



Article scientifique

Article

2015

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La bonne loi ou le paradis perdu ?

Guy-Ecabert, Christine; Flückiger, Alexandre

How to cite

GUY-ECABERT, Christine, FLÜCKIGER, Alexandre. La bonne loi ou le paradis perdu ? In: Gesetzgebung heute, 2015, vol. 26, n° 1, p. 21–45.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:73929>

La bonne loi ou le paradis perdu ?*

Christine Guy-Ecabert et Alexandre Flückiger | *Y a-t-il eu un âge d'or de la loi ? L'histoire montre que l'impression que la qualité de la loi se dégrade n'est pas nouvelle. Indépendamment du lieu et de l'époque, les lois ont depuis toujours été critiquées pour leur longueur excessive, leur mauvaise formulation ou leur imprécision. En revanche, on peut se demander aujourd'hui si elles sont meilleures ailleurs qu'en Suisse. Y répondre supposerait non seulement des recherches de grande ampleur dans nombre de systèmes juridiques, mais nécessiterait aussi une définition de la notion même de qualité législative. Afin de tester l'intérêt d'une telle recherche comparative, les auteurs examinent la définition de la forêt dans cinq ordres juridiques choisis. Le constat ? A défaut de critères universels et univoques qui définiraient une loi de qualité, les comparaisons demeurent hasardeuses. Penser que la loi parfaite peut exister est illusoire, mais ce n'est pas une raison suffisante pour ne pas viser la meilleure loi possible.*

Sommaire

- 1 Une dégradation de la qualité de la loi ?
- 2 De meilleures lois auparavant ? Le mythe tenace d'un âge d'or de la loi
- 3 De meilleures lois ailleurs ?
 - 3.1 La pertinence de la question et de la méthode pour y répondre
 - 3.2 La définition légale de la forêt en droit comparé à l'aune de son intelligibilité
 - 3.2.1 Les définitions légales : une contribution à l'intelligibilité de la loi ?
 - 3.2.2 Une tentative de systématiser les différentes définitions légales de la forêt
 - 3.2.3 Dans la jungle des définitions légales
 - 3.3 Comparaison n'est pas raison
- 4 Conclusion : l'impossible perfection des lois

1 Une dégradation de la qualité de la loi ?

« La dégradation progressive de la qualité est devenue un problème grave dans la législation suisse » prétend l'éditeur d'un ouvrage collectif fraîchement publié consacré à « la valeur d'une bonne législation »¹. La qualité de la loi ne susciterait étrangement aucun débat selon ce dernier².

Si tel était vraiment le cas, oserait-on fêter sans mauvaise conscience, en 2014, le jubilé de *Législation & Évaluation* (LeGes), une revue scientifique spécifiquement dédiée à la loi et à l'évaluation de celle-ci ? Les efforts menés depuis vingt-cinq ans sous l'égide la Société suisse de législation pour améliorer la qualité des lois s'avèreraient-ils vains ?

A vrai dire, la loi posait déjà problème un quart de siècle plus tôt. En consultant les archives de la revue, on trouve la première année déjà un article consacré à l'inflation législative et aux problèmes qui en résultent³.

La loi était-elle meilleure si l'on remonte plus loin dans le temps, à l'époque des grands codificateurs par exemple, ou à l'Antiquité gréco-romaine ? On plon-

gera dans les sources historiques (ch. 2) pour tenter de démontrer que tel n'est pas le cas. La critique envers la mauvaise qualité de la loi est en effet récurrente, ancrant ses racines dans un lointain passé. Les auteurs se sont sans cesse succédé pour critiquer des lois truffées d'erreurs, trop peu adaptées à leur époque, injustes, manquant leurs buts, trop compliquées, trop peu compréhensibles, non appliquées, trop longues ou trop nombreuses⁴.

Le débat ne concerne pas que la Suisse. L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), l'Union européenne et un nombre croissant de pays s'attellent depuis un certain nombre d'années déjà à améliorer la qualité de leur production normative⁵. Celle-ci est-elle meilleure qu'en Suisse ? Pour y répondre, il faudrait bien évidemment s'accorder au préalable sur la notion même de qualité législative, entreprise hasardeuse dans la mesure où elle reflète différentes échelles de valeur personnelles ou politiques cachées derrière les critiques (par exemple l'idéal de la loi courte pour les adeptes de la dérégulation)⁶ et dans la mesure où elle révèle des exigences antagonistes (par exemple la loi tout à la fois courte et précise)⁷ comme nous le discuterons plus bas (ch. 3.1 et 3.3).

Pour l'exercice, on tentera de comparer dans quelques ordres juridiques choisis une notion légale commune – celle de forêt – dans le but de tester l'intérêt et les limites de développer un programme de recherche plus élaboré pour répondre à la question de la qualité comparative des lois, parmi lesquelles la loi helvétique (ch. 3). L'exemple de la forêt est d'autant plus intéressant que la concrétisation de cette notion spécifique en droit cantonal a permis au Tribunal fédéral d'affirmer voici quinze ans « la nécessité de disposer d'une législation claire, transparente et compréhensible »⁸.

Ce n'est évidemment pas en prenant une seule règle isolée dans le maquis des normes que l'on pourra prétendre répondre de manière définitive et argumentée à la question de la qualité comparée des lois. La présente démarche n'a dès lors aucune autre prétention que celle de mettre en évidence la pertinence ou non d'un tel programme de recherche éventuel en montrant tant l'intérêt, les difficultés que les limites (ch. 3.1).

2 De meilleures lois auparavant ? Le mythe tenace d'un âge d'or de la loi

Les critiques contemporaines de la loi laissent implicitement entendre que la loi aurait été meilleure auparavant, dans les temps anciens. Or il est frappant de constater que de nombreux juristes, philosophes et autres penseurs ont tenu la loi en perpétuel déclin au cours de l'histoire. On dévoilera, sous forme de florilège, les citations de grands auteurs dénonçant de tout temps des lois trop nombreuses, trop volumineuses, trop obscures ou trop inefficaces :

- Aristote (384 av. J.-C. – 322 av. J.-C.)
« Ajoutons que, ses lois étant d'une rédaction obscure et compliquée, comme par exemple la loi sur les héritages et sur les épicières, il en résultait nécessairement nombre de contestations, si bien que le règlement de tous les différends, privés et publics, appartenait aux tribunaux. Certains pensent que Solon a recherché cette obscurité pour ses lois, afin d'attribuer au peuple le droit de décider en cas de conflit. Mais cette explication est peu vraisemblable. La vérité est qu'il lui était impossible d'atteindre la perfection, étant donné le caractère général des lois »⁹.
- Tacite (v. 55–v. 120 ap. J.-C.) :
« La plus mauvaise république est celle qui a le plus de lois » (« *Corruptissima república plurimae leges* »)¹⁰.
- Thomas More (1478–1535) :
« Leurs lois sont peu nombreuses : il n'en faut guère avec une telle constitution. Ils désapprouvent vivement chez les autres peuples les volumes sans nombre qui ne suffisent pas à l'interprétation des leurs, car ils voient une suprême iniquité à tenir les hommes liés par des lois trop nombreuses pour que personne puisse jamais les lire d'un bout à l'autre, et trop obscures pour que le premier venu puisse les comprendre »¹¹.
- Martin Luther (1483–1546) :
« Elaborer des lois est une chose grande, importante et délicate, et sans l'esprit de Dieu, on ne fait rien de bon. Aussi faut-il agir toujours avec crainte et humilité devant Dieu et observer cette règle : faire court et bon, peu et bien, aller doucement et sans cesse en avant. Ensuite si ces lois s'enracinent, les compléments nécessaires se présenteront d'eux-mêmes »¹².
- Michel de Montaigne (1533–1592) :
« Car nous avons en France, plus de lois que tout le reste du monde ensemble [...] et pourtant nous avons tant laissé à opiner et décider à nos juges, qu'il ne fut jamais liberté si puissante et si licencieuse. Qu'ont gagné nos législateurs à choisir cent mille espèces et faits particuliers, et [à] y attacher cent mille lois ? Ce nombre n'a aucune proportion avec l'infinie diversité des actions humaines. La multiplication de nos inventions, n'arrivera pas à la variété des exemples. Ajoutez-y cent fois autant, il n'advient pas pourtant, que des événements à venir, il s'en trouve aucun qui, en tout ce grand nombre d'événements choisis et enregistrés, en rencontre un, auquel il puisse se joindre et

apparaître si exactement, [sans] qu'il n'y reste quelque circonstance et diversité qui requière diverse considération de jugement : il y a peu de relation de nos actions, qui sont en perpétuelle mutation, avec les lois fixes et immobiles. Les plus désirables, ce sont les plus rares, plus simples, et générales; et encore crois-je qu'il vaudrait mieux n'en avoir point du tout que de les avoir en tel nombre que nous avons »¹³.

– Francis Bacon (1561–1626) :

« De la trop grande accumulation des lois – "il pleuvra sur eux des filets" dit le prophète ; or il n'est point de pires filets que les filets des lois, surtout ceux des lois pénales, lorsque, leur nombre étant immense et laps de temps les ayant rendues inutiles, ce n'est plus une lanterne qui éclaire notre marche, mais un filet qui embarrasse nos pieds »¹⁴.

« Il est temps de parler de cette obscurité des lois qui résulte de leur mauvaise expression. Le bavardage et la prolixité qui est passée en usage dans l'expression des lois, ne nous plaît guère. Et loin que ce style diffus n'atteigne le but auquel il vise ; au contraire, il lui tourne le dos. Car, en prenant peine à spécifier et à exprimer chaque cas particulier en termes propres et convenables, se flatte-t-on en vain de donner ainsi aux lois plus de certitude ; on ne fait, au contraire, par cela même, qu'enfanter une infinité de disputes de mots. Et grâce à ce fracas de mots, l'interprétation, suivant l'esprit de la loi, laquelle est la plus saine et la mieux fondée, n'en marche que plus difficilement »¹⁵.

– René Descartes (1596–1650) :

« Et comme la multitude des lois fournit souvent des excuses aux vices, en sorte qu'un État est bien mieux réglé lorsque, n'en ayant que fort peu, elles y sont fort étroitement observées »¹⁶.

– Montesquieu (1689–1755) :

« Comme les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires, celles qu'on peut éluder affaiblissent la législation. Une loi doit avoir son effet, et il ne faut pas permettre d'y déroger par une convention particulière »¹⁷.

– Jeremy Bentham (1748–1832) :

« La dépravation générale du style des lois anglaises – Pour mettre en évidence et résumer les imperfections de la loi anglaise écrite, il suffit de relever les points par lesquels le langage utilisé par les juristes anglais pour légiférer se distingue du langage ordinaire. En effet, à chaque fois qu'il s'en éloigne, ce

sera à son désavantage : l'effet immédiat en sera une curieuse absurdité, et le résultat une curieuse malice »¹⁸.

- Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) :
« Tout État où il y a plus de lois que la mémoire de chaque citoyen n'en peut contenir est un État mal constitué, et tout homme qui ne sait pas par cœur les lois de son pays est un mauvais citoyen [...]. Si l'on me demandait quel est le plus vicieux de tous les peuples, je répondrais sans hésiter que c'est celui qui a le plus de lois. La volonté de bien faire supplée à tout, et celui qui sait écouter la loi de sa conscience n'en a guère besoin d'autre ; mais la multitude des lois annonce deux choses également dangereuses et qui marchent presque toujours ensemble, savoir que les lois sont mauvaises et qu'elles sont sans vigueur. Si les lois étaient assez claires, elles n'auraient pas besoin sans cesse de nouvelles interprétations ou de nouvelles modifications ; si elles étaient assez sages et si elles étaient aimées et respectées on ne verrait pas ces funestes et odieuses contestations entre les citoyens pour les éluder, et le souverain pour les maintenir »¹⁹.
- Donatien Alphonse François de Sade (1740–1814) :
«Faisons peu de lois, mais qu'elles soient bonnes. Il ne s'agit pas de multiplier les freins : il n'est question que de donner à celui qu'on emploie une qualité indestructible. Que les lois que nous promulguons n'aient pour but que la tranquillité du citoyen, son bonheur et l'éclat de la république »²⁰.
- Jean-Etienne-Marie Portalis (1746–1807) :
« Au lieu de changer les lois, il est presque toujours plus utile de présenter aux citoyens de nouveaux motifs de les aimer ; [...] Il ne faut point de lois inutiles ; elles affaibliraient les lois nécessaires ; elles compromettraient la certitude et la majesté de la législation. [...] mais partout où les citoyens ont des biens à conserver et à défendre, partout où ils ont des droits politiques et civils, partout où l'honneur est compté pour quelque chose, il faut nécessairement un certain nombre de lois pour faire face à tout »²¹.
- Gaetano Filangieri (1753–1788) :
« A peine un désordre se fait-il sentir dans une nation qu'aussitôt on voit paraître une nouvelle loi. Elle n'a pour objet qu'un seul cas particulier, qui, avec deux ou trois mots de plus ou de moins, aurait pu être compris dans une loi antérieure : mais il semble que, par une destinée fatale, la marche de la législation doive ressembler à celle d'un homme qui court toujours devant lui, sans regarder un seul instant en arrière »²².

- Benjamin Constant (1767–1830) :

« De l'erreur de quelques amis de la liberté relativement à la multiplicité des lois [...] C'est d'ailleurs à tort qu'on espère que la multiplicité des lois préservera les sociétés de la tyrannie des hommes. En multipliant les lois, vous multipliez nécessairement les agents de l'autorité ; vous donnez en conséquent à un plus grand nombre d'hommes, du pouvoir sur leurs semblables : vous doublez ainsi les chances de l'arbitraire; car, quelque précises que soient vos lois, il y a toujours possibilité d'arbitraire, ne fût-ce que dans l'exactitude plus ou moins sévère de l'exécution.

De plus, toute loi écrite est susceptible d'être éludée. En vain le législateur veut y pourvoir par des précautions menaçantes ou des formalités minutieuses, son attente est toujours trompée. Dans ce défi que soutient chaque individu contre les lois, les actions se diversifient à l'infini. Une lutte fatale commence entre le législateur et le citoyen ; les volontés individuelles s'irritent de rencontrer partout une volonté générale qui prétend les comprimer. La loi se subdivise, se complique, se multiplie vainement. Les actions parviennent toujours à se dérober à sa poursuite. Le législateur veut défendre son ouvrage, comme le citoyen défend sa liberté. Une loi désobéie en appelle une plus rigoureuse. Cette seconde inexécutée en nécessite une plus sévère encore. Cette progression ne peut s'arrêter. Enfin, fatigué de tant d'efforts inutiles, le législateur ne fait plus de lois précises, parce que l'expérience l'a convaincu qu'il est trop aisé de leur échapper, quelque sévères qu'elles puissent être ; il fait des lois vagues, et de la sorte la tyrannie des hommes est en dernière analyse le résultat de la multiplicité des lois »²³.

- François-René Chateaubriand (1768–1848) :

« Que les projets de loi soient préparés d'avance avec soin. [...] C'est un vice capital de notre législation que les articles innombrables de nos projets de lois: ils amènent de force des discussions interminables et des amendements sans fin »²⁴.

- Louis-Marie de Lahaye Cormenin [Timon] (1788–1868) :

« Je concevrais qu'on eût la logophobie, c'est-à-dire l'horreur des lois nouvelles, et si j'étais électeur, je dirais à mon député : "Faites vos affaires, et, si vous pouvez, les miennes ; je ne disconviens point que je ne vous aie nommé un peu pour cela, mais en outre, et de grâce, donnez-nous le moins de lois possible ! Le moins de lois possible, entendez-vous bien?"

Malheureusement nous sommes mordus du chien de la légomanie »²⁵.

- Pierre Joseph Proudhon (1809–1865) :
 « Donc le gouvernement devra faire des lois, c'est-à-dire s'imposer à lui-même des limites : car tout ce qui est règle pour le citoyen devient limite pour le prince. Il fera autant de lois qu'il rencontrera d'intérêts : et puisque les intérêts sont innombrables, que les rapports naissant les uns des autres se multiplient à l'infini, que l'antagonisme est sans fin, la législation devra fonctionner sans relâche. Les lois, les décrets, les édits, les ordonnances, les arrêtés tomberont comme grêle sur le pauvre peuple. Au bout de quelque temps, le sol politique sera couvert d'une couche de papier, que les géologues n'auront plus qu'à enregistrer, sous le nom de "formation papyracée", dans les révolutions du globe. La Convention, en trois ans, un mois et quatre jours, rendit onze mille six cents lois et décrets ; la Constituante et la Législative n'avaient guère moins produit ; l'Empire et les gouvernements postérieurs ont travaillé de même. Actuellement, le "Bulletin des Lois" en contient, dit-on, plus de cinquante mille ; si nos représentants faisaient leur devoir, ce chiffre énorme serait bientôt doublé. Croyez-vous que le peuple, et le Gouvernement lui-même, conserve sa raison dans ce dédale ?... »²⁶.

- Rudolf von Jhering (1818–1892) :
 « La quantité des règles de droit est un signe de faiblesse. Elle dénonce l'impuissance de la force digestive intellectuelle, l'absence de la force nécessaire pour extraire la quintessence logique de la somme des règles, et pour convertir celles-ci en chair et en sang »²⁷.
 « Plus la production du droit, dans un État, est facile, rapide et copieuse, et plus sa force morale est faible ; plus cette production est faible, plus l'intervalle entre la conception et la naissance est long, plus les douleurs de l'enfantement sont pénibles, et plus le fruit est solide et robuste. Aussi le droit ne peut-il prospérer que chez un peuple à la volonté puissante. Ce n'est que chez un peuple pareil que les forces conservatrices et progressives ont le degré de perfection nécessaire pour que le droit avance lentement et sûrement ; témoins la Rome antique et l'Angleterre. Il n'y a malheureusement que trop d'exemples du cas contraire : fécondités éphémères qui ne laissent derrière elles que la stérilité. La pesanteur et la lenteur du droit que nous venons de définir peuvent être résumées en cette proposition : le droit réclame pour ses productions de longs espaces de temps »²⁸.

- Henri Capitant (1865-1937) :
 « Toute révision des textes de notre Code civil devrait donc être préparée, étudiée, rédigée avec la plus grande application. Malheureusement, l'art de faire

les lois est en pleine décadence, et jamais le législateur n'a apporté moins de soin à cette tâche qu'à l'heure actuelle»²⁹.

« De telles lois ne font pas honneur au Parlement ; elles sont vraiment indignes d'être insérées dans une œuvre comme notre vieux Code civil, car elles le déparent et le déforment comme des verrues »³⁰.

La constance des critiques de la loi au cours des âges nous fait douter de la possibilité même de produire une « bonne loi » dans un sens universellement accepté. L'âge d'or de la loi n'est donc qu'un mythe tenace :

« Ces débats sont [...] d'une grande actualité, mais ne sont pas nouveaux et sont même récurrents tout au long de l'histoire. Sans cesse, la question se pose, sans cesse elle se résout, et sans cesse elle réapparaît : un cycle sans fin, un signe de l'imperfection congénitale imprégnant toute loi et de l'effort continu et impuissant pour y mettre un terme : le mythe d'un âge d'or, celui du droit simple et clair, un mythe intemporel, ramenant à un passé lointain, légendaire et obscur, et envoyant à un avenir lumineux hypothétique, inexistant et toujours fugitif »³¹.

Mais n'existe-t-il pourtant pas des degrés : une loi, sans être excellente, ne pourrait-elle pas être « meilleure » qu'une autre ? N'existe-t-il pas des traditions juridiques nationales favorisant l'éclosion de « meilleurs » textes ? Nous examinerons cette question dans la section suivante.

3 De meilleures lois ailleurs ?

3.1 La pertinence de la question et de la méthode pour y répondre

Comment mettre à l'épreuve de la réalité les critiques récurrentes adressées à la qualité de la loi ? Plutôt que de rechercher vainement dans l'absolu la « bonne loi », une méthode consisterait à comparer systématiquement la production législative d'un pays ou d'un canton à celle de ses voisins à l'aune de critères communs pour déterminer si celle-ci est « meilleure » ou « moins bonne »³².

Une telle recherche requerrait toutefois d'importantes ressources et nécessiterait une approche interdisciplinaire entre juristes, linguistes et politologues notamment pour être convaincante. Felix UHLMANN propose dans ce sens un ambitieux programme de recherche empirique faisant appel aux techniques d'analyse linguistique³³. Mais même dans l'hypothèse où l'on pourrait s'appuyer sur une méthodologie adéquate et trouver les financements nécessaires, il resterait préalablement à déterminer si la question de recherche elle-même est pertinente : pour comparer la qualité respective d'un objet à un autre, il faut tout d'abord trouver des critères de qualité communs. Or ceux-ci ne se laissent pas

aisément définir de manière universelle et sont parfois contradictoires comme le critère de la clarté le montre : une loi simple, brève et concise sera claire au sens d'intelligible mais sera loin de prévoir tous les cas d'application imaginables ; elle ne sera donc pas claire sous l'angle de la possibilité de la concrétiser puisque le destinataire ne trouvera pas la réponse à son cas en lisant le seul texte de loi³⁴. En outre il faudrait étoffer la liste des critères en intégrant ceux-ci dans une démarche de légistique matérielle et formelle complète, en tenant compte de la sécurité et de la stabilité juridique, de la légitimité démocratique, de l'effectivité de la loi ainsi que de la conformité de cette dernière au droit supérieur, spécialement aux droits fondamentaux³⁵. Par ailleurs, le droit ne s'épuise pas dans la seule loi : la loi peut être intelligible mais quel en est le bénéfice si les textes d'application de toutes natures (ordonnances, règlements, décrets, circulaires, recommandations, guides, etc.) l'obscurcissent³⁶? Le destinataire de la règle n'est-il en réalité pas plus attaché à la qualité du droit pris dans son ensemble qu'à celle de la seule loi ?

Conscients de telles contraintes, nous avons décidé dans le présent exposé de tester uniquement l'intérêt, les limites et les difficultés d'un tel programme de recherche s'il devait être réalisé. Dans le cadre festif et limité du présent jubilé de la revue *LeGes*, la méthode ne saurait être dès lors qu'impressionniste et intuitive: nous nous limiterons ainsi à prendre un seul exemple microscopique dans le maquis des lois (la définition de la forêt) que nous examinerons à l'aune d'un seul critère (l'intelligibilité) et dans cinq ordres juridiques seulement (Grèce, Union européenne, France, Royaume-Uni et Suisse).

Cette méthode, en dépit de son caractère rudimentaire, nous permettra cependant de suggérer l'immense étendue des ressources qu'il faudrait investir pour aboutir à une conclusion raisonnée ainsi que de discuter de la pertinence et des limites conceptuelles d'une telle question de recherche (ch. 3.3).

3.2 La définition légale de la forêt en droit comparé à l'aune de son intelligibilité

3.2.1 Les définitions légales : une contribution à l'intelligibilité de la loi ?

« L'intelligibilité de la loi [...] est au cœur du droit, une de ses données fondamentales, traduisant à la fois sa force et sa faiblesse ; elle met en cause la personnalité humaine, l'histoire du droit, le langage, le style de chaque époque – "le mystère du style", disait Chateaubriand, "mystère sensible partout, présent nulle part" – la communication entre les hommes, la culture, la place du droit dans les rapports humains, la liberté individuelle, les relations sociales, la coutume, les catégories, les habitudes, les usages, etc., – presque tout ce qui constitue le fondement des structures juridiques ; et chacun a sa réponse, variant selon les moments, sa loi ou son scepticisme dans la loi, ou son relativisme. N'y voir qu'une simple

donnée de la " légistique", comme on dit aujourd'hui, ne serait pas seulement l'altérer ou en diminuer la portée, mais en méconnaître le sens, ne s'attacher qu'aux apparences et écarter les réalités profondes du phénomène juridique »³⁷.

La notion d'intelligibilité de la loi se décline sous de nombreux aspects, dont nous avons déjà dit qu'ils ne font pas l'unanimité³⁸. L'un des moyens dont usent de façon assez constante les législateurs pour rendre plus intelligible le langage juridique consiste à définir dans la loi les termes qu'ils y emploient. En matière de forêts, l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) – qui a notamment pour mission d'assurer la gestion durable des forêts – a dénombré dans le monde plus de 650 définitions différentes de la forêt, qui varient en fonction des situations climatiques et pédologiques, des essences locales, des enjeux économiques et des cultures. Or, des pays largement couverts de forêts – par exemple le Brésil et le Pérou, qui ont à gérer une grande partie de la forêt amazonienne – n'ont pas défini dans leur législation les espaces forestiers³⁹. Vu le fort caractère politique de la question, ce n'est pas surprenant. Définir conduit à protéger et tous les pays ne voient pas forcément d'un bon œil la sauvegarde de leurs forêts, des intérêts économiques majeurs supplantant parfois les intérêts environnementaux et les besoins du développement durable.

La définition légale de la forêt relève ensuite d'une démarche de légistique matérielle et formelle, seul cet aspect étant examiné ici. La doctrine conseille d'éviter de définir des termes dans la loi : *Omnis definitio in jure civili periculosa est*⁴⁰. Les directives fédérales suggèrent également qu'une définition légale est superflue si l'on conserve strictement au mot son sens courant⁴¹. Ce conseil est à priori pertinent parce qu'il évite de figer l'interprétation du droit dans un contexte temporel et sociétal particulier. En l'occurrence, pourquoi donc ne pas se contenter du sens courant de la forêt que les dictionnaires usuels définissent comme « une vaste étendue de terrain couverte d'arbres »⁴² et qui permet de qualifier une grande partie des litiges ayant trait à la forêt ? Finalement, beaucoup de personnes s'accordent à dire qu'un palmier n'est pas une forêt, mais qu'un ensemble d'arbres constitue une forêt soumise à des mesures de protection.

Un autre motif de se montrer parcimonieux dans la production de définitions légales est l'excès et l'inaptitude au but recherché par la réglementation qui peut en résulter. Le législateur fédéral en a fait l'expérience avec la législation sur les armes qui considérait comme telles « les poignards à lame asymétrique » (art. 4, al. 1, let. c, de la loi sur les armes [LArm] en relation avec l'art. 6, al. 2, let. b, de son ordonnance d'application). Il en résultait que les couteaux utilisés par les scouts, les couteaux de plongée et d'autres objets conçus comme des outils entraînaient, du moins d'un point de vue légaliste, l'obligation de détenir deux permis, l'un

d'acquisition et l'autre de port d'armes. Pour mettre fin à l'excès de bureaucratie en découlant, le législateur fédéral a modifié l'art. 4, al. 1, let. c, LArm⁴².

Inversement, une définition légale s'avère utile en particulier pour délimiter le champ d'application matériel et personnel de la loi⁴³ et en conséquence le régime juridique applicable à la notion définie. Il est par exemple important de disposer d'une définition claire de la forêt pour la délimiter par rapport aux zones d'affectation (art. 13 de la loi sur les forêts [LFo]⁴⁴), pour statuer sur des demandes de dérogations (art. 5 ss LFo) – en l'occurrence de défrichement – ou de financement (art. 35 ss LFo).

3.2.2 Une tentative de systématiser les différentes définitions légales de la forêt

L'examen des définitions légales de la forêt permet de distinguer deux modes de faire. Le premier consiste à inscrire la définition dans la partie générale de la loi sous la forme d'une norme indépendante, ou dans une annexe, ce qui met l'accent sur sa portée générale pour l'acte normatif concerné⁴⁵. La définition est alors souvent identifiable d'un point de vue linguistique par un titre marginal ou par des marqueurs précis tels « sont, au sens de la présente loi... », « on entend par... »⁴⁶ et d'autres encore. Si ces marqueurs annoncent souvent, mais pas toujours, une définition, il arrive aussi, second mode de procéder, que des définitions soient inscrites dans d'autres parties de la loi. Il peut par exemple s'agir de règles précisant des droits ou des obligations⁴⁷ – qui seront en principe insérées dans la partie « Dispositions spéciales » de la loi – ou de sanctions.

Les définitions légales recourent à des critères quantitatifs ou qualitatifs, le plus souvent aux deux, s'agissant de la forêt. Dans les définitions quantitatives, nombreux sont les différents paramètres communs aux législations des Etats formant notre échantillonnage.

Dans un effort de systématisation, on peut distinguer, parmi les définitions quantitatives, les définitions positives des définitions négatives. Les premières recourent à des listes de paramètres communs. Certains de ces paramètres sont évidents, comme la mention, en tant qu'élément intrinsèque à la forêt, des arbres et des arbustes. Le législateur énumère ensuite des éléments moins patents mais assimilés à la forêt, comme les pâturages boisés, les pépinières, les jeunes peuplements, les parcs, les routes forestières. Ces derniers éléments introduisent parfois de véritables fictions juridiques, par exemple lorsqu'il est précisé que les espaces défrichés et les coupe-feu sont inclus dans la définition de la forêt.

Il existe aussi des définitions négatives qui énumèrent les éléments exclus de la définition légale, comme les arbres isolés, les parcs, les haies, les surfaces agroforestières. Le législateur est friand de paramètres mesurables selon différents étalons : surface minimale – exprimée en mètres carrés –, densité de cou-

verture du sol par les arbres – exprimée en pourcent –, hauteur des arbres – exprimée en mètres ou en centimètres. Les nombres et les unités de mesure utilisés doivent correspondre à la nature des rapports à régler et être raisonnables⁴⁸. Il existe, en dernier lieu, des paramètres d'exclusion. Plusieurs lois, dont la loi suisse, précisent à ce titre que ni la propriété, ni l'origine ni le mode d'exploitation de la forêt ne sont pertinents pour la définir.

Les définitions légales qualitatives intègrent les objectifs de la loi, en l'occurrence la protection des diverses fonctions de la forêt – en droit fédéral suisse, ses fonctions sociales, économiques et protectrices (art. 1 de la loi sur les forêts). Une définition légale qualitative peut aussi se matérialiser en qualifiant la forêt d'écosystème. Elle apporte une plus-value à une définition purement quantitative parce qu'elle permet d'ajuster aux objectifs de la loi une définition qui serait sinon trop schématique. Elle constitue à ce titre un élément d'interprétation supplémentaire de la loi.

Il n'y a toutefois guère d'illusions à se faire : une définition légale ne sera jamais complète, pas davantage que toute autre norme juridique. Moor l'illustre précisément à partir de la définition de la forêt : celle-ci «est constituée par un ensemble de paramètres qui forment un sens, mais sans que l'abstraction puisse définir de manière invariable quelles sont les relations que ces paramètres entretiennent entre eux »⁴⁹.

3.2.3 Dans la jungle des définitions légales

Pour illustrer les éléments théoriques qui précèdent, nous nous limiterons à analyser des échantillons tirés de quatre ordres juridiques différents (Grèce, Union européenne, France, Royaume-Uni) pour les comparer ensuite avec le droit suisse fédéral. Nous examinerons ces différentes normes sous le seul angle de leur intelligibilité en relevant leur degré de détail ou de concision.

3.2.3.1 La définition de la forêt dans la loi grecque

Selon l'art. 3 de la loi n° 998/1979 relative à la protection des forêts et des terres boisées, en général, du pays⁵⁰, tel que remplacé par l'art. 1, par. 1, de la loi n° 3208/2003^{51 52}:

- « 1. On entend par "forêt" ou "écosystème forestier", l'ensemble organique de plantes sauvages à tronc ligneux sur la surface nécessaire du sol qui, avec la faune et la flore existant dans ce même lieu, constitue, par le biais de leur interdépendance et de leur influence réciproque, une biocénose particulière (biocénose forestière) et un environnement naturel particulier (forestier).

2. Une terre boisée existe dès lors que la végétation ligneuse sauvage qui se trouve dans l'ensemble précité est clairsemée, qu'elle soit composée d'arbres hauts ou de taillis.
3. Il existe une biocénose, au sens des paragraphes 1 et 2 ci-dessus, et un environnement de nature forestière est créé sur une étendue, lorsque :
 - I. sur ladite étendue poussent des végétaux ligneux sauvages, susceptibles de produire, à la suite d'une exploitation forestière, des produits forestiers (produits sylvicoles).
 - II. l'aire de ladite étendue, sur laquelle poussent entièrement ou sporadiquement des espèces forestières précitées, doit être au moins de 0,3 hectare, avec une forme géométrique la plus arrondie possible ou avoir la forme d'une bande d'une largeur d'au moins trente (30) mètres. Une biocénose forestière existe et un environnement forestier se crée également sur des étendues d'une superficie inférieure à 0,3 hectare lorsque, en raison de leur emplacement, elles se trouvent dans un rapport d'interdépendance et d'influence réciproque avec d'autres étendues voisines qui constituent une forêt ou une terre boisée.
 - III. les cimes des espèces forestières doivent couvrir, en projection verticale, au moins vingt-cinq pour cent de la surface au sol (couvert de 0,25). Les écosystèmes forestiers sont qualifiés de forêts ou de terres boisées selon les critères suivants :
 - a) si, dans la biocénose précitée, les espèces forestières ont une structure verticale facilement discernable (en étages) et leurs cimes couvrent plus de trente pour cent du sol (couvert supérieur à 0,30), ladite étendue est qualifiée de forêt, sous réserve que le couvert de l'étage supérieur excède quinze centimètres (0,15) et, en absence de couvert de sous-bois, que le couvert de l'étage supérieur excède vingt-cinq centimètres (0,25).
 - b) si, dans la biocénose précitée, la végétation ligneuse est constituée d'espèces sylvicoles à larges feuilles persistantes ou caduques, se présentant sous forme de buissons, ladite étendue est qualifiée de « terre boisée » dès lors que les cimes de ces espèces couvrent plus de vingt-cinq pour cent du sol (couvert supérieur à 0,25).
 - c) La notion d'écosystème forestier comprend aussi les étendues qui ont perdu, pour quelque raison que ce soit, leur végétation forestière et qui n'ont pas été affectées, à la suite d'actes administratifs, à d'autres usages jusqu'à l'entrée en vigueur de la présente loi. Lesdites étendues, qui sont régies par les dispositions de l'art. 117, par. 3, de la Constitution, sont déclarées comme devant être reboisées et conservent la qualification qu'elles avaient avant leur destruction.

4. On entend également par « terre boisée » toute étendue de toute nature, non couverte (composée de petites végétations ligneuses sèches ou de prairies à herbages, les pics rocheux et, plus généralement, les espaces non couverts), qui est enclavée dans des forêts ou des terres boisées, ainsi que les sommets et les zones alpestres montagneuses qui se trouvent au-dessus des forêts et des terres boisées. Dans ces étendues, aucune intervention autre que celles autorisées et prévues par l'art. 13, par. 2, de la loi 1734/1987 (FEK A' 189) et par les art. 45 à 61 de la présente loi n'est autorisée. Les étendues des cas sous a), d) et e) du par. 6 du présent article ne sont pas soumises aux dispositions du présent paragraphe, même si elles sont enclavées dans des forêts ou des terres boisées.
5. Les dispositions de la présente loi s'appliquent également aux parcs et bois situés dans les villes et zones d'habitation ainsi que les étendues qui sont ou ont été déclarées à boiser ou à reboiser, par acte de l'autorité compétente ».

Il s'agit d'une norme particulièrement précise, proposant une définition mixte qui intègre des facteurs qualitatifs dans l'al. 1, puisqu'il y est mentionné qu'on entend par forêt ou écosystème forestier un ensemble organique, etc. Les facteurs quantitatifs occupent bien davantage de place encore que les facteurs qualitatifs. On les trouve en particulier au chiffre 3, alinéa 2, chiffre II, qui arrête la surface minimum (0,3 hectare), la forme de l'étendue considérée (« forme géométrique la plus arrondie possible »), alternativement avec une largeur minimum (bande d'une largeur de moins de 30 mètres). Les détails s'accumulent. Ce système de définitions est conçu comme des poupées gigognes, c'est-à-dire qu'elles s'emboîtent les unes dans les autres ; ce qui conduit à définir un certain nombre des termes utilisés pour définir la forêt dans les alinéas 1 et 2, par exemple les notions de « terres boisées », (al. 4), de « biocénose » (al. 3) ou celle de « couverture » (al. 3 ch. III) qui nécessite pas moins de trois lettres.

Pierre Moor utilise précisément cet exemple de la forêt pour démontrer qu'une telle notion juridique est un concept dont la définition ne peut pas épuiser le sens : il est « en même temps sens et réserve de sens, avec la double signification qu'[il] ne peut être compris que sous réserve des sens qui lui sont donnés, mais qu'[il] se réserve d'en être la source originelle – ainsi toujours présente parce qu'en même temps passé et avenir »⁵³.

3.2.3.2 La définition de la forêt dans l'Union européenne

Selon l'art. 3 du règlement (CE) n° 2152/2003 du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la surveillance des forêts et des interactions environnementales dans la Communauté (Forest Focus)⁵⁴:

« Aux fins du présent règlement, on entend par :

- a) « forêt », des terres avec un couvert arboré (ou une densité de peuplement) supérieur à 10 % et d'une superficie supérieure à 0,5 hectare. Les arbres devraient pouvoir atteindre une hauteur minimale de 5 mètres à maturité in situ. Elles peuvent comprendre soit les formations forestières fermées où les arbres de différents étages et sous-étages couvrent une grande partie du terrain, soit les formations forestières ouvertes avec un couvert végétal continu dans lesquelles le couvert arboré excède 10 %. Les jeunes peuplements naturels et toutes les plantations établies dans un objectif forestier qui doivent encore atteindre une densité de couverture de 10 % ou une hauteur de 5 mètres sont inclus dans la catégorie des forêts, de même que les surfaces faisant normalement partie des superficies forestières qui ont été temporairement déboisées à la suite d'interventions humaines ou de causes naturelles, mais qui doivent retourner à l'état de forêt. La définition du terme « forêt » inclut : les pépinières forestières et les vergers à graines qui font partie intégrante de la forêt; les chemins forestiers, les espaces défrichés, les coupe-feu et autres petits espaces ouverts dans la forêt; les forêts situées dans les parcs nationaux, les réserves naturelles et d'autres zones protégées telles que celles qui présentent un intérêt particulier du point de vue environnemental, scientifique, historique, culturel ou spirituel; les brise-vent et les rideaux-abris constitués par des arbres occupant une superficie de plus de 0,5 hectare sur une largeur de plus de 20 mètres. Les plantations d'hévéas et de chênes lièges sont incluses. Toutefois, la définition du terme « forêt » exclut : les terres utilisées de façon prépondérante à des fins agricoles. »

Exclusivement quantitative, la définition de l'Union européenne s'avère très dense mais mieux construite que la définition grecque. On y trouve une définition positive en première partie, une définition négative en deuxième partie – par l'exclusion, de la définition du terme « forêt », des « terres utilisées de façon prépondérante à des fins agricoles » (let. a *in fine*) – et aussi des éléments assimilés (« pépinières forestières », etc.), sur le même modèle que le droit suisse.

D'aucuns s'interrogeront à juste titre sur la compétence de l'Union européenne pour légiférer en matière de protection des forêts. Un jugement de la Cour de justice de l'Union européenne, saisie d'un litige avec un citoyen grec, a en effet tranché cette question. Il s'agissait de savoir si un terrain de quelque 200 m² devait être reboisé par suite d'un défrichement non autorisé. En d'autres termes, la définition grecque de la forêt – moins restrictive que celle de l'Union européenne – relevait-elle de la seule compétence de l'État grec ? La Cour a jugé que l'Union européenne n'avait pas de compétence autre que celle de définir la forêt pour les besoins de l'application de ce règlement, qui avait pour seul but de réglementer un instrument environnemental financier (Arrêt de la CJUE du 20 mai 2010 C-160/09 Katsivardas – Tsitsikas OE c. Oikonomikon, Rec. 2010 I-04591).

Il faut noter que cette réglementation européenne a été ultérieurement abrogée.

3.2.3.3 *La définition de la forêt dans la loi française*

L'art. 111.2 du Code forestier⁵⁶ donne de la forêt une définition sommaire, qui de surcroît varie d'un livre à l'autre de la loi :

« Sont considérés comme des bois et forêts au titre du présent code les plantations d'essences forestières et les reboisements ainsi que les terrains à boiser du fait d'une obligation légale ou conventionnelle.

Le titre III du présent livre et les dispositions pénales qui s'y rapportent s'appliquent également aux landes, maquis et garrigues.

Le titre IV du présent livre et les dispositions pénales qui s'y rapportent s'appliquent également aux dunes ».

Une norme pénale (art. L223–1) définit indirectement la forêt:

« [l]e fait de procéder à une coupe abusive non conforme aux dispositions [...] lorsque le total des circonférences des arbres exploités mesurés à 1,3 mètre du sol, le taillis non compris, dépasse 200 mètres dans l'ensemble des parcelles [...] ».

La formule arithmétique consistant à additionner la circonférence des arbres exploités semble subtile. Elle permet de tenir compte de l'âge des peuplements : la surface protégée est inversement proportionnelle à l'âge des arbres. Quant à savoir s'il est facile pour le juge pénal de la mettre en œuvre à coup de chevillière, c'est une autre question à laquelle nous n'avons pas cherché à répondre.

3.2.3.4 *La définition de la forêt dans la loi anglaise*

Le droit britannique définit la forêt dans les dispositions décrivant les activités prohibées dans la forêt⁵⁷ :

«Prohibited activities

13. Without prejudice to subsection (7) of section 198(a) (power to make tree preservation orders) or subsection (1) of section 200(b) (tree preservation orders: Forestry Commissioners) and, subject to the exceptions in regulation 14, no person shall—
 - (a) cut down;
 - (b) top;
 - (c) lop;
 - (d) uproot;
 - (e) wilfully damage; or
 - (f) wilfully destroy,

any tree to which an order relates, or shall cause or permit the carrying out of any of the activities in sub-paragraphs (a) to (f) to such a tree, except with the written consent of the authority and, where such consent is given subject to conditions, in accordance with those conditions.

Exceptions

14. –(1) Nothing in regulation 13 shall prevent–

(a) the cutting down, topping, lopping or uprooting of a tree–

- (i) which is dead;
- (ii) in compliance with any obligation imposed by or under an Act of Parliament or so far as may be necessary for the prevention or abatement of a nuisance;
- (iii) by or at the request of a statutory undertaker, where the land on which the tree is situated is operational land of the statutory undertaker and the work is necessary–
 - (aa) in the interests of the safe operation of the undertaking;
 - (bb) in connection with the inspection, repair or renewal of any sewers, mains, pipes, cables or other apparatus of the statutory undertaker;
 - (cc) to enable the statutory undertaker to carry out development permitted by or under the Town and Country Planning (General Permitted Development) Order 1995(c);
- (iv) where that work is required to enable the implementation of an order made or confirmed under paragraph 8(1) or paragraph 15(1) of Schedule 1 to the Highways Act 1980(d) (procedures for making or confirming certain orders or schemes);
- (v) where that work is urgently necessary for national security purposes;
- (vi) where that tree is cultivated for the production of fruit in the course of a business or trade and such work is in the interests of that business or trade;
- (vii) so far as such work is necessary to implement a planning permission (other than an outline planning permission or, without prejudice to paragraph (iii)(cc), a permission granted by or under the Town and Country Planning (General Permitted Development) Order 1995, granted on an application under Part III of the Town and Country Planning Act 1990 (control over development), or deemed to have been granted (whether for the purposes of that Part or otherwise);
- (viii) by or at the request of the Environment Agency to enable the Agency to carry out development permitted by or under the Town and Country Planning (General Permitted Development) Order 1995; or
- (ix) by or at the request of a drainage body where that tree interferes, or is likely to interfere, with the exercise of any of the functions of that body in relation to the maintenance, improvement or construction of watercourses or

of drainage works, and for this purpose “drainage body” and “drainage” shall have the same meanings as in section 72(1) of the Land Drainage Act 1991(a) (interpretation);

- (b) the removal of dead branches from a living tree;
- (c) the cutting down, uprooting, topping or lopping of a tree, to the extent that such works are urgently necessary to remove an immediate risk of serious harm, or to such other extent as agreed in writing by the authority prior to the works being undertaken;
- (d) the pruning, in accordance with good horticultural practice, of any tree cultivated for the production of fruit; or
- (e) without prejudice to sub-paragraph (a)(ii), the felling or lopping of a tree or the cutting back of its roots by or at the request of, or in accordance with a notice served by, a licence holder under paragraph 9 of Schedule 4 to the Electricity Act 1989(b) (other powers etc of licence holders – felling and lopping of trees etc.)».

C'est un bon exemple de loi de type « *case law* ». Au lieu d'utiliser un terme générique comme le défrichement, la loi recourt à des expressions plus détaillées, tant dans l'énumération des activités prohibées (couper, araser, élaguer, déraciner, endommager ou détruire volontairement, ch. 13 [a] à [f]) que dans celle des exceptions qui touchent non seulement les objets – par exemple les arbres morts (ch. 14 [1] [a] [ii]) – ou les branches mortes (ch. 14 [1] [b]) mais également d'autres intérêts jugés prédominants, par exemple la sécurité nationale (ch. 14 I [cc] [v]).

Cet exemple montre que la démarche législative procède d'une tout autre façon pour concevoir la loi en Grande-Bretagne que sur le continent. Lord Denning, un fameux juge anglais, l'explique en exposant les motifs pour lesquels le législateur du Royaume-Uni a renoncé à la concision :

« Les rédacteurs de nos lois se sont efforcés de s'exprimer avec la plus grande exactitude. Ils ont essayé de prévoir toutes les situations possibles et imaginables et de les régir. Ils ont sacrifié le style et la simplicité. Ils ont renoncé à la concision. En conséquence, les juges les ont suivis sur cette voie. Ils interprètent les lois comme ne s'appliquant que dans les circonstances correspondant aux termes exacts de celles-ci. Ils lui donnent une interprétation différente »⁵⁸.

3.2.3.5 La définition de la forêt dans la loi suisse

La loi fédérale définit la forêt à son art. 2⁵⁹.

« Définition de la forêt

¹ Par forêt on entend toutes les surfaces couvertes d'arbres ou d'arbustes forestiers à même d'exercer des fonctions forestières. Leur origine, leur mode d'exploitation et la mention au registre foncier ne sont pas pertinents.

² Sont assimilés aux forêts :

- a. les forêts pâturées, les pâturages boisés, les peuplements de noyers et de châtaigniers ;
- b. les surfaces non boisées ou improductives d'un bien-fonds forestier, telles que les vides ou les surfaces occupées par des routes forestières ou d'autres constructions ou installations forestières ;
- c. les biens-fonds faisant l'objet d'une obligation de reboiser.

³ Ne sont pas considérés comme forêts les groupes d'arbres ou d'arbustes isolés, les haies, les allées, les jardins, les parcs et les espaces verts, les cultures d'arbres en terrain nu destinées à une exploitation à court terme ainsi que les buissons et les arbres situés sur ou à proximité immédiate des installations de barrage ».

La définition de la loi sur les forêts est brève et pertinente, de nature à la fois quantitative et qualitative ; elle est complétée par les art. 1 à 3 de l'ordonnance d'application (OFo). Cette définition nous semble être de bonne qualité du point de vue de son intelligibilité.

Le Tribunal fédéral a d'ailleurs porté une appréciation favorable sur les définitions légales du droit fédéral combinant des aspects qualitatifs et quantitatifs. Pour définir la forêt, le canton de Zurich avait en effet repris de manière schématique les valeurs supérieures fixées par l'art. 1, al. 1, OFo comme critères quantitatifs minimums pour qu'une surface boisée soit reconnue comme forêt : en d'autres termes, une définition purement quantitative qui ouvrirait la porte à une protection insuffisante de la forêt. Le Tribunal fédéral s'est montré en revanche très critique envers la définition légale cantonale litigieuse qu'il a qualifiée « d'incomplète et équivoque », en érigeant en principe le besoin de disposer d'une législation « claire, transparente et compréhensible » :

« les valeurs que les cantons déterminent, à l'intérieur du cadre fixé par l'art. 1^{er} al. 1^{er} OFo, dans leur législation d'exécution de la nouvelle Loi fédérale sur la forêt, ne peuvent servir qu'à concrétiser la notion (qualitative) de forêt, juridiquement indéterminée, pour les petits peuplements. Elles signifient en premier lieu que la qualité de forêt doit être admise là où elles sont atteintes, sous réserve de circonstances exceptionnelles ; elles constituent ainsi, à juste titre, des seuils minimaux. En revanche, on ne saurait conclure sans autre à l'absence de forêt partout où ces seuils ne sont pas atteints. Une approche aussi schématique contredirait la notion qualitative de forêt telle que la Loi la définit et elle la viderait de sa substance. Les critères quantitatifs doivent uniquement aider à schématiser et simplifier quelque peu la constatation de la qualité de forêt. Il faut cependant les fixer de façon à ce qu'ils concrétisent la notion qualitative de forêt, et non pas qu'ils la vident de sa substance [...]. Adopter une disposition aussi incomplète et équivoque n'est pas sans

risque face à la nécessité de disposer d'une législation claire, transparente et compréhensible »⁶⁰.

Le Tribunal fédéral a retenu cependant que la réglementation cantonale pouvait néanmoins être interprétée et appliquée de manière conforme à la Constitution et au droit fédéral, car les critères qualitatifs de la forêt définis par le droit fédéral l'emportent sur les critères qualitatifs du droit cantonal.

3.3 Comparaison n'est pas raison

Après avoir examiné diverses définitions légales à l'aune de leur intelligibilité, l'excès de précision dans l'exemple grec et de détail dans l'exemple britannique nous paraît nuire à leur compréhensibilité. L'exemple européen, à l'instar de la loi zurichoise, pêche par son schématisme. Quant à l'exemple français, il nous montre en revanche un texte de loi parfaitement compréhensible. Par comparaison, ce dernier s'avère cependant incomplet. La définition fédérale helvétique nous semble quant à elle constituer un bon compromis entre l'excès de précision nuisant à l'intelligibilité du texte et une rédaction trop vague. Elle nous semble exprimer ce « style moyen » qu'affectait Francis Bacon, c'est-à-dire une loi ni trop « verbeuse », ni trop brève⁶¹. Elle oblige les autorités à interpréter les paramètres quantitatifs de la loi et de l'ordonnance conformément à ses objectifs qualitatifs (art. 1 al. 2 de l'ordonnance sur les forêts). Elle témoigne, à titre d'illustration, de la qualité formelle de la rédaction du droit fédéral, considéré comme plutôt « abordable, concis et compréhensible en comparaison internationale »⁶². Elle répond en effet aux critères posés par l'un des pères helvétiques de la légistique formelle, Eugen Huber⁶³, c'est-à-dire une préférence pour un style de rédaction plutôt lisible qu'excessivement détaillé, standards suisses de la « bonne loi » formellement exigés du moins sur le plan fédéral⁶⁴.

Les critiques que nous avons adressées aux normes définitoires étrangères procèdent de la même démarche comparative à l'aune des critères helvétiques de qualité. Or si on considère que la « bonne loi » est celle qui règle exhaustivement tous les cas d'espèce potentiels, ne laissant au juge aucune possibilité d'exercer son pouvoir créatif, quitte à sacrifier l'intelligibilité du texte, les législateurs grecs et plus encore britanniques excellent, à l'exact opposé du codificateur français en l'espèce.

Convenons-en donc : comparaison n'est pas raison et ceci pour trois raisons au moins. Tout d'abord, nous venons de le montrer, en raison de l'absence de consensus sur la notion de clarté : une loi claire est-elle une loi qui s'efforce de prévoir tous les cas d'application au risque d'être trop peu intelligible ou une loi simple, courte et lisible au risque de déléguer à d'autres autorités le soin de déterminer la norme concrètement applicable dans le cas d'espèce ?

Ensuite parce que la qualité de la loi ne se mesure pas à l'aune d'un seul critère universel et univoque généralement admis. Les critères de la « bonne loi » sont multiples et leur pondération est relative, dépendant de nombreux facteurs, dont la diversité des cultures juridiques nationales ou les sensibilités politiques : le législateur de *common law* chérira un degré de précision qui paraîtra excessif aux législateurs continentaux ; le législateur fédéral en Suisse accordera, en pratique, moins d'importance au critère de la conformité de ses lois à la Constitution fédérale en raison de la limitation du contrôle de constitutionnalité de celles-ci par le Tribunal fédéral (art. 190 Cst.), contrairement à un législateur soumis à une juridiction constitutionnelle étendue ; les partisans d'un État minimal préféreront les lois rares et les conservateurs les lois immuables, expression du statu quo.

Enfin parce que nos détracteurs ne manqueront pas d'adresser à la méthode impressionniste et rudimentaire à laquelle nous avons recouru dans notre contribution la critique même que nous adressons aux pourfendeurs de la qualité de la loi qui, s'appuyant sur quelques normes particulièrement peu intelligibles, les descendent en flèche pour mieux regretter « la bonne loi ou le paradis perdu ».

4 Conclusion : l'impossible perfection des lois

On a tendance à trouver les ferments explicatifs essentiels de l'imperfection législative contemporaine dans les progrès technologiques rapides, le développement des politiques publiques, l'avènement de l'État-providence, la globalisation du droit, l'accélération et l'internationalisation des échanges, l'opportunisme politique, la complexification de la société ou la montée des individualismes qui multiplie les controverses et fait éclater la notion d'intérêt public⁶⁵. On en déduit fort logiquement dans ces conditions qu'un âge d'or l'aurait précédé. Or une recherche au cours des siècles démontre la récurrence des critiques adressées à la loi, qu'il s'agisse de son inflation quantitative ou de sa déflation qualitative.

Sans nier la pression des causes conjoncturelles, une loi tout à la fois rare, simple, intelligible et qui réglerait à l'avance tous les cas d'application se révèle être un idéal bien naïf. La vérité, comme l'avait remarqué Aristote déjà, est qu'il est impossible au législateur « d'atteindre la perfection, étant donné le caractère général des lois »⁶⁶.

Prenant l'angle quantitatif, Portalis démontre l'inévitable nécessité d'en disposer d'un « certain nombre ». Si ce dernier fustigeait les lois inutiles, il s'empresait en effet de préciser que « partout où les citoyens ont des biens à conserver et à défendre, partout où ils ont des droits politiques et civils, partout où l'honneur est compté pour quelque chose, il faut nécessairement un certain nombre de lois pour faire face à tout »⁶⁷.

Dans le même sens, mais avec une verve singulière, Pierre Joseph Proudhon affirmait que produire des lois tout à la fois simples, en petit nombre et excellentes, relevait d'une mission impossible, juste après avoir critiqué l'inflation législative en écrivant que « le sol politique sera couvert d'une couche de papier, que les géologues n'auront plus qu'à enregistrer, sous le nom de "formation papyracée" »⁶⁸.

« Vous dites qu'on fera "peu" de lois, qu'on les fera "simples", qu'on les fera "bonnes". C'est encore une concession. Le Gouvernement est bien coupable, s'il avoue ainsi ses torts ! Sans doute, pour l'instruction du législateur et l'édification du Peuple, il fera graver sur le fronton du Palais Législatif ce vers latin qu'avait écrit sur la porte de sa cave un curé de Bourgogne, comme un avertissement à son zèle bachique :

"Pastor, ne noceant, bibe pauca, sed optima, vina !"

Des lois en petit nombre, des lois excellentes ? Mais c'est impossible. Le gouvernement ne doit-il pas régler tous les intérêts, juger toutes les contestations ? Or, les intérêts sont, par la nature de la société, innombrables, les rapports variables et mobiles à l'infini : comment est-il possible qu'il ne se fasse que peu de lois ? Comment seraient-elles simples ? Comment la meilleure loi ne serait-elle pas bientôt détestable ?

On parle de simplification. Mais si l'on peut simplifier en un point, on peut simplifier en tous ; au lieu d'un million de lois, une seule suffit. Quelle sera cette loi ? *"Ne faites pas à autrui ce que vous ne voulez pas qu'on vous fasse ; faites à autrui comme vous désirez qu'il vous soit fait."* Voilà la loi et les prophètes. Mais il est évident que ce n'est plus une loi ; c'est la formule élémentaire de la justice, la règle de toutes les transactions. La simplification législative nous ramène donc à l'idée de contrat, conséquemment à la négation de l'autorité. En effet, si la loi est unique, si elle résout toutes les antinomies de la société, si elle est consentie et votée par tout le monde, elle est adéquate au contrat social. En la promulguant, vous proclamez la fin du gouvernement. Qui vous empêche de la donner tout de suite, cette simplification ?... »⁶⁹.

« Ce que nous mettons à la place des lois, ce sont les contrats. – Point de lois votées ni à la majorité ni à l'unanimité ; chaque citoyen, chaque commune ou corporation fait la sienne »⁷⁰.

Sans partager la conclusion révolutionnaire du philosophe anarchiste qui déduit de l'inévitable inflation des lois et de leur impossible simplification la nécessité de les remplacer par des contrats, on se rappelle de la formule plus balancée de Francis Bacon pour qui la « bonne » loi est un équilibre entre ces deux pôles contradictoires :

« L'obscurité dans l'expression des lois vient on de ce qu'elles sont trop verbeuses, trop bavardes, ou au contraire de leur excessive brièveté [...] Ce qu'il faut affecter c'est seulement le style moyen »⁷¹.

Cet équilibre varie selon les époques, les matières, les lieux ainsi que les cultures rédactionnelles et juridiques qui les caractérisent, à l'instar des diverses définitions légales de la forêt dans différents ordres juridiques que nous avons comparées sous l'angle de l'intelligibilité. Ce bref exercice nous a permis de montrer le travail important qu'impliquerait la systématisation d'une telle démarche tant du point de vue du volume des textes de loi à comparer, du nombre de pays à prendre en compte, des différents critères de qualité à analyser et de l'approche interdisciplinaire qu'elle nécessiterait, si bien que l'on peut douter de la proportionnalité d'une telle recherche, faute de critères universellement partagés et univoques permettant de définir ce que serait une « bonne loi ».

Produit des hommes, la loi ne fera jamais qu'en refléter les imperfections. Constaté que le paradis de la loi n'a jamais existé, et que la loi parfaite n'est qu'une utopie, n'est cependant pas une raison pour abdiquer. Les tentatives d'améliorer la loi – but avoué de la légistique –, parmi lesquelles on compte bien sûr la publication d'une revue comme *LeGes*, ne doivent simplement pas viser à atteindre des buts imaginaires parce qu'utopiques, conséquence nostalgique d'un âge d'or plus spéculé qu'attesté.

Alexandre Flückiger est professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève

Christine Guy-Ecabert est professeure à l'Université de Neuchâtel

* Ce texte reprend et développe l'exposé présenté par les auteurs lors de la célébration des 25 ans de la revue *Législation & Évaluation* (*LeGes a 25 ans – 25 ans d'engagement pour une meilleure législation*, Berne, 17 novembre 2014). Les auteurs tiennent à remercier Nesa Zimmermann, assistante auprès du département de droit public de la Faculté de droit de l'Université de Genève pour sa relecture du manuscrit.

Notes

- 1 «Der schleichende Qualitätsverlust in der schweizerischen Gesetzgebung ist ein ernst zu nehmendes Problem geworden.» Alain Griffel (éd.), *Vom Wert einer guten Gesetzgebung*, Zurich 2014, 4^e de couverture.
- 2 « ... über die Qualität der Gesetzgebung findet merkwürdigerweise keine Diskussion statt. » (*ibidem*).

- 3 Luzius Mader/Luc Matthey-Doret, «Normenflut und Regelungs-dichte», *LeGes* 1990, p. 51 ss.
- 4 Cf. parmi d'autres Bernd Mertens, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen*, Tübingen 2004, p. 17 ss et 406 ss.
- 5 Voir par exemple Fabienne Peraldi-Leneuf / Stéphane de la Rosa (éd.), *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, Paris 2013. Sur la « crise » de la loi, cf. Pierre Albertini, *La crise de la loi : déclin ou mutation ?* Paris 2015, p. 117 ss.
- 6 Sur les enjeux et l'instrumentalisation de la notion de qualité législative, cf. Alexandre Flückiger, « Qu'est-ce que « mieux légiférer »? Enjeux et instrumentalisation de la notion de qualité législative », in : *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer : Les rôles des guides de*

- légistique, Alexandre Flückiger/ Christine Guy-Ecabert (éd.), Genève 2008, p. 11 ss.
- 7 Alexandre Flückiger, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », Les Cahiers du Conseil Constitutionnel no 21, 2006 Paris, p. 74 ss.
 - 8 ATF 125 II 440 c. 3c (JdT 2000 I 753). Cf. ci-dessous ch. 3.2.3.5.
 - 9 Aristote, *La constitution d'Athènes*, trad. Jules Barthélemy-Saint-Hilaire, Paris 1838, chap. IX.
 - 10 Tacite, *Les Annales*, III, 27, 3.
 - 11 Thomas More, *L'utopie ou le traité de la meilleure forme de gouvernement*, trad. Marie Delcourt, Librairie Droz, Genève 1983, p. 115.
 - 12 Martin Luther, *Lettre à Philippe de Hesse*, 1527 (cité in : Jean Carbonnier, *Essais sur les lois*, 2^e éd., Paris 1995, p. 298).
 - 13 Montaigne, « De l'Expérience », *Essais*, Livre III, Chapitre XIII.
 - 14 Francis Bacon, *Œuvres philosophiques, morales et politiques de François Bacon*, trad. Jean Alexandre Buchon, Paris 1838, Livre VIII, chap. III, p. 246 n°53.
 - 15 *Ibidem*, p. 248 n°66.
 - 16 Descartes, *Discours de la méthode pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences, plus la dioptrique, les météores et la géométrie qui sont des essais de cette méthode*, Leyde 1637, [Deuxième partie] p. 19.
 - 17 Montesquieu, *L'esprit des lois*, Livre 29, chapitre XVI.
 - 18 Jeremy Bentham, "Nomography ; or the Art of Inditing Laws", in: *The Works of Jeremy Bentham*, John Bowring (éd.), Edimbourg 1839, p. 241 (notre traduction).
 - 19 Jean-Jacques Rousseau, « Fragments des institutions politiques », in : *Œuvres et Correspondance inédites*, M. G. Streckeisen-Moultou (éd.), Paris 1861, p. 228 s.
 - 20 Marquis de Sade, *La philosophie dans le boudoir ou les instituteurs immoraux - Dialogues destinés à l'éducation des jeunes Demoiselles*, 5^e dialogue, 1795.
 - 21 Jean-Etienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Paris 1801.
 - 22 Gaetano Filangieri, *La science de la législation*, trad. d'après l'édition de Naples de 1784 par Jean-Antoine Gallois, Paris 1799, p. 101 s.
 - 23 Benjamin Constant, *Lettres Normandes*, T. 11, Paris 1820, p. 152 s.
 - 24 François-René Chateaubriand, « Mélanges politiques », in: *Œuvres complètes*, T. V, Paris 1836, p. 138.
 - 25 Louis-Marie de Lahaye Cormenin [Timon], *La légomanie*, Paris 1844, p. 5.
 - 26 Pierre Joseph Proudhon, *Idée générale de la révolution au XIX^e siècle - choix d'études sur la pratique révolutionnaire et industrielle*, Paris 1851, p. 147 s.
 - 27 Rudolf von Jhering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, Bologne, T. 1, trad. de la 3^e éd. par O. de Meulenaere, Paris 1880, p. 42.
 - 28 *Ibidem*, p. 71.
 - 29 Henri Capitant, « Comment on fait les lois aujourd'hui », *Revue politique et parlementaire* 1917, vol. 91, p. 307.
 - 30 *Ibidem*, p. 317.
 - 31 Philippe Malaurie, « L'intelligibilité des lois », *Pouvoirs* 2005/3, p. 133.
 - 32 Pour une proposition dans ce sens, en regrettant que la doctrine ne s'y soit pas encore attelée, cf. Luzius Mader et Alain Griffel, «Instant Gesetzgebung ist kein gutes Rezept», *Plaidoyer* 1/ 2015, p. 11.
 - 33 Felix Uhlmann, «Qualität der Gesetzgebung : Wünsche an die Empirie», in: Alain Griffel (éd.), *Vom Wert einer guten Gesetzgebung*, Zurich 2014, p. 173 ss. Pour illustrer ce type de recherche en linguistique informatique, cf. pour le droit suisse, précisément à propos des définitions légales et celle du défrichement en particulier, Stefan Höfler / Alexandra Bünzli / Kyoko Sugisaki, "Detecting legal definitions for automated style checking in draft laws", *Technical Reports in Computational Linguistics CL-2011.01*, Université de Zurich 2011, ch. 2.
 - 34 Alexandre Flückiger, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », Les Cahiers du Conseil Constitutionnel no 21, 2006 Paris, p. 74 ss.
 - 35 Georg Müller / Felix Uhlmann, *Elemente einer Rechtsetzunglehre*, 3^e éd., Zurich, Bâle, Genève 2013, p. 49 ss.
 - 36 Dans ce sens à propos des limites d'une recherche linguistique empirique relative à la qualité de la loi, cf. Felix Uhlman (cit. note 33), p. 189 s.
 - 37 Philippe Malaurie, L'intelligibilité des lois, *Pouvoirs*, 2005/3 n° 114, p. 133.
 - 38 En droit suisse, cf. Werner Hauck/Andreas Lötscher, *Verständlichkeit von Gesetzen als Problem der Gesetzgebung*, *LeGes* 2004/2, p. 91.
 - 39 Valérie Péan, *Forêt, la loi de la jungle (chronique originale)*, texte disponible sur le Web : http://www.agrobiosciences.org/article.php3?id_article=3015 (consulté le 9 février 2015).
 - 40 Iavolenus, D. 50.17.202.
 - 41 Office fédéral de la justice, *Guide de législation. Guide pour l'élaboration de la législation fédérale*, 2007, 3^e édition mise à jour, N. 928 s et Chancellerie fédérale, 2013, *Directives sur la technique législative* (DTL) N. 31.
 - 42 Il s'agit de la définition donnée par le dictionnaire « le Trésor de la langue française informatisé » (<http://atilf.atilf.fr/>). Le *Dictionnaire Larousse* privilégie le terme « grand » et le *Dictionnaire Littré* opte pour un vaste terrain couvert de bois.
 - 43 Message du 11 janvier 2006 relatif à la modification de la loi fédérale sur les armes, les accessoires d'armes et les munitions, FF 2006 2660.
 - 44 Un passage du message du Conseil fédéral du 21 mai 2014 relatif à la loi sur les valeurs patrimoniales d'origine illicites fait état d'un intéressant débat sur la différence entre la notion de « potentiel » et de « personne politiquement exposée à l'étranger » (FF 2014 5126 et 5147).

- 45 RS 921.0.
- 46 Rebekka Bratschi, «Frau im Sinne dieser Badeordnung ist auch der Bademeister», *LeGes* 2009, Heft. 2, p. 191-213, p. 209.
- 47 Formulation recommandée par les DTL N. 80.
- 48 Ainsi, la loi du 1^{er} octobre 2010 sur la restitution des avoirs illicites (RS 196.1) intègre la définition légale des « personnes politiquement exposées » dans son art. 2 (let. a, ch. 1) qui arrête les conditions de blocage de valeurs patrimoniales en Suisse.
- 49 Hans Schneider, *Gesetzgebung: Ein Lehr- und Handbuch*, 3^e éd., Heidelberg 2002, N. 359, p. 227.
- 50 Pierre Moor, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris 2005, p. 182.
- 51 FEK A' 289.
- 52 FEK A' 303/24. 12. 2003.
- 53 Traduit du grec en français et en allemand par la CJUE dans son arrêt du 22 avril 2010.
- 54 Pierre Moor, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris 2005, p. 182.
- 55 Journal officiel n° L 324 du 11/12/2003 p. 0001–0008, abrogé par l'art. 16 al. 1 let. d du Règlement n° 614/2007 du 23 mai 2007 concernant l'instrument financier pour l'environnement (LIFE+).
- 56 www.legifrance.gouv.fr
- 57 Town and Country Planning (Tree Preservation) (England) 2012, SI 2012/ 605, www.legislation.gov.uk/ukxi/2012/605/pdfs/ukxi_20120605_en.pdf
- 58 Tel que cité par Gilles Cuniberti, *Grands systèmes de droit contemporains*, Paris 2011, p. 113.
- 59 RS 921.0.
- 60 ATF 125 II 440, c. 3 b et c, JdT 2000 I 753.
- 61 Réf. cit. ci-dessous en conclusion, ch. 4.
- 62 Alexandre Flückiger, « Qu'est-ce que "mieux légiférer" ? Enjeux et instrumentalisation de la notion de qualité législative », in: *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer. Les rôles des guides de légistique*, Alexandre Flückiger et Christine Guy-Ecabert, éd., Genève 2008, p. 32.
- 63 Alexandre Flückiger / Jean-Daniel Delley, «L'élaboration rationnelle du droit privé: de la codification à la légistique», in : Christine Chappuis / Bénédicte Foëx / Luc Thévenoz (éd.), *Le législateur et le droit privé, Mélanges en l'honneur de Gilles Petitpierre*, 2007, p. 123 ss.
- 64 Office fédéral de la justice, *Guide de législation. Guide pour l'élaboration de la législation fédérale*, 2007, 3^e édition mise à jour, N. 891.
- 65 Cf. dans ce sens Griffel 2014 *passim*.
- 66 Réf. cit. ci-dessus ch. 2.
- 67 Réf. cit. ci-dessus ch. 2.
- 68 Réf. cit. ci-dessus ch. 2.
- 69 Pierre Joseph Proudhon, *Idée générale de la révolution au XIXe siècle - choix d'études sur la pratique révolutionnaire et industrielle*, Paris 1851, p. 149 s.
- 70 Ibidem, p. 283 s.
- 71 Francis Bacon, *Œuvres philosophiques, morales et politiques de François Bacon*, trad. Jean Alexandre Buchon, Paris 1838, Livre VIII, chap. III, p. 248 n°65 et 67.

Zusammenfassung

Gab es ein Goldenes Zeitalter der Gesetzgebung? Die Geschichte zeigt: Der Eindruck, dass die Gesetze schlechter werden, ist nicht neu. Die Gesetze wurden – unabhängig von Ort und Epoche – seit je kritisiert: Sie seien zu lang, schlecht formuliert oder nicht genügend bestimmt. Man kann sich auch fragen, ob sie heute anderswo besser sind als in der Schweiz. Um dies zu beantworten, müsste man nicht nur zahlreiche Rechtssysteme gründlich evaluieren, sondern es bräuchte auch eine klare Vorstellung davon, was ein gutes Gesetz ist. Mit dem Ziel, das Interesse an einer solchen vergleichenden Forschungsarbeit auszuloten, gehen die Autorin und der Autor dem Begriff des Waldes in fünf ausgewählten Rechtssystemen nach. Das Resultat? Mangels allgemeingültiger und einheitlicher Kriterien, die das gute Gesetz definieren würden, ist ein Vergleich praktisch nicht möglich. Die Vorstellung, dass es ein perfektes Gesetz gibt, ist illusorisch. Dies ist aber kein Grund, um nicht bestmögliche Gesetze anzustreben.