

Droit accessible et droit acceptable

Les enjeux constitutionnels de la simplification du droit

GUILLAUME DU PUY-MONTBRUN ET RAPHAËL LEONETTI

Docteurant et Allocataire-Moniteur à l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne

L'« accès au droit », auquel se trouve consacré ce premier numéro de *Juridictoria*, trouve dans l'actuelle entreprise de « simplification du droit » un remarquable écho. On entendra par simplification du droit l'expression qui renvoie à diverses actions des pouvoirs publics sur le droit, dans le but de lui ôter certaines complications inutiles, tant sur la forme que sur le fond¹. Il sera en effet aisé de comprendre qu'une certaine idée de l'accès au droit commande un droit simple, autrement dit un droit accessible. La rue Montpensier est bien de cette opinion lorsqu'elle proclame conforme à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité du droit² le programme du gouvernement tendant à simplifier le droit et à poursuivre sa codification. Dans un important considérant de sa décision du 26 juin 2003, le Conseil constitutionnel considère en effet que :

« Le programme du Gouvernement tendant à simplifier le droit et à poursuivre sa codification [...] répond à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ; qu'en effet, l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et “ la garantie des droits ” requise par son article 16 ne seraient pas effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des règles qui leur sont applicables et si ces règles présentaient une complexité inutile ; qu'à défaut,

¹ Sur la forme, la simplification pourra se manifester dans la codification, dans l'abrogation, ou encore dans une refonte de la règle de droit. Sur le fond, le discours politique, les textes juridiques, mais aussi la décision n° 2003-473 DC que nous tenterons de commenter, nous permettent aujourd'hui de considérer que l'entreprise de simplification du droit regroupe à la fois la simplification du droit *stricto sensu*, comprise comme la simplification des règles substantielles, et la simplification administrative, entendue comme la simplification des règles de procédure. Sur cette question, cf. P. GONOD, « La simplification administrative : question sur la méthode », *AJDA* 2004, p. 209.

² Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, *JO* 22 décembre 1999 ; *AJDA* 2000, p. 31, note J.-É. SCHOETTL.

serait restreint l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles qui sont déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel " tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas " »³.

C'est sur la base de ce *considérant* que nous avons essentiellement réfléchi, motivés en cela par le silence de la doctrine à son propos, comme si les auteurs s'étaient plus ou moins consciemment refusés au délicat mais néanmoins indispensable essai d'exégèse que devrait appeler toute décision mettant directement en jeu l'existence de la Constitution, ou plutôt *l'avoir une Constitution*, c'est-à-dire toute décision qui se réfère explicitement à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen. L'entreprise de simplification y est en effet présentée comme un instrument de la garantie des droits, et donc du maintien de la Constitution, pour deux raisons : elle permet au citoyen de disposer d'une « connaissance suffisante » des règles de droit, conçue comme un moyen de rendre le droit accessible ; elle tend à le prémunir des « complexités inutiles » de ces règles dont elle assure ainsi l'intelligibilité. Les bases constitutionnelles de la simplification du droit sont ainsi clairement énoncées par le Conseil constitutionnel.

Il faut cependant remarquer que ce passage de la décision 473 DC est paradoxalement fort complexe. Il mobilise en effet pas moins de quatre articles de la Déclaration et joue des déductions en chaîne – égalité devant la loi et « garantie des droits » exigent la connaissance suffisante des règles d'un droit sans complexité inutile, car ignorance des règles et complexité inutile du droit valent restriction des droits et libertés –, de telle sorte qu'il faudrait poser la question de savoir si la manière dont ont été ainsi construites les « bases constitutionnelles de l'accès au droit » et partant, de sa simplification, ne présente pas justement une « complexité inutile »... Le programme du gouvernement tendant à simplifier le droit et à poursuivre sa codification n'aurait-il pas su trouver sa justification fondamentale dans le seul préambule de la Déclaration de 1789, Déclaration dont l'objet même est « 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 » ? Quoi qu'il en soit de cette alternative et de son éventuelle justesse – car elle mobiliserait en réalité des ressorts différents de ceux qui animent actuellement la « simplification du droit », une chose est certaine : les bases constitutionnelles de la

³ Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, *JO* 3 juillet 2003, p. 11205 ; *AJDA* 2003, p. 1404, note É. FATÔME (« À propos des bases constitutionnelles du droit de la domanialité publique – suite ») ; P. GONOD, « La simplification du droit par ordonnances », *AJDA* 2003, p. 1652.

simplification du droit, et donc de l'accès au droit dont elle est un outil, sont riches et dotées d'une valeur heuristique particulièrement stimulante.

La simplification du droit met en effet en lumière deux aspects essentiels de cet *avoir une constitution*. D'une part, simplifier le droit c'est en assurer l'accès, veiller à lui conserver un certain statut, et plus précisément un certain statut économique, celui dit de bien *public* ou, pour écarter toute ambiguïté, bien *collectif* (I). D'autre part, simplifier le droit c'est le rendre acceptable – c'est-à-dire garantir son acceptation – en assurant sa « connaissance suffisante » et en lui ôtant ses « complexités inutiles » qui l'empêchent de répondre à ses fins, de produire son « effet utile ». Mais c'est aussi prendre le risque de le mettre à nu, de ruiner ses catégories et d'atteindre alors les limites du « droit commun » auquel le Conseil constitutionnel donne un contenu et se réfère dans sa décision de 2003 (II).

I – L'ENJEU D'UN DROIT ACCESSIBLE : LA CONSERVATION DU DROIT COMME BIEN PUBLIC

L'idée d'accès s'invite aujourd'hui en toute occasion. Nous sommes à « l'âge de l'accès »⁴ et ce n'est pas de façon purement nominale que le problème de « l'accès au droit » s'y inscrit. Le discours de l'accès en effet, est le signal qui rappelle à l'homme occidental qu'il doit se résoudre à ne détenir en propre que bien peu de choses au regard de ce qui est, un discours qui, à nouveau, l'invite à organiser son incapacité à tout pouvoir posséder, et à donner à chacun la possibilité d'atteindre les termes, fort nombreux, « dont l'approche peut faire difficulté »⁵.

Imprégnée de cette logique de l'accès, la réflexion tend alors à aborder les théories qui lui confèrent une place centrale, c'est le cas de la théorie économique des biens. Le droit comme toute chose utile à l'homme, dispose en effet d'un certain statut économique (1) et la simplification du droit révèle que la conservation de ce statut est, en dernier ressort, affaire constitutionnelle (2).

1) Le droit comme bien public

L'analyse économique a construit sa théorie des *biens*, classant les *choses dont use l'individu* en différentes catégories, organisant le meilleur régime de production de leur utilité, du moins soulevant les problèmes posés par l'exigence d'une production optimale⁶. Ce classement est à raison des conditions requises pour la consommation

⁴ Cf. J. RIFKIN, *L'âge de l'accès*, Paris, La Découverte, 2000, (trad. Saint-Upéry)

⁵ Cf. Trésor informatisé de la langue française, V° *Accéder*

⁶ Cf. F. LÉVÊQUE, *Économie de la réglementation*, Paris, La Découverte, 1999.

du bien : la condition dite d'excludabilité ou capacité de l'individu à fermer l'accès au bien ; la condition dite de rivalité ou capacité de l'individu à épuiser la substance du bien.

La combinaison de ces critères permet d'identifier deux catégories de biens dites « pures » : le bien privé, excludable et rival ; le bien public non excludable et non rival⁷. Pour comprendre la portée de ces deux grandes notions, il suffira de donner deux cas typiques de biens privés et de biens publics : la paire de chaussures et le signal d'un sémaphore. La paire de chaussures est un bien privé car pour la porter, je dois m'en réserver l'accès – excludabilité, et pendant que je la porte, un autre ne pourra pas la porter – rivalité. Quant au signal du sémaphore, nul ne peut permettre à tel navire plutôt qu'à un autre de l'apercevoir – non excludabilité, et le fait d'apercevoir le signal n'épuise nullement sa possibilité d'être vu – non rivalité. Entre ces deux types de biens se situent deux biens intermédiaires : le bien commun et le bien de club. Le bien commun est un bien en accès libre – non excludable mais dont l'utilisation par l'un compromet l'utilisation par l'autre : cas typique, le banc de poissons. Le bien de club est un bien en accès restreint – excludabilité mais dont l'utilisation par un accédant ne compromet pas l'utilisation par un autre accédant – non rivalité : cas typique, la chaîne de télévision cryptée. À chacun de ces biens correspond un problème de production dont il n'est pas indispensable de traiter ici. L'essentiel en effet est de disposer de ces catégories, de comprendre à quel point le problème de l'accessibilité au bien conditionne son statut économique et de percevoir que sous le label bien public figurent des choses aussi diverses qu'une route nationale, un climat équilibré, l'information sur les risques phytosanitaires, etc. C'est pour cette raison qu'autour de la notion de bien public, et plus particulièrement de bien public mondial, s'organise la réflexion combinée des juristes et des économistes autour des problèmes environnementaux. Appliquons-la ici à un bien somme toute très particulier : la règle de droit. Sa nature de bien ne fera guère difficulté au regard de ce qui vient d'être dit. Du point de vue économique en effet la règle de droit est chose utile et, en tant que chose utile, correspond à l'idée de ce qu'est un *bien*. Plus exactement, parce que la connaissance d'une règle de droit n'est juridiquement soumise à aucune condition, que sa connaissance par l'un n'empêche pas l'autre de la connaître, la règle de droit présente les caractères économiques d'un bien public. Il s'oppose au bien privé dont l'accès est réservé à un titulaire et dont seul ce titulaire peut bénéficier.

Aussi lorsque le Conseil constitutionnel signale que l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi exige que le citoyen dispose d'une « connaissance suffisante » des règles qui lui sont applicables – parce que, dans

⁷ Les économistes, conscients de la charge juridique de l'adjectif « public » peuvent préférer l'expression de bien collectif : cf. F. LÉVÊQUE, *op. cit.*

le cas contraire, la société sur laquelle il se penche n'a point de Constitution, il adopte inconsciemment certes, mais nécessairement, un point de vue économique : le droit est un bien public et la perte de ce statut équivaut à la perte de la Constitution. Il y a ici un cap à tenir, un objectif, en l'occurrence un objectif de valeur constitutionnelle⁸.

La Constitution exige en effet que la règle de droit conserve son statut économique de bien public ; elle apparaît alors comme l'autorité chargée en dernier ressort de la conservation de ce statut.

2) *La simplification du droit et la fonction de conservation*

Le statut de bien public est un statut fragile. De multiples tensions s'exercent sur lui qui peuvent affecter ses caractères dominants de non-excludabilité et de non-rivalité. La règle de droit en elle-même n'est pas rivale, son utilisation par un citoyen ne s'oppose à son utilisation par un autre citoyen. Aussi n'est-ce pas sur cet aspect-là du bien public que la simplification vient opérer mais sur l'accès à la règle de droit, c'est-à-dire sur la capacité à pouvoir l'utiliser.

Le droit en effet n'est plus bien public si, *de facto*, des restrictions d'accès sont posées à son utilisation, cette connaissance suffisante étant par ailleurs plus difficile à acquérir si ces règles présentent une complexité inutile. Or, lorsqu'un bien ne présente qu'un seul caractère de non-rivalité, ce n'est plus un bien public, c'est un « bien de club » similaire au programme crypté : il ne bénéficierait qu'à une catégorie particulière d'accédants. D'instrument de liberté, la règle de droit deviendrait alors instrument de domination.

La conservation du droit comme bien public agit donc sur son accessibilité ; c'est un travail qui doit s'opérer tout en souplesse, l'appréciation de l'accessibilité d'une règle de droit dépendra nécessairement du destinataire de la règle : l'accessibilité et l'intelligibilité de la règle de droit seront appréciées au regard du savoir juridique et technique de ses usagers⁹. Mais plus la catégorie des destinataires d'une règle est large, plus il sera nécessaire de la présenter d'une manière qui ne nécessite pas de connaissances particulières.

Le recours à la notion économique de bien public pouvait paraître assez peu orthodoxe pour comprendre l'objet constitutionnel de la simplification du droit, elle nous aura cependant permis de percevoir que *le droit constitutionnel, notamment à travers ses objectifs, contient des principes qui sont relatifs au statut économique des biens* et plus encore,

⁸ Cf. sur cette question, P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris, LGDJ 2006, préf. M. VERPEAUX.

⁹ Cf. par ex. L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 11^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2001, p. 915.

que l'existence de la Constitution au sens de l'article 16 de la Déclaration est tributaire d'un travail sur *l'économie du droit*, consistant à toujours garantir à la règle de droit son caractère de bien public. Et c'est en conservant ce bien public et en entretenant son accessibilité que la simplification assure le maintien de l'ordre constitutionnel établi.

Le même constat peut être dressé à l'égard du rôle que joue la simplification en matière d'acceptation du droit.

II – L'ENJEU D'UN DROIT ACCEPTABLE ET LA MISE À JOUR DU « DROIT COMMUN »

La simplification s'inscrit dans un régime constitutionnel fondé sur l'adhésion à la règle de droit (1). Dans cette poursuite de l'acceptation du droit, la simplification doit respecter certaines limites qui sont au fondement de sa propre légitimité au sein de l'ordre constitutionnel. Ces limites apparaissent notamment à l'occasion de la mise à jour du « droit commun » de certaines législations auquel le Conseil constitutionnel se réfère pour contrôler la simplification de ces mêmes législations (2).

1) Simplification et adhésion à la règle de droit

Les bases constitutionnelles de l'entreprise de simplification du droit que nous révèle le Conseil constitutionnel dans la décision du 26 juin 2003 sont étroitement liées à la question de l'adhésion à la règle de droit. C'est d'ailleurs à cette occasion une partie du problème de la souveraineté nationale qui est soulevée puisque, pour reprendre les idées développées par Maurice Hauriou à propos de ce qu'il appelait « la souveraineté de sujétion », « l'État a besoin de l'adhésion volontaire des sujets aux règles de droit qu'il pose »¹⁰.

La simplification du droit renvoie, dans un premier temps, à la question de l'adhésion, en ce qu'elle permet la conservation de la « connaissance suffisante » des règles de droit. Rien d'étonnant à ce que le Conseil constitutionnel trouve dans cet objectif l'une des bases constitutionnelles de l'entreprise de simplification, car ce faisant cette dernière assure dans une large mesure au citoyen la capacité à contrôler

¹⁰ M. HAURIUO, *Principes de droit public*, 2^{ème} édition, 1916, p. 723. C'est une conception ancienne de la théorie du droit et de l'État que le maître du droit public développait dans ses *Principes de droit public*. Pour Hobbes notamment, « la légitimité politique repose sur l'adhésion volontaire des membres de la société. Mais si le consentement crée ainsi le droit de domination, il ne rend pas compte de l'existence concrète de la souveraineté, qui est dans l'obéissance des sujets comme le souligne sans ambiguïté le *Behemoth* » (F. LESSAY, *Souveraineté et légitimité chez Hobbes*, Paris, Léviathan, PUF, 1988, p. 219) : « Ce n'est pas le droit du souverain, bien qu'il lui ait été conféré par le consentement exprès de chaque homme, qui lui permet de remplir sa fonction ; c'est l'obéissance du sujet qui parvient à ce résultat » (HOBBS, *Behemoth*, p. 144).

les normes qui lui sont applicables. Si cette dynamique semble *a priori* relever du thème de l'accessibilité du droit, elle entretient aussi un rapport profond avec celui de l'acceptation du droit.

Pour s'en convaincre, un intéressant parallèle peut être opéré avec la question de la publicité des règles de droit telle qu'Hauriou l'analysait dans ses *Principes de droit public*. Le maître de Toulouse remarquait que « Dans aucun traité de droit constitutionnel le régime de la publicité n'a encore été étudié comme une pièce maîtresse du régime constitutionnel [...] »¹¹. Car pour lui, « Le régime de la publicité est indispensable au jeu de la souveraineté de sujétion dans sa fonction d'adhésion, car le public ne peut adhérer qu'à ce qui est public ; il est indispensable aussi au maintien de la confiance publique, car le public ne peut avoir confiance dans le gouvernement que si on ne lui cache rien et s'il sent qu'il peut exercer partout son contrôle »¹².

Tout comme la publicité, en offrant au citoyen une « connaissance suffisante » des règles de droit, la simplification du droit devient une pièce maîtresse de l'adhésion au droit et s'inscrit par là même dans notre régime constitutionnel. Dans la décision du 26 juin 2003, le Conseil constitutionnel a donc été amené à dégager les bases et les limites¹³ constitutionnelles de cette œuvre.

Notons enfin, qu'à l'heure de l'inflation normative¹⁴, ce n'est pas seulement une acceptation de la règle de droit que la simplification permet, mais aussi une auto-exclusion qu'elle évite, pour les citoyens les plus démunis devant l'accès au droit. Car si, « quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite »¹⁵, il se peut qu'il cesse définitivement de l'écouter s'il ne peut en avoir une connaissance suffisante. La simplification permet donc de lutter dans une large mesure contre les faiblesses de l'adhésion populaire au droit et l'affaiblissement de la souveraineté juridique du peuple.

C'est aussi cette souveraineté qu'elle sauvegarde lorsqu'elle vise à nous prémunir des complexités inutiles du droit. La complexité du droit est une réalité. Mais toute complexité n'est pas acceptable. C'est ce que le Conseil constitutionnel a

¹¹ *Principes, op. cit.*, p. 730.

¹² *Ibid.*

¹³ Cf. *Infra*.

¹⁴ Sur les rapports entre simplification et inflation normative, cf. N. LEROUSSÉAU, « La simplification du droit en question », in *La simplification du droit*, Actes du colloque de l'Université François Rabelais-Tours, des 6 et 7 avril 2006, *LPA* 24 mai 2007, n°104, pp. 4-6.

¹⁵ Rapport du Conseil d'État (1991), *De la sécurité juridique*, cité in *Rapport du Conseil d'État (2006) Sécurité juridique et complexité du droit*, EDCE n°57, La documentation française, p. 229.

su mettre en évidence en stigmatisant les complexités inutiles du droit¹⁶. La simplification permet alors de conserver ce que l'on peut appeler le *degré acceptable de complexité du droit*. Hauriou l'avait très tôt remarqué dans son œuvre sur la gestion administrative : « Il est certain d'abord, qu'aucun service administratif continu ne saurait fonctionner régulièrement sans le concours du public. C'est pour cela qu'une administration compliquée n'est possible qu'à un degré de civilisation assez avancé pour que l'ensemble des individus comprenne l'utilité des services et se plie spontanément à leurs exigences. On peut exprimer la chose en disant que la marche d'une administration complexe exige un grand respect de la légalité. »¹⁷.

C'est aussi ce que l'on peut constater à l'occasion de la construction européenne¹⁸. En effet, si la simplification du droit permet, dans l'ordre juridique français, d'assurer le maintien de la Constitution, elle se présente aujourd'hui comme le moteur de la Constitution pour l'Europe¹⁹. Il est frappant de constater que l'on veut aujourd'hui assurer son adoption en la contenant dans ce que l'on a décidé d'appeler un *Traité simplifié*. Force est d'en conclure que la citoyenneté européenne n'avait pas atteint un degré d'avancement suffisant ni la cohésion nécessaire pour

¹⁶ Décision n° 2003-473 DC, considérant n° 5. Le CC ne fait référence qu'aux complexités inutiles, mais à l'évidence ce ne sont pas les seules complexités du droit dont la simplification peut nous prémunir (cf. *infra*, notre analyse de la décision du 26 juin 2003 à propos de la question du « droit commun »). Mais cette formule était sûrement pour le Conseil constitutionnel un moyen d'insister *a contrario* sur le fait que toute complexité du droit n'est pas inutile. Notons à cet égard qu'il aurait pu être intéressant, à l'occasion de l'entreprise de simplification, de distinguer ce qui est complexe et admis de ce qui est compliqué et qu'il convient de simplifier : « La complication peut être le produit d'actions et d'initiatives malheureuses et mal pensées. La complexité relève d'une toute autre logique : elle n'est pas tant imputable aux choix délibérés et à des stratégies d'acteurs aisément identifiables qu'à des processus objectifs travaillant en profondeur, et souvent à leur insu, les institutions et les rapports sociaux » (J. CAILLOSSE, « Savoir juridique et complexité : le cas du droit administratif », in M. DOAT, J. LE GOFF, P. PEDROT (dir.), *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du vivant*, Actes du colloque de Brest du 24 mars 2006, PU Rennes, 2007, p. 170).

¹⁷ M. HAURIOU, *La gestion administrative*, 1899, p. 11.

¹⁸ Notons que pour l'Europe, comme pour tout autre institution, la construction a débuté par une simplification des échanges. L'Europe est confrontée aujourd'hui à l'enjeu de simplification de son droit.

¹⁹ Avec Fabienne Peraldi-Leneuf, nous pouvons affirmer que l'opération de simplification « change de sens dans les années 2000 avec le débat constitutionnel qui s'engage sur l'avenir de l'Union. Elle coïncide alors avec une volonté politique qui transparait dès la déclaration 22 du Traité de Nice, qui met l'accent sur la démocratisation du système communautaire. La simplification devient le moyen de réaliser une fin, un objectif politique : l'élaboration d'une constitution pour l'Europe ». L'auteur note aussi qu'au sein de la Convention, le groupe de travail chargé de la « simplification » s'est vu fixer deux objectifs : rendre plus lisible le système européen et renforcer la légitimité démocratique des actes de l'Union européenne. Cf. F. PERALDI-LENEUF, « L'évolution des lois techniques en droit communautaire : rapport entre technicité, simplification et amélioration du droit », *LPA* n°134, 2007, numéro spécial sur les lois techniques.

accepter une Constitution, et qu'instinctivement, pour atteindre cet objectif, les responsables politiques ont cru bon de simplifier le texte présenté aux populations de la communauté européenne²⁰.

Mais les fondements constitutionnels de la simplification du droit sont aussi les limites de cette entreprise.

2) *Limite constitutionnelle de la simplification et mise à jour du « droit commun »*

Dans le cadre de l'entreprise très générale de simplification annoncée par la loi d'habilitation de 2003²¹, le gouvernement a été notamment habilité à procéder à l'adoption et à la rectification de la partie législative de codes. On comprend en effet que si la simplification et la codification ne sont pas synonymes, elles n'en sont pas moins des entreprises qui peuvent s'additionner et se confondre²². Comme le remarque Pascale Gonod, « la codification participe sans nul doute de la simplification et, d'ailleurs, l'une des missions de la Commission supérieure de codification est “ d'œuvrer à la simplification et à la clarification du droit ” (décret n° 89-647 du 12 septembre 1989 modifié) »²³.

Mais la simplification va au-delà de la codification puisqu'elle permet de véritables adaptations du *corpus* des règles existant par l'édition d'une règle nouvelle²⁴. Ces adaptations sont celles qui sont nécessaires pour lutter contre les règles de droit inopportunément compliquées. C'est le cas notamment des dérogations aux droits de la commande et du domaine publics, envisagées dans le cadre de l'habilitation de 2003.

²⁰ Bien d'autres entreprises de simplification existent au niveau communautaire et sont à bien des égards comparables aux procédés français. Cf. à ce sujet le programme glissant de simplification : http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/simplification_fr.htm.

²¹ Sur l'immensité et la diversité du champ de la simplification dans la loi d'habilitation, cf. P. GONOD, « La simplification du droit par ordonnances », *AJDA* 2003, p. 1652.

²² Pour une étude d'ensemble sur les rapports entre la simplification et la codification, cf. A. ZARADNY, « Codification et simplification du droit », in *La simplification du droit*, Actes du colloque de l'Université François Rabelais-Tours, des 6 et 7 avril 2006, *LPA* 24 mai 2007, n°104, pp. 9 et s.

²³ *Op. cit.*

²⁴ La simplification peut donc emprunter la forme de la codification, mais elle peut aussi aller au-delà d'une simple codification à droit constant. C'est pour cette raison que la codification et la simplification, lorsque cette dernière procède à une refonte de la règle de droit, sont présentées par le Conseil constitutionnel comme deux entreprises distinctes. Cf. la décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004 (*AJDA* 2004, p. 2365) dans laquelle le Conseil considère que le programme du gouvernement tendant à simplifier le droit et à en poursuivre sa codification est une « double finalité » (cons. n° 5) répondant à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

Le contrôle de la loi d'habilitation a fait émerger l'équilibre constitutionnel sur lequel repose la simplification du droit. Seules les complications, c'est-à-dire les complexités inutiles, peuvent être l'objet de l'œuvre simplificatrice, sans quoi la simplification porterait atteinte aux garanties apportées par les règles qu'elle entend ajuster, et contreviendrait ainsi à l'article 16 de la Déclaration.

C'est ce que Pascale Gonod a déjà pu remarquer, à propos des simplifications dites « administratives », que l'allégement d'une procédure ne doit pas mettre en cause la raison d'être de cette procédure²⁵. C'est aussi un raisonnement identique que le Conseil constitutionnel a adopté en considérant qu'une entreprise de simplification du droit qui aurait pour effet de généraliser les dérogations au « droit commun » de certaines législations priverait de garanties légales les exigences constitutionnelles dont ce « droit commun » est en quelque sorte le relais législatif. La simplification du droit est donc encadrée par un « droit commun » de nature législative dont elle doit respecter l'économie générale pour ne pas porter atteinte à la Constitution.

C'est ainsi que dans la décision 473 DC, le Conseil relève que si le droit commun de la domanialité et de la commande publique n'est pas de nature constitutionnelle, une généralisation des dérogations à ce droit commun serait de nature à porter atteinte aux garanties qu'il contient et deviendrait par là même inconstitutionnelle²⁶. Pour mieux comprendre cette position du Conseil, nous pouvons tenter de développer le raisonnement qu'il a, selon nous, adopté à propos du droit commun de la domanialité publique. En droit public classique, les biens indispensables à la satisfaction d'intérêt supérieurs doivent être la propriété d'une personne publique. La définition du domaine public ainsi que l'inaliénabilité des biens qui le composent sont le reflet de ce principe, destiné à garantir les intérêts

²⁵ P. GONOD, article précité, *AJDA* 2003, p. 1652.

²⁶ Cf. considérant n° 18 de la décision du 26 juin 2003 : « Considérant, en quatrième lieu, qu'aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'impose de confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services ; qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit non plus qu'en cas d'allotissement, les offres portant simultanément sur plusieurs lots fassent l'objet d'un jugement commun en vue de déterminer l'offre la plus satisfaisante du point de vue de son équilibre global ; que le recours au crédit-bail ou à l'option d'achat anticipé pour préfinancer un ouvrage public ne se heurte, dans son principe, à aucun impératif constitutionnel ; que, toutefois, la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics ; que, dans ces conditions, les ordonnances prises sur le fondement de l'article 6 de la loi déferée devront réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé ».

supérieurs servis par ces biens. En conséquence, le « droit commun » de la domanialité publique empêche le recours au crédit-bail ou à l'option d'achat anticipée pour préfinancer un ouvrage public qui devrait appartenir au domaine public, puisque ces mécanismes auraient pour effet d'autoriser la propriété privée de ces ouvrages durant tout le temps de l'opération²⁷.

Pourtant, ainsi que le relève le Conseil constitutionnel, le « droit commun » de la domanialité publique étant de valeur législative, le recours à de tels mécanismes « ne se heurte, dans son principe, à aucun impératif constitutionnel » (cons. 18)²⁸. « Mais la généralisation de cette dérogation aurait pour effet de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes [...] à la protection des propriétés publiques²⁹ », et c'est en ce sens que cette *simplification* est limitée par le Conseil constitutionnel.

Le Conseil constitutionnel a donc bien saisi l'équilibre sur lequel la simplification repose. Ni une codification à droit constant, ni une réforme, la simplification est une refonte « [...] en vue de modifier, de compléter et de codifier diverses législations [...] sans en bouleverser l'économie générale ». Pour reprendre les mots du secrétaire général du Conseil constitutionnel à l'époque de cette décision, « la simplification du droit va au-delà de la “ codification à droit constant ”, mais n'affecte pas plus que cette dernière l'ossature des législations en cause »³⁰.

Ainsi l'entreprise de simplification est limitée constitutionnellement. C'est en nous signalant cette limite que le Conseil constitutionnel a pu, dans sa décision du 26 juin 2003, révéler l'existence positive d'un « droit commun », représenté comme étant l'ossature d'un droit accepté. La norme constitutionnelle ne fait que contenir ce « droit commun », garant de nos droits fondamentaux.

²⁷ Cf. note critique É. FATÔME et L. RICHER, « Le Conseil constitutionnel et le « droit commun » de la commande publique et de la domanialité publique », *AJDA* 2003, p. 2348.

²⁸ Notons au passage que l'autorisation de recourir à ces mécanismes participe, pour le législateur comme pour le Conseil constitutionnel, à l'entreprise de simplification du droit que le gouvernement est habilité à mener. Ainsi, le fait d'assouplir une réglementation par l'édition d'une nouvelle permission peut relever de la simplification. Et une réglementation trop rigide peut par là même constituer une complexité inutile. Ce qui témoigne de l'ampleur du champ de la simplification du droit. Mais comme nous le verrons, cette entreprise n'est pas sans limites. Elle ne saurait être assimilée à la réforme.

²⁹ Expression peu convaincante, qu'il faut sans doute remplacer par celle utilisée dans le considérant n° 29 de cette décision : « [...] n'autorise pas le Gouvernement à priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui s'attachent à la protection du domaine public ; que ces exigences résident en particulier dans l'existence et la continuité des services publics dont ce domaine est le siège, dans les droits et libertés des personnes à l'usage desquelles il est affecté, ainsi que dans la protection du droit de propriété que l'article 17 de la Déclaration de 1789 accorde aux propriétés publiques comme aux propriétés privées ; [...] ».

³⁰ J.-É. SCHOETTL, « Simplification et constitution », *AJDA* 2003, p. 1391.

RÉSUMÉ :

La simplification du droit renvoie à une série d'actions sur la forme et le contenu des règles de droit. Codification, harmonisation, reformulation, refonte... le geste simplificateur cherche à maintenir à la règle de droit son caractère accessible car, en dernier ressort, il en va de son caractère acceptable. Cette étude a pris pour support la décision par laquelle le Conseil constitutionnel français a rattaché un programme de simplification du droit à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, objectif qui lui-même s'enracine dans la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen. Elle a été l'occasion d'envisager le rôle de la simplification dans la conservation de la règle de droit comme bien public et dans l'entretien de l'ordre constitutionnel établi. Elle nous a aussi permis de concevoir la simplification du droit comme une recherche sur le contenu du droit commun.

SUMMARY:

The simplification of legal rules is an action on their form and contents: coding, harmonizing, reformulating, recasting... The aim is to maintain the legal rule in its accessibility – this accessibility of the legal rule is indeed the main ingredient of its acceptance by those who may have to use and obey it. This study is based on a 2003 decision, in which the French constitutional court held constitutional a simplification program, bounding it to constitutional principles and values. This was the occasion to use in constitutional law, the economic notion of public goods and Hauriou's theory of sovereignty. It also helped to discover a « common rules » concept in French constitutional law.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

- *La simplification du droit*, Actes du colloque de l'Université François Rabelais-Tours, des 6 et 7 avril 2006, *LPA* 24 mai 2007, n° 104
- *Sécurité juridique et complexité du droit*, Rapport du Conseil d'État, EDCE n°57, La documentation française, 2006
- M. DOAT, J. LE GOFF et P. PEDROT (dir.), *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du vivant*, Actes du colloque de Brest du 24 mars 2006, PU Rennes, 2007
- FATÔME É., « À propos des bases constitutionnelles du droit de la domanialité publique – suite », in *AJDA* 2003, p. 1404
- FATÔME É. et RICHER L., « Le Conseil constitutionnel et le “ droit commun ” de la commande publique et de la domanialité publique », *AJDA* 2003, p. 2348
- GONOD P., « La simplification du droit par ordonnances », *AJDA* 2003, p. 1652
- GONOD P., « La simplification administrative : question sur la méthode », *AJDA* 2004, p. 409
- HAURIOU M., *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 2^{ème} édition, 1916
- HAURIOU M., *La gestion administrative*, Paris, Larose, 1899
- JEGOUZO Y., « La simplification fait rage », *AJDA* 2007, page 2001
- LESSAY F., *Souveraineté et légitimité chez Hobbes*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1988
- MOREAU J. et TERRÉ F., « La simplification du droit », in *Mélanges Béguin*, LexisNexis 2005, p. 533
- PONTIER J.-M., « La simplification, illusion dangereuse », *AJDA* 2005, p. 345
- PONTIER J.-M. (dir.), *La simplification du droit*, Actes du colloque d'Aix-en-Provence, mai 2005, PUAM, 2006
- PERALDI-LENEUF F., « L'évolution des lois techniciennes en droit communautaire : rapport entre technicité, simplification et amélioration du droit », *LPA* n°134, 2007 (numéro spécial sur les lois techniciennes)
- SCHOETTL J.-É., « Simplification et constitution », *AJDA* 2003, p. 1391