



Chapitre de livre

2008

Public access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Qu'est-ce que "mieux légiférer" ? : enjeux et instrumentalisation de la
notion de qualité législative

Flückiger, Alexandre

How to cite

FLÜCKIGER, Alexandre. 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 : le rôle des guides de légistique. Flueckiger, Alexandre... [et al.] (Ed.). Genève : Schulthess, 2008. p. 11–32.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:3918>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 14.03.2023 16:16

Qu'est-ce que « mieux légiférer » ?

Enjeux et instrumentalisation de la notion de qualité législative

ALEXANDRE FLÜCKIGER

Professeur à l'Université de Genève

Directeur du Centre d'étude, de technique et d'évaluation législatives (CETEL)

I. La mauvaise qualité de la loi : la persistance d'une critique immémoriale

Les critiques contemporaines de la loi laissent penser – pour le moins implicitement – qu'un jardin d'Eden législatif eût pu autrefois exister. La loi serait aujourd'hui en « crise »¹, « malade »², en « désordre »³, relèverait de la « pathologie »⁴, nécessiterait une « radioscopie »⁵, serait devenue « inintelligible » et « complexe » au point de devenir une menace pour l'Etat de droit⁶. Les motions en rapport avec le projet de loi fédérale sur la mise à jour formelle du droit fédéral⁷ illustrent parfaitement cette veine. Ses auteurs demandent « un élagage de l'ensemble des

1 A. VIANDIER « La crise de la technique législative », *Droits*, n° 4, 1986, qui en souligne également la « décadence » (p. 75) (cité in Jean-Pierre DUPRAT, « Genèse et développement de la légistique », Roland DRAGO (dir.), *La confection de la loi*, PUF, Paris 2005, p. 9 ss [11]). Conseil d'Etat, *Rapport public 2006*, Paris 2006.

2 Valérie LASSERRE-KIESOW, « Comment faire les lois ? L'éternel retour d'un défi », Roland DRAGO (dir.), *La confection de la loi*, PUF, Paris 2005, p. 209.

3 Revue du droit public de la science politique en France et à l'étranger, *Dossier spécial : Le désordre normatif*, 2006 n° 1, p. 43 ss.

4 Bertrand MATHIEU, *La loi*, Dalloz, Paris, 2^e éd., 2004, p. 71 ss.

5 Voir la « radioscopie » de la législation dans le canton de Zurich (FF 2007 5798 s.).

6 Conseil d'Etat, *Rapport public 2006 : Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris, La Documentation française, p. 233 ss. Voir également Service des études juridiques du Sénat, *La qualité de la loi*, note de synthèse n° 3, Paris septembre 2007.

7 FF 2007 5789.

lois et des ordonnances, qui viserait à supprimer les actes obsolètes, à raccourcir les textes existants et à assainir tout le recueil des actes législatifs »⁸ au motif qu'« il ne serait pas mauvais de donner de temps à autre un coup de balai dans le droit fédéral. »⁹ Les lois seraient-elles devenues de nouvelles écuries d'Augias ? Le Conseil fédéral, d'ordinaire plus mesuré, semble le penser puisqu'il choisit dans son message au projet de loi précédent les expressions de « prolifération » législative, de « marée montante » des actes législatifs, d'« avalanche » de normes, de législation comme « produit incontrôlable de < machine à légiférer > »¹⁰ trahissant par-là ce caractère microbien et cancéreux d'une législation Frankenstein qui aurait échappé à son créateur, sur lequel il n'aurait plus aucune maîtrise et qu'il devrait subir comme une catastrophe naturelle (une « marée », une « avalanche »).

Qu'il est loin le temps de cette « passion » législative, cette « nomophilie », louée à l'époque des Lumières¹¹ et chantée aujourd'hui encore par le peuple vaudois dans son hymne cantonal officiel¹² ! En réalité les auteurs se sont déjà succédé dans le passé pour critiquer des lois trop compliquées, trop peu compréhensibles, trop longues, inutiles et trop nombreuses¹³. Sans remonter trop loin dans l'histoire, on se rappellera par exemple que Chateaubriand écrivit en 1816 que « 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 »¹⁴.

8 Motion PDC 03.3311, transmise le 7 mars 2005.

9 Motion Peter SPÜHLER « Un coup de balai dans le droit fédéral », transmise sous forme de postulat le 4 octobre 2001.

10 FF 2007 5794 et 5797.

11 Jean CARBONNIER, *Sociologie du juridique*, Paris 1978, p. 203 ; Charles-Albert MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris 1999, p. 24 s.

12 Hymne vaudois, refrain : « Que dans ces lieux règne à jamais / L'amour des lois, la liberté, la paix ! » (paroles : col. Samuel Rochat [1783-1861]).

13 Sur cette évolution, voir Bernd MERTENS, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen*, Tübingen 2004, p. 17 ss et 406 ss.

14 François-René de CHATEAUBRIAND, *De la monarchie selon la charte*, Imprimerie nationale, 1993, t. 2, p. 458, cité in Bertrand MATHIEU, *La loi*, Dalloz, Paris, 2^e éd., 2004, p. 76.

II. La qualité de la loi : une notion vague et polysémique

Si la critique est aisée, comme chacun le sait, sa synthèse en matière de (mauvaise) qualité des lois l'est beaucoup moins, car elle porte sur des points aussi différents que l'inflation législative¹⁵, la concurrence des actes non obligatoires susceptibles de déployer parfois plus d'effets concrets que la loi¹⁶, la prise de conscience d'une normativité graduelle¹⁷, conduisant à repousser les frontières du droit¹⁸ hors du pré carré de la loi, l'ineffectivité ou l'inefficacité de l'action législative¹⁹ ou encore l'inintelligibilité et l'obscurité des normes, pour n'en citer que les plus marquants²⁰.

Derrière chacune des critiques se cache une définition spécifique de la notion de qualité législative. Travailler à améliorer celle-ci implique dès lors de connaître la définition retenue. La réponse sera radicalement

-
- 15 Pour une perspective historique montrant la persistance de la thématique de l'inflation législative, voir Bernd MERTENS, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen*, Tübingen 2004, p. 17 et 406 ss. Pour une bibliographie sur l'inflation législative, voir Roland DRAGO, dir., *La confection de la loi*, Paris, PUF, 2005, p. 238.
- 16 Alexandre FLÜCKIGER, « Régulation, dérégulation, autorégulation : l'émergence des actes étatiques non obligatoires », Rapport à la Société suisse des juristes, *Revue de droit suisse*, II, 2004, p. 224 ss.
- 17 *Idem*, p. 234 ss.
- 18 Charles-Albert MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris 1999, p. 175 s. et 181 s. ; Eric MILLARD, *Théorie générale du droit*, Paris 2006, p. 111 ss.
- 19 Voir en droit suisse l'article 170 de la Constitution fédérale qui prévoit une évaluation de l'efficacité des lois notamment (Dossier spécial « Politik und Evaluation » in : *LeGes* 2005/1 ; Alexandre FLÜCKIGER, « L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois », *Revue européenne des sciences sociales*, 2007, p. 83 ss). En droit français, on mentionnera la proposition d'introduire une disposition semblable (proposition de loi constitutionnelle de MM. Paul QUILÈS et Jean-Marc AYRAULT et les membres du groupe Socialiste et apparentés tendant à modifier l'article 34 de la Constitution afin d'élargir les pouvoirs du Parlement, n° 241 rectifié, déposée le 2 octobre 2002).
- 20 Pour une liste plus détaillée, voir par exemple Bertrand MATHIEU, *La loi*, Dalloz, Paris, 2^e éd., 2004, p. 75 ss : prolifération des lois, lois instables, éphémères et trop techniques, lois illisibles, lois « faiblement parlementaires » (c'est-à-dire accordant un rôle trop important au gouvernement dans la procédure législative), présence dans la loi de dispositions réglementaires ou non normatives, concurrence d'autres normes supra ou infra-étatiques, semi-publiques ou privées, lois inappliquées. Voir également Conseil d'Etat, *Rapport public 2006*, Paris 2006, p. 229 ss.

différente si l'objectif est de lutter contre des réglementations parlementaires trop tatillonnes et détaillées ou s'il s'agit de s'opposer à la montée en puissance du pouvoir judiciaire ou exécutif. Le premier cas implique de recourir plus fréquemment à des clauses générales, à des dispositions finalisées ou à des concepts juridiques indéterminés alors que la méthode est exactement opposée dans le second cas.

De manière schématique, on distinguera trois types de critères – juridiques, factuels et rédactionnels – regroupant une variété de définitions potentielles que l'on illustrera non pas en compilant les multiples vues en doctrine²¹ mais en se limitant à deux sources officielles, l'une en droit communautaire, l'autre en droit suisse.

Le droit communautaire offre en effet un bon panorama. Selon l'*Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer »* du 16 décembre 2003²² et, pour l'aspect plus spécifiquement rédactionnel, selon l'*Accord interinstitutionnel sur les lignes directrices communes relatives à la qualité rédactionnelle de la législation communautaire* du 22 décembre 1998²³, la qualité de la législation peut se mesurer à l'aune de plusieurs indicateurs. Les critères juridiques de bonne législation découlent de la légitimité démocratique²⁴, de la subsidiarité et de la proportionnalité²⁵, de la sécurité juridique²⁶ et de la transparence du processus législatif²⁷. Les critères factuels, c'est-à-dire ceux qui permettent d'examiner la capacité de la loi d'agir sur les faits, sont l'efficacité, mesurée par l'évaluation²⁸, et la simplicité de l'action étatique²⁹. Les critères de qualité

21 Parmi d'autres, voir Luzius MADER, « Regulierung, Deregulierung, Selbstregulierung: Anmerkungen aus legistischer Sicht », *Revue de droit suisse* 2004 II, p. 134 ss; Rodolfo PAGANO, « Qualità della legislazione e normativa italiana in tema », *LeGes* 2007/1, p. 110 ss; Service des études juridiques du Sénat, *La qualité de la loi*, note de synthèse n° 3, Paris septembre 2007.

22 2003/C 321/01.

23 1999/C 73/01.

24 Ch. 2 de l'Accord « Mieux légiférer ».

25 *Ibidem*.

26 *Ibidem*.

27 Ch. 2, 10 et 11 de l'Accord « Mieux légiférer ».

28 Ch. 15 et 27 ss de l'Accord « Mieux légiférer » : analyses d'impact.

29 Ch. 12, 2^e §, de l'Accord « Mieux légiférer ».

réactionnelle sont la clarté, la simplicité et la cohérence³⁰ ainsi que la concision³¹, la précision³² et la réduction du volume de la législation³³.

On retrouve, sous la plume du Conseil fédéral motivant le *projet de loi fédérale sur la mise à jour formelle du droit fédéral*³⁴, des critères analogues en Suisse. Les critères juridiques sont d'abord ceux d'une législation fondée en droit : respect des règles et principes du droit supérieur, plus précisément de la légalité, de la proportionnalité, de l'intérêt public, des droits fondamentaux, de la répartition fédéraliste des compétences et du droit international public³⁵ ; respect des dispositions procédurales d'élaboration du droit³⁶ ; prévisibilité du droit comme corollaire d'une « certaine stabilité » législative³⁷. Les critères factuels sont synthétisés sous l'exigence de tenir compte des besoins de la société et celle d'atteindre les objectifs assignés (adéquation aux problèmes, efficacité)³⁸. Enfin, les critères rédactionnels ou de technique législative sont les suivants : logique de la structure, formulation compréhensible, accessibilité de la législation, cohérence, dispositions non obsolètes, diminution de la densité normative (supprimer le « foisonnement de détails ») et limitation aux seules lois « nécessaires »³⁹.

De l'hétérogénéité de ces listes, on déduit le caractère prodigieusement polysémique de la notion de qualité de la loi. La difficulté est en outre amplifiée par le fait que les préceptes sont eux-mêmes très souvent très imprécis. Nicolas Molfessis critique ainsi vigoureusement le concept de simplification du droit, trop vague et inopérant selon lui : « la démarche

30 Ch. 2, 25, 31 et 35 de l'Accord « Mieux légiférer » ; ch. 1, 5 et 6 de l'Accord relatif à la qualité rédactionnelle.

31 Ch. 4 de l'Accord relatif à la qualité rédactionnelle (réf. cit. note 5) et ch. 35 de l'Accord « Mieux légiférer ».

32 Le critère de la précision n'est mentionné que dans l'Accord relatif à la qualité rédactionnelle (ch. 1) et non dans l'Accord « Mieux légiférer ».

33 Accord « Mieux légiférer », ch. 35.

34 FF 2007 5794, s'inspirant de Luzius MADER, « Regulierung, Deregulierung, Selbstregulierung: Anmerkungen aus legistischer Sicht », *Revue de droit suisse* 2004 II, p. 134 ss.

35 FF 2007 5794.

36 *Ibidem*.

37 FF 2007 5795.

38 *Ibidem*.

39 *Ibidem*.

dite de simplification du droit a tout d'une grossière mascarade. N'abritant qu'un slogan, dont le sens même est obscur et ambivalent, elle est devenue l'étendard d'une action publique qui cherche à labelliser une réglementation frénétique. La simplification nous est désormais servie en toutes occasions, sans même que l'on sache ce que recouvre le pavillon. »⁴⁰ Autre exemple: la notion de clarté, paradoxalement, est tout sauf claire puisqu'elle peut tout aussi légitimement être comprise comme une exigence de compréhensibilité, de simplicité et de concision que comme la nécessité de disposer d'un corps de règles très précises et détaillées – le contraire de la simplicité – qui permette à tout destinataire de connaître très clairement l'application de la loi dans tous les cas d'espèce possibles⁴¹.

III. Les méthodes et leur mise en œuvre

Des définitions retenues pour qualifier une « bonne » loi va découler le choix des méthodes pour mieux légiférer. Celles-ci sont donc diverses tant du point de vue de leurs contours que de leurs effets.

A. Les méthodes légistiques *vs* les méthodes juridiques

Les techniques relatives à la qualité *juridique* des textes de loi sont traditionnellement celles que maîtrisent et dominent les juristes: application des principes constitutionnels à la loi elle-même, développement du contrôle de constitutionnalité des lois, techniques d'insertion et de contrôle du respect du droit international, etc.

L'amélioration rédactionnelle et de technique législative (*légistique formelle*) peut impliquer quant à elle la définition de standards de qualité⁴²,

⁴⁰ Nicolas MOLFESSIS, « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même », in: Conseil d'Etat, *Rapport public 2006*, Paris 2006, p. 396.

⁴¹ Alexandre FLÜCKIGER, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », in: *Cahiers du Conseil Constitutionnel* n° 21, 2006 Paris. Le Conseil constitutionnel a cependant récemment consacré l'objectif d'intelligibilité comme la norme de référence unique en matière de qualité de la loi; il n'est désormais plus question dans la décision du principe de clarté (décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 portant sur la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information [*Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 21, rubrique jurisprudence]). Voir également Service des études juridiques du Sénat, *La qualité de la loi*, note de synthèse n° 3, Paris septembre 2007, p. 15 ss.

⁴² En droit suisse fédéral, voir la proposition du Conseil fédéral in: FF 2007 5807 ss.

l'instauration de commissions de rédaction⁴³, la limitation et l'encadrement des amendements parlementaires⁴⁴. Elle peut aussi préconiser de recourir à des techniques telles que la diffusion électronique des textes législatifs, la codification, la refonte ou la consolidation du droit⁴⁵ ou l'examen périodique de celui-ci⁴⁶ et être matérialisée par des guides de rédaction notamment⁴⁷.

43 Sur la nécessité du renforcement de leur fonction et de leur poids dans une perspective légistique, qu'il s'agisse de la commission fédérale interne au gouvernement ou la commission parlementaire de rédaction, voir l'avis du Conseil fédéral in: FF 2007 5810 s.

44 Conseil d'Etat, *Rapport public 2006*, p. 319 ss; Service des études juridiques du Sénat, *La qualité de la loi*, note de synthèse n° 3, Paris septembre 2007, p. 51 ss.

45 Voir en droit communautaire: la *consolidation* est le fait de regrouper un acte législatif de base et toutes ses modifications dans un même texte; la *refonte* consiste à modifier la législation existante tout en la codifiant dans un texte consolidé intégrant toutes les modifications précédentes; la *codification* consiste à regrouper dans un seul acte toutes les modifications successives apportées à une disposition législative (www.ec.europa.eu/governance/better_regulation).

46 En Suisse, voir le projet de loi fédérale et d'arrêté fédéral relatifs à la mise à jour formelle du droit fédéral du 22 août 2007 (FF 2007 5837); la concentration et flexibilisation de la législation dans le canton des Grisons (FF 2007 5797); l'allègement de la législation dans le canton du Tessin (FF 2007 5798; Catherin HUTTER, « I risultati del progetto di Alleggerimento della legislazione nel Cantone Ticino », *LeGes* 2006/1, p. 109 ss); l'examen de la nécessité et de l'actualité des actes législatifs dans le canton de Bâle-Campagne (FF 2007 5798) et la « radioscopie » de la législation dans le canton de Zurich (FF 2007 5798 s.). Voir également *LeGes* 2007/3 p. 391 ss, cahier spécial consacré à l'examen matériel et formel de la législation.

En droit communautaire, le *Programme glissant de simplification, mise à jour pour 2006-2009*, coordonne l'ensemble des actions visant à simplifier la législation communautaire et à en réduire le volume (www.ec.europa.eu/governance/better_regulation/simplification_fr.htm).

En France, voir la proposition de loi relative à la simplification du droit du 21 septembre 2007, présentée par Jean-Luc WARSMANN, Etienne BLANC et Yves JEGO; la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit et la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit (très critique sur leur mise en œuvre: Nicolas MOLFESSIS, « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même », in: Conseil d'Etat, *Rapport public 2006*, Paris 2006, p. 396).

En Allemagne, voir la loi de simplification du droit (FF 2007 5800 s.) et la « déburcaucratization » en Bavière (FF 2007 5799). En Autriche, voir la loi de dérégulation (FF 2007 5801). On trouvera des références pour d'autres pays, en particulier le Canada, le Royaume-Uni et les USA dans le rapport public 2006 du Conseil d'Etat français (p. 305 ss).

47 Voir dans la présente publication p. 57 ss.

Enfin, l'amélioration de la capacité de la loi à agir sur la réalité sociale (*légistique matérielle*) se traduit par le développement de l'évaluation législative⁴⁸, par l'instauration d'organes de contrôle des normes⁴⁹, par le recours à une expertise pluridisciplinaire et moins bureaucratique dans le processus de conception législative⁵⁰, par la planification et la coordination de l'activité législative⁵¹, par l'adoption de *check-lists*⁵² et de guides à l'intention du rédacteur lui rappelant les différentes étapes de la légistique matérielle et lui proposant quelques outils d'analyse (étude du problème, définition des objectifs, choix et évaluation des instruments)⁵³, par le recours à de nouveaux types de législations plus perméables à l'évolution et aux changements environnementaux, sociaux ou économiques (législations expérimentales⁵⁴, lois Damoclès⁵⁵, lois coucher de soleil⁵⁶).

B. La mise en œuvre des méthodes : un bilan mitigé

1. Les aspects juridiques et légistiques

Si la montée en force du contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité des lois a permis de mettre en œuvre le pilier *juridique* de l'amélioration de la qualité législative⁵⁷, le bilan est plus nuancé s'agissant

48 Voir réf. ci-dessous p. 29 ss.

49 L'Allemagne, sur le modèle hollandais, vient de se doter d'un « Conseil national de contrôle des normes » (« Normenkontrollrat ») pour diminuer le coût bureaucratique de celles-ci (*Gesetz zur Einrichtung eines Nationalen Normenkontrollrates* du 14 août 2006).

50 Voir Paul RICHLI, *Interdisziplinäre Daumenregeln für eine faire Rechtsetzung: ein Beitrag zur Rechtsetzungslehre im liberalen sozial und ökologisch orientierten Rechtsstaat*, Bâle, etc. 2000.

51 Peter NOLL, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek bei Hamburg 1973, p. 72 ss.

52 Georg MÜLLER, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 2^e éd., Zurich, etc. 2006, ch. 1044 ss.

53 Voir les actes du présent colloque, p. 41 ss.

54 Voir Charles-Albert MORAND, *Evaluation législative et lois expérimentales*, Aix-en-Provence 1993; MATHIEU, *La loi*, Dalloz, Paris, 2^e éd., 2004, p. 126 ss.

55 Alexandre FLÜCKIGER, « La loi Damoclès », in: *Mélanges en l'honneur de Pierre Moor: théorie du droit, droit administratif, organisation du territoire*, Berne 2005, p. 233 ss.

56 Bertil COTTIER, « Les «sunset laws»: des lois expérimentales à la mode américaine? », in: Charles-Albert Morand (éd.), *Evaluation législative et lois expérimentales*, Aix-en-Provence 1993, p. 161 ss.

57 Sur les réserves en droit suisse, voir ci-dessous note 94.

des aspects plus spécifiquement *légistiques*. En pratique on observe que les principes de légistique formelle peuvent être mis en œuvre moins difficilement que ceux de légistique matérielle, même si leur application concrète butera toujours sur le conflit entre différentes exigences contradictoires à l'exemple de la clarté qui peut être comprise tant sous un aspect de simplicité et de concision que de « concrétisabilité » et de précision comme nous l'avons vu⁵⁸. En Suisse la culture politique de la démocratie directe couplée à l'absence de parlementaires professionnels explique certainement pourquoi les questions de lisibilité, de compréhensibilité et d'accès au droit ne sont pas aussi brûlantes que dans le droit communautaire par exemple. L'exigence de lisibilité est de longue date ancrée dans la culture législative helvétique comme l'exemple du Code civil, cette législation voulue « populaire », le montre⁵⁹, en particulier en comparaison internationale. La « prolifération » des amendements en Parlement⁶⁰ et le développement de l'initiative parlementaire impliquant la rédaction des projets de lois par les députés eux-mêmes sans contrôle légistique spécifique⁶¹ ainsi que l'absence de contrôle légistique des initiatives populaires (au niveau de la légistique constitutionnelle)⁶²

⁵⁸ Voir ci-dessus ch. II *in fine*, p. 24.

⁵⁹ Alexandre FLÜCKIGER / Jean-Daniel DELLEY, « L'élaboration rationnelle du droit privé : de la codification à la légistique », Christine Chappuis / Bénédicte Foëx / Luc Thévenoz (éd.), *Le législateur et le droit privé*, Mélanges en l'honneur de Gilles Petitpierre, 2007, p. 123 ss.

⁶⁰ C'est le terme utilisé par le Conseil d'Etat français qui propose de revenir à un meilleur usage du droit d'amendement (Conseil d'Etat, Rapport public 2006, p. 265 ss et 319 ss; voir également également Service des études juridiques du Sénat, *La qualité de la loi*, note de synthèse n° 3, Paris septembre 2007, p. 41 ss). Sur cette critique en droit cantonal comparé, voir Christian SCHUHMACHER / Gérard CAUSSIGNAC, « Sicherstellung der legislativen Qualität von Gesetzen in den kantonalen Parlamenten », *LeGes* 2006/2, p. 47.

⁶¹ Le même problème est relevé en Italie. Un comité pour la législation de la Chambre des députés devrait y porter remède (Rodolfo PAGANO, « Qualità della legislazione e normativa italiana in tema », *LeGes* 2007/1, p. 130).

⁶² En droit fédéral, le Conseil fédéral vient de recommander d'accepter une initiative populaire dont il reconnaît pourtant le « manque de clarté » (FF 2007 4128, note de bas de page 15) tout en soulevant les problèmes de mise en œuvre et d'exécution liés à l'« imprécision du texte » (FF 2007 4132). En droit cantonal on notera cependant que le Tribunal fédéral a pu critiquer sous l'angle de la clarté une initiative populaire cantonale dont l'enchevêtrement de propositions tendant à réformer de multiples domaines de l'activité étatique démontrait que l'initiative n'avait pas été présentée avec la clarté nécessaire et qu'elle était critiquable à cet égard (ATF 123 I 63, 73, c. 4e et 77, c. 6c).

viennent pourtant tempérer le tableau; à cela s'ajoute le fait que la compétence principale du contrôle légistique incombe en pratique au gouvernement et à son administration seulement, et non pas principalement au Parlement à qui pourtant ressortirait institutionnellement une telle responsabilité⁶³. A ce dernier revient la tâche de guider le gouvernement et l'administration dans ses compétences légistiques et de s'imposer un certain nombre de règles⁶⁴, dans la mesure où celles-ci ne sont pas requises par la Constitution⁶⁵.

2. *La simplification du droit*

Les velléités de simplifier le droit et de procéder à son élagage⁶⁶ donnent quant à elles des résultats plutôt mitigés à notre avis: certes des lois obsolètes sont abrogées, et des erreurs souvent mineures sont corrigées, mais la satisfaction paraît le plus souvent être d'ordre intellectuel ou esthétique, souvent dénuée de véritable portée matérielle et politique, en Suisse pour le moins.

3. *La codification*

Le bilan de la codification en France n'est pas particulièrement flatteur selon la doctrine critique, prenant l'exemple du nouveau Code français du tourisme dont la plupart des dispositions tiennent en une reprise des codes existants: « par sa seule présence, le code appelle des règles supplémentaires, des toilettes ou des réformes, et provoque la réglementation. Il y a plus: parce qu'il labellise une nouvelle matière et donne corps

⁶³ Sur cette problématique en matière cantonale, voir Christian SCHUHMACHER / Gérard CAUSSIGNAC, « Sicherstellung der legistischen Qualität von Gesetzen in den kantonalen Parlamenten », *LeGes* 2006/2, p. 45 ss. Voir également sur le plan fédéral et comparé le dossier consacré aux rôles réciproques du parlement, du gouvernement, de l'administration et des particuliers dans la genèse législative d'un point de vue légistique (*LeGes* 2002/3 dossier spécial: « Wer soll Gesetze vorbereiten? Organisationsformen der legistischen Arbeit »). Voir également la proposition de revaloriser d'un point de vue légistique la Commission parlementaire de rédaction (FF 2007 5811).

⁶⁴ Voir les réf. citées dans la note précédente.

⁶⁵ Comme l'exemple de l'exigence d'intelligibilité en France (voir ci-dessous note 41) ou d'évaluation législative en Suisse (art. 170 Cst.) ou en Allemagne (voir ci-dessous note 71).

⁶⁶ Voir ci-dessus note 46.

à ce qui n'était alors qu'un secteur professionnel, le code porte un coup de plus au déclin du droit commun en contribuant à la fragmentation du droit en droits spécialisés »⁶⁷.

4. *La légistique matérielle*

a. Le développement de l'évaluation

Les principes de légistique matérielle, plus récents, s'imposent en ordre dispersé. La démarche méthodique dans son ensemble telle que préconisée par Peter Noll et proposée dans les guides de légistique matérielle peine à s'imposer. Il n'existe pour l'instant pas de « loi des lois » qui imposerait au législateur de suivre une démarche méthodique d'élaboration législative⁶⁸. De manière partielle cependant, l'instauration dans la Constitution fédérale du 18 avril 1999 d'un devoir général d'évaluation de l'efficacité des mesures prises par la Confédération sur lequel le Parlement doit veiller (art. 170 Cst.) constitue en Suisse un tournant symbolique majeur⁶⁹. La loi avait déjà préparé le terrain en adoptant sporadiquement un certain nombre de clauses d'évaluation⁷⁰. Même le Tribunal fédéral, quoique timidement, pose parfois désormais, sur le modèle de la Cour constitutionnelle allemande, une exigence d'évaluation à l'attention du législateur⁷¹.

67 Nicolas MOLFESSIS, « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même », in: Conseil d'Etat, *Rapport public 2006*, Paris 2006, p. 397.

68 Sur cette proposition, voir Charles-Albert MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris 1999, p. 43.

69 En Suisse, voir l'article 170 Cst.: « L'Assemblée fédérale veille à ce que l'efficacité des mesures prises par la Confédération fasse l'objet d'une évaluation. » (Office fédéral de la justice, *Efficacité des mesures prises par la Confédération: propositions de mise en œuvre de l'art. 170 de la Constitution fédérale dans le contexte des activités du Conseil fédéral et de l'administration fédérale*, Rapport du Groupe de contact interdépartemental « Evaluations de l'efficacité » à la Conférence des secrétaires généraux de la Confédération suisse, Berne, 14 juin 2004).

70 On trouve la liste de ces clauses sous l'intitulé « Clauses d'évaluation » sur le site de l'Office fédéral de la justice (www.ofj.admin.ch, onglet: thèmes, rubrique: documentation, sous-rubrique: documentation; état au 30 juillet 2007, consulté le 27 septembre 2007).

71 Alexandre FLÜCKIGER, « L'obligation jurisprudentielle d'évaluation législative: une application du principe de précaution aux droits fondamentaux », *Mélanges en l'honneur de Giorgio Malinverni*, Genève 2007, p. 155 ss.

Sur le plan cantonal, le bilan est plus mitigé, puisque seul le canton de Genève connaît une véritable commission d'évaluation des politiques publiques, extérieure à l'administration, dotée d'un pouvoir d'auto-saisine, composée de membres indépendants et chargée de seconder le gouvernement et le Parlement⁷².

En France, les diverses propositions d'instauration, d'institutionnalisation et de mise en œuvre de l'évaluation législative au niveau national n'ont jusqu'à présent guère été suivies d'effets⁷³. Ainsi l'introduction en 1995 à titre expérimental d'une étude d'impact législative en vue « d'endiguer la prolifération des textes législatifs et réglementaires » risquant de rendre « le droit obscur, instable et, finalement, injuste » par une circulaire du Premier ministre prévoyant que les projets de loi et les principaux projets de décrets devraient être accompagnés d'une évaluation des avantages attendus des mesures proposées et de leurs incidences, notamment sur l'emploi, les finances publiques et la complexité de l'ordonnancement juridique, ne semble pas offrir de remède satisfaisant aux insuffisances constatées⁷⁴. L'exposé des motifs accompagnant la proposition de loi visant à ancrer constitutionnellement l'évaluation législative lève selon ses auteurs toute ambiguïté sur les effets des directives et autres circulaires en matière de technique législative: « Il s'agit en effet de mécanismes non contraignants, mis en place par de simples circulaires, dont le bon fonctionnement repose sur l'autodiscipline des administrations et nécessite une étroite coordination interministérielle, ainsi qu'une forte implication de tous les ministères concernés. Leur efficacité apparaît limitée. Ils n'ont pas permis de réduire de manière substantielle les délais d'élaboration des décrets d'application des lois. Quant aux études d'impact, leur contenu reste encore décevant. »⁷⁵ Le

⁷² Jean-Daniel DELLEY, « La commission externe d'évaluation des politiques publiques », *LeGes* 2005/1, p. 111 ss.

⁷³ Nicolas MOLFESSIS, « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même », in: Conseil d'Etat, *Rapport public 2006*, Paris 2006, p. 393. Sur le rôle que devrait jouer le Parlement en rapport avec l'évaluation législative, voir Conseil d'Etat, *Rapport public 2006*, p. 323 ss.

⁷⁴ Proposition de loi constitutionnelle de MM. Paul QUILÈS et Jean-Marc AYRAULT et les membres du groupe Socialiste et apparentés tendant à modifier l'article 34 de la Constitution afin d'élargir les pouvoirs du Parlement, n° 241 rectifié, déposée le 2 octobre 2002.

⁷⁵ Exposé des motifs relatif au projet de loi n° 241 rectifié, précitée.

Conseil d'Etat propose ainsi au législateur de « reprendre la main » en affirmant qu'« il est [...] aujourd'hui nécessaire de s'interroger sur l'opportunité de recourir à un instrument juridique de rang plus élevé dans la hiérarchie des normes que la circulaire et tendant à fixer quelques obligations de procédure, en particulier à subordonner le dépôt d'un projet de loi devant les Assemblées à ce qu'il soit assorti d'une évaluation préalable de l'impact de la réforme »⁷⁶. Ce faisant, le législateur participe à la judiciarisation des règles de légistique et à leur propre inflation comme Nicolas Molfessis le souligne: « Produits des dérèglements de notre système juridique, ces dispositions voulues vertueuses risquent dès lors d'être infectées par les maux mêmes qu'elles visent à combattre »⁷⁷.

En droit communautaire, la volonté d'améliorer la législation par le développement des études d'impact vient d'être rappelée par le Président de la Commission européenne dans une note d'information intitulée « Mieux légiférer à l'aide d'analyses d'impact de meilleure qualité » dans laquelle il rappelle que si des progrès ont été accomplis sous certains aspects, il reste encore de la place pour des améliorations⁷⁸. Le bilan n'est donc pas non plus totalement satisfaisant.

b. Une nouvelle conception de l'évaluation

En réalité, ces résultats mitigés devraient à notre avis fournir l'occasion de penser différemment l'évaluation. En définissant l'efficacité comme la capacité de la loi à atteindre les objectifs visés, on se focalise sur la situation idéale, et rarement atteinte en pratique, de l'existence d'objectifs précis et non contradictoires. En pensant autrement la notion d'efficacité, en s'écartant du schéma fin-moyens, l'évaluation ne serait plus là pour déterminer l'écart entre le but et l'impact observable de la loi, mais pour détecter suffisamment tôt les facteurs précurseurs de l'évolution d'une situation afin d'en déterminer le potentiel et de proposer au législateur d'en tirer parti. L'événement inattendu, non voulu,

⁷⁶ Conseil d'Etat, *Rapport public 2006*, Paris 2006, p. 313 ss.

⁷⁷ Nicolas MOLFESSIS, « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même », in: Conseil d'Etat, *Rapport public 2006*, Paris 2006, p. 394.

⁷⁸ Commission européenne, juin 2007 (SEC[2007] 926), OJ 1795, pt 16.1, ch. 3.

deviendrait dans ce contexte le moteur même de l'infléchissement de la situation. L'efficacité serait alors l'aptitude à repérer puis à exploiter un facteur porteur, promis de lui-même à un certain développement. L'efficacité n'étant plus la performance planifiée, cette conception permettrait de mieux prendre en compte la complexité et l'incertitude. Un tel programme contraindrait cependant à revoir les ambitions de l'évaluation législative: l'évaluateur, pluraliste ou non technocratique, n'a pas à se substituer aux instances légitimées politiquement pour exprimer les buts de la loi, mais doit se limiter à « tendre un miroir » à celles-ci afin de les stimuler à préciser leurs intentions⁷⁹.

IV. Les enjeux de la notion de qualité législative et le risque de son instrumentalisation

A. L'importance de la définition de la qualité de la loi

Travailler à améliorer la loi implique de connaître quelle définition de la qualité législative l'on retient. Il importe en effet d'être conscient que derrière le choix des méthodes retenues pour mieux légiférer se cachent divers enjeux politiques et sociaux. La légistique, en tant que procédé méthodique pour améliorer la production normative, ne se résume pas à une simple technologie axiologiquement ou politiquement neutre. Elle court le risque constant d'être instrumentalisée comme l'histoire de la discipline l'a montré⁸⁰ et comme l'actualité le prouve encore.

B. Au temps des Lumières

Ainsi l'exigence, au temps des Lumières, d'une langue législative populaire, de la rédaction d'un corps de lois en version double – l'une rédigé pour les juristes et l'autre pour les profanes –, la demande en préambules détaillés et en exposés des motifs officiels visait des finalités aussi diverses que l'éducation des masses, l'amélioration de l'acceptation des règles au sein de la population, la diminution des conflits juridiques, la

⁷⁹ Jean-Daniel DELLEY, « Du miroir tendu au miroir tenu: l'administration face à l'obligation d'évaluer », in: Jean KELLERHALS / Dominique MANAI / Robert ROTH, *Pour un droit pluriel: études offertes au professeur Jean-François Perrin*, Genève, Bâle [etc.] 2002, p. 303 ss.

⁸⁰ Bernd MERTENS, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen*, Tübingen 2004, p. 505.

limitation du pouvoir des juristes ou la protection du souverain contre la concurrence d'autres sources du droit⁸¹. Certaines exigences de technique législative ont aussi pu justifier une diminution des droits de participation politiques lorsqu'elles prônaient une restriction des droits de participation des parlements en présence de projets complexes pour des motifs de cohérence et de rationalité⁸². L'institutionnalisation de commissions législatives permanentes a pu être défendue par le passé pour renforcer la souveraineté législative parlementaire contre l'emprise des tribunaux par exemple⁸³.

C. La législation « simple »

Le parti-pris précoce en Suisse en faveur d'une législation populaire, simple et compréhensible⁸⁴, s'explique tant par les spécificités découlant des institutions de démocratie directe que par le rôle joué par les laïcs dans la jurisprudence⁸⁵. Ce style plutôt dépouillé vient d'être invoqué par le Conseil fédéral pour affirmer symboliquement la souveraineté de la Suisse face à l'Union européenne en (auto-)critiquant sa propre tendance consistant à intégrer de plus en plus souvent le droit de l'Union dans l'ordre juridique suisse de manière directe au lieu de créer des normes équivalentes mais rédigées selon les canons helvétiques. Selon le Conseil fédéral, « en pratiquant cette intégration [directe], la Suisse mettrait en danger sa culture en matière de législation »⁸⁶, car « le droit de l'UE est souvent très difficile à comprendre et d'accès malaisé »⁸⁷ et se caractérise par une « prose réglementaire abondante et compliquée »⁸⁸.

⁸¹ *Idem*, p. 506.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ Le rédacteur du projet de Code civil suisse estimait que ce code devait être une « *législation populaire* » rédigée non pas à l'attention des juges mais de tous les citoyens (HUBER, Eugène, *Code civil suisse: exposé des motifs*, Berne 1901, p. 10 s).

⁸⁵ Bernd MERTENS, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen*, Tübingen 2004, p. 507.

⁸⁶ FF 2007 5796.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ FF 2007 5797.

D. La place des juristes

La place des juristes dans le processus législatif est également en jeu. La promotion de la précision normative opposée à la préconisation de l'usage de clauses générales ou de règles simples et concises opère un partage des pouvoirs entre le pouvoir législatif, exécutif et judiciaire. Une législation écrite dans un jargon juridique et affecté ravive la méfiance à l'égard du gouvernement des juges et, plus généralement, suscite la crainte de l'emprise des juristes dans la régulation politique. L'institutionnalisation de l'évaluation législative a conduit les juristes à se désaisir de l'expertise qu'ils possédaient traditionnellement en matière législative au profit de représentants d'autres sciences (science politiques, économie, sociologie, etc.). Tel était ainsi le programme défendu par Peter Noll, le promoteur d'une légistique matérielle méthodique et pluridisciplinaire inspirée par une rationalité planificatrice⁸⁹. L'évaluation pluraliste, qui ambitionne de replacer le citoyen et le politique au centre du processus⁹⁰ en rappelant que les choix axiologiques ne relèvent pas de la science mais que celle-ci doit se limiter à éclairer les choix à opérer en mettant en évidence les valeurs sous-jacentes⁹¹, fait un pas de plus en ayant pour enjeu de prévenir une technocratisation de la discipline, que celle-ci soit le fait de juristes ou d'autres scientifiques.

⁸⁹ Peter NOLL, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek bei Hamburg 1973, p. 64 ss; sur la démarche planificatrice de la méthode législative défendue par Noll, voir Alexandre FLÜCKIGER, « La planification : un mode de rationalité dépassé pour la légistique ? » Charles-Albert MORAND (éd.), *Légistique formelle et matérielle – Formal and material legistic*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1999, p. 117. Sur la nécessité d'une perspective pluridisciplinaire en matière de législation, voir Paul RICHLI, *Interdisziplinäre Daumenregeln für eine faire Rechtsetzung: ein Beitrag zur Rechtsetzungslehre im liberalen sozial und ökologisch orientierten Rechtsstaat*, Bâle, etc. 2000.

⁹⁰ Voir par exemple la Commission externe d'évaluation des politiques publiques instaurée par le canton de Genève pour seconder le gouvernement et le parlement, composée de miliciens (Jean-Daniel DELLEY, « La commission externe d'évaluation des politiques publiques », *LeGes* 2005/1, p. 111 ss).

⁹¹ Charles-Albert MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris 1999, p. 31; Peter NOLL, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek bei Hamburg 1973, p. 58 ss.

E. La concurrence entre pouvoirs

La concurrence entre pouvoirs est également en jeu, qu'il s'agisse de légistique formelle lorsqu'une rédaction lâche est préconisée pour augmenter la marge de liberté décisionnelle de l'administration ou qu'il s'agisse de légistique matérielle lorsqu'une maîtrise de l'évaluation législative est revendiquée par le parlement pour asseoir son emprise sur le gouvernement comme l'exemple français l'illustre. La proposition d'introduire une obligation constitutionnelle d'évaluation législative à l'article 34 de la Constitution française – « Le Parlement vote la loi. Il en contrôle l'application et en évalue les résultats dans les conditions prévues par une loi organique. » – a en effet pour but explicite d'élargir les pouvoirs du Parlement par le renforcement du contrôle sur l'activité gouvernementale se traduisant notamment par une plus grande implication parlementaire dans le suivi de l'application des lois⁹².

F. La qualité « juridique »

La mise en évidence de la qualité juridique de la loi (constitutionnalité, respect du droit international), comme le fait le Conseil fédéral dans sa définition de la qualité législative⁹³, aussi incontestable qu'elle puisse paraître dans un Etat de droit, n'est en réalité pas si neutre dans un système juridique qui limite le Tribunal fédéral dans le contrôle de constitutionnalité des lois fédérales qu'il peut opérer (art. 190 Cst.) et qui n'est pas doté de mécanismes très satisfaisants pour assurer la compatibilité du droit interne avec le droit international⁹⁴.

⁹² Proposition de loi constitutionnelle de MM. Paul QUILÈS et Jean-Marc AYRAULT et les membres du groupe Socialiste et apparentés tendant à modifier l'article 34 de la Constitution afin d'élargir les pouvoirs du Parlement, n° 241 rectifié, déposée le 2 octobre 2002.

⁹³ FF 2007 5794.

⁹⁴ Selon Andreas AUER et Bénédicte TORNAY, l'Assemblée fédérale est tenue de soumettre au peuple les initiatives qui sont contraires aux conventions internationales en matière de droits de l'homme. (art. 139 al. 2 Cst.). Mais si le peuple accepte pareille initiative, les autorités législatives, administratives et judiciaires doivent refuser de la mettre en œuvre si elles concluent que l'initiative viole effectivement ces conventions (art. 5 al. 4 et art. 190 Cst.) (Andreas AUER / Bénédicte TORNAY, « Aux limites de la souveraineté du constituant : l'initiative « Pour des naturalisations démocratiques », *PJA* 2007, 740 ss, 745). Voir ég. Tristan ZIMMERMANN, « Quelles normes impératives du droit international comme limite à l'exercice du droit d'initiative par le peuple ? », *PJA* 2007, p. 748 ss.

G. Les critères politiques

Les critères de qualité peuvent également être définis de façon à atteindre un but purement politique. Tel est le cas des *Principes directeurs de l'OCDE pour la qualité et la performance de la réglementation* entérinés par le Conseil de l'OCDE le 28 avril 2005 qui définissent sans circonvolution les standards de qualité réglementaire sous l'angle de l'efficacité économique afin de favoriser un véritable régime de concurrence⁹⁵ : l'un des critères de qualité consiste à « réexaminer, et renforcer le cas échéant, la portée, l'efficacité et la mise en œuvre de la politique de la concurrence » (principe 4); un autre à « concevoir les réglementations économiques dans tous les secteurs de façon qu'elles favorisent la concurrence et l'efficacité, et les éliminer sauf s'il apparaît clairement qu'elles sont le meilleur moyen de répondre aux intérêts généraux de la collectivité » (principe 5); et le suivant à « supprimer les obstacles réglementaires inutiles aux échanges et à l'investissement en poursuivant la libéralisation et prendre davantage en compte et mieux intégrer l'ouverture des marchés dans l'ensemble du processus réglementaire, de façon à renforcer l'efficacité économique et la compétitivité » (principe 6). Il s'agit là d'un exemple patent d'instrumentalisation de la notion de qualité de la loi pour poursuivre une fin politiquement justifiable certes, mais très orientée. Poursuivant le raisonnement, rien ne s'opposerait à ce qu'une législation de qualité soit aussi – ou surtout – définie par ses qualités sociales ou écologiques par exemple. On perçoit dans ce type de définition une ouverture polysémique sans limite de la notion de qualité législative.

⁹⁵ Voir également la *Recommandation de 1995 du Conseil de l'OCDE concernant l'amélioration de la qualité de la réglementation officielle* pour laquelle une réglementation de qualité devrait : (i) répondre à des objectifs clairement définis et être efficace pour la réalisation de ces objectifs; (ii) reposer sur un fondement juridique et empirique rationnel; (iii) procurer des avantages qui justifient les coûts, compte tenu à la fois de la répartition des effets dans l'ensemble de la collectivité et de l'impact économique, environnemental et social; (iv) engendrer le moins possible de coûts et de distorsions sur le marché; (v) promouvoir l'innovation au moyen des mécanismes d'incitation du marché et d'approches fondées sur des objectifs; (vi) être claire, simple et pratique pour les utilisateurs; (vii) être cohérente avec les autres réglementations et politiques et (viii) être compatible autant que possible avec les principes qui visent à faciliter la concurrence, les échanges et l'investissement au niveau national et international.

H. L'inflation législative

L'exigence de contenir l'inflation législative, de diminuer la densité normative, d'abroger, de raccourcir et d'« assainir » les lois⁹⁶ est pour sa part également placée sans équivoque sous le signe du libéralisme: l'« idéal de la loi rare »⁹⁷, inaccessible bien sûr comme tout idéal, devrait permettre tant à l'individu qu'à l'entreprise – et même à l'administration (!) – de retrouver une liberté dont la loi s'est progressivement accaparée. Le Conseil fédéral vient par exemple de le reconnaître dans son message relatif à une mise à jour formelle du droit fédéral pour qui la « prolifération législative » limite non seulement « la liberté d'action des citoyens », la « liberté d'entreprendre » mais d'abord celle de l'administration dont la marge de manœuvre décisionnelle serait devenue « trop faible pour des décisions individuelles appropriées, efficaces et rapides »⁹⁸. Le développement du principe de la légalité, originairement conçu pour émanciper le citoyen de la tutelle étatique et protéger celui-ci dans ses libertés, engendrerait selon cette doctrine des effets pervers supérieurs aux bénéfiques. Le rôle de la loi, en tant qu'instrument de gestion des politiques publiques, est remis en cause. On notera en revanche que le remède est parfois pire que le mal: qu'il suffise de rappeler au Conseil fédéral les propos qu'il a tenu sept ans plus tôt, dans son rapport relatif à des mesures de déréglementation et d'allègement administratif, où il soulignait que les diverses tentatives de déréglementation et de privatisation n'avaient pour l'instant pas encore conduit aux résultats escomptés mais avaient paradoxalement mené à une augmentation de la masse normative⁹⁹. Sept ans plus tard, le bilan de l'opération « coup de balai dans le droit fédéral » à l'origine du projet de loi sur la mise à jour formelle du droit fédéral doit à notre avis être qualifié de très mitigé comme nous l'avons évoqué plus haut¹⁰⁰ puisque, de l'aveu de son intitulé même, il ne concerne que la forme et non le fond du droit, n'abrogeant pour le surplus que des actes qui, dans un ordre coutumier,

⁹⁶ Motion Brigitte HÄBERLI-KOLLER 06.3770 « Réduction de la densité normative. Feuille de route contraignante » déposé le 19 décembre 2006.

⁹⁷ C. COURVOISIER, « L'idéal de la loi rare », *Pensée politique et loi*, Aix-en-Provence 2000 (cité in Bertrand MATHIEU, *La loi*, Dalloz, Paris, 2^e éd., 2004, p. 73).

⁹⁸ FF 2007 5797.

⁹⁹ FF 2000 942, 947.

¹⁰⁰ Voir ci-dessus note de bas de page 46, p. 25.

seraient tombés en désuétude puisqu'obsoletes et plus pertinents. L'examen de fond est prévu ultérieurement sous le titre évocateur de « améliorations plus poussées »¹⁰¹, démontrant que les présentes améliorations le sont bien « moins ».

La question pourrait cependant être analysée sous un autre angle et la tentation de faire de la « loi rare » un idéal légistique apparaîtrait alors comme une instrumentalisation de la discipline au profit d'une dé-judiciarisation de la société et plus généralement de la reprivatisation des rapports sociaux. Cet autre angle est celui d'une conception non focalisée de la régulation juridique sur la seule loi mais sur la production normative au sens large. En bloquant le viseur sur la « prolifération législative », on oublie un peu rapidement que l'éventuelle simplification de la loi se traduira inmanquablement par une complexification au niveau de l'application concrète par les autorités administratives ou judiciaires, amplifiant d'autant le problème. Tout le droit ne se trouve en effet pas dans le texte de loi, même si le programme positiviste a pu un instant le faire croire. La société est sans conteste devenue plus complexe, plus atomisée tout en étant de plus en plus mondialisée. La complexité de la loi ne fait que refléter la complexité du monde et toute tentative de simplifier la loi apparaît dérisoire, pour ne pas dire naïve, si elle devait présupposer qu'une loi simple abrégerait le monde en conséquence. La loi « simple » composée de commandements obligatoires, généraux et abstraits ne permet plus – si elle ne l'a jamais véritablement permis – de diriger l'évolution de nos sociétés contemporaines devenues moins sensibles à la manière hiérarchique, autoritaire et unitaire. Elle s'accorde de plus en plus mal avec ce nouvel ordre désormais plus réticulaire que pyramidal¹⁰². Aussi n'est-il pas sûr qu'en mettant en œuvre le programme de diminution de la densité réglementaire le Conseil fédéral

¹⁰¹ FF 2007 5805.

¹⁰² François OST / Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002; Jacques CHEVALIER, *L'Etat post-moderne*, Paris, LGDJ/MSH, Coll. Droit et société / Série politique, 2003, p. 89 ss; Charles-Albert MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris 1999; André-Jean ARNAUD, « La régulation par le droit en contexte globalisé », J. COMMAILLE / B. JOBERT, dir., *Les métamorphoses de la régulation politique*, Paris, 1998, p. 147 ss; Helmut WILKE, *Supervision des Staates*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1997. Voir ég. Conseil d'Etat, *Rapport public 2006*, Paris 2006, p. 233 ss.

puisse véritablement aider le citoyen à retrouver « la vue d'ensemble du droit en vigueur »¹⁰³ comme il l'affirme; celle des textes de loi à la rigueur, mais certainement pas celle du droit!¹⁰⁴

I. Les limites de la légistique formelle

Dans ces conditions, une légistique limitée au texte de loi (légistique formelle) n'a aucun impact tangible: dès que la norme s'inscrit dans une logique de l'action, comme c'est le cas aujourd'hui de manière prépondérante, elle revêt un caractère instrumental, devenant un moyen pour la poursuite des buts et objectifs visés¹⁰⁵; or l'instrument a vocation à servir la fin visée et doit s'y adapter si les résultats espérés ne se manifestent pas. On reconnaît là les phases essentielles de la démarche méthodique de la légistique matérielle. Comme le résume en un trait Jean-François Aubert commentant la disposition constitutionnelle fédérale sur l'évaluation législative, « il ne sert à rien de travailler soigneusement à faire une mauvaise loi; à rien non plus de faire une bonne loi qui est mal appliquée; il est imprudent de ne pas se soucier des effets pervers qu'une mesure, bonne dans son principe, peut produire et qu'on n'avait pas prévus; imprudent aussi de négliger les ressources qu'elle a coûtées et qui ne pourront pas être employées à autre chose. Mais cette nécessité est *lourde*. Il y a d'abord la difficulté: il est probablement plus facile de rédiger une loi selon les règles de l'art que d'en vérifier soigneusement les effets »¹⁰⁶.

V. Conclusion

Les définitions de la qualité législative sont fort diverses. A cela s'ajoute le caractère plutôt vague et indéterminé de certaines d'entre elles qui se rapprochent parfois plus de slogans politiques que de principes juridiques à l'exemple de la simplicité, un idéal totalement illusoire, un

¹⁰³ FF 2007 5797.

¹⁰⁴ Sur la différence entre la connaissance du *droit* et celle de ses *sources*, ou de certaines d'entre elles, voir Eric MILLARD, *Théorie générale du droit*, Paris 2006, p. 43 et 99 ss.

¹⁰⁵ Sur cette évolution en droit de l'action publique, voir MOOR, Pierre, *Droit administratif*, vol. I, Berne 1994, p. 37 ss.

¹⁰⁶ Jean-François AUBERT, *Petit Commentaire*, Zurich, etc. 2003, ad art. 170, n. 6 et 7.

miroir aux alouettes dans nos sociétés démocratiques modernes. Elles conditionnent pourtant les différentes méthodes visant à améliorer la loi derrière lesquelles se cachent des enjeux qu'il importe de mettre en évidence afin d'être conscient de leur possible instrumentalisation. Une loi précise sera voulue en défiance envers les tribunaux ou du gouvernement alors qu'une loi rare sera préconisée par les dérégulateurs. Une loi simple sera évoquée pour contrer l'emprise d'une législation européenne perçue comme trop technocratique et compliquée alors qu'une loi efficace, impliquant une évaluation et une ouverture plus grande aux sciences humaines, sera considérée comme une opportunité pour ceux qui estiment que la législation est une chose trop importante pour être confiée aux seuls juristes, perdant par là leur monopole en matière d'expertise législative.

Prise sous son aspect strictement *juridique*, la qualité de la loi n'a pas encore atteint son apogée en droit fédéral helvétique (contrôle de constitutionnalité limité, mécanismes de respect du droit international perfectibles). Du point de vue de la légistique *formelle* en revanche, le droit fédéral, ainsi qu'en règle générale le droit cantonal, ont très tôt pris leur parti en faveur d'une rédaction plutôt abordable, concise et compréhensible en comparaison internationale. Le développement de l'initiative parlementaire, la gestion des amendements en parlement et l'absence de contrôle légistique des initiatives populaires constituent en revanche des éléments auxquels les législateurs eux-mêmes, ainsi que les constituants, devraient porter une plus grande attention sous l'angle légistique.

Enfin, on soulignera qu'avec l'essor des politiques publiques au XX^e siècle, la bonne loi n'est plus nécessairement celle qui est bien rédigée, mais celle qui, en fonction de ses *objectifs*, produit des *effets* sur la société et l'environnement. Le développement de dispositifs d'évaluation législative doit être poursuivi, plus spécialement sur le plan cantonal s'agissant du droit suisse. Une attention particulière doit être apportée dans ce cadre à l'instauration de mécanismes démocratiques impliquant les citoyens et les politiques pour éviter une technocratisation de la discipline, tout en rappelant que l'évaluation n'est pas un outil de contrôle au sens strict, mais un instrument constructif d'aide à la conception de politiques publiques et des lois qui les sous-tendent.