

# VICES ET VERTUS DE LA LÉGISLATION PAR RÉFÉRENCE

Par

Jean-Louis BERGEL  
*Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique  
d'Aix-Marseille*

La législation par référence n'est-elle pas le procédé le plus simple pour exprimer clairement des emprunts législatifs ou réglementaires ?

Il est logique de soumettre des situations analogues à des règles identiques et il serait incohérent de les astreindre à des régimes différents. Plutôt que de recopier les textes applicables à une situation déterminée pour régler une situation comparable, il peut paraître préférable d'y renvoyer purement et simplement. Ce procédé d'expression, bien que fréquent dans tout système juridique, paraît à peu près ignoré de la doctrine et irréfléchi pour le législateur qui semble ne l'utiliser que de manière improvisée. Il mérite pourtant qu'on s'y arrête.

La formulation des textes ne doit pas en trahir la substance. Elle constitue un message du législateur aux usagers de la loi : il faut que le message reçu corresponde bien au message émis.

Le problème de la législation par référence se pose chaque fois qu'une norme se réfère à une autre norme, généralement préexistante, de force obligatoire égale ou supérieure, voire même inférieure, afin de rendre applicable la règle à laquelle il est fait référence à la matière pour laquelle on édicte cette référence (1).

Il semble que le renvoi ait toujours été pratiqué dans tous les systèmes juridiques et qu'il soit même inhérent à la rédaction des textes juridiques, afin d'éviter de fastidieuses répétitions. Il correspond à l'ordonnement méthodique des règles entre elles et à l'analyse du droit en un système structuré, composé d'éléments interdépendants les uns des autres (2). Il est, en particulier, d'utilisation courante en droit international privé où la technique du renvoi permet la coordination indispensable entre les divers systèmes juridiques.

Bien qu'elle n'ait pas suscité beaucoup de commentaires, la législation par référence semble plutôt décriée : elle serait un facteur d'hermétisme et de complexité des textes ; son utilisation abusive aboutirait à des renvois en cascade, voire à des renvois "circulaires" qui déboucheraient dans le vide ...

Il s'agit donc de savoir si ce procédé législatif est susceptible de conférer aux textes et à l'ordre juridique plus de cohérence, de simplicité et de clarté ou s'il est de

(1) Ch. Lambotte, "Technique législative et codification", Ed. Story Scientia, Bruxelles 1988, p. 58.

(2) N. Molféssis, "Le renvoi d'un texte à un autre" in "Les mots de la loi", Colloque Paris 1997, n° 3.

nature à rendre la loi plus hermétique pour ses usagers, en en réservant la compréhension aux seuls juristes et en négligeant la variété et la plasticité des situations concrètes.

En réalité, la législation par référence prend les formes les plus diverses. Elle peut consister en un renvoi à tout un ensemble de règles défini par son objet, une matière ou une institution déterminée, aux lois relatives au commerce (C. civ., art. 1107, al. 2) ou, pour le partage de communauté, au droit des successions (C. civ., art. 1476), par exemple. Elle peut aussi se limiter à un renvoi à un texte particulier cité par sa date et son intitulé ou simplement à un ou plusieurs articles, voire à un simple alinéa d'un autre texte. Les rédacteurs peuvent même se référer à des textes émanant d'un ordre juridique différent, de droit international ou même de droit étranger, notamment.

Autrement dit, il y a législation par référence quand un renvoi à tout ou partie d'un ensemble de règles applicables à une autre situation sert à déterminer le régime auquel le législateur soumet la situation qu'il entend traiter, alors qu'on pourrait aussi le faire en réécrivant, pour la situation considérée, les règles correspondantes.

La législation par référence consiste donc en un renvoi à des règles existantes pour les appliquer en tout ou partie à une autre situation ou, au contraire, pour y déroger.

Il s'agit d'un simple procédé d'expression et de rédaction législative ou réglementaire par lequel on soumet une situation au régime juridique auquel est déjà soumise une situation différente, au lieu d'énoncer directement les règles qui devront la régir.

La "législation par référence" se distingue donc d'une simple qualification juridique qui rattache la situation à traiter à un concept ou une catégorie déterminée et du simple renvoi à un autre texte.

Ce procédé législatif implique une assimilation ou un emprunt partiel au régime juridique d'une situation déterminée, a priori différente.

L'utilisation de la législation par référence suppose donc d'abord à la fois une certaine proximité matérielle entre des situations différentes et une transposition formelle du régime de l'une à l'autre (I). Son opportunité dépend d'un examen comparé des avantages et des inconvénients de ce procédé légistique (II).

## I- CONDITIONS D'APPLICATION DE LA LÉGISLATION PAR RÉFÉRENCE

Pour améliorer la qualité formelle de la loi, il faut probablement la réduire à sa plus simple expression, c'est-à-dire la rédiger de la manière la plus claire et la plus précise possible, sans pour autant trahir son contenu normatif. Il faut donc rechercher la meilleure adéquation entre le contenu et l'énoncé de la loi. La législation par référence ne se conçoit que pour des situations entre lesquelles il existe assez de points communs pour pouvoir soumettre l'une à de mêmes règles que l'autre. Bref, le renvoi formel à des règles établies (B) traduit l'emprunt d'un modèle législatif préexistant (A).

### A - Le rapprochement matériel des situations considérées

La législation par référence exprime nécessairement un emprunt législatif, puisqu'elle consiste à renvoyer la réglementation d'une situation au régime d'une autre.

Il s'agit ainsi d'un facteur de simplification du droit si l'on observe, comme le Doyen Cornu, que "certains procédés tendent à simplifier l'ordre juridique en

l'unifiant ...". Ils s'attachent, non à coordonner des règles diverses, mais à réduire la diversité des règles. "Ils unifient les régimes ou, au second degré, les façons de régir" (3).

Sur le fond, cela veut dire que la loi, lorsqu'elle étend par exemple la protection possessoire au détenteur précaire (C. civ., art. 2.282, al. 2) ou lorsqu'elle emprunte au droit de la vente les règles de l'échange (C. civ. art. 1707), procède à des assimilations alors même que les situations alignées sous un même régime sont différentes.

Il s'agit là d'un véritable "emprunt" législatif, dans lequel "deux institutions de nature foncièrement différente partagent un régime au moins partiellement identique" (4).

Un tel emprunt matériel consiste souvent à reproduire *dans des situations différentes* un "modèle législatif" dont le législateur fait des applications distinctes en diverses matières. C'est ainsi que la technique des présomptions légales de pouvoir s'est propagée, à partir du régime matrimonial primaire (C. civ., art. 221, 222), dans l'autorité parentale (C. civ. art. 372-2, 389-4) et dans l'indivision (C. civ., art. 815-2, al. 2, 815-3, al. 2) (5).

Cette transposition serait contre-nature si elle ne se fondait pas sur une certaine analogie entre les situations considérées dont les différences n'excluent pas des similitudes à certains égards (6).

Ces modèles de règles, souvent dénommés "canons législatifs", sont, en réalité, plus des types de règles érigés en modèles que des règles proprement dites. Par son utilisation dans des circonstances diverses, "le canon législatif unifie, normalise, simplifie. Il réalise une économie de droit" (7). Au-delà d'énoncés divers dans leurs diverses applications, les canons s'identifient par des éléments constants. Les présomptions légales de pouvoir comportent toutes de mêmes expressions : "est réputé", "pouvoir", "faire seul", "acte" ... (8).

La transposition de mêmes règles dans des *situations juridiques identiques*, dans les diverses sociétés par exemple, illustre la cohérence matérielle du droit des sociétés et permet de faire une véritable économie de droit. Elle pourrait formellement s'exprimer par de simples renvois des textes régissant une forme particulière de société à ceux applicables à une autre.

Ce serait de la législation par référence. Or, le législateur ne se contente souvent pas de ce simple renvoi formel.

### B - Le renvoi formel entre les règles considérées

Le renvoi pur et simple d'un texte à un autre ou d'un ensemble de textes à un autre n'est pas très souvent possible, car les rapprochements entre des situations différentes n'en effacent pas les différences, si bien que les renvois sont à géométrie variable, souvent très partiels et parfois assortis de nombreuses dérogations ou de réserves. La législation par référence peut donc impliquer des énoncés tortueux, des renvois complexes, en chaîne ou contradictoires, qu'il est difficile de maîtriser et qui, plutôt que de les simplifier, risquent de polluer les textes.

(3) G. Cornu, "Linguistique juridique", Ed. Montchrestien, 1990, n° 79.

(4) A. Terrasson de Fougères, "Le modèle dans le droit de la famille : notion et fonction (essai de droit comparé interne)", Thèse dactyl., Paris II, 1995, n° 642.

(5) G. Cornu, *Ibidem*.

(6) Atelier de Méthodologie Juridique d'Aix-Marseille, "Analogie et méthodologie juridique" "Cahiers de Méthodologie juridique", n° 10, PUAM, RRJ 1995-4.

(7) G. Cornu, *Ibidem*.

(8) *Ibidem*.

Les renvois sont des dispositions de pure technique rédactionnelle de rattachement à d'autres textes plus ou moins clairement désignés, un autre code, un texte particulier, un ou des articles déterminés, une autre matière, une autre institution, un texte hiérarchiquement supérieur, un texte d'application à intervenir... Les renvois ont donc toujours pour objet de compléter les textes référés par la transposition des textes référés.

Ainsi, le droit substantiel se trouve-t-il assorti de sanctions civiles ou pénales prévues ailleurs ou se réalise-t-il dans des conditions applicables en d'autres occasions. De même l'application de la loi peut se trouver subordonnée à des conditions fixées par un décret à intervenir. Des règles spéciales peuvent encore se rattacher par un renvoi exprès au droit commun. Au contraire, les dispositions du droit commun peuvent réserver des applications particulières et dérogatoires à des textes spéciaux auxquels elles renvoient.

Les renvois sont cependant souvent partiels, conditionnels ou assortis de dérogations.

L'application respective de dispositions hétérogènes à une situation déterminée suppose alors une pluralité de renvois ou des renvois assortis de "réserves" (9).

Les réserves insérées dans une disposition ont pour objet, écrit M. le Doyen Cornu, "de subordonner l'application de cette disposition à l'application préalable et prioritaire d'une autre disposition qu'elle désigne" (10). Ainsi, quand l'article 1421 du Code civil dispose que "chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer..., sous réserve des articles 1422 à 1425", cela signifie que ce pouvoir n'exclut pas que certains actes échappent à ce principe et soient subordonnés à un accord des deux époux ou limités à certains effets.

Les réserves établissent davantage un concours ou une priorité entre des règles différentes qu'une simple référence aux règles applicables à une autre situation.

Le renvoi aux règles du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique par les textes du Code de l'urbanisme relatifs à la détermination du prix des biens préemptés par les collectivités publiques est à cet égard significatif. L'article L 213-4, al. 2 du Code de l'urbanisme dispose : "Le prix est fixé, payé ou, le cas échéant, consigné selon les règles applicables en matière d'expropriation. Toutefois, dans ce cas : a) la date de référence prévue à l'article L.13-15 du Code de l'expropriation... est la date à laquelle est devenu opposable aux tiers le plus récent des actes rendant public, approuvant, révisant ou modifiant le POS et délimitant la zone dans laquelle est situé le bien...". Ainsi, la législation par référence s'y traduit à la fois par un emprunt au régime de l'expropriation et une dérogation à l'un de ses éléments caractéristiques.

Puis, au cas où un bien soumis au droit de préemption fait l'objet d'une expropriation, l'article L.213-6 du Code de l'urbanisme prévoit que "la date de référence prévue à l'article L 13-15 du Code de l'expropriation est celle prévue au a) de l'article L.213-4". Autrement dit, en cas de cumul d'expropriation et de préemption, le renvoi s'inverse : c'est la définition dérogatoire de la date de référence en matière de préemption qui l'emporte sur celle applicable en droit de l'expropriation.

Cela est conforme au principe "*specialia generalibus derogant*" et à la logique des droits de préemption des personnes publiques. Mais il n'est pas sûr que le public puisse aisément comprendre le sens exact de ces textes. Or, la loi censée connue de tous, devrait être compréhensible par tous. Cette "communicabilité" de la

(9) G. Cornu, *ibidem*.

(10) *Ibidem*.

loi est manifestement entravée par des procédés rédactionnels tels que la législation par référence.

La simplification du droit qu'un tel procédé est censé engendrer n'est guère perceptible que par les juristes eux-mêmes. Certes, l'idée que la loi peut être accessible à tous est illusoire et la technicité du droit est inéluctable. Mais il est indéniable que la législation par référence rend la loi encore plus inaccessible aux profanes.

Il n'est d'ailleurs pas évident que des textes truffés de renvois soient compréhensibles par les juristes eux-mêmes.

Comment en trouver une illustration plus flagrante qu'en reproduisant celle, tirée d'un règlement européen, citée par M. Molfessis lors d'un récent colloque : "Les Etats membres qui ont appliqué la TVA aux opérations visées aux points 4 et 5 de l'annexe E sont autorisés à appliquer les conditions prévues à l'article 13 lettre A paragraphe 2 point a) dernier tiret également aux prestations de services et livraisons de biens visés à l'article 13 lettre L paragraphe 1 points m) et n)"... "La République portugaise peut reporter (...) les dates visées à l'article 1er paragraphe 2 point a) pour la suppression du point 3 de l'annexe F et à l'article 1er paragraphe 2 point c) pour la suppression du point 9 de l'annexe F" (11).

Un tel exemple ne peut que discréditer la législation par référence. Mais il n'en est qu'une mauvaise caricature.

Il faut tenter d'apprécier, plus sereinement, les mérites et les vices de ce procédé de rédaction des textes législatifs et réglementaires.

## II - ÉLÉMENTS D'APPRECIATION DE LA LÉGISLATION PAR RÉFÉRENCE

Clair ou obscur ? Tel est le débat de légistique auquel s'exposent les rédacteurs de textes quand ils légifèrent par référence ou, plus généralement encore, usent de renvois. La réponse à cette question ne peut être que contrastée. Il est autant d'arguments pour proscrire cette technique législative que pour la justifier (A). Mais l'usage réel qu'on en fait compte plus que l'appréciation théorique que l'on peut en faire (B).

### A - Appréciation théorique

*D'un point de vue formel*, de nombreux exemples de renvois trop complexes ou hermétiques semblent condamner la législation par référence.

Le législateur lui-même semble avoir délibérément exclu de recourir à ce procédé quand il a dû doter la fonction publique territoriale d'un statut directement emprunté au droit de la fonction publique de l'Etat. Il a préféré reproduire pour la fonction publique territoriale les textes puisés dans le droit préexistant, plutôt que d'y faire purement et simplement référence.

Si cela alourdit indéniablement le corpus législatif et réglementaire, cela en facilite évidemment la lecture : les règles édictées sont ainsi plus directement accessibles au lecteur qui n'a pas à se reporter à d'autres textes pour en prendre connaissance. Mais, en contrepartie, le lecteur n'a qu'une vue sèche et brute du texte, sans élément de rapprochement et de comparaison avec les dispositions analogues déjà édictées, commentées, interprétées et pratiquées dans d'autres situations. Bref, il perçoit mieux le texte mais en ignore le contexte.

*D'un point de vue matériel*, le droit doit être un système cohérent dans lequel des situations analogues doivent être traitées de la même manière. Il ne se réduit pas

(11) N. Molfessis, *op. cit.* n° 1.

à une juxtaposition infinie de réglementations éparses et indépendantes les unes des autres. Il est un ensemble d'éléments interdépendants soumis à des principes, des mécanismes et des règles techniques communes. La législation par référence permet de mettre en évidence ces éléments communs dont dépendent la cohérence et la rationalité du système juridique et plus particulièrement, des textes.

Elle est à la fois une technique de répétition et de coordination des règles de droit (12).

Comme technique de répétition des règles, la législation par référence est un procédé concis et laconique d'expression législative qui échappe à la fastidieuse obligation de recopier les dispositions législatives et réglementaires que l'on veut transposer dans un domaine autre que leur champ d'application initial. C'est ainsi un mode de réitération de règles antérieures dans des textes nouveaux, autrement dit, une "technique de propagation" du droit existant (13).

En tant que "technique de coordination" des règles de droit, les renvois jouent à la fois le rôle "d'instruments de liaisons" entre le droit applicable à des domaines différents et de modes d'information des juristes et des usagers des textes (14). La législation par référence n'est donc pas seulement la source d'une sorte de charabia législatif. Elle est un facteur et un indicateur de la cohérence des textes entre eux et, au-delà, du système juridique lui-même. Encore faut-il en faire un usage judicieux !

#### B - Application pratique

L'application pratique de la législation par référence pose une multitude de questions qui démontrent que ce peut être, selon les cas, le meilleur ou le pire des modes d'expression normative, selon l'usage qu'on en fait.

*Quant au fond*, la technique du renvoi implique, du fait même de sa fonction de coordination, des effets réflexes d'une matière sur l'autre.

Quand un texte se réfère à un autre, il renvoie aux règles de référence en vigueur lors de son édicton (15). Mais, si ces règles viennent à être modifiées, le renvoi auquel elles ont donné lieu subsiste et la matière soumise aux textes auxquels le législateur s'est référé à l'origine doit subir mécaniquement les mêmes modifications. La référence faite en matière de droit de préemption subit les conséquences d'une éventuelle réforme des règles de fixation du prix de l'expropriation auxquelles il est fait référence.

Au contraire, la solution consistant à reproduire les mêmes règles dans diverses matières conserve à chacune d'elle sa vie propre en l'isolant de toute répercussion des évolutions éventuelles de l'autre. On peut ainsi modifier un texte du droit de la fonction publique de l'Etat, sans que cela se répercute automatiquement sur les règles correspondantes du statut de la fonction publique territoriale, puisque chacun de ces secteurs a sa propre réglementation, en dépit de l'identité initiale des règles qui les régissent. L'identité recherchée à l'origine se brise sur la moindre modification quand il a été prévu deux ensembles de textes identiques, alors qu'elle se conserve naturellement si l'on a procédé par référence.

Certes, il est toujours possible, en théorie, de modifier simultanément tous les textes considérés dans les diverses matières où ils sont édictés. Mais cela se heurte à des obstacles techniques et politiques évidents.

(12) N. Molfessis, op. cit. n° 8 et s.

(13) Ibidem.

(14) Ibidem.

(15) Ch. Lambotte, op. cit. p. 61.

Autrement dit, tout dépend de ce que l'on veut : une unité ou une dispersion du droit, des identités durables, fussent-elles évolutives, ou des convergences momentanées.

Les buts poursuivis sont toutefois très variables selon les matières, et les choix rédactionnels diffèrent selon les multiples formes de renvois utilisées.

*Quant à la forme*, il arrive souvent que la norme référente renvoie, non à une norme figée, mais plutôt à un système juridique ou à un ensemble de textes (16), si bien qu'il est souhaitable de conserver l'harmonie créée par référence, en dépit des évolutions législatives et réglementaires. De telles modifications implicites paraissent aussi se justifier par des raisons d'attribution de pouvoirs ou de compétences, en cas de référence à une disposition pénale, ou quand la norme référente porte sur la consultation obligatoire d'une instance déterminée ou sur des formalités particulières. La répercussion des modifications affectant la norme référée dans la norme référente paraît utile pour préserver la sécurité juridique nécessaire en de telles matières. Il semble donc opportun de la garantir par la technique du renvoi qui évite des omissions ou des modifications dissonantes.

Quand, au contraire, les références sont purement limitées à des dispositions techniques de détail, l'enjeu n'est évidemment pas le même. Il importe peu d'y conserver ou d'y compromettre un alignement momentané de règles isolées entre des matières différentes.

Si les exigences de la cohérence du droit ne sont pas en cause, des considérations de pure forme peuvent légitimement guider les rédacteurs des textes. Ceux-ci doivent s'efforcer d'éviter les renvois circulaires qui ne débouchent sur rien, les renvois en cascade qui obscurcissent le sens des textes et les renvois pollués par tant de réserves et de dérogations ou d'exceptions qu'ils deviennent illisibles. Mieux vaut alors énoncer dans les textes un ensemble de règles précises, même si certaines d'entre elles sont déjà prescrites à d'autres propos.

Certains renvois à des textes ultérieurs s'imposent lorsqu'il s'agit de préciser une loi par des textes d'application à intervenir, tandis que le renvoi "*in futurum*" paraît dangereux quand il se fait à des textes extérieurs à la matière considérée, puisqu'ils équivalent alors à un blanc-seing.

*En définitive*, la technique de la législation par référence n'est ni à préconiser, ni à proscrire aveuglément. Elle est à apprécier au cas par cas. La technique du renvoi exclut l'improvisation et mérite réflexion.

La qualité formelle des textes législatifs et réglementaires est une condition essentielle de la sécurité juridique qu'ils doivent procurer. Cela concerne, certes, la lisibilité des textes par les personnes qu'ils doivent régir, mais cela n'exclut pas des exigences techniques d'exactitude, de précision et de rigueur. On peut au moins conclure que c'est, plus encore, la cohérence matérielle du système juridique qui doit dicter aux rédacteurs de textes leurs choix rédactionnels. L'usage que l'on fait de la législation par référence ne peut être dissocié de ces diverses considérations.

(16) Ibidem.