

Accessibilité et communicabilité du droit

EMMANUEL CARTIER

Professeur à l'Université de Lille II – Droit et Santé

Quel droit pour quel accès ? Ces questions en apparence simplistes méritent d'être posées tant l'expression « accès au droit », largement diffusée par les textes législatifs et réglementaires¹ dans le cadre d'une politique publique de transparence et de réduction des inégalités amplifiée par la juridicisation de la société², recouvre des significations et des enjeux divers que l'angle juridique n'épuise pas. Les dimensions historique³, sociologique⁴, voire

¹ La loi du 10 juillet 1991 *relative à l'aide juridique* crée les Conseils départementaux de l'aide juridique que la loi du 18 décembre 1998 *relative à l'accès au droit et la résolution amiable des conflits* transforme en conseils départementaux de l'accès au droit (CDAD) tout en élargissant le concept d'accès au droit auparavant essentiellement envisagé au travers de l'aide juridictionnelle. Ceux-ci ont pour mission de garantir au plus grand nombre d'habitants du département l'accès à une information juridique de qualité. L'article 54 de la loi dispose que le CDAD est « chargé de recenser les besoins, de définir une politique locale, de dresser et diffuser l'inventaire de l'ensemble des actions menées. [...] Il procède à l'évaluation de la qualité et de l'efficacité des dispositifs auxquels il apporte son concours ». Dans le prolongement de ce dispositif et dans le cadre de la politique de la ville, des « bureaux de l'accès au droit » ont été mis en place, cf. Arrêté du 20 février 2002 *fixant l'organisation en bureaux du service de l'accès au droit et à la justice et de la politique de la ville* ; Arrêté du 9 juillet 2008 *fixant l'organisation en bureaux du service de l'accès au droit et à la justice et de l'aide aux victimes du secrétariat général du ministère de la justice*, *JORF* 11 juillet 2008.

² Voir sur ce point les conclusions du Rapport 2008 de la commission de réforme de l'accès au droit et à la justice rendu à la demande de la Ministre de la Justice, suite au mouvement de grève des barreaux protestant contre la refonte de la carte judiciaire. Ainsi que le note Philippe Didier, avoir fait de l'accès au droit un enjeu de politique publique traduit une volonté de faire du droit un mode essentiel de résolution des conflits dans la société en négligeant dès lors les autres modes de résolution ayant pour nombre d'entre eux fait leurs preuves par le passé comme la religion, la morale ou la tradition, cf. Ph. DIDIER, « Regard juridique sur l'accès au droit », in *L'accès au droit*, Actes du colloque du 3 juin 2001 à l'Université de Tours, CRDP, Publications de l'Université François Rabelais, Tours, 2002, p. 105.

³ Sur les aspects historiques de la prise en compte par les pouvoirs publics de la nécessité de rendre accessible aux plus démunis le droit, cf. Ch. DAUCHEZ, « Regard historique sur l'accès au droit », in *L'accès au droit*, *ibid.*, pp. 91-104.

⁴ Sur les aspects sociologiques de la question, cf. J. FAGET, « Regard sociologique sur l'accès au droit », *ibid.*, pp. 119-135.

anthropologique et psychologique complètent en effet de manière pertinente cette question de l'accès au droit. La seule approche juridique se traduit d'ailleurs par différentes problématiques liées à la diversité des matières concernées, qu'il s'agisse du droit constitutionnel où le Conseil constitutionnel a consacré en 1999 un objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi⁵ ; du droit administratif puisque les mesures matérielles de communication et de conservation des lois comme de l'ensemble des actes unilatéraux de puissance publique se rattachent classiquement à l'exécutif et à la fonction administrative ; du droit de la propriété intellectuelle puisque la réutilisation des données ainsi produites par l'administration, notamment sous leur forme dématérialisée⁶, peut donner lieu à la perception de redevances⁷ ; enfin du droit de la preuve avec la question de l'authenticité des actes ainsi portés à la connaissance des administrés et de la responsabilité éventuelle des autorités en charge de leur mise à disposition par les organes officiels de diffusion⁸.

La question de l'accès au droit nécessite au préalable de distinguer ce à quoi l'expression « droit » renvoie, ce qui ne va pas forcément de soi. En effet, s'agit-il de l'accès aux sources du droit qui par définition ne sont pas toujours évidentes à appréhender même si on s'en tient aux seules sources formelles pour reprendre une distinction controversée de François Génay⁹ ? S'opposent alors deux conceptions du

⁵ Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnance, à l'adoption de la partie législative de certains codes* ; J.-É. SCHOETTL, « Codification par ordonnance », *AJDA* 2000, p. 31.

⁶ La dématérialisation peut concerner, soit le processus de transformation d'une pièce papier originale en une pièce numérique, soit la création originelle d'une pièce numérique. Le second procédé consiste, selon certains auteurs, à créer des pièces « immatérielles » et non dématérialisées comme pour le premier, cf. V. E. A. CAPRIOLI, « Variations sur le thème du droit de l'archivage dans le commerce électronique », *LPA* 1999, n° 164, pp. 5-6.

⁷ Outre le fait que certaines des données diffusées par le site Légifrance sont protégées par le droit d'auteur – art. L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle – (traductions et résumés ainsi que les modes de classement des documents consultables), « l'extraction ou la réutilisation » de « parties quantitativement ou qualitativement substantielles du contenu » des bases du site sont subordonnées à l'obtention d'une licence en vertu de l'art. L. 341-1 du même code. C'est l'ordonnance du 6 juin 2005 *relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques* qui, en même temps qu'elle définit le régime de la réutilisation des données juridiques, confie à la Commission d'accès aux documents administratifs la mission de veiller à son application aux moyens d'avis et de sanctions. Un décret d'application du 30 décembre 2005 vient compléter le dispositif.

⁸ Cf. E. CARTIER, « Publicité, diffusion et accessibilité de la règle de droit dans le contexte de la dématérialisation des données juridiques », *AJDA* 30 mai 2005, pp. 102-111.

⁹ L'auteur oppose en effet les sources réelles du droit ou matérielles, par définition en dehors du droit, aux sources dites formelles, traditionnellement associées à la loi, au règlement, à la coutume et à la jurisprudence. Cette distinction est très critiquable non seulement en ce qui concerne l'emploi du mot « source » mais surtout du fait de la dogmatique qui préside à toute présentation des sources dites

droit rattachées respectivement à la tradition romano-germanique, en vigueur en Europe continentale, dont se fait écho l'Union européenne, et à la tradition de *Common law*, en vigueur au Royaume-Uni et dans les pays du *Common wealth*, qui inspire l'OMC et la Banque mondiale dans leur recherche de performance économique¹⁰. S'agit-il de l'accès aux divers supports de la règle de droit, c'est-à-dire pour reprendre une distinction doctrinale classique à l'*instrumentum* – qu'il faut distinguer du *negotium* (l'opération juridique enregistrée sur le document) – parmi lesquels l'écrit occupe le premier rang mais n'est pas le seul ? S'agit-il de l'accès à la règle de droit elle-même, ce qui suppose la perception objective de son caractère impératif par son destinataire et, parmi les différents modes impératifs, celui correspondant au commandement effectif énoncé par son auteur, ce qui suppose d'introduire la problématique de l'interprétation en droit et la controverse qu'elle suscite au regard de la théorie réaliste¹¹ ? La question se posera d'ailleurs différemment selon que l'accès au droit concerne l'autorité chargée de l'application de la règle de droit, juge ou administration, le justiciable devant conformer son comportement au droit en vigueur, l'avocat chargé de défendre les intérêts de son client sur la base d'une argumentation juridique parfois peu conventionnelle, ou tout simplement l'étudiant en droit cherchant à acquérir des connaissances sur telle ou telle matière qu'il doit étudier dans le cadre du cours qui lui est dispensé.

L'accès au droit ne doit néanmoins pas être confondu avec l'accès au juge, au risque de limiter le droit aux seuls conflits dont la résolution est demandée aux juridictions¹². Cette vision d'un droit limité au seul contentieux – c'est-à-dire d'une certaine manière de la pathologie du droit – outre qu'elle ne correspond pas à notre culture juridique et à ce qu'il faut entendre par « droit », témoigne d'une tendance préoccupante à la judiciarisation de la société sur le modèle non transposable du droit anglo-saxon. Cette tendance illustre d'ailleurs une certaine démission du

formelles du droit dont le contenu et la structure varient selon les systèmes et les auteurs (nombre exact, définitions, domaines respectifs, forces). Il s'agit en effet principalement, pour s'en tenir aux auteurs français, d'un droit légiféré, interniste ou étatiste, souvent calqué sur le droit privé tant en ce qui concerne l'articulation des règles et catégories juridiques qu'en ce qui concerne le rôle du juge.

¹⁰ Pour exemple le *rapport Doing business* rendu par la Banque mondiale en 2004 épingle les systèmes judiciaires de droit civil par rapport à ceux de *Common law* pour leur lenteur et leur absence de souplesse, obligeant les premiers à s'interroger sur leur capacité d'évolution, cf. *Doing business in 2004 : understanding regulation*, The World Bank, Oxford University Press, 2004, Report No: 27147, 217 p.

¹¹ Pour une présentation de cette problématique sur un mode contradictoire, cf. O. PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC* 2002, n° 50, pp. 279-334. et M. TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC* 2002, n° 50, pp. 335-353.

¹² Sans nier le caractère complémentaire de l'accès au droit et de l'accès à la justice, la distinction est essentielle. Elle est d'ailleurs fort judicieusement reprise par le Rapport 2008 de la commission réforme de l'accès au droit et à la justice, *op. cit.*

politique dans sa capacité à résoudre une partie des conflits de société¹³. Il s'agit donc à la fois d'une question d'effectivité, voire d'efficacité (question extra-juridique)¹⁴ et d'une question juridique liée aux conditions d'opposabilité de la règle de droit à ses destinataires. Nous écarterons ainsi de cette étude la question tout aussi intéressante de l'accès intellectuel au droit en notant que la présomption de connaissance de la loi qui repose sur le principe « Nul n'est censé ignorer la loi » que connaît la majorité des systèmes juridiques traduit *in fine* une présomption de lisibilité ou intelligibilité de la règle de droit aujourd'hui souvent renversable lors du contrôle de constitutionnalité de la loi¹⁵, même si la base de ce contrôle demeure dotée d'une normativité faible¹⁶.

Ne serait-il pas judicieux dans un premier temps de renverser la question : qu'en serait-il en effet d'un droit inaccessible ? Serait-ce même encore du droit ? Ne lui manquerait-il pas la part d'effectivité minimale nécessaire à tout ordre juridique digne de ce nom¹⁷ ? Il en résulte que l'accessibilité du droit, sans être une condition de son existence, est une condition de son acceptabilité, c'est-à-dire de sa légitimité (I). Dans un second temps c'est une question préalable à toute analyse de l'accès au droit qui doit être posée, à savoir celle de l'authenticité de la règle ainsi rendue accessible (II). Cette question précède en effet celle de la communicabilité de la règle de droit qui, dans les systèmes de tradition romano-germanique conditionne son opposabilité à ses destinataires (III).

¹³ Ce mouvement, non spécifique à la France traduit parallèlement une déresponsabilisation de la société en général.

¹⁴ Une norme ne pouvant être fondée sur un fait, le constat de l'efficacité ou de l'absence d'efficacité de la norme en question ne relève *a priori* pas d'un discours sur le droit et n'apporte rien à l'analyse juridique.

¹⁵ Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, *op. cit.* et L. MILANO, « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », *RDP* 2006, pp. 637-671.

¹⁶ Sur le faible degré de normativité des objectifs de valeur constitutionnelle, cf. P. DE MONTALIVET, « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20, 2006, pp. 169-175 et du même auteur, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2006, 647 p.

¹⁷ Dans les deux versions de sa *Théorie générale du droit* (TGD 1 et 2), Kelsen considère en effet que l'efficacité globale est une condition *sine qua non* de la validité d'un ordre juridique. L'auteur fait même du principe d'efficacité la condition de détermination de la Constitution de tout ordre juridique et, par un étrange raisonnement inversé, la détermination de sa norme fondamentale, cf. H. KELSEN, *TPD* 1, p. 126 et *TPD* 2, pp. 209-211. Selon Kelsen, l'efficacité du droit, qu'il s'agisse de la Constitution ou de l'ordre juridique qui en découle, peut ne pas être totale, il suffit qu'elle soit « globale » ou « grosso modo », « en tant que tout », efficace, « c'est-à-dire effectivement obéies et appliquées en gros et de façon générale », cf. *TPD* 2, p. 215.

I – L’ACCÈS AU SUPPORT DE LA RÈGLE JURIDIQUE COMME CONDITION D’ACCEPTABILITÉ DU DROIT

Nous ne sommes plus aujourd’hui, du moins dans nos démocraties occidentales, face à un droit révélé constitué de règles qui s’imposent par leur seule origine divine à l’ensemble des hommes, soit qu’elles résultent directement de la volonté de Dieu dont les commandements s’adressent à l’homme dans des textes sacrés, soit indirectement lorsque les autorités politiques prétendent édicter des règles positives au nom de Dieu¹⁸. La révélation elle-même ne suffit d’ailleurs pas à faire du commandement divin une règle de droit. Encore faut-il que le commandement ait été posé comme tel, souvent par le biais d’un écrit, simple retranscription de la volonté divine, comme l’ont été les tables de la loi pour Moïse et le peuple hébreu dont les prescriptions furent, selon l’Ancien Testament, dictées par Dieu sur le mont Sinäi. Même la norme divine suppose d’avoir été posée ou du moins transposée en la forme de signes linguistiques compréhensibles, c’est-à-dire lisibles donc accessibles du point de vue intellectuel, soit directement, soit par l’intermédiaire d’hommes dont la fonction est justement de diffuser les commandements divins et d’en donner l’interprétation officielle¹⁹.

Une fois cette étape accomplie, encore faut-il que la norme puisse toucher les justiciables et les autorités chargées de son application, respectivement destinataires primaires et secondaires de la norme. Elle doit pour cela être communiquée ou tout du moins être rendue communicable à ses destinataires. Sans cela elle perdrait sa fonction normative, à savoir régir les comportements humains. Seule serait effective la sanction de la règle de droit qui perdrait dès lors son caractère hypothétique, s’apparentant à une série de décisions individuelles dont les destinataires, faute d’avoir pu connaître le contenu de la règle, n’auraient pu conformer leur comportement à celui-ci et en cela la respecter. La connaissance de la règle interviendrait dès lors *ex post*, la sanction jouant le rôle de vecteur communicationnel du contenu de la règle enfreinte vis-à-vis des justiciables susceptibles de voir leur comportement régi par celui-ci.

La communication du droit, entendu comme un ensemble de prescriptions organisées en un système hiérarchisé et sanctionné visant à régir le comportement humain dans une société donnée, apparaît à la fois comme une nécessité conditionnant l’effectivité de la règle de droit et comme un facteur de sa légitimité. Sa violation implique en effet le recours à la sanction c’est-à-dire à la force

¹⁸ Origine de la distinction kantienne entre « religion révélée » et « religion naturelle », cf. I. KANT, *La religion dans les limites de la raison*, trad. J. TRULLARD, Librairie de Ladrangue, Paris, 1841, pp. 274 et s.

¹⁹ Le prêtre a ce rôle au sein de l’Église et jusqu’à la transcription des textes sacrés du latin aux langues modernes, sa fonction de vecteur des commandements divins était essentielle.

(publique), stade ultime du processus de concrétisation de l'ordonnement juridique. Comment en effet justifier la sanction d'une règle dont le contenu n'a pu, au moins potentiellement, être connu des justiciables ? Quelle autorité pourrait se prévaloir d'une telle prérogative ? C'est pourtant ce qui se produit lorsqu'une règle de droit comporte des dispositions rétroactives, c'est-à-dire régissant des situations révolues ou plutôt tirant des conséquences juridiques nouvelles de faits révolus. La condamnation par la plupart des systèmes juridiques contemporains, sous la forme d'une règle ou d'un principe général, des normes de portée rétroactive, notamment dans l'ordre pénal²⁰, témoigne à la fois de l'antinomie et de l'illégitimité qui préside à l'existence de telles règles²¹. L'accès au droit participe donc à son acceptabilité par la société dans le cadre du minimum de sécurité juridique nécessaire à l'effectivité de tout ordonnancement juridique. La consécration récente dans notre droit positif sous l'influence de la jurisprudence de la CEDH et de la Cour constitutionnelle allemande d'un principe de sécurité juridique contribue à juridiciser une problématique dont seule la dimension politique (en termes de légitimité et de transparence démocratique) émergeait antérieurement²².

La question de l'accès au droit doit être analysée sous l'angle juridique c'est-à-dire à partir des catégories et des règles issues de notre ordonnancement juridique et de leurs rapports spécifiques. Le droit dont la question de l'accès doit être posée correspond par conséquent à l'ensemble des règles juridiques en vigueur sur un territoire donné dont les autorités publiques doivent assurer l'application et auxquelles les justiciables doivent conformer leur comportement. De ce point de vue, le justiciable doit pouvoir connaître les règles qui lui sont applicables quelle que soit leur origine (législative, réglementaire ou non réglementaire, interne ou externe), leur portée (générale ou individuelle, rétroactive ou non) ou leur date d'édition (pouvant remonter parfois à l'Ancien Régime)²³. L'accès au droit suppose par conséquent la combinaison de procédés de communication et de conservation du droit en vigueur afin que nul ne puisse l'ignorer ou l'oublier. A défaut, outre le risque d'être soumis sans le savoir à telle ou telle prescription, le justiciable risque aussi d'être maintenu dans l'ignorance de ses droits et libertés fondamentaux que les textes

²⁰ Principe affirmé en France pour la loi pénale par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme ainsi que par l'article 2 du Code civil pour les autres lois mais dont la valeur demeure en ce cas simplement législative.

²¹ *Le principe de non rétroactivité des lois*, VIIe Table ronde internationale, Aix-en-Provence, 11 juillet 1990, A.I.J.C., VI, 1990, PUAM et *Économica*, Paris et Marseille, 1992.

²² Celui-ci a pour le moment rang de principe général du droit, cf. CE Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, n° 288460, *AJDA* 2006, pp. 1028 et s.

²³ Par exemple la célèbre ordonnance de Colbert sur la Marine de 1681, en vigueur en matière de détermination du domaine public maritime, jusqu'à son abrogation par la publication de l'ordonnance du 21 avril 2006 relative à la partie législative du Code de la Propriété des personnes publiques.

constitutionnels modernes ont pour fonction de consacrer et que la loi a pour tâche de mettre en œuvre. Le préambule de la DDHC de 1789 qui ne suscite, à tort, que peu d'intérêt de la part des juristes sous prétexte de ne pas avoir été consacré comme norme de référence par le Conseil constitutionnel, précise ainsi que : « considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme, afin que cette Déclaration, constamment présente à tous les Membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ; afin que leurs actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés ; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous ».

L'accès au droit présuppose pour remplir sa fonction de garantir l'authenticité du contenu des règles en vigueur. Il repose par conséquent sur une administration prolongeant la fonction normative de l'État dans le domaine de la communication. L'activité normative apparaît en effet comme une activité de communication par nature. Elle opère dans un cadre communicationnel formé entre l'auteur de la règle (le Parlement, le gouvernement, le Président de la République, le Premier Ministre, un ministre, l'organe délibérant d'une collectivité territoriale ou toute autorité administrative) et ceux auxquels elle s'adresse ou destinataires qui en seront par conséquent les lecteurs, qu'il s'agisse des destinataires primaires de la règle, individuellement identifiés (Monsieur ou Mme X) ou formés de catégories spécifiques (personne morale ou physique, artisan, parents, étudiants, contribuable, étranger, etc.), ou des destinataires secondaires, c'est-à-dire des autorités en charge de son application (les ministres, les administrations concernées et, *in fine* le juge et les autorités de police en cas de recours à la force publique). Dans son Discours préliminaire au premier projet de Code civil Portalis déclare que « les lois ne peuvent obliger sans être connues ».²⁴ Selon les « maximes du droit public universel [...] il est essentiel que les citoyens puissent connaître les lois sous lesquelles ils vivent et auxquelles ils doivent obéir »²⁵.

La communicabilité de la règle de droit est considérée dans les pays de tradition romano-germanique comme une condition de son opposabilité aux administrés. Leur connaissance du droit est d'ailleurs présumée acquise dès lors que les formalités de communicabilité ont été accomplies par un procédé de publication,

²⁴ J.-É.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Paris, éd. Confluences, coll. Voix de la cité, 1999, p. 26.

²⁵ *Ibid.*, p. 67.

de notification et ou d'affichage, c'est-à-dire par une « mesure de communication » matérielle²⁶, voire par le simple écoulement d'un délai ou *vacatio* au cours duquel le justiciable est sensé avoir pu s'informer de l'existence et du contenu du texte²⁷. Sans ce formalisme – qui peut être qualifié de substantiel – l'acte n'acquiert pas force exécutoire et ne peut être opposé à ses destinataires car ils n'ont pas été en mesure de pouvoir connaître la règle concernée, même si dans les faits ils ont pu ne pas en avoir pris connaissance. Celle-ci est quérable et non portable pour reprendre une expression civiliste habituellement associée aux choses. « C'est la même chose », disait Portalis, « d'avoir connu la loi ou d'avoir pu la connaître »²⁸.

La connaissance du droit est régie par un principe issu de l'adage d'origine latine « Nul n'est censé ignorer la loi » (*nemo legem ignorare censetur*) auquel le *Digeste* consacrait un Titre entier (Titre 6 du Livre 22) en distinguant « l'ignorance de droit », inexcusable, de « l'ignorance de fait », par nature excusable²⁹. Comme le souligne François Terré, la maxime est considérée sous l'Antiquité et encore aujourd'hui comme traduisant un principe de raison sans lequel toute vie en société serait impossible. Bien qu'inscrit nulle part dans le corpus de nos règles juridiques il domine tout notre droit³⁰. Le droit allemand reprend la formule latine dans l'expression « Rechtskenntnis schützt vor Staft nicht »³¹ et même le droit anglais, pourtant marqué par une toute autre tradition juridique consacre la formule « ignorance of law is no excuse ». La présomption de connaissance du droit en vigueur par les justiciables quels que soient leur niveau d'éducation et leur statut (étranger en séjour dans le pays ou citoyen français, majeur ou mineur, infirme ou valide), traduit par conséquent une fiction : celle d'une société de juristes éclairés. La continuité et l'unité de l'ordonnement juridique impliquent, sous peine d'une application intermittente du droit en vigueur, une telle présomption. La société juridique est par conséquent bâtie sur une fiction qui a comme conséquence

²⁶ Expression empruntée à Ch. EISENMANN, « Sur l'entrée en vigueur des normes administratives unilatérales », in *Mélanges Michel Stassinopoulos, Problèmes du droit public contemporain*, Paris Athènes, LGDJ *RDP*, coll. Loi et Justice, 1974, p. 201.

²⁷ C'était le cas sous l'empire du Code Napoléon dont l'article 1^{er}, jusqu'à une ordonnance du 27 novembre 1817, faisait dépendre l'opposabilité de la loi aux justiciables d'un délai calculé à partir du décret de promulgation et fonction de l'éloignement du chef lieu de département concerné de la capitale. Si les textes étaient publiés au *Bulletin des lois* depuis 1794, leur opposabilité n'en dépendait juridiquement pas.

²⁸ J.-É.-M. PORTALIS, *op. cit.*

²⁹ S. D. CONNOLLY, *Access to law in Late Antiquity: Status, Corruption, and the Evidence of the Codex Hermogenianus*, UMI Microform, 2005, pp. 25-26.

³⁰ F. TERRÉ, « Le rôle actuel de la maxime “ nul n'est censé ignorer la loi ” » *Études de droit contemporain*, 1996, I, pp. 91 et s.

³¹ R. DUMEY, W. PLASA, *Dictionnaire juridique Français-Allemand*, éd. de Navarre, 1982, p. 162 et p. 674.

indirecte l'obligation pour tout justiciable de se tenir informé des règles juridiques qui régissent la grande variété des relations qu'il peut entretenir dans la société, à commencer par la cellule familiale. Le bon père de famille doit aussi être un bon juriste puisque son ignorance comme son erreur – les deux notions étant confondues sauf lorsqu'une tierce responsabilité peut être invoquée – ne pourront, sauf exception notamment en droit pénal³², le soustraire à l'application stricte de la règle de droit lorsque celle-ci a répondu aux formes de publicité adéquates³³. Le droit, au même titre que l'économie appréhende l'homme par le modèle de l'*homo economicus*, l'appréhende par le modèle de l'*homo juridicus*. Les buts sont néanmoins distincts puisque là où l'économie vise la scientificité de ses analyses – ce qu'illustre bien la précaution argumentative chère aux économistes « toutes choses étant égales par ailleurs » – le droit vise par la voie de la prescription – la présomption « Nul n'est censé ignorer la loi » – la stabilité et l'unité de son système, voire l'égalité de tous (égalité formelle) devant la loi.

Si l'accès au droit conditionne l'acceptabilité de celui-ci et par-là sa légitimité, encore faut-il que les règles édictées par les pouvoirs publics soient certifiées conformes tant en ce qui concerne leur qualité de norme – qu'elles tiennent du respect de la procédure d'édiction prévue par les normes supérieures – qu'en ce qui concerne leur contenu dont l'authenticité doit pouvoir être établie.

³² Le droit pénal connaît en effet le concept d'erreur de droit qui, commise à propos de l'existence ou de l'interprétation d'une règle pénale, peut annuler le dol général et par conséquent supprimer l'élément intentionnel de l'infraction. L'article 1^{er} du Code civil dans sa version antérieure à l'ordonnance du 20 novembre 2004, admettait ainsi l'exception d'ignorance qui permettait au tribunal d'acquitter une personne ayant commis une infraction dans les trois jours ayant suivi la publication du texte. Au-delà de cette faculté à la discrétion du juge, la Cour de cassation a eu une jurisprudence fluctuante. Dans un premier temps réticente à admettre une telle exception au principe la Cour de cassation a fini par accepter que puisse être invoquée l'erreur de droit « invincible », c'est-à-dire lorsqu'elle résulte d'une information erronée donnée par l'administration à l'administré. L'art. 122-3 du NCP consacre cette exception en disposant que : « N'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte », cf. Cass. Crim., 10 octobre 1958, Bull. crim. n° 615 ; Cass. Crim., 2 avril 2008, n° 07-85920, à propos de l'article L. 221-17 du Code du travail.

³³ Le terme « publicité » correspond dans l'acception qui sera retenue dans cette étude à « l'opération par laquelle les actes sont portés à la connaissance des intéressés », G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, t. 1, PUF, 1992, p. 296. Elle ne se limite donc pas à la publication mais est réalisée par bien d'autres formes de « communication », au sens juridique du terme, puisque la publicité de la norme emporte son opposabilité aux intéressés comme l'affichage, la proclamation au roulement du tambour ou la notification pour les actes individuels, voire la publication et la notification pour certains actes administratifs mixtes.

II – L’AUTHENTICITÉ DE LA RÈGLE JURIDIQUE COMME CONDITION PRÉALABLE DE L’ACCÈS AU DROIT

Il n’est ici question que de l’accès formel au droit, c’est-à-dire à la condition de présomption de connaissance de la règle de droit, accès institutionnalisé par une « mesure de communication » matérielle en la forme d’une publicité au sens large du terme. Cette mesure de publicité – individuelle (pour la notification) ou collective (pour la publication et l’affichage) – implique la garantie de l’authenticité de la règle en faisant l’objet afin que celle-ci puisse faire foi et être par conséquent opposable à ses destinataires en tant que règle de droit, c’est-à-dire en tant qu’acte ayant fait l’objet d’une procédure particulière d’édition par un organe lui-même habilité à cet effet. Se pose alors la question de l’authenticité du texte, question préalable à toute publicité du support de la norme puisque c’est sur cette base que les justiciables conformeront ou non leur comportement et seront ou non susceptible de commettre une « erreur de droit »³⁴. Le droit privé connaît cette problématique que l’office du notaire, hérité de l’Ancien Régime³⁵, est censé résoudre en conférant par l’apposition de sa signature, force probante aux actes – qualifiés dès lors d’actes « authentiques » – qu’il rédige selon les formes légales avec leurs clients, en vertu de l’autorité que leur confère la puissance publique. Le notaire a par ailleurs la charge d’assurer la date de ces actes en en conservant le dépôt³⁶. En ce qui concerne les actes unilatéraux de puissance publique, cette question se pose différemment selon qu’il s’agit de la loi ou des autres règles de droit. En effet, seule la loi comporte une procédure spécifique destinée à authentifier à la fois la forme (ou le respect des formes) et le contenu de l’acte ayant droit à l’appellation « loi ». Les autres actes de puissance publique sont dispensés d’une telle précaution dont seul l’auteur de l’acte ou *in fine* le juge peuvent corriger l’absence.

La promulgation et la publication de la loi demeurent deux notions distinctes bien que rattachées à une même opération normative³⁷, et en dépit de la confusion opérée par l’article 1^{er} du décret-loi du 5 novembre 1870 modifiant l’article 1^{er} du

³⁴ Cf. cette notion, *infra*.

³⁵ Sur l’apport du système du notariat public à la formalisation du droit français, cf. J. HILAIRE, « Les notaires et la naissance du droit français », *Droits*, n° 40, 2004, pp. 129-140.

³⁶ Article 1^{er} de la loi du 25 Ventôse an XI *relative à l’organisation du notariat*, repris par l’ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945 *relative au statut du notariat*, version consolidée au 12 février 2004.

³⁷ Gaston Jèze y voit l’illustration bien particulière d’une opération complexe mettant en œuvre dans le cadre défini par la Constitution, la collaboration entre l’exécutif et le législatif au sein du régime parlementaire, allant du vote de la loi à sa publication, cf. G. JÈZE, « La promulgation des lois », *RDP* 1918, p. 393.

Code civil dans sa rédaction antérieure au 1^{er} juin 2004³⁸. Le juge confirme d'ailleurs cette distinction depuis longtemps³⁹, infirmant la théorie de la signature prônée par certains auteurs à propos des actes administratifs⁴⁰. La même solution est appliquée pour les décrets⁴¹.

C'est l'acte de promulgation, préalable à la publication, qui assure la fonction d'authentification de la règle en tant que loi votée par le Parlement, conformément au texte constitutionnel et aux règlements internes des assemblées. À ce titre, le Président de la République, investi exclusivement de cette tâche en France depuis la III^e République⁴², ne participe pas à la fonction législative mais se contente de constater par un acte juridique propre (un décret de promulgation) l'existence juridique de la loi en tant qu'acte de forme législative, c'est-à-dire sa validité, pour reprendre la distinction opérée par Otto Pfersmann entre validité et conformité⁴³. La

³⁸ L'article 1^{er} disposait en effet que « dorénavant la promulgation des lois et des décrets résultera de leur insertion au J.O.R.F., lequel à cet égard remplacera le Bulletin des lois ». L'ordonnance du 27 novembre 1816 opérait déjà la même confusion en prescrivant que « la promulgation des lois [...] résultera de leur insertion au Journal officiel »

³⁹ Un arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation du 22 juin 1874 confirme cette distinction tandis que le Conseil d'État précise dans un arrêt d'Assemblée du 8 février 1974, *Commune de Montory*, que si la promulgation rend la loi exécutoire, seule sa publication la rend opposable, à l'exception de certaines lois dont l'entrée en vigueur est conditionnée par l'intervention de mesures d'application, CE Ass., 8 février 1974, *Commune de Montory, sieurs Espelette Athape et autres et communes de Lanne, sieurs Uthurry, Bigue et autres, Rec.*, p. 93, concl. M. Rougevin-Baville.

⁴⁰ Ch. EISENMANN, « Sur l'entrée en vigueur des normes administratives unilatérales », *op. cit.*, pp. 215-216. L'auteur démontre la vacuité de la théorie de la « signature » comme point de départ de l'entrée en vigueur des actes administratifs unilatéraux.

⁴¹ CE, 24 juin 2002, *Ministre de la Défense c. Wolny*, Req. n° 227983, *Rec.*, tables, p. 605. Défaut de publication au *Journal officiel* du décret du 27 novembre 1967 portant statut spécial des fonctionnaires titulaires de la direction générale de la sécurité extérieure. Nullité subséquente des actes négatifs intervenus sur son fondement.

⁴² Avec le rétablissement sous la IV^e République (art. 36 C. 1946) de la possibilité, héritée de la Constitution de 1848 (art. 56 et s. C. 1848), pour le Président de l'Assemblée nationale de procéder à la promulgation de la loi en cas de carence du chef de l'État. La V^e République renoue ainsi avec la III^e République en ne reprenant pas cette possibilité.

⁴³ La validité doit être entendue comme une relation d'appartenance au système juridique propre à une norme, c'est-à-dire, pour reprendre les mots de Kelsen, son « existence spécifique ». Elle résulte d'un certain type de rapport de conformité, limité aux conditions de production de la norme. Ainsi, une norme peut-elle être valide (une norme étant par définition toujours valide sinon elle n'a pas la qualité de norme) sans être pour autant conforme à l'ensemble des normes en vigueur au moment de sa production. En outre, le rapport de validité implique un rapport hiérarchique, ce qui n'est pas forcément le cas d'un rapport de conformité qui peut être envisagé entre normes de même rang. L'existence de normes non conformes – ou « normes fautives » – dans le système juridique implique un « calcul des défauts », qui consiste en la présence de procédures permettant, par l'intervention ponctuelle d'organes habilités, à purger le système juridique de ces normes au moyen d'actes d'annulation, d'abrogation, de révision, de retrait, selon la gravité des défauts constatés, O. PFERSMANN, « Carré de Malberg et la hiérarchie des

date de la loi est d'ailleurs fixée depuis 1875 à la date de sa promulgation, ce qui atteste de son existence en tant que loi. Le Président aurait par conséquent le devoir de refuser de promulguer une loi irrégulièrement votée par le Parlement, ce qui n'est pas sans rappeler la célèbre controverse d'entre-deux-guerres entre Carl Schmitt et Hans Kelsen sur la question de qui du Président de la République ou de la Cour suprême devait être le gardien de la Constitution⁴⁴. La Constitution de 1958 aboutit à concilier en apparence du moins les deux points de vue en permettant au Président, dans le délai de promulgation, de saisir le Conseil constitutionnel (art. 61 C. 58) ou de demander une seconde délibération (art. 10 C. 58) tout en précisant que sa mission consiste, conformément à l'article 5 C. 58, à « veiller au respect de la Constitution »⁴⁵.

La promulgation d'une loi ne se réduit toutefois pas à ce seul effet de certification du caractère authentique de la loi⁴⁶. Sans constituer une sanction de la loi au titre de l'ancienne sanction royale qui faisait participer le monarque à la fonction législative⁴⁷, le décret de promulgation, acte propre du chef de l'exécutif, emporte le caractère exécutoire de la loi (mais pas encore son opposabilité aux justiciables) ainsi qu'en témoigne l'apposition de la formule exécutoire « La présente loi sera exécutée comme loi de l'État » et la reproduction dans sa teneur intégrale de la loi⁴⁸. Le commandement associé à l'acte de promulgation a donc la signification non pas d'une simple signature mais d'un ordre d'exécution de la loi, la loi

normes », rééd. in *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1818*, Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg, actes du colloque organisé à la Faculté de droit de Strasbourg les 8 et 9 décembre 1995, O. BEAUD, P. WACHSMANN, (dir.), nouvelle série n° 1, Strasbourg, PU de Strasbourg, 1997, pp. 10 et s.

⁴⁴ H. KELSEN, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, trad. et introd. S. Baume, éd. M. Houdiard, « Citations », 2006.

⁴⁵ Yves Gaudemet note que cette faculté n'a été utilisée que deux fois depuis 1958 : d'abord en 1983, à propos d'une loi relative à l'organisation d'une exposition universelle en 1989 ; puis en 1985 à propos de la loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie, Y. GAUDEMET, « Promulgation et publication des lois », *Jurisclasseur Civ.* 11, 1993.

⁴⁶ J. LAFERRIÈRE, « De l'authenticité du texte des lois publiées au Journal officiel », *RDP*, 1949, pp. 113-152.

⁴⁷ L'article 69 de la Constitution belge du 7 février 1931 repris à l'article 109 de la version actuellement en vigueur, distingue ainsi la sanction de la promulgation de la loi toutes deux exercées par le monarque en disposant que « Le Roi sanctionne et promulgue les lois ».

⁴⁸ Un décret du 19 mai 1959 détermine dans quelles formes doivent être promulguées les lois par le Président de la République selon le type de loi (ordinaire, organique ou constitutionnelle) et la procédure suivie, notamment lorsque celle-ci comporte *in fine* la saisine du Conseil constitutionnel ou l'intervention d'un référendum, décret n° 59-635 du 19 mai 1959 *relatif aux formes de promulgation des lois par le Président de la République*. Sur les différentes formules apposées aux lois promulguées depuis la Révolution, cf. R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, rééd. Economica, 1984, pp. 142 et s.

préexistant en tant que norme législative à l'acte de promulgation. Le chef de l'État intervient donc à ce titre comme chef de l'ensemble des services administratifs de l'État en charge de l'exécution des lois. Portalis soulignait que « la promulgation [qu'il confond d'ailleurs avec la publication par la suite] ne fait pas la loi ; mais l'exécution de la loi ne peut commencer qu'après la promulgation de la loi : *Non obligat lex, nisi promulgata*. La promulgation est la vive voix du législateur (...) ». ⁴⁹ Les dispositions législatives prévoyant l'entrée en vigueur différée de la loi ne peuvent d'ailleurs se concevoir que si lesdites dispositions sont elles-mêmes exécutoires, qualité qui résulte du seul acte de promulgation. Cet acte qui demeure administratif en raison de la fonction à laquelle il est associé (l'exécution de la loi) et de sa forme (pris en la forme d'un décret simple du Président de la République) échappe pourtant au contrôle du Conseil d'État qui y voit selon une jurisprudence classique un acte de gouvernement ⁵⁰. Il n'est donc pas possible de voir un tel acte invalidé pour cause de transcription inexacte de la loi promulguée ou de promulgation d'une loi n'ayant pas été adopté selon les formes prescrites par la Constitution. L'authenticité de la loi promulguée, qui participe pleinement à l'accès au droit en vigueur, n'est donc pas pleinement garantie faute d'une voie d'action juridictionnelle. La question de l'existence d'un acte non adopté en la forme d'une loi mais promulgué en tant que loi par le chef de l'État mérite toutefois d'être posée. Le juge devrait en principe refuser d'appliquer le texte en dépit de sa promulgation non pas sur le fondement de l'inconstitutionnalité, moyen auquel il se refuse encore, mais sur le fondement de l'inexistence juridique, concept né en droit du mariage, appliqué depuis longtemps dans le domaine des actes administratifs par le juge administratif ⁵¹ et dès lors aisément transposable à tout acte n'ayant pas été adopté selon la procédure propre à lui conférer la qualité d'acte d'une forme particulière (loi ordinaire, organique, constitutionnelle, décret, arrêté, délibération d'une assemblée locale, etc.). Par comparaison avec l'acte nul, l'acte inexistant possède le même degré d'inefficacité, c'est-à-dire une inefficacité radicale et *ab initio* dont seule la cause diffère ⁵². Sur ce point, à la différence de la loi, les autres actes unilatéraux de puissance publique, en dehors des ordonnances ratifiées, peuvent voir leur forme

⁴⁹ J.-É.-M. PORTALIS, *op. cit.*, p. 66.

⁵⁰ CE, 3 novembre 1933, *Desreumeaux*, *Rec.* p. 993 ; S. 1934, III, 9, note Alibert. Le Conseil d'État y voit « des actes relatifs au rapport du pouvoir exécutif avec le Parlement » alors même qu'en l'espèce le texte législatif du décret de promulgation diffèrait du texte voté et transmis par le Parlement à l'exécutif.

⁵¹ P. WEIL, « Une résurrection : la théorie de l'inexistence en droit administratif », *Dalloz* 1958, pp. 49 et s. ; L. SÉGUR, « L'inexistence en procédure civile », *JCP (G)* 1968 I 2129, n° 3.

⁵² Sur la question de la spécificité de l'inexistence par rapport à la nullité, cf. J. BOULOUIS, « L'inexistence, la nullité et l'annulation des actes juridiques en droit public français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, T. XIV, 1961-1962, Paris : Dalloz, 1962, pp. 771-792.

contestée (c'est-à-dire leur validité) devant le juge administratif ou le juge répressif lorsqu'il s'agit d'un acte dont la solution du procès pénal dépend⁵³. Notons toutefois que l'inexistence ne vaut que lorsque que l'irrégularité de l'acte est d'une gravité telle que l'ordre juridique ne pourrait tolérer la présence d'un tel acte⁵⁴. L'introduction, suite à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008⁵⁵, d'une exception d'inconstitutionnalité en matière de droits et libertés fondamentaux pourrait susciter, au-delà du simple examen de conformité, un examen de la validité de la loi⁵⁶ puisqu'on voit mal comment le Conseil constitutionnel pourrait accepter de laisser passer une loi inexistante en se contentant d'apprécier la conformité de son contenu aux droits et libertés contenus dans le bloc de constitutionnalité. Il pourrait d'ailleurs, *a minima*, considérer la question préjudicielle comme sans objet puisque portant sur un texte ne pouvant être qualifié formellement de loi en raison de la gravité des violations apportées à la Constitution lors de sa procédure d'élaboration. Quant au contenu de la loi, la question se pose de savoir si, dans le cas très peu probable mais non impossible, de différences entre le texte voté par le parlement et le texte promulgué par la présidence, le Conseil rétablirait ou non la volonté initiale du législateur. Sans doute se permettrait-il de formuler une réserve d'interprétation conforme au texte initial.

La question de l'authenticité du droit apparaît donc comme préalable à la communication des règles de droit ou tout du moins de leur support matériel. Depuis longtemps déjà les systèmes juridiques de tradition romano-germanique conditionnent l'opposabilité des actes unilatéraux de puissance publique à leur publicité. La maxime « Nul n'est censé ignorer la loi » (étendue à l'ensemble du droit produit dans un État donné) n'est ainsi valable que pour le droit ayant fait l'objet d'une mesure de communication matérielle dont la forme varie selon la nature de l'acte concerné.

⁵³ Art. 111-5 du *Nouveau code pénal*.

⁵⁴ La CJCE qui a adopté elle aussi la théorie de l'inexistence pour les actes édictés par les institutions communautaires, résume celle-ci en considérant que l'acte inexistant est celui « entaché d'une irrégularité dont la gravité est si évidente qu'elle ne peut être tolérée par l'ordre juridique communautaire », CJCE 15 juin 1994, aff. C-137-92 P, *Commission contre BASF et autres, Rec.*, I, p. 2555 et s., § 49. Le juge administratif prend en compte un certain seuil de gravité au-delà duquel l'acte passe de la simple nullité à l'inexistence. Pour une présentation des différentes hypothèses d'inexistence d'un acte administratif, cf. G. BRAIBANT, *Le droit administratif français*, 3^{ème} éd., 1992, p. 314.

⁵⁵ LC n° 2008-224 du 23 juillet 2008 *de modernisation des institutions de la Ve République*, *JORF* 24 juillet 2008.

⁵⁶ Sur la distinction entre validité et conformité, cf. *supra*.

III – LA PUBLICITÉ DE LA RÈGLE COMME CONDITION D’OPPOSABILITÉ DU DROIT

Si la promulgation emporte certification du caractère authentique de la loi et subséquemment commandement de l’exécuter, seule la publication de cette dernière – sur la base du texte reproduit avec le décret de promulgation – emporte son opposabilité à ses destinataires et conditionne par conséquent son effectivité. Ce principe qui consiste à faire dépendre l’opposabilité de la règle de droit – qu’il s’agisse d’une loi ou de tout acte administratif, réglementaire ou non – d’une mesure de publicité dont la publication n’est qu’une des formes⁵⁷, est commun à l’ensemble des pays de tradition romano-germanique⁵⁸. L’Union européenne se rattache d’ailleurs à cette tradition sur ce point⁵⁹. Le défaut de publication n’emporte aucune conséquence quant à l’existence ou à la force exécutoire de la loi ou de l’acte administratif. Ceux-ci demeurent seulement non opposables aux justiciables. La loi non publiée peut d’ailleurs recevoir exécution partielle de l’administration du moment qu’elle n’implique pas les premiers, même si cela est très rare. Un arrêté d’exécution pris en application d’une loi non publiée peut dès lors être considéré comme valide même si son opposabilité demeure en suspens à l’égard des administrés. Il en est de même pour les actes réglementaires nationaux faisant l’objet de mesures d’application, tels les décrets du Premier Ministre ou du Président de la République pris sur le fondement de l’article 37 C. ou les ordonnances prises en application de l’article 38 avant leur ratification par le Parlement. La réalisation de ce mode de publicité conditionne en outre le point de départ du délai contentieux en matière d’excès de pouvoir et du délai de retrait en ce qui concerne les actes administratifs irréguliers créateurs de droits⁶⁰. L’opposabilité des actes juridiques unilatéraux de puissance publique peut d’ailleurs être conditionnée par la

⁵⁷ B. SAINT-PRIX, *Recherches sur les différentes formes de publication des lois depuis les Romains jusqu’à nos jours*, Paris 1809, cité par Y. GAUDEMET, *op. cit.*

⁵⁸ C’est le cas par exemple de la Belgique, de l’Allemagne et de l’Espagne. Dès son indépendance en 1830 la Belgique conditionne l’entrée en vigueur des textes législatifs et réglementaires à leur publication au *Moniteur Belge*. En Allemagne, c’est la publication au *Bundesgesetzblatt* qui joue ce rôle tandis qu’en Espagne, les lois et règlements nationaux sont publiés au *Boletín Oficial del Estado (BOE)*, descendant de *La Gazetta de Madrid* (1697), tandis que les actes des communautés autonomes le sont dans leurs propres *BO*. À cela s’ajoute un délai de distance. L’article 2 du Code civil espagnol dispose en effet que les lois n’entrent en vigueur, sauf disposition contraire, que vingt jours après leur publication au *BOE*. Rattaché à l’origine au Ministère de la présidence, le *BOE* dispose, depuis le décret royal n° 1229 du 8 novembre 2001, d’un statut autonome.

⁵⁹ L’article 297 §1 du traité sur le fonctionnement de l’Union (TFUE), issu du traité de Lisbonne, prévoit en effet que les actes législatifs entreront en vigueur à la date qu’ils fixent ou à défaut le vingtième jour suivant leur publication au *Journal officiel de l’Union européenne*.

⁶⁰ CE Ass. 26 oct. 2001 *Ternon*, *Rec.* p. 497.

combinaison de mesures de publicité individuelle – ou notification – et de mesures de publicité générale tels l’affichage et/ou la publication, notamment au niveau local. Notons cependant que les actes relatifs à la composition du Gouvernement, depuis le décret de nomination du Premier Ministre jusqu’aux décrets de répartition des compétences ministérielles et d’attributions des secrétaires d’État entrent en vigueur dès leur signature. Les décrets de nomination du Premier Ministre et de composition du gouvernement Fillon I, édictés respectivement les 17 et 18 mai 2007 n’ont ainsi fait l’objet d’une publication que dans le *JO* du samedi 19 mai alors même que le gouvernement était déjà en fonction et que le Premier Ministre avait pris un arrêté relatif à la composition de son cabinet ainsi qu’un décret portant délégation de signature au secrétariat général du Gouvernement⁶¹. Le contenu des deux premiers décrets avait toutefois fait l’objet, le jour même de leur signature, d’une déclaration officielle sur le perron de l’Élysée, conformément à la coutume présidentielle instaurée sous la III^{ème} République.

À la différence des pays de tradition romano-germanique, le Royaume-Uni a une conception différente de la communicabilité de la règle de droit, justifiée par le caractère en grande partie non écrit de son droit, par le rôle et la place du juge dans le système juridique et par le statut de son Parlement, considéré comme souverain. Le Royaume-Uni ne connaît donc pas, au sens strict du terme, de mécanisme de publicité préalable des lois (*statute law*) et du droit écrit en général. Les *Acts of Parliament* entrent en vigueur, sauf disposition contraire prévue par l’*Act*, un jour après leur signature par la Reine (*Royal Assent*)⁶². Toute loi adoptée fait néanmoins l’objet d’une publication par l’Imprimerie Royale (*Her Majesty’s Stationary Office* – HMSO)⁶³ qui en permet l’acquisition pour une somme modique. Cependant, ladite

⁶¹ *JORF* n° 115 du 19 mai 2007.

⁶² En vertu d’une procédure fixée aujourd’hui par le *Royal Assent Act* de 1967.

⁶³ Créé en 1786 sous le règne de George III dans le cadre de la réforme de l’administration royale, le HMSO devient en 1882 l’imprimeur officiel des deux chambres du Parlement. En 1889, la Reine Victoria lui accorde une lettre royale d’homologation en tant qu’« Imprimeur de sa Majesté pour tous les Acts of Parliament » et lui confie également la gestion des *Copyrights* de la Couronne. Le HMSO devient alors responsable de la publication de *La Gazette de Londres* (*The London Gazette*), ancienne *Gazette d’Oxford*, dont la publication remonte à 1665. En plus de ces attributions propres à l’activité législative du Parlement, le HMSO est responsable de la publication des actes non législatifs du Gouvernement. Après une restructuration importante suite à la Première Guerre Mondiale, le HMSO diversifie ses activités de publication. Malgré sa privatisation en 1996, le HMSO continue à être rattaché au Cabinet en tant que support de la politique d’accès à l’information publique et de sa réutilisation, depuis l’adoption en 2000 du *Freedom of Information Act*. Le HMSO conserve la responsabilité de la gestion des *Copyrights* de la Couronne ainsi que de la publication officielle de la législation et des *Gazettes* officielles. La diversification de ses missions d’information a conduit, sous l’influence de la directive européenne 2003-98/CE du 17 novembre 2003 sur la réutilisation des données du secteur public, à sa transformation en *Office of Public Sector Information* (OPSI) fin 2005. C’est désormais cette entité qui met en œuvre la politique d’information

« publication » qui intervient postérieurement n'a aucun effet de droit et ne sert qu'à la consignation des textes adoptés. Elle apparaît donc comme la conséquence de l'entrée en vigueur de la loi et non, à la différence des pays de droit écrit, comme l'acte matériel conditionnant son entrée en vigueur⁶⁴. Ce système, qui n'est pas propre au Royaume-Uni mais concerne aussi les États-Unis⁶⁵ et une partie des pays du *Common wealth*, présente l'inconvénient de permettre que certaines lois entrent en vigueur et soient donc opposables aux citoyens des jours, voire des semaines avant que leur contenu ne soit mis à leur disposition par le HMSO, conformément au principe partagé avec les pays de tradition romano-germaniste selon lequel « Ignorance of the law is no excuse ». La Commission de la Société du Journal Officiel des débats parlementaires (*The Hansard Society*)⁶⁶ proposa dans un rapport rendu public en 1992 (*Making The Law*) que les lois n'entrent en vigueur qu'après leur publication. La Commission notait ainsi que : « Aujourd'hui, l'accès des usagers et du public en général aux lois est lent, inconmode, compliqué et sujet à de nombreux obstacles. Pour parler franc, il est souvent très difficile de déterminer ce qu'est le texte de loi – sans parler de sa signification. Il convient de faire quelque chose ». Cette proposition de réforme radicale fut malheureusement écartée⁶⁷.

Plus récemment, le Comité de réflexion sur la législation proposa que les lois soient mises à disposition en ligne avant d'être publiées par le HMSO et suggéra qu'elles n'entrent en vigueur que six semaines après la sanction royale. Le Bureau du Cabinet adopta cette proposition en soulignant son importance dans son *Guide to Legislative Procedure* paru en 2002 : « Par principe, aucune loi ou partie d'une loi ne devrait entrer en vigueur avant l'écoulement d'un délai de deux mois après la sanction royale [...]. Il est particulièrement important qu'un délai minimum soit observé en ce qui concerne les dispositions ayant une incidence directe sur les justiciables, les praticiens ainsi que les affaires pendantes devant le juge ». Si la

publique en assurant la diffusion des données juridiques et la gestion des Copyrights de la couronne au travers de l'attribution de licences de réutilisation desdites données.

⁶⁴ Ch. BEHRENDT, « La notion de “ parliamentary sovereignty ” en droit constitutionnel anglais : fondements, paradoxes et problèmes contemporains », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2002, pp. 221-289, en particulier p. 227.

⁶⁵ Aux États-Unis, à la différence des lois fédérales dont l'entrée en vigueur est conditionnée par leur publication par l'administration fédérale, les lois de certains États, à défaut de disposition législative contraire, prennent effet au moment de l'accomplissement du dernier acte que leur édicition requiert, soit en principe la signature du gouverneur ou, lorsque celui-ci a utilisé son veto, le vote de la deuxième assemblée à une majorité renforcée, voire l'écoulement d'un certain délai lorsque l'exécutif s'est abstenu pendant un certain temps de signer la loi ou d'exercer son droit de veto. La signature de l'exécutif peut par conséquent ne pas être apposée sur le texte de loi et celle-ci peut quand même entrer en vigueur.

⁶⁶ Du nom de son premier rédacteur, Monsieur Hansard.

⁶⁷ Pour une présentation de ce rapport, voir *The Statute Law Review*, n° 14, 1992, pp. 11-22.

publicité au sens juridique du terme demeure étrangère au droit en vigueur, l'accès aux règles édictées par les pouvoirs publics est grandement facilité par le développement des TIC qui permettent depuis 1996 une diffusion en partie libre de droits, aux administrés⁶⁸. Contribue à renforcer ce mouvement de libre diffusion la reconnaissance d'un véritable droit à l'information publique au profit du citoyen, impulsé par le Livre vert de la Commission de 1998 et consacré par l'adoption en 2000 du *Freedom of Information Act*. Ce droit à l'information, qui se traduit par la diffusion et la consignation des règles de droit selon des modalités permettant un accès facilité à chacun a été renforcé en 2005 par la transposition de la directive 2003/98/CE du 17 novembre 2003 *concernant la réutilisation des informations du secteur public et leur commercialisation*⁶⁹, sans toutefois conduire à l'adoption d'un véritable système de publication des lois au sens juridique du terme⁷⁰.

En France, et dans les pays de tradition romano-germanique, la promulgation est un acte juridique qui se suffit en lui-même et n'implique aucune opération matérielle spécifique en dehors de la transmission préalable de la version définitive de la loi votée par le Parlement au Gouvernement – par l'intermédiaire de son Secrétariat général (SGG) – qui l'adresse ensuite à la présidence⁷¹. La publication s'analyse quant à elle comme une succession d'opérations matérielles⁷². Ces opérations, facilitées depuis une dizaine d'années par l'utilisation des technologies de

⁶⁸ D. STERLING, " Crown Copyright in the United Kingdom and other Commonwealth Countries ", *Montreal conference on Crown Copyright in Cyberspace*, May 1995,

<http://www.droit.umontreal.ca/crdp/en/equipes/technologie/conferences/dac/sterling/sterling.html>

⁶⁹ M. BATTISTI, « La réutilisation des données publiques : un enjeu majeur pour la société européenne de l'information », *Diffusion des données publiques*, Séminaire organisé par le groupe inter-associations à Paris le 19 novembre 2004, *Documentaliste-Sciences de l'information*, n° 6, 2004, pp. 349-355.

⁷⁰ Pour une analyse comparée de la question cf. E. CARTIER, « Publication et libre diffusion de la règle de droit : enjeux et problématiques comparées en France et au Royaume-Uni », *Politeia*, n° 7, 2005, pp. 90-114.

⁷¹ C'est l'opinion partagée par les auteurs dès la III^e République, cf. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, p. 444 ; A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 3^e éd., 1914, rééd. 2001, pp. 669 et s. Ce dernier auteur présente l'acte de promulgation du chef de l'État comme « une conséquence logique de la séparation des pouvoirs ». Pour une position contraire, en faveur de l'unité du pouvoir législatif comme pendant de l'unité nécessaire de l'État, cf. R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1922, t. 2, pp. 27 et s. et surtout CH. EISENMANN, *Cours de Droit administratif*, t. II, Cours 1949-1950, Paris, L.G.D.J., 1983, p. 187. L'auteur adopte une vision extensive du concept d'acte juridique englobant l'ensemble des opérations matérielles et juridiques aboutissant à l'édition d'une norme juridique, en l'occurrence une loi, cf. *ibid.*, Cours 1954-1955, t. I, 1982, p. 400.

⁷² Pour une approche détaillée de la question malgré l'ancienneté de l'étude, cf. G. REVEL, *La publication des lois, des décrets et des autres actes de l'autorité publique*, Paris, Sirey, 1933. L'auteur envisage les différents aspects et fonctions de la publication en s'intéressant au droit comparé notamment à travers la théorie germanique de l'acte.

l'information et des communications, vont de la transmission du texte à l'Imprimerie du Journal officiel (JO) par le SGG en passant par sa composition typographique, sa mise en forme, sa numérisation jusqu'à sa mise en ligne sur le site Legifrance parallèlement à son impression au JO papier – lorsque celle-ci demeure obligatoire – suivie de l'envoi aux abonnés et administrations en charge de la mise à disposition et de la conservation de la version papier. La succession de ces opérations multiplie les risques d'erreurs en même temps qu'elle permet en toute transparence une comparaison aisée entre les différentes étapes du texte, de sa conception (projet ou proposition de loi, débats et votes des assemblées, rapports des commissions, avis de certains organes, etc.) à sa publication. Les *errata*, bien que relativement rares aujourd'hui, peuvent intervenir en un temps très court compte tenu de la réactivité du procédé numérique de diffusion et de la transparence induite par la mise en ligne de l'ensemble des travaux et étapes précédant la publication de la loi. Selon une pratique héritée là encore de la III^e République, les erreurs commises dans une loi publiée ne sont pas corrigées par le vote d'une nouvelle loi⁷³. Le Gouvernement se contente le plus souvent de publier au JO un *erratum* dont la validité n'est cependant pas sans poser de problème en dehors des cas où l'erreur provient du décret de promulgation qui nécessite en principe l'adoption d'un nouveau décret⁷⁴. En effet si l'erreur provient du Parlement lui-même et qu'il ne s'agit pas d'une simple erreur matérielle on ne voit pas *a priori* comment le Gouvernement pourrait modifier la loi. Si la question de la validité d'une telle procédure se pose, la question de la date de l'entrée en vigueur de la modification ainsi opérée est aussi préoccupante puisqu'elle est parfois censée avoir été intégrée dans le texte dès l'origine. La Cour de cassation adopte une position pragmatique qui varie selon la nature des textes à corriger et selon le type d'erreur. Pour une simple erreur matérielle qui ne modifie pas le sens du texte primitif l'*erratum* est censé s'incorporer rétroactivement au texte primitif et prendre effet au même moment que celui-ci. Si l'*erratum* modifie le sens du texte législatif le juge considère qu'ils ne sont valides que s'il est possible de restituer l'intention originelle du législateur en se fondant sur les travaux préparatoires de la loi, notamment sur compte rendu *in extenso* des débats parlementaires ayant précédé

⁷³ Cf. A. LE GALL, *Les Problèmes juridiques posés par l'autonomie des mesures de publicité des actes administratifs unilatéraux : les errata au Journal Officiel*, Mémoire Paris 2, 1990, 31 p. ; P. VOIRIN, « De la forme obligatoire des errata aux lois et décrets insérés au Journal officiel », *Rev. critique de légis. et juris.*, 1926, p. 615.

⁷⁴ La commission de révision du Code civil avait sous la IV^e République réalisé une étude sur la validité de ces *errata*. Celle-ci distinguait les « *errata* à la publication » – destinés à mettre le texte publié en conformité avec le texte promulgué – des « *errata* à la promulgation » – nécessitant que le Président de la République adopte un nouveau décret de promulgation afin de mettre en conformité le texte voté avec le texte promulgué, J. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, p. 139.

le vote⁷⁵. À l'inverse, les *errata* concernant les actes réglementaires publiés au JORF modifiant le sens originel du texte ne peuvent faire l'objet d'une entrée en vigueur rétroactive en raison de l'absence de documentation publique permettant de restituer l'intention originelle de leur auteur en dehors de la minute du décret⁷⁶. Ces derniers se voient donc appliquer la jurisprudence classique du Conseil d'État en matière de retrait et d'abrogation d'actes administratifs unilatéraux⁷⁷. Il résulte de tout ceci que si le juge se refuse à contrôler les décrets de promulgation des lois en tant qu'actes de gouvernement, il ne s'interdit pas de vérifier l'authenticité du texte ainsi promulgué par comparaison avec l'intention clairement formulée par le législateur lors du vote de la loi. La promulgation qui comporte une fonction d'authentification de l'acte législatif n'emporte donc pas présomption irréfutable d'authenticité du contenu du texte en faisant l'objet⁷⁸.

À la différence de la promulgation, aucun délai n'est fixé pour la publication mais une pratique constante héritée de la III^e République considère que le délai imparti au pouvoir exécutif pour y procéder est le même que celui accordé au chef de l'État pour la promulgation.

*

Les progrès des technologies de l'information et des télécommunications ont permis d'élargir le spectre de la communication de la règle de droit et rendent possible non plus une simple publicité des lois et règlements, rendant l'information « quérable »⁷⁹ par les administrés mais supposant de leur part la volonté concrète d'y accéder, mais une véritable diffusion à grande échelle de l'ensemble des données juridiques produites par les pouvoirs publics, rendant l'information « portable », qu'il s'agisse du JO, désormais numérisé, des bulletins des différents ministères ou de

⁷⁵ À propos d'un *erratum* au JO portant rectification d'une erreur matérielle concernant une loi, cf. Cass. Com., 5 avril 1960, *Bull. civ.* n° 14. À propos d'un *erratum* au JO modifiant un taux de cotisation collective fixé par arrêté (de 3,5 à 4,5 %), la Cour déclare : « Attendu que la rectification d'une erreur purement matérielle dans la publication d'un texte législatif ou réglementaire s'incorpore à la rédaction de ce texte et a force obligatoire dès la date de mise en vigueur du texte primitif », cf. Cass. Soc., 8 mars 1989 n° 86-13783, *Bull. civ.* n° 187.

⁷⁶ Cf. pour exemple, CE, 29 juin 1934, Rennes, mentionné par J. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, p. 140

⁷⁷ CE Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, Leb. p. 497, *GAJA*, 15^e éd., 2005, p. 860.

⁷⁸ Cf. Y. GAUDEMET, « Promulgation et publication des lois », *op. cit.*

⁷⁹ Selon Jean-Michel Bruguière, à chacune de ces notions sont associées des valeurs différentes. En effet, alors que l'accès aux données publiques impliquerait des valeurs intellectuelles – ou « valeurs cognitives » – résultant d'un « besoin de lisibilité sociale » des administrés, la diffusion susciterait plutôt des « valeurs économiques » dans une perspective de production de richesses commercialisables, J.-M. BRUGUIÈRE, *Les données publiques et le droit*, Paris, Litec, 2002, pp. 13-16.

certaines recueils d'actes administratifs des services déconcentrés de l'État⁸⁰, consistant à véhiculer directement les données juridiques auprès de l'administré par le canal d'internet⁸¹. La qualification de la mission de diffusion des données juridiques par le Conseil d'État dès 1997 de « service public par nature au bon accomplissement de laquelle il appartient à l'État de veiller », confirme le changement de nature des rapports entre l'État producteur de normes et les destinataires de celles-ci⁸². Un « comité du service public de la diffusion du droit par l'internet » a d'ailleurs été institué par le décret n° 2002-1064 du 7 août 2002 *relatif au service public de la diffusion du droit par l'internet*, décret qui précise que ce service a pour objet de « permettre au public d'accéder gratuitement aux données juridiques » dont une liste est annexée au texte.

Une étape décisive est franchie dans la combinaison de l'accès et de la diffusion du droit par l'ordonnance du 20 février 2004. Celle-ci, reprenant en grande partie l'étude réalisée par le Conseil d'État à la demande du Premier Ministre le 27 septembre 2001⁸³, modifie l'article 1^{er} du Code civil⁸⁴. Alors que son article 1^{er}

⁸⁰ L'article 29 du décret n° 2005-1755 du 30 décembre 2005, pris pour l'application de la loi du 17 juillet 1978 *portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public* modifiée l'ordonnance du 6 juin 2005, prévoit la création pour chaque administration centrale de l'État d'un Bulletin officiel ayant une périodicité au moins trimestrielle, plusieurs ministères pouvant s'associer afin de publier un bulletin commun. L'article 5-1 de l'ordonnance du 6 juin 2005 *relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques*, sans formuler d'obligation de publication par voie dématérialisée pour les ministères, prescrit néanmoins que le cas échéant « la publication des actes et documents administratifs au bulletin officiel d'un ministère diffusé sous forme électronique dans des conditions garantissant sa fiabilité produit les mêmes effets de droit que leur publication sous forme imprimée ». Sont par exemple accessibles en ligne le *Bulletin officiel des armées*, le *Bulletin officiel du Ministère de l'Intérieur*, le *Bulletin officiel du Travail*, le *Bulletin officiel du Ministère de la Justice*, le *Bulletin officiel de la Jeunesse et du Sport*. La publication en ligne s'étend aussi à l'administration déconcentrée avec le *Recueil des actes administratifs de la préfecture de Paris* et de la *préfecture de Police de Paris*, etc. Certains de ces bulletins ou recueils ne sont d'ailleurs plus publiés qu'en version dématérialisée. Les articles 30 à 32 du décret du 30 décembre 2005 fixent les règles de publication des actes des autorités déconcentrées, des collectivités territoriales et des autres personnes de droit public.

⁸¹ Cf. sur cette question J.-M. BRUGUIÈRE, *op. cit.*

⁸² À l'occasion d'un Recours exercé contre un décret du 31 mai 1996 qui reconduisait le monopole de la diffusion de bases de données juridiques au profit de la société ORT, cf. CE, 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la cour de Paris*, Req. n° 181611, concl. J.-D. COMBEXELLE, note B. NOUËL, *AJDA*, n° 4, 1998, p. 362

⁸³ *Publication et entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs*, Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 27 septembre 2001, Conseil d'État, Section du rapport et des études, Paris, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'État, 2001.

⁸⁴ L'ordonnance du 20 février 2004 vise la plupart des actes administratifs de l'État et exclut ceux édictés par les autorités déconcentrées et décentralisées, qui font l'objet d'une publication spécifique. Les actes des autorités déconcentrées sont publiés au *Recueil des actes administratifs de la préfecture* et les actes des collectivités

supprime le délai de distance pour la Province qui ne se justifiait plus après avoir été source de nombreuses difficultés contentieuses, et harmonise le régime des actes publiés au *JO* en consacrant la règle de leur entrée en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut et sauf urgence, le lendemain de leur publication⁸⁵, l'article 3 dispose, sous certaines réserves⁸⁶, qu'à partir du 1^{er} juin 2004, la publication des lois, ordonnances, décrets et actes administratifs « est assurée, le même jour, dans des conditions de nature à garantir leur authenticité, sur papier et sous forme électronique »⁸⁷. Le double support de publication – papier et électronique – confère aux citoyens un accès non discriminatoire à la production normative, contrairement au système mis en place par le législateur belge à propos du *Moniteur*⁸⁸, sanctionné à ce titre par la Cour d'arbitrage dans un arrêt du 16 juin 2004⁸⁹. L'absence

territoriales métropolitaines répondent à un régime de publication spécifique prévu aux articles L. 2131-1, L. 3131-1 et L. 4141-1 du CGCT.

⁸⁵ Pour les lois et les actes administratifs autres qu'individuels, l'avant-dernier alinéa de l'article 1^{er} conserve la possibilité d'une entrée en vigueur immédiate sur décision du Président de la République après avoir constaté l'urgence et sauf disposition contraire du texte. Cette compétence, antérieurement attribuée au Premier Ministre par le décret du 5 novembre 1870 et la jurisprudence du Conseil d'État, est désormais rattachée à la compétence de promulgation que le Président de la République tient de l'article 10 C. Le dernier alinéa de l'article 1^{er} consacre la règle jurisprudentielle selon laquelle l'entrée en vigueur des lois et des actes administratifs autres qu'individuels est suspendue jusqu'à l'entrée en vigueur des « mesures d'application indispensables à leur mise en œuvre ».

⁸⁶ Réserves concernant la publication électronique des actes administratifs individuels relatifs à l'état des personnes dont la liste est arrêtée par un décret du 28 mai 2004, adopté après recommandation de la CNIL, de manière à assurer la confidentialité de ces actes ; Décret n° 2004-459 du 28 mai 2004 *fixant les catégories d'actes individuels ne pouvant faire l'objet d'une publication sous forme électronique au Journal officiel de la République française*, *JORF* n° 124 du 29 mai 2004, p. 9583.

⁸⁷ Ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004, article 3.

⁸⁸ Équivalent du *Journal officiel de la République française*, imprimé et diffusé par la direction du Moniteur belge à Bruxelles en langue française et flamande. Le bilinguisme implique par conséquent un coût financier important qu'une dématérialisation totale permettait de réduire considérablement.

⁸⁹ Après s'être livrée à un véritable contrôle de proportionnalité des mesures accompagnant la suppression du *Moniteur* papier, la Cour d'arbitrage estime que la possibilité offerte par l'article 474 de la loi-programme du 24 décembre 2002 de consulter un exemplaire papier du journal à la direction du Moniteur de Bruxelles est « insuffisante » car elle « n'assure pas à chacun un accès aux textes qui l'intéressent, sans difficulté excessive ». Tout en annulant les articles 474 et 475 de la loi-programme, la Cour déroge cependant à l'effet rétroactif de l'annulation en maintenant leurs effets pour les publications effectuées jusqu'au 31 juillet 2005, conformément à l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, Cour d'Arbitrage belge, arrêt n° 106/2004 du 16 juin 2004. Cf. Ch. BEHRENDT, *Le juge constitutionnel comme législateur cadre positif*, th. Paris I Panthéon-Sorbonne (sous la dir. du professeur O. Pfersmann), dactyl., 2005, p. 294-302 ; *ibid.*, Bruyant et LGDJ Bruxelles et Paris, 2006, 537 p. ; C. TERWAGNE et al., « La fin de la version papier du Moniteur belge », *Revue Ubiquité*, 2003, n° 15, p. 3 ; Ch.-É. CLESSE, « De la fin du "Moniteur" papier à la mort de "Nemo censetur..." », *JT*, 2002, p. 835.

d'obligation constitutionnelle pour le législateur français de traiter de manière différente des individus placés dans des situations différentes – qui repose sur la différence entre « l'égalité dans la loi » (conception française adoptée par Conseil constitutionnel et le Conseil d'État) et « l'égalité par la loi » (conception de la Cour d'arbitrage belge) – ne permet pas de transposer dans sa totalité le raisonnement de la Cour d'arbitrage belge au cas de la France⁹⁰. Le Conseil d'État français a d'ailleurs considéré dans un arrêt du 9 novembre 2005 que la publication de certains textes au seul JO électronique, conformément au décret du 28 mai 2004 pris en application de l'ordonnance du 20 février 2004, n'était pas contraire aux dispositions de la CEDH en matière de non discrimination et de droit à l'information⁹¹.

Le problème de la promulgation et de la publication des lois dépasse par conséquent les enjeux purement techniques et la spécificité des lois pour s'inscrire dans le cadre d'une réflexion sur l'accès à la règle de droit en général. Qu'il s'agisse de la loi ou de toute autre norme juridique, chacune doit pouvoir être authentifiée ou certifiée avant de faire l'objet de mesures de communication et de conservation. La communication, qui prend la forme d'une mesure de publicité doit, lorsque celle-ci n'est pas prévue sous une forme spécifique par les textes, être matériellement « suffisante », conformément à une jurisprudence classique du Conseil d'État à propos des actes administratifs non publiés au JO⁹². Le Conseil d'État n'hésita pas à consacrer la publicité des actes administratifs unilatéraux comme un « principe général du droit » dans un arrêt du 12 décembre 2003⁹³. Principe applicable aussi aux décisions de retrait et d'abrogation de décisions administratives antérieures mais que le Conseil d'État n'a curieusement jamais pensé devoir proclamer à propos des décisions juridictionnelles d'annulation d'actes administratifs en matière d'excès de pouvoir, en dépit de leur effet *erga omnes* et de la nécessité que présente celles-ci tant pour le justiciable que pour l'administration⁹⁴. Quant à l'effet de cette publicité, seuls

⁹⁰ N. BELLOUBET-FRIER, « Le principe d'égalité », *AJDA* 1998, pp. 152 et s. ; F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1997, 397 p. L'auteur reprend en effet cette distinction dans sa thèse.

⁹¹ Le requérant invoquait le non respect des articles 10 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, CE 9 novembre 2005, *M. A.*, n° 254882, *AJDA* 2005, p. 2210.

⁹² Fut considéré par exemple comme insuffisante la simple insertion dans le Bulletin officiel d'un ministère, d'une disposition administrative ne concernant pas les agents de ce ministère, CE sect., 25 janvier 1974, *Sieur Jean et autres*, Lebon, p. 60.

⁹³ CE, 12 décembre 2003, *Syndicat des commissaires et hauts fonctionnaires de la police nationale*, Lebon, p. 506 ; *AJDA* 2004, p. 442, note H. M.

⁹⁴ CE, 30 décembre 2002, *Mme Guy et Randon*, Lebon tables, p. 605. Était invoquée en l'espèce la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations dont l'article 2 dispose que les autorités administratives doivent « organiser un accès simple aux règles de droit qu'elles édictent ».

les actes créateurs de droits sont considérés par le juge comme à la fois opposables à leur auteur et invocables par leurs destinataires dès leur signature⁹⁵.

La certification par la voie d'un acte de promulgation distinct demeure propre à la loi. Les autres actes voient leur certification et leur publicité assurées concomitamment par leurs auteurs. Il ne s'agit d'ailleurs pas que d'actes administratifs mais aussi d'actes de force législative telles les ordonnances de l'article 92 C. 58 édictées au début de la V^e République ou celles de l'article 16 C. 58. La question de l'authenticité de ces actes pose par conséquent plus de difficultés que celle des lois puisque l'opération de certification est confondue avec celle de publicité. Les risques d'erreurs sont toutefois plus faibles compte tenu de l'intervention d'un moins grand nombre d'autorités dans le processus normatif.

L'activité de diffusion des textes juridiques a été conçue dès l'origine dans les pays de tradition romano-germaniste comme un prolongement normal de l'activité de production normative des pouvoirs publics. L'exercice de cette fonction de l'État législateur est même la condition nécessaire à l'effectivité des droits et libertés fondamentaux, à commencer par le principe d'égalité. Elle garantit pour le citoyen ce « droit au droit » dont le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de rappeler l'importance depuis sa décision du 21 décembre 1999 en se fondant notamment sur l'article 16 de la DDHC⁹⁶. Ses conséquences ne sont pas encore toutes perceptibles, tant du point de vue des droits fondamentaux que du point de vue du droit parlementaire et du droit des services publics⁹⁷.

⁹⁵ CE sect., 19 décembre 1952, *Dlle Mattéi, Lebon*, p. 594, cf. B. SEILLER, « L'entrée en vigueur des actes unilatéraux », *AJDA* 2004, p. 1463.

⁹⁶ Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnance, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, JORF, 22 décembre 1999, p. 19041 ; J.-E. SCHOETTL, « Codification par ordonnance », *AJDA*, 2000, p. 31.

⁹⁷ Sur l'impact de l'objectif de valeur constitutionnelle (OVC) sur l'organisation et la procédure parlementaire cf. J.-F. KERLÉO, *La rénovation parlementaire à travers l'OVC d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi*, Mémoire de M. 2 Recherche de Lyon III, sous la direction de Th. Debard, Publication de l'Université Jean-Moulin Lyon III, n° 5, 2007, 123 p.

RÉSUMÉ :

Quel droit pour quel accès ? Si la question de l'accessibilité du droit relève de l'effectivité c'est-à-dire d'une question extra-juridique, elle participe à son acceptabilité, c'est-à-dire à sa légitimité et conditionne l'exercice effectif des droits fondamentaux par les justiciables, ce qu'a voulu traduire le Conseil constitutionnel dans la formulation qu'il a faite à partir de l'article 16 de la DDHC, d'un objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. La question de l'intelligibilité du droit ne se pose cependant que si son accès matériel est réalisé. L'accès au droit suppose par conséquent la combinaison de procédés de communication et de conservation du droit en vigueur afin que nul ne puisse l'ignorer ou l'oublier comme les auteurs de la DDHC de 1789 le rappelaient dans le préambule de ce texte trop souvent ignoré en raison de son absence d'utilisation par le Conseil constitutionnel jusqu'ici. L'accès au droit suppose que l'authenticité des règles mises à disposition par les organes officiels soit elle aussi garantie a minima, au risque de susciter des erreurs de droit et au final la défiance à l'égard du droit. La question de l'authenticité de la règle de droit précède en effet celle de la communicabilité de la règle de droit qui, dans les systèmes de tradition romano-germanique conditionne son opposabilité à ses destinataires, à la différence des systèmes de Common law qui n'en font qu'une opération matérielle sans portée juridique. Ces exigences liées à l'accès au droit renversent la présomption de connaissance du droit qui pèse dans tout système juridique sur tout justiciable, en même temps qu'elle garantit l'ordre public. L'État se voit ainsi contraint d'assurer, au-delà de la production du droit, des missions liées à la diffusion des différents supports juridiques.

SUMMARY*:

What kind of law for what kind of access? If the issue of the material access to law is not strictly speaking a legal matter, it is nonetheless a decisive condition for its legitimacy. It also determines the ability citizens have to enforce their fundamental rights. The decision by the Conseil Constitutionnel on the constitutional goal of accessibility and intelligibility of the law goes precisely in that direction. The material access to law is to be considered before the law itself; otherwise, state authorities run the risk of citizens not abiding the law. This is a matter of political trust. In a majority of countries, the authenticity of legislative texts is not based on material communication to citizens, but on the official promulgation that occurs first. This is not the case for other types of rules. In countries of Roman Law, communication of the legal rule is indeed considered as a condition for its opposability to citizens. In Common Law countries, and more precisely in the GB, communication of the law is a simple material condition that bears no consequences on the law itself. Material access to law reverses the usual assumption according to which each and every citizen has to be aware of the law without which public order wouldn't be ensured. Thus state authorities can not restrict their activities to the mere writing of the law. They also have duties to perform: to publicize the law and to facilitate citizens' access to it.

* Un grand merci à François de Chantal, Maître de conférences en langues à l'Université de Bourgogne pour son aide précieuse quant à la correction et à la mise au point de cette traduction.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

- « The electronic delivery of legislation », *The Statute Law Review*, n° 1, 2003, Éditorial, pp. 1 et s.
- BRUGUIÈRE J.-M., *Les données publiques et le droit*, Paris, Litec, 2002, 208 p.
- CARTIER E., « Publicité, diffusion et accessibilité de la règle de droit dans le contexte de la dématérialisation des données juridiques », *AJDA* 2005, pp. 102-111
- CARTIER E., « Publication et libre diffusion de la règle de droit : enjeux et problématiques comparées en France et au Royaume-Uni », *Politeia*, n° 7, 2005, pp. 90-114
- CLESSE Ch.-É., « De la fin du “ Moniteur ” papier à la mort de “ Nemo censetur...” », *JT* 2002, pp. 835 et s.
- EISENMANN Ch., « Sur l'entrée en vigueur des normes administratives unilatérales », dans *Mélanges Michel Stassinopoulos, Problèmes du droit public contemporain*, Paris Athènes, LGDJ *RDP*, coll. Loi et Justice, 1974, pp. 201 et s.
- ESMEIN A., *Histoire du droit français*, 5^{ème} édition, 1903, pp. 521 et s.
- GAUDEMET Y., « Promulgation et publication des lois », *Jurisclasseur Civ.* 11, 1993
- JÈZE G., « La promulgation des lois », *RDP* 1918, p. 393
- LAFERRIÈRE J., « De l'authenticité du texte des lois publiées au Journal officiel », *RDP*, 1949, pp. 113-152
- LE GALL A., *Les Problèmes juridiques posés par l'autonomie des mesures de publicité des actes administratifs unilatéraux : les errata au Journal Officiel*, Mémoire Paris 2, 1990, 31 p.
- LEDUC F. (dir.), *L'accès au droit*, Actes du colloque du 3 juin 2001 à l'Université de Tours, CRDP, Publications de l'Université François Rabelais, Tours, 2002, 148 p.
- REID, « The Judge as Law Maker », *Journal of the Society of Public Teachers of Law* 1972, pp. 22 et s.
- SCHOETTLJ.-É., « Codification par ordonnance », *AJDA* 2000, pp. 31 et s.
- STONE O., « Knowing the Law », *Modern Law Review* 1961, pp. 476 et s.
- TERRÉ F., « Le rôle actuel de la maxime “ nul n'est censé ignorer la loi ” », *Études de droit contemporain* 1996, I, pp. 91 et s.
- THE HANSARD SOCIETY, « Making The Law », *The Statute Law Review*, n° 14, 1992, pp. 11-22
- ZANDER M., *The Law Making Process*, 6^{ème} édition, Cambridge University Press, London, 2004, pp. 1 et s.