



Chapitre de livre

2016

Published version

Open Access

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

La démocratie directe : un facteur de qualité de la loi en Suisse?

Flückiger, Alexandre

How to cite

FLÜCKIGER, Alexandre. La démocratie directe : un facteur de qualité de la loi en Suisse? In: La qualité de la loi - Expériences française et européenne. Albertini, Pierre (Ed.). Paris : Mare & Martin, 2016. p. 81–107.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:81922>

La démocratie directe : Un facteur de qualité de la loi en Suisse ?

Alexandre FLÜCKIGER

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève

1. Introduction : « Penser comme un philosophe et écrire comme un paysan »

« Penser comme un philosophe et écrire comme un paysan », telle est la devise du service linguistique germanophone de l'administration fédérale, chargé spécialement du contrôle linguistique des lois¹. Cette maxime illustre l'importance accordée symboliquement en Suisse à la compréhensibilité et la simplicité des lois.

On examinera dans cette contribution dans quelle mesure ce parti-pris de la simplicité trouve ses sources dans le système de démocratie directe étendu et de milice parlementaire qui irrigue les institutions helvétiques. L'hypothèse est tentante lorsque l'on sait que toute loi peut être soumise au veto du peuple ; ce qui implique que les électeurs soient en mesure d'en saisir facilement le sens lorsque le texte leur est présenté dans les urnes.

La qualité de la loi ne se limite cependant pas à l'élégance rédactionnelle. Elle peut être évaluée selon de multiples critères, notamment la

1. Andreas Lötscher/Markus Nussbaumer, "Einleitung : 'Denken wie ein Philosoph und schreiben wie ein Bauer'", in : *Denken wie ein Philosoph und schreiben wie ein Bauer : Sprache mit der ein Staat zu machen ist*, Zurich 2007, p. 5 s.

qualité des impacts générés ainsi que le respect des droits fondamentaux, angle en tension constante avec la démocratie directe.

2. La qualité rédactionnelle

2.1. La double facette de la clarté de la loi

Si les éléments orthographiques, grammaticaux ou de traduction ne font guère débat pour juger de la qualité rédactionnelle d'un texte législatif, la double facette de la clarté de la loi pose un dilemme fondamental aux législateurs depuis la naissance de la loi : un texte normatif clair peut être tant un texte lisible et aisément compréhensible qu'un texte dont le destinataire peut, à la simple lecture, aisément prédire la concrétisation dans un cas d'espèce². Or les méthodologues critiques ont depuis longtemps montré que, contrairement à ce qu'une longue tradition de formalisme positiviste a pu laisser croire, le sens d'une norme n'est jamais si clair³. Rendre la solution prévisible dans chaque particulier, si cela était possible, impliquerait de densifier à l'extrême le texte qui perdrait alors son caractère général et abstrait ; ce faisant il serait de moins en moins compréhensible. Le texte deviendrait de plus en plus obscur (au sens de sa lisibilité) au fur et à mesure qu'il serait plus clair (au sens de sa capacité à être aisément concrétisé dans un cas d'espèce)⁴ sans pour autant que l'on soit assuré que pareil degré de précision permette de résoudre à l'avance l'immense inventivité de chaque cas d'espèce, ni que cela soit possible ou désirable. Une certaine souplesse est en effet indispensable,

2. Alexandre Flüchiger, « *Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal* », *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel* 2006, p. 74 ss. Sur les contours indécis de la clarté, cf. Pierre Albertini, *La crise de la loi : déclin ou mutation ?*, Paris 2015, p. 261 ss ; Georg Müller/Felix Uhlmann, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013, p. 213.

3. Véronique Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris 2014, p. 379 ss ; Eric Millard, « Les limites des guides de légistique : l'exemple français », in : *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer : le rôle des guides de légistique*, Genève 2008, p. 125.

4. Cf. ci-dessus note 2.

pour expérimenter des solutions dans des situations incertaines ou pour tenir compte de circonstances spécifiques⁵. ARISTOTE avait déjà montré au IV^e siècle av. J.-C. que le caractère intrinsèquement général des lois empêchera toujours le législateur d'atteindre la « perfection » : « *Ajoutons que, ses lois étant d'une rédaction obscure et compliquée, [...] il en résultait nécessairement nombre de contestations, si bien que le règlement de tous les différends, privés et publics, appartenait aux tribunaux. La vérité est qu'il [...] était impossible d'atteindre la perfection, étant donné le caractère général des lois.* »⁶

Ces deux pôles de la clarté étant mutuellement exclusifs, la « bonne » loi ne peut que résulter d'un équilibre entre ceux-ci comme Francis BACON l'a rappelé au tournant du XVI^e siècle : « *L'obscurité dans l'expression des lois vient, ou 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* »⁷.

2.2. Le contexte helvétique

2.2.1. Une loi à penser dans un contexte de démocratie directe, de milice parlementaire et de fédéralisme

Pour comprendre les critères de qualité rédactionnelle de la loi en Suisse, il importe de rappeler à titre liminaire que la loi y est adoptée et rédigée dans un contexte bien particulier de démocratie directe, de milice parlementaire et de fédéralisme. La législation est *rédigée pour le peuple*, dans un idéal de *loi populaire*, idéal type profondément ancré dans l'ADN politique des Helvètes, portant un plus grand poids au pôle de la compréhensibilité du texte qu'à celui de sa capacité à résoudre par avance la multitude des situations d'espèce dans toutes leurs complexités.

5. Pierre Moot/Alexandre Flückiger/Vincent Martenet, *Droit administratif*, vol. 1, *Les fondements*, 3^e éd., Berne 2012, p. 677 ss.

6. Aristote, *La constitution d'Athènes*, trad. Jules Barthélemy-Saint-Hilaire, Paris 1838, chap. IX.

7. Francis Bacon, *Ceuvres philosophiques, morales et politiques de François Bacon*, trad. Jean Alexandre Buchon, Paris 1838, Livre VIII, chap. III, p. 248 n^{os} 65 et 67.

Ce parti-pris s'explique tout d'abord par les institutions de démocratie directe impliquant que le peuple comprenne le texte des lois qui lui sont soumises : « *Dans aucun autre pays que la Suisse le besoin de disposer de lois compréhensibles n'est aussi fort. Nulle part ailleurs en effet la probabilité que le corps électoral – plusieurs millions de personnes – soit amené à lire les textes de loi en tout ou partie pour s'en faire une opinion n'est aussi élevée étant donné qu'il peut être amené à prendre position sur ceux-ci par référendum.* »⁸ Cet accent sur la compréhensibilité peut aussi s'expliquer par le fait que les députés n'exercent pas leur fonction à plein-temps et, historiquement, par le rôle joué par les laïcs dans les tribunaux⁹.

Pour illustrer la singularité du contexte de la loi suisse, on rappellera que celle-ci peut non seulement être adoptée directement par le peuple réuni en assemblées populaires (*Landsgemeinde* cantonales ; assemblées populaires communales), mais aussi – lorsque la loi est adoptée en parlement – être approuvée par le peuple soit d'office (référendum obligatoire), soit sur la demande d'une fraction du corps électoral (référendum facultatif). Il arrive même que les lois *soient rédigées directement par le peuple* dans l'exemple de l'initiative populaire constitutionnelle et législative ainsi que dans le cadre des assemblées populaires. De manière plus générale, la rédaction a lieu *en concours avec le peuple*, consulté préalablement sur les projets de loi avant leur traitement par le parlement et parfois même sur les projets de règlements.

Enfin, dans une tendance récente, les projets de loi sont de plus en plus fréquemment *rédigés directement sous la conduite du parlement lui-même* et non plus du gouvernement (initiative parlementaire) – parlement dont les députés n'exercent par ailleurs pas leur fonction à plein temps (parlements de milice).

8. Andreas Gross, "Kommunikation als Seele der direkten Demokratie", in : *Denken wie ein Philosoph und schreiben wie ein Bauer : Sprache mit der ein Staat zu machen ist*, Zurich 2007, p. 102 (adaptation libre du texte allemand).

9. Bernd Mertens, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen*, Tübingen 2004, p. 507.

2.2.2. La rédaction pour le peuple ou l'idéal de la loi populaire

Le père du Code civil suisse, Eugen HUBER (1849-1923), « Portalis » helvète, jugeait que ce code devait être une « *législation populaire* » rédigée non pas à l'attention des juges mais de tous les citoyens. Il a très clairement expliqué avoir mis l'accent sur la compréhensibilité du texte au détriment de sa technicité : « *Les lois modernes ne sont pas rédigées dans le seul but d'enseigner aux juges comment ils auront à procéder, le cas échéant. La loi s'adresse à tous ceux qui sont soumis à son empire. Les commandements du législateur doivent, dès lors, dans la mesure où cela est compatible avec la matière traitée, être intelligibles pour chacun ou, du moins, pour les personnes qui sont tenues, de par leur profession, à se familiariser avec le droit. Les règles établies doivent avoir un sens même pour le profane, ce qui n'empêchera pas le spécialiste de leur découvrir toujours un sens plus étendu ou plus profond que le profane. C'est là ce que l'on entend par les mots de législation populaire.* »¹⁰

Un tel esprit s'oppose radicalement au Code civil allemand. La critique d'Otto von GIERKE du premier projet de Code civil allemand portait notamment sur le fait que le Code allemand n'était précisément pas « populaire » (« *volkstümlich*») : « *Nur ist er nicht deutsch, nur ist er nicht volkstümlich, nur ist er nicht schöpferisch* »¹¹. Logiquement, pour celles et ceux qui mettent l'accent sur la concrétisabilité du texte, la qualité de l'œuvre d'Eugen HUBER est contestable. Pour les autres en revanche, le texte est de qualité, aussi bon même que le Code civil français selon Raymond SALEILLES¹².

En vue de produire des lois « populaires », Eugen HUBER a développé les principes suivants de « bonne » rédaction législative : « *nous avons réussi presque constamment à n'avoir jamais plus de trois alinéas par article. Les alinéas sont en général composés d'une seule phrase ; ils seront toujours assez*

10. Eugen Huber, *Code civil suisse : exposé des motifs*, Berne 1901, p. 10 s.

11. Otto von Gierke, *Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, 2^e éd., Leipzig 1889, p. 2.

12. Cf. Alexandre Flückiger/Jean-Daniel Delley, « L'élaboration rationnelle du droit privé : de la codification à la légistique », in : *Le législateur et le droit privé : colloque en l'honneur du professeur Gilles Petitpierre*, Genève 2006, p. 124.

brefs, pour qu'une personne, même peu habituée à consulter les lois, puisse se rendre compte à première vue de leur contenu. Les subdivisions sont rares, et nulle part l'article n'a été divisé en paragraphes. »¹³

Ces principes imprègnent, aujourd'hui encore, les rédacteurs des lois fédérales dans leurs activités¹⁴. Le *Guide pour l'élaboration de la législation fédérale* contient ainsi la recommandation suivante : « Les subdivisions (alinéa, article, section [...]) ne devraient être ni trop courtes, ni trop longues. Il convient, pour cette raison, de se souvenir de la règle formulée par Eugen Huber [...], soit : 1. trois alinéas par article au maximum ; 2. une phrase par alinéa ; 3. une idée par phrase. »¹⁵

En pratique, si ces recommandations ne sont pas respectées à la lettre, elles semblent pour le moins l'être dans l'esprit des rédacteurs. Une analyse statistique en informatique linguistique permettrait de vérifier ce point¹⁶.

Un collectif d'auteurs vient de critiquer la qualité de la législation suisse, en particulier quant à sa rédaction¹⁷. La méthodologie utilisée à cette fin par certains d'entre eux n'est cependant pas toujours très rigoureuse à notre avis, s'appuyant souvent sur quelques normes mal rédigées ou particulièrement peu intelligibles pour inférer une mauvaise qualité générale sans forcément replacer la critique en contexte¹⁸.

Une initiative populaire récente visant à insérer dans la Constitution fédérale un véritable droit fondamental à des lois compréhensibles n'a pas abouti, faute d'un nombre de signatures suffisant¹⁹. Intitulée

13. Eugen Huber, *Code civil suisse : exposé des motifs*, Berne 1901, p. 12.

14. Markus Nussbaumer/Andreas Lötscher, "Einleitung : 'Denken wie ein Philosoph und Schreiben wie ein Bauer'", in : *Denken wie ein Philosoph und Schreiben wie ein Bauer : Sprache mit der ein Staat zu machen ist*, Zurich 2007, p. 5.

15. OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation. Guide pour l'élaboration de la législation fédérale*, 3^e éd., Berne 2007, N. 880.

16. Pour une proposition dans ce sens, cf. Felix Uhlmann, *Wert einer guten Gesetzgebung*, Zurich 2014, p. 173 ss.

17. Alain Griffel (éd.), *Vom Wert einer guten Gesetzgebung*, Zurich 2014, *passim*.

18. Christine Guy-Ecabert/Alexandre Flückiger, « La bonne loi ou le paradis perdu ? » *LeGes* 2015, p. 39.

19. FF 2012 7213.

« exécution non bureaucratique de la législation », la nouvelle disposition aurait donné droit à toute personne « a) à des lois compréhensibles et à leur application simple, non bureaucratique et efficiente ; b) au traitement rapide, simple et non bureaucratique de ses affaires par les administrations et les tribunaux. »²⁰ Reprise sous forme d'initiative parlementaire, celle-ci a été liquidée par le refus du Conseil des États d'y donner suite²¹. La commission parlementaire compétente a justifié ce rejet tout d'abord par le désintérêt des électeurs à signer la proposition constitutionnelle : « Étant donné que la population semble peu sensible au thème abordé, la commission ne juge pas utile que le Parlement traite des objectifs de cette initiative. » Si la commission reconnaît « qu'il est nécessaire de rendre plus clairs et compréhensibles les textes de loi afin qu'ils rencontrent un écho positif auprès des citoyens », elle estime que la compétence de vérifier la compréhensibilité des lois ne revient qu'au parlement et que ce point ne devrait en aucun cas pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel par le Tribunal fédéral : « dans le cadre de ses travaux législatifs, le Parlement a pour tâche de vérifier si l'introduction de nouvelles réglementations est nécessaire et si les actes législatifs sont compréhensibles. [...] En outre, la mise en œuvre des dispositions constitutionnelles proposées poserait des problèmes majeurs. En effet, l'initiative demande un droit fondamental à une exécution non bureaucratique de la législation. Or, les droits fondamentaux sont exigibles par voie de justice. Par conséquent, si quelqu'un estimait, dans le sens du texte constitutionnel, qu'une loi n'était pas formulée de manière compréhensible ou qu'elle n'était pas facilement applicable, il pourrait déposer un recours auprès du Tribunal fédéral. Le travail d'interprétation des termes compréhensible ou facilement applicable représenterait une tâche insoluble pour le Tribunal fédéral. Il en résulterait donc des procédures judiciaires compliquées qui entraînerait un surcroît de bureaucratie. »²²

20. FF 2010 6045.

21. Initiative parlementaire Zisyadis « Stop à la bureaucratie ! » du 17 décembre 2010 (10 537 ; BO CE 2012 973 ss).

22. CONSEIL DES ÉTATS, *Rapport de la Commission des institutions politiques* du 25 octobre 2012, ch. 3.

2.2.3. La rédaction par le peuple

2.2.3.1. Introduction

La Suisse est le pays qui a développé le plus systématiquement des institutions de démocratie directe. Si les lois peuvent être directement adoptées ou approuvées d'office ou sur demande par le corps électoral²³, la participation populaire va même plus loin puisque, dans certaines hypothèses, le peuple est habilité à rédiger lui-même les lois.

Tel est le cas de l'initiative populaire constitutionnelle, de l'initiative populaire législative et des contre-projets populaires ainsi que de l'initiative législative dans le cadre des assemblées populaires.

On précisera que les règles rédigées directement par le peuple sont très peu nombreuses d'un point de vue statistique. Les lois sont en pratique essentiellement écrites par des fonctionnaires de l'administration souvent réunis en groupes de travail et suivant des procédures de contrôle de qualité spécifiques.

2.2.3.2. L'initiative populaire constitutionnelle

Sur le plan fédéral, l'initiative populaire constitutionnelle permet à une fraction des électeurs (100 000 signatures)²⁴ de demander une révision partielle de la Constitution fédérale²⁵. Les électeurs à l'origine de l'initiative peuvent soumettre un « projet rédigé » ou une « proposition conçue en termes généraux »²⁶. Dans le premier cas, les électeurs à l'origine de l'initiative rédigent eux-mêmes la disposition constitutionnelle qui sera soumise telle quelle à l'approbation du constituant en votation populaire si leur initiative a abouti²⁷. Le parlement ne peut pas toucher dans ce cas à leur texte ; il peut uniquement leur opposer un contre-projet de sa propre

23. Pour un exposé en langue française de ces différents mécanismes, cf. Andreas Auer/Giorgio Malinverni/ Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, vol. 1, 3^e éd., Berne, N. 617 ss et 750 ss ; Pascal MAHON, *Droit constitutionnel*, vol. 1, Bâle 2014, 3^e éd., p. 172 ss.

24. Art. 139 I de la Constitution fédérale (Cst.).

25. Mahon 2014 (note 23), p. 179 ss ; Auer/Malinverni/Hottelier 2013 (note 23), N. 762 ss.

26. Art. 139 II Cst.

27. Art. 139 V Cst.

facture, charge au constituant de trancher entre les deux versions²⁸. Dans le second cas en revanche, la rédaction du texte constitutionnel définitif est confiée au parlement²⁹. Statistiquement parlant, presque toutes les initiatives populaires sont rédigées de toutes pièces par leurs auteurs³⁰.

Le contrôle de la qualité rédactionnelle du texte par les autorités est très restreint. Le parlement est compétent pour invalider un texte qui mélangerait une rédaction de toutes pièces avec une proposition conçue en termes généraux (principe dit de l'unité de la forme)³¹, mais cette règle ne pose aucun problème en pratique. La chancellerie fédérale procède certes préalablement à un examen du texte, mais ses compétences sont limitées. Elle peut seulement modifier le titre d'une initiative dans la mesure où celui-ci induirait en erreur, contiendrait des éléments de publicité commerciale ou personnelle ou prêterait à confusion³². Elle se limite ensuite à examiner la concordance des textes dans les différentes versions linguistiques officielles et à procéder le cas échéant aux traductions nécessaires³³.

On retrouve l'initiative populaire constitutionnelle sur le plan cantonal. La Constitution fédérale l'impose aux cantons en exigeant de ces derniers que les constitutions cantonales doivent avoir été acceptées par le peuple et pouvoir être révisées si la majorité du corps électoral le demande³⁴. Le Tribunal fédéral a censuré en 2003 le texte d'une initiative formulée de toutes pièces au motif de la contrariété de cette dernière avec le principe de clarté, principe qu'il avait appliqué jusqu'alors à des initiatives conçues en termes généraux³⁵. Il a jugé que le texte d'une initiative rédigée de toutes pièces devait être suffisamment déterminé et qu'il devait être assez clair afin que le corps électoral puisse se prononcer sans risque d'erreur³⁶. Selon la doctrine, cette condition ne saurait être appliquée trop rigou-

28. Art. 139b Cst.

29. Art. 139 IV Cst. ; art. 104 LParl.

30. Auer/Malinverni/Hottelier 2013 (note 23), N. 798.

31. Art. 139 III Cst. ; art. 75 III LDP.

32. Art. 69 II LDP.

33. Art. 69 III LDP ; art. 23 I et II ODP.

34. Art. 51 I Cst ; Auer/Malinverni/Hottelier 2013 (note 23), N. 192 et 834 ss ; Stéphane Grodecki, *L'initiative populaire cantonale et municipale à Genève*, Zurich 2008.

35. Grodecki 2008 (note 34), p. 301.

36. ATF 129 I 392, c. 2.2.

reusement en raison précisément de l'origine populaire des rédacteurs : « *une initiative rédigée par le peuple peut présenter des imprécisions inhérentes au système de démocratie directe helvétique. Les initiants doivent néanmoins veiller à présenter un texte qui est compréhensible. Seuls des cas graves, susceptibles d'entraîner des risques manifestes de confusion, pourraient entraîner une violation de ce principe.* »³⁷

Contrairement à un projet de loi qui peut être retravaillé et amendé au cours de la procédure législative, les textes rédigés dans le cadre d'une initiative constitutionnelle sont à prendre tels quels³⁸. Cette particularité couplée à la liberté rédactionnelle laissée aux auteurs des initiatives est, parfois, susceptible de produire des textes particulièrement problématiques³⁹.

2.2.3.3. L'initiative populaire législative et les contre-projets populaires

Pendant de la précédente sur le plan législatif, l'*initiative populaire législative* porte sur l'adoption, la modification ou l'abrogation non pas d'une disposition constitutionnelle mais d'une loi de la compétence du parlement. Institution inconnue en droit fédéral, tous les cantons ont institué l'initiative populaire législative bien qu'ils n'y soient pas tenus en vertu de la Constitution fédérale⁴⁰.

Certains cantons confèrent également à une fraction de leur corps électoral la compétence d'opposer un *contre-projet populaire* de leur propre rédaction à tout projet de loi du parlement. Ce mécanisme a pour but d'éviter qu'une loi soit rejetée en votation populaire alors que seuls un ou quelques articles sont contestés. Les auteurs du contre-projet proposent ainsi un texte de remplacement de leur crû pour les seules dispositions contestées. Réuni par la doctrine sous l'étiquette commune de « référendum

37. Grodecki 2008 (note 34), p. 302.

38. René Rhinow, « Fahrlässige Verfassungsgebung ? » in : *Vom Wert einer guten Gesetzgebung*, Zurich 2014, p. 121.

39. Rhinow 2014 (note 38), p. 119 ss. Cf. également Peter Uebersax, « Zur Zulässigkeit der Durchsetzungsinitiative : eine Einladung zur Reflexion », *ZBl* 2014, p. 600 ss, à propos d'un texte constitutionnel manifestement matériellement législatif (FF 2013 8493) ; Michael Leupold/Michel Besson, « Gefährden Volksinitiativen die 'gute Ordnung' der Verfassung ? » *LeGes* 2011, p. 392.

40. Auer/Malinverni/Hottelier 2013 (note 23), N. 842.

constructif », c'est en réalité un mélange entre l'initiative et le référendum. Il est appelé indifféremment « projet populaire »⁴¹ ou « contre-projet citoyen »⁴² dans le canton de Berne, « contre-projet » à Nidwald⁴³ et « référendum avec contre-projet des citoyens et des citoyennes » à Zurich⁴⁴.

Ainsi à Berne 10 000 citoyens et citoyennes peuvent proposer un « contre-projet citoyen » dans les trois mois qui suivent la publication d'un projet de loi si le parlement renonce à présenter lui-même un projet alternatif. Le contre-projet citoyen vaut demande de vote populaire sur le projet du Grand Conseil⁴⁵. Le contre-projet citoyen doit être rédigé « de toutes pièces » par ses auteurs⁴⁶. Le contre-projet citoyen est opposé en bloc au projet du parlement ; il est soumis au vote populaire en même temps que le projet du parlement⁴⁷. Plusieurs contre-projets citoyens peuvent être lancés par les électeurs. La question à poser aux citoyens dans les urnes se complique dans ce cas. Elle se présente de la manière suivante : « ¹En cas de votation comportant plusieurs projets populaires (contre-projets citoyens) déclarés valables, les questions principales et les questions subsidiaires sont soumises au corps électoral sur le même bulletin. ²Les questions principales suivantes permettent au corps électoral d'indiquer quels projets il accepte ou rejette : 1) Acceptez-vous le projet du Grand Conseil [=parlement]? 2) Acceptez-vous le projet populaire A (contre-projet citoyen A) ? 3) Acceptez-vous le projet populaire B (contre-projet citoyen B) ? ³Les questions subsidiaires sont les suivantes : 1) Si le projet du Grand Conseil comme le projet populaire A (contre-projet citoyen A) sont acceptés par le peuple, lequel des deux textes doit entrer en vigueur : le projet du Grand Conseil ou le projet populaire A (contre-projet citoyen A) ? 2) Si le projet du Grand Conseil comme le projet populaire B (contre-projet citoyen B) sont acceptés par le peuple, lequel des deux textes doit entrer en vigueur : le projet du Grand Conseil ou le projet populaire B (contre-projet citoyen B) ? 3) Si le projet populaire A (contre-projet citoyen A) comme le projet populaire B (contre-projet citoyen B) sont acceptés par le peuple, lequel

41. Art. 63 III Cst.-BE.

42. Art. 133 ss de la loi sur les droits politiques (LDP) du 5 juin 2012 (RS-BE 141.1).

43. "Gegenvorschlag" (art. 54a et 55 Cst-NW).

44. "Referendum mit Gegenvorschlag von Stimmberechtigten" (art. 35 Cst.-ZH).

45. Art. 63 III Cst.-BE.

46. Art. 133 I LDP-BE.

47. Art. 137 LDP-BE.

des deux textes doit entrer en vigueur : le projet populaire A (contre-projet citoyen A) ou le projet populaire B (contre-projet citoyen B) ? »⁴⁸

2.2.3.4. Les assemblées populaires (cantons et communes)

Sur le *plan cantonal*, les assemblées populaires subsistent dans deux cantons sur 26.

Appelées *Landsgemeinde* dans les cantons de Glaris et d'Appenzell-Rhodes intérieures, les assemblées populaires cantonales forment l'assemblée publique de tous les citoyens. Elles se réunissent ordinairement une fois par an au printemps. Notamment compétentes pour réviser la constitution et voter les lois, approuver des traités et des conventions intercantionales, elles exercent à la fois le pouvoir constituant, législatif et certaines compétences exécutives⁴⁹. Ces deux cantons comprennent parallèlement un parlement, qui ressemble toutefois davantage à « *des diètes où se retrouvent périodiquement les autorités exécutives, communales et cantonales* »⁵⁰.

Ainsi à Glaris, chaque citoyen est non seulement habilité à participer à la discussion et à voter à la *Landsgemeinde*⁵¹, mais a également le droit de proposer, de soutenir, d'amender, de rejeter, de reporter ou de renvoyer des projets ; il doit simplement formuler sa proposition, puis la motiver brièvement⁵². Comme l'a reconnu le Tribunal fédéral, ce droit de faire des amendements « *a pour conséquence que contrairement à ce qui se passe lors d'une votation aux urnes, les électeurs ont la faculté non seulement d'accepter ou de rejeter un projet, mais sont en mesure d'agir de manière à influencer le contenu de celui-ci. C'est là que réside précisément le sens de la démocratie d'assemblée et de sa "plus-value démocratique" par rapport à la démocratie par les urnes. Les électeurs doivent s'attendre à des propositions d'amendement au cours de l'assemblée* »⁵³. Le risque, que le Tribunal fédéral prend en compte dans son jugement, est que de tels amendements ne seront possiblement pas aussi élaborés qu'un projet soigneusement préparé à l'avance :

48. Art. 139 I à III LDP-BE.

49. Auer/Malinverni/Hottelier 2013 (note 23), N. 209 ss.

50. Auer/Malinverni/Hottelier 2013 (note 23), N. 218.

51. Art. 57 Cst.-GL.

52. Art. 65 Cst.-GL.

53. Tribunal fédéral, JdT 2007 I p. 339, c. 4.1.

« il est inhérent au droit de proposer des amendements – à moins de le vider de son sens – que des propositions moins abouties puissent être proposées, et aussi acceptées en fin de compte. »⁵⁴

Les assemblées populaires sont plus fréquentes sur le *plan communal* : elles sont connues dans 24 cantons et sont présentes dans environ 2 000 communes sur les quelque 2 500 que compte la Suisse⁵⁵.

Les communes disposant d'une telle assemblée n'ont pas de parlement : elles n'ont qu'un organe exécutif et un corps électoral. Ce dernier exerce précisément ses attributions dans des assemblées populaires ouvertes en principe à tout électeur⁵⁶. Tout un chacun peut donc être amené dans ce cadre à proposer un projet de texte législatif (règlement communal).

Tel est par exemple le cas dans le canton de Vaud où une telle assemblée (appelée Conseil général) est prévue pour toute commune dont la population n'exède pas mille habitants⁵⁷. Pour y être admis, il suffit d'être un électeur domicilié dans la commune et d'avoir prêté serment⁵⁸. Chaque membre du Conseil général ou communal peut exercer son droit d'initiative en particulier « *en proposant lui-même un projet de règlement ou un projet de décision du conseil* »⁵⁹.

2.2.4. La rédaction avec le concours du peuple

La consultation du public sur les projets de loi au stade pré-parlementaire est une tradition en Suisse. Sur le plan fédéral, « *les cantons, les partis politiques et les milieux intéressés sont invités à se prononcer sur les actes législatifs importants et sur les autres projets de grande portée lors des travaux préparatoires, ainsi que sur les traités internationaux importants* »⁶⁰. Par

54. Ibidem, c. 4.2 i.f.

55. Auer/Malinverni/Hottelier 2013 (note 23), N. 250. Le calcul devrait être actualisé : la Suisse comprenait 2596 communes au 1^{er} janvier 2010 contre 2352 quatre ans plus tard.

56. Auer/Malinverni/Hottelier 2013 (note 23), N. 250.

57. Art. 1a de la loi sur les communes (LC) du 28 février 1956 (RS-VD 175.11).

58. Art. 5 i LC-VD.

59. Art. 31 i let. c LC-VD.

60. Art. 147 Cst. et 3 de la loi fédérale sur la procédure de consultation (LCo) (RS 172.061), précisée dans l'ordonnance sur la procédure de consultation (OCo) (RS 172.061.1).

milieux intéressés, on comprend notamment les associations faîtières des communes, des villes et des régions de montagne qui œuvrent au niveau national, ainsi que les associations faîtières de l'économie qui œuvrent au niveau national⁶¹. Les cantons connaissent des pratiques analogues, même si tous n'ont pas forcément institutionnalisé une telle procédure⁶².

Si cette procédure a souvent été analysée en termes d'acceptabilité politique afin d'apprécier dans quelle mesure elle contribue réellement à la réduction des conflits dans les phases parlementaire et référendaire comme l'esprit de l'institution le voudrait⁶³, le but d'améliorer la qualité des lois demeure présent, même s'il s'avère plus difficile à mesurer. Elle devrait ainsi permettre de « *déterminer si un projet de la Confédération est matériellement correct, exécutable et susceptible d'être bien accepté* »⁶⁴. Cette précision vise moins la qualité rédactionnelle que la qualité de la loi prise sous l'angle de la légistique matérielle. Par « matériellement correct », il faut en effet entendre un texte dont les mesures sont « *nécessaires, adéquates et convaincantes* »⁶⁵.

Un colloque réunissant praticiens et académiciens organisé en 2011 n'a toutefois pas été en mesure de conclure définitivement quant à l'apport effectif des procédures de consultation dans l'amélioration de la qualité de la législation⁶⁶.

2.2.5. La rédaction par des parlementaires non professionnels

La Suisse ne comprend pas de parlements professionnels. Son système parlementaire est qualifié de « milice » en ce sens que les députés, y compris

61. Art. 4 II let. c et d LCo et 10 OCo.

62. Stefan Neubert, « *Kantonale Vernehmlassungsverfahren im Vergleich* », LeGes 2008, p. 271 ss.

63. Critique sur une telle contribution : Pascal Sciarini, « *Les effets de la consultation sur les processus de décision au niveau fédéral* », LeGes 2011, p. 191 ss.

64. Art. 2 II LCo.

65. FF 2004 498.

66. Alexandre Flückiger, « *Consulter pour mieux légiférer : utilité des procédures de consultation pré-parlementaires* », LeGes 2011, p. 189.

fédéraux, exercent en règle générale une autre profession⁶⁷. L'administration assistant les parlements dispose d'effectifs très limités en comparaison de celle des exécutifs⁶⁸.

Si l'initiative dans la rédaction des lois provient essentiellement du gouvernement sur le plan fédéral, les députés l'exercent toutefois eux-mêmes de plus en plus fréquemment par le biais de l'*initiative parlementaire*⁶⁹ puisqu'une loi sur cinq environ est dorénavant directement rédigée sous la houlette du parlement⁷⁰. Cette procédure permet à tout député de proposer qu'une commission parlementaire – et non le gouvernement – élabore un projet de loi⁷¹. La commission compétente dispose d'un délai de deux ans pour élaborer un projet⁷². Le gouvernement est alors simplement consulté⁷³.

Une telle manière de procéder a fréquemment été critiquée d'un point de vue légistique⁷⁴.

2.3. La rédaction par l'administration : des outils étendus de contrôle de la qualité rédactionnelle

Cela dit, on ne saurait tirer aucune conclusion quant à la qualité de la rédaction des lois du fait que les députés n'exercent pas leurs fonctions à plein temps. D'une part, l'écriture des lois reste essentiellement l'affaire de l'administration fédérale⁷⁵, même dans l'hypothèse de l'initiative parlementaire dans la mesure où le parlement fait quasi-systématiquement

67. Auer/Malinverni/Hottelier 2013 (note 23), N. 69 et N. 218 pour les cantons. Moor/Flückiger/Martenet 2012 (note 5), p. 280. Bien qu'il serait plus exact de parler d'un parlement semi-professionnel sur le plan fédéral en raison de la charge de travail effective des députés (dans ce sens, cf. Ruth Lüthi, « *Parlement* », in : *Manuel de la politique suisse*, 5^e éd., Zurich 2014, p. 185 s.)

68. Moor/Flückiger/Martenet 2012 (note 5), p. 465.

69. Art. 160 Cst. ; art. 107 ss LParl.

70. Lüthi 2014 (note 67), p. 176 ; Moor/Flückiger /Martenet 2012 (note 5), p. 229.

71. Art. 107 LParl.

72. Art. 111 I LParl.

73. Art. 112 III LParl.

74. Müller/Uhlmann 2013 (note 2), p. 292 s. (réf. cit.).

75. Müller/Uhlmann 2013 (note 2), p. 296.

appel aux services administratifs du gouvernement dans ce cas⁷⁶ ; tout comme les membres du gouvernement font appel à des fonctionnaires pour rédiger les projets de loi, les membres de la commission parlementaire concernée n'écrivent pas eux-mêmes les projets de loi⁷⁷. D'autre part, tant le parlement que l'administration fédérale se sont dotés d'outils de contrôle de la qualité rédactionnelle des lois⁷⁸.

Le parlement dispose en effet d'une commission de rédaction composée de trois sous-commissions pour les trois langues officielles⁷⁹. Celle-ci est chargée de vérifier les textes et d'en arrêter la version définitive avant le vote final⁸⁰. Fidèle à l'esprit de législation populaire, le législateur pose explicitement l'intelligibilité et la concision comme critères de qualité auxquels la commission doit veiller⁸¹, sans mentionner le degré suffisant de détail permettant à la règle d'être concrétisée en toute prévisibilité, l'autre facette de la clarté. On retrouve cette exigence dans la loi sur les langues dont une disposition intitulée « *compréhensibilité* » demande aux autorités fédérales de s'efforcer « *d'utiliser un langage adéquat, clair et compréhensible* » notamment⁸². La commission de rédaction doit s'assurer en particulier du respect des règles de la rédaction et de la technique législatives⁸³. Enfin, elle doit garantir que les textes sont conformes à la volonté du législateur et que les versions linguistiques concordent⁸⁴. Chacune des sous-commissions ne travaille pas en vase-clos, car elles doivent collaborer avec des représentants de l'administration, en particulier des services

76. Art. 155 Cst. ; art. 68 et 112 I LParl ; Martin Graf, « Art. 112 ParlG », in : *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung : Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG)*, Bâle 2014, N. 10. Sur les problèmes posés par une telle procédure, en particulier les conflits d'intérêts et le partage des compétences, cf. Müller/Uhlmann 2013 (note 2), p. 294 s.

77. Graf 2014 (note 76), N. 9.

78. Müller/Uhlmann 2013 (note 2), p. 55 ss. Sur le contrôle des autres critères de qualité, cf. sections suivantes.

79. Art. 56 II LParl.

80. Art. 57 I LParl.

81. Art. 57 II LParl.

82. Art. 7 I de la loi fédérale sur les langues nationales et la compréhension entre les communautés linguistiques (Loi sur les langues, LLC) (RS 441.1).

83. Art. 3 I de l'ordonnance de l'Assemblée fédérale sur la Commission de rédaction.

84. Art. 57 III LParl.

linguistiques et du service juridique de la Chancellerie fédérale, ainsi que de l'office qui a rédigé le projet⁸⁵. En pratique cependant selon la doctrine, la commission de rédaction du parlement intervient trop tard dans le processus pour que son contrôle soit vraiment efficace⁸⁶.

Au sein de l'administration fédérale, le processus rédactionnel est très cadré. Le Département fédéral de justice et police a pour tâche de suivre tous les projets législatifs de la Confédération⁸⁷. Il doit plus particulièrement vérifier l'« *exactitude quant au fond ainsi que, en collaboration avec la Chancellerie fédérale, leur pertinence dans la perspective de la technique législative et de la rédaction* »⁸⁸. Il doit élaborer des normes « *adéquates [...], compréhensibles et cohérentes* »⁸⁹ et « *promouvoir la compréhension du droit* »⁹⁰.

La Chancellerie fédérale s'attache quant à elle à élaborer des procédures et des solutions administratives « *simples et transparentes* »⁹¹. Elle veille en outre à la qualité des textes destinés à la publication⁹², en particulier à la qualité de la législation fédérale, étant notamment chargée de fixer les principes applicables à la mise en forme des actes législatifs et d'en garantir le respect ainsi que d'assurer, en collaboration avec l'Office fédéral de la justice, « *la conformité matérielle et formelle des actes législatifs fédéraux, leur adéquation par rapport aux contenus et aux destinataires, leur cohérence et leur intelligibilité pour les citoyens* »⁹³.

Concrétisant les principes précédents, ces deux administrations ont instauré une *commission interne de rédaction* depuis 1976⁹⁴, interdiscipli-

85. Art. 4 de l'ordonnance de l'Assemblée fédérale sur la Commission de rédaction.

86. Müller/Uhlmann 2013 (note 2), p. 57.

87. Art. 1 II let. a *i.f.* de l'ordonnance sur l'organisation du Département fédéral de justice et police (Org DFJP) (RS 172.213.1).

88. Art. 7 III Org DFJP.

89. Art. 6 I let. c Org DFJP.

90. Art. 6 I let. e Org DFJP.

91. Art. 2 let. b de l'ordonnance sur l'organisation de la Chancellerie fédérale (Org ChF) (RS 172.210.10).

92. Art. 3 II Org ChF.

93. Art. 4 I Org ChF.

94. Markus Nussbaumer, "Gesetze verständlicher machen : dass ich nicht lache !", in : *Denken wie ein Philosoph und schreiben wie ein Bauer : Sprache mit der ein Staat zu machen*

naire et interdépartementale, composée de linguistes de la Chancellerie fédérale et de juristes de l'Office fédéral de la justice⁹⁵. Elle est chargée d'examiner tous les projets d'actes législatifs fédéraux du point de vue de leur intelligibilité pour le citoyen : la commission « *veille à ce que les actes législatifs de la Confédération soient intelligibles pour les citoyens. Elle veille en particulier : a. à une structure logique, rationnelle et compréhensible ; b. à l'élimination d'imprécisions, de contradictions et de lacunes dans le texte ; c. à une formulation simple et concise, claire, cohérente et non sexiste ; d. [...] à la correspondance des versions allemande et française du texte ; e. à la correction linguistique.* »⁹⁶

L'Office fédéral de la justice et la chancellerie fédérale ont en outre produit un matériel destiné au contrôle de la qualité des textes que les rédacteurs de loi doivent observer⁹⁷, en particulier un guide de législation (*Guide pour l'élaboration de la législation fédérale*) s'appliquant tant aux lois qu'aux ordonnances⁹⁸, une *directive sur la présentation d'esquisses d'acte normatif* pour les projets législatifs de l'Office fédéral de la justice⁹⁹ ainsi

ist, Zurich 2007, p. 59 ; initiée par un postulat de 1966 demandant d'améliorer la qualité linguistique de la législation fédérale (*ibid.*, p. 43 ss).

95. Art. 1 du règlement de la Commission interne de rédaction (RCIR) du 1^{er} novembre 2007.

96. Art. 2 I RCIR.

97. On trouvera un panorama de ces instruments sous www.gl.admin.ch (*Recommandations de l'Office fédéral de la justice pour la formulation des clauses d'évaluation ; Aide-mémoire sur la présentation des messages du Conseil fédéral ; Grundsätze für die Rechtsetzung im Bereich der Bundesrechtspflege ; Forum de législation ; etc.*) et www.chf.admin.ch, rubrique Thèmes, sous-rubrique langues (*Instructions de la Chancellerie fédérale sur la présentation des textes officiels en français ; Précis de technique législative ; Guide de formulation non sexiste ; Recommandations concernant les anglicismes ; Aide-mémoire de rédaction législative ; Guide linguistique des lois et ordonnances de la Confédération (GLLOC) ; Modèles de documents ; etc.*). Sur les limites de tels instruments, cf. Eric Millard, « Les limites des guides de légistique : l'exemple du droit français », in : *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer : le rôle des guides de légistique*, Genève 2008, p. 117 ss.

98. OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation. Guide pour l'élaboration de la législation fédérale*, 3^e éd., Berne 2007, et *Guide de législation*, Modules « loi », « ordonnance » et « initiative parlementaire », Berne 2013.

99. OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Directive du 2 octobre 2006*.

que des *directives sur la technique législative*¹⁰⁰. Une offre de formation en légistique est par ailleurs proposée¹⁰¹.

Alors que les grands codes ont par le passé pu être l'œuvre d'un rédacteur identifiable, l'écriture des lois est devenue aujourd'hui une affaire de plus en plus collective, ce qui semble provoquer selon certains un effet positif sur la qualité des textes¹⁰². Si le modèle de l'expert unique n'est pas définitivement exclu – « *une solution qui convient à la rigueur lorsque la personne en question détient un savoir qui en fait le ou la spécialiste par excellence et que le thème à traiter prête peu à controverse sur le plan politique* »¹⁰³, différentes formules collaboratives sont préférées en pratique : groupe de travail interne, commission d'étude, commission d'experts, commission extraparlamentaire, commission paritaire Confédération-cantons¹⁰⁴.

Si les juristes doivent nécessairement collaborer aux travaux législatifs selon les directives du *Guide de législation*, une approche interdisciplinaire est recommandée afin de produire des textes les plus adaptés possible aux différentes matières régulées : « *En règle générale, les projets législatifs exigent le recours à des connaissances et à des aptitudes multiples. Aussi reposent-ils, le plus souvent, sur une collaboration interdisciplinaire. Les travaux législatifs doivent toujours être planifiés et réalisés avec le concours de juristes. Il convient d'y associer également les spécialistes de la matière à codifier (par exemple, des économistes, des scientifiques, des ingénieurs et des médecins).* »¹⁰⁵ En pratique cependant cette conception ne s'est pas immédiatement imposée. En 2000, une recherche a montré que la composition des groupes de travail et autres commissions chargés de rédiger les projets de loi sur le plan fédéral était

100. CHANCELLERIE FÉDÉRALE, *Directives de la Confédération sur la technique législative*, 2^e éd., Berne 2013.

101. Organisées par l'Office fédéral de la justice et sur mandat de la société suisse de législation par des universités (<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/staat/legistik/ausbildung.html>) ; Müller/Uhlmann 2013 (note 2), p. 68 s.

102. Sur l'apport à la qualité de la loi d'un tel modèle, cf. Müller/Uhlmann 2013 (note 2), p. 4 s.

103. Module « loi », N. 94, p. 31.

104. *Ibid.* N. 94, p. 30 s.

105. *Ibid.* N. 74, p. 24.

largement dominée par les juristes. Les représentants des autres disciplines n'étaient que rarement présents¹⁰⁶.

Il montre aussi qu'une perspective multilingue contribue à la qualité linguistique des textes de loi : « *Il y a également lieu de veiller au multilinguisme au sein de l'équipe chargée du projet. Le fait d'intégrer dans cette équipe des locuteurs des différentes langues officielles (allemande, française et, dans la mesure du possible, italienne) facilite la rédaction parallèle ainsi que la traduction ultérieure et la révision linguistique des textes juridiques et contribue à leur qualité.* »¹⁰⁷

3. Les autres critères de qualité de la loi

La qualité de la loi ne se mesure pas à sa seule élégance rédactionnelle. Parmi les multiples critères possibles¹⁰⁸, on retiendra encore la qualité des impacts et la qualité juridique.

On ne traitera en particulier pas de la question de la publication, de la codification ou de la consolidation des lois, éléments peu problématiques en Suisse dans la mesure où les lois fédérales sont mises à disposition du public dans un *Recueil systématique*, une collection consolidée, classée par matières et mise à jour périodiquement tant sur Internet que sous forme imprimée¹⁰⁹.

106. Paul Richli, *Interdisziplinäre Daumenregeln für eine faire Rechtsetzung : ein Beitrag zur Rechtssetzungslehre im liberalen sozial und ökologisch orientierten Rechtsstaat*, Bâle 2000, p. 23 ss.

107. Module « loi », N. 75, p. 24. Sur l'apport du multilinguisme à une possible amélioration de la compréhensibilité des textes de loi, cf. Alexandre Flückiger, « Le multilinguisme de l'Union européenne : un défi pour la qualité de la législation », in : *Jurilinguistique : entre langues et droits – Jurilinguistics : between Law and Language*, Bruxelles 2005, p. 340 ss.

108. Alexandre Flückiger, « Qu'est-ce que "mieux légiférer" ? », in *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer : le rôle des guides de légistique*, Genève 2008, p. 13 ss.

109. Art. 11 1 de la loi fédérale sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale (Loi sur les publications officielles, LPubl) (RS 170.512). Voir sous www.admin.ch/bundesrecht/00566/index.html. Sur la publication des lois en Suisse, cf. le cahier thématique « *droit des publications* » in LeGes 2013, p. 1 ss.

3.1. La qualité des impacts de la loi

La qualité de la loi peut aussi se mesurer à l'aune de ses impacts. Quel est en effet l'intérêt d'avoir des lois bien rédigées si elles ne déploient pas les effets visés ? Une loi mal rédigée mais qui remplirait parfaitement ses objectifs sur le terrain ne serait-elle pas préférable ?

Dans la doctrine helvétique, Peter NOLL a suggéré en 1973 d'institutionnaliser l'observation des effets de l'action législative, posant là les fondements de la légistique matérielle dans son ouvrage fondateur de légistique (*Gesetzgebungslehre*)¹¹⁰. Il proposait de créer un organe habilité à anticiper les problèmes sociétaux et à planifier les lois susceptibles de les résoudre de manière méthodique et pluridisciplinaire¹¹¹. La démarche proposait de suivre les étapes classiques de toute planification¹¹² :

- définir le problème avant d'agir ;
- analyser la situation de fait ;
- expliciter les buts à atteindre ;
- concevoir des solutions aptes à résoudre le problème ;
- évaluer tant prospectivement que rétrospectivement la solution législative retenue pour la corriger en conséquence si nécessaire¹¹³.

Par la suite, les travaux de Luzius MADER et de Charles-Albert MORAND ont contribué à développer l'analyse des effets de la législation en Suisse romande au travers de l'évaluation législative¹¹⁴ puis de la légistique, comprise sous son angle matériel¹¹⁵. Tout d'abord concrétisée sporadiquement dans diverses clauses d'évaluation parsemées

110. Sur les précurseurs, cf. Luzius Mader, *L'évaluation législative : pour une analyse empirique des effets de la législation*, Lausanne 1985, p. 14 ss.

111. Peter Noll, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek bei Hamburg 1973, p. 63 ss.

112. Sur la démarche planificatrice sur laquelle se calque la méthode législative cf. Alexandre Flückiger, « La planification : un mode de rationalité dépassé pour la légistique ? » in : *Légistique formelle et matérielle = Formal and material legistic*, Aix-en-Provence 1999, p. 117 ss.

113. Noll 1973 (note 111), p. 75.

114. Mader 1985 (note 110).

115. Charles-Albert Morand (éd.), *Légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence 1999.

dans la législation¹¹⁶, la démarche s'est généralisée avec l'aide du *Guide de législation* qui recommandait d'élaborer la législation fédérale en observant le « cycle de résolution des problèmes » suivant :

– « *Analyse de la situation initiale : Que se passe-t-il ? Pour quelles raisons demande-t-on que l'État intervienne ? Où réside le problème ?*

– *Recherche des objectifs : Quel est l'état futur souhaité ? Que veut-on atteindre ? Que doit-on éviter d'atteindre ?*

Recherche des solutions : Établir la liste des instruments d'action envisageables : Quelles sont les solutions possibles ? Existe-t-il des variantes ?

– *Choix des solutions : Évaluer les solutions : Quelles solutions sont opportunes et réalistes sur le plan politique ? Élaborer et mettre en œuvre la solution. »*¹¹⁷

Le parlement a introduit progressivement l'obligation de procéder à une *étude d'impact des lois* par le biais des exigences posées au rapport explicatif accompagnant tout projet. Ce dernier doit notamment « *faire le point sur : [...] c. les points de vue et variantes discutés au stade préliminaire de la procédure législative et leur appréciation par le Conseil fédéral ; d. les modalités de mise en œuvre du projet, l'évaluation à laquelle cette mise en œuvre donnera lieu et les possibilités de mise en œuvre qui ont été examinées au stade préliminaire de la procédure législative ; e. l'adéquation des tâches et des moyens financiers à disposition ; f. les conséquences que le projet et sa mise en œuvre entraînent sur les finances et l'état du personnel de la Confédération, des cantons et des communes, les modalités de son financement, les incidences qu'il a eues ou aura sur la planification financière, enfin le rapport coût-utilité des mesures proposées ; g. les conséquences économiques, sociales et environnementales du projet ainsi que ses conséquences pour les générations futures ; h. les relations du projet avec le programme de la législature. »*¹¹⁸

La règle précédente a été modifiée à plusieurs reprises. La version entrée en vigueur en 1979 commence à se rapprocher pour la première fois

116. Müller/Uhlmann 2013 (note 2), p. 60 s. ; Moor/Flückiger/Martenet 2012 (note 5), p. 502 ; CONTRÔLE FÉDÉRAL DES FINANCES, *Umsetzung der Evaluationsklauseln in der Bundesverwaltung : Prüfung*, Berne 2011.

117. OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation. Guide pour l'élaboration de la législation fédérale*, 1^{re} éd., Berne 1995, p. 79. Le modèle a été repris dans les éditions suivantes.

118. Art. 141 II let. c à g LParl.

de la règle actuelle, même si la perspective de l'évaluation se concentrait alors essentiellement sur les aspects économiques et financiers¹¹⁹. La doctrine se référait en 1985 à cette disposition pour souligner la nécessité de la développer celle-ci afin d'aboutir dans le futur à une véritable évaluation législative prospective¹²⁰. On observera que cet aspect de la mesure de l'impact a conservé son importance puisque le gouvernement a édicté par la suite des directives spécifiques pour évaluer plus spécialement les effets économiques des projets de loi¹²¹.

Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale de 1999, la démarche évaluative a trouvé un ancrage constitutionnel : le parlement doit veiller « à ce que l'efficacité des mesures prises par la Confédération fasse l'objet d'une évaluation »¹²².

Le parlement dispose à cet égard d'un organe spécialisé dans l'évaluation : le *Contrôle parlementaire de l'administration*¹²³, qui a pour tâche de réaliser des évaluations sur mandat des commissions de gestion du parlement, de contrôler les évaluations effectuées par l'administration fédérale et d'appliquer celles-ci dans les processus décisionnels¹²⁴. Le parlement dispose également de la compétence de demander au gouvernement d'effectuer des évaluations de l'efficacité, d'examiner les évaluations

119. « Dans ses messages et ses rapports, [le Conseil fédéral] indiquera : a. Les conséquences financières et les effets sur l'état du personnel qu'aura pour la Confédération l'application des règles et mesures proposées, en particulier la manière dont les frais seront couverts et l'influence qu'ils exerceront sur la planification financière ; b. Les frais qui s'ensuivront pour les cantons et les communes ; c. Les conséquences qui en résulteront pour l'économie ; d. Dans la mesure du possible la relation entre l'utilité des règles et mesures proposées, et les frais causés par leur application. » (art. 43 II LREC ; RO 1979 1318).

120. Mader 1985 (note 110), p. 128.

121. CONSEIL FÉDÉRAL, *Directives sur l'exposé des conséquences économiques des projets d'actes législatifs fédéraux* du 15 septembre 1999 ; DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'ÉCONOMIE, DE LA FORMATION ET DE LA RECHERCHE, *Analyse d'impact de la réglementation : Manuel*, Berne, mars 2013. Cf. plus de précisions sur le site suivant : www.seco.admin.ch/themen/00374/00459/00465/index.html?lang=fr.

122. Art. 170 Cst. Cf. Alexandre Flückiger, « L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois », *Revue européenne des sciences sociales* 2007, p. 83 ss.

123. Moor/Flückiger/Martenet 2012 (note 5), p. 504.

124. Art. 10 I de l'ordonnance de l'Assemblée fédérale portant application de la loi sur le Parlement et relative à l'administration du Parlement (Ordonnance sur l'administration du Parlement, OLPA) (RS 171.115).

effectuées sur mandat de ce dernier ou d'attribuer elle-même des mandats d'évaluation¹²⁵.

Le *Contrôle fédéral des finances*, organe suprême de la Confédération en matière de surveillance financière, autonome et indépendant¹²⁶, est aussi compétent pour procéder à des examens d'efficacité de la législation dans le cadre de l'examen dit de la rentabilité : évaluation de l'emploi économe des ressources, du rapport coût-utilité et de la question de savoir si les dépenses consenties ont produit l'effet escompté¹²⁷. Le Contrôle fédéral des finances dispose d'un centre de compétences spécifique chargé d'effectuer de tels audits ainsi que des évaluations¹²⁸.

Outre les mandats d'évaluation qu'il pourrait recevoir du parlement, le gouvernement et son administration ont diverses attributions en lien avec l'évaluation, législative en particulier¹²⁹. L'Office fédéral de la justice est chargé de développer « *les principes méthodologiques de l'élaboration des actes législatifs et de l'évaluation des mesures étatiques, notamment dans l'optique de leur efficacité et de leur rentabilité, et veille à ce qu'il existe des possibilités adéquates de perfectionnement* »¹³⁰.

Plus rarement toutefois, le Tribunal fédéral a néanmoins pu poser l'obligation de procéder à une évaluation législative dans sa jurisprudence sous forme d'une obligation de veille et de correction législative, sur le modèle de la Cour constitutionnelle allemande¹³¹.

Quant à établir un lien entre le développement de l'évaluation législative et les spécificités du régime politico-juridique helvétique, les opinions divergent. L'influence tant de la démocratie directe que du fédéralisme

125. Art. 27 LParl.

126. Art. 1 I de la loi fédérale sur le Contrôle fédéral des finances (Loi sur le Contrôle des finances, LCF) (RS 614.0).

127. Art. 5 II LCF.

128. Cf. www.efk.admin.ch.

129. Moor/Flückiger/Martenet 2012 (note 5), p. 550.

130. Art. 7 IV Org DFJP.

131. Alexandre Flückiger, « L'obligation jurisprudentielle d'évaluation législative : une application du principe de précaution aux droits fondamentaux », in *Les droits de l'homme et la constitution : études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni*, Genève 2007, p. 155 ss.

est débattue : “Some scholars claim that federalism increases the demand for evaluations, others argue the opposite, and the same is true for direct democracy. A similar lack of consensus exists with respect to the influence of policy evaluation on the Swiss political system.”¹³² Une recherche en sciences politiques est actuellement en cours pour tenter d’éclaircir ces relations mutuelles¹³³.

3.2. La qualité juridique

Une loi bien rédigée et qui produirait les effets visés est-elle une loi de qualité si elle devait ne pas être conforme aux grands principes de l’État de droit, en particulier si elle violait le droit supérieur, tels les droits de l’homme ?

Si, en régime de démocratie directe, le critère de la légitimité démocratique s’impose comme une évidence, il doit être mis en balance avec le respect des droits fondamentaux. Contrairement aux lois cantonales, les lois fédérales échappent toujours en Suisse au contrôle de constitutionnalité pour des motifs de démocratie directe notamment¹³⁴, même si, sous l’impulsion de la Cour européenne des droits de l’homme, le Tribunal fédéral admet désormais le contrôle de leur conventionnalité, y compris des lois constitutionnelles¹³⁵.

Seul le gouvernement fédéral donne systématiquement son avis sur la constitutionnalité des projets de lois fédérales¹³⁶, sans pouvoir de sanction par conséquent : dans son message relatif au projet de loi, le gouvernement « fait notamment le point sur les bases légales ou constitutionnelles sur lesquelles

132. Thomas Widmer (dir.), *Policy Evaluation in the Swiss Political System – Roots and Fruits* : abstract (www.research-projects.uzh.ch/p17094.htm, consulté le 16 mars 2015).

133. *Ibid.*

134. Art. 190 Cst.

135. Mahon 2014 (note 23), p. 289 ss (p. 300 s.) et p. 336 ss ; Auer/Malinverni/Hotteliet 2013 (note 23), N. 1937 ss ; Moor/Flückiger/Martenet 2012 (note 5), p. 361 ss.

136. Le Tribunal fédéral, sur recours, est parfois amené à constater qu’une loi fédérale viole la Constitution ou le droit international sans disposer toutefois de la compétence de sanctionner cette constatation par une annulation ou par un refus d’application de la loi litigieuse en vertu de l’art. 190 Cst. (Auer/Malinverni/Hotteliet 2013 [note 23], N. 1941).

le projet se fonde, ses effets sur les droits fondamentaux, sa compatibilité avec le droit de rang supérieur et ses relations avec le droit européen »¹³⁷.

Lorsque le projet de loi est élaboré par le parlement dans le cadre d'une initiative parlementaire, le rapport explicatif qui l'accompagne doit répondre aux mêmes exigences qu'un message gouvernemental¹³⁸, et donc faire le point sur sa constitutionnalité¹³⁹. Parvenu au stade des débats parlementaires, aucun examen systématique des propositions d'amendement quant à leur constitutionnalité n'est en outre prévu¹⁴⁰.

Compte tenu d'un tel contexte, le législateur fédéral se sentira en conséquence moins enchaîné par les principes du droit supérieur qu'un législateur soumis à une juridiction constitutionnelle étendue.

4. Conclusion

Les facettes de la qualité de la loi sont multiples. L'importance accordée en Suisse à la compréhensibilité et à la simplicité dans la rédaction de la loi s'explique en partie par le contexte très particulier de la milice parlementaire et des institutions de démocratie directe notamment. Toute loi étant susceptible d'être directement votée par le peuple, une attention particulière portée à sa lisibilité s'impose naturellement. Des outils visant à garantir le contrôle de la qualité rédactionnelle des lois ont été progressivement institués. Les textes normatifs rédigés directement par le peuple dans le cadre des instruments de démocratie directe y échappent cependant ; ils ne présentent toutefois qu'une proportion statistique très faible si l'on tient compte de l'ensemble de la production législative.

Très tôt la doctrine a insisté sur la qualité des impacts de la loi jusqu'à trouver une consécration dans la Constitution fédérale de 1999 exigeant une évaluation de l'efficacité des mesures prises par le parlement. L'influence

137. Art. 141 II let. a LParl. Giovanni Biaggini, "Präventive Rechtskontrolle" – Hintergrund, Inhalt, Folgerungen, LeGes 2010, p. 309 ss ; Moor/Flückiger/Martenet 2012 (note 5), p. 371 s.

138. Art. 111 III LParl.

139. Moor/Flückiger/Martenet 2012 (note 5), p. 372.

140. Moor/Flückiger/Martenet 2012 (note 5), p. 373.

des institutions de démocratie directe sur cette thématique reste cependant encore débattue.

Enfin, l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois fédérales par le Tribunal fédéral, procédant du droit de veto dont le peuple dispose sur chacune de celles-ci, ne confère pas au respect du droit supérieur une portée aussi tranchée dans les débats sur la qualité de la loi.

