

L'« efficacité du droit » et les nouvelles technologies

Jean MAÏA

Maître des Requêtes au Conseil d'État

Résumé. – La rencontre des NTIC et des préoccupations d'efficacité du droit, qu'elles soient formelles (« légistique ») ou plus substantielles (capacité de la norme à produire les effets qui en sont attendus), connaît des développements variés depuis que la diffusion du droit par voie électronique s'est imposée comme une forme de « standard démocratique ». De cette union naissent déjà des interrogations sur ce que peut être la méthode moderne d'élaboration de nouvelles normes.

Mots-clés : légistique - évaluation du droit

INTRODUCTION

L'honneur que me font les organisateurs de ce colloque en m'invitant à m'exprimer devant vous ce matin ne va pas, je ne saurais vous le cacher, sans une crainte assez forte de ma part de manquer de répondre à leur attente.

D'abord en raison de l'objet même de la question sur laquelle il m'est demandé de vous livrer un point de vue.

Sous la question des relations entre l'efficacité du droit et les nouvelles technologies, se cachent en effet, me semble-t-il, quelques chausse-trapes tenant à la difficulté de définir chacun de ses termes.

Sans doute pourrait-on s'accorder en ces lieux sur une définition du droit telle qu'elle est enseignée en première année de faculté, à savoir le droit comme « l'ensemble des règles que la société se donne à elle-même ». Il n'est pas inintéressant de la garder à l'esprit avant de tenter de définir les autres termes de la question.

Qu'en est-il en effet de l'« efficacité » du droit, si on donne à celui-ci une définition aussi large ? Peut-on s'en tenir à une acception très formelle de l'efficacité, qui serait en quelque sorte la cohérence interne de l'ordre juridique, le bon agencement entre elles de normes assorties de sanctions ? C'est une dimension que l'on ne saurait négliger puisqu'un droit techniquement mal fait ne saurait atteindre les objectifs qu'on lui assigne. Mais l'on ne peut sans doute s'en tenir à cela si l'on garde à l'esprit l'ensemble des termes entrant dans la définition du droit : la notion d'efficacité du droit renvoie certainement aussi à la capacité des règles juridiques à produire effectivement dans les relations sociales les effets que les concepteurs de la règle ont pu en escompter. Et on voit par là que la question de l'efficacité du droit engage nécessairement d'assez vastes interrogations de l'ordre de la philosophie politique.

Il n'est pas jusqu'à la référence aux nouvelles technologies de l'information et de la communication qui ne puisse soulever des difficultés, du moins à celui qui est invité à s'exprimer devant vous ce matin, en raison de son manque de qualification en ce domaine... On prendra pour hypothèse très fruste et certainement très réfutable par des intervenants plus qualifiés, que tous les modes de traitement et de diffusion automatisés de l'information peuvent entrer dans cette catégorie, des technologies dites de gestion documentaire aux technologies Web.

L'autre raison pour laquelle il est à craindre que cette intervention ne soit d'un éclairage assez limité pour les participants à ce colloque est que *le point de vue sur la question de l'intervenant que vous avez devant vous est lui-même assez limité...*

Tout au plus pourrais-je ici vous livrer le témoignage d'une expérience particulière de la question, à savoir, pour l'essentiel, celle du secrétariat général du Gouvernement et, incidemment, celle du Conseil d'État dont je suis issu et où j'ai exercé durant quelques années des fonctions juridictionnelles.

Il entre dans les attributions de ce service du Premier ministre à la fois de gérer ce que l'on appelle en France le service public de la diffusion du droit, qui s'incarne pour le plus grand nombre dans le site internet Légifrance, et d'organiser le travail gouvernemental, tout spécialement dans sa dimension juridique. Cette dernière mission s'étend jusqu'à la mise au point d'outils partagés par l'ensemble des administrations intervenant dans la production normative, dont un système d'organisation en ligne des opérations normatives sur lequel je reviendrai.

Le point de vue que je me propose donc de vous livrer ne sera donc hélas que très empirique. Fort heureusement, le programme de vos travaux permettra à d'autres intervenants plus qualifiés de corriger et d'approfondir cette même question même tout au long de ces journées d'étude.

Si, à raison de l'expérience je me risque néanmoins à vous donner un sentiment sur les relations entre efficacité du droit et NTIC, je dirais volontiers que les deux notions forment d'une certaine manière un couple dont l'histoire commune, déjà riche, ne fait sans doute que commencer, qui a déjà eu de beaux enfants et, comme c'est normal, quelques moments de tension aussi. Elles forment aussi un couple qui, comme beaucoup, ne manque pas d'être surpris par ses enfants à mesure qu'ils grandissent. Et, comme pour tout couple, il est à se demander si, au fil du temps, chacun des conjoints ne finirait pas par se transformer quelque peu dans le cadre de son union.

I. — LA PUBLICATION DES BANS : LA DIFFUSION DU DROIT

La possibilité effective de consulter la norme est bien l'une des conditions d'efficacité du droit. Elle l'est sans cesse davantage dans des ordres juridiques comme ceux des pays développés, qui ne cessent de s'étoffer et, diront certains, de se compliquer, sous l'effet de facteurs qu'il n'y a pas lieu ici de tenter de définir.

Avec un ordre juridique national composé d'une soixantaine de codes, 2 000 lois, 600 ordonnances et 26 000 décrets réglementaires sans compter les arrêtés (données statistiques établies par le SGG en relation avec l'École des mines et la direction de l'information légale et administrative), la science du juriste et la bonne foi de l'honnête homme seraient d'un faible secours si elles ne pouvaient prendre appui sur des outils aidant à rechercher les textes juridiques. Faciliter la connaissance de la norme est le moins que la puissance publique puisse faire, sans même prétendre empiéter sur les missions des professionnels du droit auxquels citoyens et entreprises ont nécessairement recours dans nombre de cas.

La rencontre des préoccupations d'efficacité du droit et des NTIC s'est faite il y a plusieurs décennies autour, précisément, de la question de l'accès au droit, avec l'amorce des travaux qui ont consisté en France comme dans nombre de pays développés, à rassembler dans des bases de données le stock du droit et à y verser régulièrement son flux.

Le bonheur de cette rencontre s'est vérifié à mesure que l'union a paru aux yeux de tous par la mise à disposition de ces bases. Après le temps de l'accès payant, la France a fait, un peu plus vite que beaucoup de ses partenaires, le choix d'un accès gratuit à travers le site Légifrance. Ce site, second site public le plus fréquenté, est aujourd'hui une traduction concrète et plus visible encore que l'édition du *Journal officiel* de ce que l'État perçoit comme son devoir de faire connaître la norme qu'il édicte, en cohérence avec le principe selon lequel nul n'est censé ignorer la loi. Il est la part apparente d'un service public de la

diffusion du droit qui a été constitué par un décret du 7 août 2002 et a pris le relais d'un service public précédemment concentré sur la constitution des bases de données juridiques.

Ce modèle s'est exporté très largement en Europe. Il a notamment inspiré les efforts en ce domaine des institutions européennes. Il n'est pas rare que les professionnels du droit de pays dans lesquels la formule n'existe pas et où l'accès au droit reste tributaire d'initiatives privées ou universitaires, par exemple aux États-Unis, se consternent de ne pas disposer des mêmes facilités.

Il est à signaler que le perfectionnement de la version de Légifrance de 2008, permettant de connaître instantanément la version consolidée d'un texte à la date que choisi l'internaute, est particulièrement avancée au regard des pratiques observables à l'échelle internationale. En pratique, en tout cas, dans l'art de faire évoluer telle ou telle part d'un ordonnancement juridique touffu, il n'est plus guère de juriste de l'administration ou même de magistrat, d'avocat qui, je crois, s'imaginerait aujourd'hui travailler sans l'aide des technologies de l'information et de la communication appliquées à la diffusion du droit.

II. — DE BEAUX ENFANTS, AU PARCOURS STIMULANT

L'union des préoccupations d'efficacité du droit et des NTIC ne se cantonne pas à la question de l'accès au droit. Elle a enfanté des solutions nouvelles jusque dans le travail d'élaboration du droit et renouvelle sous certains aspects l'approche globale de l'ordonnancement juridique. Ces enfants n'ont probablement pas encore eux-mêmes révélé toute la richesse de ce que pourra être leur parcours.

À titre de première illustration, on peut mentionner le fait que l'accessibilité par les nouvelles technologies a été imposée récemment en France comme critère d'opposabilité des circulaires qui, il est vrai, ne sont pas à proprement parler du droit mais en accompagnent la mise en œuvre. C'est ainsi que, par un décret du 8 décembre 2008, le Premier ministre a énoncé une règle nouvelle selon laquelle l'administration ne saurait se prévaloir envers les usagers d'une circulaire qui ne serait pas accessible sur le site « circulaires.gouv.fr ». Le défaut de mise en ligne prive la circulaire de ses effets.

Pour autre preuve, on peut citer l'utilisation des NTIC par l'administration aux fins d'ordonner en son sein la production normative, c'est-à-dire les travaux préparatoires de ces quelque 28 000 textes paraissant chaque année au *Journal officiel* « Lois et décrets ». Le système en ligne des opérations normatives SOLON a permis la dématérialisation de l'ensemble du traitement de ces textes au sein du Gouvernement. Parmi ses heureux effets,

on peut citer la contribution des NTIC ainsi mises à contribution à la promotion des bonnes règles légistiques (utilisation de feuilles de style pour la rédaction des textes) mais aussi à la sécurité juridique : permettant au Gouvernement, et à son secrétariat général en particulier, de disposer d'une vision synoptique de ses travaux normatifs, ce système est d'un secours avéré dans le suivi des décrets d'application des lois ou des ordonnances, c'est-à-dire dans le respect des échéances de la production normative. On doit concrètement à SOLON une partie des progrès tangibles accomplis au cours des dernières années dans le sens d'une complète application des lois dans les six mois suivant leur publication.

Mais déjà des perspectives nouvelles se dessinent. Dans le programme SOLON, se profile le temps où l'outil électronique permettra au rédacteur de jouer simplement l'opération de « consolidation » de son projet de texte dans l'ordre juridique en vigueur avant même la publication de son projet. Cette opération dite de préconsolidation est normalement, avant même que l'outil ne le facilite, au fondement même du travail de rédaction de textes législatifs et réglementaires qui sont le plus souvent aujourd'hui des textes modificatifs. Avec un outil partagé, la prise en compte de cette opération aux différentes étapes du parcours d'un texte et dans ses différentes versions sera renforcée.

Au-delà de l'approche formelle, les préoccupations d'efficacité se retrouvent aussi dans l'appui que les nouvelles technologies apportent à l'évaluation des effets du droit. Avec la pratique des études d'impact préalables et de l'évaluation *ex post*, nombre de pays développés s'efforcent de cheminer vers un modèle dans lequel l'intervention d'une règle nouvelle est précédée d'une instruction approfondie quant à sa nécessité et sa proportionnalité au regard de l'objectif politiquement défini et la mise en œuvre de la norme suivie d'une évaluation *ex post* permettant de vérifier si ces objectifs sont atteints et d'apprécier, dans le cas contraire, les conséquences à en tirer. Or, ce travail ne se conçoit guère sans l'aide, là encore, d'outils automatisés. L'administration française en fait l'expérience à l'aide d'un outil automatisé d'aide à la mesure des charges administratives (OSCAR) susceptibles de résulter de projets de règle nouvelle.

Et l'on ne saurait manquer de mentionner le fait qu'internet tend à être utilisé de plus en plus fréquemment par l'autorité publique comme outil de consultation du public sur différents projets, dont des projets de texte législatif ou réglementaire. On peut citer le soin pris par l'Assemblée nationale d'ouvrir sur son site un forum sur l'étude d'impact accompagnant chaque projet de loi.

III. — UNE UNION AU SEIN DE LAQUELLE LES CONJOINTS SE CHANGENT L'UN ET L'AUTRE ?

Il serait sans doute audacieux de dire que l'union des préoccupations d'efficacité du droit et des NTIC aille sans difficulté aucune. Il en est une pour laquelle il a fallu ébaucher chemin faisant des solutions : c'est celle des obligations de respect de la vie privée. Et l'on sait comment le *Journal officiel* « Lois et décrets » prend, pour tenir compte de ces enjeux deux formes légèrement distinctes, sur papier et sous forme électronique. On sait aussi les précautions prises suivant les recommandations de la CNIL dans la diffusion de la jurisprudence sur Légifrance.

À titre prospectif, on peut se demander aussi si chacun des partenaires n'est pas aujourd'hui entraîné dans un mouvement susceptible de le transformer assez profondément à raison de l'union contractée.

La façon dont la société se donne à elle-même et la façon dont l'État s'y emploie ne sont-elles pas tout simplement susceptibles de connaître une évolution profonde à raison des perspectives nouvelles dont les NTIC permettent d'imaginer de nouvelles formes de délibération démocratique ?

Et, inversement, le monde des NTIC, dont le dynamisme n'a d'égal que le goût de la liberté, peut-il véritablement un creuset d'une nouvelle manière de concevoir le droit sans que, pour certaines de ses applications au moins, il se plie à une forme de régulation ?

jean.maia@pm.gouv.fr

