷⁹.

Notons que la motivation des lois, encombrante lorsqu'elle est incomplète ou contradictoire, peut aussi être dangereuse si elle est surinterprétée. L'argument est ancien. En 1848, le député constituant Mailhe alertait ses co-rédacteurs contre le danger d'un tel recueil de principes en tête d'une constitution : « ne mettez pas dans cette déclaration qui n'est point une loi, des principes contraires à ce que renferme la constitution qui est une loi, ou bien fournissez à tous les ignorants, à tous les factieux, à tous les turbulents, les moyens de la renverser »⁸⁰.

⁷⁵ *Loc. cit.* note 7.

⁷⁶ *Loc. cit.* note 42.

⁷⁷ J. Yebra, *Loc. cit.* note 35.

⁷⁸ Traité de légistique du Grand Duché du Luxembourg, chapitre liminaire.

⁷⁹ Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation, Federal court and the law*, Princeton university press, NJ, ed. Amy Gutman, 1997, p. 14 et s.

⁸⁰ Cité in A. Coutant, « De la valeur d'un texte introductif », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 88, oct. 2011.

Quand bien même le préambule remplirait son objectif d'éclaircir la motivation du législateur, on pourrait reprocher à la motivation formelle d'introduire de la rigidité dans la loi. En effet, les guides fournis au juge ne doivent pas se transformer en véritables œillères et l'on sait que ces derniers doivent pouvoir adopter une lecture de la loi propre à épouser les contours du litige qui leur est soumis. En outre, en amont de la décision du juge, la motivation priverait le procès d'une partie de la *contradictio*, débat des plaideurs sur l'esprit des textes d'où peut émerger une vérité juridique.

On peut également redouter que ses motivations précises gravées dans l'airain, l'obsolescence d'une loi motivée en son sein soit programmée à plus court terme que lorsque le texte est général. Or quoique l'abrogation de la loi motivée et le vote d'une loi nouvelle actualisée soient techniquement réalisables, les contraintes d'une délibération parlementaire sur de grands principes, ainsi que la fréquence dès lors accentuée des réformes, surchargeront les séances des assemblées. La règle secondaire de changement, invoquée par Hart⁸¹ comme une des règles cardinales de la norme, serait par conséquent mise à mal.

Enfin, la détermination de la motivation de la loi demeurera dépendante d'une décision du juge, car ce dernier devra interpréter le texte du préambule et cette interprétation sera un acte de volonté. Ainsi selon un auteur, « règles de rédaction et règles d'interprétation recouvrent une même réalité envisagée dans deux processus inverses : dans les deux cas, c'est l'incarnation d'une volonté dans un texte qui est en cause »⁸². On devine comme David Renton avant nous, que « le véritable problème est donc un problème de confiance : le Parlement est-il prêt à faire confiance aux juges ? »⁸³.

2. *Le préambule, incarnation du fardeau d'une loi pédagogique*

Il est souvent pensé que le commandement de la loi sera d'autant plus respecté qu'il sera auguré d'un *placebo*, convaincant le sujet de droit de mieux le respecter. Anne-Marie Leroyer relève que dans notre droit, les méthodes d'expertise et de consultation *ex ante*, relayées par l'étude d'impact et dans l'exposé des motifs, « ne servent plus simplement à éclairer les choix mais sont destinées à recueillir l'adhésion du corps social à la décision et même à asseoir sa légitimité »⁸⁴. On retrouve ici l'esprit des méthodes de propagande, une motivation-slogan de la loi tel un prêt-à-penser nécessaire à la régulation sociale d'une foule qui ne pense pas⁸⁵. Platon considérait que la rhétorique ou la musique, amadouant les auditoires par des préludes ou des accroches, étaient des exemples à suivre dans l'éducation du citoyen⁸⁶. Or il existerait une « motivation de conviction », qui vise à obtenir l'adhé-

⁸¹ H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, Facultés universitaires de Saint-Louis 2^e éd., 2005.

⁸² P. Reuter, *Introduction au droit des traités*, Paris, 1972, p. 103, cité par M. Gounelle, *op. cit.* note 8 ; on pensera aussi aux travaux de Michel Troper et à l'ouvrage de John Langshaw Austin, *Quand dire, c'est faire*, Éditions du Seuil pour la version française, 1970.

⁸³ Rapport Renton, *Loc. Cit.* Note 42.

⁸⁴ A.-M. Leroyer, *Loc. Cit.* Note 52.

⁸⁵ Voir E. L. Bernays, « The Engineering of consent », *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1947.

⁸⁶ Platon, *Les lois*, IV, 723 ; la même idée se retrouve chez J.-É. Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, 1804, Collections des publications du Centre de philosophie du droit, Université d'Aix-Marseille ou encore Jean-Jacques Rousseau, *Discours sur l'économie politique*, éd. Pléiade, t. III, p. 249.

sion du sujet de droit, et « une motivation *explication* »⁸⁷. Le préambule pourrait encore être l'apanage de la loi pénale *expressive*, c'est à dire porter en elle l'expression du besoin spécifique de protection de la société qui justifie la règle répressive édictée⁸⁸. La loi doit aussi démontrer sa justice et son utilité selon Jean-Jacques Rousseau⁸⁹. La théologie de la loi pédagogue est sous-tendue chez ces auteurs : l'accomplissement du commandement de Dieu s'entend comme un bonheur plus que comme un devoir, à cause de l'entendement que le croyant a de l'ordre donné⁹⁰. Le législateur fut d'ailleurs un temps l'homonyme de l'instituteur⁹¹.

Toutefois le préambule vu comme une didascalie pédagogique de la loi, est-il sans équivoque un facteur de clarté ? Le Conseil constitutionnel a dégagé de la Déclaration de 1789, un « objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi »⁹², l'égalité devant la loi des citoyens impliquant « une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables », avant de lire dans l'article 34 de la Constitution de 1958, le principe constitutionnel de « clarté de la loi »⁹³. Le juge constitutionnel attache à ces deux principes l'obligation pour le législateur d'adopter « des dispositions suffisamment précises et non équivoques », afin de « [prémunir] les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire ». Il s'agit d'équilibre et les Sages de Montpellier ont ainsi jugé que si « des motifs d'intérêt général suffisants peuvent justifier la complexité de la loi », les neuf pages d'un l'article et « son caractère imbriqué, incompréhensible pour le contribuable et parfois ambigu pour le professionnel » allaient générer de l'insécurité juridique et rendre impossible son utilisation par le citoyen⁹⁴. Le risque d'un allongement démesuré des lois se concrétise dans l'exemple espagnol. On observe ainsi des lois espagnoles dont les *partes expositivas* s'étalent sur trois ou quatre pages et se perdent fréquemment dans une foule de détails. En outre, la cohérence du préambule avec le dispositif de la loi est mise à mal par deux phénomènes que sont les lois omnibus et le fait que les débats parlementaires, lorsqu'ils amendent le dispositif, ne portent pas au préambule les corrections correspondantes.

Michel Sparer et Wallace Schwab ont souligné avec acuité l'ambivalence de l'usage d'explicitier l'objet de la loi⁹⁵. Ces auteurs insistent sur le talent nécessaire des rédacteurs à l'épreuve de l'écriture de l'objet de la loi :

« Pour choisir les mots qui expriment l'objet, il faut retrouver ceux qui expriment la substance de la loi. Le défi que représente la cohérence interne du texte n'est pas moindre en mentionnant l'objet qu'en ne le mentionnant pas. En effet, l'objet sert à guider le justiciable, et il est fâcheux de découvrir un contraste entre un article de fond et cet objet. Le danger est d'autant plus

⁸⁷ C. Lombois, *loc. cit.* note 61.

⁸⁸ R. Badinter, Séance de la Conférence Olivaint du 17 décembre 2011, Institut de Sciences Politiques de Paris.

⁸⁹ J.-J. Rousseau, *loc. cit.* note 86.

⁹⁰ Notamment : Évangile de Jésus Christ selon Saint Jean (Jn 15, 9-17).

⁹¹ J. Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 6^e éd, LGDJ, 1988, p. 145 et s.

⁹² Cons. Const., Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999.

⁹³ Cons. Const., Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002.

⁹⁴ Cons. Const., Décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005.

⁹⁵ On notera que c'est au seul objet de la loi qu'il était fait référence dans le texte de MM Sparer et Schwab et que l'on en déduit que l'écriture des motifs s'avèrerait *a fortiori* particulièrement délicate.

pernicieux lorsqu'il s'agit d'une disposition qui ne se prête pas à une application dans les faits, mais demeure une abstraction législative »⁹⁶.

Il semble que ces remarques sont également pertinentes dans l'hypothèse de la rédaction de la motivation de la loi.

Dans l'heureuse hypothèse où le rédacteur serait habile et la motivation serait écrite avec clarté et concision, l'exposé des causes de la loi demeurerait vain. Charles-André Morand explique ainsi que même en présence d'un objectif déclaré de la loi, « on ne peut pas faire l'économie de la recherche des objectifs réels »⁹⁷. Au-delà de l'objectif déclaré dans un article assez général et abstrait, il existe une chaîne d'objectifs de plus en plus concrets. Il faut aussi admettre que les objectifs ne sont pas figés dans le temps, et prendre en compte tant ceux exprimés dans les travaux préparatoires que ceux qui se révéleront pendant l'application de la loi. Or s'il demeure nécessaire de pratiquer une telle radiologie de la loi, malgré la formulation de sa motivation, quelle utilité pour cette dernière ? La même question est suscitée par la théorie de Chaïm Perelman. Si pour le philosophe, justifier, c'est ajuster et montrer la conformité à la norme (ce qui serait le rôle d'une motivation formelle), Henri Battifol remarque que le problème 'rebondit' puisqu'il faut alors justifier la norme de référence, et qu'*in fine*, une « menace finale subsiste, celle de la *regressio in infinitum* »⁹⁸. Perelman a recours à une justification ultime par la justice « prophétique », par le rapport de moyen à fin et par le fait que « si les principes ne sont pas démontrables, il sont [...] justiciables [...] d'arguments sans valeur contraignante soumis à l'approbation d'un "auditoire" universel composé d'un ensemble d'hommes compétents pour en juger »⁹⁹. Néanmoins pour Battifol, le choix de la fin dans le rapport téléologique et la détermination dialectique de la justice, laissent peser la menace de ladite *regressio in infinitum*, puisque l'on se demande quel est au juste l'auditoire parfait et avec Kelsen, « qui ou quoi m'oblige à obéir à Dieu ? ».

Porteuse d'une infinité de questions, la loi motivée ne remplirait que mal sa fonction de commandement. Conformément à la théorie de l'autorité de Joseph Raz¹⁰⁰, il apparaît que lorsque la loi cherche à se justifier, elle ne rend plus aux citoyens le service consistant à leur fournir un commandement certain, une assurance que leur comportement sera rationnellement le bon, simplement parce qu'ils se seront conformés à la règle. Les détenteurs de l'autorité doivent au contraire agir selon la *preemption theory*, qui consiste à écarter du commandement les raisons qui ont entouré la décision. Car ayant connaissance de la raison d'une prescription, le citoyen serait naturellement porté à en évaluer les mérites afin de vérifier la légitimité de l'ordre qui lui est donné et en présence de plusieurs raisons, il aura tendance à choisir celle qui lui semble la plus juste motivation d'agir. Or on l'a vu, exposer les raisons de la loi, revient parfois à mettre en avant des circonstances à portées contradictoires, voire l'erreur du gouvernant dans son choix.

L'exemple des lois expérimentales est le plus flagrant. Ces lois souffrant par nature de l'existence parmi leurs motifs d'un doute, l'exposé de leur motivation sera

⁹⁶ *Loc. cit.* note 46.

⁹⁷ *Op. cit.* note 60.

⁹⁸ H. Battifol, « La justification en droit dans la pensée de Ch. Perelman », *Mélanges Perelman. Justice et Argumentation*, 1986, p. 154 et s.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ J. Raz, « The problem of authority; Revisiting the Service Conception », *Minnesota Law Review*, 90-1003, 2006.

forcément porteur d'une grande confusion pour le citoyen devant les appliquer. Or la pratique des *sunset statutes* est tout à fait normalisée dans les pays anglo-saxons comme en France, où elle a même été constitutionnalisée¹⁰¹. En tout état de cause, les travaux des généticiens de la loi révèlent que les motifs de la loi sont innombrables et divers. À l'observation de trois lois du début des années 1980 des auteurs ont pu identifier pas moins de huit types de motifs de la loi : le besoin de réforme, les causes économiques, psychologiques, juridiques, techniques, chronologiques, sociales ou encore savantes¹⁰². La présentation des causes vise on l'a dit à emporter sa conviction et à toucher l'entendement du citoyen. Pourtant ce dernier peut ne pas souhaiter faire de choix entre les motifs nombreux et éventuellement contradictoires, ou encore estimer douteuse la cohérence des raisons qui lui sont exposées. Le citoyen peut également souffrir de la hantise de la prise de décision, désirer de ne pas y perdre du temps ou tout bonnement manquer de compétences techniques appropriées, dans les nombreux domaines techniques que la loi doit régir (sécurité alimentaire, fiscalité des entreprises, normes de construction, obligations médicales...). Ne pas exposer les raisons de la loi dans la loi, ce sera à cet égard soulager le citoyen du fardeau de la décision.

En conclusion, on rappellera à nous les sages propos tenus, en 1804 par Jean-Etienne Portalis : « les lois sont faites pour les hommes », et non l'inverse¹⁰³. La loi doit offrir au citoyen une raison claire et exclusive d'agir en un sens donné, lors d'une situation particulière, et elle doit donner au juge un matériau d'action à la fois univoque et apte à épouser les contours du litige. Selon la préconisation du Conseil d'État, dans son rapport public pour 2011, on se fera fort d'identifier dans notre étude l'option zéro, c'est à dire la méthode d'action ne faisant pas appel à l'édiction de normes nouvelles¹⁰⁴.

¹⁰¹ La réforme constitutionnelle du 28 mars 2003 a donné un statut à l'expérimentation par l'insertion de l'art. 37-1.

¹⁰² D. Lebeau et al. *Loc. cit.* note 13.

¹⁰³ J.-E. Portalis, Discours préliminaire sur le projet de Code civil, 1804, Collection des publications du Centre de philosophie du droit, Université d'Aix-Marseille

¹⁰⁴ Il convient de préciser que cet article a été rédigé au cours du premier semestre 2013.