

qu'on le connaît actuellement, ne fonctionne pas au mieux. Ce qui n'est évidemment pas dû au Sénat, ni à son personnel. (...) Le système bicaméral implique double emploi quasiment intégral, et ne concorde pas avec un État fédéral. Tous les États fédéraux connaissent une seule Chambre fédérale et une Chambre que fait office de lieu de rencontre des Régions ou des Communautés. Il convient donc de réformer »²³.

Pour le gouvernement actuel, le point de départ est l'accord conclu le 26 avril 2002, transformant le Sénat en une Chambre des Communautés et Régions. Ce Sénat renouvelé sera principalement compétent pour la Constitution, les lois spéciales, les accords internationaux, les traités et les accords de coopération multilatéraux... Le Sénat renouvelé bénéficiera, outre du droit d'initiative pour soumettre des propositions à la Chambre des représentants, également du droit d'évoquer des décisions prises par elle lorsque celles-ci portent sur les droits et les intérêts des Communautés et Régions²⁴.

Le Sénat est-il prêt à se faire *hara-kiri*?²⁵ Ou bien l'emprise des quartiers généraux des partis politiques est telle que la décision de cette nouvelle réforme du bicaméralisme devra être acceptée par les parlementaires? Mais le mythe du bicaméralisme, encore amoindri dans ses effets, continuera à rassurer des esprits inquiets et survivra une fois de plus dans un contexte différent.

Fred ERDMAN

Sénateur honoraire, ancien bâtonnier

A la recherche du nomologue

NUL n'est censé ignorer la loi. Mais quel être sensé prétendrait la connaître? Entretenir le mythe de la connaissance de la loi ne peut évidemment plus consister à poursuivre la chimère de sa connaissance universelle. Autant le mythe est fondateur d'une société et lui permet d'avancer, autant la chimère est monstrueuse et vaine.

La chimère peut néanmoins être sympathique, comme l'est la volonté de ces citoyens de disposer encore d'un *Moniteur belge* imprimé sur du bon vieux papier, éventuellement recyclé. La Cour d'arbitrage a donné raison à une association de fonctionnaires qui estimait que la disparition de la version papier du *Moniteur* créait, à l'égard de ceux qui n'ont pas accès à sa forme électronique, une discrimination dans la faculté de prendre connaissance des textes officiels auxquels ils doivent se conformer. Tout en reconnaissant que l'informatique facilite généralement la consultation du *Moniteur*, la Cour relevait qu'un nombre important de personnes se verraient privées de l'accès effectif aux textes officiels, la version papier ne requérant ni matériel particulier, ni autre qualification que de savoir lire. La suppression de cette dernière version devait dès lors être accompagnée de mesures suffisantes garantissant un égal accès aux textes officiels. La Cour estimait que la possibilité d'obtenir une copie d'un document du *Moniteur* ne rétablissait pas l'égalité entre les internautes et les autres, ces derniers ne pouvant identifier le document qu'ils devaient consulter (arrêt n° 106/2004). Mais quel autre outil que l'informatique permettrait la mise à jour d'un corpus législatif? Le législateur a finalement trouvé une mesure d'accompagnement qui a rassuré la Cour : l'institutionnalisation d'un *help desk* dont l'appel téléphonique est gratuit, qui aidera activement le citoyen à trouver le document convoité (arrêt n° 10/2007). Consciente que la version papier laissait déjà pour compte les aveugles et les analphabètes, la Cour ne s'est pas inquiétée du citoyen qui, ayant raté la précédente révolution technologique, ne dispose toujours pas d'un téléphone. Il n'est pas non plus précisé si ce numéro gratuit peut être trouvé ailleurs que sur le site internet du *Moniteur*.

Revenu bredouille de la chasse à la chimère, le citoyen pragmatique sait que la consultation quotidienne du *Moniteur*, sous sa forme cellulosique ou électronique, ne suffit pas à maîtriser l'état du droit, fût-ce dans un domaine particulier. Un texte aussi incontournable que le Code de la route a fait l'objet de huit modifications depuis la mi-2006, six autres étant en instance de publication au moment où ces lignes sont écrites.

Consulter le *Moniteur* cellulosique ou électronique ne suffit pas

Il faut se rendre à l'évidence. Face à l'inflation législative, même les éditeurs de codes ont dû se résoudre à proposer une mise à jour électronique de leurs publications imprimées, fussent-elles à insérer dans des classeurs à feuillets mobiles. Le seul espoir du citoyen soucieux de disposer d'un texte à jour réside dans la consultation de versions consolidées de la législation, offertes par différentes banques de données disponibles sur la toile.

Passons alors de la simple compilation de la législation en vigueur au véritable état du droit. La loi considérée n'a-t-elle pas fait l'objet d'une modification implicite? La Cour d'arbitrage ne l'a-t-elle pas laissé subsister sous couvert d'une interprétation conforme qui en modifie considérablement la portée? La jurisprudence n'en impose-t-elle pas une application déterminée? Un règlement européen n'en limite-t-il pas le champ d'application? Le citoyen est alors totalement désarmé, avec ou sans l'aide du *help desk* monitorial.

(23) Discours du premier ministre Verhofstadt à l'occasion de l'institution du forum au Sénat le 19 octobre 2004.

(24) Dans le discours du 19 octobre 2004, le premier ministre soulignait « qu'il convient non seulement de réformer le système bicaméral classique, mais encore de trouver dans un esprit ouvert et de confiance mutuelle, des enveloppes de compétences plus homogènes procédant à de légers glissements de compétence ».

(25) « On n'obtiendra jamais du régime parlementaire qu'il s'améliore lui-même. On n'amène pas les gens, par la persuasion, à se dessaisir de leur puissance et de leurs privilèges », écrivait J. LEMAITRE, *Théories et impressions - Théories politiques*, S.F.L.L.

L'introuvable « nomologue »

Que chaque citoyen connaisse la loi est donc plus que jamais une fiction sur laquelle repose le caractère obligatoire de la norme. Le mythe de la connaissance de la loi s'est fait beaucoup plus humble. Il s'agit désormais de prétendre qu'une poignée de spécialistes maîtrise encore non pas toute la législation mais un domaine bien défini de celle-ci. Où trouver ces érudits que l'on pourrait baptiser, avec la pédanterie qui assoit le juriste, « nomologues » ?

Logiquement, l'on pourrait s'attendre à ce que l'auteur de la loi la connaisse. La visite des branches du pouvoir législatif n'apportera toutefois généralement que désenchantement.

Les projets sont la plupart du temps rédigés dans les cabinets ministériels. Le plus souvent privés d'une mémoire remontant au-delà de la législature en cours, ces lieux de passage, placés dans l'ombre du pouvoir médiatisé et régis par l'agenda politique, ne sont pas propices à l'élaboration d'une législation de qualité. Il n'est pas rare de voir un projet de loi modifier une norme abrogée ou annulée. Peu se préoccupent de décaper soigneusement la surface qu'ils entendent recouvrir d'un nouveau texte, indifférents aux écaillures qui se formeront inmanquablement pour le plus grand désarroi du destinataire de la norme, condamné à se muer en archéologue. Au contraire, le souci de la visibilité du travail ministériel conduit à privilégier la rédaction d'un texte autonome associé à son signataire plutôt que de s'astreindre à un obscur travail de simplification et d'amélioration de la législation existante. A mille lieux des rigoureuses théories relatives à l'évaluation législative, une étude de la pratique de la rédaction des textes révèle qu'il n'est pas nécessaire de connaître la législation existante pour en entreprendre la modification.

N'est pas Portalis qui est prié de le devenir

Cela n'empêche pas certains ministres d'avoir des élans napoléoniens et d'entraîner leurs collaborateurs dans l'aventure d'une codification. Le projet ne peut en effet que séduire le politicien : il contribue à sa notoriété tout en lui permettant d'entretenir l'illusion qu'il peut s'imposer à la postérité par la rédaction d'une loi sinon immuable, du moins destinée à perdurer. Pauvre collaborateur. N'est pas Portalis qui est prié de le devenir. En outre, de pharaonique, l'entreprise est devenue quasiment inaccessible avec l'explosion de la production normative. La complexité et l'instabilité de la répartition des compétences au sein de notre petit Etat achève, s'il en était besoin, le caractère utopique de la démarche. En 1994, le ministre de l'Intérieur a chargé le Conseil d'Etat de coordonner la législation électorale. Celui-ci s'est attelé à la tâche. Il a dû remettre de nombreuses fois l'ouvrage sur le métier, notamment pour prendre en compte les modifications apportées à la veille de chaque échéance électorale. Entre-temps, des pans entiers de cette législation ont été régionalisés, amputant d'autant le Code en projet. D'autres parties ont été hypothéquées par l'arrêt de la Cour d'arbitrage sommant le législateur de régler pour 2007 le sort de l'arrondissement de Bruxelles - Hal - Vilvorde. Remettant enfin son projet en 2006, le Conseil d'Etat ne put s'empêcher d'observer qu'il eût été plus facile de rédiger un nouveau Code en partant d'une feuille blanche plutôt que de s'échiner à démêler un écheveau contenant notamment des dispositions datant du XIX^e siècle, devenues obsolètes. Le Code verra-t-il le jour et, dans l'affirmative, ne naîtra-t-il pas désuet ?

Il ne faut pas s'attendre à ce que les lois résultant d'initiatives parlementaires révèlent une meilleure connaissance de la législation modifiée. L'auteur de la proposition ne bénéficie en effet pas de l'armada mise à la disposition de l'exécutif. On ne sait par exemple toujours pas ce qui a incité ce député, par ailleurs bourgmestre de la capitale, à proposer et obtenir, en 1999, l'insertion, dans la nouvelle



loi communale, d'un article 134^{quater} permettant, sous de strictes conditions, au bourgmestre de fermer un établissement. La volonté était d'étendre les pouvoirs de l'édile. L'effet a été exactement inverse, la nouvelle disposition venant restreindre la portée de l'article 135 qui avait le même objet. A la décharge de ce député-bourgmestre, il faut reconnaître que cette disposition venait d'être introduite dans l'ordonnancement juridique par le décret des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire. La doctrine déplora immédiatement l'analyse erronée du droit existant. Cette disposition persiste toutefois à perturber l'ordonnancement juridique, à tel point que le Conseil d'Etat a récemment qualifié sa rédaction de « peu heureuse » (arrêt n° 162.080 du 29 août 2006).

La résignation ou le désarroi du juge

La Cour européenne des droits de l'homme semble résignée à tolérer une législation hermétique puisqu'elle estime qu'une loi que le citoyen ne peut comprendre qu'en s'entourant « de conseils éclairés » est suffisamment prévisible (par exemple, arrêt du 9 novembre 2006, *Leempoel et Ciné Revue c. Belgique*, § 59). Par contre, en France, le Conseil constitutionnel a reconnu, par une décision du 16 décembre 1999, l'existence d'un « objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », directement déduit des principes d'égalité et de garantie des droits consacrés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Une loi insuffisamment précise se verra dénier toute portée normative. Dans la foulée, l'Etat français s'est lancé dans une vaste entreprise de codification de sa législation et de développement des outils informatiques en facilitant l'accès. Etais-ce ce qu'espérait secrètement la Cour d'arbitrage lorsqu'elle évoquait des mesures d'accompagnement à la suppression du *Moniteur* papier ? L'entreprise, menée par un Etat aux moyens considérables et demeuré très jacobin, a-t-elle plus de chances de réussir que dans notre Belgique étriquée et centrifuge ?

En attendant, faut-il rechercher le nomologue à l'autre bout de la chaîne, chez ceux qui, contribuant à rendre la justice, sont supposés dire la loi? Il n'est pas facile de distinguer le travail du juge de celui des avocats. Le premier se fondera sur le droit invoqué par les seconds, mis à part les rares hypothèses où il soulève un moyen d'office. La parcimonie avec laquelle le juge se risque à cette initiative s'explique d'ailleurs en partie par la peur de se contraindre par là à prétendre connaître de manière exhaustive la législation applicable au contentieux qu'il doit trancher. Lors d'un récent colloque, une magistrate du judiciaire contestait, avec toute la bonne foi du monde, qu'elle eût le pouvoir d'écarter un arrêté contraire à la loi, s'exclamant qu'elle n'était ni formée ni outillée pour le faire. Comment décrire son désarroi lorsqu'il lui fut répondu que ce n'était pas une faculté, mais que la Constitution ne permet au juge d'appliquer un texte réglementaire qu'autant qu'il soit conforme à la loi et que le juge est donc tenu de s'assurer de la légalité d'un arrêté avant de l'appliquer? Pour ne pas surcharger une barque déjà sur le point de chavirer, il ne lui fut pas précisé qu'elle devait encore s'assurer de la validité de la loi, au besoin en posant une question préjudicielle tantôt à la Cour d'arbitrage, tantôt à la Cour de justice des Communautés européennes. Pour respecter la jurisprudence *Le Ski* en vertu de laquelle le juge n'applique une loi qu'autant qu'elle est conforme à un traité directement applicable, cette magistrate est évidemment supposée avoir connaissance de la portée de tous les textes internationaux qui s'imposent au législateur belge. Le mythe devient alors fardeau paralysant. Peut-on blâmer le juge qui se contente de trancher le litige en ne se fondant que sur les textes invoqués par les parties? Tant pis si nombre d'arrêtés appliqués sont illégaux...

Du nomologue au monologue

Il ne reste donc plus qu'à se tourner vers les spécialistes d'un domaine particulier du droit, que l'on rencontrera essentiellement parmi les catégories de juristes évoquées plus haut. Par définition, le spécialiste est rare, d'autant que son champ de connaissance se rétrécit nécessairement à mesure qu'il s'approfondit. Ainsi, dans le droit de l'enseignement, qui est capable de rassembler de manière exhaustive et d'exposer avec cohérence la législation organisant l'enseignement secondaire? Le défi paraîtra facilement soluble au juriste qui n'est pas familiarisé à cette discipline. Celui qui la fréquente sait qu'il est redoutable. Un seul exemple. Comment désigne-t-on aujourd'hui ceux que nos parents appelaient des rhétoriciens? Tout dépend. Si l'on se réfère à la législation organique, en l'occurrence la loi du 19 juillet 1971 relative à la structure générale et à l'organisation de l'enseignement secondaire, il s'agit d'élèves de sixième secondaire. Si par contre l'on se tourne vers la législation pédagogique, à savoir le décret « missions » du 24 juillet 1997, ces élèves fréquentent la quatrième année des humanités. Evidemment, le décret n'a pas abrogé la loi et les autres textes se réfèrent à l'une comme à l'autre, parfois dans un même article.

Le constat ne laisse pas d'inquiéter. La démocratie se nourrit du débat et suppose que la maîtrise de son objet ne soit pas l'apanage d'une élite. Or, si la loi perd encore en accessibilité et en lisibilité, trouverons-nous encore un nomologue pour chaque domaine du droit? S'il subsiste, il risque d'être unique. Le nomologue sera-t-il condamné au monologue?

Xavier DELGRANGE

Chargé d'enseignement aux F.U.S.L.
Premier auditeur au Conseil d'Etat

La transparence, un concept opaque?

LA TRANSPARENCE est-elle un mythe ou l'essence de notre monde? Qualité d'un milieu, celui de la société de l'information, de la communication et du spectacle, la transparence s'impose comme une vertu cardinale, mais paradoxale de notre temps : nous l'exigeons comme le moyen de déjouer les crimes et les abus, en même temps que nous dénonçons avec dégoût ceux qui en usent pour en voir ou en montrer toujours davantage.

Comme le monde des médias et celui des affaires, le droit célèbre désormais le règne de la transparence. Inconnue du vocabulaire des juristes il y a encore trente ans, on aurait peine aujourd'hui à dresser la liste complète des textes qui, à tous les niveaux, la proclament et parfois l'organisent. Mais que signifie au juste, sur le plan juridique, cette notion que certains élèvent au rang de « droit fondamental » ou de « principe général », tandis que d'autres la condamnent comme une illusion naïve ou une idéologie pernicieuse?

Le droit classique ne connaît pas la transparence, mais bien un concept voisin : la publicité. Celle-ci désigne les formalités par lesquelles le droit contraint à faire connaître ou à donner accès à une information qui, à défaut, risquerait de demeurer cachée. De l'enregistrement des actes à la publication des bans, du bonnet vert des faillis à la rouelle jaune des juifs, de la mise au pilori à la flétrissure des condamnés, l'origine de la publicité se perd dans les profondeurs de l'ancien droit et affecte tous les domaines de la vie sociale. Elle avait souvent pour but d'obliger ceux qui en faisaient l'objet à se montrer pour ce qu'ils étaient vraiment, afin que les honnêtes gens et les agents du pouvoir puissent lire leurs péchés sur les marques de leur corps ou la couleur de leur habit.

La Modernité confèrera à la publicité une autre dimension en lui assignant un nouvel objet. Les Lumières retournent en effet la publicité contre le pouvoir lui-même et ses organes pour en éclairer les arcanes et déjouer leur obsession du secret. Ensuite de quoi, la Révolution inscrira dans la Constitution la publication des lois et des règlements, ainsi que des jugements et des arrêts, mais aussi l'obligation de motiver les décisions judiciaires, et de tenir en public les audiences des juridictions comme les délibérations du Parlement. Axiome fondamental de la légalité selon Kant, la publicité devient ainsi, avec la liberté de la presse qui garantit la libre circulation des informations, un élément essentiel des dispositifs de contrôle démocratique.

Qu'est-ce alors que la transparence? S'agit-il seulement de rajeunir le terme un peu vieux jeu de « publicité », rendu au surplus ambigu par son usage commercial? Ou faut-il voir au contraire dans la transparence, une idée neuve impliquant un régime et des obligations radicalement différents? Pour s'en faire une idée, le mieux est sans doute de procéder du connu vers l'inconnu et de tenter de repérer, au départ de certains champs où elle se déploie, si et en quoi la transparence manifeste un approfondissement, un déplacement ou au contraire une subversion du principe de publicité, tel que nous le connaissons en droit.

L'illusoire quête de la boîte noire

Une première extension de la publicité concerne la bureaucratie. L'article 32 de notre Constitution, introduit en 1993, permet à tout citoyen de se faire communiquer et de prendre copie, en principe, de tous les documents administratifs. Avec les dispositions légales qui la mettent en œuvre et les règles équivalentes aux niveaux local et supranational, ces normes organisent ce qu'il est convenu d'appeler la « transparence administrative ». Ces nouvelles règles se justi-