

Alexandre Flückiger

(Re)faire la loi

Traité de légistique à l'ère
du droit souple



Stämpfli Editions

(Re)faire la loi : Traité de légistique à l'ère du droit souple

La loi peine toujours plus à « faire la loi » à l'ère du droit souple et de la globalisation. Afin de produire un impact législatif aussi juste qu'optimal, la légistique doit proposer dans ce nouveau contexte une démarche permettant d'intégrer démocratiquement la force du droit souple dans le processus législatif, de pair avec le contrôle de constitutionnalité des lois, sans se contenter d'améliorer la clarté des textes.

Ce traité présente les fondements de la légistique, constituée historiquement pour faire recouvrer à la loi sa rationalité, son efficacité, sa clarté et sa concision.

Il explique comment :

- créer une analyse d'impact intégrée qui prenne en compte toutes les composantes du développement durable parmi la multiplicité des instruments d'action tant publics que privés (légistique matérielle prospective) ;
- formuler des textes clairs et cohérents (légistique formelle) ;
- évaluer rétrospectivement les effets des lois et des politiques publiques par des méthodes appelées à devenir participatives (légistique matérielle rétrospective).

Ce traité porte sur le droit suisse et le droit de l'Union européenne, avec des aspects de droit comparé. Il intègre de manière critique les développements en économie comportementale, en sciences affectives, en intelligence artificielle et en sciences de la gouvernance et de la régulation.

Il s'adresse non seulement aux juristes mais aussi aux spécialistes en sciences sociales, au personnel politique et administratif ainsi qu'à toute personne intéressée par le pilotage des politiques publiques.

How to Design Impactful Laws: Treatise on Legistic and Legisprudence in the Age of Soft Law

In an age of soft law and globalization, it has become increasingly difficult for the law to "lay down the law". To ensure in this new context that its impact is as fair as optimal, legistic must go beyond mere clear legislative drafting: it has to propose a method for integrating the strength of soft law in the democratic law-making process.

This treatise presents the foundations of the sciences of legislation (legistic or legisprudence), historically constituted to make laws more rational and effective, clearer and shorter.

It explains how to:

- *create an integrated impact assessment that factors in all the components of sustainable development, among the multiplicity of public and private policy instruments (ex ante material legistic);*
- *formulate and communicate clear and coherent texts (formal legistic);*
- *retrospectively evaluate laws and public policies through methods which should become more participative (ex post material legistic).*

This treatise is based on Swiss and European Union law, with a look on comparative law. It includes developments in regulation and regulatory governance, behavioral economics, affective sciences and artificial intelligence.

This work is intended not only for lawyers, but also for social scientist, members of political and administrative authorities, and anyone interested in public policy evaluation.

Alexandre Flückiger

(Re)faire la loi

Traité de légistique à l'ère du droit souple



Stämpfli Editions

L'auteur :

Alexandre Flückiger, professeur ordinaire au Département de droit public de la Faculté de droit de l'Université de Genève, docteur en droit, membre du comité directeur du Centre d'étude, de technique et d'évaluation législatives (CETEL) de la Faculté de droit. Il a notamment été chef du Service de méthode et formation législatives à l'Office fédéral de la justice à Berne et membre de la Commission externe d'évaluation des politiques publiques du canton de Genève.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Cette œuvre est mise à disposition sous licence Attribution – Pas d'Utilisation Commerciale – Pas de Modification 4.0 International. Pour une copie de cette licence, cf. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>

© Stämpfli Editions SA Berne · 2019
www.staempfliverlag.com

E-Book ISBN 978-3-7272-1041-9 (Open Access)

Dans notre librairie en ligne
www.staempflishop.com, les versions suivantes sont également disponibles :

Judocu ISBN 978-3-0354-1602-2
Print ISBN 978-3-7272-1040-2





© 2019, ProLitteris, Zurich¹

« J'aime la règle qui corrige l'émotion.
J'aime l'émotion qui corrige la règle »²

Georges BRAQUE

¹ Reproduction tirée de Georges BRAQUE, *Cahier de Georges Braque 1917-1947*, Paris, 1948, p. 18.

² Réf. cit. ci-dessous notes de bas de page 189 et 668.

Sommaire

Avant-propos.....	IX
1 La loi raisonnée	1
1.1 Introduction.....	1
1.2 La loi critiquée	1
1.3 La réponse légistique	31
2 La loi pertinente	145
2.1 Le critère de la pertinence	145
2.2 Les instruments pour évaluer la pertinence (planification législative et analyse d'impact prospective).....	159
2.3 La phase analytique de l'analyse d'impact prospective.....	181
2.4 La phase téléologique de l'analyse d'impact prospective.....	219
3 La loi stratégique	239
3.1 Des buts aux moyens	239
3.2 Les instruments obligatoires	255
3.3 Les instruments non obligatoires.....	271
3.4 Les instruments coopératifs	329
3.5 Les instruments de coordination.....	387
3.6 Les instruments matériels	413
4 La loi efficace.....	437
4.1 La combinaison stratégique des instruments d'action.....	437
4.2 L'évaluation préliminaire des options stratégiques	443
4.3 L'évaluation approfondie des impacts (analyse d'impact au sens étroit)	449
4.4 Les méthodes d'évaluation.....	479
4.5 Le choix de l'option législative préférable	509
4.6 Le bilan	513
5 La loi claire.....	517
5.1 Introduction : de l'élégance à l'impact	517
5.2 La légistique formelle	518
5.3 La clarté législative.....	547

6	La loi réflexive	603
6.1	La mise en œuvre	603
6.2	L'analyse d'impact rétrospective (évaluation rétrospective)	619
6.3	Le bilan	675
7	Conclusion	679
8	Bibliographie	683
8.1	Ouvrages	683
8.2	Documents officiels.....	733
	Abréviations	737
	Index	739
	Liste des figures et tableaux	747
	Figures.....	747
	Tableaux	748
	Table des matières	749

Avant-propos ³

La loi ne fait plus la loi – La puissance de la loi a probablement toujours été surestimée comme instrument de gouvernement des êtres humains. « Ce que sanctionne la loi, écrit Laurent DE SUTTER, n'est pas tant l'inobservance du principe qu'on peut y trouver ; c'est plutôt le rappel de son incapacité à faire en sorte que son observance soit garantie – son incapacité à remplir sa fonction. La loi est impuissance : elle est le témoignage vivant de ce que ce n'est pas la sanction qui constitue son essence, mais bien sa transgression – car c'est elle qui la fait devenir loi, raison pour laquelle elle est obligée de la prévoir. »⁴

A l'ère du droit souple, de la gouvernance, de la régulation et de la globalisation, le constat est renouvelé avec une envergure sans commune mesure. Benoît FRYDMAN est l'un des multiples auteurs à le rappeler, car « [l]a globalisation affecte l'effectivité du droit des Etats dans la mesure où elle offre aux acteurs des possibilités de plus en plus larges et accessibles d'échapper aux règles d'un droit national et de choisir de manière opportuniste, parmi les règles de différents ordres juridiques ou par le moyen de leur combinaison, le régime juridique le plus favorable. »⁵ Les législateurs, dans nos Etats de droit démocratiques, se sentent fondamentalement impuissants face aux problèmes qu'ils sont censés résoudre. L'aveu est lourd. La loi n'est qu'un texte de normes. La loi « se révèle véritablement moins dans son concept ou dans sa formule que dans sa mise en œuvre et les effets que celle-ci produit. »⁶ Outil symbolique de la démocratie, son impuissance est aussi celle des citoyennes et des citoyens à participer pleinement à la chose publique.

Refaire la loi – Faut-il dès lors se résigner ? Ce sentiment d'impuissance collective est un ferment rêvé pour du terreau populiste. Comme la loi a toujours été produit d'émotions et de multiples contorsions, alors qu'elle se devrait d'incarner la raison, elle se révèle extrêmement fragile face aux assauts démagogiques⁷. On flaire un certain danger à faire semblant de croire (ou de faire croire) au mythe d'une loi puissante et rationnelle⁸. Nos démocraties sont-elles dans ce contexte capable de « refaire la loi », c'est-à-dire de l'aider à recouvrer son efficacité ?

³ Etat des sources et des liens hypertextes au 1^{er} janvier 2019.

⁴ Laurent DE SUTTER, *Après la loi*, Paris, 2018, p. 143 s. Sur ce thème, cf. plus particulièrement ci-dessous ch. 3.6.3.3, p. 417, 5.2.1, p. 516 et 6.1.2, p. 602.

⁵ Benoît FRYDMAN, « Les défis du droit global », in : Frydman, *Les défis du droit global*, Bruxelles, 2018, p. 9 s.

⁶ FRYDMAN (2018), p. 10.

⁷ Cf. ci-dessous ch. 1.3.3.1, p. 71.

⁸ Cf. ci-dessous ch. 1.2.2, p. 19.

Tel est précisément le défi lancé à la légistique : comment penser, évaluer et rédiger la loi afin de lui assurer un impact aussi juste qu'optimal ? Il ne s'agit plus dans ces conditions de se contenter d'améliorer la clarté des textes mais bien d'aller au-delà des mots. Nous nous proposons dès lors de *revisiter la légistique classique*, dans un contexte toujours plus imbibé de normes souples qui défient le législateur : une légistique qui devra s'inscrire au cœur de l'Etat de droit et de la démocratie dans une gouvernance multi-niveaux à l'ère du droit global⁹. Les législateurs seront amenés à développer, dans les politiques publiques qu'ils instaurent, des stratégies d'impact forcément moins directes, forcément plus souples, forcément moins spectaculaires pour tenter de s'imposer démocratiquement. La force de la loi résidera dans une *réappropriation stratégique de tous les instruments d'action* à sa disposition, juridiques ou non juridiques, publics ou privés, unilatéraux ou coopératifs, normatifs ou matériels, forts ou faibles, durs ou souples¹⁰ : la législation devient cheffe d'orchestre de la régulation¹¹. Une légistique qui dépassera la simple lettre, une légistique tournée vers la substance de la norme pour en assurer un *impact aussi juste qu'efficace*¹².

Une telle légistique ne pourra cependant être que très *modeste* – la force de la loi résidant dans l'utilisation stratégique de sa faiblesse – et très *patient*, amenée à reconnaître que la fragilité (apparente) de ses impacts immédiats ne se révélera que de manière décalée lorsque, par un phénomène de maturation progressive, un certain nombre de normes diffuses, souples, expérimentales et plurielles se transformeront en règles progressivement obligatoires (*création de la loi par cristallisation*)¹³. Une telle légistique demande aussi de *repenser la notion d'efficacité*, se détournant de l'idée ordinaire d'écart de conduite par rapport aux buts visés vers une *capacité à utiliser stratégiquement l'inattendu*¹⁴.

François OST en a esquissé les contours en se demandant « [c]omment, dans un contexte de remise en cause permanente, restaurer la sécurité juridique, tout en assurant l'efficacité des lois, leur prise sur le réel ?¹⁵ [...] Sur le plan positif, il faut saluer la lucidité d'un législateur qui a compris que le postulat de rationalité, voire d'infailibilité, qui, hier encore, s'attachait à la loi, a disparu aujourd'hui, de sorte qu'il lui appartient d'apporter la preuve, pour chacun de ces textes en projet, de leur nécessité, pertinence et praticabilité¹⁶ [...] Ce souci va au-delà de la légistique classique qui se préoccupait de la qualité formelle des textes ; il y va,

⁹ Cf. ci-dessous ch. 1.3.3.1c, p. 75.

¹⁰ Cf. ci-dessous ch. 3, p. 239.

¹¹ Sur cette évolution de la législation vers la régulation, cf. ci-dessous ch. 1.3.3.1a, p. 71.

¹² Cf. ci-dessous ch. 1.3.3.2c, p. 83.

¹³ Cf. ci-dessous ch. 3.3.4.2, p. 300 et 6.2.4.3c.III, p. 666.

¹⁴ Cf. ci-dessous ch. 6.2.2.1, p. 629.

¹⁵ François OST, *A quoi sert le droit ?*, Bruxelles, 2016, p. 533.

¹⁶ OST (2016), p. 534.

ici, d'un contrôle substantiel portant sur le contenu même de la législation¹⁷. [...] Tout ceci conduit le législateur à une nouvelle modestie : vu l'incertitude grandissante qui entoure chacune de ses interventions, le voilà tenu de n'adopter que des règles à la fois informées et provisoires, dont la validité n'est, somme toute, que précaire et conditionnelle¹⁸. [...] Le bon droit n'est plus le droit durable, mais le droit révisable – parfois même jetable après emploi »¹⁹.

« Refaire la loi », c'est donc aussi vingt fois la remettre sur le métier²⁰ afin de *l'évaluer et la réviser* dans des cycles successifs d'apprentissage continu, à la manière du législateur de PLATON, ce peintre « incapable d'arrêter jamais ses retouches à un point où le tableau ne puisse plus gagner en beauté ni en expression »²¹.

Faire la loi – Pour faire une telle loi, la légistique prend le *pari de la méthode* en ouvrant un *carrefour interdisciplinaire*. Dans un cycle inspiré par l'analyse des politiques publiques, la loi sera successivement et inlassablement croquis, esquisse, ébauche, ouvrage, usage puis retouche (cf. Figure 1-1²²). Croquis, elle sera crayonnée dans le cadre de la *légistique matérielle prospective* (analyse d'impact prospective ou évaluation *ex ante* [cf. Figure 2-2²³]) ; usage et retouche, elle sera posée sur le chevalet de la *légistique matérielle rétrospective* (analyse d'impact rétrospective, plus fréquemment appelée évaluation législative ou évaluation des politiques publiques [cf. Figure 6-1²⁴]) ; entre les deux, elle sera livrée aux pinceaux de plus en plus fins de la *légistique formelle* (cf. Figure 5-1²⁵).

La loi n'en deviendra pas pour autant rationnelle mais plus modestement *raisonnée*, tenant désormais compte de la *rationalité limitée* de nos comportements, des biais cognitifs qui nous affectent, de la place des émotions qui s'y invitent ainsi que des limites du modèle logique en droit²⁶ (chap. 1 – *La loi*

¹⁷ OST (2016), p. 534.

¹⁸ OST (2016), p. 536.

¹⁹ OST (2016), p. 536.

²⁰ Pour paraphraser BOILEAU : cf. ci-dessous ch. 1.3.2.1 *i.f.* (réf. cit.).

²¹ Cf. ci-dessous ch. 1.3.2.1, p. 33 ss (réf. cit.).

²² Cf. ci-dessous, Figure 1-1 – Cycle légistique, p. 38.

²³ Cf. ci-dessous Figure 2-2 – Phases de l'analyse d'impact prospective (légistique matérielle prospective), p. 164.

²⁴ Cf. ci-dessous Figure 6-1 – Phases de l'analyse d'impact rétrospective (légistique matérielle rétrospective ou évaluation législative), p. 617. Nous ne faisons pas de différence dans le cadre de notre ouvrage entre l'*évaluation législative* et celle des *politiques publiques* dans la mesure où toute politique publique doit reposer sur une loi dans un Etat de droit et où la législation doit être comprise comme la cheffe d'orchestre de la régulation, cf. ci-dessous ch. 6.2.1.2, p. 619.

²⁵ Cf. ci-dessous Figure 5-1 – Phases de la légistique formelle, p. 530.

²⁶ Sur cette évolution des rationalités, cf. ci-dessous ch. 1.3.2.2b, p. 40.

raisonnée). Les objectifs que la loi se fixe auront ensuite un impact *pertinent* sur la réalité sociale, à même de résoudre au mieux le problème de société sans effets indésirables disproportionnés (chap. 2 – *La loi pertinente*). Pour ce faire, la loi devra s'approprier de manière *stratégique* le pluralisme normatif afin de le mettre au service de ses buts tout en tentant de lui trouver une assise *démocratique*. On étudiera un certain nombre de techniques à disposition du législateur destinées à renforcer tant l'effectivité²⁷ que la légitimité²⁸ des instruments d'action (chap. 3 – *La loi stratégique*). L'évaluation de l'impact de la loi ne se limitera pas aux critères économiques mais prendra en compte de manière intégrée *l'ensemble des composantes du développement durable*, y compris l'impact social et écologique. L'évaluation de l'efficacité, de l'effectivité et de l'efficience (cf. Figure 4-5²⁹) ne constituera qu'une *aide* au législateur destinée à *éclairer ses choix* de la manière la plus transparente possible, sans décider à sa place, tout en prévenant les excès économistes et rationalistes (chap. 4 – *La loi efficace*). Visant à une certaine *élégance* du texte, la légistique formelle tentera de rendre la loi *claire*, avec toute l'ambiguïté qui se cache derrière cet objectif, afin de garantir l'impact le plus fidèle possible de la loi sur ses destinataires (chap. 5 – *La loi claire*). Se penchant enfin sur l'impact du texte de loi dans la réalité, la légistique ne fait pas qu'anticiper la mise en œuvre mais l'accompagne également. Rapprochant le droit qu'a voulu faire le législateur de celui qu'il a fait, l'*évaluation législative* suggère de réexaminer la loi de sorte que celle-ci apprenne de l'expérience (chap. 6 – *La loi réflexive*).

Méthodologiquement, nous avons régulièrement pris dans cet ouvrage le parti du *flashback* en revenant chaque fois qu'il était possible aux origines des « sciences de la législation » si populaires au XVIII^e siècle, en relisant des auteurs parfois oubliés depuis longtemps, aidé en cela par la digitalisation des collections. Nous avons ensuite posé l'ancre en *droit suisse*, non seulement parce que c'est le droit que nous enseignons, mais également parce que la légistique s'y est très tôt implantée, dans la doctrine d'abord, puis en droit souple. Nous avons simultanément pris le parti d'analyser le *droit de l'Union européenne* pour deux motifs : à l'ère de la mondialisation, il serait vain de traiter des meilleures manières qui s'offrent à la loi pour retrouver un peu d'impact si l'on reste confiné dans les enceintes nationales, ouvrant l'immense chantier d'une légistique multi-niveaux qui reste à construire ; l'Union européenne a dorénavant institutionnalisé la démarche légistique de manière très formalisée dans le cadre d'un programme

²⁷ Cf. ci-dessous ch. 3.3.5.2a, p. 306 (pour les instruments non obligatoires) et ch. 3.5.2.5b, p. 400 (pour les instruments de coordination).

²⁸ Cf. ci-dessous ch. 3.3.6, p. 325 (pour les instruments non obligatoires), ch. 3.4.5, p. 380 (pour les instruments coopératifs) et ch. 3.5.4.4, p. 410 (pour les actes de gouvernance).

²⁹ Cf. ci-dessous ch. 4.3.3.5 – Figure 4-5 – Diagramme d'intervention logique – modèle d'impacts p. 476.

visant à « mieux légiférer ». Des incursions en droit *français, allemand* ou *étatsunien* notamment complètent le tableau.

Faire ce livre – Intrinsèquement interdisciplinaire, la démarche légistique ne saurait se satisfaire d'une quelconque monoculture. Or s'aventurer en dehors de son champ traditionnel de compétence, c'est prendre un risque, celui de la superficialité ou, pis, de l'ignorance, de l'erreur ou de la lacune. Que les spécialistes en science politique, en philosophie, en histoire, en psychologie, en sociologie, en économie, en gestion, en gouvernance, en évaluation, en sciences de la communication ou en linguistique pardonnent par avance les incursions aussi furtives qu'arbitraires d'un juriste simplement soucieux d'intégrer ces diverses perspectives pour comprendre ce qu'est devenue la loi à l'ère de la gouvernance et du droit global.

A l'origine, ce livre a été pensé pour aider les *rédactrices et rédacteurs législatifs* à concevoir un projet de loi, souvent déroutés dès l'article premier lorsqu'on leur demande d'écrire un texte normatif pour la première fois. La maîtrise des seuls outils de légistique formelle est totalement insuffisante pour rédiger une loi censée avoir de l'impact. Intégrer la rédaction législative (légistique formelle) dans l'écrin élargi de sa conception stratégique (légistique matérielle) permet d'en mieux connaître la substance, la potentialité et les limites dans une perspective de mise en œuvre et de diversité des normativités.

Foncièrement, ce livre devrait viser d'abord le *législateur*, c'est-à-dire les politiciennes et les politiciens qui adoptent la loi. En pratique, l'enseignement de cette branche depuis deux décennies dans le cadre de la formation continue nous a montré tout au plus une indifférence polie de leur part. Décortiquer la boîte à outils de la gouvernance contemporaine les aiderait pourtant dans leur travail de conception de scénarios réglementaires plus cohérents.

Du point de vue des *juristes*, ce livre s'inscrit en complément des ouvrages de droit administratif, constitutionnel, parlementaire ou de théorie du droit. Il vise tant les académiques (méthodologie juridique, théorie des sources) que celles et ceux qui sont amenés à concevoir, proposer et mettre en œuvre des réformes législatives et qui sont ouverts à la genèse de la loi en plus de l'application de celle-ci.

Les *spécialistes de l'évaluation* trouveront l'occasion d'apprendre comment leur pratique s'insère dans un cadre juridique et les implications qui en découlent.

Enfin, comme ce livre est né de l'étonnement progressif d'un juriste qui – découvrant peu à peu l'archipel immense des normativités alternatives – s'est amusé comme un entomologiste à les classer dans son schéma de pensée normatif, il pourrait intéresser toutes celles et ceux qui observent et analysent les *nouvelles formes de gouvernance et de régulation*.

Qu'il nous soit enfin permis de remercier chaleureusement les prof. Christine Guy-Ecabert, Luzius Mader, Pierre Moor et Frédéric Varone pour leur relecture aussi attentive qu'avisée, ainsi que MM. Simon Junod et Mike Minetto, assistants au Centre d'étude, de technique et d'évaluation législatives (CETEL) de la Faculté de droit de l'Université de Genève pour leur minutieux et patient travail de mise en forme, de révision et de correction.

1 La loi raisonnée

1.1 Introduction

Le prix Nobel d'économie 2017 a été attribué à Richard THALER, un spécialiste de l'économie comportementale qui a rappelé la nature si peu rationnelle de nos décisions en matière économique. Dans son ombre se profile un philosophe du droit et constitutionnaliste étasunien, Cass SUNSTEIN, avec lequel il a cosigné un ouvrage proposant d'exploiter nos biais comportementaux à des fins de mise en œuvre des politiques publiques³⁰. Interrogé sur la façon dont il utiliserait son prix, l'économiste a répondu qu'il le dépenserait « de la façon la plus irrationnelle possible. »³¹ Le propos n'a guère surpris, démontrant par incidence que la croyance en la rationalité de l'économie n'est plus vraiment partagée.

Dans une expérience de pensée, imaginons un instant l'existence d'un prix Nobel de droit : le juriste aurait-il pu s'écrier sans choquer qu'avec cet argent il légiférerait désormais « de la façon la plus irrationnelle possible » ? Poser la question, c'est y répondre : non évidemment, dans un Etat de droit démocratique. Loin de nous de prétendre que la croyance en la rationalité de la loi serait plus grande ; nous montrerons dans le premier chapitre que tel n'est pas le cas (ch. 1.2). Cependant, le besoin de rationalité reste un idéal essentiel auquel on ne saurait renoncer sans dégâts. La légistique tente de contribuer, modestement, à la réalisation de celui-ci (ch. 1.3).

1.2 La loi critiquée

1.2.1 Le défaut de raison

1.2.1.1 La loi rationnelle : du mythe à la nécessité

« Si l'on a pu suivre dans la série de ses phases secrètes ou publiques la lente et pénible gestation d'une loi déterminée, le fondement rationnel de son autorité apparaît comme singulièrement incertain, et le sentiment traditionnel de respect qui peut persister à son égard n'est pas exempt de quelque réserve »

³⁰ Richard THALER/Cass SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, New Haven/Londres, 2008. Cf. ci-dessous ch. 1.3.2.2b.V, p. 53 et ch. 3.6.4.3a, p. 428.

³¹ « Richard Thaler dépensera son million de dollars < de la façon la plus irrationnelle > », *Le Temps*, édition du 9 octobre 2017.

écrivait Jean CRUET, un pionnier aujourd'hui oublié de la sociologie juridique³² que nous allons tenter de faire revivre, dans son ouvrage intitulé *La vie du droit et l'impuissance des lois* publié en 1908³³. N'est-ce pas la raison pour laquelle on drape la confection de la loi de ce « voile de mystère », qu'évoque le philosophe du droit Herbert HART, afin de mettre celle-ci à l'abri de la critique pour ne pas révéler son caractère possiblement « injuste, anachronique, inefficace » voire même « nuisible » ?

« Certaines institutions sociales, telles que les lois, sont souvent mises à l'abri de la critique grâce au voile de mystère dont on les drape, en dépit de leur caractère injuste, anachronique, inefficace ou, par ailleurs, nuisible. Ce voile masque leurs nature et effets véritables, suscite perplexité et timidité chez celui qui aspirerait à les réformer, et prolonge ainsi la vie d'institutions néfastes. »³⁴

Si la formule est plus raffinée que la citation, attribuée à Otto VON BISMARCK³⁵, comparant la genèse des lois à la fabrication de la charcuterie pour conclure qu'il ne vaudrait mieux ne pas en connaître la composition, elle véhicule le même message : la loi, dans la mesure où elle est le produit politique de mouvements instinctifs et d'émotions peu maîtrisées, se révèle possiblement irrationnelle. MONTESQUIEU écrivait que « [l]es lois rencontrent toujours les passions et les préjugés du législateur : quelquefois elles passent au travers et s'y teignent ; quelquefois elles y restent et s'y incorporent. »³⁶

Traditionnellement pourtant, la théorie du droit a travaillé à postuler la rationalité du législateur afin d'asseoir l'autorité de la loi. Le postulat d'un législateur rationnel exerce en effet une fonction de légitimation des décisions tant judiciaires

³² Sur cet auteur, uniquement cité en quelques lignes par Jean CARBONNIER et André-Jean ARNAUD, qui a pourtant publié en 1908 un ouvrage « retentissant », d'une grande modernité, rédigé dans un style clair et tranchant, retiré à trois reprises jusqu'en 1920, cf. Frédéric AUDREN, « Jean Cruet, la vie du droit et l'impuissance des lois », in : *Revue trimestrielle de droit civil*, 2013, p. 917 ss.

³³ Jean CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, 1908, p. 2.

³⁴ Herbert L. A. HART, « La démystification du droit », cit. in : Ost/van de Kerchove (dir.), *Actualité de la pensée de Jérémy Bentham*, Bruxelles, 1987, p. 89.

³⁵ « Gesetze sind wie Würste, man sollte besser nicht dabei sein, wenn sie gemacht werden. » La citation est souvent attribuée à Otto VON BISMARCK (1815 – 1898), mais sans référence à des sources sûres ; il n'est pas exclu que le chancelier l'ait effectivement prononcée, mais la métaphore gastronomique était vraisemblablement largement répandue à l'époque. On la trouve par exemple dans un journal publié à Cleveland, dans l'Ohio, sous la plume d'un journaliste : « Laws, like sausages, cease to inspire respect in proportion as we know how they are made. » (John Godfrey SAXE, *The Daily Cleveland Herald*, 29 mars 1869, cit. in : Fred R. SHAPIRO, « Quote ... Misquote », in : *The New York Times*, 21 juillet 2008).

³⁶ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Genève, 1748, livre XXIX, chapitre XIX (cit. in : Jean CARBONNIER, « La passion des lois au siècle des lumières », in : *Bulletin de l'Académie royale de Belgique*, séance du 6 décembre 1976, p. 552).

qu'administratives indispensable à la cohérence du fonctionnement de l'Etat de droit³⁷. Historiquement, les plus grands auteurs n'ont cessé de prétendre que la loi était un acte de raison :

« La loi est un ordre rationnel ayant pour but le bien commun » (SAINT THOMAS D'AQUIN) ; « L'art d'établir et de maintenir les Républiques repose, comme l'arithmétique et la géométrie, sur des règles déterminées » (HOBBS)³⁸ ; « Les lois ne sont pas des purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison » (PORTALIS)³⁹ ; « Une nation doit faire elle-même ses lois, parce qu'elle est composée d'êtres intelligents à qui Dieu a donné une raison pour juger de ce qui leur convient » (MABLY)⁴⁰ ; « La loi, en général, est la raison humaine » (MONTESQUIEU)⁴¹.

A partir du XVIII^e siècle pourtant, plusieurs auteurs ont commencé à remettre en cause le mythe d'une loi en soi rationnelle. Soucieux de garantir une rationalité législative effective, ils ont proposé de confier à la science le mandat de trouver les « bonnes lois » afin d'être en mesure, ensuite, de les rédiger « rationnellement »⁴². Un exemple parmi de nombreux, Gustave ROUSSET, juge et membre de l'Académie de Marseille, demande en 1858 dans son ouvrage intitulé *De la rédaction et de la codification rationnelles des lois ou méthodes et formules suivant lesquelles les lois doivent être rédigées et codifiées* de soumettre les textes de loi à une « rédaction rationnelle »⁴³ fondée sur la « logique » afin de construire un système juridique cohérent reposant sur des bases sûres. Cette exigence présuppose un législateur lui-même rationnel et, partant, une « science des bonnes lois » comme préalable à « l'art de les bien dire » :

³⁷ Jacques LENOBLE/François OST, *Droit, mythe, raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, 1980, p. 161.

³⁸ Réf. cit. in : LENOBLE/OST (1980), p. 258. Cf. également François OST/Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002, p. 388 : la volonté du législateur est l'expression même de la raison selon Hobbes.

³⁹ LENOBLE/OST (1980), p. 155 (réf. cit. avec d'autres auteurs). Sur l'histoire de la rationalisation du droit occidental depuis le Moyen Âge, cf. les développements in LENOBLE/OST (1980), p. 254 ss.

⁴⁰ Réf. cit. in : LENOBLE/OST (1980), p. 263.

⁴¹ Réf. cit. in : LENOBLE/OST (1980), p. 264.

⁴² Sur l'ambition d'ériger la législation au rang de science entre le XVIII^e et le XIX^e siècle, cf. Denis BARANGER, *Penser la loi : essai sur le législateur des temps modernes*, Paris, 2018, p. 16.

⁴³ Gustave ROUSSET, *De la rédaction et de la codification rationnelles des lois ou méthodes et formules suivant lesquelles les lois doivent être rédigées et codifiées*, Paris, 1858, p. 6. L'ouvrage a été développé en 1871 en deux volumes sous le titre : *Science nouvelle des lois : principes, méthodes et formules suivant lesquels les lois doivent être conçues, rédigées et codifiées*, tomes I et II, Paris, 1871.

« La logique n'est d'ordinaire appelée à rédiger les lois que lorsque la raison les médite et les prépare. Une rédaction rationnelle ne pouvait donc convenir à des lois irrationnelles ; cette rédaction logique n'étant elle-même d'ailleurs possible qu'avec les gouvernements rationnellement fondés sur la morale, la justice et l'intérêt général [...]. La science des bonnes lois devait ainsi forcément précéder l'art de les bien dire, et le moment semble dès lors venu de reconnaître que la loi étant de nos jours l'expression de la raison, la règle utile et morale de la liberté, la logique en peut désormais rédiger la formule. »⁴⁴

Quelques décennies plus tôt, le philosophe et juriste anglais Jeremy BENTHAM a cherché à rationaliser le contenu de la législation en rédigeant notamment un ouvrage sur la manière de les rédiger (« Nomography or the art of inditing Law »)⁴⁵. Si l'on remonte plus loin dans le temps, on évoquera ceux qui, à des degrés divers, ont posé des jalons dans l'histoire de l'évaluation de la législation⁴⁶, à l'instar de Gaetano FILANGIERI, philosophe et juriste napolitain, qui, dans *La scienza della legislazione*, proposait en 1780 déjà d'ajouter un quatrième pouvoir, de nature consultative, destiné à améliorer la qualité de la législation et d'en prévenir les effets pervers⁴⁷. En 1862, le professeur de droit et homme politique allemand Robert VON MOHL, qui a popularisé le concept d'Etat de droit, et en 1904 Ernst ZITELMANN, également professeur, demandaient pareillement de développer une « science » de la législation applicable au contenu souhaitable de la loi qu'ils distinguent de la rédaction des textes assimilée à un « art » de légiférer⁴⁸.

1.2.1.2 *Le législateur irrationnel*

La source de la difficulté est à rechercher auprès de l'auteur de la loi. Comment en effet rédiger une loi rationnelle si son géniteur ne l'est pas ? Si les critiques envers le législateur sont courantes (ch. 1.2.1.2a), les conditions d'une délibération rationnelle ne sont pas évidentes à instaurer (ch. 1.2.1.2b).

⁴⁴ ROUSSET (1858), p. 90 ss.

⁴⁵ Jeremy BENTHAM, « Nomography or the Art of Inditing Laws », in : Bowring (éd.), *The Works of Jeremy Bentham*, Edimbourg, 1838. Cf. Charles-Albert MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, 1999, p. 24 ; François OST/Michel VAN DE KERCHOVE (dir.), *Actualité de la pensée de Jérémy Bentham*, Bruxelles, 1987.

⁴⁶ Cf. ci-dessous ch. 6.2.4.3a et 6.2.4.3c.I.

⁴⁷ Cf. ci-dessous ch. 1.3.3.4b.II.

⁴⁸ Réf. cit. in : Luzius MADER, *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Lausanne, 1985, p. 11 ss. Sur la légistique comme art ou science, cf. ci-dessous ch. 1.3.2.3c.

a. *De la démocratie à l'ochlocratie*

Selon Pellegrino ROSSI, professeur de droit à l'Université de Bologne et à l'Université de Genève⁴⁹ où il y enseignait le droit pénal et constitutionnel notamment⁵⁰, le législateur se serait trop souvent détourné de la science au profit de l'arbitraire. Il écrivait en 1829 que « l'histoire du droit nous apprend aussi que trop souvent le législateur, par ses décisions arbitraires, a détourné la science de ses allures franches et directes, au lieu de profiter des secours qu'elle était prête à lui offrir »⁵¹. Telle était également la position de Jeremy BENTHAM⁵². En 1858, « [l]'instinct et les rhéteurs » tiendraient encore la plume d'après Gustave ROUSSET et le « caprice, la superstition et l'ignorance » disposeraient toujours du droit de rédiger les lois⁵³. Olivier THOLOZAN a montré comment à partir des années 1870 « le mythe de l'excellence du législateur va être tout particulièrement attaqué » : « volontarisme parlementaire capricieux incapable d'être à l'écoute de la réalité sociale », « stéréotype du parlementaire canaille [...] largement mis en avant », « antiparlementarisme de masse » durant l'entre-deux-guerres, « doctrine publiciste irritée par l'instabilité parlementaire » ou « dénonciation de l'incompétence technique de députés issus de l'ascension sociale »⁵⁴.

La critique est en réalité bien plus ancienne. MONTAIGNE n'écrivait-il pas en 1595, que les lois « sont souvent faictes par des sots, plus souvent par des gens qui, en haine d'égalité, ont faute d'équité, mais tousjours par des hommes, autheurs vains et irresolus. Il n'est rien si lourdement et largement fautier que les loix, ny si ordinairement. Quiconque leur obeyt parce qu'elles sont justes, ne leur obeyt pas justement par où il doit. Les nostres françoises prestent aucunement la main, par leur desreiglement et deformité, au desordre et corruption qui se voit en leur dispensation et execution. Le commandement est si trouble et inconstant qu'il excuse aucunement et la desobeyssance et le vice de l'interpretation, de l'administration et de l'observation. »⁵⁵

A la fin du XIX^e siècle, le problème résiderait selon les premiers psychologues sociaux dans la psychologie des foules à laquelle le législateur obéirait, plus sensible aux idées simples, aux arguments émotionnels qu'aux préceptes de la raison. Le sociologue français Gustave LE BON prend en 1895 notamment

⁴⁹ Appelée Académie de Genève.

⁵⁰ Alfred DUFOUR, *Hommage à Pellegrino Rossi (1787-1848), Genevois et Suisse à vocation européenne*, Bâle, 1998.

⁵¹ Pellegrino ROSSI, *Traité de droit pénal*, Bruxelles, 1829, p. 6.

⁵² BARANGER (2018), p. 234 (réf. cit.).

⁵³ ROUSSET (1858), p. 91.

⁵⁴ Olivier THOLOZAN, « L'excellence de la loi dans la pensée juridique et politique française depuis le XVIII^e siècle », in : Fatin-Rouge/Gay/Pini (dir.), *Autour de la qualité des normes*, Bruxelles, 2010, p. 56 ss. Pour d'autres références, cf. ci-dessous ch. 1.3.5.2.

⁵⁵ Michel de MONTAIGNE, *Essais*, Bordeaux, 1595 (texte établi par Pierre VILLEY et Victor-Louis SAULNIER, Paris, 1965, p. 474), livre III.

l'exemple des assemblées parlementaires pour illustrer son hypothèse selon laquelle des individus réunis en foule raisonneraient différemment qu'isolément :

« Nous retrouverons dans les assemblées parlementaires les caractéristiques générales des foules : le simplisme des idées, l'irritabilité, la suggestibilité, l'exagération des sentiments, l'influence prépondérante des meneurs. »⁵⁶ « Le tableau peut paraître sombre. Il est exact pourtant. Les assemblées parlementaires suffisamment excitées et hypnotisées présentent les mêmes caractères. Elles deviennent un troupeau mobile obéissant à toutes les impulsions. [...] On y retrouve tous les sentiments exagérés que j'ai décrits dans les foules, et cette mobilité excessive qui permet de passer d'un instant à l'autre par la gamme des sentiments les plus contraires. »⁵⁷

Du législateur, la critique ressurgit auprès de l'électeur. Les « foules électorales » procèderaient selon LE BON des mêmes mécanismes :

« Quant à l'influence que pourraient avoir des raisonnements sur l'esprit des électeurs, il faudrait n'avoir jamais lu le compte rendu d'une réunion électorale pour n'être pas fixé à ce sujet. On y échange des affirmations, des invectives, parfois des horions, jamais des raisons [...] Les foules ont des opinions imposées, jamais des opinions raisonnées.... Telle est la psychologie des foules électorales. Elle est identique à celle des autres foules. »⁵⁸

On retrouve cette critique chez le sociologue allemand Max WEBER, lequel dénonce en particulier le caractère purement irrationnel de la « démocratie de la rue »⁵⁹. Jean-Jacques ROUSSEAU réservait pour sa part une telle critique non pas au pouvoir du peuple (démocratie) mais à celui de la foule (ochlocratie) :

« Quand l'État se dissout, l'abus du gouvernement, quel qu'il soit, prend le nom commun d'anarchie. En distinguant, la démocratie dégénère en ochlocratie, l'aristocratie en oligarchie ; j'ajouterais que la royauté dégénère en tyrannie »⁶⁰.

Le Genevois reconnaissait que la « volonté générale », toujours « droite » et tournée vers l'utilité publique, peut « errer ». Elle devient alors « volonté de tous » dès lors qu'elle n'incarne plus que les intérêts particuliers de certains sans se préoccuper de l'intérêt commun. Le peuple peut être trompé lorsqu'il délibère :

« Il s'ensuit de ce qui précède que la volonté générale est toujours droite & tend toujours à l'utilité publique : mais il ne s'ensuit pas que les délibérations du peuple aient toujours la même rectitude. On veut toujours son bien, mais on ne le voit pas toujours : jamais on ne corrompt le peuple, mais souvent on le trompe ; & c'est alors seulement qu'il paroît vouloir ce qui est mal. Il y a souvent bien de la différence entre la volonté de tous & la

⁵⁶ Gustave LE BON, *Psychologie des foules*, 9^e éd., Paris, 1895, p. 114.

⁵⁷ LE BON (1895), p. 120.

⁵⁸ LE BON (1895), p. 109.

⁵⁹ Michel COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, 1995, p. 232, se référant à Max WEBER, *Wahlrecht und Demokratie in Deutschland*, 1917.

⁶⁰ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social, ou Principes du droit politique*, Amsterdam, 1762, livre III, chapitre X.

volonté générale : celle-ci ne regarde qu'à l'intérêt commun, l'autre regarde à l'intérêt privé, & n'est qu'une somme de volontés particulières »⁶¹.

Le peuple n'a jamais été à l'abri de la *démagogie* et du *populisme*. Dès lors que le pouvoir souverain lui revient, les tentatives de le *manipuler* deviennent irrésistibles pour certains. Edward BERNAYS a clairement ouvert la voie de la manipulation des foules en suggérant à une minorité de s'adresser au subconscient des masses. Combinant les thèses de Gustave LE BON sur la psychologie des foules et celles de Wilfred TROTTER sur le comportement de masse (« herd behavior »)⁶² avec les découvertes en psychanalyse de son oncle Sigmund FREUD, il préconisait une méthode à cet effet : « Propaganda : comment manipuler l'opinion en démocratie »⁶³. Celui qui est aujourd'hui considéré comme le père des relations publiques modernes et de la communication politique⁶⁴ estimait que « la manipulation consciente, intelligente, des opinions et les habitudes organisées des masses jouait un rôle important dans une société démocratique. Ceux qui manipulent ce mécanisme social imperceptible formeraient un gouvernement invisible qui dirigerait véritablement le pays. »⁶⁵ Il postulait la nécessité d'« organiser le chaos » qu'engendrerait selon lui la vie démocratique⁶⁶ :

« Nous ne réalisons pas, d'ordinaire, à quel point ces chefs invisibles sont indispensables à la marche bien réglée de la vie collective. Théoriquement, chaque citoyen peut voter pour qui il veut. [...] Les électeurs américains se sont cependant vite aperçus que, faute d'organisation et de direction, la dispersion de leurs voix individuelles entre, pourquoi pas, des milliers de candidats ne pouvait que produire de la confusion. »⁶⁷

Cyniquement, il poursuivait en comparant la propagande à l'organe exécutif de ce gouvernement invisible :

« La minorité a découvert qu'elle pouvait influencer la majorité dans le sens de ses intérêts. Il est désormais possible de modeler l'opinion des masses pour les convaincre d'engager leur force nouvellement acquise dans la direction voulue. Etant donné la structure de la société, cette pratique est inévitable. [...] La propagande est l'organe exécutif du gouvernement invisible. »⁶⁸

⁶¹ ROUSSEAU (1762), livre II, chapitre III.

⁶² Wilfred TROTTER, « Herd instinct and its bearing on the psychology of civilized man », in : *Sociological Review*, 1, 1908 ; Wilfred TROTTER, « Sociological Applications of the Psychology of Herd Instinct », in : *Sociological Review*, 2, 1909.

⁶³ Edward BERNAYS, *Propaganda, comment manipuler l'opinion en démocratie* (trad. Oristelle BONIS), Paris, 2007 (1^{re} parution à New York en 1928 sous le titre *Propaganda*).

⁶⁴ Larry TYE, *The Father of Spin: Edward L. Bernays & the Birth of Public Relations*, New York, 1998.

⁶⁵ BERNAYS (trad. 2007), p. 31.

⁶⁶ BERNAYS (trad. 2007), p. 31 ss.

⁶⁷ BERNAYS (trad. 2007), p. 32.

⁶⁸ BERNAYS (trad. 2007), p. 39.

Presque un siècle plus tard, les fantômes de la manipulation et de la démagogie rôdent à nouveau à l'ère des réseaux sociaux⁶⁹. En conséquence, prévenir les dérives ochlocratiques devient à notre sens une tâche aussi essentielle pour le sain exercice des droits démocratiques que difficile dans l'univers communicationnel contemporain.

b. La nécessité d'une rationalité communicationnelle

Les philosophes allemands Jürgen HABERMAS⁷⁰ et Karl-Otto APEL⁷¹ défendent la possibilité d'une rationalité communicationnelle en précisant les conditions de la « situation idéale de parole » – proposition transposée au droit par Robert ALEXY⁷². On se trouve dans une telle situation si tous les participants à une discussion s'accordent aux termes d'un débat libre et transparent mené selon la loi du meilleur argument⁷³. Pourtant, l'idéal délibératif est mis à mal en pratique, car les acteurs agissent souvent de manière stratégique ou ne disposent pas d'une information complète comme l'explique par exemple Cass SUNSTEIN :

« those who emphasize the ideals associated with deliberative democracy tend to emphasize its preconditions, which include political equality, an absence of strategic behavior, full information, and the goal of < reaching understanding >. In real-world deliberations, behavior is often strategic, and equality is often absent in one or another form. »⁷⁴

François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, pour leur part, se demandent si ces auteurs ne font pas preuve d'angélisme en scotomisant les passions du législateur :

« N'est-ce pas faire preuve d'angélisme que de passer sous silence l'hypothèse, hautement réaliste, de la mauvaise volonté et de tous les conflits qu'elle engendre ? N'est-ce pas, une fois encore, prétendre s'évader du monde des passions pour construire une cité rationnelle et abstraite, alors que c'est au travers d'un nœud de rancunes, d'envies, de malentendus et de différends en tout genre, que le politique est contraint de se frayer un chemin ? »⁷⁵

⁶⁹ Cf. section suivante et ch. 2.1.2.1b.

⁷⁰ Jürgen HABERMAS, *De l'éthique de la discussion* (trad. Mark HUNYADI), Paris, 1992 (1^{re} parution en 1991 sous le titre *Diskursethik*).

⁷¹ Karl-Otto APEL, « L'éthique de la discussion, sa portée, ses limites », in : *Encyclopédie philosophique universelle*, vol. 1, Paris, 1989, p. 160.

⁷² OST/VAN DE KERCHOVE (2002), p. 430, citant Robert ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, Francfort-sur-le-Main, 1978.

⁷³ OST/VAN DE KERCHOVE (2002), p. 528.

⁷⁴ Cass SUNSTEIN, « Deliberative trouble? Why groups go to extremes », in : *Yale Law Journal*, vol. 110, New Haven, 2000, p. 107.

⁷⁵ OST/VAN DE KERCHOVE (2002), p. 530.

Dans le même sens, la politologue Anne-Marie GINGRAS montre que la sphère publique comme idéal démocratique est trop imprégnée de la vision selon laquelle la force de la raison et la richesse des arguments seraient déterminantes, alors que le statut, la fortune, l'expertise ou l'image physique interfèrent dans la communication au détriment du raisonnement :

« Prétendre que la rationalité constitue la marque de la sphère publique et que l'irrationalité n'y a pas sa place, c'est adopter une posture intellectuelle fort dogmatique. De nombreux auteurs ont fait remarquer à quel point le rationalisme était impuissant à rendre compte de la vie politique. Pour Platon, tout être humain est essentiellement un être de désirs, toute cité est une « cité de besoins » « gonflée d'humeurs », et la structure des systèmes passionnels reflète la structure sociale inégalitaire. Pour Machiavel, les passions ont un caractère d'universalité et de normalité. Dans la vie politique, les sentiments et les passions constituent des forces et des contre-forces qu'on doit savoir gouverner. [...] Alexis de Tocqueville prend en considération les sentiments des Américains [...] En démocratie, conflits et passions vont de pair, écrit-il ; l'amour du bien-être et des biens matériels détourne du service public, mais engendre aussi les conditions de la tranquillité publique »⁷⁶.

Il nous faut donc résolument admettre avec le politologue Philippe BRAUD, dans *L'émotion en politique*, que « toute interaction sociale est émotionnellement colorée »⁷⁷. Afin de tester empiriquement la rationalité postulée par HABERMAS dans les débats parlementaires, une équipe de chercheurs a analysé des exemples de délibération en Suisse, en Allemagne, au Royaume-Uni et aux États-Unis⁷⁸. Ils qualifient de « sophistiqué » un niveau de délibération lorsqu'un argument est motivé par plus d'une raison et que ces raisons sont logiquement liées aux résultats postulés. Leurs conclusions diffèrent selon que les débats se déroulent en séance plénière – publique – ou en commission – non publique : 76% d'actes de langage révèlent une justification sophistiquée en plénière pour seulement 30% en commission. Si les discussions dans le second cas sont « apparemment loin de l'idéal habermassien », les plénières en semblent plus proches, même si les chercheurs n'ont pas été en mesure de vérifier la qualité logique des arguments en raison de « gros problèmes de mesure »⁷⁹. Sachant l'importance déterminante des travaux en commission en comparaison avec les débats en séance publique, une telle conclusion n'infirme pas l'hypothèse selon laquelle la décision législative tend à se prendre sur la base d'une justification limitée.

⁷⁶ Anne-Marie GINGRAS, *Médias et démocratie : le grand malentendu*, Québec, 1999, p. 17.

⁷⁷ GINGRAS (1999), p. 18, citant Philippe BRAUD, *L'émotion en politique*, Paris, 1996.

⁷⁸ Jürg STEINER/André BÄCHTIGER/Markus SPÖRNDLI/Marco R. STEENBERGEN, *Deliberative Politics in Action: Analyzing Parliamentary Discourse*, Cambridge, 2004, p. 98 ss.

⁷⁹ Jürg STEINER, « Raison et émotion dans la délibération », in : *Archives de philosophie*, 2011/2, Paris, 2011, p. 259 ss.

La même méthode a été répliquée avec les séances plénières du Parlement européen entre 2004 et 2009⁸⁰ : le niveau de délibération est nettement inférieur, les débats étant « plus semblables aux réunions des comités que des séances plénières des parlements nationaux »⁸¹.

Jürgen HABERMAS exclut explicitement de compter les *narrations* et les *images* comme de véritables justifications délibératives⁸². Or celles-ci sont omniprésentes dans le discours législatif, influençant émotionnellement les acteurs par l'empathie qu'elles suscitent.

L'éthicien Pierre LE COZ en donne une illustration : « Certains élus de la nation n'hésitent plus à substituer aux rigueurs de l'argumentation la narration de leurs épreuves personnelles. Ainsi, lors d'un débat sur l'euthanasie, une députée évoqua le cas douloureux de sa « maman » pour triompher de son adversaire sur un plateau de télévision. »⁸³

De manière plus large, une étude empirique conduite lors du débat relatif à l'introduction d'un article sur les langues dans la Constitution fédérale en Suisse a montré que 30% des actes de langage contenaient une *histoire personnelle* dans les sessions plénières contre 19% dans les séances de comité et que celles-ci décroissaient au fur et à mesure des séances⁸⁴.

Pour attirer médiatiquement⁸⁵ l'attention du politique dans l'espoir que celui-ci *mette à l'agenda* une question sociétale déterminée (« agenda-setting »)⁸⁶, les acteurs sociaux doivent en effet construire le problème en le *cadrant* (« framing ») par diverses techniques de communication destinées à convaincre émotionnelle-

⁸⁰ Dionysia TAMVAKI/Christopher LORD, *The Content and Quality of Representation in the European Assembly: Towards Building an Updated Discourse Quality Index at the EU Level*, présenté à la conférence internationale de l'IPSA, Luxembourg, 18 au 20 mars 2010.

⁸¹ STEINER (2011), p. 267.

⁸² « Nicht diskursive Ausdrucksformen wie Narrative und Bilder », in Jürgen HABERMAS, *Ach, Europa*, Francfort-sur-le-Main, 2008, p. 157. Pour un tour des opinions, contrastées, sur cette question, cf. STEINER (2011) (réf. cit. et résumées).

⁸³ Pierre LE COZ, *Le gouvernement des émotions... et l'art de déjouer les manipulations*, Paris, 2014, p. 11.

⁸⁴ André BÄCHTIGER/Susumu SHIKANO/Seraina PEDRINI/Mirjam RYSER, *Measuring Deliberation. Standards, Discourse Types, and Sequenzialization*, présenté à la conférence générale de l'ECPR General, septembre 2009, cit. in : STEINER (2011), p. 265.

⁸⁵ Sur le rôle des médias en Suisse dans ce processus, cf. Nino LANDERER, *Mass Media and Political Decision-Making: Analyzing Mediatization in Switzerland*, Baden-Baden, 2015, 4^e de couverture : « Letztendlich kann eine starke Mediatisierung dazu führen, dass Politiker sich vor allem den Anforderungen kommerzieller Massenmedien anpassen, die primär an Konflikt, Drama, Personen und Unmittelbarkeit interessiert sind. Dies könnte etablierte demokratische Institutionen und Prozesse in Frage stellen. »

⁸⁶ Cf. ci-dessous ch. 2.1.2.1b et 2.3.3.

ment l'opinion publique⁸⁷ telles que la *narration* (« storytelling ») que nous venons d'exposer, la *sélectivité* des informations (« selectivity ») ou l'*étiquetage* (« labelling ») consistant à en faire ressortir l'essence affective par une métaphore, un symbole, une image, un slogan communiquant une valeur positive ou négative :

Exemples :

- pro-vie *vs* pro-choix en matière d'avortement ;
- vidéo-surveillance *vs* vidéo-protection ;
- dénonciateurs *vs* lanceurs d'alerte ;
- traitement préférentiel *vs* mesures positives en matière d'égalité de traitement ;
- inflation normative *vs* croissance normative ;
- juges étrangers *vs* juges internationaux s'agissant des magistrats de la Cour européenne des droits de l'homme ;
- accords bilatéraux Suisse-UE *vs* accords d'accès au marché européen ;
- perte de souveraineté *vs* transfert de compétences.

Ces exemples montrent que, pour être raisonnablement fondée, la logique argumentative ne peut se contenter d'être formelle. Elle doit également ne pas être *mensongère* et se fonder sur des données de fait⁸⁸. La place des données scientifiques dans le débat législatif est pourtant contestée, comme l'illustre le développement du « climato-scepticisme » depuis les années 1990⁸⁹. Cette exigence d'objectivité est en effet mise à rude épreuve à une époque qualifiée de *post-vérité*, « mot de l'année 2016 » défini comme « les circonstances dans lesquelles les faits objectifs ont moins d'influence pour former l'opinion publique que l'appel à l'émotion et aux croyances personnelles »⁹⁰. Le problème est encore aujourd'hui accru par le développement des *sciences comportementales* dont les enseignements peuvent être mis à profit pour manipuler l'opinion publique, notamment en exploitant nos biais cognitifs⁹¹.

⁸⁷ Sur ces différentes techniques, cf. Eric WINDHOLZ, *Governing through Regulation: Public Policy, Regulation and the Law*, New York, 2018, p. 132 ss (réf. cit.).

⁸⁸ Cf. ci-dessous ch. 2.3.4.

⁸⁹ Cf. le rôle du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) ci-dessous note de bas de page 2850.

⁹⁰ « Post-truth : < relating to or denoting circumstances in which objective facts are less influential in shaping public opinion than appeals to emotion and personal belief > » (Oxford Dictionaries, Word of the Year 2016). Pour une critique de l'expression « ère de la post-vérité » au motif que le mensonge, les théories du complot et autres grands délires collectifs sont aussi vieux que notre espèce, cf. PINKER (2018), p. 430.

⁹¹ ZAMIR/TEICHMAN (2018), p. 408 s. Cf. ég. ci-dessus ch. 1.3.2.2b.V.

Dans *La parole manipulée*, le spécialiste de la communication Philippe BRETON cherche à déterminer comment on est passé de l'argumentation à la manipulation en démocratie⁹². En politique, les exemples de mensonges, de demi-vérités ou de « faits alternatifs » sont aisés à recenser ; la chose n'est cependant pas nouvelle⁹³.

Jouer avec les limites de la vérité par l'*exagération* ou la *minimisation stratégique* des faits est un grand classique. L'expression contradictoire d'« hyperbole véridique » de Donald TRUMP (« truthful hyperbole [...] an innocent form of exaggeration – and a very effective form of promotion »)⁹⁴ et de « faits alternatifs » de sa conseillère Kellyanne CONWAY en illustrent les dangers manipulateurs.

Le mensonge des dirigeants – fût-il « noble » comme celui que PLATON défendait dans *La République* pour attacher les citoyens à leur cité⁹⁵ – est pourtant difficilement tolérable en démocratie⁹⁶. S'il faut reconnaître avec l'essayiste Tzvetan TODOROV que « [l]a démocratie est constamment menacée par la démagogie, le beau parleur risque d'emporter la conviction (et le vote) de la majorité, au détriment d'un conseiller plus raisonnable mais moins éloquent »⁹⁷, il faut pourtant également admettre la possibilité d'une émotion rationnelle⁹⁸.

Afin d'assurer cette rationalité communicationnelle, les *libertés de communication* doivent être impérativement renforcées dans le contexte actuel de concentration des médias et de développement des réseaux sociaux. Les libertés d'expression, d'opinion, d'information, de la presse et des médias, de l'art et de la science rendent en effet possibles les conditions mêmes d'existence de la démocratie politique⁹⁹.

La *légistique* y contribue quant à elle, modestement, en suggérant en toute liberté au législateur d'asseoir son intervention sur des fondements objectifs, sur une analyse du problème fondée, des buts basés sur des causes réfléchies et une

⁹² Philippe BRETON, *La parole manipulée*, Paris, 1997.

⁹³ Sur le continent, on citera par exemple Thomas GUÉNOLÉ, *Petit guide du mensonge en politique*, Paris, 2017, qui recense de multiples exemples plus anciens en politique française. Sur l'ancienneté du mensonge, cf. PINKER (2018) cit. ci-dessus note 90.

⁹⁴ Donald TRUMP/Tony SCHWARTZ, *The Art of the Deal*, New York, 1987 (cit. in : Vincent GLAD, « Billet du 20 février 2017 », in : *Les Blogs de Libération*, an-2000.blogs.liberation.fr/2017/02/20).

⁹⁵ PLATON, *La République*, livre III, en particulier le dialogue 21.

⁹⁶ Fabrice D'ALMEIDA, *La manipulation*, Paris, 2017, p. 9.

⁹⁷ Tzvetan TODOROV, *Les ennemis intimes de la démocratie*, Paris, 2012, p. 186.

⁹⁸ Cf. ci-dessous ch. 1.2.3.2.

⁹⁹ Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I : L'Etat, 3^e éd., Berne, 2013, N. 529 ss.

estimation raisonnée des effets¹⁰⁰. L'inscrire dans le *contrôle de constitutionnalité des lois* permet de renforcer l'assise prescriptive de la légistique en lui assurant une place plus forte pour garantir ce délicat équilibre entre raison et démocratie au sein des Etats de droit démocratiques¹⁰¹.

1.2.1.3 *La critique persistante envers la qualité des lois*

Les critiques envers la mauvaise qualité des lois, leur inefficacité, leur trop grande quantité, leur extrême complexité, leur révision trop fréquente ou, au contraire, trop peu fréquente, leur trop forte précision ou, simultanément et paradoxalement, leur trop forte imprécision sont récurrentes¹⁰². Beaucoup de nos contemporains semblent avoir perdu la mémoire de l'histoire, car ces attaques persistent depuis des temps immémoriaux, exactement dans les mêmes termes^{103, 104}. « Pour éclairer la défiance qu'elle suscite, repenser l'histoire de la

¹⁰⁰ Cf. ci-dessous ch. 1.3.2.2.

¹⁰¹ Cf. ci-dessous ch. 1.3.4.3.

¹⁰² On citera plus spécifiquement Denis BARANGER, *Penser la loi : essai sur le législateur des temps modernes*, Paris, 2018, p. 10 ss et 194 ss ainsi que Bernd MERTENS, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen*, Tübingen, 2004, p. 17 ss et 406 ss. Cf. ég. Anne FOUBERT, « La technique ou l'oubli du droit ? Quelques observations sur la production normative contemporaine », in : Desrameaux/Colonna d'Istria (dir.), *Penser la technique juridique*, Paris, 2018, p. 215 ss. On trouvera également un florilège de citations in : Bertrand-Léo COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, Paris, 2017, p. 220 ss ; Vito MARINESE, *L'idéal législatif du Conseil constitutionnel : étude sur les qualités de la loi*, thèse dactylographiée (Paris X), Nanterre, 2007, p. 20 ; Florent GARNIER, « Temporalités juridiques ou quelques considérations historiques sur la production normative », in : *Les rythmes de production du droit : journée d'études de l'Institut de Droit privé*, Toulouse, 2005, p. 7 ss.

¹⁰³ Cf. par exemple l'éditeur d'un ouvrage collectif consacré à « la valeur d'une bonne législation » prétendant que « la dégradation progressive de la qualité est devenue un problème grave dans la législation suisse » (« *Der schleichende Qualitätsverlust in der schweizerischen Gesetzgebung ist ein ernst zu nehmendes Problem geworden* ») et que la qualité de la loi ne susciterait étrangement aucun débat (« *über die Qualität der Gesetzgebung findet merkwürdigerweise keine Diskussion statt* ») (Alain GRIFFEL [éd.], *Vom Wert einer guten Gesetzgebung*, Berne, 2014, 4^e de couverture).

¹⁰⁴ On retrouve dans cette section en partie les développements publiés in : Alexandre FLÜCKIGER, « Qu'est-ce que « mieux légiférer » ? Enjeux et instrumentalisation de la notion de qualité législative », in : Flückiger/Guy-Ecabert (éd.), *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer : le rôle des guides de légistique*, Genève, 2008, p. 11 ss ; FLÜCKIGER Alexandre/GUY-ECABERT Christine, « La bonne loi ou le paradis perdu ? », in : *LeGes*, 2015/1, p. 21.

législation, suggère Denis BARANGER, paraît plus satisfaisant que d'en rester à un constat faussement objectif de prolifération, de médiocrité ou de confusion. »¹⁰⁵

De DÉMOSTHÈNE, qui rapportait une coutume grecque consistant à pendre le promoteur de toute loi nouvelle refusée par l'assemblée du peuple afin d'en limiter la quantité¹⁰⁶, à TACITE qualifiant de « corruptissima » la république qui a le plus de lois¹⁰⁷, de Martin LUTHER au Marquis de SADE qui, tous deux, se rejoignent sur la nécessité de « faire court et bon, peu et bien »¹⁰⁸, les métaphores percutantes et les hyperboles abondent :

Catastrophes naturelles : on assisterait à une « marée montante » d'actes législatifs¹⁰⁹, une « avalanche » de normes¹¹⁰, une « inondation » ([« increasing flood of legislation »]¹¹¹ [« Gesetzesflut »]¹¹²), un « fracas de mots »¹¹³, une « grêle » recouvrant

¹⁰⁵ Denis BARANGER, *Penser la loi : essai sur le législateur des temps modernes*, Paris, 2018, p. 14.

¹⁰⁶ « Quiconque propose une loi nouvelle se présente à l'assemblée du peuple la corde au cou. Si la proposition paraît louable et utile, l'auteur se retire la vie sauve. Sinon, on sert la corde et c'est la mort » (DÉMOSTHÈNE, cit. in : Jacqueline DE ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque*, Paris, 2001, p. 216).

¹⁰⁷ « Corruptissima republica plurimae leges » (TACITE, *Les Annales*, livre III, chapitre 27 [3]).

¹⁰⁸ « Elaborer des lois est une chose grande, importante et délicate, et sans l'esprit de Dieu, on ne fait rien de bon. Aussi faut-il agir toujours avec crainte et humilité devant Dieu et observer cette règle : faire court et bon, peu et bien, aller doucement et sans cesse en avant. Ensuite si ces lois s'enracinent, les compléments nécessaires se présenteront d'eux-mêmes » (Martin LUTHER, *Lettre à Philippe de Hesse*, 1527 [cit. in : Jean CARBONNIER, *Essais sur les lois*, 2^e éd., Paris, 1995, p. 298]) ; « Faisons peu de lois, mais qu'elles soient bonnes. Il ne s'agit pas de multiplier les freins : il n'est question que de donner à celui qu'on emploie une qualité indestructible. Que les lois que nous promulguons n'aient pour but que la tranquillité du citoyen, son bonheur et l'éclat de la république » (Marquis DE SADE, *La philosophie dans le boudoir ou Les instituteurs immoraux – Dialogues destinés à l'éducation des jeunes Demoiselles*, 5^e dialogue, Paris, 1795).

¹⁰⁹ « Face à la marée montante des actes législatifs, un sentiment de malaise se développe depuis quelque temps dans le public, qui n'y voit que le produit incontrôlable d'une « machine à légiférer » » (Conseil fédéral, Message du 22 août 2007 relatif à la mise à jour formelle du droit fédéral, FF 2007 5794).

¹¹⁰ Conseil fédéral, Message du 22 août 2007 relatif à la mise à jour formelle du droit fédéral, FF 2007 5797.

¹¹¹ Hans GIGER, *Increasing flood of legislation in a changing environment*, Berne, 2016.

¹¹² Walther HUG, « Gesetzesflut und Rechtsetzungslehre », in : Klug/Ramm/Rittner/Schmiedel (éd.), *Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozeßrecht*, Berlin/Heidelberg, 1978, p. 3 ss.

¹¹³ « Et grâce à ce fracas de mots, l'interprétation, suivant l'esprit de la loi, laquelle est la plus saine et la mieux fondée, n'en marche que plus difficilement » (Francis BACON, *Œuvres philosophiques, morales et politiques de François Bacon* (trad. Jean-Alexandre BUCHON), Paris, 1838 (1^{re} parution en 1605 sous le titre *De dignitate et augmentis scientiarum/The Advancement of Learning*), livre VIII, chapitre III, p. 246, n° 53).

« le sol politique » d'une couche de papier que les géologues nommeront « formation papyracée »¹¹⁴.

Abus : une « dépravation »¹¹⁵, un « vice »¹¹⁶, une « décadence »¹¹⁷, une « intempérance normative »¹¹⁸ ; un « bavardage »¹¹⁹ qui nécessite un « coup de balai »¹²⁰ ; un « enfer »¹²¹.

¹¹⁴ « Le gouvernement devra faire des lois, c'est-à-dire s'imposer à lui-même des limites : car tout ce qui est règle pour le citoyen devient limite pour le prince. Il fera autant de lois qu'il rencontrera d'intérêts : et puisque les intérêts sont innombrables, que les rapports naissant les uns des autres se multiplient à l'infini, que l'antagonisme est sans fin, la législation devra fonctionner sans relâche. Les lois, les décrets, les édits, les ordonnances, les arrêtés tomberont comme grêle sur le pauvre peuple. Au bout de quelque temps, le sol politique sera couvert d'une couche de papier, que les géologues n'auront plus qu'à enregistrer, sous le nom de « formation papyracée », dans les révolutions du globe. » (Pierre-Joseph PROUDHON, *Idee générale de la révolution au XIX^e siècle – choix d'études sur la pratique révolutionnaire et industrielle*, Paris, 1851, p. 147 ss.).

¹¹⁵ « La dépravation générale du style des lois anglaises – Pour mettre en évidence et résumer les imperfections de la loi anglaise écrite, il suffit de relever les points par lesquels le langage utilisé par les juristes anglais pour légiférer se distingue du langage ordinaire. En effet, à chaque fois qu'il s'en éloigne, ce sera à son désavantage : l'effet immédiat en sera une curieuse absurdité, et le résultat une curieuse malice » [traduction] (Jeremy BENTHAM, « Nomography or the Art of Inditing Laws », in : Bowring (éd.), *The Works of Jeremy Bentham*, Edimbourg, 1838, p. 241).

¹¹⁶ « Si l'on me demandait quel est le plus vicieux de tous les peuples, je répondrais sans hésiter que c'est celui qui a le plus de lois » (Jean-Jacques ROUSSEAU, « Fragments des institutions politiques », in : Streckeisen-Moultou (éd.), *Œuvres et Correspondance inédites*, Paris, 1861, p. 228 ss.) ; « Et comme la multitude des lois fournit souvent des excuses aux vices, en sorte qu'un État est bien mieux réglé lorsque, n'en ayant que fort peu, elles y sont fort étroitement observées » (René DESCARTES, *Discours de la méthode pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences, plus la dioptrique, les météores et la géométrie qui sont des essais de cette méthode*, Leyde, 1637, Deuxième partie, p. 19) ; « Que les projets de loi soient préparés d'avance avec soin. [...] C'est un vice capital de notre législation que les articles innombrables de nos projets de lois : ils amènent de force des discussions interminables et des amendements sans fin » (François-René DE CHATEAUBRIAND, « Mélanges politiques », in : *Œuvres complètes*, Paris, 1836, p. 138).

¹¹⁷ « Toute révision des textes de notre Code civil devrait donc être préparée, étudiée, rédigée avec la plus grande application. Malheureusement, l'art de faire les lois est en pleine décadence, et jamais le législateur n'a apporté moins de soin à cette tâche qu'à l'heure actuelle » (Henri CAPITANT, « Comment on fait les lois aujourd'hui », in : *Revue politique et parlementaire*, Paris, 1917, vol. 91, p. 307).

¹¹⁸ CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, *Sécurité juridique et complexité du droit – Rapport public 2006*, p. 254.

¹¹⁹ « Le bavardage et la prolixité qui est passée en usage dans l'expression des lois, ne nous plaît guère » (BACON [1838], livre VIII, chapitre III, p. 248, n° 66).

¹²⁰ Motion Peter Spuhler, « Un coup de balai dans le droit fédéral », transmise au Conseil fédéral sous forme de postulat le 4 octobre 2001.

*Maladie*¹²² : une loi en « crise »¹²³, contaminée par le virus des « L.H.I. » (lois hautement inutiles)¹²⁴, « des lois comme frappées d'obésité »¹²⁵, relevant de la « pathologie »¹²⁶, « pathogène »¹²⁷, nécessitant une « radioscopie »¹²⁸, déformant le « vieux Code civil » comme des « verrues »¹²⁹, témoin de l'« impuissance de la force digestive intellectuelle »¹³⁰ et de « fécondités éphémères qui ne laissent derrière elle que la stérilité »¹³¹, une société « mordu[e] du chien de la légomanie »¹³², une « réglementation fédérale (« eidgenössische Reglementitis »)¹³³, une « démangeaison législative »¹³⁴.

-
- 121 Christian MOREL, *Les décisions absurdes III: l'enfer des règles : les pièges relationnels*, Paris, 2018.
- 122 « Sachons mettre un terme à la prolifération législative, cette maladie nous la connaissons, elle a été tant et tant nommée et je crains moi-même dans une vie antérieure d'y avoir participé. » (Emmanuel MACRON, *Discours du Président de la République devant le Congrès* du 3 juillet 2017, cit. in : CONSEIL D'ÉTAT, *Mesurer l'inflation normative*, Paris, 2018, p. 4) ; Valérie LASSERRE-KIESOW, « Comment faire les lois ? L'éternel retour d'un défi », in : Drago (dir.), *La confection de la loi*, Paris, 2005, p. 209 ; Yves JÉGOUZO « Y a-t-il une maladie de la norme ? », Tribune, in : *Actualité juridique Droit administratif*, n° 38, 2012, p. 2081.
- 123 Alain VIANDIER, « La crise de la technique législative », in : *Droits*, n°4, 1986, p. 75 (cit. in : Jean-Pierre DUPRAT, « Genèse et développement de la légistique », in : Drago (dir.), *La confection de la loi*, Paris, 2005, p. 11).
- 124 Dominique TURPIN, « Conclusion générale », in : Philip-Gay (dir.), *Les études d'impact accompagnant les projets de loi*, Paris, 2012, p. 173, cit. in : COMBRADE (2017), p. 233.
- 125 Georges HISPALIS, « Pourquoi tant de loi(s) », in : *Pouvoirs*, n° 114, septembre 2005, p. 111.
- 126 Bertrand MATHIEU, *La loi*, 2^e éd., Paris, 2004, p. 71 ss.
- 127 HOULE (2012), p. 30 ss.
- 128 Cf. « radioscopie » de la législation dans le canton de Zurich, in : Message du Conseil fédéral du 22 août 2007 relatif à la mise à jour formelle du droit fédéral, FF 2007 5798 ss.
- 129 « De telles lois ne font pas honneur au Parlement ; elles sont vraiment indignes d'être insérées dans une œuvre comme notre vieux Code civil, car elles le déparent et le déforment comme des verrues » (CAPITANT [1917], p. 317).
- 130 « La quantité des règles de droit est un signe de faiblesse. Elle dénonce l'impuissance de la force digestive intellectuelle, l'absence de la force nécessaire pour extraire la quintessence logique de la somme des règles, et pour convertir celles-ci en chair et en sang. » (Rudolf VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement* [trad. Octave DE MEULENAERE], tome 1, 3^e éd., Paris, 1880, p. 42).
- 131 *Ibidem*.
- 132 « Je concevrais qu'on eût la logophobie, c'est-à-dire l'horreur des lois nouvelles [...]. Malheureusement nous sommes mordus du chien de la légomanie. » (Louis-Marie DE LAHAYE CORMENIN (TIMON), *La légomanie*, Paris, 1844, p. 5).
- 133 *Nebelspalter: das Humor- und Satire-Magazin*, édition du 26 mai 1917.
- 134 « Un fait divers, une émotion quelconque, mais aussi un problème tangible provoquent une démangeaison législative plus ou moins rapide. La loi est une réponse, à défaut d'être une solution » (Guy CARCASSONNE, « Penser la loi », in : *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n° 114, 2005, p. 40).

Complexité : un « dédale » qui fait « perdre la raison » au peuple et au gouvernement¹³⁵, une « jungle réglementaire »¹³⁶, une « inflation »¹³⁷, « un filet qui embarrasse nos pieds »¹³⁸, une « obscurité »¹³⁹.

Le jardin d'Éden législatif n'a donc jamais existé. La question se renouvelle sans cesse et ne se résout que provisoirement comme Philippe MALAURIE le résume avec sagesse :

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

¹³⁵ « La Convention, en trois ans, un mois et quatre jours, rendit onze mille six cents lois et décrets ; la Constituante et la Législative n'avaient guère moins produit ; l'Empire et les gouvernements postérieurs ont travaillé de même. Actuellement, le « Bulletin des Lois » en contient, dit-on, plus de cinquante mille ; si nos représentants faisaient leur devoir, ce chiffre énorme serait bientôt doublé. Croyez-vous que le peuple, et le Gouvernement lui-même, conserve sa raison dans ce dédale ?... » (PROUDHON [1851], p. 147 ss).

¹³⁶ Peter BUOMBERGER, *Des chemins pour sortir de la jungle réglementaire : Faits préoccupants et solutions prometteuses pour la Suisse*, Zurich, 2014.

¹³⁷ Blaise KNAPP, « Rapport suisse », in : *L'inflation législative et réglementaire en Europe : actes du colloque tenu à Aix-en-Provence en octobre 1985*, cit. in : Charles-Albert MORAND, « La croissance normative : comment faire face à une masse de droit considérable ? », in : *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung*, n° 8, 1986, p. 337 ss ; Nicolas EMERIC, *Penser les flux normatifs : essai sur le droit fluide*, Paris, 2018, p. 165 ss.

¹³⁸ « De la trop grande accumulation des lois – « Il pleuvra sur eux des filets » dit le prophète ; or il n'est point de pires filets que les filets des lois, surtout ceux des lois pénales, lorsque leur nombre étant immense, et que le laps de temps les ayant rendues inutiles, ce n'est plus une lanterne qui éclaire notre marche, mais un filet qui embarrasse nos pieds » (BACON [1838], livre VIII, chapitre III, p. 246, n° 53).

¹³⁹ « Il est temps de parler de cette obscurité des lois qui résulte de leur mauvaise expression. » (BACON [1838], livre VIII, chapitre III, p. 248, n° 66) ; « Leurs lois sont peu nombreuses : il n'en faut guère avec une telle constitution. Ils désapprouvent vivement chez les autres peuples les volumes sans nombre qui ne suffisent pas à l'interprétation des leurs, car ils voient une suprême iniquité à tenir les hommes liés par des lois trop nombreuses pour que personne puisse jamais les lire d'un bout à l'autre, et trop obscures pour que le premier venu puisse les comprendre » (Thomas MORE, *L'utopie ou le traité de la meilleure forme de gouvernement* [trad. Marie DELCOURT], Genève, 1983, p. 115) ; « ses lois [de Solon] étant d'une rédaction obscure et compliquée [...]. Certains pensent que Solon a recherché cette obscurité pour ses lois, afin d'attribuer au peuple le droit de décider en cas de conflit. » (ARISTOTE, *La constitution d'Athènes* [trad. Jules BARTHÉLEMY-SAINT-HILAIRE], Paris, 1838, chapitre IX).

ramenant à un passé lointain, légendaire et obscur, et envoyant à un avenir lumineux hypothétique, inexistant et toujours fugitif »¹⁴⁰.

Que ces critiques tranchent singulièrement avec l'époque de la « passion » législative, cette « nomophilie », louée à l'époque des Lumières¹⁴¹ et chantée aujourd'hui encore par les citoyennes et citoyens vaudois dans leur hymne cantonal officiel¹⁴² ! La loi est désirable en tant que vecteur pour arracher le peuple à la tyrannie, même si pour garantir nos libertés, elle doit précisément limiter celles-ci. Il en résulte un champ de tension au sein même des libertés propres à enflammer les passions. Gustave LE BON, dans sa *Psychologie des foules*, y contribue, lançant une diatribe envers « [c]ette création incessante de lois et de règlements restrictifs entourant des formalités les plus byzantines les moindres actes de la vie », formalités qui rétrécissent nos libertés, « entraves » que les peuples « finissent bientôt » par rechercher :

« Cette création incessante de lois et de règlements restrictifs entourant des formalités les plus byzantines les moindres actes de la vie, a pour résultat fatal de rétrécir de plus en plus la sphère dans laquelle les citoyens peuvent se mouvoir librement. Victimes de cette illusion qu'en multipliant les lois l'égalité et la liberté se trouvent mieux assurées, les peuples acceptent chaque jour de plus pesantes entraves. Ce n'est pas impunément qu'ils les acceptent. Habités à supporter tous les jougs, ils finissent bientôt par les rechercher, et arrivent à perdre toute spontanéité et toute énergie. Ils ne sont plus alors que des ombres vaines, des automates passifs, sans volonté, sans résistance et sans force. »¹⁴³

Considérée psychologiquement, la loi nous permet de dépasser notre stade narcissique originel comme Jacques LENOBLE et François OST le rappellent dans leur *analyse freudienne de la rationalité juridique* en écrivant que « [l]orsque, surmontant son autarcisme originaire, l'individu ébauche les premières relations sociales, alors aussi la loi s'impose comme régulateur et, avec elle, ses porteurs éminents : juge ou législateur. »¹⁴⁴

Il s'ensuit que ces critiques ne sont peut-être que le simple reflet d'une ambivalence émotionnelle qui habite chacune et chacun d'entre nous dans l'évolution intime de notre rapport à l'ordre et l'autorité : un désir de loi lorsque celle-ci nous fait défaut ; un amour lorsqu'elle nous protège ; une haine lorsqu'elle nous oppresse. Leur persistance est donc assurée !

¹⁴⁰ Philippe MALAURIE, « L'intelligibilité des lois », in : *Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 133.

¹⁴¹ CARBONNIER (1976), p. 540 ss ; MORAND (1999, *Le droit néo-moderne*), p. 24 ss.

¹⁴² Refrain de l'Hymne vaudois : « Que dans ces lieux règnent à jamais L'amour des lois, la liberté, la paix ! » (texte : col. Samuel ROCHAT [1783-1861]).

¹⁴³ LE BON (1895), p. 122 ss.

¹⁴⁴ LENOBLE/OST (1980), p. 348.

1.2.2 L'exigence d'une raison législative

1.2.2.1 *L'autorité chancelante des lois irrationnelles*

Remettre en cause la rationalité du législateur fait vaciller l'autorité de la loi¹⁴⁵. La question peut être reformulée dans les termes suivants : si la loi est jugée irrationnelle, est-il encore légitime de lui obéir ? Pousser la loi hors de son piédestal de raison ne risque-t-il pas d'entraîner dans sa chute l'autorité même du système juridique à la base des Etats de droit démocratiques fondés sur la légalité ? « Il n'y a pas de démocratie sans débat rationnel et pas de débat rationnel au milieu des fumigènes de l'émotion » rappelle Pierre LE COZ¹⁴⁶.

Cette question est fondamentale en théorie du droit. À défaut d'être fondée sur une divinité, la loi ne devrait-elle pas reposer sur la raison pour que le système juridique maintienne sa cohérence auprès de ses destinataires ? Or il est impossible, on l'a vu, pour une observatrice ou un observateur averti du monde politique de postuler sans autre la rationalité du législateur. Comment poursuivre la réflexion dans de telles conditions ?

1.2.2.2 *Quelques attitudes possibles*

Diverses postures sont envisageables face au constat d'un législateur au visage passionnel. On en retiendra quatre : (a) on ferme les yeux en espérant que les sujets de droit continuent de croire au mythe ; (b) on purifie le droit du politique en contenant ce dernier à distance ; (c) on va « après la loi » pour faire vivre cet au-delà ; (d) on travaille à raisonner la loi. Dans le premier cas, le risque survient lorsque les sujets ouvrent les yeux ; dans le deuxième, le piège est de créer un modèle trop éloigné des réalités, engendrant un nouveau mythe ; dans le troisième, l'aventure est au rendez-vous ; dans le quatrième, le défi est de taille, car la notion de rationalité est tout sauf univoque.

a. La mystification de la loi

Ignorer le fonctionnement réel du droit, c'est-à-dire croire au *mythe* de la loi rationnelle, est l'attitude la plus commode. Elle ne demande aucun effort et assure efficacement la soumission du justiciable comme le rappellent Jacques LENOBLE et François OST – montrant au passage que des auteurs tels

¹⁴⁵ Cf. ci-dessus ch. 1.2.2.

¹⁴⁶ LE COZ (2014), p. 12.

qu'ARISTOTE, KANT et même Kelsen, ont eux aussi succombé « aux séductions [d'une telle] croyance »¹⁴⁷ :

« l'ignorance maintenue quant au fondement de la logique juridique (le mythe de la bonne loi) assure [...] la soumission du justiciable au Docteur. Ce qui circule entre eux est bien plutôt une ignorance qu'un savoir et c'est cette ignorance qui assure la reconduction du rapport de force classique entre les personnages de la scène juridique. »¹⁴⁸

Le mythe agit comme un sortilège qui effacerait dans les esprits les flétrissures du politique. « De politique, la loi imputée à la volonté générale, se fait juridique, conforme et admirable » écrivent LENOBLE et OST¹⁴⁹. Georges BURDEAU la compare « à ces personnages de légende qui passent à travers le feu sans en éprouver le moindre mal » : comme ces derniers, « la loi passe à travers le creuset politique et n'en conserve aucune éclaboussure. Conception étonnante – admirable d'avoir été admise avec une foi quasi religieuse par l'immense majorité des esprits »¹⁵⁰.

Si dans une perspective de maintien de l'autorité et d'impact effectif de la loi, cet artifice présente un intérêt pratique évident, encore faut-il s'assurer que le peuple continue à croire en cette loi bonne et rationnelle. Comme dans le conte d'Hans Christian ANDERSEN, le petit garçon ne devrait pas, dans sa candeur, signaler au peuple que le « roi est nu », alors que l'empereur se croit revêtu d'un habit censé le doter de la faculté de repérer les sujets intelligents de son empire¹⁵¹. La mystification fonctionne en effet tant que le « voile de mystère », qu'évoquait Herbert HART¹⁵², continue de masquer efficacement les lois pour les mettre à l'abri de la critique.

b. L'épuration de la science du droit de ses soubresauts irrationnels

Une solution moins attentiste consiste à épurer la science du droit de ses soubresauts psychologiques, politiques ou sociologiques en construisant une belle mécanique parfaitement isolée de telles influences. Tel est par exemple le programme qu'Hans Kelsen propose dans sa théorie « pure » du droit :

« pourquoi se nomme-t-elle elle-même une théorie pure du droit ? [...] elle voudrait débarrasser la science du droit de tous les éléments qui lui sont étrangers. [...] Sans aucun

¹⁴⁷ LENOBLE/OST (1980), p. 353.

¹⁴⁸ LENOBLE/OST (1980), p. 247.

¹⁴⁹ LENOBLE/OST (1980), p. 267.

¹⁵⁰ Réf. cit. in : LENOBLE/OST (1980), p. 267.

¹⁵¹ Hans Christian ANDERSEN, *Les habits neufs de l'empereur*, conte publié en 1837.

¹⁵² Cf. ci-dessus ch. 1.2.1.1.

esprit critique, [la science du droit traditionnelle] a mêlé science du droit d'une part, psychologie, sociologie, éthique et théorie politique d'autre part. »¹⁵³

La loi épurée devient dans ce contexte un instrument efficace pour garantir l'autonomie du droit en permettant au système juridique de tenir la politique à bonne distance, rappelle Marc AMSTUTZ. La technique de l'application syllogistique de la loi aux cas particuliers permet au système juridique de se mouvoir dans un cadre de référence logico-déductif autonome :

« und im vorliegenden Zusammenhang noch wichtiger – hat sich das Gesetz zu einem sehr effektiven Instrument entwickelt, um die Autonomie des Rechts zu bewahren. Und zwar in einem ganz spezifischen Sinne: Es erlaubt dem Rechtssystem, die Politik auf Distanz zu halten. Wie gelingt ihm das? An dieser Stelle gerät nun die Rechtsmethodik, die mit einem platonischen Textbild arbeitet, also namentlich die Methodenlehre Meier-Hayoz', ins Blickfeld. Diese Methodenlehre belässt nämlich dem Recht die Freiheit, das Gesetz anzuwenden oder nicht. »¹⁵⁴

Le juge peut ainsi « s'effacer entièrement derrière la volonté du législateur » :

« Un logicien éminent, M. Liard, a dit : « Le droit, c'est la loi écrite ... Les articles du Code sont autant de théorèmes dont il s'agit de démontrer la liaison, et de tirer les conséquences. Le juriste pur est un géomètre : l'éducation purement juridique est purement dialectique. La grande affaire du magistrat ou de l'avocat est de débrouiller le labyrinthe des affaires et d'en rattacher les éléments à telle ou telle des règles posées par les lois. C'est la résolution d'un problème ». Cette conception mathématique de l'interprétation des lois, infiniment séduisante par la simplicité apparente de son mécanisme et le caractère logiquement infaillible de ses solutions, permet au juge de s'effacer entièrement derrière la volonté du législateur. »¹⁵⁵

Une fois transformées en lois, les passions se figent et peuvent être appliquées telles quelles dans la mécanique huilée d'une géométrie rationnelle, bien à l'abri des passions politiques. Le juriste se désintéresse alors de la législation comme le constate Charles-Albert MORAND :

« les juristes se sont désintéressés de la législation, parce que celle-ci ressortit à peu près exclusivement à l'appréciation politique, voire aux pulsions irrationnelles des hommes politiques. »¹⁵⁶

La construction est sans nulle doute d'une grande élégance conceptuelle mais reste artificielle dans la mesure où elle recrée de manière factice un monde postulé rationnel comme le souligne Pierre MOOR :

¹⁵³ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit* (trad. Charles EISENMANN), Paris, 1962, p. 1 ss.

¹⁵⁴ Marc AMSTUTZ, « Der Text des Gesetzes, Genealogie und Evolution von Art. 1 ZGB », in : *Revue de droit suisse*, vol. 2, Bâle, 2007, p. 237 ss.

¹⁵⁵ CRUET (1908), p. 52 ss.

¹⁵⁶ Charles-Albert MORAND, « Préface », in : MADER (1985), p. X.

« Un monde rationnel pouvait ainsi être postulé, dans lequel la liberté inhérente à toute lecture d'un texte était occultée au profit d'une supposée nécessité déductive d'un sens mis à l'abri à l'intérieur même de la norme ».¹⁵⁷

Jacques LENOBLE et François OST y voient une feinte, car on continue de « faire < comme si > le législateur était rationnel » alors que personne ne se fait plus d'illusions sur la scientificité des procédures d'élaboration législative :

« Alors que personne – les magistrats moins que quiconque – ne se fait d'illusions sur la scientificité ou le désintéressement des procédures de l'élaboration législative, on continue à faire < comme si > le législateur était rationnel. »¹⁵⁸ « le juge fait < comme si > le législateur était rationnel. Cette feinte est l'indice de la dérive mytho-logique. »¹⁵⁹

Par conséquent, il faut plutôt admettre, avec le constitutionnaliste Boris MIRKINE-GUETZÉVITCH par exemple, que la logique juridique seule n'est pas capable d'expliquer le droit, puisqu'il se forme « dans le tumulte des assemblées, dans la lutte des intérêts, des groupes, des nations » :

« Historiquement, la loi est toujours une transaction. C'est pourquoi la logique juridique seule n'est pas capable d'expliquer le droit. À côté de la logique juridique, il y a le droit vivant, le droit qui se crée non dans le calme des cabinets de travail, mais dans le tumulte des assemblées, dans la lutte des intérêts, des groupes, des nations. »¹⁶⁰

c. *Aller « après la loi »*

Refusant l'idée d'épurer le droit, le philosophe du droit, Laurent DE SUTTER propose de nous conduire « après la loi », c'est-à-dire de s'en émanciper et de ne plus vivre sous l'empire de la loi, « un empire jaloux, qui ne tolère les écarts que pour autant qu'il ramène les fautifs à reconnaître encore, par ce moyen, son incontestable suprématie. »¹⁶¹ La loi a triomphé, car derrière elle, « c'était tout un univers de pensée qui se déployait, valorisant l'ordre, la raison, la cohérence, le pouvoir et la sécurité »¹⁶². Cet univers de pensée, qui « forme le régime par défaut de la recherche universitaire comme des conversations de café », s'explique par la peur du chaos, « le facteur psychologique dominant l'écologie de la loi »¹⁶³. Le parcours auquel le philosophe nous convie est aussi provocateur que stimulant.

¹⁵⁷ Pierre MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris, 2005, p. 174.

¹⁵⁸ LENOBLE/OST (1980), p. 156. Cf. MADER (1985), p. 100.

¹⁵⁹ LENOBLE/OST (1980), p. 80.

¹⁶⁰ Boris MIRKINE-GUETZÉVITCH, « Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé », in : *Revue internationale de droit comparé*, 1949, p. 397 ss (cit. in : Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, 2014, p. 168).

¹⁶¹ Laurent DE SUTTER, *Après la loi*, Paris, 2018, p. 11.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ DE SUTTER (2018), p. 11 et 33 s.

Après la loi, « il y a le droit » ; ce droit qui est « la logistique de l'excès », « l'organisation chaotique des devenirs aberrants de l'individu »¹⁶⁴. Il y a aussi « la totalité de ce dont la loi a signé l'oubli ; il y a l'invention et le désordre, le savoir et l'exploration, la multiplicité et la singularité, les êtres et les choses, la force des gestes et celle des mots. [...] il y a l'anomie, l'anarchie, l'injustice, l'arbitraire, la casuistique, la magie, le récit, la religion, les rituels. [...] Il y a l'ensemble des moyens que les êtres humains ont inventés pour devenir plutôt qu'être. »¹⁶⁵ Ce faisant, l'aventure à laquelle Laurent DE SUTTER nous convie en réalité ne s'inscrit-elle pas en prolongement de celle de la mystification du droit à laquelle il donne implicitement raison ? Cette « totalité de ce dont la loi a signé l'oubli » est en fait au fondement même de la loi, traversée de mille soubresauts comme on l'a montré. Ce n'est donc pas ce dont elle *a signé* l'oubli, mais ce dont elle *veut faire signer* l'oubli. Le « droit » que DE SUTTER désire est en revanche l'exact négatif de celui de Kelsen : un droit qui rend au droit ses émotions, ses affects et sa magie – mais sa face sombre aussi : l'injustice, l'arbitraire.

d. *Raisonner le législateur : des espoirs déçus d'une « science exacte des lois » à l'amélioration des conditions d'une rationalité communicationnelle en matière législative*

Une quatrième posture possible consiste à rappeler le législateur aux exigences de la rationalité¹⁶⁶, fût-elle limitée¹⁶⁷. Tel était le programme des « sciences de la législation » entre le XVIII^e et XIX^e siècles où « [l]'idée d'une législation scientifique avait une capacité de séduction réelle aux yeux des contemporains, qui furent nombreux à vouloir contribuer à cette discipline nouvelle. »¹⁶⁸ L'idée a perduré au XX^e siècle. Tel était par exemple le message de Georges BURDEAU qui, conscient en 1939 déjà du danger de décrédibiliser tout l'édifice juridique, concluait à l'urgence de faire de la loi « l'objet de toutes nos sollicitudes » plutôt que de continuer à croire béatement à une loi mythiquement fondée en raison :

« la loi est une base de départ que l'on ne peut négliger sans risquer d'encourir le sort d'Icare [...] il est attristant de voir les juristes eux-mêmes s'associer à ce culte primitif de la vie, que, par vocation, ils devraient tenir pour un paganisme, aux rites duquel ils seront

¹⁶⁴ DE SUTTER (2018), p. 230.

¹⁶⁵ DE SUTTER (2018), p. 229.

¹⁶⁶ Cf. ci-dessous ch. 1.3.2.2.

¹⁶⁷ Sur la rationalité limitée, cf. ci-dessous ch. 1.3.2.2b.V.

¹⁶⁸ Denis BARANGER, *Penser la loi : essai sur le législateur des temps modernes*, Paris, 2018, p. 184. Un « rêve fou » selon AMSELEK (2018), p. 18, qui se réfère à François Gény.

d'ailleurs inévitablement sacrifiés [...] il est urgent de faire de la loi l'objet de toutes nos sollicitudes »¹⁶⁹.

On ressent cependant aujourd'hui une désillusion majeure, à la hauteur probablement des espoirs déçus qui ont été placés dans le projet scientifique. Jacques LENOBLE et François OST écrivaient en 1980, dans l'affirmation précitée¹⁷⁰, que « personne – les magistrats moins que quiconque – ne se fait d'illusions sur la scientificité ou le désintéressement des procédures de l'élaboration législative ». En 2018, selon le constitutionnaliste Denis BÉRANGER, « un tel label [une législation scientifique au sens où on l'entendait au XVIII^e et au XIX^e siècles] nous semble désormais étrange ou, pis encore, la marque d'une entreprise avortée. Personne ne prétend aujourd'hui croire à l'existence d'une telle science. Plutôt que des constructions théoriques, la législation est pour nous le terrain même de l'expérimentation et des réactions à chaud. Elle relève de la pratique, pour ne pas dire du désordre et du bricolage les moins satisfaisants intellectuellement. »¹⁷¹ Pourtant estime-t-il, « [n]ous légiférons beaucoup mais mal. Ne pas avoir de science de la législation demeure pour nous un problème non négligeable. Le prix que nous payons prend la forme de l'intervention correctrice, non moins problématique, de nos juges constitutionnels. Ce n'est pas un prix modique, car nous n'avons pas plus de science de la justice constitutionnelle que nous ne sommes parvenus à avoir de science du législateur. »¹⁷²

Le constat doit être nuancé. La légistique a précisément pour ambition de faire revivre cet idéal, mais en l'adaptant aux évolutions actuelles des théories scientifiques. Totalement obsolète, en effet, est aujourd'hui l'ambition d'une « science exacte des lois »¹⁷³. Le projet d'une loi raisonnée prend désormais un tour plus modeste : celui d'*améliorer les conditions de rationalité communicationnelle en matière législative* afin d'éclairer de manière plus transparente les choix du législateur¹⁷⁴ tout en garantissant une participation démocratique¹⁷⁵. On passerait ainsi cette « logistique de l'excès » que serait le droit selon Laurent DE SUTTER à une légistique de la mesure et de l'équilibre.

¹⁶⁹ Réf. cit. in : LENOBLE/OST (1980), p. 269.

¹⁷⁰ Cf. ci-dessus ch. 1.2.2.2b.

¹⁷¹ BARANGER (2018), p. 184.

¹⁷² BARANGER (2018), p. 306.

¹⁷³ Selon l'expression que BARANGER (2018), p. 185, utilise pour qualifier l'« Europe des Lumières législatives ».

¹⁷⁴ Cf. ci-dessus ch. 1.2.1.2b.1 Sur la légitimité démocratique d'une telle démarche de conseil au législateur, cf. SECKELMANN (2018), p. 217 ss.

¹⁷⁵ Cf. ci-dessous ch. 4.4.4.2.

1.2.3 Les défis de la raison législative

1.2.3.1 « Il faudrait des Dieux pour donner des lois aux hommes »

Rappeler le politique à agir de manière rationnelle n'est-il pas un raccourci aussi tentant que chimérique ? Plus réalistement – ou, selon le point de vue, plus cyniquement –, la manipulation des émotions du peuple n'est-elle pas « consubstantielle à l'art de gouverner ? » se demande par exemple l'éthicien Pierre LE COZ¹⁷⁶. Pour Jean-Jacques ROUSSEAU, « [i]l faudrait des Dieux pour donner des lois aux hommes »¹⁷⁷, mais ni les législateurs ni leurs électrices et leurs électeurs n'en sont. Ils sont simplement humains, avec leurs émotions et les biais cognitifs qui les habitent dans leurs processus de décision. « L'homme s'égare souvent », écrivait Pellegrino ROSSI en 1829, et il « faudrait que les législateurs et les juges ne fussent pas des hommes ; il faudrait qu'ils pussent apprécier toutes les imperfections de notre nature, sans y être eux-mêmes soumis ». Si la situation ainsi présentée paraît sans issue, elle doit pourtant selon lui bien trouver une solution :

« L'homme s'égare souvent, même par l'influence des passions nobles et généreuses. Que n'a-t-on pas raison de craindre, lorsque viennent conspirer avec elles les passions basses et méchantes, la colère de commande, la vengeance, la pusillanimité, l'ambition, le fanatisme ? Il faudrait que les législateurs et les juges ne fussent pas des hommes ; il faudrait qu'ils pussent apprécier toutes les imperfections de notre nature, sans y être eux-mêmes soumis. Le problème que présente l'administration de la justice humaine semble donc, au premier abord, impossible à résoudre ; cependant il ne peut pas rester sans solution »¹⁷⁸.

1.2.3.2 (Re)définir la rationalité à l'aune des sciences affectives

a. L'émotion rationnelle

Une manière d'aborder le problème pourrait résider dans la manière de (re)définir la rationalité en donnant aux émotions une nouvelle place plus constructive. L'opposition entre raison et émotion est excessivement binaire. « Il y a de la passion dans la raison », dit Laurent DE SUTTER, « et c'est cette passion dont il s'agit de se débarrasser si on veut aboutir à la loi ; en tant que telle, en revanche, la raison n'a aucune vocation à se priver de sa dimension passionnelle. »¹⁷⁹ Rappeler le législateur uniquement à la rationalité pure peut

¹⁷⁶ LE COZ (2014), p. 55.

¹⁷⁷ ROUSSEAU (1762), livre II, chapitre VII.

¹⁷⁸ ROSSI (1829), p. 2.

¹⁷⁹ Laurent DE SUTTER, *Après la loi*, Paris, 2018, p. 165.

s'avérer une pente glissante « s'il est vrai que le sommeil du cœur aussi engendre des monstres » selon la formule de Pierre LE COZ¹⁸⁰.

« La compassion, la pitié, la sympathie participent à une prise de décision équitable » rappelle Sylvain MARCHAND, qui rajoute que « [l]es juristes sans émotion deviennent des positivistes purs, dont la pensée mécanique peut justifier n'importe quelle atrocité, dès lors qu'elle s'inscrit dans le respect des sources de droit et de leur hiérarchie. »¹⁸¹

On retrouve là la critique de Pierre SCHLAG à l'égard de la déification de la raison affectant selon lui le système juridique étatsunien : la raison serait devenue un véhicule manipulateur en faveur du pouvoir dans le monde apparemment rationnel des opinions judiciaires, des lois et des principes juridiques¹⁸².

L'émotion peut être « rationnelle » comme l'ont montré les spécialistes des sciences affectives ; elle ne s'oppose pas frontalement à la raison¹⁸³. Il est préférable de les considérer comme deux grilles de lecture d'une même réalité : c'est faire un calcul rationnel que de rouler à droite sur les routes continentales alors qu'une lecture émotionnelle miserait sur la crainte d'un accident ou d'une sanction pénale pour assurer la légitimité de cette règle¹⁸⁴.

Sous ce nouvel angle, la raison a désormais pour rôle de repérer les émotions qui nous gouvernent inconsciemment ; elle n'a pas à vaincre celles-ci mais plutôt à identifier les « intrus affectifs »¹⁸⁵. Le défi consiste dès lors à apprendre à raisonner avec nos émotions¹⁸⁶. Pierre LE COZ suggère à ce propos un mouvement de *révision émotionnelle* où il importe de repérer puis de laisser toutes les émotions en jeu se réviser et se contre-réviser dans un libre jeu démocratique de sorte à faire régner la raison dans un processus de « décoloration émotionnelle »¹⁸⁷ ; ce qui suppose de se donner le temps d'une « suspension

¹⁸⁰ LE COZ (2014), p. 12.

¹⁸¹ Sylvain MARCHAND, *Le discours triomphant : manuel de rhétorique*, Genève/Zurich, 2018, p. 59 et 67. Cf. ég. PAPAUX (2009), p. 113 s.

¹⁸² Pierre SCHLAG, *The Enchantment of Reason*, Durham/Londres, 1998 (4^e de couverture).

¹⁸³ Klaus SCHERER, « Zur Rationalität der Emotionen », in : Rössner (éd.), *Der ganze Mensch*, Munich, 1986, p. 181 ss ; Antonio DAMASIO, *L'erreur de Descartes : la raison des émotions*, Paris, 1999 ; Jon ELSTER, *Alchemies of the Mind: Rationality and the Emotions*, Cambridge, 1999, p. 283 ss ; Susan BANDES, *The Passion of Law*, New York, 2000, p. 10.

¹⁸⁴ Alexandre FLÜCKIGER, « Pourquoi respectons-nous la soft law ? », in : *Revue européenne des sciences sociales*, vol. 57, n° 144, 2009, p. 77 ss, avec d'autres exemples.

¹⁸⁵ LE COZ (2014), p. 49.

¹⁸⁶ LE COZ (2014), p. 153 ss.

¹⁸⁷ LE COZ (2014), p. 77 et 164.

méditative »¹⁸⁸. Ne retrouve-t-on pas là le message de Georges BRAQUE, l'un des pères du cubisme, lorsqu'il écrivait :

« J'aime la règle qui corrige l'émotion. J'aime l'émotion qui corrige la règle » ?¹⁸⁹

b. La figure argumentative de l'appel à la raison

En pratique, on observera que l'opposition entre rationalité et émotion est fréquemment utilisée à des fins persuasives dans tout processus de décision, et pas seulement en politique ou en droit. Tenter d'appeler l'autre à la raison est en effet une figure rhétorique classique de la joute oratoire¹⁹⁰. Mais que signifie exactement « en appeler à la raison » dans un tel contexte ?

Il s'agit, à notre avis, de demander à l'autre de s'engager dans ce processus de décoloration émotionnelle en le rendant conscient de l'existence d'émotions opposées potentiellement capables d'apaiser les émotions qui le brûlent avant de décider : « celui qui appelle l'autre à la raison tente en fait de lui montrer qu'il existe d'autres émotions susceptibles de fonder sa décision qui doivent l'emporter ou que certaines émotions peuvent être apaisées. Les décisions qualifiées d'émotionnelles illustrent le propos. L'internement à vie des délinquants dangereux est émotionnellement fondé sur le dégoût et la peur du criminel pervers, sur l'empathie envers les victimes et la tristesse ainsi que la colère que celles-ci peuvent ressentir ; les mesures restrictives à l'égard des étrangers sont essentiellement fondées sur la peur de l'autre en raison de la dangerosité prétendue ou de la crainte que les indigènes perdent leurs emplois. Auprès de certains, ces émotions sont prépondérantes et l'emportent définitivement ; chez d'autres elles sont contrebalancées par des émotions soit semblables, mais dirigées autrement telles que l'empathie et la pitié envers le coupable, soit différentes tels que la joie de l'ouverture au monde ou le désir, plus calculateur (mais certainement pas plus < rationnel >), de disposer d'une main d'œuvre à bon marché. »¹⁹¹

1.2.3.3 L'argumentation émotionnelle : la possibilité d'une « noble émotion » ?

Le recours à l'argumentation émotionnelle peut-il se justifier selon le contexte ? Selon Pierre LE COZ, « le décideur politique doit se déterminer en fonction de la nature de l'homme, cet être d'imagination non moins que de raison.

¹⁸⁸ LE COZ (2014), p. 170.

¹⁸⁹ Guy ROBERT, « Hommage à Georges Braque », in : *Liberté*, 1973/15(5), p. 11 (réf. cit.).

¹⁹⁰ LE COZ (2014), p. 39 ss.

¹⁹¹ FLÜCKIGER (2009), p. 77 ss.

Face à un risque avéré, les statistiques sont indispensables mais ne sauraient suffire à rassurer. »¹⁹² Tout comme pour le « noble » mensonge platonicien¹⁹³, la question est de savoir dans quelles circonstances une *noble émotion* serait admissible.

La réponse est à chercher selon nous dans la qualité du processus de décoloration émotionnelle, et plus précisément de son équilibre. Si ce processus n'a pas encore eu lieu parce qu'une émotion unilatérale justifie la situation actuelle sans conscience d'autres émotions, la suggestion d'autres émotions va permettre ce libre jeu de balance. Les émotions qui justifient l'état de la situation actuelle (par exemple le plaisir de savourer des fraises bon marché en toute saison) ne méritent-elle pas d'être contrebalancées par d'autres émotions dont nous n'avons pas encore conscience (par exemple la mauvaise conscience face aux conditions sociales ou écologiques de leur production) ?

Pour Sylvain MARCHAND, la réponse est à chercher dans la combinaison du pathos et du logos : « Pas plus que le juge, l'électeur n'est un robot. L'émotion est une étincelle de l'âme, et non une corruption de l'intelligence. Le pathos et le logos ne sont pas deux ressorts distincts et concurrents de l'argumentation, dont le premier serait suspect et sournois, le second franc et rationnel. Ils se combinent, se complètent et s'enrichissent mutuellement dans le processus de formation des opinions. »¹⁹⁴

Dans le domaine écologique, le philosophe allemand Hans JONAS n'hésite pas à proposer de recourir aux émotions dans un but d'intérêt public : instrumentaliser la peur comme moteur de découverte (heuristique de la peur) parce que l'humanité peut se détruire, seul moyen pour faire réagir efficacement les êtres humains¹⁹⁵ :

« Il faut davantage prêter l'oreille à la prophétie de malheur qu'à la prophétie de bonheur. »¹⁹⁶ « La peur qui fait essentiellement partie de la responsabilité n'est pas celle qui déconseille d'agir, mais celle qui invite à agir ; cette peur que nous visons est la peur pour l'objet de la responsabilité »¹⁹⁷.

La peur devient ainsi un instrument de persuasion¹⁹⁸.

¹⁹² LE COZ (2014), p. 62.

¹⁹³ Cf. ci-dessus ch. 1.2.1.2b, en particulier la note de bas de page 95.

¹⁹⁴ MARCHAND (2018), p. 119.

¹⁹⁵ Nicolas HULOT/Robert BARBAULT/Dominique BOURG, *Pour que la terre reste humaine*, Paris, 1999, p. 111 s.

¹⁹⁶ Hans JONAS, *Le Principe responsabilité, Une éthique pour la civilisation technologique*, Jean GREISCH (trad.), Paris, 1995, p. 54 (édition originale 1979).

¹⁹⁷ JONAS (trad. 1995), p. 421.

¹⁹⁸ Bernard SÈVE, « La peur comme procédé heuristique et comme instrument de persuasion », in : Hottois (éd.), *Aux fondements d'une éthique contemporaine. H. Jonas et H. T. Engelhardt en perspective*, Paris, 1993, p. 107 ss.

Cette utilisation stratégique et persuasive des émotions est pourtant à *double tranchant* : est-il (plus) légitime de provoquer un climat anxigène pour des motifs écologiques que pour faire adopter des mesures sécuritaires dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ou de la régulation de la migration ? Si la réponse à cette question dépend éminemment des valeurs personnelles et des opinions politiques, elle devrait aussi s'ancrer dans la quête d'un certain équilibre qui résulte d'une mise en perspective de la problématique, en particulier en rapport avec les émotions relatives à la peur, toujours mauvaise conseillère si l'on se fie à la sagesse populaire.

Le géographe américain Jared DIAMOND propose ainsi d'apprendre des sociétés traditionnelles la notion de « paranoïa constructive » qu'il a pu observer en Nouvelle-Guinée. Il faut replacer le risque dans son contexte statistique pour ne pas aveugler notre processus de décision. Il faut apprendre à prioriser ses peurs en fonction des risques effectifs : la surcharge pondérale nous fait courir de plus grands risques que les voyages en avion.

« Le plus dangereux dans notre vie, ce sont les accidents domestiques et de voitures, la consommation d'alcool, de tabac ou de nourriture trop riche, etc. Des risques que nous avons l'illusion de maîtriser mais qui tuent beaucoup plus. Ce que les Guinéens m'ont appris, c'est de ne pas me préoccuper des terroristes ou des accidents nucléaires mais de me méfier, par exemple, de la chute, première cause d'infirmité, voire de décès, chez les personnes de mon âge. Le moment de la journée où je risque le plus ma vie est celui où je prends ma douche quotidienne. »¹⁹⁹

La *connaissance scientifique* reste donc indispensable au processus de « décoloration émotionnelle » que venons d'exposer. C'est à elle qu'il revient d'aider à démontrer les faits, les conséquences et les causalités des mesures qu'il s'agit de décider. Le psychologue Steve PINKER en fait la démonstration²⁰⁰. Cette connaissance est à la base de la démarche légistique comme nous le montrerons²⁰¹. Pour être rationnelle, l'émotion ne saurait se passer de méthode. Les lois prises sous le coup d'une émotion encore trop vive, non décolorée (*lois émotionnelles*) courent un double risque : celui d'être incapables de résoudre le problème de société qu'elles prétendent régler, et celui de produire des effets indésirables qui vont, en fin de compte, accentuer le problème²⁰².

La conclusion précédente ressemble fort à un appel à la raison : le législateur peut-il y être sensible ? Pellegrino ROSSI en était convaincu en 1829 à l'aurore des démocraties naissantes. Fustigeant les « égarements » spéculatifs des législateurs

¹⁹⁹ Jared DIAMOND, « De l'art de la paranoïa constructive », entrevue in : *Campus, Le magazine scientifique de l'Université de Genève*, n° 128, mars 2017, p. 36 ss.

²⁰⁰ Steve PINKER, *Le triomphe des Lumières : pourquoi il faut défendre la raison, la science et l'humanisme* (trad. Daniel Mirsky), Paris, 2018, p. 59 ss.

²⁰¹ Cf. ci-dessous ch. 2.3.4.

²⁰² Cf. ci-dessous ch. 2.1.2.1b.

de son temps, il fondait son espoir « là où la nation ne demeure pas étrangère à ses propres affaires, là où les élus du peuple coopèrent à l'œuvre de la législation nationale » :

« Mais si le législateur, en oubliant son rôle, s'aventure dans le champ de la spéculation ; si par l'ambition de créer il néglige les actes, les opinions et le langage de son peuple; s'il veut savamment expliquer ce qui est clair, substituer des abstractions à des faits, un langage particulier à la langue commune, il méconnaît les fonctions augustes dont il est revêtu. Au surplus, ces égarements sont peu redoutables là où la nation ne demeure pas étrangère à ses propres affaires, là où les élus du peuple coopèrent à l'œuvre de la législation nationale. »²⁰³

Gustave ROUSSET, en 1858, se donnait un siècle pour y parvenir.

« Pourquoi l'instinct et les rhéteurs tiennent-ils encore la plume lorsque la justice et la raison, qu'ils ne comprenaient pas, ont dépossédé le caprice, la superstition et l'ignorance, du droit de préparer les lois? Pourquoi? Parce qu'il faut du temps à la lumière pour percer les ténèbres, du temps à la vérité pour triompher de l'erreur et du temps au présent pour se délivrer des habitudes. [...] Mais ce qui doit être sera, un siècle n'est rien dans la vie des peuples. »²⁰⁴

Entre-temps, les recherches en sciences psychologiques et comportementales ont définitivement condamné l'espoir de trouver une rationalité pure qui guiderait les individus dans leurs décisions et leurs comportements. Tout comme notre œil peut être sujet à des illusions d'optique, notre cerveau est constamment victime d'illusions cognitives dont les biais doivent définitivement nous convaincre que la seule rationalité possible n'est que limitée²⁰⁵. Les législateurs, à l'image des êtres humains qui les composent, ne sont définitivement pas des dieux.

²⁰³ ROSSI (1829), p. 552.

²⁰⁴ ROUSSET (1858), p. 91.

²⁰⁵ Cf. ci-dessous ch. 1.3.2.2b.V et 3.3.5.2c.I.

1.3 La réponse légistique

1.3.1 L'émergence de la légistique

Si la réflexion sur les meilleurs moyens de faire les lois est probablement aussi ancienne que les critiques que celles-ci ont suscitées au cours des âges²⁰⁶, du Siècle des Lumières jusqu'au début du XX^e siècle, les auteurs ont été nombreux à revendiquer une science, un art ou une technique de la législation dans l'orbite des grandes codifications²⁰⁷.

En Suisse, si les préceptes de légistique formelle qu'Eugen HUBER a préconisés pour la rédaction du Code civil de 1907 résonnent aujourd'hui encore dans le Guide de la législation de la Confédération²⁰⁸, Walther BURCKHARDT, son doctorant, devenu directeur de la division de la législation du Département fédéral de justice et police, puis professeur, estimait en 1936 qu'il serait regrettable que les sciences juridiques se limitent à indiquer comment interpréter et appliquer une loi – incomplète, peu claire, c'est-à-dire imparfaite – et non comment faire une loi – sans défaut –, car la tâche essentielle de la pratique est de faire le droit et non de l'appliquer :

« Es wäre erbärmlich, wenn die Rechtswissenschaft nur vermöchte anzugeben, wie ein (unvollständiges, unklares, also mangelhaftes) Gesetz auszulegen und anzuwenden sei, nicht aber, wie ein Gesetz (mängelfrei) zu machen sei; denn die entscheidende Aufgabe der Praxis ist, das Recht zu setzen, nicht es anzuwenden. »²⁰⁹

²⁰⁶ Cf. ci-dessus ch. 1.2.1.1 et 1.2.1.3. On peut aisément remonter à PLATON qui suggérerait de confier aux gardiens des lois la mission de leur amélioration progressive (cf. ci-dessus ch. 1.3.2.1 et ch. 6.2.4.1a).

²⁰⁷ Denis BARANGER, *Penser la loi : essai sur le législateur des temps modernes*, Paris, 2018 ; Bernd MERTENS, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen*, Tübingen, 2004 (consacré aux auteurs du XVIII^e au XX^e siècle) ; Sigrid EMMENEGGER, *Gesetzgebungskunst: gute Gesetzgebung als Gegenstand einer legislativen Methodenbewegung in der Rechtswissenschaft um 1900: zur Geschichte der Gesetzgebungslehre*, Tübingen, 2006 ; DUPRAT Jean-Pierre, « Genèse et développement de la légistique », in : Drago (dir.), *La confection de la loi*, Paris, 2005, p. 11 ss ; Alexandre FLÜCKIGER, « Histoire de l'évaluation législative: originalité et postérité du censeur des lois de Gaetano Filangieri (1752-1788) », in : Le Quinio/Santolini (éd.), *Giuseppe Compagnoni, Gaetano Filangieri, Pellegrino Rossi: Trois précurseurs italiens du droit constitutionnel*, Paris, 2019, p. 387 ss [à paraître]. Cf. ég. ci-dessus ch. 1.2.1.1, et ci-dessous 6.2.4.1a.

²⁰⁸ Cf. ci-dessous ch. 5.3.3.2a.

²⁰⁹ Walther BURCKHARDT, *Methode und System des Rechts*, Zurich, 1936, p. 17 (cit. in : Lorenz ENGI, « Walther Burckhardt [1871-1939] », in : *ius.full*/2, 2009, p. 190).

En 1971, Kurt EICHENBERGER, décrit comme pionnier de la légistique helvétique²¹⁰, écrivait qu'il fallait exiger que les sciences juridiques établissent une légistique dans la mesure où le soin que celles-ci apportent à l'interprétation est tout aussi nécessaire à l'activité législative :

« Von der Rechtswissenschaft ist mit aller Deutlichkeit zu fordern, dass sie eine Rechtssetzungslehre ausbildet. Die Sorgfalt, die sie der Auslegung hat angedeihen lassen, ist ebenso nötig für die rechtssetzende Tätigkeit. »²¹¹

Le coup d'envoi définitif a été donné par le pénaliste bâlois Peter NOLL²¹², qui avec sa *Gesetzgebungslehre* parue en 1973²¹³ « ouvre définitivement la voie vers la constitution de cette nouvelle discipline »²¹⁴ qu'est devenue la légistique²¹⁵. En 1979 paraissent les ouvrages de René RHINOW et de Georg MÜLLER²¹⁶. Ce dernier

²¹⁰ « Pionier der Schweizer Rechtsetzungslehre » selon Benjamin SCHINDLER, « Rechtssetzungslehre: Der Beitrag von Kurt Eichenberger aus heutiger Sicht », in : Uhlmann (éd.), *Rechtsetzung und Verfassungsgebung: Kolloquium zu Ehren von Professor Kurt Eichenberger*, Zurich/Saint-Gall, 2013, p. 67 ss ; MADER (1985), p. 14.

²¹¹ Réf. cit. in : SCHINDLER (2013), p. 68.

²¹² MADER (1985), p. 13 s. (réf. cit.).

²¹³ NOLL (1973). Sur sa réception en *Allemagne*, cf. ci-dessus ch. 1.3.4.3, en particulier les ouvrages de HILL (1982), SCHNEIDER (1982) et KARPEN (1989) : cf. SECKELMANN (2018), p. 113 ss (avec réf. à d'autres auteurs encore) ; MONTORO CHINER/SOMMERMAN (2015). En Suisse, les premières *directives de technique législative* sont alors apparues sur le plan fédéral, cf. Andre GRAENI/Barbara HESS/Barbara UMIKER/Silvia FARDEL-ZIMMERMANN, « Eine Betrachtung der Checkliste der Eidgenössischen Justizabteilung », in : Eichenberger *et al.* (éd.), *Grundfragen der Rechtssetzung*, Bâle, 1978, p. 405 ss ; Reinhold HOTZ, « Weiterentwicklung der schweizerischen gesetzestechnischen Richtlinien », in : Kindermann (éd.), *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, Berlin etc., 1982, p. 152 ss (cit. in : MADER [1985], p. 21). Au Portugal, et de manière comparée, cf. João CAUPERS/Marta TAVARES DE ALMEIDA/Pierre GUIBENTIF, *Feitura das Leis: Portugal e a Europa*, Lisbonne, 2014.

²¹⁴ MADER (1985), p. 14 s.

²¹⁵ Sur *l'histoire de l'évaluation* dans le système politique suisse, mais – c'est à regretter en raison du caractère intrinsèquement interdisciplinaire de la démarche – sous l'angle restreint des politologues uniquement, cf. Thomas WIDMER, « Geschichte der Evaluation im schweizerischen politischen System », in : Sager/Widmer/Balthasar (éd.), *Evaluation im politischen System der Schweiz: Entwicklung, Bedeutung und Wechselwirkungen*, Zurich, 2017, p. 51 ss qui conclut à une bureaucratisation rampante de l'évaluation depuis les années 2010 qui briderait, à son avis, la créativité et l'innovation dans la discipline. Une étape importante a été le programme national de recherche « Effets des mesures étatiques » (PNR 27) et le rapport du groupe de travail « évaluation législative » (AGEVAL) institué par le chef du Département fédéral de justice et police en 1987 sur la base d'une décision du Conseil fédéral de 1986 (AGEVAL, *Mieux connaître les effets de l'action étatique : problèmes, possibilités, propositions*, Berne, 1991, p. 1).

²¹⁶ René RHINOW, *Rechtsetzung und Methodik: Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung*, Bâle/Stuttgart, 1979 ;

publiera en 1999 la première édition de son manuel de légistique (*Elemente einer Rechtssetzungslehre*)²¹⁷, précédé par Reinhold HOTZ (*Methodische Rechtsetzung: eine Aufgabe der Verwaltung*)²¹⁸ et Thomas FLEINER-GERSTER (*Wie soll man Gesetze schreiben? Leitfaden für die Redaktion normativer Texte*)²¹⁹.

La légistique devient alors progressivement une branche *enseignée* au niveau universitaire²²⁰.

En Suisse romande, après que Charles-Albert MORAND a posé dès les années 1980 les bases de la réflexion²²¹ qu'il ne cessera de développer au cours de sa carrière, Luzius MADER, son élève, a exercé une influence déterminante dans la consolidation de la discipline en publiant en 1985 une thèse de doctorat consacrée à l'évaluation législative²²² qui a eu un fort impact tant dans le monde scientifique que politique.

1.3.2 La définition et les fondements de la légistique

1.3.2.1 La légistique matérielle et la légistique formelle dans le cycle des politiques publiques

Contribuant à améliorer les conditions d'une rationalité communicationnelle dans le processus législatif, la *légistique* est une démarche méthodique de conception législative visant à assurer à la loi un impact optimal contribuant à résoudre au mieux le problème de société de manière pertinente, efficace et juste par une analyse objective du problème, une conception stratégique de ses instruments, une rédaction claire de son texte et un processus d'apprentissage à l'épreuve de la mise en œuvre.

La légistique tend à dépasser la méthodologie juridique classique *d'application du droit* dans la mesure où elle ne se limite pas à l'interprétation des règles existantes

-
- Georg MÜLLER, *Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung*, Bâle/Stuttgart, 1979.
- 217 3^e édition : MÜLLER/UHLMANN (2013).
- 218 Reinhold HOTZ, *Methodische Rechtsetzung: eine Aufgabe der Verwaltung*, Zurich, 1983.
- 219 Thomas FLEINER-GERSTER, *Wie soll man Gesetze schreiben? Leitfaden für die Redaktion normativer Texte*, Berne/Stuttgart, 1985.
- 220 Karine GILBERG/Cédric GROULIER (dir.), *Former à la légistique : Les nouveaux territoires de la pédagogie juridique*, Paris, 2018 ; Marta TAVARES DE ALMEIDA/Chris MOLL, « Legislative Training » in : Karpen/Xanthaki (éd.), *Legislation in Europe: a Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners*, Oxford/Portland, 2017, p. 257 ss ; Luzius MADER/Chris MOLL (éd.), *The Learning Legislator*, Baden-Baden, 2009.
- 221 Charles-Albert MORAND, « L'action du droit : prolégomènes pour une étude de la mise en œuvre des lois », in : *Recht als Prozess und Gefüge : Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag*, Berne, 1981, p. 93 ss.
- 222 MADER (1985).

mais examine d'un point de vue possiblement critique *le texte de loi* lui-même et de manière constructive puisqu'elle propose une méthode d'analyse et de conception. Elle n'a pas vocation à se substituer au politique, étant un auxiliaire, mais à *aider au choix des solutions* pour que puissent être choisies – par le politique – les solutions jugées les plus appropriées²²³. Elle n'exclut pas de recourir à d'autres moyens que la loi pour résoudre le problème de société ; bien au contraire, il s'agit d'apporter une réponse *sur la base de la loi*, et pas nécessairement *au moyen de la seule loi*, comme l'immense panoplie des outils à disposition de l'Etat le montre : la législation est là pour orchestrer la régulation. Enfin, cette méthode s'inscrit *dans le cadre juridique, démocratique et participatif* de l'Etat de droit ; ce qui implique un impact juste et non seulement efficace²²⁴.

La légistique se subdivise en une partie *matérielle* et une partie *formelle*. La première est là pour éclairer le législateur dans le choix des options législatives les plus appropriées pour résoudre au mieux un problème de société alors que la seconde contribue à communiquer le scénario régulateur retenu en un texte clair.

On notera que la distinction était déjà présente autour des années 1900 (« Gesetzgebungspolitik » vs « Gesetzgebungstechnik »)²²⁵.

La *légistique matérielle* se calque sur les phases du *cycle des politiques publiques*, dont on précisera que les variations au schéma-type sont aussi nombreuses que les politologues ayant écrit sur le sujet²²⁶ et dont on soulignera qu'il fait l'objet de critiques que nous ne développerons pas ici²²⁷. Selon ce schéma, on peut découper le processus législatif en deux grandes parties : une première de préparation et d'adoption de la loi (*légistique matérielle prospective*) et une seconde de mise en œuvre et de réexamen du texte (*légistique matérielle rétrospective*).

Les juristes ont proposé, depuis la fin du XIX^e siècle déjà, de suivre une telle démarche méthodique de conception des lois dont l'ordre exact des étapes et leur description a varié

²²³ Cf. ci-dessus ch. 1.2.1.2b la fonction de rationalité communicationnelle de la légistique.

²²⁴ Cf. ci-dessous ch. 1.3.3.2c.

²²⁵ Sigrid EMMENEGGER, *Gesetzgebungskunst: Gute Gesetzgebung als Gegenstand einer legislativen Methodenbewegung in der Rechtswissenschaft um 1900: zur Geschichte der Gesetzgebungslehre*, Tübingen, 2006, p. 60 ss. En France, cf. la position de François GÉNY ci-dessous ch. 5.2.2.

²²⁶ Cf. Frédéric VARONE, *Le choix des instruments des politiques publiques : une analyse comparée des politiques d'efficacité énergétique du Canada, du Danemark, des Etats-Unis, de la Suède et de la Suisse*, Berne etc., 1998, p. 12 s. ; KNOEPFEL/LARRUE/VARONE/SAVARD (2015), p. 50 ss ; WINDHOLZ (2018), p. 85 ss.

²²⁷ Pour une analyse historique critique et détaillée de la théorie du « policy cycle », ainsi que son application à la légistique, cf. SECKELMANN (2018), p. 135 ss. Pour une remise en question de la loi conçue comme mécanisme de résolution des problèmes, cf. NIGGLI (2011), p. 14 ainsi que les critiques adressées au droit conçu comme une ingénierie sociale ci-dessous ch. 1.3.3.2c.

selon les auteurs et les époques²²⁸. Cette incursion hors du champ classique du droit explique pourquoi la légistique nécessite une collaboration interdisciplinaire étroite entre juristes et non-juristes.

Cette distinction entre une phase prospective et rétrospective ne doit pas laisser l'impression que ces deux étapes seraient à séparer strictement et qu'elles seraient nécessairement linéaires. Au contraire, le défi consiste à *imbriquer* le plus intimement possible la légistique matérielle rétrospective dans la prospective – et inversement –, afin de favoriser une réelle dynamique d'apprentissage²²⁹, tout en étant conscient des limites inhérentes à n'importe quelle représentation schématique.

Le *Guide de législation fédérale* qualifie cette méthode de « cycle de résolution des problèmes » comprenant quatre phases : l'analyse de la situation initiale (ou du problème), la recherche des objectifs, la recherche des solutions, le choix des solutions comprenant l'évaluation de leurs effets ainsi que leur mise en œuvre²³⁰.

La Confédération s'inscrit en cela dans les recommandations concernant la politique et la gouvernance réglementaires que l'*OCDE* a édictées en 2012, posant clairement l'exigence d'une démarche légistique en engageant ses Etats membres à « adopter, pour la prise de décision réglementaire, un cycle continu, de la définition des objectifs de l'action publique à la conception de la réglementation et à l'évaluation. »²³¹

Dans l'*Union européenne*, la méthode est annoncée par la Commission qui se réfère explicitement, dans ses directives « Mieux légiférer », au cycle des politiques publiques (« policy cycle ») en lui conférant une nature prescriptive : « Better regulation covers the whole policy cycle – policy design and preparation, adoption, implementation (transposition, complementary non-regulatory actions), application (including monitoring and enforcement), evaluation and revision. For each phase of the policy cycle, there are a number of better regulation principles, objectives, tools and procedures to make sure that

²²⁸ Cf. Ernst ZITELMANN, *Die Kunst der Gesetzgebung. Auf Grund eines am 23. Januar 1904 in der Gehe-Stiftung zu Dresden gehaltenen Vortrages*, Dresde, 1904, p. 241 ss ; Hugo SINZHEIMER, *Theorie der Gesetzgebung*, Haarlem, 1948, p. 61 ss ; Peter NOLL, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek, 1973, p. 72 ss ; Werner HUGGER, *Gesetze, ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung: Ein Handbuch für Praxis und Studium Taschenbuch*, Baden-Baden, 1983, p. 108 ; Reinhold HOTZ, *Methodische Rechtsetzung: eine Aufgabe der Verwaltung*, Zurich, 1983, p. 292 ss ; MADER (1985), p. 23 ss et 35 s. ; MORAND (1999, *Le droit néo-moderne*), p. 18 s. ; Jean-Daniel DELLEY/Alexandre FLÜCKIGER, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », in : *Confection de la loi*, Paris, 2005, p. 83 ss ; Gunnar FOLKE SCHUPPERT, *Governance und Rechtsetzung. Grundfragen einer modernen Regelungswissenschaft*, Baden-Baden, 2011, p. 43. Sur le rattachement d'une telle démarche à la rationalité planificatrice et ses limites, cf. ci-dessous ch. 1.3.2.2b.IV.

²²⁹ Cf. ci-dessous ch. 6.2.1.3b.

²³⁰ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 68 et 106 ss.

²³¹ OCDE, *Recommandation du Conseil concernant la politique et la gouvernance réglementaires*, Paris, 2012, annexe, ch. 1.1.

the EU has the best policy possible. These relate to planning, impact assessment, stakeholder consultation, implementation and evaluation. »²³²

La *légistique matérielle prospective*, concrétisée par l'*analyse d'impact prospective ou ex ante* (Figure 2-2 ci-dessous²³³) se décline dans les phases suivantes : une phase *analytique* (analyse de l'impulsion, des données et de la pertinence du problème) ; une phase *téléologique* (évaluation et détermination des objectifs pertinents) et une phase *stratégique* (évaluation des moyens à disposition et détermination de l'option législative préférable).

La *légistique matérielle rétrospective* (concrétisée par l'*analyse d'impact rétrospective*, plus souvent appelée *évaluation rétrospective ou ex post* [Figure 6-1 ci-dessous²³⁴]) comprend une phase de *suivi* de la mise en œuvre et de *réexamen* après évaluation.

D'ordinaire, la *légistique formelle* (Figure 5-1 ci-dessous) s'introduit dans ce cycle des politiques publiques de manière très discrète, presque invisible, dans la case « adoption de la loi » sans autre précision méthodique²³⁵. Or la légistique formelle s'inscrit – ou plutôt devrait s'inscrire selon nous – en symbiose avec la légistique matérielle, qu'elle suit et précède tout la fois.

Nous proposons dès lors de *redessiner le cycle légistique* en y intégrant les étapes de la phase rédactionnelle du texte. Si l'on admet que la légistique comprend une part d'« art » comme composante, entendue comme un savoir-faire²³⁶, il est alors aisé de filer la *métaphore de l'architecture, de la sculpture ou de la littérature* dans la fabrication de la loi. Les politologues ont pour leur part très tôt adopté le terme de *design* pour désigner le processus de conception de politiques publiques efficaces²³⁷, suggérant implicitement d'allier à l'élégance formelle de la loi²³⁸ une finesse structurelle plus fonctionnelle. Nous nous inspirerons pour notre part de la définition donnée par les Encyclopédistes :

« L' *ébauche* est la première forme qu'on a donnée à un ouvrage ; l' *esquisse* n'est qu'un modèle incorrect de l'ouvrage même qu'on a tracé légèrement, qui ne contient que l'esprit de l'ouvrage qu'on se propose d'exécuter, & qui ne montre aux connoisseurs que la pensée de l'ouvrier. Donnez à l' *esquisse* toute la perfection possible, & vous en ferez un

²³² COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines*, Bruxelles, 2017, p. 5.

²³³ Cf. ch. 2.2.3.1.

²³⁴ Cf. ch. 6.2.1.1.

²³⁵ Cf. par exemple MORAND (1999, *Le droit néo-moderne*), p. 19.

²³⁶ Cf. ci-dessous ch. 1.3.2.3c.

²³⁷ Guy PETERS/Giliberto CAPANO/Michael HOWLETT/Ishani MUKHERJEE/Meng-Hsuan CHOU/Pauline RAVINET, *Designing for Policy Effectiveness: Defining and Understanding a Concept*, Cambridge, 2018, p. 2 et 6 (avec des références historiques remontant aux années 1950). Cf. é.g. ci-dessous ch. 3.1.1.

²³⁸ Sur l'élégance de la loi, cf. ci-dessous ch. 1.3.2.2b.II.

modèle achevé. Donnez à l'*ébauche* toute la perfection possible, & l'ouvrage même sera fini. »²³⁹

La phase de *légistique matérielle prospective* ayant pour fonction d'imaginer et de penser la loi, il est aisé de la comparer au *croquis* qui « est en Peinture une esquisse moins finie qu'elles ne le sont ordinairement. On dit *j'ai fait un croquis de cette idée*, c'est-à-dire j'ai jetté sur le papier une première pensée de cette composition. »²⁴⁰ L'analyse d'impact prospective donne en effet une première pensée du texte de loi future, dont l'esquisse sera progressivement affinée par le choc des plumes et des échanges oratoires en un ouvrage législatif. La légistique formelle poursuit le processus de création en en dessinant l'*esquisse*, l'*ébauche* puis finalement l'*ouvrage* avant d'en tester l'*usage* auprès des sujets de droit. On laissera le soin des éventuelles *retouches* ultérieures à la légistique matérielle dans sa seconde facette, l'analyse d'impact rétrospective.

Nous reprenons de la sorte l'image de PLATON qui concevait le législateur comme un peintre « incapable d'arrêter jamais ses retouches à un point où le tableau ne puisse plus gagner en beauté ni en expression »²⁴¹ et qui confiait aux conservateurs ou gardiens des lois la mission de les améliorer progressivement²⁴².

On tient à relever la *nature schématique* d'une telle description. En pratique, le processus d'esquisse, d'ébauche et d'adoption se répète de *manière itérative* à différentes phases du cycle selon des boucles de rétroaction à chaque fois spécifiques. Ainsi l'exercice de légistique matérielle rétrospective ne s'enclenche-t-il qu'à la suite de multiples itérations entre légistique matérielle prospective et légistique formelle en fonction de l'état d'avancement de la procédure (conception, rédaction, discussion, consultation interne et externe, délibération et adoption successives tant d'avant-projets que de projets de croquis conceptuels, d'esquisses normatives préliminaires, d'ébauches de textes normatifs jusqu'à la rédaction, discussion et adoption d'amendements au cours des débats parlementaires avant l'adoption du texte final).

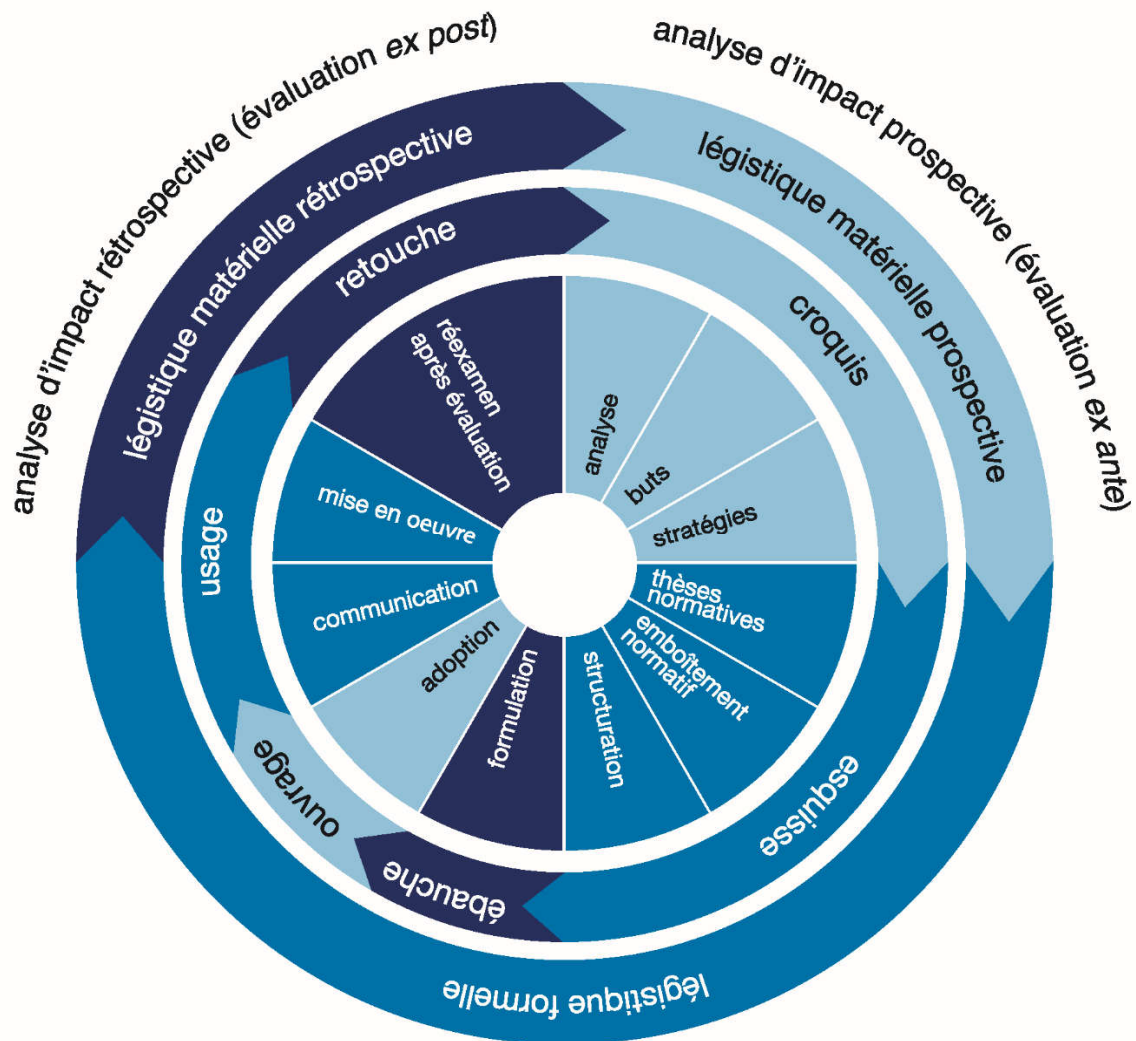
Une forme générale en *spirale* constellée de diverses boucles rétroactives en trois dimensions représenterait probablement de manière plus fidèle la réalité enchevêtrée du processus. Dans l'attente de la version holographique du schéma, on se contentera pour l'instant de l'esquisse rudimentaire suivante.

²³⁹ Denis DIDEROT/Paul LANDOIS/Jacques-François BLONDEL, « Ebauche, esquisse », in : Diderot/d'Alembert (dir.), *L'Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, tome 5, Paris, 1755.

²⁴⁰ Paul LANDOIS, « Croquis », in : Diderot/d'Alembert (dir.), *L'Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, tome 4, Paris, 1754.

²⁴¹ PLATON, *Les Lois* (trad. Edouard DES PLACES), in : Des Places, *Platon, Œuvres complètes*, Tome XI, 2^e partie : Les lois, Livres III-VI, Paris, 1951, livre VI, 769a et b.

²⁴² Cf. ci-dessous ch. 6.2.4.3a.

Figure 1-1 – Cycle légistique²⁴³

Si, avant de rédiger la loi, il faut l’imaginer et la penser, après l’avoir adoptée, il ne faut pas se contenter de l’admirer, mais vingt fois la remettre sur le métier afin de sans cesse la polir et la repolir au contact de la réalité, concluons-nous en paraphrasant Nicolas BOILEAU dans son *Art poétique* :

« Avant donc que d’écrire, apprenez à penser. Selon que notre idée est plus ou moins obscure, l’expression la suit, ou moins nette, ou plus pure. Ce que l’on conçoit bien s’énonce clairement, et les mots pour le dire arrivent aisément. [...] Hâtez-vous

²⁴³

Pour consulter le *début du cycle*, cf. ci-dessous Figure 2-2 – Phases de l’analyse d’impact prospective (légistique matérielle prospective), p. 164. Pour une *modélisation des impacts* dans le cadre de ce cycle, cf. ci-dessous Figure 2-1 – Diagramme d’intervention logique – Evaluation de la pertinence, p. 147, et Figure 4-5 – Diagramme d’intervention logique – modèle d’impacts, p. 476.

lentement, et, sans perdre courage, vingt fois sur le métier remettez votre ouvrage : polissez-le sans cesse et le repolissez. »²⁴⁴

1.3.2.2 *Le fondement de la loi en raison*

a. *Rationalité et raison*

Tout comme l'application de la loi connaît ses méthodes d'application, de nombreux auteurs, on l'a vu, ont suggéré des méthodes pour la confection des lois. Historiquement, celles-ci visaient la rédaction du texte de loi proprement dit (conceptualisation / généralisation / formalisation / systématisation). Cette perspective rédactionnelle (*légistique formelle*) a cependant paru très tôt insuffisante aux yeux de certains penseurs qui ont préconisé des méthodes pour la conception de la loi également (*légistique matérielle*)²⁴⁵.

Nous montrerons dans ce chapitre que ces méthodes sont l'expression de différentes conceptions de la rationalité, ayant elles-mêmes évolué au cours du temps. Si la définition de la rationalité est tout sauf univoque, on peut admettre que la légistique, matérielle, relève essentiellement d'une rationalité finalisée prise sous son angle de *rationalité instrumentale* (« Zweckrationalität ») selon la terminologie canonique de Max WEBER, soit l'adaptation des moyens aux fins. Nous tenons cependant à rappeler que la légistique, telle que nous la concevons, ne doit pas éluder la question des valeurs (*rationalité axiologique* [« Wertrationalität »]). Elle doit en effet s'inscrire dans un modèle participatif et démocratique tout en restant assujettie aux principes de l'État de droit et aux droits fondamentaux qu'elle contribue à concrétiser dans les faits²⁴⁶. Le modèle peut être complexifié si l'on comprend également la rationalité comme *capacité à exercer sa raison* ainsi que le philosophe Pascal ENGEL l'explique :

« il s'agit, d'une part, de ce que l'on peut appeler la rationalité comme compétence ou capacité à exercer sa raison, et, d'autre part, de ce que l'on peut appeler la rationalité quant aux buts ou aux fins. La rationalité quant aux buts se divise à son tour, selon la célèbre distinction de Max Weber, en deux catégories : la rationalité instrumentale (*Zweckrationalität*) ou adaptation des moyens au fins, et la rationalité des valeurs ou rationalité axiologique (*Wertrationalität*). Selon la première, un agent est rationnel s'il fait ce qui lui est utile et poursuit ses intérêts de manière appropriée. Selon la seconde, un agent est rationnel s'il obéit ou répond à certaines valeurs qu'il reconnaît. [...] La rationalité comme compétence est en général associée à la capacité à raisonner, et celle-ci à la capacité à user du langage. »²⁴⁷

²⁴⁴ Nicolas BOILEAU, *L'Art poétique*, Paris, 1674, chant I.

²⁴⁵ Cf. ci-dessus ch. 1.3.1.

²⁴⁶ Cf. ci-dessous ch. 1.3.3.2c. cf. ég. MADER (1985), p. 80.

²⁴⁷ Pascal ENGEL, « Est-il rationnel d'être rationnel ? », in : Blay (éd.), *Grand dictionnaire de philosophie*, Paris, 2003, p. 916 ss.

Le problème paraît simple, sauf que le « [l]es définitions de la < raison > sont sans doute aussi nombreuses que les philosophes, les variations s’observant tant à une époque donnée qu’au cours de l’évolution historique » indique Olivier CORTEN²⁴⁸. Nous y reviendrons²⁴⁹.

b. Un fondement rationnel évolutif

I. L’adaptation de la légistique à l’évolution des rationalités scientifiques

Max WEBER a montré comment l’administration de la justice s’était *progressivement rationalisée* depuis son origine magique et divine²⁵⁰. Pour lui, « [e]st inévitable la conception selon laquelle le droit est un appareil technique rationnel qui se transforme sous l’influence de considérations rationnelles en finalité et qui est dépourvu de tout contenu sacré. »²⁵¹ Après le stade logique, c’est-à-dire la loi conçue comme un théorème à appliquer au cas d’espèce, Jacques LENOBLE et François OST pressentaient en 1980 une phase d’administration scientifique de la justice dans laquelle « la loi s’apparente à une planification, le juge est un technicien, un < ingénieur social >, la procédure se rapproche plus de l’enquête et de l’expertise que du débat contradictoire »²⁵². En parallèle, la théorie du choix rationnel, prégnante en économie, a essaimé dans les autres sciences sociales, y compris dans le champ législatif. Les recherches en psychologie ont depuis montré qu’un tel modèle technico-scientifique ne fonctionnait pas comme la théorie l’espérait en raison des multiples biais émotionnels et cognitifs propres aux individus, amenant les légistes à se tourner

²⁴⁸ Olivier CORTEN, *L’utilisation du « raisonnable » par le juge international : discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, 1997, p. 449, se référant au dictionnaire de philosophie d’André LALANDE. Cf. ég. SECKELMANN (2018), p. 71ss sur les diverses conceptions des « rationalités » en droit et en politique.

²⁴⁹ Cf. ci-dessous ch. 1.3.2.2c.

²⁵⁰ Max WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922, p. 504, cit. in : LENOBLE/OST (1980), p. 146.

²⁵¹ COUTU (1995), p. 235, se référant à WEBER (1922), p. 513.

²⁵² LENOBLE/OST (1980), p. 147, se référant à André-Jean ARNAUD, « Le médium et le savant : signification politique de l’interprétation juridique », in : *Archives de philosophie du droit*, Paris, 1972, p. 165 ss. Pour un tableau complet de l’évolution des soubassements des méthodologies juridiques prenant appui sur les modèles des sciences exactes, physiques et de la nature, cf. CHAMPEIL-DESPLATS (2014), p. 47 ss. Sur le juriste comme ingénieur social, cf. David RESTREPO AMARILES, « Le droit comme instrument de progrès : sur l’idée d’ingénieur juridique », in : Bricteux/Frydman (dir.), *Les défis du droit global*, Bruxelles, 2018, p. 251 ss. Cf. ég. les critiques ci-dessous ch. 1.3.3.2c.

vers la psychologie du comportement pour les intégrer dans leurs modèles régulateurs²⁵³.

La science de la législation a en effet très tôt senti le besoin d'arrimer ses fondements rationnels en restant en phase avec l'évolution du débat épistémologique provoqué par le développement des sciences²⁵⁴.

L'exemple précédent de la loi comme planification est ainsi très connoté historiquement. Il ne fonctionne symboliquement qu'à une période précise : celle des Trente Glorieuses où la rationalité programmatique pouvait encore convaincre dans un environnement en constante croissance économique. Aujourd'hui elle ne fait plus guère illusion. La légistique de Peter NOLL, très remarquée en son temps (1973) et sur laquelle nous reviendrons, est devenue obsolète sur certains de ses aspects : qui croit aujourd'hui, dans nos démocraties occidentales, à la pertinence d'un super état-major que cet auteur préconisait, ayant pour fonction de déceler précocement les grands problèmes de société et de planifier à l'avance les lois pour résoudre ceux-ci ?²⁵⁵ Mais peut-être cette vision changera-t-elle dans le futur ?

Le développement technologique peut toutefois donner une nouvelle jeunesse à certains paradigmes que l'on croyait trop vieux. Ainsi la rédaction législative par des intelligences artificielles ou la reformulation des règles de droit de sorte à être codées en langage de programmation informatique pour permettre à un robot applicateur (administratif, judiciaire ou privé) de les mettre en œuvre automatiquement est de plus en plus sérieusement envisagée au fur et à mesure des progrès de l'intelligence artificielle. Le droit deviendrait (enfin ?) « intelligent » (« smart ») comme on voudrait nous le faire croire²⁵⁶.

II. Légiférer logiquement et élégamment

Logique – Se référer à la logique afin d'assurer la meilleure solution législative par une déduction syllogistique à partir de principes permet de s'affranchir du modèle du législateur charismatique : la loi ne s'apparente désormais plus à un oracle ; elle devient logique et « s'apparente à un théorème »²⁵⁷. On retrouve là la reconnaissance de l'univers mathématique

²⁵³ Cf. ci-dessous ch. 1.3.2.2b.V.

²⁵⁴ Dans ce sens, cf. CHAMPEIL-DESPLATS (2014), p. 9 ; Patricia POPELIER/Victoria VERLINDEN, « The Context of the Rise of Ex Ante Evaluation », in : Verschuuren (éd.), *The Impact of Legislation: A Critical Analysis of Ex Ante Evaluation*, Leyde, 2009, p. 15.

²⁵⁵ NOLL (1973), p. 75. Cf. ci-dessous ch. 2.2.2.1.

²⁵⁶ Cf. ci-dessous ch. 1.3.2.2b.VI.

²⁵⁷ Cf. LENOBLE et OST qui distinguent trois modèles de justice : le premier modèle est de type charismatique, le deuxième de type logique et le troisième de type scientifique (LENOBLE/OST [1980], p. 147).

comme modèle de la justice telle que PYTHAGORE la concevait²⁵⁸, projet poursuivi dès le XVII^e siècle par LEIBNIZ notamment²⁵⁹.

Dans ce sens, Gustave ROUSSET demandait en 1858 de soumettre les textes de loi à une « rédaction rationnelle »²⁶⁰ fondée sur la « logique », excédé qu'il était par un législateur poétique qui « chantait ses préceptes »²⁶¹, par le caprice, la violence, les « subtilités de la controverse scolastique », par l'ignorance, la superstition, la crainte ou l'enthousiasme qui fondaient « autrefois » la loi²⁶². La loi devait être selon lui une « expression exacte, mathématique » :

« Du style de l'écrivain au style du législateur, il y a l'épaisseur de la table d'airain qui supporte la société, son avenir et sa fortune ; la loi n'est donc pas une pensée vulgaire, elle ne peut être une phrase : c'est l'expression exacte, mathématique, si je puis ainsi dire, d'un rapport ; c'est une règle dont chaque mot, chaque point, chaque lettre doivent être réglés, pesés et taillés avec soin, comme un diamant. Rien n'y doit être arbitraire et sacrifié à la fantaisie. On peut donc admettre *à priori* et par comparaison, que l'architecture de la pensée doit avoir ses lois comme l'architecture de la pierre »²⁶³.

Pellegrino ROSSI ne disait pas autre chose en 1829. Pour établir une règle de droit, il faut, par le processus de généralisation de faits individuels, donner à l'esprit humain « le même secours [dans les lois] qu'on lui donne dans les sciences » :

« Dès qu'on veut établir une règle de droit, il faut sortir, par la généralisation, du chaos des faits individuels, et donner à l'esprit humain, dans les lois, le même secours qu'on lui donne dans les sciences. Mais l'ingénieur, l'artilleur qui appliquerait, sans tenir compte des circonstances du fait particulier, une formule générale de mécanique ou de balistique, se rendrait ridicule ou coupable. En serait-il autrement des ministres de la justice sociale ? »²⁶⁴

Ainsi le législateur est censé présenter un comportement linguistique rationnel (*rationalité linguistique*) à partir duquel les règles d'interprétation vont

²⁵⁸ LENOBLE/OST (1980), p. 370 ss.

²⁵⁹ CHAMPEIL-DESPLATS (2014), p. 59, qui cite de nombreux autres auteurs dont Christian WOLFF (p. 60 ss). Sur le « tournant mathématique » du droit chez les Anciens, cf. Alexandre DESRAMEAUX, « L'empire de la technique au royaume du droit », in : Desrameaux/Colonna d'Istria (dir.), *Penser la technique juridique*, Paris, 2018, p. 32 ss.

²⁶⁰ ROUSSET (1858), p. 6.

²⁶¹ ROUSSET (1858), p. 90, qui cite aussi Joseph-Pierre CHASSAN, *Essai sur la symbolique du droit précédé d'une introduction sur la poésie du droit primitif*, Paris, 1847, p. 8 s. : « Dans les premiers temps, le monde était plein de poésie [...] le droit ne s'écrivait pas encore, on le chantait. ». Sur ce thème, cf. Jean GAUDEMET, *Les naissances du droit : Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, 3^e éd., Paris, 2001, p. 11 ss, qui consacre dans sa première partie intitulée « un droit sans juristes » un chapitre nommé « poètes et philosophes disent le droit ».

²⁶² ROUSSET (1858), p. 90.

²⁶³ ROUSSET (1858), p. 92.

²⁶⁴ ROSSI (1829), p. 19.

s'appliquer²⁶⁵. Les principes de légistique formelle sont là pour le garantir, au moins à titre d'idéal, dans la mesure où les travaux contemporains en herméneutique ont montré les limites du modèle logique en droit²⁶⁶. Citons par exemple le théoricien du droit Chaïm PERELMAN, fondateur de la « Nouvelle Rhétorique », enseignant qu'« [e]n voulant réduire la logique à la logique formelle, telle qu'elle se présente dans les raisonnements démonstratifs des mathématiciens, on élabore une discipline d'une beauté et d'une unité indéniable, mais on néglige entièrement la manière dont les hommes raisonnent pour arriver à une décision individuelle ou collective. »²⁶⁷

Pierre MOOR a montré les limites de la rationalité « abstraite » à l'œuvre derrière l'application de la logique formelle. Le droit repose très souvent sur une rationalité « concrète », car la norme générale et abstraite est incapable de gérer des situations de pénurie, qui sont de plus en plus à l'agenda du législateur : « Les choses ne sont plus, si elles l'ont jamais été, indéfiniment reproductibles : elles sont en état de pénurie. [...] Toutes sortes d'utilisateurs se disputent la même ressource et en privent les générations futures. Ce qui est en jeu ne se renouvelle plus, mais est définitivement consommé. Du point de vue du politique, on va dès lors se retrouver pleinement dans une structure de justice salomonienne : un seul enfant pour deux mères possibles. C'est beaucoup plus compliqué que d'appliquer une loi, car on ne peut plus se contenter de se référer à des facteurs de décision prédéterminés abstraitement. On ne peut plus répéter identitairement, puisque chaque chose est convoitée et, une fois attribuée et consommée, va disparaître sans pouvoir se reproduire »²⁶⁸.

Élégance – De l'exigence de logique découle par ailleurs celle de l'*élégance de la loi*, élégance géométrique comme l'école du droit naturel du XVII^e siècle le préconisait (LEIBNIZ) ou élégance architecturale au XVIII^e siècle que l'on retrouve dans les métaphores de BLACKSTONE et MONTESQUIEU²⁶⁹. Pour PLATON, on le rappelle, le législateur est un peintre dont le tableau doit viser la beauté et l'expression²⁷⁰. Cette préoccupation, loin d'être futile, est au contraire significative de la rationalité juridique comme le défendent Jacques LENOBLE et François OST de manière convaincante :

²⁶⁵ Sur ce point, cf. LENOBLE/OST (1980), p. 138, qui se réfèrent à BOBBIO, NOWAK et ZIEMBINSKI.

²⁶⁶ Cf. ci-dessous ch. 5.2.1.

²⁶⁷ Chaïm PERELMAN, *Justice et raison*, Bruxelles, 1963, p. 222.

²⁶⁸ Pierre MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris, 2005, p. 58 ss.

²⁶⁹ LENOBLE/OST (1980), p. 250 (réf. cit.). Voir également Rémy CABRILLAC, « Le recours à la métaphore architecturale en droit : l'exemple du Code civil, intervention au colloque « Droit et architecture » du 11 avril 2013 », in : Signorile (dir.), *Droit et architecture : reconsidérer les frontières disciplinaires, leurs interactions et leurs mutations*, Aix-en-Provence, 2014, p. 101 ss (cit. in : Boris BARRAUD, *Théories du droit et pluralisme juridique : les théories dogmatiques du droit et la fragilité du pluralisme juridique*, tome 1, Aix-en-Provence, 2016, p. 517).

²⁷⁰ Cf. ci-dessus p. 37.

« l'élégance apparaît bien comme une exigence significative de la rationalité juridique, polarisant d'emblée les procédures heuristiques grâce auxquelles s'élaborent les prémisses elles-mêmes du raisonnement. [...] L'élégance juridique est en quelque sorte la face visible, offerte à la contemplation et objet de jouissance, de la rigueur logicienne caractéristique de la rationalité juridique. »²⁷¹

Pour certains, l'élégance revêtirait également une beauté fonctionnelle, plus technicienne, s'appliquant par conséquent également à la *légistique matérielle* : serait élégante « la solution ou l'institution traduisant une correcte adaptation des moyens aux fins »²⁷² ; une beauté intérieure, autrement dit. Les politologues usent volontiers du mot *design* pour décrire le processus de conception d'une politique publique, alliant ainsi la fonctionnalité de l'objet à son élégance²⁷³, laissant néanmoins transparaître une assimilation – discutable – des politiques publiques et des lois qui les sous-tendent à des produits.

Sur ce point, Michel VILLEY est d'une opinion critique : « Depuis trois siècles, dit Max WEBER, l'histoire de l'Occident est un processus effréné de *rationalisation*, d'extension généralisée des procédures de la science moderne à tous les secteurs de la vie. L'effet n'en est pas que bénéfique. On le constate en architecture, où nos bétonneuses n'accèdent point à la *beauté* des cathédrales. »²⁷⁴

Si l'idéal d'élégance demeure aujourd'hui en *légistique formelle*²⁷⁵, il est mis à rude épreuve, particulièrement dans les domaines techniques. Pourrait-on aujourd'hui toujours comparer la section de législation du Conseil d'Etat belge à un « institut de beauté législative » comme CARTON DE WIART le faisait en 1937²⁷⁶ ?

Et c'est peut-être là que l'on atteint – mais sans oser se l'avouer vraiment, tant l'élégance et le *design* paraissent choses futiles – le cœur de la légistique : l'amour en réalité de la *belle loi*, masqué sous la parure protéiforme de la « bonne » loi²⁷⁷.

²⁷¹ LENOBLE/OST (1980), p. 249. Sur la beauté dans l'énonciation législative du droit, cf. Stéphane BERNATCHEZ, « Oh ! le beau droit. La pertinence du jugement esthétique pour le jugement juridique. », in : *Les Cahiers de droit*, vol. 58/1-2, 2017, § 8, citant Anne TEISSIER-ENSMINGER, *La fortune esthétique du Code civil des Français*, Paris, 2004.

²⁷² LENOBLE/OST (1980), p. 250, se référant à Peter STEIN, « Elegance in Law », in : *The Law Quarterly Review*, vol. 77, Londres, avril 1961, p. 242 ss.

²⁷³ Cf. ci-dessus p. 36.

²⁷⁴ Michel VILLEY, *Philosophie du droit, Définition et fins du droit, Les moyens du droit*, Paris, 2001, p. 327.

²⁷⁵ Tout en sachant que la notion d'élégance est disputée comme l'appréciation opposée de STENDHAL et de FLAUBERT à propos du Code civil le montre (cf. ci-dessous ch. 5.1). Cf. cependant l'opinion de Marie Theres FÖGEN, ci-dessous note 3071.

²⁷⁶ Réf. cit. in : LENOBLE/OST (1980), p. 249, note de bas de page 43.

²⁷⁷ Sur la recherche de la « bonne » loi, cf. ci-dessous ch. 1.3.3.2b.

Et lorsque la Constitution, loi des lois, n'est pas belle, un imperceptible sentiment de regret mélancolique semble poindre sous la plume de l'éminent constitutionnaliste qu'est Jean-François AUBERT, même si celui-ci refuse de l'admettre formellement : « notre Constitution [de 1874] n'est pas belle » et « cependant cette difformité ne nous déplaît pas », car « elle n'a pas empêché notre régime d'être stable et notre nation heureuse. Après tout, n'est-ce pas cela qui importe ? » écrivait-il en 1967 dans une conclusion qui nous paraît avoir été livrée en guise de consolation nostalgique : quelle aurait été en effet son appréciation si, dans une expérience de pensée, la Suisse avait dû, sous l'effet de circonstances extérieures non imputables au régime constitutionnel, sombrer dans le chaos sous l'empire de cette Constitution difforme ?²⁷⁸

Et c'est peut-être également cette attente de la belle loi qui explique l'incessante critique que doit subir la loi depuis ses origines même²⁷⁹ ; idéal définitivement inaccessible, étourdis que nous sommes aujourd'hui par l'accumulation non maîtrisable des sources juridiques les plus hétéroclites²⁸⁰.

III. Légiférer expérimentalement

En réaction à la rationalité logico-déductive qu'ils trouvaient trop abstraite pour décrire le droit dans la réalité de sa dynamique, de nombreux juristes ont proposé dès la fin du XIX^e siècle de concevoir le droit comme une science expérimentale dans la lancée de Claude BERNARD²⁸¹.

Ce dernier en a exposé les principes de base en 1865 dans son « Introduction à l'étude de la médecine expérimentale » : observation d'un fait, formulation d'une hypothèse explicative et expérimentation pour tester la valeur de l'hypothèse²⁸².

Le plus fameux d'entre eux est certainement François GÉNY qui rejette le « fétichisme de la loi écrite et codifiée »²⁸³. Ce dernier limite toutefois son analyse à l'activité juridictionnelle et non à celle des textes législatifs²⁸⁴. Emile DE

²⁷⁸ Cf. ci-dessous ch. 5.2.3 *i.f.*, p. 529 (réf. cit.).

²⁷⁹ Cf. ci-dessus ch. 1.2.1.3.

²⁸⁰ Sur la croissance normative et les tentatives de la stopper, cf. ci-dessous ch. 1.3.3.4.

²⁸¹ Cf. CHAMPEIL-DESPLATS (2014), p. 36 et p. 88.

²⁸² LENOBLE/OST (1980), p. 308 ss.

²⁸³ François GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1919 (cit. in : OST/VAN DE KERCHOVE [2002], p. 434).

²⁸⁴ François GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, 1913, p. 23 (cit. in : CHAMPEIL-DESPLATS (2014), p. 88). On mentionnera parmi les précurseurs de la « libre recherche scientifique » de GÉNY, Rudolf VON JHERING qui a donné le ton dès 1872 dans *Lutte pour le droit* et *L'évolution du droit* ainsi que la jurisprudence des intérêts (*Interessenjurisprudenz*) de Philipp HECK à la place de celle des concepts (*Begriffsjurisprudenz*) (cit. in : OST/VAN DE KERCHOVE [2002], p. 434 ss) ; cf. Michel BUERGISSE, « Intérêt », in : Buergisser et al. (éd.), *Contributions genevoises au dictionnaire de théorie du droit et de sociologie juridique (dictionnaire d'Eguilles)*, Travaux CETEL, n° 30, Genève, 1987, p. 2 ss.

LAVELEYE, économiste et pionnier du socialisme en Belgique, propose en revanche d'appliquer en 1871 cette nouvelle rationalité aux lois – qui sont une « affaire de science et d'observation » écrit-il – et de s'affranchir de la logique syllogistique. Il voit la source du droit dans la science et propose de déléguer à des spécialistes le soin de découvrir « les meilleures lois possibles » de la même façon que l'on délègue à des techniciens la construction des chemins de fer :

« Lorsqu'on admet que les lois sociales et politiques sont, comme les lois mathématiques, affaire de science et d'observation, le syllogisme de Sieyès perd toute valeur. Le XVIII^e siècle invoquait sans cesse la volonté comme source du droit, le XIX^e parle plus souvent de science. J'estime qu'il a raison. Un peuple sensé dira : Je veux être gouverné par les meilleures lois possibles ; comme je suis incapable de les découvrir, je nommerai à cet effet des gens spéciaux, de même que, pour avoir des chemins de fer, je m'adresse à des ingénieurs, et ces législateurs que je nommerai, je les distribuerai en une ou en deux chambres, suivant le système que l'expérience aura fait connaître comme le plus convenable à la confection de bonnes lois. »²⁸⁵

Jean CRUET développera cette proposition à l'adresse du législateur en 1908. Il prie ce dernier non seulement d'accepter la « collaboration de la coutume et de la jurisprudence » à la loi mais « lorsqu'il veut faire œuvre de création juridique » – le propos est d'une grande modernité – de « procéder, comme la nature, par retouches, et par tâtonnements » :

« La loi est une règle faite pour toujours, mais, afin de rester vivante, elle doit sans cesse évoluer. Nous n'avions pas tort de parler d'une antinomie logiquement irréductible. Mais cette antinomie s'atténue pratiquement au point de disparaître, si le législateur accepte de bonne grâce la collaboration de la coutume et de la jurisprudence, et s'il sait d'autre part, lorsqu'il veut faire œuvre de création juridique, procéder, comme la nature, par retouches, et par tâtonnements, et, comme elle, aller du détail au principe, du particulier au général, de la variété à l'uniformité. »²⁸⁶

Le législateur qui tâtonne et retouche : la formule était certainement trop audacieuse pour son époque, ébranlant d'un coup de griffe la majesté immuable des tables de la loi gravées dans un marbre trop parfait. Aujourd'hui, elle est avalisée, formalisée et institutionnalisée dans le cadre même de l'*analyse d'impact législative rétrospective*, un processus d'apprentissage par l'expérience²⁸⁷ ainsi que sous la forme des *lois expérimentales*²⁸⁸ ou des *lois crépusculaires* (lois temporaires dont la prorogation est sujette à réévaluation)²⁸⁹.

Depuis lors, à la suite des recherches en épistémologie, les travaux de Gaston BACHELARD et de Karl POPPER notamment ont démontré que la démarche

²⁸⁵ Emile DE LAVELEYE, « Des formes de gouvernement dans la société moderne », in : *Revue des deux mondes*, vol. 96, Paris, 1871, p. 69.

²⁸⁶ CRUET (1908), p. 304.

²⁸⁷ Cf. ci-dessous ch. 6.2.1.3.

²⁸⁸ Cf. ci-dessous ch. 6.2.4.3c.

²⁸⁹ Cf. ci-dessous ch. 6.2.4.3b.

expérimentale n'était peut-être pas garante d'une objectivité des sciences exactes aussi parfaite qu'on aurait pu l'espérer (perception comme obstacle à l'observation empirique, nécessité d'interpréter le réel, théories provisoirement tenues pour vraies, etc.)²⁹⁰.

La démarche expérimentale présente cependant un intérêt politique susceptible d'être utilisé stratégiquement : celui de favoriser l'adoption de nouvelles solutions législatives en *habituant les citoyens et les citoyennes à de nouvelles règles par l'expérience*. Bien plus tôt, MACHIAVEL et BENTHAM avaient déjà thématiqué chacun de leur côté cette nécessité, de manière plus intuitive, pour faire changer les lois existantes²⁹¹.

IV. Légiférer programmatiquement et managérialement

Avec le développement de l'Etat providence et de l'Etat interventionniste, la loi devient un véritable instrument d'action à disposition de l'Etat pour atteindre des fins d'intérêt public²⁹².

Cette transformation de l'Etat amorcée au XIX^e siècle déjà au grand dam des représentants du mouvement libéral tels que Frédéric BASTIAT en 1850 dans son ouvrage *La loi* : « Ici je me heurte au plus populaire des préjugés de notre époque. On ne veut pas seulement que la Loi soit juste ; on veut encore qu'elle soit philanthropique. On ne se contente pas qu'elle garantisse à chaque citoyen le libre et inoffensif exercice de ses facultés, appliquées à son développement physique, intellectuel et moral ; on exige d'elle qu'elle répande directement sur la nation le bien-être, l'instruction et la moralité. C'est le côté séduisant du Socialisme. »²⁹³

Cette articulation entre fins et moyens, que nous rencontrons chez ARISTOTE déjà²⁹⁴, a très tôt fait l'objet de théorisations, tant dans le domaine militaire qu'économique sous la forme de stratégies, de plans et de programmes ; le XX^e siècle constituant probablement l'âge d'or de la planification²⁹⁵. Dans le domaine de la législation, Ernst ZITELMANN a théorisé en 1904 déjà, dans *Die Kunst der Gesetzgebung*, qu'il revenait au législateur de mettre en exergue les buts visés, de choisir les différents moyens de l'atteindre et d'en évaluer les effets²⁹⁶ :

²⁹⁰ Pour une analyse du débat épistémologique dans ce sens appliqué à la science du droit, cf. par exemple LENOBLE/OST (1980), p. 305 ss.

²⁹¹ Cf. ci-dessous ch. 3.3.4.2 et 6.2.4.3c.III.

²⁹² MORAND (1999, *Le droit néo-moderne*), p. 55 ss.

²⁹³ Frédéric BASTIAT, *La loi*, Paris, 1850, p. 25 ss.

²⁹⁴ Cf. ci-dessous ch. 1.3.3.2c, en particulier les notes de bas de page 528 et 529.

²⁹⁵ Alexandre FLÜCKIGER, *Le régime juridique des plans : l'exemple du plan de gestion des déchets*, Berne, 1996, p. 2 s.

²⁹⁶ MERTENS (2004), p. 44 ss.

« Distinguons tout d’abord l’aspect matériel : de quelle manière le législateur trouve-t-il le contenu des lois ? On le voit spontanément : toute législation utilise des ordres et des interdictions pour influencer le comportement des individus dans une certaine direction. Le travail législatif est donc une activité finalisée : elle consiste à fixer certains buts et à choisir les moyens de les atteindre. »²⁹⁷ « Le moyen doit correspondre au but ; il doit ainsi avoir une influence déterminante sur la réalité. »²⁹⁸

On retrouve cette méthode finalisée en germe²⁹⁹ chez Wilhelm VON HUMBOLDT dans *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen* publié en 1851³⁰⁰.

Le pénaliste Peter NOLL, dans sa *Gesetzgebungslehre* parue en 1973, s’est inspiré du modèle finalisé d’Ernst ZITELMAN³⁰¹ qu’il a développé en une véritable théorie de la *planification* : le problème est analysé, les objectifs précisés, les instruments évalués et choisis de manière coordonnée, la stratégie mise en œuvre puis évaluée. On retrouve là, au cœur de la légistique matérielle, les éléments constitutifs de toute planification³⁰². NOLL proposait même d’institutionnaliser le processus de planification en instaurant un « immense état-major qui aurait eu pour fonction de déceler assez tôt les grands problèmes sociétaux et de planifier dans le temps l’adoption des lois susceptibles de les résoudre. »³⁰³

On notera en passant que c’est exactement la mission du *censeur des lois* telle que proposée par Gaetano FILANGIERI dans *La scienza della legislazione* paru en 1780 : identifier les problèmes sociaux, décrypter les causalités et articuler les moyens pour y remédier³⁰⁴.

La législation devient un phénomène dynamique susceptible d’être géré dans le cadre des sciences de la décision et de la gestion. Le rapport avec la *démarche expérimentale* est patent : la loi comme « une expérience sans cesse renouvelée, en apprentissage permanent »³⁰⁵. Peter NOLL le reconnaissait explicitement en posant une exigence d’observation continue des effets des lois et de correction de celles-ci sur la base des expériences ainsi accumulées :

²⁹⁷ ZITELMANN (1904), p. 7 (traduction personnelle).

²⁹⁸ ZITELMANN (1904), p. 10 (traduction personnelle). Cf. ég. EMMENEGGER (2006), p. 161.

²⁹⁹ MERTENS (2004), p. 45.

³⁰⁰ Wilhelm VON HUMBOLDT, *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen*, Wrocław, 1851, p. 186. Cf. ég. p. 169.

³⁰¹ NOLL (1973), p. 72.

³⁰² FLÜCKIGER (1996, *Le régime juridique des plans*), p. 54.

³⁰³ MORAND (1999, *Le droit néo-moderne*), p. 21, résumant NOLL, p. 75.

³⁰⁴ Gaetano FILANGIERI, *La science de la législation* (trad. Jean Antoine GAUVIN-GALLOIS), 2^e éd. revue et corrigée (Dufart), Paris, 1798-1799 (1^{re} parution à Naples en 1780 sous le titre *Scienza della legislazione*). Cf. ci-dessous ch. 6.2.4.1a.

³⁰⁵ Alexandre FLÜCKIGER, « La planification : un mode de rationalité dépassé pour la légistique ? », in : Morand (éd.), *Légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence, 1999, p. 121.

« Der Gesetzgeber wird sich stets damit abfinden müssen, dass seine Entscheidungen immer experimentellen Charakter haben. Selbst wenn prognostische Techniken besser entwickelt wären, als sie es sind, würden dauernd neue Kausalfaktoren einfließen, deren künftiges Zusammenspiel nie auf Dauer absehbar ist. Darum ist es wichtig, die Auswirkungen der bestehenden Gesetze ständig zu beobachten und gleichzeitig das Verfahren offenzuhalten für Korrekturen der Entscheide, die auf den verwerteten Erfahrungen beruhen. »³⁰⁶

François OST et Michel VAN DE KERCHOVE montrent comment on est passé d'un régime de « *nomocratie* » à celui d'une « *téléocratie* » – d'un pouvoir des normes (« *Wertrationalität* » chez Max WEBER ou *cosmos*, *i.e.* les règles propres aux ordres spontanés chez HAYEK) à un pouvoir des buts (« *Zweckrationalität* » chez WEBER ou *taxís*, *i.e.* les plans de bataille propres aux ordres arrangés chez HAYEK)³⁰⁷ :

« Ces politiques publiques, traduites dans de vastes *programmes finalisés*, s'incorporent les lois (ainsi que des normes empruntées à d'autres domaines sociaux, selon un principe nouveau d'*internormativité*), les instrumentalisant à leur service »³⁰⁸.

Dès les années 1980, coïncidant avec l'émergence du néo-libéralisme, la programmation se fait moins directrice et plus managériale. « La théorie du droit d'inspiration néo-libérale de N. Luhmann et G. Teubner [...] qualifiera de « réflexif » l'État ainsi cantonné dans une fonction de bons offices », rappellent OST et VAN DE KERCHOVE³⁰⁹. De finalisés, les programmes deviennent « relationnels », faisant une large place à la négociation, à la contractualisation, à l'autorégulation, à l'évaluation de l'efficacité et de l'efficience, au droit souple et aux instruments de marché, aboutissant, comme le suggère Charles-Albert MORAND, à l'émergence d'un « droit néo-moderne des politiques publiques »³¹⁰.

De rigide, directrice, technocratique et centralisée, la planification s'est dans ce mouvement assouplie, démocratisée. Au modèle linéaire succède un modèle récursif où les étapes sont en ajustement mutuel, réciproque et permanent, bien plus adapté à l'ère de la gouvernance³¹¹. Le mot lui-même de « plan » s'est effacé au profit des conceptions globales, de programmes d'action, de lignes directrices, de stratégies, de livres verts ou blancs, de feuilles de routes, etc.³¹² De directrice,

³⁰⁶ NOLL (1973), p. 96.

³⁰⁷ OST/VAN DE KERCHOVE (2002), p. 147.

³⁰⁸ OST/VAN DE KERCHOVE (2002), p. 146.

³⁰⁹ OST/VAN DE KERCHOVE (2002), p. 152.

³¹⁰ Sur les passages successifs du droit de l'État providence, de l'État propulsif, de l'État réflexif à celui de l'État incitateur, cf. MORAND (1999, *Le droit néo-moderne*), p. 53 ss.

³¹¹ FLÜCKIGER (1999), p. 131 ss. Sur les caractéristiques de cette nouvelle période, cf. ci-dessous ch. 1.3.3.1 et 3.3.

³¹² Cf. ci-dessous ch. 3.5.2.1.

la planification a évolué vers un modèle de *planification émergente*, selon la conception d'Henry MINTZBERG, économiste canadien³¹³.

La planification émergente est « une planification dont la structure finale émerge d'un état initial où rien ne laissait présager la nouvelle règle d'arrangement ; une planification prenant en compte au fur et à mesure de sa mise en œuvre les phénomènes qui insensiblement émergent de manière non délibérée et qui, progressivement, convergent en une sorte de cohérence organisée en partie de manière endogène, en partie structurée par l'extérieur. »³¹⁴

Appliquée au processus législatif, pareille évolution est déroutante³¹⁵. Elle implique en effet d'être ouvert aux conséquences non-intentionnelles des stratégies, de modérer les espoirs habituellement placés en la planification en termes de maîtrise et de contrôle de l'évolution future et d'intégrer une bonne part d'improvisation³¹⁶. Elle impose une pensée complexe articulée autour de la notion systémique d'émergence, de l'idée cybernétique de rétroaction ainsi que du concept d'auto-organisation³¹⁷. Elle conduit à se défaire de la conception kelsénienne de création hiérarchisée du droit puisqu'elle impose de reconnaître que la loi émerge graduellement de manière expérimentale par essais et erreurs dans un contexte de dilution des pouvoirs³¹⁸. Elle conduit à repenser la notion même d'efficacité³¹⁹. Le programme est ambitieux, car il met à rude épreuve les mécanismes classiques de légitimation démocratique de l'Etat de droit par la loi. N'est-il pas inéluctable dans un monde où la loi à elle seule ne paraît plus capable de « faire la loi » ?

Les théories de la *gestion* et du *management* ont aussi été appliquées à la législation comme instrument de gouvernance dans ce même but de rationali-

³¹³ Henry MINTZBERG, *Grandeur et décadence de la planification stratégique* (trad. Pierre ROMELAER), Paris, 1994, p. 40 ss.

³¹⁴ FLÜCKIGER (1999), p. 134 ; Alexandre FLÜCKIGER, « Management territorial et droit < post-moderne > : la planification < émergente > », in : Decoutère/Ruegg/Joye (éd.), *Le management territorial : pour une prise en compte des territoires dans la nouvelles gestion publique*, Lausanne, 1996, p. 272.

³¹⁵ Cf. la conclusion de notre article sur la nécessité d'un nouveau modèle de planification pour la légistique (FLÜCKIGER [1999], p. 136).

³¹⁶ Dans ce sens, sur la nécessité d'une pensée improvisatrice dans la planification, en filant la métaphore de l'improvisation en jazz, cf. Olivier SOUBEYRAN, *Pensée aménagiste et improvisation : l'improvisation en jazz et l'écologisation de la pensée aménagiste*, Paris, 2014, p. 183 ss ; FLÜCKIGER (1996, « Management territorial »), p. 254 ss.

³¹⁷ Edgar MORIN, *Science avec conscience*, Paris, 1990, p. 258 ss ; Helmut WILLKE, *Supervision des Staates*, Francfort-sur-le-Main, 1997, p. 284.

³¹⁸ FLÜCKIGER (1999), p. 136.

³¹⁹ Cf. ci-dessous ch. 6.2.2.1.

sation³²⁰. Etant donné que la légistique vise à améliorer la qualité de la législation, il n'est pas étonnant que l'on ait suggéré d'appliquer à celle-ci les méthodes de gestion de la qualité des produits, à l'instar des normes ISO 9000 relatives au management de la qualité³²¹.

Un auteur a ainsi assimilé le Conseil constitutionnel en *France* à un « contrôleur de la qualité des lois » au sens de la « qualitique » : « Dans la typologie des contrôles de qualité établis par la qualitique, le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel semble correspondre avec « le contrôle qualité traditionnel des produits, mis en œuvre par des contrôleurs indépendants, rattachés au service qualité ». »³²²

Au *Canada*, les normes de gestion du « processus » de réglementation fédérale de 1995 s'inspirent directement des normes ISO 9000³²³.

Visant à l'origine la qualité du point de vue du producteur, ces méthodes se sont étendues au point de vue du consommateur pour être synthétisées dans une approche appelée *Total Quality Management* (TQM) visant à satisfaire le consommateur et à diminuer les coûts³²⁴. Elles ont trouvé leur chemin dans le secteur public par le biais de la *nouvelle gestion publique* (« New Public Management » [NPM])³²⁵ – application des pratiques de gestion de l'économie privée à l'administration publique se transcrivant législativement par un accent porté sur les objectifs et les mécanismes de contrôle de leur atteinte³²⁶ – posant un défi au principe de légalité³²⁷. Un auteur a proposé dans cette veine de développer un *controlling* des lois (« Gesetzescontrolling »)³²⁸. L'OCDE pour sa part a

³²⁰ POPELIER/VERLINDEN (2009), p. 20 ss ; Patricia POPELIER, « Management of Legislation », in : Karpen/Xanthaki (éd.), *Legislation in Europe: a Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners*, Oxford/Portland, 2017, p. 53 ss.

³²¹ Cf. FOLKE SCHUPPERT (2011), p. 81 ss (réf. cit.), sceptique sur le réalisme d'une telle démarche. Sur ces normes privées, cf. ci-dessous ch. 3.4.3.2b.

³²² MARINESE (2007), p. 54.

³²³ HOULE (2012), p. 237.

³²⁴ POPELIER/VERLINDEN (2009), p. 21.

³²⁵ POPELIER/VERLINDEN (2009), p. 21 ; Andreas LIENHARD, *Staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Public Management in der Schweiz, Analyse – Anforderungen – Impulse*, Berne, 2005 ; Daniel KETTIGER, *Gesetzescontrolling: Ansätze zur nachhaltigen Pflege von Gesetzen*, Berne/Stuttgart/Vienne, 2000, p. 12 : le NPM exige pour sa mise en œuvre une législation orientée sur les résultats (« wirkungsorientierte Gesetzgebung »).

³²⁶ Ulrich SCHNEIDER, *Legalitätsprinzip und finales Recht: ein Beitrag zur Diskussion über das New Public Management in der Schweiz*, Berne, 2001.

³²⁷ Andreas LIENHARD, « Das Neue Führungsmodell für die Bundesverwaltung (NFB): Eine verfassungsrechtliche Einschätzung », in : Waldmann/Belser (éd.), *Mehr oder weniger Staat? Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag*, Berne, 2015, p. 247 ss. Sur les critiques envers cette approche, cf. par exemple MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 679 (réf. cit.) ; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018), p. 31 ss ; POPELIER/VERLINDEN (2009), p. 22 (réf. cit.).

³²⁸ KETTIGER (2000), p. 3 ss et p. 17 ss.

suggéré de procéder à une *gestion de la réglementation* (« regulatory management ») dans le but « d'améliorer la « qualité » des lois et des règlements » :

« La gestion de la réglementation a également pour objectif d'améliorer la « qualité » des lois et des règlements. Comme nous l'avons vu au chapitre 1, les gouvernements de plusieurs pays de l'OCDE ont défini des normes de qualité explicites s'appliquant à des réglementations données ou à des systèmes réglementaires. »³²⁹

On citera encore la *roue de DEMING* (« DEMING wheel »), transposition graphique de la méthode de gestion de la qualité PDCA (« plan-do-check-adjust »/« planifier-développer-contrôler-ajuster »), modèle par ailleurs typique du cycle planificateur de la légistique matérielle³³⁰. Selon Patricia POPELIER et Victoria VERLINDEN, l'application de cette méthode à la législation a pour conséquences, d'une part, de rendre essentielle l'évaluation tant prospective que rétrospective et, d'autre part, de rendre le législateur attentif à la nécessité de disposer de suffisamment d'informations pour prendre une décision raisonnée³³¹. A défaut, celui-ci adoptera des projets-pilotes et des réglementations expérimentales³³².

Enfin, on évoquera l'application des *techniques de gouvernance d'entreprise* (« corporate governance »), développées par l'OCDE également³³³, qui mettent l'accent sur le contrôle interne et externe. Patricia POPELIER et Victoria VERLINDEN voient dans l'administration qui prépare les textes de loi l'organe de contrôle interne à destination du Parlement qui les adopte et dans le Conseil d'Etat (en Belgique), ou un autre organe indépendant, celui de contrôle externe³³⁴.

Une telle approche managériale ne peut à notre avis être transposée que de manière limitée au processus législatif en raison de la perspective trop unilatéralement économiste qui la sous-tend. D'autres vues, plus larges, courent sinon le risque d'être négligées au détriment de l'intérêt public.

³²⁹ OCDE, *L'amélioration de la qualité des lois et réglementations : techniques économiques, juridiques et de gestion/Improving the Quality of Laws and Regulations : Economic, Legal and Managerial Techniques*, Paris, 1994, § 34.

³³⁰ Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.1, notamment la Figure 1-1.

³³¹ POPELIER/VERLINDEN (2009), p. 25 ss. Cf. ég. MARINESE (2007), p. 270 ss ; Manfred MERTEN, « Effektivitäts- und Produktivitätssteigerung durch Ablaufoptimierung im öffentlichen Bereich », in : Schäffer (éd.), *Evaluierung der Gesetze*, Vienne, 2007, p. 95 ; POPELIER (2017), p. 64.

³³² POPELIER/VERLINDEN (2009), p. 25 ss. Sur la législation expérimentale, cf. ci-dessous ch. 6.2.4.3c.

³³³ OCDE, *Principes de gouvernement d'entreprise/Principles of Corporate Governance*, Paris, 1999 (révisés en 2015).

³³⁴ POPELIER/VERLINDEN (2009), p. 24 ss.

V. Légiférer économiquement et psycho-comportementalement

La légistique partagerait le même but que la *théorie du choix rationnel* (« rational choice theory »). Dans sa variante néoclassique, celle-ci suppose que l'*homo oeconomicus* – un être rationnel et guidé par son propre intérêt – préférera la solution maximisant son utilité personnelle au moment d'opérer un choix.

Plusieurs auteurs ont proposé d'exporter la théorie du choix rationnel hors du champ économique, à l'instar de George Caspar HOMANS en proposant une théorie, « l'échange social », pour l'analyse des faits sociaux³³⁵ ou Gary Stanley BECKER qui a appliqué le postulat de l'acteur rationnel à des activités non mercantiles comme la famille, la délinquance ou la toxicomanie³³⁶. Dans le domaine des sciences juridiques, le courant de l'*analyse économique du droit* (« Law and Economics ») a précisément proposé d'appliquer ce cadre théorique du choix rationnel à la production, l'utilité et l'effectivité des règles de droit³³⁷ y compris aux droits humains³³⁸. L'évaluation de l'efficacité économique des lois (analyse coût-bénéfice par exemple) s'inscrit dans ce courant³³⁹. L'OCDE a joué un rôle moteur dans la mise en avant de la perspective économique dans les politiques réglementaires³⁴⁰.

Benoît FRYDMAN relève qu'« [a]utant l'analyse économique apprécie généralement favorablement les règles jurisprudentielles, autant elle porte un regard sévère sur la réglementation administrative et sur la législation. [...] Ce préjugé défavorable se trouve renforcé par le constat répété et minutieux des dysfonctionnements de la procédure parlementaire d'élaboration des lois. [...] La théorie du choix public analyse l'activité

³³⁵ George Caspar HOMANS, *Social Behaviour: Its elementary forms*, New York, 1961.

³³⁶ Gary Stanley BECKER, *Human Capital: A Theoretical and Empirical Analysis*, New York, 1964.

³³⁷ Cf. Richard POSNER, *Economic analysis of law*, 5^e éd., New York, 1998. Les deux auteurs suivants sont considérés comme les fondateurs de ce mouvement : Ronald COASE, « The Problem of Social Cost », in : *Journal of Law and Economics*, vol. 3, Chicago, 1960, p. 1 ss ; Guido CALABRESI, « Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts », in : *Yale Law Journal*, vol. 70, 1961, p. 499 ss.

³³⁸ Cf. CHAMPEIL-DESPLATS (2014), citant David KOLACINASKI, *Analyse économique des droits de l'homme*, Rennes, 2004.

³³⁹ Nicholas KALDOR et John HICKS, se basant sur l'*optimum de Pareto*, l'ont revisité pour proposer un instrument susceptible d'être appliqué à la loi ; les critères de ces derniers sont utilisés comme fondements de l'analyse coût-bénéfice (Klaus MATHIS/Ariel David STEFFEN, « From Rational Choice to Behavioural Economics : Theoretical Foundations, Empirical Findings and Legal Implications », in : Mathis (éd.), *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*, Cham etc., 2015, p. 35). Sur la méthode de l'analyse coût-bénéfice et ses limites, cf. ci-dessous ch. 4.4.2.2.

³⁴⁰ POPELIER/VERLINDEN (2009), p. 27 ss.

législative comme transaction économique dans laquelle les groupes d'intérêts forment la demande et les parlementaires fournissent l'offre »³⁴¹.

L'exportation du modèle de l'agent rationnel hors de son microcosme économique originel a suscité de nombreuses *critiques*, en particulier celle d'un *impérialisme économique* à la conquête hégémonique des autres disciplines³⁴². Evaluer la pertinence ou l'impact d'une loi ou d'une politique publique à l'aune des seuls critères économiques est en effet contraire à la nécessaire pondération de l'ensemble des intérêts publics lorsque l'Etat légifère. L'efficacité économique ne saurait remplacer la justice³⁴³. Le législateur étant tenu d'agir dans l'intérêt public³⁴⁴, l'analyse économique du droit ne doit être qu'un élément à prendre en compte parmi d'autres au moment d'évaluer les impacts d'une loi³⁴⁵.

Un économiste, Kaushik BASU, a proposé une *nouvelle approche de l'analyse économique du droit*, essentiellement centrée sur la mise en œuvre et l'effectivité. Cet auteur se rapproche ainsi de la démarche légistique en articulant notamment les questions suivantes : pourquoi de bonnes lois sont-elles rédigées alors qu'elles ne sont pas mises en œuvre ? la responsabilité du défaut de mise en œuvre incombe-t-il à une imperfection de la loi ou une carence des acteurs de mise en œuvre ? pourquoi une loi devient-elle efficace ?³⁴⁶

Les critiques ont également porté sur la possibilité même d'un comportement parfaitement rationnel. Bien qu'il ait également contribué à transférer le modèle du choix rationnel en sciences politique et sociales, Herbert SIMON l'a complexifié en introduisant le concept de *rationalité limitée* (« bounded rationality ») :

« There can no longer be any doubt that the micro assumptions of the theory – the assumptions of perfect rationality – are contrary to fact. It is not a question of approximation; they do not even remotely describe the processes that human beings use for making decisions in complex situations. »³⁴⁷

³⁴¹ Benoît FRYDMAN, *Le sens des lois*, Bruxelles/Paris, 2005, p. 511.

³⁴² Klaus MATHIS, *Effizienz statt Gerechtigkeit? Auf der Suche nach den philosophischen Grundlagen der Ökonomischen Analyse des Rechts*, 3^e éd., Berlin, 2009, p. 21 ss ; Markus MÜLLER, « Die Wissenschaft des öffentlichen Rechts in Zeiten der Ökonomisierung : Denkanstösse », *Revue de droit suisse I*, 2016, p. 411ss ; SECKELMANN (2018), p. 79 ss.

³⁴³ Sur ce thème, cf. MATHIS (2009).

³⁴⁴ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 21 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2013, vol. I : L'Etat), p. 681 ; cf. ég. Martin Philipp WYSS, *Öffentliche Interessen – Interessen der Öffentlichkeit? Das öffentliche Interesse im schweizerischen Staats- und Verwaltungsrecht*, Berne, 2001.

³⁴⁵ Cf. ci-dessous ch. 4.3.3.4c.III.

³⁴⁶ Kaushik BASU, *The Republic of Beliefs: A New Approach to Law and Economics*, Princeton/ Oxford, 2018.

³⁴⁷ Herbert SIMON, « Rational decision making in business organizations », in : *American Economic Review*, vol. 69, Pittsburgh, 1979, p. 510.

Daniel KAHNEMAN et Amos TVERSKY, à la suite de recherches expérimentales en psychologie, ont définitivement mis à mal la théorie du choix rationnel en échauffant leur théorie des « perspectives »³⁴⁸. Considérés comme appartenant aux fondateurs de l'économie comportementale (« behavioural economics »), ils ont montré que les individus n'agissaient pas toujours par pur intérêt personnel mais également en équité et par altruisme et que leurs choix pouvaient être empreints de biais cognitifs ou psychologiques³⁴⁹.

Pourtant, contrairement à une idée reçue largement répandue, l'économie n'est pas uniquement la science du calcul économique rationnel aux yeux d'Adam SMITH et de Nicolas DE CONDORCET mais également celle des « sentiments moraux ». Pascal BRIDEL rappelle que « [e]n particulier Smith et Condorcet s'opposent tous deux avec force à un proto-utilitarisme à la Helvétius. Ils considèrent tous deux que les individus n'agissent pas uniquement en fonction de leurs intérêts (*self-interest*) mais que leurs intérêts sont eux-mêmes influencés par leurs passions (< moral sentiments >). »³⁵⁰

Cass SUNSTEIN et Richard THALER ont très rapidement proposé d'appliquer les découvertes de l'économie comportementale au droit et aux politiques publiques³⁵¹. La législation deviendrait comportementalement fondée (« behaviorally informed lawmaking ») tant au niveau de ses objectifs que des moyens pour les atteindre³⁵².

L'engouement est aujourd'hui si fort que certains pays viennent d'institutionnaliser ce mouvement en créant des unités que l'on pourrait qualifier de *psychologie politique*, visant à intégrer ces connaissances dans les politiques publiques et les lois qui les sous-tendent³⁵³. L'Union européenne demande par exemple d'analyser désormais les biais comportementaux dans l'analyse d'impact

³⁴⁸ Daniel KAHNEMAN/Amos TVERSKY, « Prospect theory: An analysis of decision under risk », in : *Econometrica*, vol. 47, 1979, p. 263 ss.

³⁴⁹ MATHIS/STEFFEN (2015), p. 36 ss.

³⁵⁰ Cf. Pascal BRIDEL, « < Passions et intérêts > revisités : la suppression des < sentiments > est-elle à l'origine de l'économie politique ? », in : *Revue européenne des sciences sociales*, vol. 57, n° 144, Genève, 2009, p. 139.

³⁵¹ FLÜCKIGER Alexandre, « Gouverner par des < coups de pouce > (nudges) : instrumentaliser nos biais cognitifs au lieu de légiférer ? », in : *Les Cahiers du droit*, vol. 59, n° 1, mars 2018, p. 199 ss. Cf. ci-dessous ch. 3.6.4.3a.

³⁵² ZAMIR/TEICHMAN (2018), p. 162 ss, lesquels analysent en profondeur l'ensemble des domaines du droit sous l'angle des sciences comportementales (propriété, contrats, consommation, responsabilité civile, sociétés, garanties, concurrence, droits humains, droit international, droit pénal, droit fiscal, procédure, droit judiciaire et preuves)

³⁵³ L'OCDE dénombre 60 « nudge units » dans 23 pays et deux institutions internationales (OCDE, *Regulatory Policy Outlook 2018*, Paris, 2018, p. 147 ss) ; ZAMIR/TEICHMAN (2018), p. 178. Cf. ég. ci-dessous ch. 3.3.5.2c.III et 3.6.4.3a.

législative³⁵⁴ afin de prendre ceux-ci en compte au moment de concevoir le projet de loi :

« Regulations can be designed in ways that recognise these behavioural traits and de-bias decision makers and promote better decisions. »³⁵⁵

En Suisse, dans le cadre de l'évaluation économique des mesures et des objectifs environnementaux (VOBU) « [l]'économie comportementale est capitale pour l'[Office fédéral de l'environnement], en particulier pour concevoir et évaluer des instruments d'action »³⁵⁶.

De nouvelles techniques de pouvoir sont désormais à disposition des légistes. Observerions-nous la naissance d'une *psychopolitique*?³⁵⁷ Légiférer psychocomportementalement pose cependant de nouvelles questions tant de légitimité que de relation au libre arbitre que nous examinerons plus loin³⁵⁸.

VI. Légiférer robotiquement

L'assistance de l'informatique à la conception, la rédaction et la mise en oeuvre législatives ne date pas d'aujourd'hui. De nombreux espoirs ont été placés en elle depuis belle lurette³⁵⁹.

³⁵⁴ Cf. ci-dessous ch. 2.3.5.3b.V et 2.3.5.3b.I

³⁵⁵ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox*, Bruxelles, 2017, Tool #14 (How to Analyse Problems), ch. 3.4, p. 91, avec exemples, et Tool #18 (The Choice of Policy Instruments), ch. 6, avec exemples. L'OCDE relève qu'en pratique la perspective comportementale est rarement présente au niveau des analyses d'impact tant *ex ante* qu'*ex post*, mais qu'elle l'est le plus souvent au niveau de la mise en œuvre (OCDE, *Regulatory Policy Outlook 2018*, Paris, 2018, p. 158) ; conclusion guère étonnante dirons-nous puisque l'outil est précisément un instrument de mise en œuvre (cf. ci-dessous ch. 3.6.4.3a).

³⁵⁶ OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT, *Évaluation économique des mesures et des objectifs environnementaux : manuel*, Berne, 2013, annexe 3. Cf. ci-dessous ch. 2.2.3.3c.

³⁵⁷ Cf. l'essai critique de Byung-Chul HAN, *Psychopolitique : le néolibéralisme et les nouvelles techniques de pouvoir* (trad. Olivier COSSÉ), Strasbourg, 2016. Pour JOHN (2018) « to be more than the science of messaging, nudge involves a reform of political institutions and bureaucracies. » (p. 6).

³⁵⁸ Sur les critiques, cf. Alexandre FLÜCKIGER, « Gouverner par des « coups de pouce » (nudges) : instrumentaliser nos biais cognitifs au lieu de légiférer ? », in : *Les Cahiers du droit*, vol. 59, n° 1, 2018, p. 215 ss. Cf. ég. ci-dessous ch. 3.6.4.3a.

³⁵⁹ Cf. par exemple Danièle BOURCIER, « L'écriture de la loi : de la codification à l'informatisation », in : Morand (éd.), *Légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence, 1999, p. 263 ss ; « Apports des systèmes d'information à la légistique », in : Morand (éd.), *Légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence, 1999, p. 277 ss. Sur le

« Il s'agit d'une science, prédisait Charles-Albert MORAND en 1999, qui peut être mise au service de la genèse et de la mise en œuvre des lois. Elle permet de stocker toutes les informations disponibles sur la réalité sociale que les pouvoirs publics cherchent à influencer et sur la mise en œuvre des lois. On peut penser à long terme que des systèmes experts serviront à gérer le suivi des lois et leur transformation pour qu'elles collent mieux au changement de la réalité sociale. »³⁶⁰

Une équipe de l'État du Tennessee³⁶¹ a ainsi tenté en 1985 de transformer une loi en la publiant, comme le résume Danièle BOURCIER, « sous la forme d'un arbre, à la syntaxe parfaitement claire, dont la mise à jour et la « compréhension » devait ainsi être facilitée. » L'expérience n'a pas eu de suite, « pour la raison qui peut sembler paradoxale, que plus personne ne pouvait lire ce texte trop normalisé, qui devenait incompréhensible pour un citoyen normal. »³⁶². Aujourd'hui, le développement de sites web permettant à quiconque de programmer simplement un contrat « smart »³⁶³ va très certainement redonner une nouvelle vie à cette expérience : vivrons-nous assez longtemps pour assister au passage de la *codification* de la loi au *codage* de celle-ci ?

Antoine GARAPON et Jean LASSÈGUE posent l'hypothèse que « l'informatisation du droit modifie non seulement les modes de diffusion de la loi mais plus profondément *son élaboration même* »³⁶⁴ dans leur enquête sur « cette nouvelle étape dans l'histoire de l'écriture qu'est l'écriture numérique, qui inaugure un nouveau régime de normativité » susceptible de « concurrencer le droit écrit selon les systèmes d'écriture traditionnels, alphabétiques ou autres, et [de] menacer l'ordre politique qui l'accompagnait jusqu'à présent. »³⁶⁵ Nous reviendrons plus concrètement sur ce point en étudiant l'émergence des *lois personnalisées*³⁶⁶.

Pour tenter d'y répondre provisoirement – nous développerons plus loin cette question³⁶⁷ –, on évoquera la suggestion de confier la tâche de rédaction législative à des intelligences artificielles, ou pour le moins, d'en requérir l'assistance

débat dans la doctrine allemande relatif au « gouvernement automatique » (« automatisches Regieren »), cf. SECKELMANN (2018), p. 79 s. et 207 ss (réf. cit.).

³⁶⁰ MORAND (1999, *Le droit néo-moderne*), p. 29.

³⁶¹ G. B. GRAY, « Statutes enacted in normalized form: The legislative experience in Tennessee », in : Walter (éd.), *Computer Power and Legal Reasoning*, Saint Paul, 1985, p. 467 ss.

³⁶² Danièle BOURCIER, *La décision artificielle : le droit, la machine et l'humain*, Paris, 1995, p. 138.

³⁶³ Cf. ci-dessous ch. 3.6.4.2.

³⁶⁴ GARAPON/LASSÈGUE (2018), p. 13.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 14.

³⁶⁶ Cf. ci-dessous ch. 3.2.2.4.

³⁶⁷ Cf. ci-dessous ch. 5.2.1.

(« rulemaking by robot »)³⁶⁸. Une telle vision ne serait pas si futuriste selon Cary COGLIANESE et David LEHR :

« It is no longer fanciful to envision a future in which government agencies could effectively make law by robot, a prospect that understandably conjures up dystopian images of individuals surrendering their liberty to the control of computerized overlords. »³⁶⁹

Ces derniers proposent d'appliquer par analogie les conditions de la *délégation législative* (« cyberdelegation » législative) qu'ils adaptent à ce nouveau contexte électronique³⁷⁰. Ils espèrent ainsi rendre le gouvernement plus clairvoyant en lui permettant de produire des décisions plus efficaces et justes :

« [W]e urge that governmental reliance on machine learning should be approached with measured optimism about the potential benefits such technology can offer society by making government smarter and its decisions more efficient and just. »³⁷¹

Ces auteurs se limitent cependant à assigner un rôle d'*auxiliaire* aux intelligences artificielles, leur confiant en fin de compte la même fonction que celle de l'expert humain dans les procédures législatives classiques.

« For much the same reason that science alone can never < make > policy decisions, machine-learning algorithms need humans to specify their objective functions and construct the mathematical processes that will maximize them. [...] Society's most consequential regulatory decisions are not routine and therefore will almost surely prove to be unsuitable candidates for automation; these major regulatory policy decisions present complexities, uncertainties, and value judgments that will resist the kind of specification needed to embed them in mathematical objective functions. Machine-learning analysis will be able to assist only by *informing* the most significant of regulatory choices, not by *making* them. »³⁷²

La question se pose avec la même acuité pour l'*activité juridictionnelle* : « jusqu'où déléguer à un traitement informatique l'élaboration des jugements ? Et, de façon plus générale : jusqu'où déléguer à la machine les activités jusqu'à présent menées par les humains ? » se demandent Antoine GARAPON et Jean LASSÈGUE³⁷³.

³⁶⁸ Sarah KRAMER, « Should Robots Make Law? », in : *The Regulatory Review*, 9 octobre 2017, résumant un atelier organisé sur ce sujet. Cf. ci-dessous ch. 5.2.1.

³⁶⁹ Cary COGLIANESE/David LEHR, « Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era », in : *The Georgetown Law Journal*, vol. 115, 2017, p. 1147.

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 1179 ss.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 1148.

³⁷² *Ibidem*, p. 1214.

³⁷³ GARAPON/LASSÈGUE (2018), p. 47. Cf. ég. p. 15.

Plus largement, on évoquera la *régulation par algorithmes*³⁷⁴, qui ne se limite pas à la rédaction législative proprement dite, mais qui étend la réflexion à l'ensemble des instruments numériques à disposition du législateur dans une perspective de *légistique matérielle*³⁷⁵ ou l'« e-Rulemaking » intégrant les technologies numériques pour faciliter la *participation du public*. Un autre champ d'application potentiel résiderait dans *l'analyse concomitante des impacts* de la loi au fur et à mesure de sa mise en œuvre en intégrant la technologie de la chaîne de blocs (« blockchain ») dans les textes législatifs³⁷⁶. Certains ont même imaginé des *lois personnalisées* adressant en temps réel des micro-directives individuelles et contextualisées³⁷⁷ alors que d'autres parient sur des *règles dynamiques* (« dynamic rules »)³⁷⁸ qui se réviseraient toutes seules en fonction de faits nouveaux ou de nouvelles tendances que des formules appropriées leur communiqueraient directement depuis le monde réel grâce à des capteurs idoines sans aucune intervention politique. La loi pourrait ainsi s'adapter « sans l'intervention d'un quelconque législateur »³⁷⁹, lequel serait excessivement rigide et trop peu réactif à l'évolution de son environnement :

« Dynamic rules can provide a solution to the problem of legislative inertia or regulatory ossification. Dynamic rules are rules that are tied directly to real world empirical data, so that they automatically update as the data to which they are tied changes. Dynamic rules can therefore increase the ability of rules to adapt to continuously changing circumstances rather than await another legislative decision to adapt. »³⁸⁰

On ne devrait toutefois pas se laisser aller à une trop grande euphorie devant ces prouesses, ou plutôt promesses, technologiques. Les algorithmes entretenant ces nouvelles calculatrices ont également leur face sombre. Ils peuvent aussi discriminer, produire des injustices, manipuler le processus de formation de l'opinion, car ils ne sont en fin de compte que le reflet des opinions et des valeurs de leurs concepteurs, qui interprètent les buts visés, sélectionnent les sources de données pertinentes et décident du poids relatif à attribuer à chacune d'entre elles dans le calcul final³⁸¹. Ne confier aux machines qu'un *rôle subordonné* nous paraît

³⁷⁴ YEUNG Karen, « Algorithmic regulation: A critical interrogation », in : *Regulation & Governance*, vol. 12, 2018, p. 505 ss.

³⁷⁵ Sur la notion de régulation dans le cadre légistique, cf. ci-dessous ch. 1.3.3.1a.

³⁷⁶ Cf. ci-dessous ch. 5.2.1 *i.f.*

³⁷⁷ Cf. ci-dessous ch. 3.2.2.4.

³⁷⁸ Cf. ég. ci-dessous ch. 3.2.2.4

³⁷⁹ GARAPON/LASSÈGUE (2018), p. 319, rapportant de manière critique l'idée de John MCGINNIS/Steven WASICK, « Law's Algorithm », *Florida Law Review*, 2015, vol. 66/3, p. 1039.

³⁸⁰ MCGINNIS/WASICK (2015), p. 1040.

³⁸¹ Sur cette thématique, cf. Cathy O'NEIL, *Algorithmes : la bombe à retardement* (trad. Sébastien Marty), Paris, 2018 ; YEUNG (2018) ; GARAPON/LASSÈGUE (2018), p. 255 ss, 261 ss.

être dans ce contexte une application raisonnable du principe de précaution, en attendant d'introduire une dose de démocratie au sein de leurs rouages algorithmiques et de leur inculquer une prévenance à l'égard des droits fondamentaux.

Le défi démocratique à relever n'est pas des moindres. Antoine GARAPON et Jean LASSÈGUE mettent en garde contre ce droit digital où la loi « est effectivement vidée de tout contenu pour laisser un pur mécanisme déterministe optimiser les destins individuels. » : « L'automatisme est le contraire de la politique en démocratie, laquelle se construit sur fond de discussion et d'une indétermination radicale. »³⁸²

c. *Du législateur rationnel au législateur raisonnable : la légistique à l'aune de la légisprudence*

Depuis un certain nombre d'années, différents auteurs tels que Luc WINTGENS³⁸³ puis Luzius MADER³⁸⁴ notamment ont proposé d'utiliser le terme de « légisprudence » pour décrire « the rational creation of legislation and regulation, hence, practical reason in legislation. »³⁸⁵. Ce néologisme a été inspiré par le terme anglais de « jurisprudence » selon Luc WINTGENS, un faux-ami qui signifie théorie ou philosophie du droit : « The term < legisprudence >, as I have developed it, is in essence a reframing of the term < jurisprudence >. Jurisprudence is generally taken to mean legal theory or philosophy of law. »³⁸⁶ Luc WINTGENS se distancie de la « légistique » au motif que cette dernière ne traiterait que de la forme des lois :

« Legisprudence, or the theory of rational law making, is to be distinguished from legislative drafting, legislative technique, or < legistics >. [...] However, legistics is different from legisprudence in that the former only concerns the form of rules issued, while the latter mainly focuses on their rationality [...]. Legisprudence, however, is more demanding on rationality than mere form. It deals with the rationality of law making as a

³⁸² GARAPON/LASSÈGUE (2018), p. 217. Cf. ég. *ibidem* p. 292.

³⁸³ Luc WINTGENS, « Rationality in Legislation-Legal Theory as Legisprudence: An Introduction », in : Wintgens (éd.), *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation*, Oxford, 2002, p. 1 ss.

³⁸⁴ Cf. par exemple Luzius MADER, « Législation et légisprudence », in : Chappelet (dir.), *Contributions à l'action publique*, Lausanne, 2006, p. 193 ss. Cf. ég. Ulrich KARPEN, « Introduction », in : Karpen/Xanthaki (éd.), *Legislation in Europe: a Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners*, Oxford/Portland, 2017, p. 3. Cf. ég. Klaus MEBERSCHMIDT/Angel Daniel OLIVER-LALANA (éd.), *Rational Lawmaking under Review: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*, Berlin, 2016. L'Office fédéral de la justice traduit en anglais le terme de légistique (« Legistik ») par « Legisprudence » sur son site web (www.bj.admin.ch >staat >legistik).

³⁸⁵ Luc WINTGENS, *Legisprudence: Practical Reason in Legislation*, Farnham, 2012, p. 1.

³⁸⁶ WINTGENS (2012), p. 231.

whole, not merely with some formal requirements as to the linguistic or, more broadly, formal, expression of these rules. »³⁸⁷

Notre définition de la légistique est cependant plus large puisqu'elle comprend tant les aspects matériels (la rationalité de la conception des lois – légistique matérielle) que les éléments rédactionnels (légistique formelle)³⁸⁸. Tenter de traiter de manière globale ces deux aspects constitue l'originalité de l'approche légistique. N'aborder que des aspects rédactionnels est aussi insatisfaisant que de n'envisager la question que sous l'angle matériel. A quoi sert-il en effet de bien rédiger une loi qui ne produit que des effets pervers ou de penser rationnellement une loi transcrite de manière incompréhensible ? Les deux aspects sont intimement liés, car les mots ne viennent aisément que si la chose est clairement conçue, pour paraphraser Nicolas BOILEAU³⁸⁹, et car l'exercice de mise en texte de la matière normative permet par rétroaction de déceler des faiblesses de conception. Luc WINTGENS lui-même est pourtant conscient de cette fructueuse imbrication :

« There may be factual relations between both [theory of rational law making vs legislative drafting]. Obviously, directives contain the advice to formulate rules in a clear way, in order to avoid contradictions and to use concepts in a consistent manner. There is no doubt that these directives will contribute to the rationality of legislation issued under it. The clearer a rule, the easier it will be to understand and to follow. This then is an aspect of rationality. Rules that are that complex up to the point of only being accessible to experts in the field may lack rationality or even legitimacy for that reason. »³⁹⁰

Légistique – au sens large que nous lui conférons – et légisprudence ne seraient donc pas entièrement synonymes : le premier devrait être réservé à la légistique formelle et le second à la matérielle. Cependant, si l'on se réfère au sens francophone de « jurisprudence », qui se rapporte à la pratique des juges et non à la philosophie ou à la théorie du droit au sens anglophone, le terme de « légisprudence » permettrait de mettre en évidence la « prudence » nécessaire qui doit présider aux choix du législateur³⁹¹. A l'image des juges, le législateur se doit d'exercer sa fonction en pleine connaissance de cause, de manière réfléchie,

³⁸⁷ WINTGENS (2012), p. 234 s.

³⁸⁸ Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.1.

³⁸⁹ Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.1 *í.f.* (réf. cit.).

³⁹⁰ WINTGENS (2012), p. 234.

³⁹¹ L'expression n'est pas nouvelle : Christian THOMASIIUS, *Lectiones de Prudentia Legislatoria*, Francfort-sur-le-Main, 1740 (cf. Takashi IZUMO, *Die Gesetzgebungslehre im Bereich des Privatrechts bei Christian Thomasius*, Francfort-sur-le-Main, 2015, p. 304) ; Heinz MOHNHAUPT (éd.), *Prudentia Legislatoria: Fünf Schriften über die Gesetzgebungsklugheit aus dem 17. und 18. Jahrhundert*, Munich, 2003. Pour Luzius MADER, « Législation et légisprudence », in : Chappelet (dir.), *Contributions à l'action publique*, Lausanne, 2006, p. 197, l'expression permettrait de tenir compte de l'aspect plus pragmatique que scientifique de la discipline.

avisée et prudente. Une telle conception se rapprocherait de celle d'un législateur « raisonnable », image plus chaleureuse que celle d'un législateur « rationnel », car la raison, nous rappelle Oliver CORTEN³⁹², présente deux dimensions : l'une discursive qui se rattache à la logique, à la cohérence et à la rationalité ; l'autre comme fondement, qui prend un sens radicalement différent, se rapprochant des notions de justesse, de bon sens, de modération, de prudence ou de juste mesure que l'on retrouve dans l'adjectif *raisonnable* par opposition à *rationnel*, d'une perception plus froide et calculatrice :

« Ainsi délimitée, la Raison est dépourvue de son aspect technique ou strictement logique ou rationnel, et se rapproche des notions de vérité, de justesse, et de justice, ce qui en fait l'objet de contestations répétées portant soit sur la méthode qui permettrait de la définir, soit sur son contenu, soit sur son existence même. »³⁹³ L'adjectif « raisonnable » se réfère souvent à cette acception : « la notion s'oppose à la rigueur aveugle d'une raison mathématique ou d'un raisonnement trop strictement rationnel. C'est l'idée de modération que l'on retrouve à ce stade, et qui est exprimée dans le dictionnaire Lalande, « Le mot, en ce sens, implique surtout une conformité aux principes du sens commun et aux jugements de valeur généralement acceptés, une idée de modération et de juste mesure »³⁹⁴.

Pour Norberto BOBBIO, le « bon » législateur, nous le verrons plus bas, doit être raisonnable, en plus d'être juste et cohérent³⁹⁵.

La légistique, relue à l'aune d'une telle conception de la légisprudence, consisterait à *raisonner le législateur* afin qu'il soit *raisonnable* plutôt que de le rendre à tout prix *rationnel*. Le révolutionnaire SAINT JUST le proposait déjà lorsqu'il écrivait que « la servitude consiste à dépendre de lois injustes ; la liberté, de lois raisonnables »³⁹⁶. Légistique et légisprudence gagneraient donc à devenir synonymes : tous les doutes relatifs à la création d'une science exacte des lois seraient dissipés pour la première³⁹⁷ et la seconde prendrait pleinement en compte l'apport des aspects rédactionnels à la rationalité.

³⁹² Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.2a.

³⁹³ CORTEN (1997), p. 450.

³⁹⁴ CORTEN (1997), p. 452 s. Cf. ég. Chaïm PERELMAN, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », in : *Archives de philosophie du droit*, vol. 23, 1978, p. 35 ss ; Marc ANGENOT, *Le rationnel et le raisonnable : sur un distinguo de Chaïm Perelman*, Montréal, 2012 ; PAPAUX (2009), p. 114 ss.

³⁹⁵ Cf. ci-dessous ch. 1.3.3.2a.

³⁹⁶ Louis-Antoine-Léon SAINT-JUST, *Esprit de la révolution et de la constitution de France*, Paris, 1791, p. 27.

³⁹⁷ Sur cette discussion, cf. ci-dessus ch. 1.2.2.2c.

1.3.2.3 *La discussion sur la nature scientifique de la légistique*

a. *Introduction*

La légistique est une démarche méthodique contribuant à améliorer la rationalité communicationnelle³⁹⁸ ; peut-elle dès lors faire l'objet d'une *science* ? La question renvoie plus largement à celle du *droit*, dont la nature scientifique a toujours prêté à controverse, rappelle Véronique CHAMPEIL-DESPLATS : la production de normes ne relèverait pas d'une activité scientifique selon les uns alors que sa scientificité peut être établie par l'usage de méthodes d'élaboration de textes juridiques, de raisonnement ou d'interprétation³⁹⁹. Si, comme nous, on se rallie au second terme de l'alternative, identifier une *méthode* préétablie devient un indicateur déterminant susceptible de fonder le caractère scientifique d'une discipline⁴⁰⁰. Or, la légistique propose une telle méthode pour élaborer et rédiger la loi, offrant un indice fort en faveur de sa scientificité.

Paul AMSELEK critique « l'assimilation de toute démarche de systématisation et de rationalisation à de la science » précisément à propos de la légistique : « depuis une cinquantaine d'années, une discipline technologique sérieuse portant sur les modes de création du droit a fini par se développer et acquérir ses lettres de noblesse. On doit remarquer qu'elle n'en a pas moins continué de conserver l'étiquette de « science », de « science de la législation » ou « légistique » »⁴⁰¹.

b. *Méthode, méthodologie ou technique ?*

Méthode et *méthodologie* sont parfois confondues, tout comme science et méthodologie⁴⁰². On admettra avec Véronique CHAMPEIL-DESPLATS que la méthodologie désigne la science ou la connaissance de la méthode, même si cette distinction peut susciter de nouvelles interrogations⁴⁰³. La méthodologie peut ainsi proposer des guides destinés à parfaire les raisonnements des

³⁹⁸ Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.1.

³⁹⁹ CHAMPEIL-DESPLATS (2014), p. 8 ; Matthias MAHLMANN, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 3^e éd., Baden-Baden, 2015, p. 53 ss ; DESRAMEAUX (2018), p. 41 ss. La question se cristallise en particulier autour de la nature de la recherche en droit : activité scientifique ou simple pratique ? Sur le débat, cf. Thierry TANQUEREL/Alexandre FLÜCKIGER (éd.), *L'évaluation de la recherche en droit : Enjeux et méthodes (Assessing Research in Law : Stakes and Methods)*, Bruxelles, 2015, p. 5 ss, en particulier l'article de Alain PAPAUX dans ce volume (« De quelle scientificité parle-t-on en droit ? », p. 59 ss).

⁴⁰⁰ CHAMPEIL-DESPLATS (2014), p. 7.

⁴⁰¹ Paul AMSELEK, « L'idée de technique : sésame de l'expérience juridique », in : Desrameaux/Colonna d'Istria (dir.), *Penser la technique juridique*, Paris, 2018, p. 20.

⁴⁰² CHAMPEIL-DESPLATS (2014), p. 8.

⁴⁰³ CHAMPEIL-DESPLATS (2014), p. 2.

législateurs ou des juges afin de les aider à trouver la « bonne » réponse⁴⁰⁴. Le débat n'a pas vraiment d'incidences concrètes s'agissant de la légistique.

Alors que la *methodologie législative* ou *méthode législative* était l'un des éléments constitutifs d'une science de la législation chez Luzius MADER en 1985⁴⁰⁵, Charles-Albert MORAND, après avoir longtemps utilisé le terme de *méthode législative* dans le sens défini par MADER⁴⁰⁶, a proposé de le remplacer par celui de *légistique* qu'il distingue en *légistique matérielle* pour les aspects visant à l'efficacité de la législation et en *légistique formelle* pour ceux visant à la communication législative⁴⁰⁷.

Au niveau « infra-méthodique », on trouve les *techniques*⁴⁰⁸. La méthode suppose ainsi de maîtriser certaines techniques, par exemple celle de l'entretien ou de l'enquête dans le cadre des méthodes de conception du texte de loi à l'instar de l'évaluation législative, ou celle des renvois dans le cadre des méthodes de rédaction du texte de loi.

Pour Luzius MADER, la *technique législative* répond à la question : « comment exprimer un contenu normatif donné ? » Elle ne vise que les aspects formels de la législation, en particulier la rédaction des textes légaux⁴⁰⁹. Sigrid EMMENEGGER montre que tel était déjà le cas autour de 1900⁴¹⁰. On trouve à la même époque l'expression de *mécanique* de l'élaboration des lois⁴¹¹.

On se distanciera pour notre part de cette acception dans la mesure où des *techniques* sont aussi utilisées dans le cadre des *méthodes* de conception du texte et non seulement de sa rédaction (par exemple la technique de la modélisation des causalités dans la détermination du bien-fondé du problème⁴¹²). Le schéma suivant explique la différence :

⁴⁰⁴ Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, 1977, p. 30 ss (cit. in : CHAMPEIL-DESPLATS [2014], p. 2).

⁴⁰⁵ MADER (1985), p. 23 ss.

⁴⁰⁶ Cf. par exemple Charles-Albert MORAND, « Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation », in : *Droit et société*, n° 10, 1988, p. 391 ss.

⁴⁰⁷ MORAND (1999, *Le droit néo-moderne*), p. 18.

⁴⁰⁸ CHAMPEIL-DESPLATS (2014), p. 4 ss, qui précise que la terminologie n'est que peu unifiée, en particulier dans le domaine des sciences du droit.

⁴⁰⁹ MADER (1985), p. 20.

⁴¹⁰ EMMENEGGER (2006), p. 62 ss (réf. cit.).

⁴¹¹ Ilbert COURTENAY, *The Mechanics of Law Making*, New York, 1914.

⁴¹² Cf. ci-dessous ch. 2.3.5.3c.

Tableau 1-1 – Méthodes vs techniques en légistique

	Méthodes (exemples)	Techniques (exemples)
Légistique matérielle	Figure 1-1 – Cycle légistique⁴¹³ Figure 2-2 – Phases de l'analyse d'impact prospective (légistique matérielle prospective)⁴¹⁴ Figure 2-8 – Evaluation de la pertinence du problème – méthode d'examen des effets potentiellement problématiques⁴¹⁵ Figure 2-12 – Evaluation de la pertinence des objectifs – méthode d'examen selon le bien-fondé de la cause du problème ou non⁴¹⁶ Figure 6-1 – Phases de l'analyse d'impact rétrospective (légistique matérielle rétrospective ou évaluation ex post)⁴¹⁷ Ch. 4.4 – Les méthodes d'évaluation	Figure 2-9 – Modélisation des causes du problème et de ses effets⁴¹⁸ Figure 2-11 – Arbre d'objectifs⁴¹⁹ Figure 4-5 – Diagramme d'intervention logique – modèle d'impact⁴²⁰
Légistique formelle	Figure 5-1 – Phases de la légistique formelle⁴²¹	Ch. 3.3.5.2 – L'effectivité des instruments non obligatoires et les techniques de renforcement de celle-ci Ch. 3.4.4.4a – Les techniques légistiques d'attribution d'impérativité aux normes privées Ch. 3.4.5 – Les techniques de renforcement de la légitimité des instruments coopératifs Ch. 3.5.2.5b – Les techniques légistiques d'attribution d'impérativité aux plans Ch. 5.3.3.2e.IV – Les techniques de rédaction inclusive Ch. 5.3.3.3 – Les techniques visant à améliorer la compréhensibilité des textes normatifs

⁴¹³ Cf. ci-dessous p. 38.

⁴¹⁴ Cf. ci-dessous p. 164.

⁴¹⁵ Cf. ci-dessous p. 199.

⁴¹⁶ Cf. ci-dessous p. 225.

⁴¹⁷ Cf. ci-dessous p. 617.

⁴¹⁸ Cf. ci-dessous p. 211.

⁴¹⁹ Cf. ci-dessous p. 224.

⁴²⁰ Cf. ci-dessous p. 476.

⁴²¹ Cf. ci-dessous p. 530.

François GÉNY, en 1904, s'interrogeant sur la « conscience d'une méthode » législative, concluait à l'importance d'appliquer une « technique réfléchie » :

« il s'agit, avant tout, de savoir s'il est bien nécessaire, voire même utile, que le législateur prenne conscience d'une méthode, dont il soit résolu à suivre fidèlement les directions, ou s'il ne serait pas mieux qu'il s'en remît tout simplement aux vagues suggestions de l'instinct ou aux directions indéterminées de la tradition, pour lui inspirer les procédés les plus adéquats à son but. Et l'exemple du Code Napoléon peut faire hésiter sur ce point [...]. – Toutefois, je ne crois pas qu'il y ait là matière à une objection de quelque valeur contre la supériorité d'une technique réfléchie. »⁴²²

c. *Art ou science ?*

Le débat sur la nature scientifique de l'élaboration des textes de loi n'est cependant pas plus clos que sur celle du droit en général⁴²³ : la rédaction des lois ne relèverait-elle dès lors pas plutôt de l'*art* que de la science ?⁴²⁴ L'émotivité ou la rationalité limitée du législateur dont nous avons exposé les traits en introduction sembleraient s'opposer à la reconnaissance d'une démarche scientifique.

On notera qu'au XIX^e siècle, l'étiquette de « science de la législation » (« Gesetzgebungswissenschaft ») était couramment utilisée dans le monde germanophone⁴²⁵, alors que celle d'« art de la législation » (« Gesetzgebungskunst » ou « Kunstlehre der Gesetzgebung ») l'a remplacée au tournant du XX^e siècle⁴²⁶. Le terme d'art n'avait toutefois pas dans ce contexte la même signification qu'aujourd'hui : il n'était nullement question d'insinuer par l'expression « art de légiférer » qu'il se serait agi d'une activité intuitive, esthétique ou purement subjective. Art (« Kunst ») doit au contraire être compris

⁴²² GÉNY (1904), p. 1019.

⁴²³ Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.3a.

⁴²⁴ Il est assez fréquent d'entendre que l'élaboration de la loi relèverait de l'art plutôt que de la science (NOLL [1973] p. 14 ; MERTENS [2004], p. 3 ss).

⁴²⁵ Par exemple Karl Salomo ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Die Wissenschaft der Gesetzgebung*, Leipzig, 1806 ; Friedrich PURGOLD, *Die Gesetzgebungswissenschaft in Entwicklung der für den Entwurf eines neuen, namentlich deutschen Gesetzbuchs sich ergebenden Grundsätze*, Darmstadt, 1840 (cit. in : EMMENEGGER [2006], p. 230). Cf. d'autres exemples in : NOLL (1973), p. 24. En France, cf. par exemple Jean-Étienne-Marie PORTALIS, « Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801) », in : *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil, par les divers orateurs du Conseil d'État et du Tribunat*, Paris, 1841 : « Il y a une science pour les législateurs, comme il y en a une pour les magistrats ; et l'une ne ressemble pas à l'autre. La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun ». En Italie, cf. FILANGIERI (1798-1799).

⁴²⁶ EMMENEGGER (2006), p. 230 ss.

dans son sens d'artisanat, de métier, de technique dont il est un synonyme – on retrouve ce sens en génie civil dans l'« ouvrage d'art » (pont, tunnel, digue, etc.) – susceptible d'être appris⁴²⁷. Max RUMPF écrivait ainsi en 1910 dans *Kunst der Gesetzgebung* que la législation est un noble artisanat qui doit être acquis comme tout autre savoir-faire artisanal :

« Die Gesetzgebung ist ein edles Handwerk, das ... gelernt sein will wie jedes andere Handwerk »⁴²⁸.

Ernst ZITELMANN explique dans *Die Kunst der Gesetzgebung* paru en 1904 que «Kunst» (art) vient de «Können» (aptitude, savoir-faire) :

« Kunst kommt von Können her – man will ausdrücken, daß es sich nicht sowohl um ein reines Erkennen als um die Betätigung eines Könnens auf dem Gebiete praktischer Aufgaben handelt : es gilt Ziele in der Wirklichkeit zu erreichen, gestaltend in die Wirklichkeit einzugreifen. »⁴²⁹

On retrouve un sens analogue dans la doctrine francophone à la même période. Si Gustave ROUSSET demandait en 1858 du « génie » au législateur, le rédacteur des lois se devait d'« être artiste » :

« Si pour être législateur il faut être un homme de génie, pour écrire les lois il ne s'agit que d'être artiste. Leur rédaction rationnelle, comme la manifestation exacte et extérieure d'une pensée, n'est point en effet une science, c'est un art. Un art est un ensemble de procédés qui concourent à un résultat déterminé. »⁴³⁰

Qualifier de « science » l'élaboration de la loi ne va pas de soi, prétendait Luzius MADER en 1985 qui montrait que certains substituaient le terme de « Gesetzgebungslehre » à celui de « Gesetzgebungswissenschaft »⁴³¹. Tel est toujours le cas aujourd'hui pour l'ouvrage-clé de légistique en droit suisse, celui de Georg MÜLLER et de Felix UHLMANN intitulé *Elemente einer Rechtssetzungslehre*⁴³². On retrouve cet atermoiement terminologique dans l'appellation du Centre d'étude, de technique et d'évaluation législatives

⁴²⁷ EMMENEGGER (2006), p. 232.

⁴²⁸ Max RUMPF, « Kunst der Gesetzgebung », in : *Volk und Recht*, Oldenbourg, 1910, p. 36 (cit. in : EMMENEGGER [2006], p. 232).

⁴²⁹ ZITELMANN (1904), p. 1 (cit. in : EMMENEGGER [2006], p. 236).

⁴³⁰ ROUSSET (1858), p. 93.

⁴³¹ MADER (1985), p. 28. La « Gesetzgebungswissenschaft » doit être considérée comme une « Lehre » et non comme un « Kunst » selon NOLL (1973), p. 15.

⁴³² Ces auteurs (Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 3^e éd., Zurich, 2013, p. 1) reconnaissent l'existence généralement admise d'une « Lehre », en citant la doctrine germanophone et en se référant indifféremment à une « Lehre » (« Rechtssetzungslehre » ou « Gesetzgebungslehre »), une « Wissenschaft » (« Gesetzgebungswissenschaft »), à une « Theorie » (« Gesetzgebungstheorie ») et même à un « Kunst » (« Gesetzgebungskunst »). L'Office fédéral de la justice utilise pour sa part le terme de « Legistik », « Legistica » et « Legisprudence » pour traduire « légistique » (www.bj.admin.ch >staat >legistik).

(CETEL) de la Faculté de droit de l'Université de Genève, qui révèle une préférence pour la technique au détriment de la science. Si l'un des fondateurs du centre, Jean-François PERRIN, refusait la dénomination de science, il ne rejetait pas la possibilité d'une démarche scientifique ; position ambiguë dont il est conscient :

« Accepter la démarche scientifique et refuser, pour des raisons déontologiques l'étiquette de science. Le lecteur verra-t-il une contradiction dans cette conclusion ? Il se souviendra que le refus de l'étiquette vise seulement le sens étroit d'une « science » définitivement inapte à légitimer les choix politiques, mais non la « démarche scientifique » probablement apte à produire les termes, enjeux et les alternatives qui sont liés à ces choix. »⁴³³

Si nous avons dans ce livre pris le parti scientifique, nous ne sommes pas dupe de l'avertissement de Claude LÉVI-STRAUSS pour qui l'usage des méthodes s'apparenterait à du bricolage⁴³⁴. On conclura dès lors, avec Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, qu'en prenant au sérieux ce type de mise en garde « la proposition d'une méthodologie, en tant que science ou connaissance des méthodes, devient inévitablement modeste, partielle et partielle. »⁴³⁵ Le « caractère scientifique de la légistique ne devrait d'ailleurs pas être exagéré. [...] [celle-ci] constitue aussi un art, un savoir-faire artisanal, mis au service de la législation » écrit Charles-Albert MORAND⁴³⁶. La loi, comme le droit, serait donc bien à la fois science *et* art comme le suggérait l'historien et sociologue du droit Henri LÉVY-BRUHL :

« Si l'on demande à un juriste : « Le droit est-il une science ou un art ? », il y a de fortes chances pour qu'il réponde : « C'est à la fois l'un et l'autre. » Le droit est un art – l'art du bon et du juste, disait le vieux jurisconsulte Celse – et la mission du juriste consiste essentiellement à améliorer les rapports sociaux en formulant des règles justes, et en les appliquant de la manière la plus équitable. Mais c'est aussi une science. »⁴³⁷.

⁴³³ Jean-François PERRIN, « L'élaboration des lois peut-elle faire la matière d'une science ? », in : *Travaux CETEL*, n° 14^{bis}, Genève, 1980, p. 30 ss.

⁴³⁴ Claude LÉVI-STRAUSS, *La pensée sauvage*, Paris, 1962 (cit. in : CHAMPEIL-DESPLATS [2014], p. 6).

⁴³⁵ CHAMPEIL-DESPLATS (2014), p. 7.

⁴³⁶ MORAND (1999, *Le droit néo-moderne*), p. 32 ss. Dans le même sens à propos de la « regulation » : « Regulation is both a science and an art ; regulatory decision-making a craft » (WINDHOLZ [2018], p. 277). Cf. ég. MILET Marc, « La loi saisie par la science : Des legislative studies à la légistique : Genèse et ambivalence de la construction d'une « science législative » », in : Gilberg/Groulier (dir.), *Former à la légistique*, Paris, 2018, p. 150 s. qui discerne une évolution vers une différenciation entre démarche scientifique et savoir appliqué.

⁴³⁷ Henri LÉVY-BRUHL, « La Science du Droit ou « Juristique » », in : *Cahiers Internationaux de Sociologie*, vol. 8, Paris, 1950, p. 123.

1.3.2.4 *La légistique comme objet interdisciplinaire : le débat oublié sur la science du droit et la « juristique »*

La légistique repose sur des compétences interdisciplinaires⁴³⁸. Pellegrino ROSSI l'anticipait en 1829 déjà pour qui voudrait produire « un droit positif rationnel » :

« Pour obtenir un droit positif rationnel, faut-il puiser à la fois dans les profondeurs de la philosophie et de la psychologie, et aux sources de l'histoire. Mais la difficulté consiste surtout à combiner dans de justes proportions ces éléments divers. Il s'agit d'abord de recueillir les décisions de la raison universelle, de la conscience humaine, mais en évitant de prendre pour telles les suggestions de l'égoïsme et les exigences des passions. »⁴³⁹

Pour le démontrer, nous pouvons nous éclairer d'un débat, aujourd'hui oublié, autour de la « science du droit ». En effet, afin d'éviter que la « science » du droit (mais non de la seule loi) ne se restreigne à une simple « technique »⁴⁴⁰, Henri LÉVY-BRUHL proposait en 1950 de rebaptiser la science du droit d'un nouveau nom, la « juristique » :

« Pour éviter toute confusion, il convient, semble-t-il, de donner un nom à la science du droit. Toutes les sciences, ou presque, ont reçu le leur. Puisque l'expression « science du droit » prête à équivoque, et qu'aucun autre mot existant ne paraît convenir, on est obligé d'en forger un nouveau. Je proposerai celui de « juristique », moins lourd et moins pédant que d'autres comme « nomologie » ou « thémistologie » auxquels on pourrait penser. « Juristique » est construit à peu près comme « linguistique », et peut être compris de tous, même de ceux qui ne savent pas le grec. »⁴⁴¹

Il définit la juristique comme « l'étude des faits juridiques considérés en eux-mêmes, et sans préoccupation pratique »⁴⁴² dont la méthode serait pluridisciplinaire (« à la fois juridique, historique, comparative et sociologique »⁴⁴³) avec un accent fort porté sur la sociologie :

⁴³⁸ Cf. NOLL (1973), p. 64 ss ; MORAND (1999, *Le droit néo-moderne*), p. 28 ss ; Paul RICHLI, *Interdisziplinäre Daumenregeln für eine faire Rechtsetzung : ein Beitrag zur Rechtsetzungslehre im liberalen sozial und ökologisch orientierten Rechtsstaat*, Bâle/Genève/Munich, 2000 ; Paul RICHLI, « Interdisziplinarität in der Rechtsetzung : viel gefordert, wenig umgesetzt », in : *Interdisziplinäre Wege in der juristischen Grundlagenforschung*, Zurich, 2007, p. 123 ss ; Jonathan VERSCHUUREN/Rob VAN GESTEL, « Conclusions: A Conditional Yes to Ex Ante Evaluation of Legislation », in : Verschuur (éd.), *The Impact of Legislation: A Critical Analysis of Ex Ante Evaluation*, Leyde, 2009, p. 262 ; POPELIER (2017), p. 54 ; MILET (2018), p. 148 ss. Cf. ci-dessous ch. 4.4.2.1.

⁴³⁹ Rossi (1829), p. 14.

⁴⁴⁰ LÉVY-BRUHL (1950), p. 124 et p. 127.

⁴⁴¹ *Ibidem*, p. 128.

⁴⁴² *Ibidem*, p. 129.

⁴⁴³ *Ibidem*, p. 129.

« et cela m’amène à formuler une quatrième et dernière exigence de méthode : le juristicien devra être sociologue, c’est-à-dire ne jamais oublier le caractère social des faits juridiques qu’il étudie, et la liaison qu’ils soutiennent avec les autres faits sociaux. »⁴⁴⁴

Ce terme n’est en fait que la traduction du mot anglais « juristic » – que LÉVY-BRUHL ne mentionne pas, bien que couramment employé depuis le début du XX^e siècle dans un contexte similaire : « l’ambition de voir créer une science du droit qui prendrait appui sur la sociologie » comme le rappelle Mathieu SOULA⁴⁴⁵.

La rédaction des *Cahiers internationaux de sociologie*, dans lesquels l’article de LÉVY-BRUHL a paru, a publié une note introductive « qui relativise les apports sémantique et scientifique de l’auteur »⁴⁴⁶ en mentionnant notamment l’« étude synthétique » de Karl N. LLEWELLYN au titre programmatique : « The Normative, the Legal and the Law-Jobs : The Problem of Juristic Method: Being Also an Effort to Integrate the « Legal » Into Sociological and Political Theory »⁴⁴⁷.

Ce détour sémantique nous permet d’expliquer pourquoi nous préférons le terme de « légistique » à l’expression de « science de la législation » : de manière analogue à la juristique, la légistique se fonde précisément sur les méthodes sociologiques et politologiques⁴⁴⁸. Pour Luzius MADER par exemple, la « sociologie législative empirique » forme un des fondements de la science de la législation ; c’est la sociologie appliquée à la législation (sociologie législative) au sens défini par Jean CARBONNIER⁴⁴⁹ dont la fonction consiste à fournir au législateur des données de fait sur les conséquences de ses actions à titre d’aide à la décision⁴⁵⁰. Utiliser le terme de *légistique* plutôt que celui de *science de la législation* procède de la même ouverture méthodologique : la légistique comme *effort d’intégrer la législation dans un cadre interdisciplinaire* (droit, sociologie, science politique, économie, communication, linguistique, psychologie, informatique, etc.).

⁴⁴⁴ *Ibidem*, p. 130.

⁴⁴⁵ Mathieu SOULA, « La juristique : un espoir déçu ? », in : Chevreau/ Audren/ Verdier (éd.), *Henri Lévy-Bruhl : juriste sociologue*, Paris, 2018, p. 171.

⁴⁴⁶ SOULA (2018), p. 174.

⁴⁴⁷ Karl N. LLEWELLYN, « The Normative, the Legal and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method: Being Also an Effort to Integrate the « Legal » Into Sociological and Political Theory », in : *Yale Law Journal*, vol. 49, n° 8, 1940, p. 1355 ss.

⁴⁴⁸ MORAND (1999, *Le droit néo-moderne*), p. 28 ss.

⁴⁴⁹ Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 2^e éd., Paris, 2004, p. 276 ss.

⁴⁵⁰ MADER (1985), p. 19.

1.3.3 Les buts de la légistique

1.3.3.1 *Prélude : la nécessité d'une méthode visant à créer la loi à l'ère de la gouvernance et du droit global ?*

a. *Vers une science des normes et de la régulation : une normistique ?*

N'est-il pas étrange à l'ère du pluralisme normatif, de la globalisation, de la gouvernance et de la régulation⁴⁵¹ de proposer une méthode dédiée à la création méthodique de la *loi*⁴⁵² alors que la palette des instruments d'action la concurrençant s'est extraordinairement étoffée ? Les temps académiques ne seraient-ils pas plutôt mûrs pour la constitution d'une *science de la régulation*, ou une *science des normes* (une « nomologie » ou une « normistique »), à la place d'une *science de la loi* (« une légistique »), qui serait entretemps devenue obsolète ? Cela d'autant plus que l'on voit émerger une

⁴⁵¹ Mark DAWSON, « New Governance in the EU after the Euro Crisis : Retired or Reborn? » in : Cremona/Kilpatrick (dir.), *EU Legal Acts: Challenges and Transformations*, Oxford, 2018, p. 106 ss ; YEUNG Karen, « Algorithmic regulation: A critical interrogation », in : *Regulation & Governance*, vol. 12, 2018, p. 505 ss ; Wim VOERMANS, « Regulation and Legislation », in : Karpen/Xanthaki (éd.), *Legislation in Europe: A Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners*, Oxford/Portland, 2017, p. 17 ss ; Christoph ERRASS, *Verlust nationaler Zuständigkeiten durch internationale Akteure: Auswirkungen auf die schweizerische Demokratie*, Bâle, 2017, p. 13 ; Andreas ABEGG, « Empirisch-linguistische Analyse zum Wandel des Staatsverständnisses in der Schweiz », in : *Revue de droit suisse*, vol. 1, Bâle, 2017, p. 217, pour une démonstration linguistique de l'essor de la régulation (« Regulierung » avec mots apparentés : « Privatisierung », « Steuerung », « Selbstregulierung ») ; BARRAUD (2016, *Théories du droit*) ; Karim BENYKHELF, *Une possible histoire de la norme : Les normativités émergentes de la mondialisation*, 2^e éd., Montréal, 2015, p. 587 ss ; André-Jean ARNAUD, *La gouvernance : un outil de participation*, Paris, 2014 ; Benoît FRYDMAN, *Petit manuel de droit global : L'économie de marché est-elle juste ?* Bruxelles, 2014 ; Mikhail XIFARAS, « Après les théories générales de l'État: le droit global ? », in : *Jus Politicum : Revue de droit politique*, n° 8, 2012 ; Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE, « Gouvernance et efficacité des normes juridiques », in : Fatin-Rouge/Gay/Vidal-Naquet (dir.), *L'efficacité de la norme juridique : Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, 2012, p. 85 ss ; David LEVI-FAUR, *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham, 2011 ; Gunnar FOLKE SCHUPPERT (2011), p. 253 ss ; Daniel MOCKLE, *La gouvernance, l'État et le droit*, Bruxelles, 2007 ; Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, « Gouvernance et régulation au 21^{ème} siècle : quelques propos iconoclastes », in : *Société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance ?*, Bruxelles, 2005, p. 19 ss ; Jean-Bernard AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, Paris, 2003 ; Charles-Albert MORAND (éd.), *Le droit saisi par la globalisation*, Bruxelles, 2001. Cf. ég. ci-dessous ch. 3.4.1 et 3.5.1.

⁴⁵² Que l'on comprend ici dans son sens matériel, non restreint à la loi formelle, mais visant aussi les textes de niveau réglementaire et conventionnel.

théorie unifiée de la gouvernance en droit public et en droit privé⁴⁵³. Certains le suggèrent dans le monde germanophone en proposant de substituer une « *Rechtssetzungslehre* »⁴⁵⁴, une « *Regelungswissenschaft* » ou une « *Regelungslehre* » à la classique « *Gesetzgebungslehre* »⁴⁵⁵.

La loi, comme instrument d'émancipation de l'Ancien Régime vers la modernité, a vu naître au tournant de la Révolution française une science du droit, on l'a vu, articulée autour des grandes codifications du droit pénal et du droit privé. Ce *légicentrisme* triomphant coïncide avec la construction des Etats-nations et des régimes démocratiques. L'Etat devient « de droit », ou « de loi » devrait-on dire. La loi est l'instrument-clé à disposition de la nation pour réaliser les idéaux de la société moderne. Elle pilote tant les autorités judiciaires (le juge en est la bouche selon MONTESQUIEU)⁴⁵⁶ que les autorités exécutives (la bureaucratie en est l'expression rationnelle selon Max WEBER)⁴⁵⁷ et s'impose aux individus qui doivent régler leurs comportements en conséquence.

Si la construction théorique est élégante, les *premières fissures* vont rapidement apparaître. Les conditions parfaites de la rationalité communicationnelle ne sont de loin pas idéalement remplies en pratique, on l'a vu⁴⁵⁸, et la loi n'est, en soi, que texte, donc théorie tant qu'elle n'est pas mise en pratique⁴⁵⁹. La vie du droit se développe dans les marges de la loi, sans grande capacité de contrôle du législateur. Ce constat d'impuissance, déjà posé par Jean CRUET qui en avait fait le titre de son ouvrage phare en 1908 (*La vie du droit et l'impuissance des lois*)⁴⁶⁰ et que nous avons vu en introduction, a été corroboré plus tard par les théories réalistes du droit⁴⁶¹ et définitivement reconnu à la suite du tournant linguistique ou herméneutique⁴⁶² : la norme se trouve en fin de compte dans la lecture qu'en fait le destinataire et non dans le texte en tant que tel⁴⁶³. L'attention se dirige vers les

⁴⁵³ Cf. ci-dessous ch. 3.4.1.

⁴⁵⁴ Cf. par exemple MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 1 note de bas de page 3. Cf. ég. Martin WYSS, *Rechtssetzungslehre*, Berne, 2016, p. 1.

⁴⁵⁵ Cf. par exemple dans ce sens la proposition de FOLKE SCHUPPERT (2011), p. 6.

⁴⁵⁶ « les juges de la nation ne sont [...] que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur. » (MONTESQUIEU [1748], livre XI, chapitre VI).

⁴⁵⁷ WEBER (1922), p. 504.

⁴⁵⁸ Cf. ci-dessous ch. 1.2.1.2b.

⁴⁵⁹ Cf. ci-dessous ch. 6.1.2.

⁴⁶⁰ Cf. ci-dessus ch. 1.2.1.1, en particulier la note de bas de page 32.

⁴⁶¹ Cf. ci-dessous ch. 6.1.2.

⁴⁶² Pierre MOOR, *Dynamique du système juridique*, Zurich, 2010, p. 55 ss ; FRYDMAN (2005), p. 536 ss ; Paul AMSELEK, « Propos introductif », in : Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, 1994, p. 7 ss ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 133 ss ; CUMYN/ SAMSON (2013), p. 31 ss.

⁴⁶³ Cf. ci-dessous ch. 6.1.2.

autorités de mise en œuvre et le pouvoir judiciaire qui deviennent, en quelque sorte, des co-législateurs. La science du *droit* éclipse dans ce contexte celle de la *loi*.

Parallèlement, la *concurrence entre les pouvoirs* s'est progressivement poursuivie avec l'essor de la mondialisation et de la globalisation. Les sources de normativité se diversifient au point de noyer la loi : celle-ci et, à sa suite, la démocratie se « déparlementarisent »⁴⁶⁴. La loi et son auteur semblent définitivement sombrer dans l'impuissance au milieu d'un tel pluralisme normatif, offrant le triste spectacle d'une pseudo-démocratie, faisant entretenir aux citoyennes et aux citoyens l'illusion d'une puissance qu'ils ont de fait perdue⁴⁶⁵ :

« Le phénomène de mondialisation comme la question très politique de la gouvernabilité des sociétés démocratiques laissent transparaître l'idée selon laquelle le gouvernement étatique n'assure plus un gouvernement efficace des hommes. »⁴⁶⁶

La pyramide kelsénienne est ainsi devenue *réseau*, le gouvernement *gouvernance*, la loi *contrat*, la réglementation *régulation* et le droit national *global*⁴⁶⁷.

b. La loi comme élément structurant de la démocratie

Dans ce tumulte, il serait pourtant prématuré d'abandonner le législateur et ses lois. Le monde des réseaux recompose l'exercice du pouvoir. Il serait « fort naïf » d'en déduire la disparition de toute forme d'autorité rappellent François OST et Michel van DE KERCHOVE⁴⁶⁸, qui soulignent que « [l]oin de produire par eux-mêmes de la démocratie, comme des analyses trop sommaires pourraient le laisser suggérer, les réseaux ne font que redéfinir les termes des exigences démocratiques qui restent toujours à réinventer. »⁴⁶⁹ Or « [t]out pouvoir sans bornes ne saurait être légitime »⁴⁷⁰ nous rappelle MONTESQUIEU. Une liberté sans limites oppresse dans les faits les plus faibles. Le dominicain Henri-Dominique LACORDAIRE pouvait encore espérer confier en 1848 ce contre-

⁴⁶⁴ Rob VAN GESTEL, « The « Deparliamentarisation » of Legislation: Framework Laws and the Primacy of the Legislature », in : *Utrecht Law Review*, vol. 9, n° 2, 2013, p. 106 ss ; Paul KIRCHHOF, « Entparlamentarisierung der Demokratie ? », in : Kaiser/Zittel (éd.), *Demokratietheorie und Demokratieentwicklung: Festschrift für Peter Graf Kielmansegg*, Wiesbaden, 2004, p. 362.

⁴⁶⁵ « Scheindemokratie » (ERRASS [2017], p. 61).

⁴⁶⁶ Carmelo ROSITANO, *Recherche sur le concept de gouvernement*, Paris, 2016, p. 172.

⁴⁶⁷ Caroline BRICTEUX/Benoît FRYDMAN (dir.), *Les défis du droit global*, Bruxelles, 2018 ; BARRAUD (2016, *Théories du droit*), p. 499 ss et p. 544 ss ; BENYEKHEF (2015), p. 537 ss. Cf. ég. les références bibliographiques en tête de cette section.

⁴⁶⁸ OST/VAN DE KERCHOVE (2002), p. 492.

⁴⁶⁹ OST/VAN DE KERCHOVE (2002), p. 493.

⁴⁷⁰ MONTESQUIEU, *Lettres persanes*, lettre n° 104, Amsterdam, 1721.

pouvoir à la loi en faisant observer qu'« entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime, et la loi qui affranchit. »⁴⁷¹ Or, dans ce nouveau contexte dans lequel, selon Tzvetan TODOROV, « la globalisation économique prive les peuples de leur pouvoir politique », « la logique du management, qui aboutit au formatage des esprits, se répand partout » et « le populisme et la xénophobie croissent, assurant le succès des partis extrémistes »⁴⁷², « la promotion de l'individu, l'autonomisation de l'économie, le mercantilisme de la société ne peuvent être abrogés par un décret de l'Assemblée nationale, ni par la prise d'une nouvelle Bastille. »⁴⁷³

Si l'on ne peut que souligner le réalisme d'un tel constat d'impuissance de la loi à garantir l'effectivité du principe démocratique, on peine en revanche à voir émerger un instrument de substitution. Quelle autorité serait désormais en mesure de « produire de la démocratie » et de soutenir le faible ?

Tout en saluant vivement la proposition de « bâtir une normativité globale postmoderne » suggérée par Karim BENYEKHEF notamment⁴⁷⁴, on reste en revanche sans mode d'emploi sur la manière de s'y prendre pour ériger non pas un univers labyrinthique tendanciellement oligarchique mais une structure plus dentelée ouverte à la transparence démocratique. Il serait impérieux, en d'autres termes, de s'atteler à trouver un coin ou un levier pour faire diffuser cet esprit démocratique. Cependant l'Etat, dans ses diverses configurations, même si certains en ont prédit un peu rapidement l'obsolescence⁴⁷⁵, demeure plus que jamais la structure indispensable pour garantir les droits fondamentaux et leur mise en œuvre effective⁴⁷⁶ ; et la loi, malgré tous ses défauts, nous semble constituer un angle d'attaque pragmatique. Par ailleurs, l'Etat, et ses lois, conservent aujourd'hui encore une puissance symbolique sur laquelle il importe de capitaliser⁴⁷⁷ : la figure de l'Etat de droit démocratique reste un idéal désirable dans nos sociétés. Karim BENYEKHEF reconnaît justement « la centralité symbolique et effective du droit étatique » :

⁴⁷¹ Henri-Dominique LACORDAIRE, *La liberté de la parole évangélique : écrits, conférences, lettres*, textes choisis et présentés par André Duval et Jean-Pierre Jossua, Paris, 1996 (cit. in : TODOROV [2012], p. 144).

⁴⁷² TODOROV (2012), p. 259 ss.

⁴⁷³ TODOROV (2012), p. 263 ss.

⁴⁷⁴ BENYEKHEF (2015), p. 814.

⁴⁷⁵ Luc GONIN, *L'obsolescence de l'Etat moderne : Analyse diachronique et contextuelle à l'exemple de l'Etat français*, Zurich, 2011.

⁴⁷⁶ René RHINOW, « Vom Nationalstaat zum integrativen Verfassungsstaat: Zur Unentbehrlichkeit staatlicher Strukturen jenseits des Nationalismus », in : *Pratique juridique actuelle (PJA)*, n° 6, 2017, p. 786.

⁴⁷⁷ Cf. ci-dessous ch. 2.1.2.1c.

« Le juriste d'aujourd'hui [...] [doit] tenter d'harmoniser un droit pluriel, tout en sachant la centralité symbolique et effective du droit étatique, dans un monde qui devient global. [...] Sa tâche est de bâtir une normativité globale postmoderne, alors que celle de ses prédécesseurs visait à construire une normativité nationale pour un Etat moderne. »⁴⁷⁸

c. *Pour une légistique inscrite au cœur de l'Etat de droit et de la démocratie dans une gouvernance multi-niveaux*

C'est pourquoi nous proposons de revenir à la loi comme élément structurant de la démocratie et de *revisiter la légistique dans un contexte de gouvernance et de pluralisme normatif à l'ère du droit global* plutôt que de théoriser une « normistique » ou une « régulistique » aux angles d'attaque plus difficilement saisissables.

Cette légistique doit non seulement instiller le *principe démocratique* mais également être couplée aux *droits humains* pour assurer une légitimité matérielle. Elle doit être *juste*⁴⁷⁹. Elle fait le pari de la *raison* en fondant la loi sur des faits et en corrigeant celle-ci en fonction de l'évolution des circonstances et de la société. Elle n'abandonne cependant pas son idéal de rationalité géométrique⁴⁸⁰ en préconisant des *lois claires* tout en reconnaissant le pouvoir créateur de ses interprètes.

Afin de s'imposer dans le concert de la mondialisation, elle ne doit pas se limiter au niveau de l'Etat-nation classique, mais être conçue comme une *légistique multi-niveaux*⁴⁸¹, dans le contexte d'une gouvernance devenue elle-même multi-niveaux (« multi-level governance »)⁴⁸². Elle devrait s'intégrer dans un projet plus vaste consistant à refonder la démocratie et l'Etat de droit dans des *structures*

⁴⁷⁸ BENYEKHELF (2015), p. 814.

⁴⁷⁹ Cf. ci-dessous ch. 1.3.3.2c.

⁴⁸⁰ Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.2b.II.

⁴⁸¹ Cf. dans ce sens par exemple FOLKE SCHUPPERT (2011), p. 323 ss.

⁴⁸² Sur le rapport d'une telle gouvernance avec le droit public, cf. Peter BUBJÄGER, « Multi-Level-Governance als Gegenstand und Herausforderung des Öffentlichen Rechts », in : *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2016, p. 307 ss. Pour une application au domaine de la gouvernance de la migration, cf. Stephan BREITENMOSER, « Migrationssteuerung im Mehrebenensystem », in : Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (éd.), *Grenz-überschreitungen: Migration. Entterritorialisierung des Öffentlichen Rechts*, Berlin, 2017, p. 9 ss ; HOULE (2012), p. 76 ss. Sur la collaboration en matière législative entre les différentes entités dans un *Etat fédéral* tel que la Suisse, cf. art. 45 ss Cst. féd. in : MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 243 ss.

étatiques intégratives à l'exemple de celles proposées par le juriste René RHINOW⁴⁸³.

Une telle légistique viserait donc les lois produites aux différents échelons étatiques, du local à l'international, de sorte à les fédérer dans le cadre d'une *architecture institutionnelle de subsidiarité* que l'on peut concevoir en cercles concentriques. Pour être à même de « vivifier la démocratie inter-niveaux » – à l'instar du projet de Pacte européen présenté par Vincent MARTENET pour redonner le pouvoir aux peuples⁴⁸⁴ –, elle devra nécessairement s'inscrire dans le *projet européen*. Les services du Parlement européen viennent à ce propos de publier une note sur le rôle légistique proactif que devraient jouer les parlements nationaux dans la procédure législative de l'Union européenne (« The *legisprudential role of national parliaments in the European Union* »).

Les auteurs se réfèrent directement à la démarche de légistique matérielle, que Luc WINTGENS a appelée « *legisprudence* »⁴⁸⁵ : « The attribution of a *legisprudential role* to national parliaments is inspired by the theory of *legisprudence* advanced by Luc J. Wintgens. *Legisprudence* is envisaged as a < legal theory of legislative law-making >, *ambitioning the < rational creation of legislation and regulation >* ».⁴⁸⁶

En voici le résumé :

- « National parliaments' contribution to the law-making process at European level should focus on the overall rationality of the draft legislative proposals. The Early Warning Mechanism must not be limited to considerations regarding the breach of the principle of subsidiarity, but also encompass the principle of conferral and the principle of proportionality.
- The so-called < green card > would be a significant way to channel the impetus and knowledge of national parliaments into the legislative procedure at European level. National parliaments must not be assigned a right of initiative, but could be able to require the competent EU organs the presentation of proposals on certain policy issues or the review of existing legislation.
- The so-called < red card > would strengthen the role of national parliaments concerning the control of compliance with the principle of subsidiarity review and would transform them in the main guardians of such a principle. However, it would require an amendment to the treaties. Other arrangements such as an *ex ante* intervention of the European Court of Justice deserve further consideration.
- The Political Dialogue procedure could be enhanced to acknowledge the *legisprudential role* here assigned to national parliaments, encompassing

⁴⁸³ Sur un tel projet, cf. RHINOW (2017), p. 780 ss qui propose de substituer l'Etat constitutionnel intégratif à celui d'Etat-nation (« Vom Nationalstaat zum integrativen Verfassungsstaat : Zur Unentbehrlichkeit staatlicher Strukturen jenseits des Nationalismus »).

⁴⁸⁴ Vincent MARTENET, *Pour un pacte européen*, Zurich, 2017.

⁴⁸⁵ Cf. ci-dessus ch.1.3.2.2c.

⁴⁸⁶ PARLEMENT EUROPÉEN, POLICY DEPARTMENT FOR CITIZENS' RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *The legisprudential role of national parliaments in the European Union* (europarl.europa.eu/studies), Strasbourg, 2017, p. 3.

configurations akin to the green or red card without the need to amend the Treaties. »⁴⁸⁷

L'OCDE propose pour sa part à un niveau plus large un *programme sur la coopération réglementaire internationale* (« International Regulatory Co-operation » [IRC]) visant à « encourager les pays à développer des méthodes et pratiques en support à une meilleure coordination des règles et de leur mise en œuvre au niveau international »⁴⁸⁸.

Enfin, et c'est évidemment là son plus grand défi, cette légistique devrait être en mesure de *rendre la loi pertinente et efficace* tout en étant *juste* et respectueuse des exigences de la *démocratie*. Elle sera donc nécessairement *modeste*, car elle doit rester consciente de la force des « ennemis intimes de la démocratie » dénoncée par Tzvetan TODOROV : la tendance ultralibérale qui concurrence son autorité de l'extérieur et la tentation populiste qui sape son fondement de l'intérieur⁴⁸⁹.

1.3.3.2 *Bien légiférer*

a. *Les critères de qualité de la loi*

Définir la « bonne » loi implique de s'entendre préalablement sur des critères de qualité communs. Tant la doctrine que les autorités s'y sont attelées avec ferveur⁴⁹⁰ desquelles on tirera trois catégories : des critères juridiques et

⁴⁸⁷ *Ibidem*, p. 1.

⁴⁸⁸ oecd.org/fr > Thèmes > Gouvernance publique > Politique réglementaire.

⁴⁸⁹ TODOROV (2012), réf. cit. ci-dessus ch. 1.3.3.1b.

⁴⁹⁰ Cf. par exemple COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines* (2017), ch. 2 ; WYSS (2018), p. 9 ss ; Helen XANTHAKI, « Improving the Quality of EU Legislation: Limits and Opportunities ? », in: Garben/Govaere (éd.), *The EU Better Regulation Agenda : A Critical Assessment*, Portland, 2018, p. 29 ss ; Fabienne PÉRALDI LENEUF/Stéphane DE LA ROSA (dir.), *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, Paris, 2013 ; HOULE (2012), p. 49 s. et 166 ss (sur le programme de réglementation « intelligente » au Canada) ; Marthe FATIN-ROUGE/Laurence GAY/Joseph PINI (dir.), *Autour de la qualité des normes*, Bruxelles, 2010 ; Luzius MADER, « Vom Kampf ums Recht zur Pflege der Gesetzgebung: neuere Bestrebungen des Bundes zur Verbesserung der Qualität der Gesetzgebung », in: Knoepfel (éd.), *Réformes de politiques institutionnelles et action publique*, Lausanne, 2009, p. 187s ; SERVICE DES ETUDES JURIDIQUES DU SÉNAT, *La qualité de la loi, Note de synthèse n°3*, Paris, septembre 2007 ; Rodolfo PAGANO, « Qualità della legislazione e normativa italiana in tema », in : *LeGes* 2007/1, p. 110 ss ; CONSEIL FÉDÉRAL, « Message relatif au projet de loi fédérale sur la mise à jour formelle du droit fédéral », in : *FF* 2007 5789, p. 5794 ; Luzius MADER/Bernhard RÜTSCHKE, « Regulierung, Deregulierung, Selbstregulierung : Anmerkungen aus legistischer Sicht », in : *Revue de droit suisse*, vol. 2, Bâle, 2004, p. 134 ss. Cf. ég. PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 13 avril 2016* ; PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

philosophiques pour une loi juste, des critères factuels pour une loi raisonnée, pertinente et efficace ainsi que des critères rédactionnels pour une loi claire⁴⁹¹.

Il existe une distance entre justice et droit que nous ne nous hasarderons pas à examiner plus attentivement ici, car, pour définir ce qu'est une loi juste, les philosophes sont incontournables⁴⁹². On admettra ici, par un raccourci, que la loi juste, dans notre système de valeurs, est celle qui repose sur les *principes constitutifs d'un Etat de droit démocratique* (interdiction de l'arbitraire, intérêt public, légalité, proportionnalité, égalité de traitement et autres droits fondamentaux).

Les *critères factuels* relatifs à la *qualité des conséquences concrètes* de la loi sur la réalité sociale, environnementale et économique permettent d'évaluer la capacité de la loi de provoquer un impact optimal sur les faits en orientant le comportement effectif des individus (*rationalité* du processus législatif reposant sur une analyse bien fondée du problème et la pertinence des objectifs poursuivis ; efficacité, effectivité et efficience des mesures dans leur *mise en œuvre*).

Les *critères rédactionnels* s'appliquent à la rédaction du texte de la loi (clarté législative que nous examinerons plus loin⁴⁹³).

En philosophie du droit, on retrouve des éléments analogues chez Norberto BOBBIO, par exemple, qui s'est efforcé de déterminer les attributs du « bon législateur » qu'il a classés par ordre de priorité en jugeant fondamental que celui-ci soit juste, cohérent et raisonnable. L'aspect rédactionnel n'est pas aussi déterminant à son avis et doit être subordonné :

« alors qu'il est fondamental que le législateur soit juste, cohérent et raisonnable, il n'est pas essentiel qu'il soit rigoureux dans l'usage qu'il fait des mots, systématique dans l'ordre d'exposition des normes, exhaustif dans la détermination des cas spécifiques. »⁴⁹⁴

De cette classification découlent différentes *méthodes* pour bien légiférer :

- les *méthodes juridiques classiques* – incluant le contrôle de conventionnalité, de constitutionnalité et de légalité – visent essentiellement à concrétiser les premiers critères ;
- les méthodes de *légistique matérielle* concernent avant tout la partie factuelle, examinant l'effet de la loi au moyen des analyses d'impact prospectives et rétrospectives ;

Accord interinstitutionnel sur les lignes directrices communes relatives à la qualité rédactionnelle de la législation communautaire du 22 décembre 1998. Pour un point de la situation sur le « bien légiférer », cf. les contributions réunies in : *LeGes*, 2017/3, p. 435 ss.

⁴⁹¹ Plus en détail, cf. FLÜCKIGER (2008, « Mieux légiférer »), p. 14 ss.

⁴⁹² Pierre MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris, 2005, p. 236 ss.

⁴⁹³ Cf. ci-dessous ch. 5.3.

⁴⁹⁴ Norberto BOBBIO, « Le bon législateur », in : *Logique et Analyse*, vol. 14, n° 53/54 : Le raisonnement juridique : actes du congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale, Bruxelles, 1971, p. 246.

- les méthodes de *légistique formelle* s'appliquent surtout à la partie rédactionnelle, garantissant la qualité communicationnelle et linguistique du texte de loi.

La spécificité de la légistique par rapport aux méthodes juridiques réside dans son but : celui d'assurer à la loi un impact pertinent lui permettant de répondre de manière efficace et efficiente au problème de société qu'elle vise à résoudre par une analyse objective du problème, la conception pertinente de ses objectifs, l'arrangement stratégique de ses instruments et une rédaction claire de son texte.

L'objectif de la légistique, on y reviendra, est *plus ambitieux que celui d'une simple mise en œuvre de la loi*. Cette dernière doit également produire par son impact un changement réel de la situation identifiée comme problématique (critère de la pertinence) de manière efficace et efficiente, sans créer de nouveaux problèmes inattendus (critère de l'efficience et de l'efficacité au sens étroit)⁴⁹⁵. Autrement dit, le but est de prévenir l'adoption de lois inutiles aux effets possiblement problématiques.

Dans les faits, ces aspects sont *imbriqués* : une loi claire contribue à son impact ; une loi efficace contribue à la justice ; une loi juste sans impact est inutile ou hypocrite.

b. La quête méthodique de la « bonne » loi

Peter NOLL débutait sa *Gesetzgebungslehre* en 1973 en citant Kurt BALL, un auteur qui déplorait en 1921 l'absence d'une théorie scientifique de la « bonne législation »⁴⁹⁶. La légistique devrait répondre selon lui à la question de la conception optimale du contenu du droit, et pas seulement celle de sa forme (« Wie sollte Recht inhaltlich optimal gestaltet werden ? »)⁴⁹⁷. La doctrine l'a suivi en introduisant çà et là quelques nuances : la légistique vise à produire des *lois de qualité* (« bonnes », voire « relativement bonnes », « correctes » tout en étant « justes »)⁴⁹⁸. L'Office fédéral de la justice lui assigne le but de déterminer

⁴⁹⁵ Cf. ci-dessous ch.4.3.3.2.

⁴⁹⁶ « Es fehlt die wissenschaftliche Lehre von der guten Gesetzgebung. » (Kurt BALL, *Vom neuen Weg der Gesetzgebung*, Berlin, 1921, p. 1 [cit. in : NOLL [1973], p. 9]).

⁴⁹⁷ NOLL (1973), p. 25. Sur la question de la « belle » loi, qui peut également être comprise dans le sens d'une beauté conceptuelle, cf. ci-dessus ch. 1.3.2.2b.II.

⁴⁹⁸ « Das Ziel ist die <richtige>, <gute>, <gerechte> oder <faire> Rechtsnorm. » (MÜLLER/UHLMANN [2013], p. 37, à propos de la méthode législative, et se référant à RICHLI [2000], p. 1 ss). Ces auteurs ne résument pas le but de la légistique à la seule « bonne » loi, mais à la loi « correcte » (« richtig ») et « juste » (« gerecht », « fair »), point sur lequel nous reviendrons dans la section suivante. Pour un résumé des positions dans la doctrine allemande, cf. Eike Michael FRENZEL, *Nachhaltigkeit als Prinzip der Rechtsentwicklung? Beitrag zu einer praktischen Gesetzgebungslehre*, Baden-Baden, 2005, p. 162 ss : « <relativ gute> Gesetze » (Reinhold HOTZ, *Methodische Rechtsetzung: eine Aufgabe der Verwaltung*, Zurich, 1983, p. 109) ; « inhaltlich <richtig> » (Gerhart WIELINGER, « Zur Problematik einer Gesetzgebungswissenschaft », in : Tammelo/Mock

les modalités optimales d'élaboration de la loi, c'est-à-dire en d'autres termes de *bien légiférer* :

« La légistique a pour but de déterminer les meilleures modalités d'élaboration, de rédaction, d'édiction et d'application des normes juridiques. »⁴⁹⁹

L'Union européenne utilise pour sa part une formule plus connotée qui insiste sur la nécessité d'améliorer la loi, insinuant que celle-ci ne serait pas « bonne » en l'état. Sur ce point, il faut admettre que la critique est constante comme on l'a montré plus haut⁵⁰⁰. La légistique aurait précisément pour but de combler un tel déficit en visant à *mieux légiférer* :

L'Union européenne, sur les traces de l'OCDE qui recommande aux Etats d'instaurer des politiques réglementaires⁵⁰¹, a adopté un programme visant explicitement à « mieux légiférer » (« better lawmaking »)⁵⁰².

On pourrait remonter encore plus loin dans le temps. Que l'on se souvienne de Gustave ROUSSET en 1858 pour qui « [l]a science des bonnes lois devait ainsi forcément précéder l'art de les bien dire ». Pour François GÉNY, dans sa « technique législative dans la codification civile moderne » publiée en 1904, une bonne loi doit « présenter les qualités requises de toute œuvre littéraire, qui s'adresse à l'intelligence et à la volonté plutôt qu'à l'imagination et au sentiment : unité, ordre, précision, clarté »⁵⁰³. En 1985, Charles-Albert MORAND réitérait le constat de carence d'une méthode destinée à « améliorer la qualité de la législation » :

« Une lacune importante subsiste pourtant, car ni la dogmatique juridique, ni la science politique ne fournissent une méthodologie législative, à savoir une méthode permettant d'améliorer la qualité de la législation. »⁵⁰⁴

Cette exigence de *méthode* est importante pour comprendre la notion de « bonne » loi. Pour Peter NOLL, la loi est bonne si elle est engendrée en suivant la démarche légistique dont l'objectif consiste à poser les critères d'une conception rationnelle de la loi (« Kriterien [...] zur rationalen Normgebung und

(éd.), *Rechtstheorie und Gesetzgebung. Festschrift für Robert Weimar*, Francfort-sur-le-Main etc., 1986, p. 161) ; « Lehre vom richtigen Recht » (Rudolf STAMMLER, *Die Lehre vom richtigen Recht*, 2^e éd., Halle-sur-Saale, 1926).

⁴⁹⁹ www.bj.admin.ch/bj/fr.html > Etat & Citoyen > Légistique.

⁵⁰⁰ Cf. ci-dessus ch. 1.2.1.3.

⁵⁰¹ Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.2b.IV et 2.2.3.3a.

⁵⁰² Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.1 et 2.2.3.3b. Sur l'historique de ce programme depuis 1997, cf. Jenő CZUCZAI, « The Council: Some Historical and Practical Aspects to the Better Regulation Agenda », in: Garben /Govaere (éd.), *The EU Better Regulation Agenda : A Critical Assessment*, Portland, 2018, p. 119 ss.

⁵⁰³ GÉNY (1904), p. 996.

⁵⁰⁴ Charles-Albert MORAND, « Préface », in : MADER (1985), p. IX.

Normgestaltung »)⁵⁰⁵. *Fonder la loi en raison* en proposant au législateur de suivre une démarche méthodique constitue le socle de la légistique⁵⁰⁶, vise également, dans l'idéal, à cantonner l'influence du *populisme* et de la *démagogie*⁵⁰⁷.

Le *populisme* et la *démagogie* peuvent être caractérisés par les éléments suivants⁵⁰⁸. Tout d'abord un partage manichéen binaire de la population en deux catégories : nous, forcément bons, et les autres, invariablement mauvais. Ensuite, une analyse simpliste des causes aux problèmes sociaux en attribuant l'origine de ceux-ci à un ou plusieurs boucs émissaires ainsi qu'une argumentation faisant fi des données de fait objectives. Enfin un recours systématique aux émotions en lieu et place d'une argumentation raisonnée, en provoquant stratégiquement la colère auprès de leurs adversaires ou en diffusant un climat de peur et d'angoisse délétère.

On mentionnera également le plaidoyer de Steve PINKER envers la nécessité d'une renaissance des Lumières, qui met plus précisément en garde contre le *populisme autoritaire* aujourd'hui en vogue : « un mouvement politique qui cherche à saper les fondements mêmes des Lumières. »⁵⁰⁹

La légistique a ainsi pour rôle premier de *contribuer à l'amélioration des conditions de rationalité communicationnelle en matière législative*⁵¹⁰. Les exigences légistiques consistant à fonder la loi sur des données objectives, d'analyser de manière fouillée les causalités du problème, de déterminer les objectifs législatifs sur la base de causes pertinentes et d'analyser la pertinence ainsi que l'efficacité des impacts probables ont pour effet non pas d'exclure, mais,

⁵⁰⁵ NOLL (1973), p. 15 et p. 63.

⁵⁰⁶ « [R]ationalization of the law making process is the main objective of a science of legislation » (Heinz SCHÄFFER, « Rationalisierung der Rechtsetzung », in : Schäffer [éd.], *Theorie der Rechtssetzung*, Vienne, 1998, p. 199 ss) ; Patricia POPELIER, « Governance and Better Regulation: Dealing with the Legitimacy Paradox », in : *European Public Law*, vol. 17, n° 3, 2011, p. 555 ss ; Karine GILBERG, *La légistique au concret : Les processus de rationalisation de la loi*, Paris, 2007 ; Luc WINTGENS/Angel Daniel OLIVER-LALANA (éd.), *The Rationality and Justification of Legislation: Essays in Legisprudence*, Heidelberg, 2013 ; Jacques CHEVALLIER, « Peut-on rationaliser la production du droit ? », in : Péraldi Leneuf/de la Rosa (dir.), *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, Paris, 2013, p. 17 ss ; MEßERSCHMIDT/OLIVER-LALANA (éd.) (2016) ; POPELIER/VERLINDEN (2009), p. 17.

⁵⁰⁷ Cf. ci-dessus ch. 1.2.1.2a.

⁵⁰⁸ Cf. par exemple Walter ÖTSCH/Nina HORACZEK, *Populismus für Anfänger: Anleitung zur Volksverführung*, Francfort-sur-le-Main, 2017. En politique suisse, cf. BERNHARD Laurent, « Three Faces of Populism in Current Switzerland: Comparing the Populist Communication of the Swiss People's Party, the Ticino League, and the Geneva Citizens' Movement », in : *Swiss Political Science Review (SPSR)*, vol. 23, iss. 4, 2017, p. 509 ss).

⁵⁰⁹ PINKER (2018), p. 384.

⁵¹⁰ Cf. ci-dessus ch. 1.2.1.2b.

espérons-le, de rendre peut-être un peu plus malaisée l'influence des démagogues dans la procédure législative.

Pourtant, définir le « bon droit » ne constituerait pas, selon Luzius MADER, le but fondamental d'une science de la législation, même si les « orientations pragmatiques tendent effectivement à contribuer à l'amélioration de la qualité des lois » :

« bien que les orientations pragmatiques tendent effectivement à contribuer à l'amélioration de la qualité des lois, la tâche fondamentale de la science de la législation n'est pas de définir le « bon » droit, ni de manière abstraite, ni – surtout – dans un cas concret, à l'occasion d'une décision législative particulière. »⁵¹¹

On doit à notre avis comprendre cette critique comme l'exigence de ne pas interpréter la notion de « bonne » loi dans le sens d'un jugement manichéen sur le contenu politique ou moral de la loi. Or la « bonne » loi, dans son sens légistique, se rapporte à la façon dont son contenu devrait être produit (se fonder sur la raison, on l'a vu, plutôt que sur la superstition, la religion ou la nature des choses), et non au contenu politique de la loi elle-même.

La méthode législative en effet *ne porte pas sur les valeurs*. Charles-Albert MORAND rappelle qu'elle n'est pas une axiologie mais « qu'elle peut par contre tester la cohérence des valeurs ainsi que l'articulation des valeurs finales et des valeurs instrumentales »⁵¹². Jean-François PERRIN, bien que préférant l'expression de « technique législative » à celle de « science de la législation », on l'a cité plus haut⁵¹³, explique très clairement qu'il défend l'utilité d'une « réflexion rationnelle sur l'art de légiférer » ainsi que d'une « évaluation prospective de l'impact des modèles législatifs » mais « sans tomber pour autant dans la mystification d'une légitimation du droit par la science ». Il conteste ainsi, à juste titre, l'idée d'une science qui serait apte à légitimer les choix politiques.

Une autre ligne critique, que nous avons observée plus haut⁵¹⁴, se rapporte à l'*autorité* de la loi, qui serait susceptible de vaciller dès qu'on la présupposerait perfectible. S'interroger sur la qualité de la loi « comme on le ferait de n'importe quel produit marchand, c'est introduire le doute sur son fondement même »⁵¹⁵ avertit Georges HISPALIS qui conclut ainsi :

⁵¹¹ MADER (1985), p. 30.

⁵¹² MORAND (1988), p. 393.

⁵¹³ Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.3c.

⁵¹⁴ Cf. ci-dessus ch. 1.2.2.1.

⁵¹⁵ HISPALIS (2005), p. 114.

« mesure-t-on ce que cette seule question a d'iconoclaste ? La loi, produit de la souveraineté nationale, expression de la volonté générale, est nécessairement bonne, du seul fait qu'elle est la loi. »⁵¹⁶

c. *La quête d'un impact juste et optimal de la loi*

La légistique vise à faire sortir la loi de ses livres. Elle tend à lui assurer un impact juste et optimal de sorte à ce qu'elle puisse agir efficacement sur le réel⁵¹⁷.

Sur ce point, elle est parfois discréditée au motif qu'elle se fonderait dans la mouvance benthamienne de la recherche de l'utilité et de l'efficacité des lois (« Zweckrationalität » au détriment de la « Wertrationalität » de Max WEBER⁵¹⁸). Selon certaines critiques, à l'instar du philosophe du droit Michel VILLEY, en visant à fabriquer des lois utiles et fonctionnelles, le droit ne poursuivrait plus « le mirage » d'une « justice métaphysique »⁵¹⁹ :

« Nos sommités intellectuelles sont maîtres de la science des moyens, de l'efficacité, mais sur tout le reste, et sur les *fin*s, à force de ne pas les regarder, atteints de cécité. »⁵²⁰

Ce philosophe du droit, très caustique, et pas plus tendre à l'égard des droits humains d'ailleurs qu'il juge « irréalisables »⁵²¹, critique tant l'utilitarisme de Jérémie BENTHAM que le réalisme de Roscoe POUND selon lequel les juristes seraient des « ingénieurs de la société » (« social engineering »)⁵²² :

« Si le droit n'est pas qu'une dépendance de la sociologie, mieux vaudrait pour finir en faire, plutôt qu'une science, une *technique* [...] ; un instrument de « contrôle social » inventé en vue du bien-être des particuliers ou du groupe. Comme l'avaient pressenti BENTHAM et l'utilitarisme anglais. [...] Depuis lors cette philosophie s'est énormément répandue ; elle l'emporte aux États-Unis... Les lois vont être des outils au service d'une

⁵¹⁶ *Ibidem*.

⁵¹⁷ Cf. ci-dessous ch. 6.1.

⁵¹⁸ Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.2a.

⁵¹⁹ VILLEY (2001), p. 112 ss.

⁵²⁰ VILLEY (2001), p. 140.

⁵²¹ VILLEY (2001), p. 115 : « Ici, prenons garde. On fera mieux de n'avancer qu'avec prudence. La plupart de nos contemporains sont de tout leur être engagés dans la religion des droits de l'homme. De puissantes associations, de prestigieuses institutions internationales, le clergé des églises chrétiennes, un vaste concours de bonnes intentions se dévouent au culte des droits de l'homme. Qu'il soit cependant permis de noter d'abord que ces prétendus droits, de quelque manière qu'on en ait défini le contenu, se révèlent irréalisables. »

⁵²² VILLEY (2001), p. 138. Sur les juristes comme ingénieurs, cf. David RESTREPO AMARILES, « Le droit comme instrument de progrès : sur l'idée d'ingénieur juridique », in : Bricteux/Frydman (dir.), *Les défis du droit global*, Bruxelles, 2018, p. 251 ss ; DESRAMEAUX (2018), p. 45 s. Cf. ég. ci-dessus ch. 1.3.2.2b.I.

politique, auxquels on demande d'être « fonctionnels ». [...] Le juriste devient « ingénieur » et pourrait user d'une méthode « expérimentale », imitée de la grande industrie. Ainsi dans un aéroport, tout est éprouvé, le sourire et la voix des hôtesses et la profondeur des fauteuils, le fond musical, pour procurer aux voyageurs le confort, la décontraction, et le profit des compagnies. Sur ce modèle il conviendrait désormais de fabriquer le droit. »⁵²³

C'est sur ce point que nous contestons la critique, car l'alternative n'est pas exclusive. Elle ne serait justifiée que si l'on pouvait démontrer qu'être pertinent, efficace ou efficient empêche forcément d'être juste⁵²⁴. Or concevoir des lois efficaces n'exclut pas *nécessairement* que celles-ci soient justes. Bien au contraire, le *but de la loi juste est et doit être sous-entendu*. Rien ne sert d'avoir un excellent *design* pour de mauvaises politiques publiques (« good designs for bad policies »)⁵²⁵.

Peter NOLL était très clair sur ce point. Une légistique n'est utile selon lui qu'à la condition qu'elle pose d'emblée la question des valeurs, à savoir celle du droit juste : « Jedenfalls ist eine Gesetzgebungslehre nur dann nützlich, wenn sie von vornherein die Wertfrage stellt, also nach der Setzung richtigen Rechts, der Herbeiführung optimaler sozialer Zustände fragt. »⁵²⁶

La légistique contribue très sûrement à la justice en ce sens qu'elle a pour tâche de s'assurer que les règles de droit qu'une société perçoit à un moment donné comme étant « justes » soient pertinentes et efficaces pour contribuer à changer effectivement la réalité sociale. Adopter des lois « justes » qui n'atteignent pas leur but – parce qu'elles sont mal conçues, non appliquées ou incompréhensibles – ne concourt pas à un droit plus juste, pas plus que rendre efficaces des lois dont on observe à regret les effets non voulus, voire même pervers.

On retrouve ici le débat entre PLATON et ARISTOTE comme le rappelle François JULLIEN : « Tandis que le platonisme n'était préoccupé que de l'excellence de la fin (culminant en cette fin suprême, l'idée du bien) et n'envisageait par conséquent l'administration des moyens qu'en subordination immédiate à la science de la fin, Aristote ne croit plus que les moyens découlent aussi aisément de l'idée et fait de leur adaptation un problème. »⁵²⁷ Il est en effet possible, selon ARISTOTE, que « fin et moyens soient en désaccord aussi bien qu'en accord [...] car il arrive que le but soit bon, mais que, dans l'action, on manque le moyen de l'atteindre ; d'autres fois, on tombe sur les moyens appropriés, mais on a posé une fin mauvaise. »⁵²⁸

Pierre AUBENQUE synthétise ainsi la position d'ARISTOTE : « dans le texte de [*Ethique à Nicomaque*, VI, 10], que nous avons résumé, il considère comme également mauvaise (et par conséquent indigne du prudent) la délibération qui propose des moyens mauvais

⁵²³ VILLEY (2001), p. 167.

⁵²⁴ Sur cette problématique, cf. MATHIS (2009), p. 21 ss.

⁵²⁵ PETERS et al. (2018), p. 7.

⁵²⁶ NOLL (1973), p. 64.

⁵²⁷ François JULLIEN, *Traité de l'efficacité*, Paris, 1996, p. 49.

⁵²⁸ *Ibidem*.

(c'est-à-dire inefficaces) pour une fin bonne et celle qui propose des moyens bons pour une fin mauvaise. »⁵²⁹

La perspective légistique présente l'intérêt d'aller au-delà du texte de la loi pour considérer celle-ci dans ses effets. La loi doit être *juste, y compris dans ses impacts*. Une conception trop étroite de la légistique, comprise sous un angle de rationalité économique uniquement (*rationalisme*), est critiquable⁵³⁰, car elle ne permet pas de s'assurer que tous les intérêts publics soient pris en compte dans un processus transparent, démocratique et participatif. L'*analyse d'impact intégrée* qui exige d'examiner l'ensemble des impacts sociaux, environnementaux et économiques est préférable. Une évaluation qui ne se limite pas au critère de l'effectivité, mais qui prend en compte l'efficacité plus largement entendue prévient l'*effectivisme*, à savoir une mise en œuvre obtuse des règles qui ne se soucierait ni de la pertinence de la loi, ni de ses impacts auprès de ses bénéficiaires finaux⁵³¹. Enfin, la légistique aide à *définir les droits fondamentaux* dans leurs effets (exigence de rationalité pour concrétiser l'interdiction de l'arbitraire ; évaluation de l'efficacité pour déterminer la proportionnalité ; examen des effets pour préciser l'égalité de traitement au-delà de la loi)⁵³². La légistique est ainsi mise au service des principes de l'Etat de droit et leur est subordonnée.

Cela implique qu'il est impératif de s'assurer préalablement de la légalité, de la constitutionnalité et de la conventionnalité des lois à adopter ou à modifier, car rien n'est plus injuste que de s'efforcer de rendre efficaces des règles contraires aux valeurs défendues par les droits humains ou dont la mise en œuvre montre des impacts délétères. Le contrôle de pertinence et d'efficacité de la loi est donc légitime dans la mesure où il s'inscrit dans le cadre et en complément du contrôle classique de constitutionnalité. Il n'a en effet pas vocation à s'y substituer. La légistique n'a pas – et ne saurait avoir – pour but de subordonner la validité de la loi à des impératifs exclusifs d'efficacité, en particulier économiques. La rationalité ne doit pas être confondue avec le rationalisme. La recherche de la qualité de la norme, en particulier du point de vue de son efficacité, ne doit pas devenir une fin en soi comme le conclut la politologue Nathalie DOMPNIER :

⁵²⁹ Pierre AUBENQUE, « La prudence aristotélicienne porte-t-elle sur la fin ou sur les moyens ? (A propos d'Eth. Nic, VI, 10, 1142 b 31-33) », in : *Revue des Études Grecques*, tome 78, fasc. 369-370, 1965, p. 48.

⁵³⁰ Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.2b.V et ci-dessous ch. 4.3.3.4c.III.

⁵³¹ Cf. ci-dessous ch. 6.1.3.3.

⁵³² Cf. ci-dessous ch. 1.3.4.

« Ainsi, si la qualité de la norme est au fondement d'un État de droit, elle apparaît peu compatible avec un gouvernement démocratique des sociétés dès lors qu'elle n'est plus un outil au service de choix politiques mais qu'elle devient une fin en soi. »⁵³³

A trop vouloir accentuer le résultat et l'efficacité, on court sinon le risque de conduire – avertit Stéphane DE LA ROSA – à « une dépossession des institutions et des acteurs politiques, au profit d'un débat sur la dimension proprement technique de la norme dont le contenu se trouve être ajusté aux attentes d'acteurs préalablement délimités. »⁵³⁴ Certains auteurs, à l'instar de François OST, préféreraient que le législateur se préoccupe « un peu moins des faits que des valeurs » et prennent « plus d'engagements substantiels » :

« Il s'agirait cette fois de définir ensemble les voies d'une société à la fois pluraliste et solidaire, qui soit instituante sans être sécuritaire. Cette exigence impliquerait que, chaque fois qu'il s'apprêterait à légiférer, le législateur se préoccupât un peu moins des faits que des valeurs, qu'il distribuât un peu moins de droits subjectifs et d'actions en justice et qu'il défendît plus nettement les statuts pourvoyeurs de places et de repères, qu'il fît moins d'ingénierie procédurale et qu'il prît plus d'engagements substantiels, et surtout qu'il trouvât le courage d'opérer des choix de valeurs plutôt que de donner raison à tous et satisfaction à personne. Tous ces imparfaits du subjonctif traduisent sans doute la difficulté, sinon l'irréalité du propos. Peut-être est-ce demander l'impossible que d'exhorter aujourd'hui le législateur à instituer. Je ne sais. Mais, en tout cas, c'est le privilège paradoxal du scientifique de pouvoir dire ce qui, selon lui, est nécessaire, même et surtout si cela paraît impossible. »⁵³⁵

Tout est, à nouveau, question d'équilibre. Les valeurs ne sauraient se substituer aux faits, pas plus que les faits ne sauraient l'emporter sur les valeurs. L'efficacité sans la justice est aussi peu souhaitable que la justice sans l'efficacité.

Il faudrait donc, de manière idéale, que la rationalité instrumentale (adaptation des moyens aux fins ou « Zweckrationalität ») soit subordonnée à la rationalité des valeurs (rationalité axiologique ou « Wertrationalität »), même si « les choses ne sont précisément pas aussi simples » doit admettre le philosophe français Pascal ENGEL :

« Les choses seraient simples si ces formes de rationalité pouvaient se compléter et se hiérarchiser : si la capacité d'exercer sa raison pouvait être au service de ce qui est utile à

⁵³³ Nathalie DOMPNIER, « Le renoncement à la légitimité démocratique au nom de la « qualité des normes » ? », in : Fatin-Rouge/Gay/Pini (dir.), *Autour de la qualité des normes*, Bruxelles, 2010, p. 94.

⁵³⁴ Stéphane DE LA ROSA, « L'Union européenne en quête d'une meilleure législation : A propos du programme « mieux légiférer » », in : Péraldi Leneuf/de la Rosa (dir.), *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, Paris, 2013, p. 68.

⁵³⁵ François OST, « La régulation, des horloges et des nuages ... », in : Jadot/Ost (dir.), *Élaborer la loi aujourd'hui, mission impossible ?*, Bruxelles, 1999, p. 34.

l'être humain et si ce but pouvait lui-même être au service d'une valeur ou d'un bien supérieur. Mais les choses ne sont précisément pas aussi simples. »⁵³⁶

1.3.3.3 *L'instrumentalisation des buts : les usages détournés de la légistique*

L'histoire de la discipline a montré que la légistique courait le risque constant d'être instrumentalisée⁵³⁷, car divers enjeux politiques et sociaux se cachent derrière le choix des méthodes retenues pour bien ou « mieux » légiférer.

Ainsi au *temps des Lumières*, dans le but louable d'éducation des masses, de favoriser l'acceptation des règles parmi la population, de diminuer les conflits juridiques, de limiter le pouvoir des juristes ou de protéger le Souverain contre la concurrence d'autres sources du droit, les légistes prescrivaient d'utiliser une langue législative populaire, de rédiger un double corps de lois (l'un rédigé pour les juristes et l'autre pour les profanes), de faire précéder les lois de préambules détaillés et de les compléter par des exposés des motifs officiels⁵³⁸.

Des motifs de cohérence et de rationalité de la loi ont pu justifier de *restreindre les droits de participation politique* lorsque les légistes prônaient à cette époque de diminuer les droits de participation parlementaires en présence de projets complexes⁵³⁹. Au contraire, en revanche, l'institutionnalisation de commissions législatives permanentes a pu être défendue pour *renforcer la souveraineté législative du parlement* contre l'emprise des tribunaux⁵⁴⁰.

En Suisse, le parti-pris précoce en faveur d'une « législation populaire », simple et compréhensible, revendiqué au tournant du XIX^e siècle lors de la rédaction du Code civil fédéral⁵⁴¹ et encore affirmé aujourd'hui⁵⁴², s'explique tant par la vivacité des institutions de *démocratie directe* que par le rôle joué par les *laïcs dans les tribunaux*⁵⁴³. Le Conseil fédéral en a pris prétexte pour affirmer symboliquement la *souveraineté de la Suisse face à l'Union européenne* dont la législation se singulariserait par une « prose réglementaire abondante et compliquée » :

⁵³⁶ ENGEL (2003), p. 2 ss.

⁵³⁷ MERTENS (2004), p. 505. Sur ce thème, nous reprenons FLÜCKIGER (2008, « Mieux légiférer »), p. 24 ss.

⁵³⁸ MERTENS (2004), p. 506.

⁵³⁹ *Ibidem*.

⁵⁴⁰ *Ibidem*.

⁵⁴¹ Le Code civil doit être une « *législation populaire* » rédigée pour tous les citoyens (Eugen HUBER, *Code civil suisse : exposé des motifs*, Berne, 1901, p. 10 ss).

⁵⁴² Cf. ci-dessous ch. 5.3.3.2d.

⁵⁴³ MERTENS (2004), p. 507.

« en pratiquant cette intégration [directe du droit de l'Union au lieu de créer des normes équivalentes rédigées selon les canons helvétiques], la Suisse mettrait en danger sa culture en matière de législation »⁵⁴⁴, car « le droit de l'UE est souvent très difficile à comprendre et d'accès malaisé »⁵⁴⁵ et se caractérise par une « prose réglementaire abondante et compliquée. »⁵⁴⁶

Déplacer l'angle « qualité » des exigences juridiques aux exigences factuelles a permis aux politologues, aux économistes, aux sociologues et aux autres spécialistes des sciences humaines de ravir aux juristes l'expertise que ces derniers détenaient traditionnellement en matière législative. Si le processus législatif gagne indubitablement en qualité par l'éclairage interdisciplinaire qui en résulte⁵⁴⁷, les *représentants des disciplines non juridiques* ont un intérêt évident, tant sociologique que professionnel, au développement de la légistique dans le processus législatif.

Dans l'architecture des pouvoirs de l'Etat, les critères et méthodes légistiques sont régulièrement préconisés de manière stratégique. En légistique matérielle, l'obligation d'évaluation législative introduite en France à l'article 24 de la Constitution en 2008 avait explicitement pour but *d'élargir les pouvoirs du Parlement* en renforçant le contrôle sur l'activité gouvernementale par le suivi parlementaire de l'application des lois⁵⁴⁸. Pour sa part, le Conseil fédéral a justifié

⁵⁴⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, FF 2007 5789, p. 5796.

⁵⁴⁵ *Ibidem*.

⁵⁴⁶ CONSEIL FÉDÉRAL, FF 2007 5789, p. 5797. Cf. ég. de manière significative l'opinion de l'ancien chef de la section allemande du Service linguistique de la Chancellerie fédérale : « Eine besondere Bedrohung unserer Gesetzgebung sehe ich in der Aufnahme europäischen Rechts, das auf Schritt und Tritt von grotesker Bürokratie nur so strotzt. » (HAUCK [2008], p. 52). Pour des critiques supplémentaires, cf. réf. cit. ci-dessous note 3332. Sur l'actualité du thème, cf. WYSS (2018), p. 5 ss. Sur la reprise, cf. ci-dessous note 1731.

⁵⁴⁷ Sur l'aspect interdisciplinaire de la légistique, cf. ci-dessus ch. 1.3.2.4.

⁵⁴⁸ 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. En pratique cependant, le gouvernement a confié la responsabilité de l'étude d'impact au ministre principalement porteur du projet de loi si bien que, selon la doctrine, « le seul fait que l'étude d'impact soit rédigée sous le contrôle du Gouvernement peut être interprété comme un moyen pour ce dernier de conserver son ascendant sur le Parlement lors de l'examen du projet de loi. » (COMBRADE [2017], p. 137 ss ; dans le même sens, cf. Ioannis PAPADOPOULOS, « L'usage stratégique des études d'impact dans la procédure législative européenne », in : Philip-Gay (dir.), *Les études d'impact accompagnant les projets de loi*, Paris, 2012, p. 13 ss). En France, il s'avère pourtant que l'obligation d'étude d'impact « a bien introduit les prémices d'une mutation du rôle du Parlement dans le processus législatif qui pourrait, à terme, atténuer le déséquilibre institutionnel entre Gouvernement et Parlement » (COMBRADE [2017], p. 175).

explicitement de lutter contre la « prolifération législative » notamment afin d'élargir le champ de compétence de son administration dont la marge de manœuvre décisionnelle serait devenue « trop faible pour des décisions individuelles appropriées, efficaces et rapides »⁵⁴⁹.

L'analyse d'impact législative peut également être détournée à des *finis partisans* dans le cadre du débat parlementaire⁵⁵⁰ même si elle peut constituer « un instrument de dialogue, propre à nourrir la fonction délibérative du Parlement »⁵⁵¹. Elle ouvre également largement la porte au *lobbying*⁵⁵².

Enfin, *l'intérêt particulier* peut expliquer la préférence pour un critère de qualité spécifique à l'instar de celui de la loi courte et décroissante, et d'une évaluation exclusivement économique des impacts des lois, au profit d'un agenda néo-libéral visant à la *déréglementation* de l'économie et d'une *reprivatisation* des rapports sociaux. « Il n'est point nécessaire de connaître le caractère des gens », écrivait Jean-Jacques ROUSSEAU, « mais seulement leurs intérêts, pour deviner à peu près ce qu'ils diront de chaque chose. »⁵⁵³ Le Conseil fédéral veut ainsi lutter contre « l'avalanche de normes », en particulier pour restaurer la liberté d'entreprendre :

« La densité réglementaire constitue un obstacle et un frein pour l'économie, restreignant fortement la liberté d'entreprendre. La capacité de production d'une économie repose notamment sur la célérité de l'administration et sur la compatibilité des dispositions légales avec l'esprit d'entreprise. »⁵⁵⁴

Sur l'impulsion de l'OCDE, on retrouve au niveau de l'*Union européenne* ce même but dans les mesures visant à « mieux légiférer »⁵⁵⁵ ; programme qui « illustre une évolution des finalités associées à la réalisation d'une meilleure législation. A l'objectif traditionnel de produire des actes législatifs clairs et simples, accessibles aux citoyens et lisibles, s'est

⁵⁴⁹ CONSEIL FÉDÉRAL, FF 2007 5789, p. 5797.

⁵⁵⁰ Pour des exemples en droit français, cf. COMBRADE (2017), p. 146 ss.

⁵⁵¹ COMBRADE (2017), p. 148.

⁵⁵² Cf. par exemple un véritable manuel complet de lobbying par l'étude d'impact : Erik AKSE, *Influencing the Preparation of EU Legislation: Practical Guide to Working with Impact Assessments*, Londres, 2013.

⁵⁵³ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Julie ou la nouvelle Héloïse*, Amsterdam, 1761, Partie II, Lettre XIV.

⁵⁵⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, FF 2007 5789, p. 5797.

⁵⁵⁵ Cf. ci-dessous ch. 1.3.3.4b et Fabienne PÉRALDI LENEUF, « Propos introductifs », in : Rubio/Péraldi Leneuf (dir.), *La fabrication du droit de l'UE dans le contexte du « Mieux légiférer »*, Aix-en-Provence, 2017, p. 15 ss ; Colin SCOTT, « Integrating Regulatory Governance and Better Regulation as Reflexive Governance », in: Garben/Govaere (éd.), *The EU Better Regulation Agenda : A Critical Assessment*, Portland, 2018, p. 13 ss ; Nicolas EMERIC, *Penser les flux normatifs: essai sur le droit fluide*, Paris, 2018, p. 109 s.

ajouté un objectif économique, lié à l'impact de la législation en termes de coûts et d'effets sur la compétitivité des entreprises. »⁵⁵⁶

Pour Koen VAN AEKEN, « [m]uch of the efforts in the field of better legislation has been < hijacked > by the movement lobbying for reduction of regulatory burdens and the simplification of administration. »⁵⁵⁷

La préférence pour l'autorégulation et le droit souple dans la réglementation économique témoignent de la même logique. Il ne faudrait cependant pas en tirer des conclusions trop hâtives en termes politiques, car nous montrerons plus loin que les milieux économiques ont parfois intérêt à une réglementation plus dense et qu'une critique sociale de la complexité normative existe également⁵⁵⁸.

1.3.3.4 *Postlude : raréfier et simplifier la loi*

a. *Un idéal constamment défié*

Diminuer le nombre de lois ainsi qu'en *simplifier* le contenu sont également des fins visées par les promoteurs de la légistique. Ces deux buts – qui, à la réflexion, sont plutôt des conséquences espérées – relèvent cependant d'un idéal largement imaginaire que la pratique constamment défié, comme l'expérience historique l'atteste⁵⁵⁹.

Le premier, celui de la « loi rare »⁵⁶⁰, est un corollaire de l'exigence du bien-fondé du problème et de la pertinence des objectifs, censée prévenir l'adoption de lois inutiles, c'est-à-dire inaptes à résoudre le problème de société posé⁵⁶¹, ainsi que

⁵⁵⁶ DE LA ROSA (2013), p. 52. Une analyse des oppositions politiques au programme « Mieux légiférer » a montré qu'il fallait distinguer deux aspects : les réformes quant à leur aspect technocratique et de dérégulation soutenues par les milieux économiques et le renforcement de l'élaboration de politiques participatives appuyées en revanche tant par les entreprises que les organisations d'intérêt public (« Unveiling Patterns of Contestation over Better Regulation Reforms in the European Union », in : *Public Administration*, vol. 95, Londres, 2017, p. 589 ss).

⁵⁵⁷ Koen VAN AEKEN, « Pushing Evaluation Forward. Institutionalization as a Means to Foster Methodological Growth of Legislative Ex Ante Evaluation », in : Verschuuren (éd.), *The Impact of Legislation: A Critical Analysis of Ex Ante Evaluation*, Leyde, 2009, p. 122.

⁵⁵⁸ Cf. ci-dessous ch. 1.3.3.4b.I et 1.3.3.4b.III.

⁵⁵⁹ Voir ci-dessus ch. 1.2.1.3. Sur ce constat en droit de l'Union européenne en rapport avec le programme « mieux légiférer », cf. Daniel KELEMEN, « Eurolegalism and the Better Regulation Agenda », in : Garben /Govaere (éd.), *The EU Better Regulation Agenda : A Critical Assessment*, Portland, 2018, p. 205 ss.

⁵⁶⁰ Claude COURVOISIER, « L'idéal de la loi rare », in : *Pensée politique et loi*, Aix-en-Provence, 2000 (cit. in : MATHIEU [2004], p. 73).

⁵⁶¹ Cf. ci-dessous ch. 2.3.5 et 2.4.4.

des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Ce but n'est toutefois pas désirable en tant que tel, car une bonne loi doit aussi créer la sécurité du droit et rendre son application prévisible, impliquant d'adopter un certain nombre de règles d'une densité suffisante comme le principe de la légalité l'exige. La loi rare n'est pas forcément juste, loin s'en faut, et c'est la justice plutôt que la disette qui devrait servir de boussole à la loi.

Charles-Albert MORAND prend l'exemple d'un règlement de prison qui ne contiendrait qu'un seul article conférant tout pouvoir aux gardiens sur les prisonniers. Celui-ci serait évidemment « plus interventionniste qu'un règlement de prison de cent articles définissant avec précision les droits et devoirs du prisonnier. »⁵⁶²

Critiquant la densité normative à son avis trop faible du projet de révision du droit suisse sur la protection des données, Bertil COTTIER a proposé, à titre d'expérience de pensée et de démonstration par l'absurde, de simplifier radicalement la *loi sur la circulation routière en la résumant en un article* :

« *Article unique* –¹Le conducteur d'un véhicule circule de façon à ne pas mettre en péril autrui. ²Il ne prend pas de risques inutiles. ³Il donne la priorité aux véhicules qui peuvent faire valoir un intérêt privé ou public prépondérant. »⁵⁶³

On mentionnera à ce propos en passant l'expérience menée dans l'Etat du Montana en 1995 de substituer l'obligation de rouler à une vitesse raisonnable et prudente (« reasonable and prudent ») aux classiques limitations de vitesse chiffrées (55 mph), sanctionnée en 1999 par la Cour suprême du Montana qui a jugé la nouvelle règle trop vague et trop peu prévisible laissant « the average motorist in Montana [with] no idea of the speed at which he or she could operate his or her motor vehicle on this State's highways. »⁵⁶⁴

Par ailleurs, une grande masse de lois ne signifie pas non plus que l'on s'y perde nécessairement ou qu'elle conduise inévitablement à alourdir les procédures administratives⁵⁶⁵.

Le problème ne réside pas tant dans la masse des lois que dans leur *classement*, leur *sélection* et leur *communication*. Une bibliothèque contient une grande masse de livres, plus volumineuse que tous les codes réunis. S'ils sont empilés en un immense tas désordonné au lieu d'être soigneusement stockés en rayonnages thématiques ou alphabétiques, l'information ne peut pas être communiquée. Internet contient encore plus d'informations que tous les codes du monde. Il reste pourtant intelligible grâce à sa structuration logique et ses moteurs de recherche. Ces aiguillages permettent de sélectionner l'information pertinente en contexte, de s'y concentrer et d'ignorer toutes les autres. Aucun d'entre nous n'a besoin ni n'est en mesure, enseignât-il droit, de connaître

⁵⁶² MORAND (1986), p. 340.

⁵⁶³ Bertil COTTIER, « Les concepts juridiques indéterminés: un oreiller de paresse pour le législateur? » in : *Notions-cadre, concepts indéterminés et standards juridiques en droit interne, international et comparé*, Bâle/Bruxelles, 2008, p. 630.

⁵⁶⁴ MCGINNIS/WASICK (2015), p. 45s (réf. cit.).

⁵⁶⁵ Felix UHLMANN, « Qualität der Gesetzgebung – Wünsche an die Empirie », in : Griffel (éd.), *Vom Wert einer guten Gesetzgebung*, Berne, 2014, p. 171 ss.

l'ensemble des règles juridiques. A quoi cela me sert-il de connaître l'*ordonnance sur les aéronefs de catégories spéciales*⁵⁶⁶ si je n'ai jamais piloté ni ne piloterai jamais dans ma vie un parachute ascensionnel ? L'adage « nul n'est censé ignorer la loi » est une fiction trop stressante à cet égard si bien que doctrine et jurisprudence n'ont pu qu'inlassablement répéter son caractère totalement fictionnel⁵⁶⁷.

Le second but, celui de la simplicité du droit, est un reflet de l'exigence de clarté envisagée sous son angle linguistique⁵⁶⁸. Nous montrerons plus loin que cette exigence, prise sous son aspect normatif, est susceptible de conduire à une plus grande complexité : quand simplifier complique...⁵⁶⁹

b. La déréglementation et la simplification législative et administrative

I. L'appropriation partisane de la critique envers la quantité et la complexité des lois

Le thème de la quantité et la complexité des lois est un serpent de mer de la politique et du droit, périodiquement soulevé, longuement discuté, symboliquement traité et provisoirement oublié avant de revenir à l'agenda. Qu'il nous suffise de rappeler plus haut la permanence des critiques que nous avons recensées plus haut⁵⁷⁰.

En droit fédéral, à la suite d'une étude publiée par un organisme de réflexion libéral⁵⁷¹, l'Assemblée fédérale a dû traiter entre 2015 et 2016 pas moins de treize interventions parlementaires relatives au volume et à la qualité de la réglementation⁵⁷² demandant

⁵⁶⁶ RS 748.941. Felix UHLMANN prend dans le même sens l'exemple « au titre légèrement mélancolique » de la *loi fédérale sur les voies de raccordement ferroviaires* (UHLMANN [2014], p. 172).

⁵⁶⁷ Par exemple MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 183.

⁵⁶⁸ Cf. ci-dessous ch. 5.3.3.

⁵⁶⁹ Cf. ci-dessous ch. 1.3.3.4b.III, thèse C.

⁵⁷⁰ Voir ci-dessus ch. 1.2.1.3.

⁵⁷¹ Avenir Suisse (BUOMBERGER [2014]).

⁵⁷² Colette ROSSAT-FAVRE, « La simplification législative : expériences fédérales et cantonales », in : *LeGes*, 2017/2, p. 211 s. avec les références. Interventions auxquelles il convient de rajouter celles relatives à l'allégement administratif (cf. ROSSAT-FAVRE [2017], p. 212). L'annexe VI du rapport du Conseil fédéral de septembre 2015 (*Allégement administratif. Améliorer les réglementations – réduire la charge administrative des entreprises. Bilan 2012-2015 et perspectives 2016-2019*) dresse l'ensemble des interventions parlementaires relatives à ce sujet déposées entre 2007 et 2015. Pour une mise à jour (décembre 2018) de l'état des interventions parlementaires sur le sujet, cf. CONSEIL FÉDÉRAL, *Frein à la réglementation : possibilité et limites de différents modèles et approches : Rapport en réponse au postulat Caroni 15.3421*, Berne, 7 décembre 2018, annexe.

moins de règles, des règles plus simples, moins coûteuses ou plus claires⁵⁷³. La vague précédente datait des années 2000⁵⁷⁴ et l'antépénultième des années 1980⁵⁷⁵.

L'origine politique de ces interventions montre que le débat sur la simplification et la diminution du nombre des lois est, le plus souvent, une revendication (néo-)libérale pour s'opposer à l'interventionnisme étatique⁵⁷⁶.

L'exemple suivant, tiré du droit de l'Union européenne, est emblématique⁵⁷⁷ : « la Commission européenne a proposé le 18 juin 2014, dans le cadre d'un programme aspirant à rendre la législation de l'Union européenne « plus légère, plus simple et moins coûteuse » [« REFIT »], de retirer sa proposition de directive sur le congé de maternité. »⁵⁷⁸

On regrettera une telle capture partisane. L'anthropologue américain David GRAEBER plaide ainsi pour la nécessité d'une *critique sociale de la bureaucratie*, épinglant au passage la bureaucratie des entreprises privées à côté de celle d'Etat⁵⁷⁹. De multiples politiques publiques visant les groupes défavorisés ou discriminés au sein de nos sociétés libérales gagneraient à être simplifiées, car elles leur permettraient d'améliorer l'accès aux droits. La complexité agit ici comme une mesure incitative négative, décourageant l'accès aux prestations sans la barrer formellement (un « bad nudge », nous y reviendrons⁵⁸⁰).

⁵⁷³ ROSSAT-FAVRE (2017), p. 212 ss.

⁵⁷⁴ En 2000 et 2005 deux motions demandaient un « coup de balai dans le droit fédéral » (motions Peter Spuhler [00.3673] et Philipp Stähelin [05.3815]) et en 2007 un « coup de balai matériel dans le droit fédéral » complétant les deux précédentes afin de mettre à jour cette fois le droit en vigueur sous l'angle de sa qualité matérielle (motion Philipp Stähelin [07.3615]). Cf. in FF 2000 942 la dizaine d'interventions parlementaires entre 1995 et 1997 sur le thème de la déréglementation et de l'allégement administratif, par exemple « Nouveaux instruments de limitation de la régulation » ou « Moins de formalités et de paperasses ».

⁵⁷⁵ Sur la vague des années 1980, voir les manifestations scientifiques référencées in MORAND (1986), p. 337 ss, en particulier l'étude de Wolf LINDER, « Überrollt uns ein Gesetzesflut? », in : *ZBl*, 1985, p. 417 ss ; Luzius MADER/Luc MATTHEY-DORET, « Normenflut und Regelungsdichte – ein demoskopischer Nachklang », in : *LeGes*, 1990/1(2), p. 51 ss.

⁵⁷⁶ Sur la nature dogmatique que revêt la revendication néo-libérale en faveur de moins de régulation, cf. par exemple PINKER (2018), p. 418.

⁵⁷⁷ On reprend en partie dans les paragraphes qui suivent le contenu du texte suivant : Alexandre FLÜCKIGER/Frédéric VARONE, « Simplifier le droit pour lutter contre la bureaucratie ? », in : *LeGes*, 2017/2, p. 195 ss.

⁵⁷⁸ Karine LEMPEN, « Les Conventions de l'OIT sur la maternité (n° 183) et le travail domestique (n° 189) », in : Wyler/Meier/Marchand (éd.), *Regards croisés sur le droit du travail : Liber Amicorum pour Gabriel Aubert*, Genève, 2015, p. 203 ss. Cf. également les critiques de DE LA ROSA (2013), ci-dessus sous ch. 1.3.3.3.

⁵⁷⁹ David GRAEBER, *The Utopia of Rules: On Technology, Stupidity, and the Secret Joys of Bureaucracy*, New York, 2015.

⁵⁸⁰ Cf. ci-dessous ch. 3.6.4.3a.

La complexité législative et bureaucratique explique en partie le *non-recours aux politiques sociales*⁵⁸¹. L'évolution du partenariat enregistré peut s'accompagner d'une simplification des catégories retenues par l'état civil et, par-là, éviter les stigmatisations, de l'avis même du Conseil fédéral⁵⁸². Le Comité de l'ONU pour les droits des personnes handicapées a jugé que la charge administrative relative au système des primes d'insertion prévues par le Code social allemand ne devait pas dissuader les *employeurs potentiels de personnes handicapées*⁵⁸³. Le Conseil d'Etat français a démontré que la *complexité des dispositifs du droit au logement* ou du *revenu de solidarité active* (RSA) constituait un obstacle majeur à l'efficacité de ces mesures en faveur des publics fragilisés⁵⁸⁴.

Tant par souci d'égalité de traitement, d'équité, d'intérêt public que d'efficacité, la simplification du droit ne devrait donc pas viser que l'intérêt de l'économie et la vie des entreprises mais aussi les intérêts sociaux et écologiques ainsi que le quotidien des citoyennes et des citoyens, y compris dans leurs rapports de droit privé.

Un autre écueil conduisant à l'accumulation de règles réside dans la *croyance en la toute puissance de leur efficacité*, quelles que soient les circonstances. La règle serait un remède-miracle pour panser tous les maux de la société. Le constat vaut indépendamment des valeurs politiques : les *mesures pénales* sont très souvent les premières idées qui viennent à l'esprit tant des politiques que des citoyens et citoyennes ordinaires, que cela concerne la consommation de drogue ou l'abandon de mégots ou de chewing-gums dans l'espace public. Or de telles règles risquent de ne déployer que des effets symboliques, de n'être que des alibis, tout en produisant possiblement des effets indésirables⁵⁸⁵.

Un dernier problème, visant tant les règles publiques que privées, repose sur une autre *croyance : celle du tout prévisible*. Or bon nombre de situations sont imprévues et uniques si bien qu'appliquer dans ces circonstances une norme générale et abstraite préconfigurée risque d'être contreproductif⁵⁸⁶. Pour le sociologue Christian MOREL, « le refus de considérer que le monde est

581 Philippe WARIN, *Le non-recours aux politiques sociales*, Grenoble, 2016. Cf. ci-dessous p. 434.

582 *Modernisation du droit de la famille*, Rapport du Conseil fédéral suite au postulat Fehr (12.3607), Berne, mars 2015.

583 Liliane Gröniger vs Allemagne, CRPD/C/D/2/2010 (2014).

584 Bertrand DU MARAIS, « Simplifier le droit : du mythe de Sisyphe à l'horticulture juridique ? », in : *Revue française d'administration publique*, n° 157, 2016/1, p. 191.

585 Sur la problématique des effets symboliques et des effets indésirables, cf. ci-dessous ch. 2.1.2.1c et ch. 6.2.2.2.

586 Pour des exemples, en matière d'accidents notamment, en particulier dans la régulation privée, cf. MOREL (2018), p. 70 ss. Sur l'impossible perfection de la règle générale et abstraite, cf. ci-dessous ch. 1.3.3.4b.IV et 5.3.1. Sur la question des *pronostics*, cf. ci-dessous ch. 4.4.5.

indéterminé est premier dans la hiérarchie des causes profondes de l'inflation et de la perversion normatives »⁵⁸⁷ :

« L'esprit humain ne se résout pas à accepter que des événements puissent ne pas être contrôlables. Il considère que des règles élaborées *a priori*, toujours plus sophistiquées, précises et nombreuses, peuvent tout maîtriser. Et pour tout ce qui touche à la sécurité, les pouvoirs publics sont les champions de l'anticipation absolue grâce à la réglementation. À cela s'ajoute la confiance excessive dans la rationalité. L'idée est que la réalité peut être cernée par un raisonnement logique bien ordonné qui sera traduit par une règle ou une procédure. »⁵⁸⁸

II. Les instruments de déréglementation et de simplification

Très tôt l'espoir a été placé dans une approche rationnelle de la législation pour remédier à ce problème. Gaetano FILANGIERI par exemple a proposé en 1780 dans *La scienza della legislazione* d'instaurer un organe chargé d'observer et d'évaluer les effets de la législation sur la société, le censeur des lois que nous avons déjà évoqué plus haut⁵⁸⁹, dont la fonction eût été de « remédier à la multiplicité des lois » :

« Enfin cette magistrature ajouterait à tant d'avantages le moyen de remédier à la multiplicité des lois. [...] Telle est la cause de cette immense multitude de lois qui accablent tous les tribunaux de l'Europe »⁵⁹⁰.

Les professeurs de droit Walther HUG⁵⁹¹ ou Charles-Albert MORAND, parmi d'autres, plaçaient également de grandes attentes dans la légistique naissante, même si ce dernier prophétisait assez lucidement en 1986 « qu'il faudra attendre des décennies pour que les pouvoirs publics réussissent à introduire ces méthodes en ce qui concerne l'action législative courante »⁵⁹² :

« L'utilisation systématique de la méthode législative permettrait d'éviter l'adoption de normes inutiles, qui ne contribuent pas à résoudre le problème, qui ne sont pas en relation adéquate avec les faits qui sous-tendent la législation désirée, qui comportent des instruments mal adaptés à la solution du problème, qui risquent de produire des effets pervers plus graves que les maux que l'on veut combattre. [...] La méthode législative peut contribuer à stabiliser la masse normative et même à la faire décroître en évitant

⁵⁸⁷ MOREL (2018), p. 71.

⁵⁸⁸ MOREL (2018), p. 71s. Cet auteur voit essentiellement une solution à l'inflation normative dans la « compétence augmentée » (p. 95 ss) et la « coopération hautement fiable » (p. 108 ss).

⁵⁸⁹ Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.2b.IV. Cf. ég. ci-dessous ch. 6.2.4.1a.

⁵⁹⁰ FILANGIERI (1798-1799), p. 101 ss.

⁵⁹¹ HUG (1978), p. 12 ss.

⁵⁹² MORAND (1986), p. 354.

partiellement le phénomène de substitution par la pression de normes occultes à la périphérie. »⁵⁹³

A titre préventif, les tests successifs du *besoin* d'intervention politico-juridique⁵⁹⁴ puis législative⁵⁹⁵ qu'exige l'*analyse d'impact législative* sont censés restreindre l'adoption de nouvelles lois. Le Constituant français, par exemple, a précisément conçu l'étude d'impact comme un instrument destiné à « mettre en œuvre l'objectif poursuivi par le pouvoir constituant de maîtrise de l'inflation législative »⁵⁹⁶, même si la pratique aura douché ses espoirs⁵⁹⁷.

Une fois adoptées, les lois peuvent faire l'objet de procédures de *réexamen* et d'*évaluation* comme nous le verrons⁵⁹⁸. Dans ce cadre, les autorités ont souvent profité de mettre en œuvre des mesures d'allégement administratif en faveur des petites et moyennes entreprises (PME) tant sous forme de lois que d'actes de planification ou d'organisation⁵⁹⁹. On relèvera à ce propos la nécessité de distinguer entre la *simplification des lois* et la *simplification des procédures administratives*⁶⁰⁰ : une législation peut être dense et complexe mais les procédures d'application simples pour le citoyen⁶⁰¹.

Dans l'*Union européenne*, le Programme pour une réglementation affûtée et performante (REFIT) est un parfait exemple. Il a été conçu à l'origine dans l'objectif de renforcer la compétitivité des entreprises en procédant à l'évaluation de la législation sur la base de critères essentiellement économiques⁶⁰² puis, poussé par la critique, s'est ouvert en 2014 à

⁵⁹³ MORAND (1986), p. 354.

⁵⁹⁴ Cf. ci-dessous ch. 2.1.2.2.

⁵⁹⁵ Cf. ci-dessous ch. 3.1.2.2.

⁵⁹⁶ COMBRADE (2017), p. 219.

⁵⁹⁷ Cf. ci-dessous ch. 1.3.3.4b.IV.

⁵⁹⁸ Cf. ci-dessus ch. 6.2.

⁵⁹⁹ Cf. ci-dessous ch. 6.2.4.1 : Forum PME (CH, instauré en 1998 [FF 2000 988]) ; rapport de planification sur l'allégement administratif des PME (Lucerne) ; Forum PME (St-Gall, Appenzell Rhodes-Intérieures, Neuchâtel) (cf. ROSSAT-FAVRE [2017], p. 217, en particulier la note de bas de page 8). L'évaluation des coûts pour les PME a lieu dans le cadre d'un « test PME » (« *KMU-Verträglichkeit* ») (cf. MÜLLER/UHLMANN [2013], p. 52 ss ; Felix UHLMANN, « Politische Vorstösse für bessere Gesetze: eine Auslegeordnung und eine vorsichtige Bewertung », in : Canapa *et al.* (éd.), *Sein und Schein von Gesetzgebung: Erwartungen – Auswirkungen – Kritik*, Zurich, 2018, p. 14 ss).

⁶⁰⁰ Sur la situation en Suisse, cf. Thierry TANQUEREL, « Les politiques de simplification administrative en Suisse », in : Auby (éd.), *Droit comparé de la procédure administrative*, Bruxelles, 2016, p. 421 ss.

⁶⁰¹ Cf. la thèse de Cass SUNSTEIN, *Simpler: The future of government*, New York, 2013, où, prenant acte de la complexité des lois aux USA sans suggérer de les simplifier, il demande aux autorités administratives de simplifier au mieux les procédures en faveur des administrés. Cf. ci-dessous ch. 5.3.4.

⁶⁰² Estelle BROSSET, « Les principes du « mieux légiférer » dans le domaine de l'environnement et de la santé. Quel bilan ? Quelles perspectives ? », in : Rubio/Péraldi Leneuf

une évaluation orientée désormais sur l'intérêt général. Il est depuis lors surveillé médiatiquement par l'« Observatoire du mieux légiférer » (« Better regulation watchdog ») fondé en 2015 et composé notamment du Bureau européen des consommateurs et d'organisations non gouvernementales⁶⁰³. Dans l'accord inter-institutionnel « Mieux légiférer » de 2016, la Commission s'engage à « présenter chaque année une synthèse, y compris un examen annuel de la charge, des efforts de l'Union en vue de simplifier la législation, d'éviter la réglementation excessive et de réduire les lourdeurs administratives » dans le cadre de REFIT⁶⁰⁴.

Diverses mesures *quantitatives* sont régulièrement proposées, à l'instar de la *réduction linéaire* du volume des lois⁶⁰⁵ ou de la technique de la *compensation* consistant à contrebalancer toute production législative nouvelle par des mesures d'abrogation ou de simplification des textes en vigueur, comptabilisée soit en nombre de textes, de pages ou de mots (« one in, one [two or three] out »)⁶⁰⁶, soit en terme d'équivalence monétaire (compensation des coûts et/ou bénéfices d'une nouvelle loi)⁶⁰⁷.

L'automatisme et le schématisme de tels mécanismes risquent de rendre leur application disproportionnée voire arbitraire et totalement incertaine.

Un exemple : faudrait-il supprimer une partie du code de la route pour réglementer la circulation des voitures autonomes ou sectionner une partie de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes pour introduire des mesures antidiscriminatoires en faveur des personnes homosexuelles ?

(dir.), *La fabrication du droit de l'UE dans le contexte du « Mieux légiférer »*, Aix-en-Provence, 2017, p. 159 ; Colin SCOTT, « Integrating Regulatory Governance and Better Regulation as Reflexive Governance », in: Garben /Govaere (éd.), *The EU Better Regulation Agenda : A Critical Assessment*, Portland, 2018, p. 13 ss

⁶⁰³ PÉRALDI LENEUF (2017), p. 18.

⁶⁰⁴ PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 13 avril 2016*, ch. 48, § 2.

⁶⁰⁵ Cf. par exemple la demande d'alléger les textes législatifs de 18% (810 pages environ) pour faire écho à un programme d'économie financière de 18% dans le canton de Vaud, Orchidée II (Rapport du 25 février 2000 du Conseil d'Etat au Grand Conseil sur la motion Charles-Pascal Ghiringhelli « Muguet 3 » : simplification de notre législation, mai 2000, 167 [R. 3/00] cit. in : ROSSAT-FAVRE [2017], p. 219).

⁶⁰⁶ Cf. les références en France in : CONSEIL D'ÉTAT, *Mesurer l'inflation normative*, Paris, 2018, p. 4 ; COMBRADE (2017), p. 258. Sur les tentatives d'introduire un tel mécanisme en Suisse, cf. UHLMANN (2018), p. 4 ss ; GLASER (2018), p. 68s. Cf. ég. Daniel TRNKA/Yola THUERER, *One-In, X-Out: Regulatory offsetting in selected OECD countries*, OECD Regulatory Policy Working Papers, No 11, Paris, 2019.

⁶⁰⁷ COMBRADE (2017), p. 377, sur l'introduction de cette règle en France.

Aussi n'est-il pas étonnant qu'en *France* la mise en œuvre du dispositif « one in one out » au titre du gel de la réglementation ait « trop souvent porté sur des textes tombés en désuétude » selon le Conseil d'État⁶⁰⁸.

Le président des *Etats-Unis*, Donald Trump, a annoncé une coupe de 75% au minimum de la réglementation administrative⁶⁰⁹. Le décret présidentiel du 30 janvier 2017 sur la réduction de la réglementation et le contrôle des coûts réglementaires prévoit que « it is important that for every one new regulation issued, at least two prior regulations be identified for elimination, and that the cost of planned regulations be prudently managed and controlled through a budgeting process. »⁶¹⁰ Les critiques de la doctrine se concentrent sur la faisabilité d'une telle mesure, son application sélective, omettant par exemple les politiques de sécurité, et la restriction de son champ aux seuls coûts sans prendre en considération les bénéfices pour la société⁶¹¹.

Dans une variante moins contraignante, la Commission doit, en droit de l'*Union européenne*, quantifier « la réduction de la charge réglementaire ou le potentiel d'économie que présente chaque proposition ou acte juridique » « en tenant compte des coûts et avantages de la réglementation de l'Union »⁶¹² et étudier s'il est possible « de fixer, dans REFIT, des objectifs de réduction des charges dans certains secteurs. »⁶¹³

L'automatisme des *lois crépusculaire* (« sunset laws ») a également séduit les partisans de la réduction de la masse normative⁶¹⁴. On montrera plus loin que la multiplication de tels textes peut au contraire surcharger le travail parlementaire en termes de gestion des échéances et de débats sur leur abrogation ou reconduction⁶¹⁵.

⁶⁰⁸ CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, *Étude annuelle 2016, simplification et qualité du droit*, Paris, 2016, p. 77. Cf. Bertrand DU MARAIS, « Pourquoi est-il difficile mais crucial de simplifier le droit ? De l'expérience française du « Choc de simplification » à la violence de la complexité », in : *LeGes*, 2017/2, p. 243.

⁶⁰⁹ « We're going to be cutting regulation massively... We think we can cut regulations by 75 percent, maybe more », cit. in : Sarah KRAMER, « President Trump's Regulatory Agenda », in : *The Regulatory Review*, 13 septembre 2017.

⁶¹⁰ « Executive Order 13771 of January 30, 2017 – Reducing Regulation and Controlling Regulatory Costs », in : *Federal Register*, vol. 82, n° 22, p. 9339.

⁶¹¹ KRAMER (septembre 2017), qui résume les points de vue défendus lors d'un colloque scientifique organisé à l'University of Pennsylvania Law School à Philadelphie (*Assessing the Trump Administration's Regulatory Agenda*, 28 mars 2017). Cf. ég. Jodi SHORT, « The Trouble with Counting: Cutting through the Rhetoric of Red Tape Cutting », in : *Minnesota Law Review*, vol. 103, n° 1, 2018.

⁶¹² PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 13 avril 2016*, ch. 48, § 3.

⁶¹³ *Ibidem*, ch. 48, § 4.

⁶¹⁴ ROSSAT-FAVRE (2017), p. 212. L'auteure cite aussi (note de bas de page 1) l'initiative parlementaire 16.437 « Stopper l'inflation normative. Limiter la durée de validité des lois ».

⁶¹⁵ Cf. ci-dessous ch. 6.2.4.3b.

L'Union européenne s'engage à privilégier les techniques de l'*harmonisation* et de la *reconnaissance mutuelle* afin d'éviter « la réglementation excessive et les lourdeurs administrative »⁶¹⁶ et à utiliser plus fréquemment la technique législative de la *refonte*⁶¹⁷.

On trouvera enfin diverses *mesures organisationnelles* (forums, organes de contrôle des normes)⁶¹⁸ ou *informationnelles* (enquêtes de satisfaction)⁶¹⁹.

En réponse à un postulat demandant de « mettre en place un frein aux réglementations »⁶²⁰, le Conseil fédéral, après avoir passé en revue la plupart des mesures précédentes, préconise d'améliorer les analyses d'impact prospectives et les évaluations rétrospectives de préférence à l'adoption de mesures quantitatives et rigides⁶²¹.

III. Les limites de la déréglementation et de la simplification de la loi : quatre thèses

Nous proposons d'exposer quatre thèses sur les limites de la déréglementation et de la simplification du droit.

A) L'analyse de la quantité de législation publiée n'est qu'un indicateur très imparfait de l'interventionnisme – L'analyse quantitative de la législation publiée n'est qu'un indicateur très imparfait de l'interventionnisme ; on l'a vu plus haut⁶²². Un corpus élagué peut contenir la même puissance normative qu'avant son épuration si le réexamen n'était que cosmétique et que seules des règles obsolètes ont été abrogées⁶²³. Une loi courte peut avoir le même impact normatif qu'une loi verbeuse souligne Bernhard WALDMANN :

⁶¹⁶ PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 13 avril 2016*, ch. 47.

⁶¹⁷ *Ibidem*, ch. 46.

⁶¹⁸ Cf. ci-dessus par exemple les différents forums incluant les petites et moyennes entreprises (PME) en particulier ou un organe indépendant de contrôle des normes (note de bas de page 599).

⁶¹⁹ Cf. par exemple un « baromètre » ou « monitoring » de la bureaucratie, sondage régulier standardisé visant à explorer la dimension subjective de la charge réglementaire in : ROSSAT-FAVRE (2017), p. 217 ; TANQUEREL (2016), p. 422.

⁶²⁰ Postulat Caroni « Mettre en place un frein aux réglementations » du 05.05.2015 (15.3421).

⁶²¹ CONSEIL FÉDÉRAL, *Frein à la réglementation : possibilité et limites de différents modèles et approches : Rapport en réponse au postulat Caroni 15.3421*, Berne, 7 décembre 2018, p. 46 s. Si l'on peut se rallier à la conclusion générale du rapport, on regrettera l'aspect lacunaire et pas toujours actuel des sources utilisées ainsi qu'une analyse juridique rudimentaire.

⁶²² Cf. ci-dessus p. 91 l'exemple du règlement de prison en un seul article donnant tout pouvoir à son directeur.

⁶²³ Cf. ci-dessous p. 6.2.4.1b.

« So kann ein kurz gehaltenes Gesetz die gleiche normative Wirkungskraft haben wie ein geschwätziger Erlass. »⁶²⁴

La perspective quantitative est en effet tout simplement inapte à prendre en compte la portée qualitative des textes pour les individus, la société, l'environnement ou l'économie. La simplicité des textes n'est par exemple aucunement liée aux coûts induits. Colette ROSSAT-FAVRE l'exprime simplement :

« À titre d'exemple, toute disposition prévoyant une nouvelle taxe peut être formulée de manière fort simple ... »⁶²⁵

Une telle évaluation laisse par ailleurs de côté quantité de normes non législatives à l'instar de la *jurisprudence* ainsi que du *droit souple* ou de la *réglementation privée*. Sur ces derniers points, Catherine THIBIERGE a bien documenté ce processus qu'elle a qualifié de « densification normative »⁶²⁶. Concrètement, il s'agira de se demander comment par exemple mesurer la masse des normes privées qui font l'objet des diverses clauses de renvoi ou de délégation que nous examinerons plus loin ?⁶²⁷ La normativité est en effet un jeu à somme nulle comme on le montrera.

Certains auteurs ont proposé d'autres modes de calcul que le nombre de pages pour mesurer la complexité des lois, par exemple en unissant psychologie et informatique⁶²⁸. La tentative est certainement louable, mais l'analyse reste de nature quantitative et ne résout pas les objections précédentes. Le Conseil d'Etat en France vient de proposer une méthodologie pour mesurer la croissance normative en proposant d'élaborer un « tableau de bord de l'inflation normative »⁶²⁹.

B) La normativité est un jeu à somme nulle – Dans un jeu à somme nulle, le gain de l'un constitue obligatoirement une perte pour l'autre. On posera pour notre part l'hypothèse que la normativité constitue un tel cas de figure. La société a besoin pour fonctionner harmonieusement d'une certaine masse normative à un moment donné, dont on gagera plus bas qu'elle ne peut être aisément arrêtée. Comme dans un bac à balles pour enfants, chasser celles-ci d'un côté les font se rabattre de l'autre. Édicter une loi-cadre fédérale laissera ainsi aux cantons tout loisir d'y apporter des précisions ; affaiblir la densité d'une loi formelle laissera un vide qui

⁶²⁴ Bernhard WALDMANN, « Das Klagelied der Überregulierung, einige Gedanken zur Normenflut und Normendichte », in : Waldmann/Belser (éd.), *Mehr oder weniger Staat?, Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag*, Berne, 2015, p. 169.

⁶²⁵ ROSSAT-FAVRE (2017), p. 211.

⁶²⁶ Catherine THIBIERGE ET AL., *La densification normative : découverte d'un processus*, Paris, 2013; EMERIC (2018), p. 282 ss.

⁶²⁷ Sur ces clauses, cf. ci-dessous ch. 3.4.4.4.

⁶²⁸ Daniel KATZ/Michael BOMMARITO, « Measuring the Complexity of the Law: The United States Code », in : *Artificial Intelligence and Law*, vol. 22, 2014, p. 337 ss.

⁶²⁹ CONSEIL D'ÉTAT, *Mesurer l'inflation normative*, Paris, 2018, p. 7 ss.

demandera à être comblé par une loi matérielle, des ordonnances administratives ou la jurisprudence. Vincent MARTENET résume très clairement ce mécanisme de refoulement réciproque :

« Plus [la densité normative des lois au sens formel] est faible, plus le gouvernement, l'administration, une autorité administrative indépendante ou les tribunaux définissent en réalité les règles valables au sein d'une collectivité. À l'inverse, plus elle est élevée, plus le législateur fixe certes de telles règles, mais risque de perdre de vue sa fonction consistant à adopter des règles de droit importantes et [...] de se noyer dans une mer de normes. »⁶³⁰

Diminuer la législation étatique risque dans ces conditions de laisser place à une *réglementation privée* et à des *solutions contractuelles* multiples, possiblement pointilleuses et également problématiques ou coûteuses⁶³¹.

Des organismes privés produisent par exemple des normes aussi étonnantes que celles permettant de standardiser la mesure du degré de cuisson des pâtes⁶³², censées apporter aux entreprises concernées une « part d'objectivité » à un « débat délicat » gastronomique⁶³³...

Si le Conseil fédéral admet que ces normes privées permettent de réduire les coûts par la standardisation qu'elles produisent, il reconnaît qu'elles génèrent également des coûts : coûts engendrés par la révision d'une norme contractuelle ; coûts lorsque les exigences de la norme sont élevées ; responsabilité civile en cas d'inobservation ; normes payantes, contrairement au droit étatique⁶³⁴. Dans le même sens, Pierre-Joseph PROUDHON, réfractaire aux lois étatiques⁶³⁵, déduisait

⁶³⁰ Vincent MARTENET, *Architecture des pouvoirs*, Zurich, 2016, p. 69 ss.

⁶³¹ Dans sa critique de l'« enfer des règles », le sociologue Christian MOREL puise également dans la régulation privée de multiples exemples de règles qui sont selon lui excessives, inadaptées, trop complexes, absurdes ou contreproductives (MOREL 2018 p. 17 ss).

⁶³² Norme ISO 7304, « Semoule de blé dur et pâtes alimentaires : appréciation de la qualité de cuisson par analyse sensorielle ».

⁶³³ « Une nouvelle norme ISO apporte la part d'objectivité au débat délicat sur le degré de cuisson des pâtes, qui est bien souvent tributaire du goût subjectif : ce qui est parfaitement *al dente* pour une personne ne sera pas assez cuit pour une autre, ce sera toujours trop ou pas assez, etc. » (ORGANISATION INTERNATIONALE DE NORMALISATION, *Une norme ISO sur l'état de l'art dans la cuisson des spaghettis*, communiqué du 24 octobre 2008, disponible sur : iso.org/fr/news/2008/10/Ref1171.html ; cf. ég. ci-dessous ch. 3.4.2.2 et 3.4.3.3b).

⁶³⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport sur les coûts de la réglementation : Estimation des coûts engendrés par les réglementations et identification des possibilités de simplification et de réduction des coûts, Berne, 2013, ch. 3.4. Cf. ci-dessous ch. 3.4.5 *i.f.*

⁶³⁵ Thibault ISABEL, *Pierre-Joseph Proudhon : l'anarchie sans le désordre*, Paris, 2017, p. 138 ss et 151. Cf. ci-dessus réf. cit. p. 15 le sol politique comme une « formation papyracée ».

en 1851 de l'inévitable inflation des lois et de leur impossible simplification la nécessité de les remplacer par des contrats :

« Vous dites qu'on fera < peu > de lois, qu'on les fera < simples >, qu'on les fera < bonnes >. C'est encore une concession. [...] La simplification législative nous ramène donc à l'idée de contrat, conséquemment à la négation de l'autorité. »⁶³⁶ « Ce que nous mettons à la place des lois, ce sont les contrats. – Point de lois votées ni à la majorité ni à l'unanimité ; chaque citoyen, chaque commune ou corporation fait la sienne »⁶³⁷.

On relèvera que les *organismes de régulation privés* visent désormais aussi à simplifier les normes qu'ils publient à l'exemple de la révision récente d'une norme sur le management du risque, reconnaissant implicitement la complexité intrinsèque de la production normative privée :

« Le travail de révision [de la norme ISO 31000:2009, Management du risque] a un objectif spécifique : rendre les choses plus faciles et plus claires, en faisant usage d'un langage simple, cohérent et compréhensible pour tous les utilisateurs, pour exprimer les idées fondamentales du management du risque. [...] Le travail consistait essentiellement à trouver le juste équilibre entre donner des lignes directrices suffisamment précises et rédiger un manuel. C'est dans cet esprit que le texte a été ramené à ses concepts fondamentaux pour créer un document plus court, plus clair et plus concis, plus facile à lire tout en demeurant largement applicable. [...] L'élimination d'un grand nombre de formules complexes permet d'espérer que le lecteur trouvera ce texte plus simple à comprendre, car moins volumineux et plus précis. Le nouveau projet est plus court que le projet de comité, mais il gagne en clarté, en précision et en lisibilité. »⁶³⁸

Dans son programme de diminution de la densité réglementaire, le Conseil fédéral espérait aider les citoyens à retrouver « la vue d'ensemble du droit en vigueur »⁶³⁹. Vision fort naïve au demeurant : tout au plus le gouvernement peut-il escompter une plus grande clarté des textes de *loi* à la rigueur, mais certainement pas du *droit*, puisque simplifier d'un côté complique de l'autre.

C) *Simplifier peut compliquer* – Diminuer la densité normative de la loi complique la recherche des règles applicables dans les cas d'espèce si le gouvernement, par exemple, ne les a pas codifiées dans des ordonnances législatives ou administratives. Notre hypothèse de la normativité comme jeu à somme nulle a pour conséquence qu'une règle peu dense créera une insécurité juridique provisoire dans l'attente d'une codification de la pratique ou de la stratification progressive de la jurisprudence au tempo de l'évolution des conflits potentiels.

⁶³⁶ PROUDHON (1851), p. 149 ss.

⁶³⁷ *Ibidem*, p. 283 ss.

⁶³⁸ ORGANISATION INTERNATIONALE DE NORMALISATION, *La révision d'ISO 31000 avance vers un texte plus clair et plus concis*, communiqué du 28 février 2017 (iso.org/fr/news/2017/02/Ref2165.html).

⁶³⁹ Message relatif au projet de loi fédérale sur la mise à jour formelle du droit fédéral, FF 2007 5789, p. 5797.

Simplifier la loi est en fait une injonction paradoxale : en disant moins, la règle se fait plus générale et devient moins claire dans chaque cas particulier. La loi condensée dans son texte n'est pas simplifiée lors de sa concrétisation. L'accumulation de précisions clarifie le sens des mots mais au détriment de la brièveté du message : « J'évite d'être long, & je deviens obscur » écrivait Nicolas BOILEAU au XVII^e siècle déjà⁶⁴⁰. QUINTILIEN ne disait pas autre chose au I^{er} siècle après J.-C. :

« pour moi la brièveté ne consiste pas à dire moins qu'il ne faut, mais à ne pas dire plus. [...] Il ne faut pas moins prendre garde au défaut qui résultent d'un abrégement excessif : l'obscurité ; et il vaut mieux, dans une narration, qu'il y ait excès en plus plutôt qu'en moins ; car le surplus dégage de l'ennui, mais la suppression du nécessaire n'est pas sans risque. »⁶⁴¹

On ajoutera par ailleurs que la simplification peut aussi être une *question de point de vue*. Simplifier la vie des uns complique parfois celle des autres. La bureaucratie des uns peut être le filet de sûreté des autres.

Le remplacement – dans le cadre de la lutte contre la bureaucratie – de l'obligation d'annoncer de nouveaux employés à l'Assurance-vieillesse et survivants (AVS) dans les trente jours suivant leur engagement par l'annonce un an après leur engagement est certes une simplification pour les employeurs mais une complication pour les autorités chargées de débusquer le travail au noir⁶⁴².

Enfin, le remède est parfois pire que le mal. Les diverses tentatives de *déréglementation* et de *libéralisation*, déjà anciennes, ont paradoxalement mené à une augmentation de la masse normative comme on le montrera dans la section suivante. David GRAEBER formule à ce propos une « loi d'airain du libéralisme » :

« Toute réforme de marché – toute initiative gouvernementale conçue pour réduire les pesanteurs administratives et promouvoir les forces du marché – aura pour effet ultime d'accroître le nombre total de réglementations, le nombre total de paperasse et l'effectif total des agents de l'État. »⁶⁴³

La démonstration la plus éclatante de cette thèse selon laquelle simplifier complique est française. La loi sur la simplification des relations entre l'administration et les citoyens du 12 novembre 2013 a introduit le principe « Silence Vaut Acceptation » (SVA) selon lequel le silence gardé par

⁶⁴⁰ BOILEAU (1674), chant premier, vers 66.

⁶⁴¹ QUINTILIEN, *Institution oratoire*, IV, 2, cit. in : Frédéric MARTIN, « Aux grands maux les formes brèves : équivoque des règles et sens de la formule dans le discours juridique (XV^e-XVII^e s.) », in : Giavarini (éd.), *Pouvoir des formes, écriture des normes : brièveté et normativité (Moyen Âge – Temps Modernes)*, Dijon, 2017, p. 93. Sur la concision, cf. ci-dessous ch. 5.3.3.2a.II.

⁶⁴² ROSSAT-FAVRE (2017), p. 220.

⁶⁴³ GRAEBER (2015), p. 16 ss.

l'administration sur une demande de l'utilisateur vaut acceptation ; 43 décrets d'application ont établi 2400 exceptions pour 1200 cas d'application...⁶⁴⁴

D) *La demande de règles est en croissance constante dans une société libérale et ne peut pas être simplement interrompue dans un tel contexte* – La demande de règles ne peut pas être simplement stoppée dans une société libérale⁶⁴⁵.

PORTALIS l'avait déjà pressenti en son temps : « un grand État comme la France, qui est à la fois agricole et commerçant, qui renferme tant de professions différentes, et qui offre tant de genres divers d'industrie, ne saurait comporter des lois aussi simples que celles d'une société pauvre ou plus réduite. »⁶⁴⁶

Les causes en sont multiples et la doctrine les a répétées à l'envi : complexité croissante de la vie sociale, essor et libéralisation des échanges internationaux, accroissement des inégalités, aggravation des pollutions, augmentation de l'individualisme, croissance démographique, multiplication des informations en général, diversité des intérêts publics, etc.⁶⁴⁷

On doit constater que les multiples interventions parlementaires visant à diminuer le nombre et la densité des lois⁶⁴⁸ présentent quelques traits contradictoires en ce sens que les députés sont souvent les premiers artisans de leurs propres malheurs. Le Conseil fédéral se délecte parfois à le rappeler :

A propos d'une motion du Parti libéral-radical (PLR) relatif à un projet de loi sur la collaboration internationale et la protection de la souveraineté suisse⁶⁴⁹, le Conseil fédéral

⁶⁴⁴ DU MARAIS (2017), p. 242 ; FOUBERT (2018), p. 229 s.

⁶⁴⁵ Cf. par exemple HISPALIS (2005), p. 114 et p. 102, pour qui « [l]a complexité croissante du droit est certes inévitable, car elle est le reflet de celle des rapports sociaux, accentuée, dans le cas de la France, par son appartenance à l'ordre juridique européen » ; « ce qui donne à penser qu'il s'agit [l'inflation législative] d'une tendance naturelle dans l'évolution de nos systèmes juridiques ». Cf. ég. l'avis du Conseil d'Etat français selon lequel « [l]es facteurs de prolifération et de complexification des normes ne sont pas tous maîtrisables. On aurait, s'il en allait autrement, depuis longtemps tiré profit de l'avertissement de Montaigne : « Nous avons en France plus de lois que le reste du monde ensemble, et plus qu'il n'en faudrait à régler tous les mondes d'Épicure » », tout en terminant sur une note optimiste qui ne ressort pas vraiment des lignes précédentes : « [s]ortir de ces limbes n'est pas impossible » (CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité du droit : Rapport public 2006*, p. 337). La permanence actuelle du débat (DU MARAIS [2017]) tend à accréditer la première partie du propos.

⁶⁴⁶ PORTALIS (1801), rapporté par FOUBERT (2018), p. 231.

⁶⁴⁷ Cf. par exemple DU MARAIS (2017), p. 244 ss ; Pierre MOOR, « De la difficulté contemporaine à légiférer », in : Griffel (éd.), *Vom Wert einer guten Gesetzgebung*, Berne, 2014, p. 50 ss ; HISPALIS (2005), p. 101 ss ; François DESSEMONTET, « Langage et système des lois suisses », in : *Les Cahiers de Droit*, vol. 21, 1980, p. 583 ss ; HUG (1978), p. 4 ss.

⁶⁴⁸ Cf. ci-dessus ch. 1.3.3.4b.I.

⁶⁴⁹ Motion du Groupe libéral-radical (11.3120) du 16 mars 2011.

a répondu que « compte tenu des solutions qui ont déjà été apportées, le projet législatif initié a perdu une partie de son utilité. Y renoncer va donc dans le sens des voix qui s'élèvent à l'encontre d'une trop grande tendance de l'État à légiférer »⁶⁵⁰.

Rien n'empêcherait en effet les parlementaires de s'*auto-discipliner* ou de s'atteler à convaincre leurs collègues de la nécessité de ne pas légiférer eux-mêmes plutôt que de demander au gouvernement et à son administration de multiples rapports, de nouvelles mesures et de nouveaux organes pour les y contraindre⁶⁵¹ ! Comme le disait TIMON en 1844 déjà, il suffirait de le demander à son député :

« [j]e concevrais qu'on eût la logophobie, c'est-à-dire l'horreur des lois nouvelles, et si j'étais électeur, je dirais à mon député : « [...] je ne disconviens point que je ne vous aie nommé un peu pour cela, mais en outre, et de grâce, donnez-nous le moins de lois possible ! Le moins de lois possible, entendez-vous bien ? » Malheureusement nous sommes mordus du chien de la légomanie. »⁶⁵²

La loi est cependant l'*instrument-clef du parlementaire* ; et déréglementer c'est diminuer délibérément l'influence du Politique dans la vie sociale. L'acte devient politique et ne s'inscrit dès lors plus dans la démarche légistique qui se doit d'être la plus objective possible, même si des usages détournés de celle-ci sont inéluctables comme nous l'avons montré⁶⁵³.

La demande de règles provient également de l'*économie elle-même*, dans la mesure où les normes contribuent à augmenter la sécurité juridique et à canaliser le pouvoir discrétionnaire des autorités. Indirectement d'ailleurs, la *libéralisation* du commerce a fait paradoxalement croître la réglementation comme on l'a vu :

« *Freer Markets, More Rules* » exposait Steven VOGEL en 1996 déjà⁶⁵⁴ ; thèse confirmée par le Conseil fédéral en 1999 : « L'abandon des monopoles d'Etat par le biais de la privatisation et de l'ouvertures des marchés aboutit souvent à un gonflement du Recueil systématique du droit fédéral. Cela tient notamment au fait que l'Etat doit dorénavant jouer le rôle d'arbitre sur des marchés qu'il pouvait auparavant réglementer par des directives administratives internes. Mais il est vrai également que, du fait de la multiplicité des concurrents, de nouvelles questions se posent, qu'il s'agit de régler judicieusement. »⁶⁵⁵

⁶⁵⁰ Rapport du Conseil fédéral du 4 mars 2016 sur les motions et les postulats des conseils législatifs 2015, cit. in : ROSSAT-FAVRE (2017), p. 215.

⁶⁵¹ Cf. ci-dessus ch. 1.3.3.4b.II.

⁶⁵² DE LAHAYE CORMENIN (TIMON) (1844), p. 5.

⁶⁵³ Sur les usages détournés de la légistique, cf. ci-dessus ch. 1.3.3.3.

⁶⁵⁴ Steven VOGEL, *Freer Markets, More Rules: Regulatory Reform in Advanced Industrial Countries*, Ithaca, 1996. Cf. WINDHOLZ (2018), p. 24.

⁶⁵⁵ Rapport du Conseil fédéral relatif à des mesures de déréglementation et d'allègement administratif du 3 novembre 1999, in : FF 2000 942, 947.

Cette observation a été répétée depuis lors, par Bernhard WALDMANN par exemple (« Das Aufbrechen der staatlichen Monopolstellung im post-, Verkehrs- und Energiewesen nicht etwa zu weniger < Deregulierung > sondern zu mehr Regulierung geführt »)⁶⁵⁶ ou David GRAEBER (« il faut mille fois plus de paperasse pour entretenir une économie de marché libre que la monarchie absolue de Louis XIV »)⁶⁵⁷.

C'est ainsi que la création d'un *marché unique* explique pourquoi le droit de l'*Union européenne* est voué à être extrêmement détaillé et prescriptif⁶⁵⁸.

La demande de règles peut également être *tactique* de la part de certaines entreprises dans une perspective anti-concurrentielle. Bertrand du MARAIS souligne l'« utilisation de la complexité du droit par des acteurs du marché, et particulièrement les grandes entreprises, en vue d'évincer leurs concurrents »⁶⁵⁹ et rappelle le mécanisme de *capture du régulateur* étudié par George STIGLER en 1971 :

« Plutôt que de mettre en œuvre un cartel avec des moyens de coercition toujours compliqués, coûteux et dont la pérennité est toujours aléatoire, les membres d'une industrie ont davantage intérêt à être régulés par une agence publique – fût-ce au prix d'une bureaucratie supplémentaire – pourvu qu'ils la < capturent > en lui faisant prendre des décisions qui seront favorables au cartel. »⁶⁶⁰

Une *mise en perspective historique* de la question est éclairante. Selon Denis BARANGER « [d]epuis Constant et jusqu'à Hayek, les appels à la modération du législateur ne peuvent pas être entendus, non pas par manque de vertu ou par ignorance, mais parce que la société libérale a besoin de beaucoup de lois, et de lois fortement interventionnistes. Si tel est le cas, et si Constant avait donc tort de réclamer un législateur modeste, c'est que la société individualiste et commerçante ne peut pas se passer de ce que les économistes appellent un < horizon de maximisation > du bien-être accompli au moyen de lois étatiques. Si l'histoire est porteuse d'une quelconque leçon, elle nous apprend qu'un législateur modéré sur le registre préconisé par Montesquieu, Smith ou Constant relève d'une invention de l'esprit qui ne peut pas se concrétiser dans les conditions réelles de la société individualiste et capitaliste moderne. »⁶⁶¹

⁶⁵⁶ WALDMANN (2015), p. 173.

⁶⁵⁷ GRAEBER (2015), p. 16.

⁶⁵⁸ Daniel KELEMEN, « Eurolegalism and the Better Regulation Agenda », in: Garben / Govaere (éd.), *The EU Better Regulation Agenda : A Critical Assessment*, Portland, 2018, p. 205 ss.

⁶⁵⁹ DU MARAIS (2017), p. 245.

⁶⁶⁰ DU MARAIS (2017), p. 246. Cf. ég. Régis LANNEAU, entrée « Capture », in : Bazex *et al.* (éd.), *Dictionnaire des régulations 2016*, Paris, 2015, Fiche 16. Pour un exemple en Suisse, cf. l'exemple du tarif des notaires dans certains cantons ci-dessous ch. 2.3.5.3b.II.

⁶⁶¹ BARANGER (2018), p. 302.

IV. Le bilan

Les velléités de simplifier le droit et de procéder à son élagage donnent des résultats plutôt mitigés⁶⁶². Ce constat est corroboré en France où le Conseil d'Etat a reconnu que « [l]a simplification a pu être inutile, voire esthétique, et ne pas s'attaquer aux vraies difficultés. »⁶⁶³ Un tel bilan résulte des limites intrinsèques à l'exercice de déréglementation et de simplification que nous avons énumérées dans la section précédente. Il faut admettre *nolens volens* que la loi est empreinte d'un degré de complexité, variable certes mais définitivement inéluctable dans les circonstances actuelles. Pierre Joseph PROUDHON l'avait déjà très radicalement résumé en 1851 :

« Des lois en petit nombre, des lois excellentes ? Mais c'est impossible. Le gouvernement ne doit-il pas régler tous les intérêts, juger toutes les contestations ? Or, les intérêts sont, par la nature de la société, innombrables, les rapports variables et mobiles à l'infini : comment est-il possible qu'il ne se fasse que peu de lois ? Comment seraient-elles simples ? Comment la meilleure loi ne serait-elle pas bientôt détestable ? »⁶⁶⁴

Censée être connue de tous, la loi exige en réalité de nombreuses années d'études universitaires et de formation continue pour qu'elle soit, et en partie seulement, maîtrisée par les professionnels du droit. Plutôt que de rester étroitement accroché à l'idéal inaccessible de la loi simple, nous verrons plus loin qu'il vaut probablement mieux travailler à sa vulgarisation et à la simplification de sa mise en œuvre⁶⁶⁵.

On trouvera dès lors de multiples causes, on inventera mille remèdes, en vain. ARISTOTE a très tôt vu la source fondamentale du problème, consubstantielle à la nature générale et abstraite de la loi, et donc inéluctable. Il serait injuste de prêter à SOLON quelconque malice dans la rédaction « obscure et compliquée » de ses lois, écrit-il, car il ne pourrait en être autrement « étant donné le caractère général des lois » :

« Ajoutons que, ses lois étant d'une rédaction obscure et compliquée, comme par exemple la loi sur les héritages et sur les épicières, il en résultait nécessairement nombre de contestations, si bien que le règlement de tous les différends, privés et publics, appartenait aux tribunaux. Certains pensent que Solon a recherché cette obscurité pour ses lois, afin d'attribuer au peuple le droit de décider en cas de conflit. Mais cette explication est peu

⁶⁶² FLÜCKIGER (2008, « Mieux légiférer »), p. 29 ss. Cf. le bilan des réexamens systématiques de la législation ci-dessous ch. 6.2.4.1b.

⁶⁶³ CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, Étude annuelle 2016, simplification et qualité du droit, Paris, 2016, p. 77. Sur les différentes tentatives de simplification « inégalement heureuses et abouties », cf. Frédérique RUEDA/Jacqueline POUSSON-PETIT (dir.), *Qu'en est-il de la simplification du droit ?* Toulouse, 2010.

⁶⁶⁴ PROUDHON (1851), p. 149 ss.

⁶⁶⁵ Cf. ci-dessous ch. 5.3.4.

vraisemblable. La vérité est qu'il lui était impossible d'atteindre la perfection, étant donné le caractère général des lois. »⁶⁶⁶

La complexité de la loi ne fait-elle finalement pas que refléter la complexité de notre monde contemporain et toute tentative de simplifier la loi n'apparaît-elle pas dérisoire, voire naïve, si elle devait présupposer qu'une loi simple abrégerait le monde en conséquence ?⁶⁶⁷

1.3.4 Les fondements juridiques de la légistique

1.3.4.1 Introduction : la légitimité d'une théorie prescriptive

La légistique pose des limites au législateur. Elle vise à tempérer son « enthousiasme normatif » pour prévenir le « surgissement de l'irrationnel » selon l'éclatante formule de Charles-Albert MORAND :

« J'aime la règle qui corrige l'émotion, disait Braque. Dans la tourmente des passions législatives, la légistique trace des limites au surgissement de l'irrationnel, à l'enthousiasme normatif qui saisit souvent le législateur. »⁶⁶⁸

Elle vise à renouveler l'esprit de raison hérité des Lumières ; un projet plus que jamais d'actualité à l'ère des séductions populistes et de la résurgence des contre-Lumières que critique Steve PINKER⁶⁶⁹.

Une telle ambition ne poserait aucun problème en termes de légitimité si la légistique n'était qu'une théorie purement descriptive, critique ou analytique comme l'analyse des politiques publiques ou la linguistique. Les universitaires restent aussi libres de proposer, de suggérer ou de critiquer le législateur que ce dernier est libre de rester sourd à leurs leçons. Or la légistique présente, et revendique, une double nature cognitive et prescriptive dans le but d'orienter la pratique des législateurs⁶⁷⁰. Elle appartient de ce fait aux méthodologies prescriptives :

« Les méthodologies prescriptives [...] s'emploient à dégager la ou les meilleures méthodes à suivre pour parvenir à un résultat, observer ou analyser un objet. Elles

⁶⁶⁶ ARISTOTE (traduction de 1838), chapitre IX. Cf. ci-dessous ch. 5.3.1.

⁶⁶⁷ Telle était notre conclusion in : FLÜCKIGER (2008, « Mieux légiférer »), p. 30.

⁶⁶⁸ MORAND (1999, *Eléments*), préface. La citation est tronquée : elle est suivie par « J'aime l'émotion qui corrige la règle » (cf. ci-dessus note de bas de page 189) signalant un nécessaire équilibre à atteindre entre ces deux pôles, au risque de produire sinon une loi désincarnée potentiellement tout aussi problématique (cf. ci-dessus ch. 1.2.3.2).

⁶⁶⁹ Steve PINKER, *Le triomphe des Lumières : pourquoi il faut défendre la raison, la science et l'humanisme* (trad. Daniel Mirsky), Paris, 2018, p. 45 ss et 384 ss (mettant en garde contre ce qu'il qualifie de « populisme autoritaire »).

⁶⁷⁰ MORAND (1999, *Eléments*), p. 32.

fournissent des guides ou des modèles pour la pratique juridique ou la connaissance scientifique. »⁶⁷¹

La légistique propose en effet un corpus de préceptes de nature essentiellement procédurale pour améliorer les connaissances du législateur, proposer en toute transparence démocratique une aide à la décision, guider celui-ci dans sa manière de résoudre au mieux un problème social, d'évaluer les impacts de ses mesures ou de communiquer le message normatif. Asseoir ces préceptes sur des fondements juridiques permet de leur conférer une légitimité et une efficacité qu'une simple approche théorique leur interdirait.

Les règles légistiques peuvent être de nature *souple* ou *obligatoire* (ch.1.3.4.2) ou devenir parties intégrantes du *contrôle de constitutionnalité* des lois (ch. 1.3.4.3). D'abord formulées dans un contexte de théorie et de sociologie du droit, puis sous forme de *recommandations* endossées par les administrations, les normes de légistique se sont en effet progressivement cristallisées en *règles obligatoires*, suivant en cela ce processus de fabrication de la loi par cristallisation que nous décrirons plus loin⁶⁷².

1.3.4.2 Les fondements spécifiques : du droit souple aux règles obligatoires

L'*analyse d'impact prospective* (légistique matérielle prospective ou évaluation prospective) a très tôt fait l'objet de diverses recommandations, directives, circulaire avant d'être rendue progressivement obligatoire, en tout ou partie, et à différents grades suivant les ordres juridiques⁶⁷³. Le degré d'impérativité varie par ailleurs selon les différentes phases (phase analytique⁶⁷⁴ ; analyse des données⁶⁷⁵ ; évaluation de la pertinence du problème⁶⁷⁶ ; évaluation des objectifs⁶⁷⁷ ; liberté de choix des instruments⁶⁷⁸ ; évaluation préliminaire⁶⁷⁹ et

⁶⁷¹ CHAMPEIL-DESPLATS (2014), p. 12.

⁶⁷² Cf. la fonction pré-juridique des instruments de droit souple ci-dessus ch. 3.3.4.2.

⁶⁷³ Cf. ci-dessous ch. 2.2.3.3. En droit canadien, France HOULE qualifie explicitement l'obligation d'analyse d'impact des règlements de « norme *en émergence* », une norme « qui n'est qu'au début de son cycle de vie » n'ayant pas encore atteint le stade de « norme juridique » ([2012], p. 280).

⁶⁷⁴ Cf. ci-dessous ch. 2.3.2.

⁶⁷⁵ Cf. ci-dessous ch. 2.3.4.1a.

⁶⁷⁶ Cf. ci-dessous ch. 2.3.5.1.

⁶⁷⁷ Cf. ci-dessous ch. 2.4.6.

⁶⁷⁸ Cf. ci-dessous ch. 4.1.2.

⁶⁷⁹ Cf. ci-dessous ch. 4.2 *passim*.

approfondie de l'ensemble des impacts⁶⁸⁰ ; évaluation de l'efficacité au sens large⁶⁸¹ ; méthodes d'évaluation⁶⁸²).

On constate un éventail analogue en matière de *légistique formelle* (sources générales⁶⁸³, clarté normative⁶⁸⁴ ; clarté linguistique⁶⁸⁵).

Il en va de même pour l'*analyse d'impact rétrospective* (légistique matérielle rétrospective ou évaluation rétrospective) qui comprend, en plus, nombre de clauses de réexamen, d'évaluation et de caducité spécifiques⁶⁸⁶.

Pour Jacques CAILLOSSE, « [d]u fait même de son institutionnalisation croissante, l'évaluation tend elle-même à se faire objet juridique. Non seulement parce qu'elle suscite tout un travail juridique dont elle est aussi dépendante, mais parce qu'elle provoque elle-même des effets de droit. »⁶⁸⁷ « De cette mise en forme va parfois résulter un changement de statut. L'évaluation cesse d'être une pratique parmi d'autres pour fonctionner à la manière d'une norme juridique et se faire norme juridique : en même temps qu'elle bénéficie d'une expression juridique et qu'elle s'accomplit sur le mode juridique, l'évaluation produit des effets de droit. »⁶⁸⁸

En légistique matérielle, il arrive que des *normes privées* définissent également des principes réglemant la conception et le déroulement des *évaluations*.

On citera notamment les *Standards d'évaluation* de la Société suisse d'évaluation⁶⁸⁹ ou les *Lignes directrices sur l'évaluation des politiques publiques* de l'Organisation internationale des institutions supérieures de contrôle des finances publiques (INTOSAI)⁶⁹⁰ chaque fois que des membres de ces organismes mènent une évaluation.

En légistique formelle, les *organismes de régulation privés* édictent parfois des directives de légistique pour l'élaboration de leurs normes privées, à l'instar de l'ISO⁶⁹¹.

⁶⁸⁰ Cf. ci-dessous ch. 4.3.2 *passim*.

⁶⁸¹ Cf. ci-dessous ch. 4.3.3 *passim*.

⁶⁸² Cf. ci-dessous ch. 4.4 *passim*.

⁶⁸³ Cf. ci-dessous ch. 5.2.3.

⁶⁸⁴ Cf. ci-dessous ch. 5.3.2.2.

⁶⁸⁵ Cf. ci-dessous ch. 5.3.3.2.

⁶⁸⁶ Cf. ci-dessous ch. 6.2.3.

⁶⁸⁷ Jacques CAILLOSSE, « Droit et évaluation », in : *Revue française des affaires sociales*, 1(2), 2010, p. 355.

⁶⁸⁸ *Ibidem*, p. 361.

⁶⁸⁹ Cf. ci-dessous ch. 1.3.5.3.

⁶⁹⁰ Cf. ci-dessous ch. 1.3.5.4b.III.

⁶⁹¹ Cf. ci-dessous ch. 3.4.3.3c.

On précisera cependant que les *conclusions des rapports d'évaluation*, tant prospective que rétrospective, sont dénuées de force obligatoire. Les analyses d'impact ne sont en effet que des recommandations à l'intention du législateur⁶⁹². L'évaluation joue un rôle de conseil seulement par rapport aux autorités politiques.

1.3.4.3 L'intégration de la légistique dans le contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité des lois et du contrôle de légalité des actes infra-législatifs

Le développement du contrôle de constitutionnalité des lois a conduit à asseoir les préceptes de légistique au niveau constitutionnel. La démarche légistique se cale désormais à des degrés divers dans les repères du contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité des lois qu'elle complète utilement en veillant à ce que les droits et obligations garantis dans les textes ne restent pas illusoires et puissent se transformer au contact de la réalité en actions efficaces.

Une historienne des sciences de la législation se demande dans quelle mesure les théories sur l'« art de légiférer », comme on les appelait également⁶⁹³, auraient pu se développer au XIX^e siècle en Allemagne si le contrôle de constitutionnalité avait déjà existé à cette époque et si la forme de l'Etat avait été plus démocratique. Peut-être le besoin de rationalité qu'exprime la légistique aurait-il été ainsi satisfait et que celle-ci se serait fondue dans le contrôle de constitutionnalité ?⁶⁹⁴

La question n'est pas dénuée de pertinence lorsque l'on observe le développement précoce de la discipline en *Suisse*, un pays où la démocratie directe est inscrite dans l'ADN constitutionnel et la défiance envers le contrôle de constitutionnalité des lois fédérales (mais non des lois cantonales) est élevée⁶⁹⁵. D'un autre côté, la

⁶⁹² Cf. ci-dessous ch. 3.3.3.2g.

⁶⁹³ Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.3c.

⁶⁹⁴ EMMENEGGER (2006), p. 287.

⁶⁹⁵ Art. 190 Cst. féd. (même si l'on a pu observer une ouverture entretemps, cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER [2013], vol. I : L'Etat), p. 647 ss ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET [2012], p. 365 ss). Pour un tableau comparatif et les repères relatifs au débat sur les critiques à l'égard des juges constitutionnels, cf. parmi une littérature foisonnante Maya HERTIG RANDALL, « L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle : défis et perspectives », in : *Revue de droit suisse* II, 2010, p. 221 ss, 333 s. MARTENET (2016), p. 92 ss. Deux exemples de voix critiques en Suisse : SEILER (2010), p. 381 ss, à l'encontre du « Richterrecht » ; GONIN (2015), p. 159 ss, à l'encontre d'un juge qui serait devenu « jugislateur » (on rétorquera pour notre part que l'idéal du juge comme bouche de la loi, selon l'expression fameuse de MONTESQUIEU [cf. ci-dessus note de bas de page

Cour constitutionnelle *allemande* a été un puissant vecteur de diffusion de la légistique auprès du législateur⁶⁹⁶. Daniel OLIVER-LALANA et Klaus MEßERSCHMIDT vont jusqu'à évoquer un *tournant légistique* (« Legisprudential Turn ») dans le contrôle de constitutionnalité des lois⁶⁹⁷ :

« Over the last decades, the German Court has been remarkably active in applying legisprudential criteria or yardsticks when reviewing parliamentary laws that affect fundamental rights and key constitutional norms such as the principles of proportionality and subsidiarity. »⁶⁹⁸

On soulignera plus spécifiquement la création d'une *obligation de suivi et de correction de la loi* que nous examinerons en fin d'ouvrage⁶⁹⁹.

L'ouvrage de légistique paru en 1973 du pénaliste suisse, Peter NOLL⁷⁰⁰ – qui a enseigné en Allemagne et en Suisse – a exercé une influence majeure. S'en inspirant, Gunther SCHWERTFEGGER a défendu l'idée que la Constitution devait être interprétée comme obligeant le législateur à suivre une méthode législative rationnelle et qu'il incombait à la Cour constitutionnelle fédérale de s'assurer que celle-ci a été dûment observée⁷⁰¹. Le débat qui s'ensuivit fut vif dans le monde germanophone⁷⁰².

Depuis quelques années, certains auteurs analysent sous l'angle légistique la jurisprudence de la *Cour de justice de l'Union européenne*, ainsi que celle de la *Cour européenne des droits de l'homme* – laquelle désormais incite indirectement les législateurs à suivre une démarche légistique⁷⁰³ -, en repérant les arrêts qui exigent du législateur une démarche rationnelle et efficace⁷⁰⁴.

n° 456], a depuis longtemps vécu [cf. ci-dessous ch. 5.2.1 et 6.1.2. Cf. ég. ci-dessus ch. 1.3.4.4f)].

⁶⁹⁶ MEßERSCHMIDT Klaus/OLIVER-LALANA Daniel (éd.), *Rational Lawmaking under Review: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*, Berlin, 2016; MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 39 ss. Cf. notamment la question de légiférer sur la base de faits pertinents (ci-dessous ch. 2.3.4.1) ainsi que de pronostics plausibles (ci-dessous ch. 4.4.5.2) ou l'obligation de veille et de correction ou d'amélioration législatives ci-dessous ch. 6.2.3.3.

⁶⁹⁷ Angel Daniel OLIVER-LALANA/Klaus MEßERSCHMIDT, « On the « Legisprudential Turn » in Constitutional Review: An Introduction », in : Meßerschmidt/Oliver-Lalana (éd.), *Rational Lawmaking under Review: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*, Berlin, 2016, p. 1.

⁶⁹⁸ OLIVER-LALANA/MEßERSCHMIDT (2016), p. 1 s.

⁶⁹⁹ Cf. ci-dessous ch. 6.2.3.3.

⁷⁰⁰ Peter NOLL, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek, 1973.

⁷⁰¹ Gunther SCHWERTFEGGER, « Optimale Methodik der Gesetzgebung als Verfassungspflicht », in : Stödter/Thieme (éd.), *Hamburg, Deutschland, Europa : Festschrift für Hans Peter Ipsen*, Tübingen, 1977, p. 173 ss (cit. in : OLIVER-LALANA/MEßERSCHMIDT [2016], p. 2 et SECKELMANN [2018], p. 94).

⁷⁰² OLIVER-LALANA/MEßERSCHMIDT [2016], p. 2 s. (réf. cit.).

⁷⁰³ Cf. en particulier l'exégèse de l'arrêt *Animal Defenders International c. Royaume-Uni* du 22 avril 2013 ci-dessous ch. 4.1.2. On relèvera également le recours à des *évaluations*

En Suisse, la jurisprudence du *Tribunal fédéral*, visant essentiellement la législation cantonale ainsi que les ordonnances du Conseil fédéral, pourrait également être étudiée sous cet angle en se concentrant sur les principes de proportionnalité, d'interdiction de l'arbitraire, de l'égalité de traitement et de la légalité notamment⁷⁰⁵. On trouve également trace, très rarement il est vrai, d'une obligation de suivi et de correction de la loi⁷⁰⁶.

Enfin, l'analyse d'impact pouvant porter sur des *actes de niveau réglementaire*, le juge n'hésitera pas à les utiliser dans le cadre du contrôle de légalité des règlements, comme le montre la pratique en droit canadien⁷⁰⁷.

-
- d'efficacité* dans l'argumentaire juridique : par exemple, l'invocation par la requérante d'une évaluation démontrant que les mesures mises en œuvre à Rotterdam en application de la loi pour les agglomérations urbaines n'avaient pas produit les effets recherchés (COURED, Garib c. Pays-Bas, arrêt du 6 novembre 2017, § 145).
- 704 Julian NOWAG/Xavier GROUSSOT, « From Better Regulation to Better Adjudication? Impact Assessment and the Court of Justice's Review », in: *Garben /Govaere (éd.), The EU Better Regulation Agenda : A Critical Assessment*, Portland, 2018, p. 185 ss ; POPELIER/VAN DE HEYNING (2017), p. 5 s. ; OLIVER-LALANA/MEBERSCHMIDT [2016], p. 2 ; Rob van GESTEL/Jurgen de POORTER, « Putting evidence-based law making to the test: judicial review of legislative rationality », in: *The Theory and Practice of Legislation*, 2016, p. 155 ss ; Alberto ALEMANNO, « Courts and Regulatory Impact Assessment », in : Dunlop/Radaelli (éd.), *Handbook of regulatory impact assessment*, Cheltenham, 2016, p. 127 ss ; Ittai BAR-SIMAN-TOV, « The role of courts in improving the legislative process », in : *The Theory and Practice of Legislation*, 2015, p. 295 ss ; Patricia POPELIER, « The role of courts in legislative policy diffusion and divergence », in : *The Theory and Practice of Legislation*, 2015/3, p. 315 ss ; Emmanuel CARTIER, « La place de la justice dans la gouvernance du « mieux légiférer » », in : Péraldi Leneuf/de la Rosa (dir.), *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, Paris, 2013, p. 225 ss ; Patricia POPELIER, « The court as regulatory watchdog: the procedural approach in the case law of the European Court of Human Rights », in : Popelier *et al.* (éd.), *The role of constitutional courts in multilevel governance*, Cambridge, 2013, p. 249 ss ; Patricia POPELIER, « A fundamental right to rational law making? », in : *The quality of legal acts and its importance in contemporary legal space*, Riga, 2012, p. 27 ss. Cf. ég. ci-dessous ch. 4.1.2 et 4.3.3.4.
- 705 MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 42 s. Cf. ég. de manière plus large l'utilisation de données statistiques dans le raisonnement du juge dans la détermination des « faits législatifs » (« legislative facts ») in : ALTWICKER (2018), p. 622 s.
- 706 Cf. ci-dessous ch. 6.2.3.3.
- 707 HOULE (2012), p. 323 ss.

1.3.4.4 *Les fondements généraux dans les principes de l'Etat de droit et les droits fondamentaux*

a. *Introduction : l'émergence du principe d'efficacité*

Divers *principes de l'Etat de droit* et *droits fondamentaux* exigent que l'on connaisse les impacts d'un texte de loi pour être en mesure d'en apprécier la portée juridique⁷⁰⁸. Plus particulièrement, l'émergence du *principe d'efficacité* – que nous examinerons plus loin sous différents éclairages⁷⁰⁹ – peut être comprise comme un fil rouge sous-tendant la démarche légistique dans sa globalité, y compris la légistique formelle⁷¹⁰.

Plus spécifiquement, les *juges* vont trouver dans les *analyses d'impact*, tant prospectives que rétrospectives, un matériau leur permettant d'apprécier les incidences possibles ou avérées des lois au prisme de la réalité du terrain⁷¹¹. Elles leur permettront de concrétiser les principes que nous examinerons ci-après (let. b à e).

Les juges s'inspireront également de la méthode de l'analyse d'impact lorsqu'ils ont à juger *modo legislatoris* (let. f).

⁷⁰⁸ MORAND (1999, *Eléments*), p. 40 ss.

⁷⁰⁹ Cf. ci-dessous ch. 4.3.3.2a, 4.3.3.4c.II et 6.2.3.2. cf. ég. ch. 2.2.3.3c.

⁷¹⁰ En ce sens qu'un texte clair et compréhensible contribue à l'impact de la loi, cf. ci-dessous ch. 5.1, 5.2.2, 5.3.3.1 et 5.3.3.2d.III.

⁷¹¹ COMBRADE (2017), p. 120, qui montre que, même si aucune décision du Conseil constitutionnel français ne s'appuie expressément sur une analyse d'impact en cas d'examen de constitutionnalité de la loi, une telle analyse est bel et bien une source d'information pour le juge constitutionnel ; Alberto ALEMANNI, « Courts and Regulatory Impact Assessment », in : Dunlop/Radaelli (éd.), *Handbook of regulatory impact assessment*, Cheltenham, 2016, p. 127 ss ; Julian NOWAG/Xavier GROUSSOT, « From Better Regulation to Better Adjudication? Impact Assessment and the Court of Justice's Review », in : Garben/Govaere (éd.), *The EU Better Regulation Agenda : A Critical Assessment*, Portland, 2018, p. 185 ss. Cf. ég. DELILLE, *L'analyse d'impact des réglementations dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, 2013, p. 514 : « L'analyse d'impact confirme son potentiel d'outil d'« aide au juge » » dans le cadre du contrôle de proportionnalité ; Jonathan VERSCHUUREN/Rob VAN GESTEL, « Conclusions: A Conditional Yes to Ex Ante Evaluation of Legislation », in : Verschuuren (éd.), *The Impact of Legislation: A Critical Analysis of Ex Ante Evaluation*, Leyde, 2009, p. 257 : « Courts may annul legislation when they find that these laws were not created in transparent and well-informed way. »

b. L'interdiction de l'arbitraire et l'accomplissement rationnel des tâches étatiques

L'exigence de légiférer de manière rationnelle se fonde essentiellement sur l'interdiction faite à l'Etat d'agir de manière arbitraire⁷¹². Elle peut subsidiairement se fonder en droit suisse sur une disposition constitutionnelle fédérale, non justiciable, qui prévoit que les tâches de l'Etat doivent être accomplies de manière « rationnelle et adéquate »⁷¹³.

L'interdiction de l'arbitraire exige *rationalité*⁷¹⁴ et *cohérence*⁷¹⁵ de la part du législateur⁷¹⁶.

La norme doit tout d'abord être *motivée*⁷¹⁷ ; elle doit être fondée sur des motifs sérieux et objectifs (interdiction de l'arbitraire *dans* la loi)⁷¹⁸.

Le philosophe du droit Chaïm PERELMAN définit l'arbitraire en se référant au critère de *justification* : « une règle est arbitraire dans la mesure où, tout en n'étant pas une conséquence nécessaire d'une loi théorique, elle n'est pas susceptible de justification. »⁷¹⁹ On relèvera que la *motivation* des lois permet incidemment d'en augmenter l'effectivité si l'on se réfère à Jérémy BENTHAM qui estimait prosaïquement qu'« on ne comprend bien que les choses dont on comprend le pourquoi »⁷²⁰.

Le droit fédéral contient une obligation explicite de motiver les *projets* de loi. Tel est le rôle de l'exposé des « motifs », précisément : « Dans son message, le Conseil fédéral motive son projet d'acte »⁷²¹. La situation diffère selon les ordres juridiques⁷²².

⁷¹² Art. 9 Cst. féd. Felix UHLMANN, *Das Willkürverbot (Art. 9 BV)*, Berne, 2005, p. 269 ss. On relèvera en passant que Jean CRUET, que nous citons abondamment dans le présent ouvrage, a rédigé sa thèse de doctorat en droit sur ce sujet: *Étude juridique de l'Arbitraire gouvernemental et administratif: des cas où l'autorité gouvernementale et administrative n'est pas tenue, sous des sanctions efficaces, de respecter les droits individuels et la légalité*, Paris, 1906.

⁷¹³ Art. 43a al. 5 Cst. féd. Cf. ég. art. 126 al. 1^{er} Cst. (gestion financière équilibrée).

⁷¹⁴ Cf. ci-dessus ch. 1.2.2 et 1.2.3.

⁷¹⁵ Sur ce principe, cf. ci-dessous ch. 4.3.3.4b.

⁷¹⁶ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 893 et 898.

⁷¹⁷ WINTGENS (2012), p. 217 ss (« legislation should be justified by the legislator ») et p. 294 ss (« duty of relevant fact findings ») ; MOOR Pierre, *Dynamique du système juridique : une théorie générale du droit*, Genève etc., 2010, p. 155. Cette question est débattue (cf. SECKELMANN [2018], p. 104 ss en doctrine allemande, réf. cit.).

⁷¹⁸ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 895.

⁷¹⁹ Chaïm PERELMAN, *Justice et raison*, Bruxelles, 1963, p. 67.

⁷²⁰ Jérémy BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, Tome 3, p. 302 (cit. in : Combrade 2017, p. 337).

⁷²¹ Art. 141 al. 2 Loi sur le Parlement.

⁷²² Sur l'exigence de motiver les lois en *droit français*, cf. COMBRADE (2017), p. 336 ; MARINESE (2007), p. 280 ss (contrôle minimum de la réalité des faits limité à l'erreur manifeste ; pas d'exigence de fonder l'intervention législative sur une analyse

A chaque phase de l'analyse d'impact, une norme est susceptible de devenir arbitraire si elle ne respecte pas les exigences de chacune d'entre elles.

- Phase *analytique*⁷²³ – L'autorité doit se fonder sur des faits pertinents et suffisamment établis⁷²⁴.
- Phase *téléologique*⁷²⁵ – La norme ne doit pas être dépourvue de but ou de sens⁷²⁶, maxime qui s'applique d'abord aux normes non finalisées, « quoique le législateur ait dans la plupart des cas une relative liberté dans la détermination des objectifs. »⁷²⁷
- Phase *stratégique*⁷²⁸ – Si l'arbitraire « ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution que celle retenue par l'autorité cantonale pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable »⁷²⁹, une mesure peut être arbitraire par rapport à ses incidences⁷³⁰ : dans ses effets, a écrit le Tribunal fédéral dans une agreste expression, une décision est arbitraire si elle va « à rebours du bon sens »⁷³¹. Une mesure inefficace peut également être arbitraire⁷³².

En *légistique formelle*, un énoncé si *manifestement inintelligible* qu'il en devient dépourvu de sens peut être arbitraire⁷³³. Par ailleurs, le principe de clarté normative, s'il est poussé à son extrême dans des circonstances qui ne l'autorisent pas, est susceptible de rendre une règle arbitraire par *excès de précision inadaptée au contexte*⁷³⁴.

Le Tribunal fédéral se réfère parfois, très rarement à vrai dire, au *sentiment de justice* qui, s'il est heurté, peut rendre une mesure arbitraire⁷³⁵. La référence à la justice n'est en règle générale qu'indirecte. Si une règle contestée repose sur une analyse des faits, des finalités, des moyens et des effets (on aura reconnu la démarche de légistique matérielle), elle sera présumée juste :

scientifique pour en établir la nécessité). En droit de l'*Union européenne*, cf. art. 296 al. 2 TUE (« Les actes juridiques sont motivés et visent les propositions, initiatives, recommandations, demandes ou avis prévus par les traités ») ainsi que l'arrêt de la Cour de justice C-310/04 du 7 septembre 2006 (*Espagne c. Conseil*), résumé ci-dessous ch. 2.3.4.1. En *droit allemand*, cf. SECKELMANN (2018), p. 104 ss (obligation de motiver les projets de loi sur le plan fédéral, mais non les lois elles-mêmes).

723

Cf. ci-dessous ch. 2.3.4.1.

724

MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 901.

725

Cf. ci-dessous ch. 2.4.

726

ATF 142 V 316, 232 ; 136 I 241, 250. Cf. ég. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 902.

727

MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 902.

728

Cf. ci-dessous ch. 3.1.1.

729

Par exemple ATF 132 I 13, 17 ; 129 I 8, 9.

730

MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 904.

731

ATF 108 Ia 74 (82).

732

MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 893 ss.

733

Cf. ci-dessous ch. 5.3.3.2d.

734

Cf. ci-dessous ch. 5.3.2.2.

735

MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 904 (réf. cit.).

« la référence à la justice ne peut pas, en règle générale, être directe : elle postule l'analyse des faits, des finalités, des moyens et des effets, voire l'élaboration de normes dérivées. Bien qu'elle serve de fondement général à la prohibition de l'arbitraire, elle a donc méthodologiquement un rôle tout à fait secondaire »⁷³⁶.

En pratique, rares sont les cas de normes jugées arbitraires. La raison est probablement plus à rechercher « dans la procédure dans laquelle elles sont adoptées [qui] permet une discussion critique des dispositions projetées »⁷³⁷ que dans le strict respect d'une démarche de légistique matérielle⁷³⁸. C'est préférable ainsi, car ce principe ne saurait être appliqué selon une méthodologie contraignante :

« La prohibition de l'arbitraire signifie que le pouvoir ne doit pas s'exercer de manière autonome ; mais elle ne peut avoir pour conséquence de le rendre hétéronome, de le déterminer de l'extérieur. Selon des modalités il est vrai diverses, et dans un ordre décroissant, l'activité législative, la compétence discrétionnaire de l'administration, et même l'interprétation des normes sont inconcevables sans une certaine liberté. La prohibition de l'arbitraire ne va pas la supprimer ; mais elle en fait une liberté réglée »⁷³⁹.

c. *Le principe de proportionnalité*

Le principe de proportionnalité⁷⁴⁰ infuse de manière systématique l'ensemble de la démarche légistique⁷⁴¹. On rappelle qu'il se subdivise en trois maximes : l'*aptitude* du moyen à atteindre le but visé, déterminant l'efficacité proprement dite de celui-ci ; la *nécessité* du moyen, exigeant de choisir les solutions alternatives portant l'atteinte la moins grave aux intérêts privés touchés ; la *proportion*, demandant de mettre en balance le degré de gravité de la mesure sur ses destinataires et les résultats escomptés du point de vue de l'intérêt public⁷⁴².

- Phase *analytique* – défaut d'aptitude de mesures non suffisamment fondées sur des faits pertinents et suffisamment établis⁷⁴³ ; défaut de proportionnalité des causes mal

⁷³⁶ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 905.

⁷³⁷ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 903.

⁷³⁸ Sur la difficulté de mettre en œuvre une telle démarche en pratique en droit fédéral, cf. ci-dessous ch. 4.6 et 6.3.

⁷³⁹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 893.

⁷⁴⁰ Art. 5 al. 2 et 36 al. 3 Cst. féd. En droit de l'UE, cf. art. 5 TUE.

⁷⁴¹ Sur ce principe, qui tend à devenir « suprême » dans le contexte de l'évaluation législative, cf. déjà MADER (1985), p. 176. On rappelle ici l'importance de ce principe en rapport avec la légistique prise tant dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne que de la Cour européenne des droits de l'homme (cf. ci-dessus ch. 1.3.4.3 et ci-dessous ch. 4.1.2).

⁷⁴² Cf. ci-dessous ch. 4.3.3.4c.

⁷⁴³ Cf. ci-dessous ch. 2.3.4.1a.

fondées au stade de l'analyse du bien-fondé des causes du problème⁷⁴⁴ ; proportionnalité pour analyser l'admissibilité d'une loi symbolique⁷⁴⁵.

- Phase *téléologique* – clarté de la définition des objectifs comme condition préalable pour se prononcer sur l'aptitude d'un instrument⁷⁴⁶.
- Phase *stratégique* – proportionnalité comme guide du législateur dans le choix de ses instruments⁷⁴⁷ ; défaut de proportionnalité des instruments inefficaces, c'est-à-dire inaptes à atteindre leur but (maxime de l'aptitude) et, parmi les instruments efficaces, défaut de proportionnalité de ceux d'entre eux qui portent une atteinte comparativement plus grave aux intérêts privés touchés (maxime de la nécessité)⁷⁴⁸ ; défaut de proportionnalité des instruments provoquant des effets indésirables⁷⁴⁹ ; proportionnalité pour déterminer la sélection des impacts à évaluer de manière approfondie⁷⁵⁰ et le choix de la méthode d'évaluation⁷⁵¹ ; préférence à une méthode qualitative lorsqu'une analyse quantitative est disproportionnée⁷⁵² ; défaut de proportionnalité d'instruments inefficaces⁷⁵³ ; défaut de proportionnalité d'instruments inefficients⁷⁵⁴ ; en matière de pronostic sur l'efficacité, prise en compte du phénomène du biais rétrospectif dans l'analyse de la proportionnalité (surestimation rétrospective de la prévisibilité)⁷⁵⁵.
- Phase de *mise en œuvre* – Proportionnalité comme tempérament au principe d'effectivité pour prévenir un possible « effectivisme »⁷⁵⁶.

En *légistique formelle*, la proportionnalité exige de diminuer les exigences de clarté normative pour laisser aux autorités un pouvoir d'appréciation lorsque le contexte l'impose⁷⁵⁷.

d. L'égalité de traitement et l'interdiction des discriminations

Le législateur est lié par le principe d'égalité (égalité *dans* la loi)⁷⁵⁸. La concrétisation de ce principe obéit fondamentalement à une *démarche légistique*, même si le potentiel de cette méthode ne semble pas encore avoir été pleinement mis à profit dans ce contexte. Pour comparer les situations en jeu, il

⁷⁴⁴ Cf. ci-dessous ch. 2.3.5.3.

⁷⁴⁵ Cf. ci-dessous ch. 2.1.2.1c.

⁷⁴⁶ Cf. ci-dessous ch. 2.4.6.1.

⁷⁴⁷ Cf. ci-dessous ch. 4.1.2.

⁷⁴⁸ Cf. ci-dessous ch. 4.1.2 et 4.3.3.

⁷⁴⁹ Cf. ci-dessous ch. 2.1.1, 4.3.2.2b et 6.2.2.2.

⁷⁵⁰ Cf. ci-dessous ch. 4.3.2.2c.

⁷⁵¹ Cf. ci-dessous ch. 4.3.2.2d et 4.4.3.

⁷⁵² Cf. ci-dessous ch. 4.4.3.3.

⁷⁵³ Cf. ci-dessous ch. 4.3.3.4c.II.

⁷⁵⁴ Cf. ci-dessous ch. 4.3.3.4c.III.

⁷⁵⁵ Cf. ci-dessous ch. 4.4.5.2.

⁷⁵⁶ Cf. ci-dessous ch. 6.1.3.3.

⁷⁵⁷ Cf. ci-dessous ch. 5.3.2.2.

⁷⁵⁸ Art. 8 al. 1^{er} Cst. féd., mal rédigé sur ce point, car ne mentionnant que l'égalité *devant* la loi (MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET [2012], p. 850).

faut en effet partir du *but* et des *impacts probables* et vérifier si les distinctions ou assimilations opérées par la loi sont *aptées* à réaliser l'objectif poursuivi⁷⁵⁹ :

« la démarche [de comparaison] doit être décomposée en plusieurs phases ; car, quelles que soient les situations que l'on met en présence, il est toujours possible de trouver des différences ou des analogies. Encore faut-il donc qu'elles soient *pertinentes*. Pour en juger, le point de départ doit être l'analyse du but visé – à supposer qu'il soit légitime – et des effets qui sont prévus ou prévisibles. On pourra alors confronter les éléments déterminants que la loi a retenus avec les situations réelles, et vérifier ainsi si les sélections opérées sont effectivement significatives pour la réalisation de l'objectif poursuivi. »⁷⁶⁰

Les différences ou les analogies doivent être *fondées en raison*. La justification doit reposer sur un « motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer » selon le Tribunal fédéral⁷⁶¹. La protection de l'égalité et celle contre l'arbitraire sont ici étroitement liées⁷⁶², l'inégalité de traitement étant une forme particulière d'arbitraire⁷⁶³.

Par ailleurs, le législateur ne doit pas restreindre son analyse au texte de loi mais son regard doit porter au-delà des mots, sur l'*impact* de la loi dans la société (égalité *au-delà* de la loi)⁷⁶⁴. Il s'agit des cas où l'inégalité n'est pas décelable à la seule lecture d'une loi rédigée de manière apparemment neutre, mais qui nécessite des « données sociales supplémentaires » pour qu'une éventuelle inégalité soit débusquée⁷⁶⁵. Cette notion est étroitement liée aux situations de *discriminations indirectes*, lesquelles exigent de prendre en compte l'impact de l'acte litigieux⁷⁶⁶. L'*effectivité* de certains droits fondamentaux tels que la liberté économique, la liberté de circulation des personnes ou la liberté d'établissement, peut également être restreinte de manière discriminatoire par une règle de droit apparemment neutre. L'inégalité au-delà de la loi n'apparaîtra qu'en examinant l'impact de l'acte litigieux sur les libertés précitées⁷⁶⁷.

Par ailleurs, l'analyse de l'*égalité dans les faits*, en termes d'égalité des chances ou de résultat⁷⁶⁸, demande, par définition, également d'évaluer les réalités sociales.

⁷⁵⁹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 845 et MARTENET (2003), p. 192 ss.

⁷⁶⁰ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 841.

⁷⁶¹ ATF 142 V 316, 323 ; 141 I 235, 239.

⁷⁶² *Ibidem*.

⁷⁶³ ATF 141 I 235, 240.

⁷⁶⁴ Sur cette notion, cf. MARTENET (2003), p. 99 ss et 151 ss.

⁷⁶⁵ MARTENET (2003), p. 116.

⁷⁶⁶ MARTENET (2003), p. 102 ss.

⁷⁶⁷ MARTENET (2003), p. 108.

⁷⁶⁸ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 846 ss.

Dans ces différents cas de figure, la démarche légistique permet précisément d'aider à établir et à évaluer ces impacts.

Si l'usage de *méthodes statistiques*, qu'il s'agit d'interpréter dans les circonstances concrètes du cas d'espèce, est un moyen de base pour objectiver l'impact⁷⁶⁹, une *methodologie légistique* plus élaborée affinerait opportunément ce processus de connaissance des faits.

Dans ce sens, on peut se référer aux développements récents intégrant de manière spécifique l'égalité dans les analyses d'impact (cf. par exemple l'*analyse d'impact sur l'égalité entre hommes et femmes*⁷⁷⁰, l'*analyse d'impact social*, sur le *genre*, sur les *droits fondamentaux* et les *droits humains*⁷⁷¹).

Enfin, en *légistique formelle*, l'exigence de *clarté normative* découle également de l'égalité de traitement⁷⁷².

e. *Les autres principes*

La plupart des grands principes de l'Etat de droit peuvent fonder d'une manière ou d'une autre la démarche légistique. Que l'on songe au principe de la *légalité* – qui précise le cadre des instruments d'action admissibles, les délégations de pouvoir acceptables ou la densité normative adéquate –, à celui de l'*intérêt public* ou de la *subsidiarité* – dans le test du besoin d'intervention par la loi, dans le choix de l'autorégulation ou d'un niveau normatif déterminé – au droit à un *procès équitable* et à l'interdiction du *formalisme excessif* – comme fondement possible de l'exigence de simplification des procédures⁷⁷³ –, à la *garantie des droits politiques* – exigeant clarté du texte afin de permettre au corps électoral de se déterminer sur « la portée » et sur « les conséquences du texte soumis au vote »⁷⁷⁴ – ainsi qu'à l'exigence de *cohérence*, dont nous montrerons l'aspect aussi multiforme qu'essentiel à la conception et à la rédaction d'une loi fondée en raison et douée d'impact⁷⁷⁵.

⁷⁶⁹ MARTENET (2003), p. 103 et 152. Sur le recours aux statistiques dans le raisonnement du juge, notamment en rapport avec l'égalité de traitement, cf. ALTWICKER (2018), p. 622.

⁷⁷⁰ Cf. ci-dessous ch. 2.2.3.3c, ch. 4.3.2.1 et 4.3.2.2c.

⁷⁷¹ Cf. ci-dessous ch. 4.3.2.2d.

⁷⁷² Cf. ci-dessous ch. 5.3.2.2.

⁷⁷³ Cf. Thierry TANQUEREL, « Les politiques de simplification administrative en Suisse », in : Auby (éd.), *Droit comparé de la procédure administrative*, Bruxelles, 2016, p. 423 s. (art. 29 al. 1^{er} Cst. féd. et principe de la bonne foi [art. 5 al. 3 et 9 Cst. féd.]). Cf. ci-dessous ch. 6.1.3.3 *i.f*

⁷⁷⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_59/2018, du 25 octobre 2018, c. 3.1 et 3.3.4. Cf. ci-dessous ch. 5.3.2.2.

⁷⁷⁵ Cf. ci-dessous ch. 4.3.3.4b.

Par ailleurs, la compétence du pouvoir exécutif de *mise en œuvre de la législation* comprend implicitement une compétence d'évaluer celle-ci⁷⁷⁶. Il devrait en aller de même pour l'obligation constitutionnelle de *réalisation des droits fondamentaux*⁷⁷⁷.

f. Le cas du droit prétorien (judex in modo legislatoris)

A défaut d'une disposition coutumière, le juge doit combler les lacunes proprement dites « selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur » selon le Code civil⁷⁷⁸. Il doit élaborer pour cela des règles générales et abstraites comme s'il était législateur (*modo legislatoris*). La méthode syllogistique n'est ici d'aucun secours⁷⁷⁹. Sans explicitement exiger que les autorités judiciaires procèdent à une véritable analyse d'impact dans ce cas de figure, la doctrine et la jurisprudence ont précisé un certain nombre de contours à suivre qui, lorsqu'on les synthétise, s'insèrent aisément dans la méthodologie légistique⁷⁸⁰ :

tenir compte des « enseignements de la psychologie, de l'économie ou de la sociologie »⁷⁸¹ étant précisé qu'« [e]n ces matières, il convient [...] de faire preuve de prudence et de ne pas confondre ses convictions personnelles ou les théories de Monsieur Tout-le-monde (*Alltagstheorien*) avec des connaissances objectives et scientifiquement fondées »⁷⁸² ; tenir compte des « impératifs de la pratique » tels que le coût de la mise en œuvre, les problèmes de preuve, etc.⁷⁸³ ; justifier le choix retenu⁷⁸⁴ ; s'inspirer des solutions données par l'histoire du droit, le droit comparé et même les projets de loi⁷⁸⁵ ; insérer de manière cohérente la règle judiciaire dans la systématique de la loi⁷⁸⁶ ; dégager une règle simple⁷⁸⁷.

⁷⁷⁶ Cf. ci-dessous note de bas de page 3617.

⁷⁷⁷ Art. 35 Cst. féd. Cf. ci-dessous ch. 6.1.3.2.

⁷⁷⁸ Art. 1^{er} al. 2 du Code civil suisse (RS 210).

⁷⁷⁹ Sur les limites du syllogisme dans l'application du droit, cf. ci-dessous ch. 5.2.1.

⁷⁸⁰ Certains auteurs se réfèrent explicitement à la démarche légistique (« Gesetzgebungslehre ») dans ce cadre : cf. par exemple Walter SCHLUEP, « Der Richter in der Maske des Gesetzgebers und die Notwendigkeit der Demaskierung », in : Forstmoser et al. (éd.), *Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis*, Berne, 2005, p. 203 (réf. aux ouvrages de Peter Noll, Georg Müller, Thomas Fleiner-Gerster ou Paul Richli).

⁷⁸¹ Paul-Henri STEINAUER, *Le Titre préliminaire du Code civil*, Bâle, 2009, N. 408.

⁷⁸² STEINAUER (2009), N. 408, note 87 (réf. à OGOREK).

⁷⁸³ STEINAUER (2009), N. 404.

⁷⁸⁴ *Ibidem*.

⁷⁸⁵ STEINAUER (2009), N. 408. Cf. ci-dessous ch. 3.3.3.3k, p. 297.

⁷⁸⁶ STEINAUER (2009), N. 407.

⁷⁸⁷ STEINAUER (2009), N. 404.

Par ailleurs la méthode légistique s'impose au juge-législateur par le détour des principes que nous avons énumérés ci-dessus (interdiction de l'arbitraire, proportionnalité, égalité de traitement, réalisation des droits fondamentaux, etc.)⁷⁸⁸. En pratique cependant, les autorités judiciaires n'ont ni les ressources ni les compétences nécessaires pour conduire une analyse d'impact législative en bonne et due forme à l'instar d'une véritable procédure parlementaire, ouverte et participative :

«Überblickt man die moderne Literatur zur Gesetzgebungslehre, wird niemand im Ernst behaupten wollen, der Richter habe eine fehlende Norm eines Gesetzes so zu setzen, als ob er der Gesetzgeber wäre. Das ist schon deshalb schlicht unmöglich, weil selbst dem Bundesgericht die Mittel fehlen, die bei der sorgfältigen Redaktion eines Gesetzes eingesetzt werden müssen. »⁷⁸⁹

Cela ne devrait cependant pas empêcher les juges – dans le cadre des principes de l'Etat de droit et des droits fondamentaux examinés ci-dessus – de s'inspirer des préceptes de légistique matérielle, en recourant si besoin à des experts, voire en développant de manière créative de nouvelles procédures participatives. Aucun obstacle ne se dresse en revanche devant eux pour observer les principes de légistique formelle.

De manière plus générale, les juges devraient également suivre les préceptes de légistique matérielle dans le contexte d'un type d'interprétation souvent occulté : l'*interprétation conséquentialiste* (« folgenorientierte Auslegung »), qui prend en compte les conséquences, c'est-à-dire les impacts concrets, de la décision judiciaire⁷⁹⁰. Une telle évolution devrait à notre avis s'imposer d'elle-même dès lors que la doctrine tend désormais à reconnaître aux juges un pouvoir créateur allant au-delà d'une simple application syllogistique de la règle⁷⁹¹ :

« Whereas the principle of impact analysis during the regulatory process is generally undisputed, opinions are divided over the question of whether to allow consequential arguments to carry any weight in legal adjudication. If we accept that the application of law may involve an element of creating new law, and that the courts thus assume a

⁷⁸⁸ STEINAUER (2009), N. 407.

⁷⁸⁹ SCHLUEP (2005), p. 203 s.

⁷⁹⁰ Sylvie SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, 2016 ; HELLGARDT (2016), p. 365 ss discutant de manière détaillée une conception du droit privé fondée sur des principes vs sur les conséquences (« Prinzipienbasiertes versus folgenorientiertes Privatrechtsverständnis ») ; Klaus MATHIS, « Consequentialism in Law », in: Mathis (éd.), *Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations*, Dordrecht etc., 2011, p. 3ss ; Christoph JACOBI, *Methodenlehre der Normwirkung: die Normwirkung als Massstab der Rechtsgewinnung*, Baden-Baden, 2008 ; MADER (1985), p. 158 ss, se référant au débat entre Niklas LUHMANN (opposé à la prise en considération des effets dans l'interprétation) et les partisans d'une telle méthode.

⁷⁹¹ Cf. ci-dessous ch. 5.2.1.

legislative function in certain areas, there is no avoiding the question of whether, in that case, they should not also consider the consequences of their decision during the deliberation process. »⁷⁹²

En pratique, les juristes ne s'aventurent guère sur ce terrain, probablement et simplement par défaut de connaissance et de maîtrise des outils adaptés. Il vaudrait pourtant la peine à notre avis de développer une expertise interdisciplinaire orientée sur les différentes méthodes d'évaluation des incidences dans le cursus d'apprentissage juridique déjà.

Nicolas ROUILLER et Matthias UFFER résument assez fidèlement ce désarroi méthodologique qui saisit les juristes lorsque ceux-ci portent leur attention aux effets économiques et sociaux des règles de droit : « il nous semble que la conscience est assez répandue parmi les auteurs que l'on dispose de peu d'outils de nature scientifique, notamment sociologique, pour mesurer réellement ces effets économiques et sociaux. Il s'agit, assez souvent, d'intuitions ou d'attentes subjectives. »⁷⁹³

1.3.5 L'institutionnalisation de la légistique : les compétences et l'organisation

1.3.5.1 Introduction : qui conçoit et qui rédige la loi ?

Préciser à qui la légistique s'adresse exige de déterminer préalablement qui est compétent pour concevoir et rédiger la loi.

On pourrait de prime abord penser que le *pouvoir législatif* est le premier destinataire de la démarche légistique dans un système de séparation des pouvoirs ; voire au *peuple* là où les institutions de démocratie directe confèrent à ce dernier l'initiative législative⁷⁹⁴. Or la réalité présente un tableau plus nuancé. Il serait plus précis de désigner l'*auteur du projet de loi* comme destinataire primaire. En effet en droit continental, les lois formelles, c'est-à-dire celles émanant du parlement, sont le plus souvent amendées et votées sur la base de

⁷⁹² MATHIS (2011), p. 3.

⁷⁹³ ROUILLER/UFFER (2018), p. 77, à propos des effets des règles du droit civil. Cf. ég. *ibidem*, p. 56 ss, lesquels constatent qu'en Suisse les « cours suprêmes civiles émettent des considérations quant aux conséquences futures *sur un plan strictement juridique*. » (p. 58).

⁷⁹⁴ Patricia POPELIER, « Do instruments of direct democracy meet standards of democratic and proper lawmaking? », in : Mader/Karpen (éd.), *The participation of civil society in the legislative process*, Baden-Baden, 2005, p. 101 ss ; FLÜCKIGER Alexandre, « La démocratie directe : un facteur de qualité de la loi en Suisse ? », in : Albertini (dir.), *La qualité de la loi : Expériences française et européenne*, Paris, 2016, p. 81 ss.

textes conçus et rédigés par le *gouvernement* et son *administration*⁷⁹⁵. Elles peuvent également l'être, mais plus rarement et en fonction des ordres juridiques, par les *parlementaires* eux-mêmes (initiative parlementaire)⁷⁹⁶ ; lesquels, suivant les systèmes juridiques, pourront en retour recourir aux services des fonctionnaires du gouvernement⁷⁹⁷ (ch. 1.3.5.2).

En creusant, on observe que la rédaction des normes, voire même la conception, peut être le fait de *personnes privées* dans un cadre d'autorégulation (associations professionnelles, communautés d'intérêt, organismes privés de régulation)⁷⁹⁸, intégrée si besoin au droit étatique par le biais d'une décision de sous-traitance par l'administration ou d'une clause de délégation ou d'une reprise par le législateur (ch. 1.3.5.3).

Elle peut également émaner directement du *droit international*, et d'organismes internationaux plus ou moins formels, imposant leurs concepts normatifs aux Etats non seulement par le moyen classique du traité international mais, de plus en plus souvent, par des instruments de droit souple⁷⁹⁹. Si une telle évolution n'est pas sans poser des questions de légitimité, elle a pour conséquence de devoir déplacer l'axe de gravité du travail légistique à l'étage international. On aborde là le défi de la *légistique multi-niveaux*, posant en l'état plus de questions qu'elle n'offre de réponses⁸⁰⁰.

1.3.5.2 *Les rôles respectifs du parlement et du gouvernement*

Si la capacité tant conceptuelle que rédactionnelle du législateur en démocratie directe, spécialement sous sa facette plébiscitaire, est régulièrement discutée, elle l'est tout autant en démocratie représentative. Si les critiques

⁷⁹⁵ MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 285 ss. En détail sur l'initiative de la loi en droit comparé (Allemagne, Belgique, Colombie, Espagne, États-Unis, France, Israël, Italie, Luxembourg, Mexique, Pologne, Royaume-Uni, Suisse et Union européenne), cf. Jean-Philippe DEROSIER (dir.), *L'initiative de la loi*, Paris, 2018.

⁷⁹⁶ Art. 107 ss Loi sur le Parlement ; critique sur cet instrument, cf. MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 291 ss (qui concerne un cinquième des projets fédéraux). Sur le plan genevois, cf. Fabien MANGILLI, « Le Parlement : un législateur créatif ? La situation de Genève à l'exemple d'un projet de loi déposé par un député », in : *Parlement, Bulletin d'information de la Société suisse des questions parlementaires*, 2007/3, p. 17 ss.

⁷⁹⁷ Art. 155 2^e phrase Cst ; art. 112 al. 1^{er} Loi sur le Parlement. Sur les conflits de loyauté qu'un tel mécanisme peut poser, cf. MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 294 s.

⁷⁹⁸ Cf. ci-dessous ch. 3.4.3.3.

⁷⁹⁹ Sur la conception au niveau international d'une politique publique qui s'impose dans les faits aux Etats sur le fondement d'actes de droit souple, cf. ci-dessous ch. 3.3.5.2.

⁸⁰⁰ Cf. ci-dessus ch. 1.3.3.1c.

contemporaines à l'égard du législateur sont bien documentées⁸⁰¹, elles étaient déjà virulentes aux premiers temps du parlementarisme : l'élaboration des lois devrait revenir à des experts, à des spécialistes ou à des comités de sages et non aux assemblées parlementaires ; les parlements ne sauraient faire un quelconque « travail sérieux d'élaboration juridique » lors de leurs séances plénières selon Jean CRUET en 1908 ; les députés votent la loi mais ne la font pas, et iront même la défaire par des amendements improvisés :

« Aussi bien, dans les séances publiques des assemblées législatives, tout travail sérieux d'élaboration juridique est-il pratiquement impossible. Le droit nouveau semble naître sur les lèvres des députés et recevoir au passage la consécration de leurs mains levées; mais, en réalité, l'assemblée est une sorte de meeting appelé à se prononcer sur des textes laborieusement préparés, en dehors d'elle, au sein des commissions ou dans les conseils du gouvernement : elle vote la loi, elle ne la < fait pas >, à proprement parler, et il est même à redouter qu'elle ne vienne, par un amendement improvisé, détruire le savant équilibre d'un projet longuement médité. Dans une discussion orale, les esprits s'affrontent, ils n'ont pas le temps de se pénétrer; c'est le corps à corps des arguments, des partis et des hommes. »⁸⁰²

Le sociologue Gustave LE BON l'écrivait une décennie plus tôt : les meilleures lois sont celles qui sont rédigées par un spécialiste dans le « silence du cabinet » et non quand la rédaction devient collective par l'accumulation d'« amendements malheureux », car ce sont les spécialistes qui « sauvent les assemblées » :

« [Les assemblées parlementaires] ne sont foules qu'à certains moments. Les individus qui les composent arrivent à garder leur individualité dans un grand nombre de cas ; et c'est pourquoi une assemblée peut élaborer des lois techniques excellentes. Ces lois ont, il est vrai, pour auteur un homme spécial qui les a préparées dans le silence du cabinet ; et la loi votée est en réalité l'œuvre d'un individu, et non plus celle d'une assemblée. Ce sont naturellement ces lois qui sont les meilleures. Elles ne deviennent désastreuses que lorsqu'une série d'amendements malheureux les rendent collectives. L'œuvre d'une foule est partout et toujours inférieure à celle d'un individu isolé. Ce sont les spécialistes qui sauvent les assemblées des mesures trop désordonnées et trop inexpérimentées. Le

⁸⁰¹ Ittai BAR-SIMAN-TOV, « Mending the legislative process: the preliminaries », in : *The Theory and Practice of Legislation*, 2015/3, p. 245 ss ; Michel VILLEY, *Philosophie du droit, Définition et fins du droit, Les moyens du droit*, Paris, 2001, p. 307 : « Il est d'une rare absurdité de confier la répartition des droits entre les justiciables au pouvoir législatif, c'est-à-dire nos députés qui n'ont pas la moindre compétence. Et ruineux d'avoir livré le droit aux politiciens. » ; Jean-Louis DEBRÉ, Discours de vœux au Président de la République, Paris, 6 janvier 2014 (cit. in : COMBRADE [2017], p. 399) : « dans les responsabilités qui sont les siennes, je constate que le Conseil constitutionnel a [...] aujourd'hui à connaître de lois aussi longues qu'imparfaitement travaillées [...] Bref, il subit des bégaiements et des malfaçons législatives qui ne sont pas nouvelles, mais sont fort nombreuses ». Cf. ég. Jean CARBONNIER, cit. in : LENOBLE/OST (1980), p. 156, ainsi que les auteurs cités ci-dessus ch. 1.2.1.2 et 1.2.1.3.

⁸⁰² CRUET (1908), p. 329s.

spécialiste est alors un meneur momentané. L'assemblée n'agit pas sur lui et il agit sur elle. »⁸⁰³

La question des *amendements* reste aujourd'hui un sujet de controverse. « Ciel, le Parlement a démantelé mon projet de loi ! »⁸⁰⁴ a affirmé un membre de l'Assemblée fédérale, devenu entretemps président de la Confédération, pour décrire les aléas que la phase parlementaire fait subir à un texte longuement pensé et soigneusement rédigé par le gouvernement et son administration. La tension entre idéal légistique et nécessité politique peut donner selon lui l'impression d'un exercice arbitraire du pouvoir.

« J'ai vécu des cas assez difficiles où il fallait se mettre au coin d'une table, prendre un bout de papier et un crayon et puis tenter de rédiger un amendement. [...] Cela conduit évidemment parfois à des situations un peu particulières par exemple à un affaiblissement ou à une péjoration assez nette des textes, mais avec un but politique, qui est de faire bouger le Gouvernement, de faire bouger l'administration pour pouvoir aller dans le sens que l'on souhaite. Cela peut aussi donner parfois l'impression de processus assez arbitraires si l'on ne comprend pas dans les détails ce qui se passe. »⁸⁰⁵

Afin de contenir cette perception d'arbitraire, et prévenir de potentielles contradictions⁸⁰⁶, la pratique et le droit parlementaire ont tenté d'introduire des mécanismes pour insuffler un esprit légistique dans le traitement des amendements. Afin de concilier au mieux le principe démocratique avec la cohérence des textes, il est cependant essentiel de ne pas brider excessivement la liberté parlementaire. Dans les systèmes politiques où le parlement est privé de la compétence d'initier une procédure législative⁸⁰⁷, celui-ci devrait au moins disposer d'un très large droit d'amender les projets législatifs gouvernementaux ; à défaut, on reconnaîtra avec Vincent MARTENET que « le parlement est privé d'une partie significative de sa raison d'être. »⁸⁰⁸

⁸⁰³ LE BON (1895), p. 120 s.

⁸⁰⁴ Alain Berset, « Ciel, le Parlement a démantelé mon projet de loi ; les aléas de la phase parlementaire », in : Flückiger/Guy-Ecabert (éd.), *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer*, Genève, 2008, p. 137 ss.

⁸⁰⁵ Berset (2008), p. 142.

⁸⁰⁶ Pour des exemples d'amendements problématiques, cf. Müller/Uhlmann (2013), p. 257 s.

⁸⁰⁷ Cf. Martenet (2016), p. 70 qui critique à juste titre cette limitation au motif que cela « peut nuire à la richesse du débat législatif et, plus largement, démocratique. »

⁸⁰⁸ Martenet (2016), p. 71.

Les mécanismes de *soutien* à la conception et à la rédaction des amendements par les services administratifs ou parlementaires⁸⁰⁹ ou la faculté de soumettre les amendements à une *analyse d'impact prospective*⁸¹⁰ sont des moyens qui permettent de ménager ces différents intérêts. On songera également à des mesures plus en amont, par exemple la discussion en plénum ou au sein de commissions parlementaires du contenu de l'*esquisse d'acte normatif*, récapitulant les résultats de l'analyse d'impact prospective⁸¹¹, suivie d'une décision de principe permettant d'orienter de manière plus cohérente et plus efficiente la rédaction ultérieure du texte de loi⁸¹².

La fonction parlementaire est lourde et la rédaction des lois une tâche complexe onéreuse en ressources.

La problématique est exacerbée dans un pays comme la Suisse disposant de *députés non professionnels* (parlement de milice)⁸¹³. Deux constats dressés à cinquante ans d'intervalle montrent que la situation n'a pas vraiment évolué. Le parlementaire d'aujourd'hui, écrivait un professeur de droit en 1968, est dépassé tant du point de vue de ses compétences que de son temps ; soumis à une tension épuisante, il est constamment sous la pression de l'urgence ; il ne saurait prétendre à une maîtrise consommée de ses dossiers⁸¹⁴. En 2017, un conseiller national, docteur en droit et avocat, livrait publiquement un témoignage aussi désabusé qu'édifiant à propos du traitement par l'Assemblée fédérale des projet de lois fédérales sur les services financiers et sur les établissements financiers⁸¹⁵. Même ceux qui adoptent la loi ne la connaissent pas, avouait-il : « Et la vérité, crue et moche, c'est que l'immense majorité du parlement ne les aura pas lues au moment de les voter. Pas par manque de volonté ou de courage, mais parce qu'il est humainement impossible d'absorber trois centaines de pages de législation financière en moins d'un mois si l'on ne s'y consacre pas entièrement et sans être du

⁸⁰⁹ Cf. ci-dessous ch. 2.3.4.2. Sur la pratique en matière d'amendements de l'Assemblée fédérale, cf. Christoph LANZ, « Gute Gesetzgebung », *Parlement* 1/16, 2016, p. 12, qui informe que les secrétariats du Parlement sont à disposition pour examiner les propositions d'amendement, fréquemment avec le soutien des secrétariats des commissions concernées. En France, cf. CONSEIL D'ÉTAT/SECRÉTARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT, *Guide de légistique*, 3^e éd. mise à jour, Paris, 2017, p. 181 ss.

⁸¹⁰ En droit de l'*Union européenne*, cf. ci-dessous ch. 2.2.3.3b ; en *droit français*, cf. COMBRADE (2017), p. 152, qui souligne que le dispositif d'évaluation des amendements introduit en 2009 n'a en pratique pas été mis en œuvre (p. 157 ss).

⁸¹¹ Cf. ci-dessous ch. 5.2.4.2.

⁸¹² Cf. dans ce sens la proposition convaincante de MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 258 ss.

⁸¹³ MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 257, note de bas de page 1037, même si les études sociologiques montrent aujourd'hui une dynamique de professionnalisation, cf. Steven EICHENBERGER/Andrea PILOTTI/André MACH/Frédéric VARONE, « Parlement de milice et groupes d'intérêt (1970-2010) : Professionnalisation et diversification des liens d'intérêt ? », in : *Annuaire suisse d'histoire économique et sociale*, Zurich, 2016, p. 185 ss.

⁸¹⁴ Kurt EICHENBERGER, cit. in : Benjamin SCHINDLER, « Rechtssetzungslehre : Der Beitrag von Kurt Eichenberger aus heutiger Sicht », in : Uhlmann (éd.), *Rechtsetzung und Verfassungsgebung: Kolloquium zu Ehren von Professor Kurt Eichenberger*, Zurich/Saint-Gall, 2013, p. 71.

⁸¹⁵ FF 2015 8101.

métier. L'adage qui dit que « nul n'est censé ignorer la loi » est un leurre. Une fiction. Personne ne connaît toute la législation. Ce qui est toutefois inquiétant, c'est que même ceux qui l'adoptent ne la connaissent pas. Et personne ne s'en émeut. »⁸¹⁶

La doctrine n'est pas unanime quant aux *compétences respectives* à attribuer au parlement et au gouvernement en matière de *conception et de rédaction des lois* s'agissant de la Suisse. Pour les uns, le parlement n'aurait qu'un rôle d'examen des projets de loi au regard de leur pertinence politique. Le parlement ne disposerait pas d'une compétence de création originelle de la loi (« originär-kreativ ») mais serait uniquement habilité à exercer une tâche de contrôle des travaux préparatoires et des décisions préalablement tranchées par le gouvernement et l'administration⁸¹⁷. Pour les autres, la conception substantielle de la norme ressortit en revanche pleinement à la compétence parlementaire⁸¹⁸. Ce dernier point de vue, qui restitue au parlement sa pleine fonction législative, nécessite cependant de mettre à disposition du législatif une infrastructure de développement, de formation et de soutien légistiques à l'attention du personnel politique⁸¹⁹.

En matière d'*analyse d'impact*, les compétences sont souvent partagées entre parlement, gouvernement et administration⁸²⁰. Les parlements jouent aujourd'hui un rôle croissant dans les évaluations tant prospectives que rétrospectives⁸²¹.

⁸¹⁶ Philippe NANTERMOD, « La démocratie suisse asphyxiée par deux acronymes: LSFin et LEFin », *Le Temps*, édition du 12 septembre 2017, p. 9.

⁸¹⁷ MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 255 se référant dans le même sens à Kurt EICHENBERGER. Dans le même sens cf. Alain GRIFFEL : il ne s'agit pas d'une compétence essentielle (« nicht die Kernkompetenz ») du parlement (« Instant Gesetzgebung ist kein gutes Rezept », *Plaidoyer*/1, 2015, p. 8).

⁸¹⁸ Cf. Moritz VON WYSS, « Gesetzesformulierung oder Gesetzesabsegnung durch das Parlament? », in : *LeGes*, 2002/3, p. 59 ss ; Christoph LANZ, « Gute Gesetzgebung: Wie können Ratsmitglieder und Parlamentsdienste dazu beitragen? », in : *Parlement*, n° 1, 2016, p. 10 : le Parlement n'est pas qu'un simple organe de contrôle ; l'initiative et la conception des projets législatif fait partie de ses attributions constitutionnelles essentielles. Dans le même sens, cf. Luzius MADER (« Instant Gesetzgebung ist kein gutes Rezept », *Plaidoyer*/1, 2015, p. 9).

⁸¹⁹ Cf. ci-dessous ch. 2.3.4.2. Opposé à un tel développement, cf. MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 294 s. Sur la pratique des parlements cantonaux pour garantir la qualité légistique des textes, cf. Christian SCHUHMACHER/Gérard CAUSSIGNAC, « Sicherstellung der legistischen Qualität von Gesetzen in den kantonalen Parlamenten », in : *LeGes*, 2006/2, p. 45 ss.

⁸²⁰ Sur le processus d'institutionnalisation de l'évaluation en Suisse, cf. Luzius MADER, « Die institutionelle Einbettung der Evaluationsfunktion in der Schweiz », in : Widmer/Beywl/Fabian (éd.), *Evaluation: Ein systematisches Handbuch*, Wiesbaden, 2009, p. 52 ss ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 498 ss et 549 ss ; MOOR/POLTIER (2011), p. 610 ; Philippe SCHWAB, « L'évaluation au service du Parlement ? », in : *LeGes*, 2005/1, p. 39 ss.

Par exemple en *Suisse* sur le plan fédéral, la Constitution confie à l'*Assemblée fédérale* la compétence de veiller à ce que « l'efficacité des mesures prises par la Confédération fasse l'objet d'une évaluation »⁸²². Celle-ci peut exercer elle-même cette mission par le biais de ses *organes*, donner mandat en ce sens au Conseil fédéral ou examiner les évaluations ainsi déléguées⁸²³. Dans le cadre de la haute surveillance parlementaire⁸²⁴ que l'Assemblée fédérale doit exercer selon les critères d'efficacité et d'efficience économique notamment⁸²⁵, le *Contrôle parlementaire de l'administration* (CPA) est en particulier chargé de réaliser des évaluations et de contrôler celles qui sont effectuées par l'administration fédérale pour les appliquer dans les processus décisionnels⁸²⁶. Les *Commissions de gestion* (CdG) exercent quant à elles la haute surveillance sur la gestion, en particulier sous l'angle de l'efficacité⁸²⁷. Plus spécifiquement, le Parlement doit effectuer sous sa propre responsabilité une *analyse d'impact prospective* lorsque le projet de loi découle d'une initiative parlementaire ou, lorsqu'il s'agit d'un projet d'ordonnance parlementaire, doit informer sur les effets présumés de celui-ci⁸²⁸.

En *France*, l'obligation d'évaluation prospective des projets de loi, incombant au *Gouvernement*, repose sur une loi organique prise en application de l'article 39 al. 3 de la Constitution⁸²⁹. Plus généralement, la Constitution précise que le *Parlement* « évalue les politiques publiques »⁸³⁰ assisté en cela par la Cour des comptes⁸³¹. Elle réserve au Parlement « une semaine de séance sur quatre [...] par priorité et dans l'ordre fixé par chaque assemblée au contrôle de l'action du Gouvernement et à l'évaluation des politiques publiques. »⁸³² Les missions d'évaluation du parlement peuvent être confiées à des commissions d'enquête à créer au sein de chaque assemblée « pour recueillir, dans les conditions prévues par la loi, des éléments d'information. »

En matière d'analyse d'impact rétrospective, on comprend dans le monde *anglo-saxon* sous l'étiquette d'*examen post-législatif* (« post-legislative scrutiny ») la proposition de confier aux parlements une compétence renforcée dans ce champ⁸³³.

Amenés à mettre en œuvre les lois, les *gouvernements* et leurs *administrations* sont traditionnellement plus actifs en matière d'*analyse d'impact* en raison de la compétence exécutive qui leur incombe dans le schéma de séparation des pouvoirs.

⁸²¹ OCDE, *Perspectives de l'OCDE sur la politique de la réglementation 2015*, Paris, 2016, p. 60 ss.

⁸²² Art. 170 Cst. féd. Cf. ci-dessous ch. 6.2.3.

⁸²³ Art. 27 et 44 al. 1^{er} let. e et f Loi sur le Parlement.

⁸²⁴ Art. 169 Cst. féd.

⁸²⁵ Art. 26 al. 3 let. d et e Loi sur le Parlement.

⁸²⁶ Art. 10 al. 1^{er} let. a et b OLPA.

⁸²⁷ Art. 52 Loi sur le Parlement. Cf. ég. le rôle du Contrôle fédéral des finances (CDF) en matière d'évaluation ci-dessous ch. 1.3.5.4 b III.

⁸²⁸ Cf. ci-dessous ch. 2.2.3.3c.

⁸²⁹ Art. 8 ss de la loi organique no 2009-403 du 15 avril 2009.

⁸³⁰ Art. 24 al. 1^{er} Cst. F.

⁸³¹ Art. 47-2 al. 1^{er} Cst. F.

⁸³² Art. 48 al. 4 Cst. F.

⁸³³ Cf. ci-dessous ch. 6.2.1.3d.

En *Suisse*, en plus des mandats qu'il reçoit du Parlement, le *Conseil fédéral* procède de son propre chef à des évaluations ; il en va de même de son administration ; l'évaluation peut être réalisée au sein de l'*administration* ou *externalisée*⁸³⁴. L'Office fédéral de la justice joue un rôle particulier à cet égard, étant chargé de développer les principes méthodologiques de l'évaluation des mesures étatiques, spécialement dans l'optique de leur efficacité et de leur rentabilité, et de veiller à l'existence d'une offre adéquate de perfectionnement⁸³⁵.

En matière de *légistique formelle*, deux grands systèmes institutionnels coexistent : la rédaction centralisée par des équipes spécialisées et la rédaction décentralisée sous la houlette d'une autorité supervisant la qualité du travail légistique⁸³⁶.

Sur le plan *fédéral*, l'Office fédéral de la justice, la Chancellerie fédérale, la Commission interne de rédaction (CIR)⁸³⁷ et la Commission de rédaction de l'Assemblée fédérale (CdR)⁸³⁸ se partagent l'essentiel des tâches en matière de légistique formelle⁸³⁹.

En *France*, on soulignera l'importance du rôle légistique joué par le *Conseil d'Etat*, obligatoirement consulté sur les projets de loi et d'ordonnance notamment⁸⁴⁰. Il en va de même en *Belgique*⁸⁴¹.

1.3.5.3 L'externalisation de la conception et de la rédaction

En pratique, le travail de conception et de rédaction peut être organisé entièrement au sein de l'administration dans le cadre d'un *groupe de travail interne* par exemple. Il peut également être *externalisé* en tout ou partie⁸⁴². Le Guide fédéral de législation en énumère les différentes formes possibles :

⁸³⁴ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 550 s.

⁸³⁵ Art. 7 al. 4 de l'ordonnance du 17 novembre 1999 sur l'organisation du Département fédéral de justice et police (RS 172.213.1).

⁸³⁶ Cf. ci-dessous ch. 5.2.4.2a.II.

⁸³⁷ En détail sur cette commission, cf. HÖFLER (2018). Cf. ég. WYSS (2018), p. 14 s.

⁸³⁸ En détail sur cette commission, cf. STEINER (2014). Cf. ég. WYSS (2018), p. 15 ss.

⁸³⁹ Cf. ci-dessous ch. 5.3.3.2, 5.3.3.2b, 5.3.3.2c, 5.3.3.2d.III et 5.3.3.3e.

⁸⁴⁰ CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS/SECÉTARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT FRANÇAIS, *Guide de légistique*, 3^e éd. mise à jour, Paris, 2017, p. 119 ss.

⁸⁴¹ La section de législation a pour mission d'aider l'autorité qui la consulte « à élaborer des textes normatifs correctement rédigés, conformes aux règles de droit hiérarchiquement supérieures et qui s'intègrent harmonieusement dans l'ordre juridique » (CONSEIL D'ÉTAT BELGE, *Principes de technique législative : Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, Bruxelles, 2008, § 230 ss). Sur la comparaison de la section de législation du Conseil d'Etat belge avec un « institut de beauté législative », cf. ci-dessus note de bas de page 276. Cf. ég. ci-dessus ch. 1.3.5.4b.III.

⁸⁴² MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 300 ss.

commissions d'étude, commissions extraparlémentaires, commissions paritaires Confédération-cantons, commissions d'expert ou experts uniques⁸⁴³.

Les grandes codifications ont souvent été par le passé l'œuvre de rédacteurs uniques considérés comme les « pères » de la loi. En Suisse, outre l'exemple fameux d'Eugen HUBER pour le Code civil⁸⁴⁴, on peut en citer d'autres qui le sont moins à l'instar d'Andreas HEUSLER, auteur de l'avant-projet de loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889⁸⁴⁵, ou de l'auteur du Code de procédure pénale neuchâtelois, cité nommément – le procédé est singulier – dans le corps du texte même de la loi, après la formule de promulgation : « L'auteur du projet de code de procédure pénale neuchâtelois, François Clerc, Professeur à l'Université de Neuchâtel. »⁸⁴⁶

La sous-traitance de la conception et de la rédaction à des *études d'avocats* ou des *lobbyistes* fait l'objet de controverses (« Outsourcing der Gesetzesproduktion »), conduisant à faire adopter des « lois de cabinets d'avocats » (« Gesetze der Kanzleien »)⁸⁴⁷. Le phénomène n'est pas nouveau. Jean CRUET se demandait en 1908 si « tout le monde préparera quelque jour les lois, sauf le législateur même ? » :

« Certaines sociétés privées, en France, telles que la Société d'études législatives, la Société française des Habitations à bon marché, la Société générale des Prisons, ont pris l'initiative d'élaborer des projets législatifs, dont le Parlement a plusieurs fois accueilli les dispositions essentielles. C'est la préparation des lois par l'initiative privée... ! Elle semble appelée à un fécond avenir, car les « intéressés » et les « spécialistes » ont plus que personne qualité pour inspirer des solutions dont ils sont destinés à subir ou à assurer l'application. Est-ce à dire que tout le monde préparera quelque jour les lois, sauf le législateur même ? »⁸⁴⁸

⁸⁴³ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 103 s.

⁸⁴⁴ Cf. ci-dessous ch. 5.3.3.2a.

⁸⁴⁵ Suivi par le projet de Louis RUCHONNET, rédigé « en interne à l'administration, et en petit comité. » (Félicien MONNIER, « Louis Ruchonnet (1834-1893) : père de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite », in : *Bulletin des poursuites et faillites*, 2017/5, p. 187 ss, 190).

⁸⁴⁶ RS/NE 322.0 (l'exemple est rapporté par Berset [2007], p. 138).

⁸⁴⁷ SECKELMANN (2018), p. 220 ; RUBIN (2018), p. 156 s. ; Patricia POPELIER, « Management of Legislation », in : Karpen/Xanthaki (éd.), *Legislation in Europe: a Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners*, Oxford/Portland, 2017, p. 62, note de bas de page 82 ; Michael KLOEPFER, « Gesetzgebungsoutsourcing: Die Erstellung von Gesetzentwürfen durch Rechtsanwälte », *NJW*, 2011, p. 131 ss ; Julian KRÜPER, « Lawfirm – legibus solutus? Legitimität und Rationalität des inneren Gesetzgebungsverfahrens und das « Outsourcing » von Gesetzentwürfen », in : *Juristenzeitung*, 2010, p. 655 ss ; FOLKE SCHUPPERT (2011), p. 77 ss.

⁸⁴⁸ CRUET (1908), p. 332.

Pour *cadre le recours à l'expertise* au long du cycle légistique, l'Union européenne a adopté des lignes directrices⁸⁴⁹ qui « concernent le recours à l'expertise durant toutes les étapes du cycle d'élaboration des politiques: identification initiale des besoins d'une action ou d'une réponse (y inclus les exercices de prospective), mise en forme des options (y inclus l'évaluation des incidences), proposition d'une politique, mise en œuvre des politiques, suivi de l'application et examen »⁸⁵⁰. Patricia POPELIER, consciente des dangers que l'expertise est susceptible de faire encourir au primat du politique, souligne que celle-ci n'est légitime que dans l'hypothèse d'un processus équilibré de consultation (« *a balanced expert consultation process* ») :

« At the same time expert advice may endanger the primacy of policy. [...] Therefore expertise guarantees legitimacy only in the case of a balanced expert consultation process. Also, especially in case of uncertainty scientific expertise should be the first step, followed by economic, social and political considerations in order to obtain a legitimate output which is not reduced to technocratic rationality. »⁸⁵¹

Des *normes privées* édictées dans le cadre de l'autorégulation des professionnels de l'évaluation précisent dans ce sens des règles déontologiques à l'attention de leurs membres qu'il s'agit de respecter lors de l'évaluation d'une loi ou d'une politique publique, tant à titre prospectif que rétrospectif. Les *standards d'évaluation* de la *Société suisse d'évaluation*, par exemple, prescrivent le respect d'une « attitude neutre et impartiale » dans le « respect des intérêts légitimes des parties prenantes et groupes concernés »⁸⁵², l'application d'une démarche scientifique⁸⁵³ ainsi que l'exigence de transparence afin que la scientificité de la démarche, en particulier la mise en œuvre du principe de neutralité axiologique, puisse aisément être vérifié par un tiers :

« La raison d'être, le processus, les fondements de l'appréciation et les résultats sont accessibles de sorte que l'évaluation soit transparente et qu'elle puisse être vérifiée. » (A2). L'appréciation des résultats doit être « complète et équitable » (C1), transparente, à savoir que « les critères d'appréciation, les fondements empiriques ainsi que le processus d'appréciation sont présentés de manière compréhensible », que « les conclusions sont fondées sur les données disponibles et sont justifiées » (C2), que l'évaluation contienne les

⁸⁴⁹ COMMISSION DE L'UNION EUROPÉENNE, *Communication sur l'obtention et l'utilisation d'expertise par la commission : Principes et lignes directrices – Améliorer la base de connaissances pour de meilleures politiques* (COM/2002/0713 final).

⁸⁵⁰ *Ibidem*, p. 7.

⁸⁵¹ Patricia POPELIER, « Governance and Better Regulation: Dealing with the Legitimacy Paradox », in : *European Public Law*, vol. 17, n° 3, 2011, p. 555 ss.

⁸⁵² SOCIÉTÉ SUISSE D'ÉVALUATION (SEVAL), *Standards d'évaluation*, Fribourg, 9 septembre 2016, p. 3 : « absence de préjugés vis-à-vis des résultats et impartialité » (standard A1).

⁸⁵³ Cf. notamment : « récolter analyse des données de manière scientifique » (B6) ; « fiabilité validité de la récolte des données » (B8).

éléments nécessaires pour qu'un tiers puisse en vérifier les résultats (C5) et que l'accès aux résultats de l'évaluation soit garanti (C6).

Certains suggèrent également, même si la proposition est en l'état encore très prospective, de confier des tâches de rédaction législative à des *intelligences artificielles*, comme on l'a évoqué⁸⁵⁴.

Par ailleurs, lorsque le législateur *délègue le pouvoir normatif à des privés* par une clause de délégation ou une clause de renvoi dynamique⁸⁵⁵, ou lorsqu'il *reprend la réglementation privée* par incorporation, déclaration de force obligatoire ou renvoi statique⁸⁵⁶, la conception et la rédaction de la substance normative devient en réalité le fait de particuliers.

Enfin, on se souviendra qu'en terres helvétiques, les institutions de *démocratie directe* autorisent *n'importe quel citoyen ou citoyenne* à rédiger et proposer de son propre chef un projet tant législatif – au niveau cantonal – que constitutionnel – au niveau cantonal et fédéral – avec des variations propres au fédéralisme (initiative populaire constitutionnelle, initiative populaire législative, contre-projets populaires, initiative législative dans le cadre des assemblées populaires)⁸⁵⁷. La compétence rédactionnelle du peuple étant originaire, on ne saurait toutefois parler ici d'externalisation proprement dite, étant entendu qu'une citoyenne ou un citoyen peut très bien sous-traiter la rédaction du projet de texte à un tiers. Une très grande opacité règne cependant sur la véritable identité des personnes à l'origine du texte populaire. Une obligation de *transparence* s'imposerait à notre avis sur ce point afin de garantir la libre formation de l'opinion des citoyens et des citoyennes et l'expression fidèle et sûre de leur volonté comme l'exige la Constitution fédérale⁸⁵⁸.

1.3.5.4 Les organismes exerçant une fonction légistique

a. Les organes de réflexion et de conseil en matière scientifique

Contrariés par le politique qui ne tiendrait pas suffisamment compte des données scientifiques, certains auteurs ont proposé de compléter l'architecture des pouvoirs par une *chambre de conseil supplémentaire*, non élue, composée d'experts, éventuellement de citoyens et de citoyennes désignées par tirage au

⁸⁵⁴ Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.2b.VI.

⁸⁵⁵ Cf. ci-dessous ch. 3.4.4.4b.

⁸⁵⁶ Cf. ci-dessous ch. 3.4.4.4c.

⁸⁵⁷ FLÜCKIGER (2016, « La démocratie directe »), p. 88 ss.

⁸⁵⁸ Art. 34 al. 2 Cst. féd.

sort, afin d'assurer par exemple un *développement durable*⁸⁵⁹ ou une régulation éclairée du *monde numérique*.

On peut citer la proposition de Bertil COTTIER de créer une « Haute Autorité du numérique » dotée de « vrais pouvoirs normatifs », indépendante, dont les membres désignés par le Parlement brilleraient par « leurs connaissances pointues dans les domaines de la technique, de l'économie, de la sociologie et du droit » et dont le but consisterait à « élaborer rapidement les normes nécessaires, évaluer régulièrement leur efficacité et abroger au plus vite celles qui se révéleraient dépassées » dans le domaine du cyberspace. Dans une variante plus souple, le Parlement pourrait disposer d'un droit de veto sur les règlements de la Haute autorité ou, dans une autre, cette autorité ne serait qu'un organe de proposition disposant du droit d'initiative législative⁸⁶⁰.

On admettra, avec Vincent MARTENET, que la création d'une chambre supplémentaire non élue est justifiée à condition qu'elle n'ait que des compétences consultatives, et non de veto, comme dans les exemples suivants⁸⁶¹ :

- consultation sur les projets de loi et, en cas d'amendements substantiels du parlement, une consultation sur demande d'une minorité du Parlement ou une auto-saisine par l'institution ;
- formulation de propositions législatives détaillées ou de principes généraux sur des normes qu'il conviendrait d'adopter, de réviser ou d'abroger ;
- habilitation à saisir une Cour constitutionnelle lorsque les lois adoptées par le parlement devaient porter atteinte aux droits fondamentaux.

En pratique, d'*autres organismes*, plus modestes, ont été instaurés au sein des parlements ou des gouvernements, ou à l'extérieur, pour seconder les autorités dans leurs fonctions législatives à l'instar de *commissions spécialisées* ou d'*instances de conseil indépendantes en matière scientifique ou technologique*, notamment chargées de l'évaluation des choix de société qu'il conviendrait de faire en la matière.

On citera par exemple la *Commission permanente pour l'énergie et l'environnement* du Parlement de Norvège, le *Conseil scientifique pour la politique publique* aux Pays-Bas⁸⁶², la proposition de créer des « observatoires sociologiques indépendants propres à accompagner le processus législatif sans être les otages des instances politiques »⁸⁶³, la *Fondation pour l'évaluation des choix technologiques* (TA-SWISS) en Suisse⁸⁶⁴ ou

⁸⁵⁹ Dominique BOURG/Kerry WHITESIDE, *Vers une démocratie écologique : le citoyen, le savant et le politique*, Paris, 2010. Sur cette problématique, cf. MARTENET (2016), p. 82 ss.

⁸⁶⁰ Bertil COTTIER, « Le droit « suisse » du cyberspace ou le retour en force de l'insécurité juridique et de l'illégitimité », in : *Revue de droit suisse*, vol. 2, 2015, p. 191 ss.

⁸⁶¹ MARTENET (2016), p. 83.

⁸⁶² Cit. in : MARTENET (2016), p. 82.

⁸⁶³ Rapport pour l'Italie des professeurs GAMBARO et NÉGRI, dans le cadre de la recherche de légistique comparée, cit. in : Vito MARINESE, *L'idéal législatif du Conseil constitutionnel : Étude sur les qualités de la loi*, Thèse Université Paris-X 2007, p. 260.

⁸⁶⁴ www.ta-swiss.ch.

l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (OPECST) en France⁸⁶⁵.

Certaines structures se sont spécialisées dans le domaine de l'éthique à l'instar de la *Commission nationale d'éthique* en Suisse, chargée en particulier de « signaler les lacunes de la législation » ou de « conseiller, sur demande, l'Assemblée fédérale, le Conseil fédéral et les cantons » dans le domaine de la procréation médicalement assistée⁸⁶⁶.

On trouve également des structures de réflexion *ad hoc* consacrées à une thématique spécifique, dont certaines comprennent une véritable composante de participation citoyenne à l'exemple des *grenelles* ou des *états généraux* en France, définis comme « un dispositif participatif qui consiste à réunir ponctuellement, autour d'un sujet donné, les organisations de la société civile concernées, afin qu'elles puissent en débattre et soumettre à la puissance publique leurs réflexions et propositions. »⁸⁶⁷

En 2007, le *Grenelle de l'environnement*, qui s'est traduit par « un immense programme législatif », a pu être qualifié par un rapport d'évaluation paru en 2010 de « < monument > législatif et réglementaire », ayant abouti à 450 articles de loi et 70 dispositions fiscales⁸⁶⁸.

Certains états généraux ont pu être pérennisés en organes spécialisés, intégrés dans des processus d'évaluation⁸⁶⁹.

b. Les autres organes dans l'architecture des pouvoirs

I. Introduction historique

On a vu émerger dans l'architecture des pouvoirs, corrélativement au développement de la légistique, des instances spécifiques d'évaluation des lois et des politiques publiques, tant au niveau du pouvoir législatif qu'exécutif, et même judiciaire. Si leur degré d'indépendance, leur champ d'application ou leurs méthodes d'analyse varient, elles ont toutes en commun la caractéristique d'être dotées de compétences recommandationnelles uniquement.

Nous montrerons plus loin que l'institutionnalisation de l'évaluation que l'on observe aujourd'hui puise ses racines théoriques dans une foule de propositions

⁸⁶⁵ Loi n°83-609 du 8 juillet 1983 portant création d'une délégation parlementaire dénommée Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques.

⁸⁶⁶ Art. 28 al. 3 let. b et c de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA, RS 810.11). En France, cf. les états généraux en matière de bioéthique ci-dessous p. 143.

⁸⁶⁷ Chloé GABORIAUX, « États généraux », in : Casillo et al. (dir.), *Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation*, Paris, 2013.

⁸⁶⁸ Alain GRIMFELD et al./ERNST&YOUNG, *Rapport d'évaluation du Grenelle de l'Environnement*, Paris, 2010, ch. 2.1.

⁸⁶⁹ Par exemple en matière bioéthique, cf. ci-dessous p. 143.

historiques⁸⁷⁰. Dans le constitutionnalisme moderne, une institution originale mérite d'être mise en avant, car elle regroupe en germe plusieurs fonctions qui vont s'établir peu à peu et marquer durablement l'architecture du pouvoir de nos Etats contemporains en se spécialisant et se scindant : celle de Cour constitutionnelle, de Cour des comptes et, enfin, d'instance d'évaluation de la mise en œuvre des lois. Il s'agit du *Conseil des censeurs* (« Council of Censors ») prévu dans la Constitution de Pennsylvanie de 1776⁸⁷¹, organe élu directement par le peuple et devant se réunir tous les sept ans.

Contrôle de constitutionnalité (en germe, car compétence recommandationnelle seulement) :

- assurer le respect de la Constitution (« to enquire whether the constitution has been preserved inviolate in every part »);
- recommander l'abrogation des lois anticonstitutionnelles (« to recommend to the legislature the repealing such laws as appear to them to have been enacted contrary to the principles of the constitution »).

Contrôle des finances publiques :

- recettes et dépenses (« to enquire whether the public taxes have been justly laid and collected in all parts of this commonwealth, in what manner the public monies have been disposed of »).

Contrôle de la mise en œuvre :

- suivi de la mise en œuvre des lois (« to enquire [...] whether the laws have been duly executed »);
- suivi et adaptation de la Constitution (« to call a convention, to meet within two years after their sitting, if there appear to them an absolute necessity of amending any article of the constitution which may be defective, explaining such as may be thought not clearly expressed, and of adding such as are necessary for the preservation of the rights and happiness of the people »)⁸⁷².

II. Les organes judiciaires, en particulier les Conseils d'Etat [sur le modèle français]

Les *organes judiciaires* jouent un rôle de plus en plus important dans l'essor de la démarche légistique lorsqu'ils ont à contrôler de la constitutionnalité et de la conventionnalité des lois ou de la légalité des actes infra-législatifs ; nous l'avons vu⁸⁷³. La synergie est fructueuse, car elle insuffle à l'acte de juger un apport méthodologique renouvelé de nature à renforcer la légitimité matérielle de

⁸⁷⁰ Cf. ci-dessous ch. 6.2.4.1a.

⁸⁷¹ Art. 47.

⁸⁷² Cf. ég. ci-dessous ch. 6.2.4.2c sur les clauses de réexamen d'autres constitutions à la même époque.

⁸⁷³ Cf. ci-dessus ch. 1.3.4.3, p. 111.

la juridiction constitutionnelle notamment tout en offrant à la légistique un cadre juridique lui permettant de renforcer son impact.

Historiquement, on soulignera le rôle tenu dans le développement de la *légistique formelle* par les Conseils d'Etat en France et en Belgique notamment, fonction légistique exercée en parallèle à la fonction de juridiction administrative suprême⁸⁷⁴.

Pour dissiper toute équivoque, on signalera qu'en Suisse « Conseil d'Etat » est l'appellation utilisée dans presque tous les cantons romands pour désigner le gouvernement cantonal⁸⁷⁵.

En Suisse, on trouve aujourd'hui encore trace de cette influence française en *droit bernois*. Le Tribunal administratif du canton de Berne exerce en effet une fonction de conseil légistique en particulier par sa représentation dans la commission de rédaction du parlement cantonal⁸⁷⁶.

En *légistique matérielle*, Jean CRUET avait proposé en 1908 de conférer au Conseil d'Etat français une authentique compétence étendue en la matière afin de conférer « une base véritablement scientifique à la discussion des textes législatifs », tout en restant conscient des limites à une centralisation « absolue » de la préparation des lois :

« Notre Conseil d'Etat pourrait rendre au Parlement des services moins étroitement techniques et assurer, par la compétence reconnue de ses membres, une base véritablement scientifique à la discussion des textes législatifs. Il est sans doute, au sein des commissions parlementaires, des hommes éminents et instruits, mais la composition, variable et variée, de ces commissions y permet l'échange rapide des idées plutôt que l'effort soutenu nécessaire pour réunir les matériaux de l'élaboration législative, et donner ainsi à l'établissement d'un texte la solide assise de réalités objectives préalablement constatées. Remarquez d'ailleurs qu'il est impossible de « centraliser » d'une manière absolue la préparation des lois, car elles soulèvent les questions les plus complexes, et pour chacune d'elles il y a lieu de mettre en jeu le faisceau des compétences spéciales. »⁸⁷⁷

⁸⁷⁴ Sur les rôles respectifs du secrétariat général du Gouvernement et du Conseil d'Etat dans les procédures de préparation des textes législatifs et réglementaires, cf. CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS/SECRÉTARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT FRANÇAIS, *Guide de légistique*, 3^e éd. mise à jour, Paris, 2017, ch. 2.1.1. Cf. ég. ci-dessus ch. 1.3.5.2 *i.f.*, p. 124 ss.

⁸⁷⁵ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2013, vol. I), N. 219 ss.

⁸⁷⁶ Thomas MÜLLER-GRAF, « Die Rolle des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern im Verfahren der begleitenden Rechtsetzung », in : *LeGes*, 2016/3, p. 431 ss ; MÜLLER-GRAF (2018), p. 140.

⁸⁷⁷ CRUET (1908), p. 330 ss.

III. Les organes de contrôle des finances publiques, en particulier les Cours des comptes

En matière de *légistique matérielle*, il importe de souligner le rôle des institutions de contrôle des finances publiques⁸⁷⁸, en particulier des *Cours des comptes* dont certaines s'adjoignent désormais des compétences en matière d'évaluation. Si cette évolution est à saluer en ce qu'elle garantit une assise institutionnelle pérenne à la démarche évaluative, elle pose toutefois un certain nombre de questions quant à l'esprit de la méthode qu'elle risque de dénaturer, comme nous le montrerons à la fin de cet ouvrage (confusion entre évaluation et contrôle, risque de limitation de l'analyse aux critères de rentabilité économique)⁸⁷⁹.

Ainsi l'*Organisation internationale des institutions supérieures de contrôle des finances publiques* (INTOSAI) – organisation non-gouvernementale avec statut spécial auprès du Conseil économique et social (ECOSOC) des Nations unies fondée à Cuba en 1953⁸⁸⁰ – édicte-t-elle des normes internationales privées dans un cadre d'autorégulation afin de régir l'activité de ses membres. Tenant compte de cette évolution, elle a adopté des *Lignes directrices sur l'évaluation des politiques publiques* qui « visent à aider les Institutions Suprêmes de Contrôle et les entités en charge de l'évaluation à atteindre l'objectif d'une évaluation, à savoir d'analyser de manière neutre et indépendante les différents critères permettant l'expression d'une appréciation sur l'utilité d'une politique publique »⁸⁸¹.

Sur le plan *fédéral*, assistant l'Assemblée fédérale dans l'exercice de ses attributions financières et de sa haute surveillance⁸⁸², le *Contrôle fédéral des finances* (CDF), membre de l'INTOSAI⁸⁸³, est notamment habilité à évaluer sous l'étiquette de la « rentabilité » (« Wirtschaftlichkeit » ; « redditività ») l'efficience et l'efficacité des ressources et des dépenses⁸⁸⁴. Il dispose à cet effet d'un *centre*

⁸⁷⁸ Sur la qualification de telles autorités d'autorités administratives indépendantes, cf. l'analyse de PAYCHÈRE (2016), p. 153 ss.

⁸⁷⁹ Cf. ci-dessous ch. 6.2.1.3c.

⁸⁸⁰ www.intosai.org > sur l'INTOSAI.

⁸⁸¹ INTOSAI, *Lignes directrices sur l'évaluation des politiques publiques*, Vienne, juillet 2016 (INTOSAI Gov 9400), ch. 1.1. Cf. ci-dessous ch. 6.2.1.3c.

⁸⁸² Art. 1^{er} al. 1^{er} LCF.

⁸⁸³ Depuis le début des années 1970 (<http://timeline.efk.admin.ch>).

⁸⁸⁴ Art. 5 al. 2 LCF.

de compétences spécifique chargé d'effectuer des évaluations⁸⁸⁵. Le constituant a renoncé à créer une *autorité indépendante d'évaluation* élue à cet effet⁸⁸⁶.

En droit cantonal, la Cour des comptes du canton de *Genève* « a également pour tâche l'évaluation des politiques publiques. »⁸⁸⁷

En *France*, la Cour des comptes « assiste le Parlement et le Gouvernement [...] dans l'évaluation des politiques publiques. »⁸⁸⁸ Les missions d'évaluation du Parlement peuvent être confiées à des commissions d'enquête⁸⁸⁹.

IV. Les organes de contrôle de la réglementation

La Recommandation concernant la politique et la gouvernance réglementaires du Conseil de l'OCDE conseille aux Etats de mettre en place « des mécanismes et des institutions pour exercer activement le contrôle des méthodes et des objectifs de la politique réglementaire, servir et mettre en œuvre la politique réglementaire, et favoriser ainsi la qualité de la réglementation. »⁸⁹⁰ De tels *organes de contrôle de la réglementation* devraient être indépendants et chargés en particulier d'examiner la qualité des évaluations d'impact, d'étudier les moyens de rendre la réglementation plus efficace, de coordonner l'évaluation rétrospective avec l'évaluation prospective et d'apporter une formation sur les analyses d'impact et les stratégies visant à améliorer la « performance » de la réglementation⁸⁹¹.

Sur cette impulsion, on observe dans divers pays l'institutionnalisation de tels organes de contrôle⁸⁹².

⁸⁸⁵ Centre de compétence 6 « Evaluations » (www.efk.admin.ch > A propos de nous > Centres de compétence).

⁸⁸⁶ La commission d'experts à l'origine de la disposition constitutionnelle sur l'évaluation législative (art. 170 Cst.) avait proposé de créer une *autorité indépendante élue par le parlement* (FF 1996 II 466 ss et 519 ; AUBERT [2003, « Art. 170 »], N. 1 ; sur proposition en particulier de Pierre MOOR, cf. MADER [2005], p. 29).

⁸⁸⁷ Art. 128 al. 3 Cst./GE. Cf. ci-dessous à la fin de la présente section.

⁸⁸⁸ Art. 47-2 al. 1^{er} Cst. F.

⁸⁸⁹ Cf. ci-dessous ch. 2.3.4.2.

⁸⁹⁰ OCDE, *Recommandation du Conseil concernant la politique et la gouvernance réglementaires*, Paris, 2012, ch.3.

⁸⁹¹ *Ibidem*, ch. 3.3.

⁸⁹² Pour une comparaison de la pratique entre l'Allemagne (Nationaler Normenkontrollrat [NKR]), les Pays-Bas (Adviescollege toetsing regeldruk [Actal]), l'Australie (Office of Best Practice Regulation [OBPR]), la Suède (Regelrådet), le Royaume Uni (Regulator Policy Committee) ainsi que l'Union européenne (Comité indépendant d'examen de la réglementation), cf. Christian RÜEFLI, « Regulierungsprüfstellen: ausländische Beispiele und Erfahrungen », in : *LeGes*, 2017/2, p. 265 ss. Cf. ég. SECKELMANN (2018), p. 131 ss

Dans l'Union européenne, le *Comité indépendant d'examen de la réglementation* (« Regulatory Scrutiny Board »), entité indépendante rattachée administrativement au secrétariat général de la Commission⁸⁹³ composée de sept membres, comprenant quatre fonctionnaires de la Commission dont le président⁸⁹⁴, a pour mission de procéder à un « contrôle objectif de la qualité des analyses d'impact » de la Commission⁸⁹⁵. Plus précisément il examine « la qualité des projets de rapports d'analyse d'impact, de bilans de qualité et de grandes évaluations », émet un avis et, si nécessaire, « formule des recommandations sur la façon dont la qualité d'un projet de rapport devrait être améliorée. »⁸⁹⁶

En Suisse, seuls des projets existent pour l'insant. L'Assemblée fédérale a accepté diverses motions demandant d'instaurer un tel organe de contrôle, contre l'avis du Conseil fédéral⁸⁹⁷.

On peut toutefois se demander si le développement de tels contrôles est bien pertinent⁸⁹⁸. Ne reflèterait-il pas une *perception faussée de l'esprit de l'évaluation*

(NKR et Actal). Actal a été entre-temps remplacé par un nouveau conseil consultatif sur la pression réglementaire (Adviescollege toetsing regeldruk, ATR) (www.atr-regeldruk.nl). En France, on trouve également une instance ayant pour mission d'évaluer les normes applicables aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics : le *Conseil national d'évaluation des normes* (CNEN) (cf. loi n° 2013-921 du 17 octobre 2013, ainsi que la Charte de partenariat entre le Sénat et le Conseil national d'évaluation des normes du 23 juin 2016).

⁸⁹³ Art. 1^{er} de la Décision du président de la Commission européenne du 19 mai 2015 instituant un comité indépendant d'examen de la réglementation.

⁸⁹⁴ *Ibidem*, art. 3 al. 1^{er}.

⁸⁹⁵ PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 13 avril 2016*, ch. 13 § 2.

⁸⁹⁶ Art. 2 al. 1^{er} de la Décision du président de la Commission européenne du 19 mai 2015 instituant un comité indépendant d'examen de la réglementation. Cf. ég. COMMISSION EUROPÉENNE, « Tool #3, Role of the regulatory scrutiny board », in : *Better Regulation Toolbox*, Bruxelles, 2017.

⁸⁹⁷ Motions 15.3400 et 15.3445 de juin 2016, auxquelles il faut rajouter la motion 16.3985, déposée en décembre 2016 visant à ce que l'organe indépendant chargé de contrôler les conséquences de la réglementation soit aussi habilité à examiner la réglementation en vigueur. Le Conseil fédéral a recommandé au Parlement de rejeter cette dernière motion, comme il l'a fait s'agissant des deux précédentes (cf. ég. ROSSAT-FAVRE 2017, p. 219 s.). Sur la proposition d'ancrer un tel organe au sein de la Chancellerie fédérale, cf. KARPEN (2018), p. 297 ss. Sur la *constitutionnalité* d'un tel organe pour autant qu'il n'exerce que des fonctions de conseil, cf. GLASER (2018), p. 67 s., lequel reste cependant très dubitatif sur l'opportunité d'instaurer un tel organe (p. 70).

⁸⁹⁸ Sur la nécessité d'instaurer de telles autorités en matière d'analyse d'impact prospective, cf. Oliver FRITSCH/Jonathan KAMKHAJI/Claudio RADAELLI, « Explaining the content of impact assessment in the United Kingdom: Learning across time, sectors, and departments », in : *Regulation & Governance*, 2017, p. 325 ss, pour lesquels « [t]he presence of a regulatory oversight body enhances the learning process » ; Jonathan VERSCHUUREN/Rob VAN GESTEL, « Conclusions: A Conditional Yes to Ex Ante Evaluation of Legislation », in : Verschuuren (éd.), *The Impact of Legislation: A Critical*

législative? Celle-ci ne réside en effet ni dans le contrôle, ni dans la surveillance⁸⁹⁹, mais trouve son sens, dans un Etat démocratique, dans l'appui qu'elle offre à une construction argumentée et transparente d'une problématique de société de nature essentiellement politique, qui ne se laisse pas vraiment formaliser dans des procédures technocratisées : l'analyse de la pertinence offre essentiellement un appui pour cadrer un tant soit peu une construction argumentative sujette à interprétation⁹⁰⁰ ; les pesées d'intérêts derrière l'analyse de l'efficacité et de l'efficience recèlent un caractère micro-politique par les valeurs sous-jacentes qu'elles reflètent⁹⁰¹ ; les impacts sont difficilement monétisables et quantifiables, en particulier les bénéfices⁹⁰² ; les pronostics sur les incidences probables futures ne se laissent pas vraiment « contrôler » avant leur (éventuelle) réalisation concrète⁹⁰³. Le risque de *détourner la démarche légistique à des fins essentiellement technocratiques et comptables* est sérieux ; en témoignent les espoirs de dérégulation que ses défenseurs fondent en de telles entités⁹⁰⁴, les buts avoués de tels organismes de réduire les coûts que cause la réglementation aux entreprises et aux particuliers⁹⁰⁵ ainsi que les remontrances adressées par le Comité d'examen de la réglementation à la Commission européenne sur la quantification selon lui insuffisante des dernières initiatives réglementaires européennes⁹⁰⁶.

Pour refléter le *cap intégratif* que devraient prendre les analyses d'impact prospectives et rétrospectives afin de refléter l'ensemble des incidences sociales, écologiques et économiques⁹⁰⁷, un collège de « contrôle » composé de quelques experts et de fonctionnaires ne constitue à notre avis pas le moyen le plus adéquat. Il devrait au moins comprendre un personnel composé de spécialistes en provenance de divers horizons ouverts à une *approche multidisciplinaire et participative*.

-
- 899 *Analysis of Ex Ante Evaluation*, Leyde, 2009, p. 217: « All evaluations should be peer reviewed, be it by an Impact assessment board or another independent organization ».
- 900 Cf. ci-dessous ch. 6.2.1.3c.
- 901 Cf. ci-dessous ch. 2.3.5.5.
- 902 Cf. ci-dessous ch. 4.5.2.
- 903 Cf. ci-dessous ch. 4.4.2.
- 904 Cf. ci-dessous ch. 4.4.5.
- 905 RÜEFLI (2017), p. 265 montrant que les interventions parlementaires demandant l'instauration d'un tel organe ont pour origine les conclusions du rapport d'un *think tank* libéral qu'elles reprennent (Peter BUOMBERGER, *Des chemins pour sortir de la jungle réglementaire : Faits préoccupants et solutions prometteuses pour la Suisse*, Zurich, 2014). Cf. ég. la critique in : FLÜCKIGER/VARONE (2017), p. 196.
- 906 RÜEFLI (2017), p. 274.
- 907 Cf. ci-dessous ch. 4.4.3.3 *if*.
- 907 Cf. ci-dessous ch. 4.3.2 et 4.4.4.3c.

Selon Jonathan VERSCHUUREN et Rob VAN GESTEL, « [t]hey should be carried out, preferably, by an independent institution with staff that is well trained to take a multidisciplinary approach, and that is able to use the wide variety of evaluating methods and techniques that is available. Therefore, staff should not mainly consist of lawyers, but should also consist of social scientist and economists. Attention for methodological issues should be centre stage within this organization, as well as attention for the issue of the relationship between science and political practice. »⁹⁰⁸

V. Les organismes participatifs et pluralistes

Il serait toutefois opportun de faire un pas supplémentaire et réfléchir à de nouvelles modalités d'évaluation, plus *participatives*, plus *pluralistes*, plus *inclusives*, représentant l'éventail de toutes les personnes possiblement concernées, et ainsi plus ouvertes à la diversité d'une société pluraliste et véritablement démocratique⁹⁰⁹.

L'*évaluation pluraliste et participative* permet de prévenir le grief technocratique en remplaçant les citoyens et les citoyennes, de même que les parties prenantes, au cœur du processus évaluatif⁹¹⁰. Son institutionnalisation n'est cependant pas gagnée d'avance⁹¹¹.

On trouve une tentative, avortée, dans le canton de Genève qui connaissait entre 1995 et 2013 une institution de composition pluraliste, mais qui n'a cependant jamais réalisé de réelle évaluation participative : la *Commission externe d'évaluation des politiques publiques* (CEPP)⁹¹², composée de seize membres choisis parmi des « personnalités représentatives de la diversité culturelle et sociale du canton et qui se sont acquis par leur

⁹⁰⁸ VERSCHUUREN/VAN GESTEL (2009), p. 271.

⁹⁰⁹ Sur ces méthodes, cf. ci-dessous ch. 4.4.4.2.

⁹¹⁰ Steve JACOB/Pierre-Marc DAIGNEAULT, « Gouvernance et implication des parties prenantes dans l'évaluation des politiques : panacées ou boîte de pandore ? », in : Rouillard/Burlone (dir.), *L'État et la société civile sous le joug de la gouvernance*, Québec, 2011, p. 217 ss ; Steve JACOB/Laurence OUVARD, « L'évaluation participative : Avantages et difficultés d'une pratique innovante », in : *Cahiers de la performance et de l'évaluation*, Québec, 2009 ; Henri JACOT/ Annie FOUQUET (dir.), *Le citoyen, l'élu, l'expert : Pour une démarche pluraliste d'évaluation des politiques publiques*, Paris, 2007 ; Gaëlle BARON/Eric MONNIER, « Une approche pluraliste et participative : coproduire l'évaluation avec la société civile », in : *Revue « Informations sociales »*, n° 110, 2003, p. 120 ss ; Pierre LASCOUMES/Michel SETBON, *L'évaluation pluraliste des politiques publiques*, Paris, 1996.

⁹¹¹ Sur les conditions d'une telle institutionnalisation, cf. MARTENET (2016), p. 143. Sur de nouvelles approches participatives à l'ère des médias électroniques, cf. Sofia RANCHORDÁS/Wim VOERMANS, « Crowdsourcing legislation: new ways of engaging the public », in : *The Theory and Practice of Legislation*, 2017, p. 1 ss.

⁹¹² Jean-Daniel DELLEY, « La commission externe d'évaluation des politiques publiques », in : *LeGes*, 2005/1, p. 111 ss. Les archives de la commission sont disponibles sur le site de la Cour des comptes (www.cdc-ge.ch > Publications > Archives-CEPP).

formation ou leur expérience une large autorité dans le domaine de la gestion économique et politique. »⁹¹³ La fonction d'évaluation a été reprise par la Cour des comptes, qui ne comprend pas de personnes émanant de la société civile et qui n'a effectué à ce jour aucune évaluation participative⁹¹⁴.

On relèvera en France en matière de bioéthique une combinaison bien pensée entre *l'évaluation* et *l'organisation d'un débat public* sous forme d'*états généraux* qui doivent précéder « tout projet de réforme sur les problèmes éthiques et les questions de société soulevés par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé »⁹¹⁵. Les états généraux réunissent des *conférences de citoyens* représentatifs « de la société dans sa diversité » qui, après une formation préalable, « débattent et rédigent un avis ainsi que des recommandations qui sont rendus publics. »⁹¹⁶ A la suite de ce débat public, le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé établit un rapport à destination de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, qui procède à son évaluation⁹¹⁷.

Les *procédures de consultation du public* sur les projets de loi⁹¹⁸ pourraient également servir de cadre pour intégrer de manière plus coordonnée les avis produits par ces divers organismes spécialisés.

VI. Les organismes en matière de droits fondamentaux

Les *institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme*⁹¹⁹, instaurées sur le fondement des Principes de Paris des Nations Unies de 1993⁹²⁰, se voient confier des tâches légistiques : « elles recommandent, si nécessaire, l'adoption d'une nouvelle législation, l'adaptation de la législation en vigueur, et l'adoption ou la modification des mesures administratives »⁹²¹ et doivent « [p]romouvoir et assurer l'harmonisation des lois, des règlements et des pratiques en vigueur sur le plan national avec les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, auxquels l'État est

⁹¹³ Art. 31 de la loi sur la surveillance de la gestion administrative et financière et l'évaluation des politiques publiques (LSGAF) du 19 janvier 1995 (abrogée par la loi sur la surveillance de l'Etat du 13 mars 2014, RS/GE D 1 09).

⁹¹⁴ Art. 128 al. 3 Cst./GE ; art. 7 al. 2 et 35 ss LSGAF. Sur les évaluations effectuées, cf. www.cdc-ge.ch > Publications.

⁹¹⁵ Art. L1412-1-1 al. 1^{er} Code de la santé publique.

⁹¹⁶ Art. L1412-3-1 Code de la santé publique.

⁹¹⁷ Art. L1412-1-1 al. 2 Code de la santé publique.

⁹¹⁸ Cf. ci-dessous ch. 2.2.3.3c *i.f* et 4.4.4.2.

⁹¹⁹ Cf. MARTENET (2016), p. 138 ss et 206 s. sur la nécessité d'une autorité indépendante visant à garantir l'effectivité des droits humains.

⁹²⁰ NATIONS UNIES, *Résolution 48/134 de l'Assemblée générale* du 20 décembre 1993, annexe (« Principes de Paris »). Cf. ci-dessous ch. 3.3.3.1a *i.f*.

⁹²¹ § 3 let. a ch. i des Principes de Paris.

partie, et leur mise en œuvre effective »⁹²². Elles sont en particulier chargées de l'« évaluation du degré auquel les lois, politiques et pratiques assurent que la jouissance des droits en question est effective »⁹²³. Elles exercent un suivi de la mise en œuvre⁹²⁴ et évaluent l'effectivité des droits par le moyen d'« enquêtes »⁹²⁵ sur la base d'indicateurs de « processus » et de « résultats »⁹²⁶.

On pense également à l'*Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne* qui a notamment pour tâches d'examiner des questions relatives aux droits fondamentaux dans la mise en œuvre du droit communautaire⁹²⁷, de fournir des données pertinentes, objectives et fiables⁹²⁸ et de réaliser ou de faciliter « des recherches et enquêtes scientifiques, des études préparatoires et de faisabilité [...] y compris, le cas échéant, à la demande du Parlement européen, du Conseil ou de la Commission »⁹²⁹.

Par ailleurs, on observe fréquemment en droit international des *organes d'évaluation de la mise en œuvre* spécifiques visant à examiner l'effectivité aussi bien de règles obligatoires (par exemple l'examen périodique universel [EPU] du Conseil des droits de l'homme⁹³⁰) que de droit souple⁹³¹.

⁹²² § 3 let. b des Principes de Paris.

⁹²³ HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, *Institutions nationales pour les droits de l'homme : Historique, principes, fonctions et attributions*, New York et Genève, 2010, p. 115.

⁹²⁴ *Ibidem*, p. 123 ss.

⁹²⁵ *Ibidem*, p. 128.

⁹²⁶ « Les indicateurs de résultats, quant à eux, sont censés montrer à quel degré la jouissance d'un droit est effective. Le fait qu'un gouvernement ait adopté une loi proscrivant la torture est un indicateur de processus ; le fait que la pratique de la torture ait reculé est un indicateur de résultats » (*ibidem*, p. 129).

⁹²⁷ Art. 3 al. 3 du règlement (CE) n° 168/2007 du 15 février 2007 portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne.

⁹²⁸ Art. 4 al. 1^{er} let. a.

⁹²⁹ Art. 4 al. 1^{er} let. c.

⁹³⁰ Cf. ci-dessous ch. 3.3.3.

⁹³¹ Cf. plusieurs exemple ci-dessous ch. 3.3.5.2d.

2 La loi pertinente

2.1 Le critère de la pertinence

2.1.1 Définition

Déterminer si la loi est *pertinente* (« relevant ») consiste à évaluer si les objectifs qu'elle se fixe ont un impact pertinent sur la réalité sociale, c'est-à-dire un impact tel qu'il permet de résoudre au mieux le problème de société à la base de la loi et, cela, sans en créer de nouveaux⁹³². La loi est pertinente si, atteignant ses objectifs, elle résout le problème de société sans effets indésirables disproportionnés.

Au contraire la loi *non pertinente* est celle qui ne résout pas le problème, que ses objectifs aient été atteints ou non (c'est-à-dire que ses mesures aient ou non été effectives – c'est-à-dire suivies – ou efficaces – c'est-à-dire capables d'atteindre leur but⁹³³). Cette question est essentielle, car si la loi n'est pas pertinente, peu importe alors de se soucier de son efficacité ou de son effectivité. Ce serait le « critère qui tue » (« the < kill > criterion ») selon l'expressive expression de la Commission européenne...

Les lignes directrices pour une meilleure réglementation de la Commission européenne explicitent ce dernier point : « Relevance looks at the relationship between the needs and problems in society and the objectives of the intervention and hence touches on aspects of design. [...] Relevance analysis is very important because if an intervention does not help to address current needs or problems then it does not matter how effective, efficient or coherent it is no longer appropriate. »⁹³⁴ « (this is why relevance is sometimes called the < kill > criterion!) »⁹³⁵

Une loi peut en effet être efficace, parce que ses mesures permettent d'atteindre ses objectifs, mais pas pertinente, parce que le problème est mal fondé (*faux problème* ou *situation à relativiser*)⁹³⁶, parce que ses objectifs ne permettent pas

⁹³² Peter KNOEPFEL/Corinne LARRUE/Frédéric VARONE, *Analyse et pilotage des politiques publiques*, 2^e éd., Zurich, 2006, p. 258 ss (objectifs visés par rapport au problème), (cit. in : Pierre MOOR/Alexandre FLÜCKIGER/Vincent MARTENET, *Droit administratif*, vol. 1 : Les fondements, 3^e éd., Berne, 2012, p. 503) ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 502 ss.

⁹³³ Sur ces notions, cf. ci-dessous ch. 4.3.3.2.

⁹³⁴ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines* (2017), chap. 6 (Evaluation), ch. 3.4.

⁹³⁵ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #47 (Evaluation Criteria and Questions), ch. 4.

⁹³⁶ Cf. ci-dessous ch. 2.3.5.2.

de résoudre le problème⁹³⁷ ou parce qu'elle produit des effets indésirables disproportionnés⁹³⁸, que ses objectifs soient aptes ou non à régler le problème.

Exemples :

- Exempter de l'objectif de *lutte contre la pollution des eaux* un pollueur important pour des motifs politiques ne permet évidemment pas de retrouver des lacs limpides comme l'exemple emblématique du lac de Sempach le dévoile : les mesures effectivement mises en œuvre par les ménages et les industries n'ont pas été en mesure d'assainir les eaux parce que les agriculteurs – pollueurs importants – n'ont pas été ciblés⁹³⁹.
- Si *la croissance normative* est considérée comme un problème, l'objectif d'une politique réglementaire qui consisterait à ouvrir à la concurrence les services publics ne sera pas pertinent, car la libéralisation, efficacement mise en œuvre, a conduit dans les faits à augmenter le nombre de règles⁹⁴⁰.
- Si le problème de société à résoudre est *l'augmentation du volume des déchets*, l'obsolescence programmée des appareils peut en être une cause directe ; augmenter la durée de vie de ceux-ci n'est en revanche pas forcément un objectif pertinent si c'est la mode ou le progrès technologique qui en est la cause principale, rendant les objets (trop) rapidement inattractifs.

Cette *distinction entre pertinence et efficacité* explique pourquoi l'analyse d'impact législative ne saurait équivaloir ou se restreindre à l'évaluation prospective de l'efficacité des mesures. L'analyse d'impact comprend en réalité *plusieurs évaluations successives* dont les deux premières permettent de conclure à la *pertinence* de la loi⁹⁴¹.

Le schéma suivant illustre la logique : (i) évaluation de la pertinence du problème et (ii) évaluation de la pertinence des causes du problème et de la pertinence des objectifs pour le résoudre. Ce modèle sera complété plus loin par les évaluations relatives à l'efficacité de la loi⁹⁴².

⁹³⁷ Cf. ci-dessous ch. 2.4.4.

⁹³⁸ Eric WINDHOLZ, *Governing through Regulation: Public Policy, Regulation and the Law*, New York, 2018, p. 101 ss (réf. cit.), qui en déduit la nécessité de bien diagnostiquer le problème.

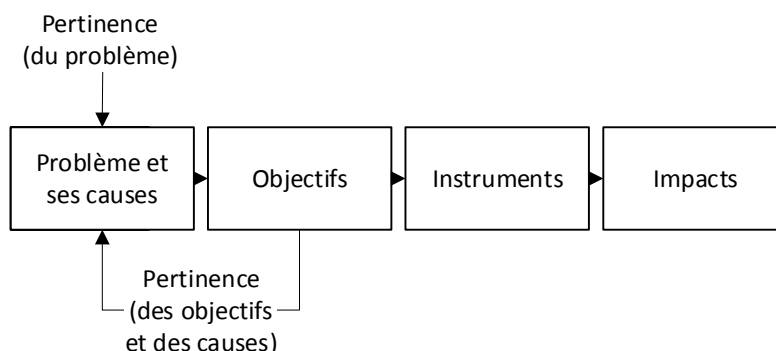
⁹³⁹ Peter KNOEPFEL, « The Clean-Up of Lake Sempach – The Raising from the Dead: Conditions for the Success of Environmental Policy in Switzerland », in : Jänicke/Weidner (éd.), *Successful Environmental Policy: A Critical Evaluation of 24 Cases*, Berlin, 1995, p. 104 ss.

⁹⁴⁰ Cf. ci-dessus ch. 1.3.3.4b.III thèse D.

⁹⁴¹ Cf. ci-dessous ch. 2.2.3.2 : le critère est souvent « oublié » par les évaluateurs en raison de sa nature politique et sensible.

⁹⁴² Cf. le récapitulatif de ces évaluations successives ci-dessous ch. 2.2.3.2. Pour le schéma complet du diagramme d'intervention logique, cf. ci-dessous ch. 4.3.3.5.

Figure 2-1 – Diagramme d'intervention logique – Evaluation de la pertinence du problème et des objectifs⁹⁴³



2.1.2 Les fonctions du critère

2.1.2.1 Prévenir des lois inutiles aux effets possiblement problématiques

a. A mauvais diagnostic, mauvais remède

S'interroger sur la pertinence de la loi a pour fonction générale de s'assurer de son utilité et de l'absence d'éventuels effets pervers dans la résolution du problème. Si les objectifs de la loi reposent sur des données de fait erronées, sur une définition biaisée du problème, sur une surestimation de son intensité ou de son urgence, sur une identification erronée des personnes concernées ou sur des causes non vérifiées ou prétextes, la loi, même parfaitement mise en œuvre, ne parviendra pas à traiter le problème : un mauvais diagnostic entraîne un mauvais remède⁹⁴⁴.

⁹⁴³ Sur l'analyse de la *pertinence du problème*, cf. ci-dessous Figure 2-8 – Evaluation de la pertinence du problème – examen des effets potentiellement problématiques, p. 199 ; sur l'analyse de la *pertinence des objectifs et des causes*, cf. ci-dessous Figure 2-12 – Evaluation de la pertinence des objectifs, p. 225. Pour une vue du diagramme d'intervention logique *complet*, cf. ci-dessous Figure 4-5 – Diagramme d'intervention logique – modèle d'impacts, p. 476 ; pour un exemple limité aux *problèmes et objectifs*, cf. ci-dessous Figure 2-14 – Diagramme d'intervention logique – problème et objectifs (exemple), p. 228.

⁹⁴⁴ « Another crucial preliminary question we must consider before jumping to prescriptions is careful consideration of what are the problems in the modern legislative process and what are the roots of these problems. Indeed, in remedying the pathologies in the legislative process, [a]ccurate diagnosis is essential to the prescription of effective remedies. » (Ittai BAR-SIMAN-TOV, « Mending the legislative process: the preliminaries », in : *The Theory and Practice of Legislation*, Oxford, 2015, p. 252). Cf. ég. WINDHOLZ (2018), p. 136 ss.

b. Les lois émotionnelles

Scandales⁹⁴⁵, crises, catastrophes, faits divers saisissants sont des causes puissantes de mise à l'agenda politique (« agenda-setting »)⁹⁴⁶. Encadrées par des techniques performantes de communication faisant appel à des ressorts émotionnels tels que la narration (« storytelling »), l'étiquetage (« labelling »), le choix sélectif de l'information ou leur exagération ou minimisation stratégique (« selectivity »)⁹⁴⁷, de telles causes accroissent le risque d'une délibération politique d'autant moins conforme à l'idéal habermassien de rationalité communicationnelle⁹⁴⁸ qu'elles sont prises dans l'urgence et sans recul (« législation instantanée »)⁹⁴⁹. Or les lois prises sous le coup d'une émotion non maîtrisée dans des circonstances passionnelles présentent un risque accru de cumuler deux défauts susceptibles de les priver de pertinence : inutilité et effets indésirables. Le processus de décoloration émotionnelle que nous avons exposé plus haut n'a dans leur cas pas été mené à son terme⁹⁵⁰.

Gaetano FILANGIERI, un des précurseurs de l'évaluation législative⁹⁵¹, critiquait en 1780 déjà la tendance du législateur à faire paraître une nouvelle loi « à peine un désordre se fait-il sentir dans une nation ». Il y décelait la cause « de cette immense multitude de lois qui accablent tous les tribunaux de l'Europe » :

« A peine un désordre se fait-il sentir dans une nation qu'aussitôt on voit paraître une nouvelle loi. Elle n'a pour objet qu'un seul cas particulier, qui, avec deux ou trois mots de plus ou de moins, aurait pu être compris dans une loi antérieure : mais il semble que, par une destinée fatale, la marche de la Législation doive ressembler à celle d'un homme qui court toujours devant lui, sans regarder un seul instant derrière. Telle est la cause de cette immense multitude de lois qui accablent tous les tribunaux de l'Europe, et qui chez nous rendent l'étude de la jurisprudence semblable à celle de l'écriture chez les Chinois »⁹⁵².

⁹⁴⁵ Sur la portée des scandales et la portée effective des mobilisations qu'ils parviennent ou non à provoquer dans l'espace public, cf. Malik MAZBOURI/François VALLOTTON (dir.), *Scandale et histoire*, Lausanne, 2016.

⁹⁴⁶ KNOEPFEL/LARRUE/VARONE/SAVARD (2015), p. 172 ss ; WINDHOLZ (2018), p. 130 ss. Cf. ci-dessous ch. 2.3.3.

⁹⁴⁷ Cf. ci-dessus ch. 1.2.1.2b.

⁹⁴⁸ *Ibidem*.

⁹⁴⁹ Kurt FLURI, « Unheilvolle < Instant-Gesetzgebung > », in : Griffel (éd.), *Vom Wert einer guten Gesetzgebung*, Berne, 2014, p. 1 ss.

⁹⁵⁰ Cf. ci-dessus ch. 1.2.3.2.

⁹⁵¹ Cf. ci-dessus ch. 6.2.4.1a

⁹⁵² Gaetano FILANGIERI, *La science de la législation* (trad. Jean Antoine GAUVIN-GALLOIS), 2^e éd. revue et corrigée (Dufart), Paris, 1798-1799 (1^{re} parution à Naples en 1780 sous le titre *Scienza della legislazione*), p. 101 s.

Jean CRUET illustre en 1908, à l'aide de plusieurs exemples tirés de son époque, l'origine circonstancielle des lois adoptées à la suite de faits divers. Il prenait notamment le cas de la législation française sur la révision des procès criminels, évoluant « pour ainsi dire, de fait divers en fait divers »⁹⁵³ :

« La loi achevée est, il est vrai, une règle générale. Mais elle n'en a pas moins été construite sur des cas particuliers : cette genèse des lois est une nécessité proprement psychologique. [...] La législation française sur la révision des procès criminels a évolué, pour ainsi dire, de fait divers en fait divers. »⁹⁵⁴

Il estimait indispensable que la loi apporte une solution à une question spécialement déterminée à défaut de quoi « [t]oute loi qui n'est pas une solution précise à une question spéciale est spéculative ou aléatoire, car elle se trouve, par la généralité de sa formule, applicable à une multitude d'hypothèses auxquelles le législateur n'avait pas pensé »⁹⁵⁵ :

« Le législateur ne peut s'atteler à résoudre un problème avant que celui-ci ne se pose, d'une manière nette et pressante, sous la forme d'une question d'intérêt collectif. »⁹⁵⁶

Depuis lors les critiques adressées à l'encontre des lois circonstanciennes et émotionnelles adoptées à la hâte à la suite d'un fait divers frappant sans une appréciation raisonnée de leur nécessité ne se comptent plus. Guy CARCASSONNE par exemple condamne la tendance des parlementaires de s'inspirer du journal télévisé pour élaborer des projets de loi ; la loi devenant une réponse au lieu d'être une solution :

« Légiférer est devenu un réflexe, souvent conditionné par la télévision. Tout sujet d'un « vingt heures » est virtuellement une loi. Un fait divers, une émotion quelconque, mais aussi un problème tangible provoquent une démangeaison législative plus ou moins rapide. La loi est une réponse, à défaut d'être une solution. »⁹⁵⁷

⁹⁵³ Jean CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, 1908, p. 195.

⁹⁵⁴ CRUET (1908), p. 194 ss (avec d'autres exemples d'époque).

⁹⁵⁵ CRUET (1908), p. 196.

⁹⁵⁶ CRUET (1908), p. 240.

⁹⁵⁷ Guy CARCASSONNE, « Penser la loi », in : *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n° 114, 2005, p. 40. Cf. ég. Bertrand-Léo COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, Paris, 2017, p. 233 se référant aussi à Yves JÉGOUZO, « Inflation normative et externalisation des contrôles », in : *Actualité juridique Droit administratif*, n° 3, 2003, p. 105. Cf. l'effet « Assidui » défini comme « le phénomène par lequel le législateur est porté à légiférer sous l'aiguillon des réclamations dont les catégories intéressées l'assaillent » (Catherine BERGEAL, *Rédiger un texte normatif : manuel de légistique*, Paris, 2012, p. 20).

Les exemples les plus souvent évoqués ont trait à des faits divers spectaculaires révélant l'existence de risques aux causes aussi complexes que difficilement démontrables, mais impossibles à prévenir de manière simple⁹⁵⁸.

Exemples :

- L'exemple classique est celui des *chiens dangereux*. En France, on peut se référer à la loi du 6 janvier 1999 sur les chiens dangereux en réponse à des agressions par des pitbulls⁹⁵⁹. Il en est de même en Suisse : après que trois chiens eurent tué un garçon de six ans en route vers son jardin d'enfants en 2005, la Confédération et les cantons ont adopté différentes réglementations visant certaines races⁹⁶⁰. On retrouve la même critique envers la rationalité de telles interventions dans le monde *anglo-saxon* qui a adopté à la même époque des règles sur le même sujet⁹⁶¹. On notera par ailleurs que l'opinion publique est *très versatile* : après qu'un chien ayant mordu plusieurs personnes, dont des enfants, a fait l'objet d'une décision d'euthanasie confirmée par le Tribunal fédéral⁹⁶², le Parlement vaudois a été saisi d'une pétition signée par 1600 personnes et une demande de grâce a été déposée⁹⁶³.
- En droit français, un auteur prend l'exemple de la loi du 3 janvier 1991 sur la circulation des *scooters des neiges*, adoptée à la suite d'un décès provoqué par ce type de véhicule⁹⁶⁴.

⁹⁵⁸ Cf. par exemple Christiane BESNIER/Denis SALAS, « La crise d'Outreau : de l'emprise de l'émotion à l'ambiguïté de la réforme – The Outreau case : from the emotion aroused by the facts to the ambiguity of the reform », in : *Droit et cultures*, tome 55, Paris, 2008, p. 87 ss ; Patrick FARBIAN/Noël MAMÈRE, *La tyrannie de l'émotion : Le fait divers comme idéologie politique*, Paris, 2008.

⁹⁵⁹ COMBRADE (2017), p. 233. Cf. également d'autres exemples in CARCASSONNE (2005), p. 40.

⁹⁶⁰ « Umstrittenes Hundegesetz: Die Hundekurse für alle stehen vor dem Ende », in : *Neue Zürcher Zeitung*, édition du 29 mars 2017, résumant l'historique et soulignant que les cours obligatoires qui avaient été alors imposés aux détenteurs de chiens sont en voie d'abolition ; Daniela IVANOV, « La proportionnalité des actes normatifs », in : *Jusletter*, 24 octobre 2016. Cf. ég. Jean-Daniel DELLEY, « Parlements : Au nom de la loi », in : *Domaine public*, DP 1683, 24 mars 2006, p. 2 : « L'interdiction du pitbull, race érigée en victime expiatoire, constitue la réponse simple et directe à l'émotion provoquée – et sciemment entretenue [...] Pourvu qu'elle corresponde à la représentation que l'opinion se fait du problème : un pitbull a tué, interdisons les pitbulls. »

⁹⁶¹ WINDHOLZ (2018), p. 101 (réf. cit.). Pour une opinion plus nuancée sur la question, cf. Martin LODGE, « Bessere Regulierung: Anspruch und Realität », in : *LeGes*, 2017/3, p. 491 : « Das britische Kampfhundegesetz von 1991 wurde lange als schlechtes Gesetz dargestellt. Allerdings kann man nicht sagen, dass dieses Gesetz wirklich gegen die Prinzipien der besseren Regulierung verstossen hat. »

⁹⁶² Tribunal fédéral, arrêt 2C_545/2014 du 9 janvier 2015.

⁹⁶³ « L'euthanasie du chien « Chalom » révolte les amis des animaux », in : *24 Heures*, édition du 2 mars 2016.

⁹⁶⁴ COMBRADE (2017), p. 233. Cf. également d'autres exemples in CARCASSONNE (2005), p. 40.

Dans ce cas, de telles émotions collectives risquent de bloquer un déroulement serein de la délibération démocratique⁹⁶⁵. La loi n'est pas toujours produite selon les canons idéaux de la rationalité communicationnelle comme on l'a vu en introduction⁹⁶⁶.

Les institutions de *démocratie directe* sont particulièrement sensibles à ce type de sollicitation. Au sortir de la seconde guerre mondiale, le Conseil fédéral a justifié de la sorte la limitation des droits populaires en temps de crise par la nécessité d'un « examen tranquille et objectif des problèmes » que l'« excitation des masses populaires » due à « l'insécurité et la malice des temps » entravait :

« Mais l'insécurité et la malice des temps entravaient l'examen tranquille et objectif des problèmes et favorisaient l'excitation des masses populaires ; c'est pourquoi on hésitait parfois à soumettre au peuple des mesures indispensables à l'existence de l'Etat, mais qui imposaient des sacrifices à la population ou limitaient ses droits »⁹⁶⁷.

L'*initiative populaire* illustre cette emprise des émotions – et cela dès son origine –, dont les deux premières ont été particulièrement connotées émotionnellement. Numa DROZ, conseiller fédéral, écrivait en 1894 que l'introduction de l'initiative populaire constitutionnelle ouvrait la période de la « démagogie » :

« On peut diviser l'histoire contemporaine de la Suisse en trois périodes : celle du parlementarisme, qui s'étend de 1848 à 1874 ; celle de la démocratie, issu de la révision fédérale de 1874, qui a établi le référendum facultatif ; et celle de la démagogie qui s'est ouverte il y a deux ans avec l'introduction du droit d'initiative en matière de révision partielle de la constitution. »⁹⁶⁸

⁹⁶⁵ ZAMIR/TEICHMAN (2018), p. 415 (sur l'influence des émotions intenses sur les processus de décision à l'exemple de la lutte contre le terrorisme) ; Pierre LE COZ, *Le gouvernement des émotions... et l'art de déjouer les manipulations*, Paris, 2014 ; George MARCUS, *Le citoyen sentimental : Émotions et politique en démocratie*, Paris, 2008 ; Myriam REVAULT D'ALLONNES, *L'homme compassionnel*, Paris, 2008 ; Pierre LIVET, « Dans quelles conditions les émotions collectives peuvent-elles bloquer ou aider la délibération démocratique ? », in : *Revue européenne des sciences sociales*, tome 45, 2007, p. 111 ss ; Robin COREY, *La Peur : Histoire d'une idée politique*, Paris, 2006 ; Philippe BRAUD, *L'émotion en politique*, Paris, 1996.

⁹⁶⁶ Cf. ci-dessus ch. 1.2.1.2.

⁹⁶⁷ Rapport du 27 février 1948 du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur l'initiative du 23 juillet 1946 pour le retour à la démocratie directe (FF 1948 I 1041).

⁹⁶⁸ Numa DROZ, « La démocratie en Suisse et l'initiative populaire », in : *Bibliothèque universelle et revue suisse*, IV/1894, p. 225.

Exemples :

- La première initiative populaire, acceptée en 1893 – *l'interdiction de saigner les animaux de boucherie* sans les avoir étourdis préalablement⁹⁶⁹ – « fleurait l'antisémitisme de l'époque »⁹⁷⁰. Numa DROZ la prenait comme illustration de sa thèse : « Le premier usage du nouveau droit a été une triste illustration de ce qu'on doit en attendre dans les conditions où il s'exerce. Depuis un certain nombre d'années, un groupe d'hommes guidés par des considérations qu'ils peuvent croire humanitaires, mais qui sont certainement influencées par le mouvement antisémite qui nous vient d'Allemagne, réclamaient l'interdiction du mode d'abattage du bétail pratiqué par les Israélites. »⁹⁷¹
- La suivante – *l'interdiction de l'absinthe*⁹⁷² – a été adoptée en 1908 à la suite de l'assassinat par un alcoolique de son épouse et de ses enfants⁹⁷³ ;
- Plus récemment, un délégué aux affaires pénitentiaires d'un canton a pointé « les méfaits du sentiment d'insécurité en démocratie directe » à propos de l'initiative *pour une vraie perpétuité* en écrivant que celle-ci « est le parfait exemple de la difficulté à décider dans ce nouveau contexte émotionnel »⁹⁷⁴ pour conclure que « [l']information, voire la formation de l'opinion est devenue une exigence absolue dans cette société d'individus plus émotionnelle que rationnelle. »⁹⁷⁵

Un siècle plus tard, un ancien conseiller fédéral également, Kaspar VILLIGER, tempérait pourtant ce constat sur le long terme, tout en reconnaissant que les votations populaires sont des moments émotionnellement à risque dans la vie politique suisse :

« Die Erfahrung in der langen Frist zeigt, dass unser Volk in Abstimmungen mehrheitlich kluge Entscheide gefällt hat. Trotzdem sind Volksabstimmungen für emotionale Verzerrungen anfällig. Der Erfolg der direkten Demokratie ist von der Ausgiebigkeit, Länge und Gründlichkeit der den Abstimmungen vorangehenden öffentlichen Diskussion abhängig. Volksabstimmungen < im Affekt > sind riskant. »⁹⁷⁶

⁹⁶⁹ Initiative populaire « Interdiction d'abattre le bétail de boucherie sans l'avoir préalablement étourdi », votation populaire du 20 août 1893 (FF 1893 IV 403).

⁹⁷⁰ Jean-Daniel DELLEY, « L'initiative populaire au défi des émotions et du droit international », in : *Domaine public*, DP 2029, 5 mars 2014.

⁹⁷¹ DROZ (1894), p. 242.

⁹⁷² Initiative populaire concernant l'interdiction de l'absinthe, votation populaire du 5 juillet 1908 (FF 1908 IV 733).

⁹⁷³ DELLEY (2014).

⁹⁷⁴ André VALLOTTON, « L'initiative populaire pour une vraie perpétuité : les méfaits du sentiment d'insécurité en démocratie directe (mai 2004) », in : *Champ pénal/ Penal field*, 23 février 2007, § 22.

⁹⁷⁵ *Ibidem*, § 46.

⁹⁷⁶ Kaspar VILLIGER, *Demokratie und konzeptionelles Denken: Politik im Spannungsfeld von ökonomischen Zwängen, Emotionen und Zufällen*, Zurich, 2015, These 19.

c. *Le cas des lois (sincèrement) symboliques et des lois-alibis*

Les lois sont qualifiées de symboliques si elles n'ont pas d'impact concret immédiat sur le comportement de leurs destinataires⁹⁷⁷. Sont-elles dès lors des lois inutiles ?

Il n'est pas aisé de répondre à la question, car il faut distinguer entre deux types : les *lois sincèrement symboliques* misant sur une résolution du problème à leur base par un simple effet sur les consciences, sans qu'il soit nécessaire de mettre sur pied un lourd appareillage de mise en œuvre et de normes auxiliaires, et les *lois-alibis* destinées à calmer provisoirement l'opinion publique sans volonté de résoudre fondamentalement le problème.

Sur le premier cas de figure, politologues, sociologues ou philosophes du droit ont depuis fort longtemps mis en évidence la *force de l'efficacité symbolique* de la loi, définie comme « l'aptitude de la loi à marquer les représentations de ses destinataires. »⁹⁷⁸

⁹⁷⁷ Luzius MADER, *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Lausanne, 1985, p. 81 et 95 ss. Cf. ég. Peter NOLL, « Symbolische Gesetzgebung », in : *Revue de droit suisse*, vol. 1, Bâle, 1981, p. 347 ss ; Harald KINDERMANN, « Symbolische Gesetzgebung », in : Grimm/Maihofer (éd.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, vol. 13, Opladen, 1988, p. 222 ss ; Arndt SCHMEHL, « Symbolische Gesetzgebung », in : *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1991, p. 251 ss ; Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 2^e éd., Paris, 2004, p. 400 ss ; Jean-François PERRIN, *Sociologie empirique du droit*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1997, p. 71 ss, note de bas de page 85 ; Nicolle ZEEGERS/William J. WITTEVEEN/Bart VAN KLINK (éd.), *Social and Symbolic Effects of Legislation under the Rule of Law*, Lewiston, 2005 ; Angelika SIEHR, « Symbolic legislation and the Need for Legislative Jurisprudence: The Example of the Federal Republic of Germany », in : *Legisprudence*, vol. 2, n° 3, 2008, p. 271 ss ; Christoph WINZELER, « Variationen der Verhältnismässigkeit im Rechtsstaat: symbolische Gesetzgebung ? », in : *Revue suisse de jurisprudence*, 2010/8, p. 181 ss ; Luc HEUSCHLING, « Effectivité », « efficacité », « efficience » et « qualité » d'une norme/du droit. Analyse des mots et des concepts », in : Fatin-Rouge/Gay/Vidal-Naquet (dir.), *L'efficacité de la norme juridique : Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, 2012, p. 54 ss ; MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 196 ss ; Bart VAN KLINK/Britta VAN BEERS/Lonneke POORT (éd.), *Symbolic Legislation Theory and Developments in Biolaw*, Cham, 2016 ; Angelika SIEHR, « Symbolic Legislation Under Judicial Control », in : Meßerschmidt/Oliver-Lalana (éd.), *Rational Lawmaking under Review: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*, Berlin, 2016, p. 315 ss ; MÜLLER-GRAF (2018), p. 130 ss. Sur la mise en œuvre et l'effectivité, cf. ci-dessous ch. 6.1.3.

⁹⁷⁸ François OST/Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002, p. 334.

Pour François OST par exemple, « la véritable efficacité de la loi est d'ordre symbolique. »⁹⁷⁹

L'action qu'exerce le symbole de la loi sur les représentations des destinataires, sur leurs opinions et leurs attitudes mentales, affecte leurs comportements, mais de manière plus indirecte et avec parfois un décalage temporel⁹⁸⁰. L'objectif avéré du législateur peut être en effet de se limiter à façonner les représentations des acteurs concernés et d'influencer leurs attitudes mentales plutôt que de viser des effets plus directement concrets. Dans ces conditions, le simple fait de légiférer, indépendamment d'une mise en œuvre effective de la loi, peut être de nature à résoudre le problème⁹⁸¹.

La loi a dans un tel cas un *effet* « *expressif* » selon les théoriciens du droit américains (« expressive effect of law ») : bien que non mise en œuvre – que les sanctions fassent défaut (*lex imperfecta*⁹⁸²), que les ressources administratives pour son exécution soient insuffisantes ou que la volonté de mise en œuvre soit déficiente – elle affecte néanmoins le comportement de ses destinataires par l'expression des nouvelles valeurs sociales qu'elle renferme et qu'elle a pour but de communiquer.

« We can [...] define the expressive function of law as the ability of law, beyond establishing and enforcing rules, to express those rules as a social meaning that can reinforce or change the norms of a community. »⁹⁸³

De telles normes déploient ainsi des effets « latents » pour reprendre les termes de Renato TREVES :

« L'inefficacité des lois n'exclut pas la possibilité que celles-ci aient des effets latents »⁹⁸⁴.

⁹⁷⁹ François OST, « Le temps virtuel des lois postmodernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information », in : Clam/Martin (éd.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, 1998, p. 445.

⁹⁸⁰ MADER (1985), p. 81.

⁹⁸¹ Alexandre FLÜCKIGER, « Le droit administratif en mutation : l'émergence d'un principe d'efficacité », in : *Revue de droit administratif et de droit fiscal*, vol. 57, 2001, p. 97.

⁹⁸² Les Romains déjà avaient reconnu un tel effet symbolique et l'avaient employé avec succès dans le cadre de la *lex imperfecta* (Thomas MCGINN, « The Expressive Function of Law and the Lex Imperfecta », in : *Roman Legal Tradition*, vol. 11, 2015, p. 1 ss).

⁹⁸³ MCGINN (2015), p. 2. Cf. ég. Robert COOTER, « Expressive Law and Economics », in : *The Journal of Legal Studies*, vol. 27, 1998, p. 585 ; Cass SUNSTEIN, « On the Expressive Function of Law », in : *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 144, 1996, p. 2052 ; Lawrence LESSIG, « Social Meaning and Social Norms », in : *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 144, 1996, p. 2185.

⁹⁸⁴ Renato TREVES, *Sociologie du droit*, Paris, 1995, p. 199.

Jean CARBONNIER, critiquant l'« effectivisme »⁹⁸⁵, voit une utilité aux lois ineffectives si, par la « mauvaise conscience » qu'elles créent auprès de leurs groupes cibles, elles s'opposent à des violations plus étendues du droit. La loi sert ici à infliger mauvaise conscience.

« On ne tardera pas à s'apercevoir, nous le craignons, que l'effectivisme est un faux réalisme : tant que les pratiques policières étaient illégales, elles étaient contraintes à quelque prudence ; maintenant qu'elles sont légalisées, elles vont aller de l'avant. On a oublié trop vite qu'une règle de droit, même ineffective, peut avoir son utilité, en créant un climat d'insécurité juridique, de responsabilité, de « mauvaise conscience », qui s'oppose à des violations plus étendues. Au fond, ineffective aux yeux du juriste, elle demeure effective, partiellement effective pour le sociologue. »⁹⁸⁶

Ne serait-ce pas aujourd'hui le cas du débat relatif à la *pénalisation du harcèlement de rue* (délit d'outrage sexiste⁹⁸⁷) : si la mesure risque de manière prévisible de se heurter à des grandes difficultés d'application, une disposition pénale de cette sorte, fût-elle symbolique, ne permettrait-elle pas de générer dans un premier temps des *sanctions sociales* qui, progressivement, se cristalliseraient sur le long terme en une pratique véritablement juridique ? Une analyse d'impact est cependant nécessaire pour se prémunir contre d'éventuels effets indésirables (par exemple un risque de stigmatisation éventuel selon la composition socio-économique des infracteurs potentiels).

Si le législateur, conscient de la portée purement symbolique de son texte, mise sérieusement sur la force qu'il peut exercer sur les représentations mentales des individus et qu'il n'en résulte pas d'effets indésirables, il peut potentiellement contribuer à résoudre un problème, en partie du moins (*lois sincèrement symboliques* sans effets indésirables disproportionnés). On aurait donc « tort de déprécier les législations de caractère symbolique » lorsqu'elles « peuvent contribuer à apaiser un conflit ou créer un climat de confiance » ou encore à expérimenter certaines solutions selon Charles-Albert MORAND⁹⁸⁸. Le Tribunal fédéral est pourtant réticent à reconnaître cette force du symbole : la portée symbolique d'une mesure est une justification en général insuffisante pour admettre l'aptitude de celle-ci à atteindre le but visé, c'est-à-dire disproportionnée au sens de la maxime de l'aptitude⁹⁸⁹.

⁹⁸⁵ Cf. ci-dessous ch. 6.1.3.3.

⁹⁸⁶ Jean CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », in : *L'Année Sociologique*, Paris, 1957, p. 17.

⁹⁸⁷ Le Monde, Harcèlement de rue : un rapport parlementaire favorable à une amende immédiate de 90 euros, édition du 24 février 2018.

⁹⁸⁸ Charles-Albert MORAND, « Les objectifs de la législation : approches diversifiées et complémentaires », in : *Droit prospectif*, n° 39, 1989, p. 860 s.

⁹⁸⁹ Art. 5 al. 2 Cst. féd. Cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 815 (réf. cit. à l'interdiction de la circulation automobile lors d'un smog estival). Cf. ég. WINZELER (2010), p. 182.

L'introduction du *langage inclusif* dans les textes administratifs et juridiques⁹⁹⁰ offre un exemple d'effet symbolique influençant la représentation que les femmes ont d'elles-mêmes dans la société, préparant le terrain à des actions plus concrètes de manière indirecte et décalée dans le temps. Dans certains cas, l'impact est même concret, direct et immédiat, à l'instar de la rédaction égalitaire des offres d'emploi conduisant à accroître la part de femmes candidates⁹⁹¹. Refuser de légiférer sur la question au motif d'un impact essentiellement symbolique qui échouerait à réaliser l'objectif de l'égalité des sexes serait méconnaître l'efficacité potentielle des symboles. Le risque est bien sûr de créer une loi prétexte (loi-alibi) si celle-ci n'est pas suivie d'autres mesures plus concrètes.

On songera de manière plus générale à l'*exemplarité des autorités* et à l'organisation de *journées symboliques*, de nature à changer progressivement les mentalités et à provoquer à terme des effets concrets comme nous le montrerons⁹⁹².

Le problème ne sera en revanche pas résolu si le législateur croit, naïvement ou – pire – cyniquement, qu'il suffit de légiférer inconsidérément pour régler n'importe quelle demande sociale. La loi sert dans ce cas à se donner bonne conscience. Il s'agit des *lois-alibis*⁹⁹³, à l'exemple des lois sécuritaires prises sous le coup de l'émotion visant à calmer un sentiment diffus d'insécurité qui, sans s'illusionner sur leur efficacité concrète⁹⁹⁴, sont en revanche problématiques dans la mesure où elles provoquent de nouveaux problèmes et des effets indésirables, en matière de droits fondamentaux en particulier⁹⁹⁵.

Le Conseil d'Etat en France n'apprécie guère les lois symboliques pour le risque d'alibi : « La force symbolique de la loi reste prégnante dans la culture juridique française. Il en résulte une demande sociale importante tant est ancrée la croyance selon laquelle la loi vient à bout des difficultés, qu'elle est une solution, une garantie ou, en quelque sorte, une thérapeutique » avec comme illustration la « préoccupation sécuritaire », la « lutte contre la précarité » et la « reconnaissance ou l'interprétation de l'histoire »⁹⁹⁶.

Le problème posé par une loi symbolique en matière de *lutte contre la précarité* sera son absence d'effets concrets sur les populations paupérisées ; absence qui peut avoir été cyniquement voulue. L'éclairage légistique ne va pas se substituer à la décision politique, mais simplement l'éclairer pour s'assurer que le choix a été pris en toute lumière.

L'exemple de *l'interprétation de l'histoire* que prend le Conseil d'Etat est le suivant : « La loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés dispose, en son article 1^{er}, que « la Nation exprime sa reconnaissance aux femmes et aux hommes qui ont participé à l'œuvre

⁹⁹⁰ Cf. ci-dessous ch. 3.3.3.3i et 5.3.3.2e.

⁹⁹¹ Réf. cit. ci-dessous note de bas de page 3265.

⁹⁹² Cf. ci-dessous cf. 3.3.3.3i et 3.3.3.3j.

⁹⁹³ MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 197.

⁹⁹⁴ David R. WENGER, « Symbolische Gesetzgebung oder die Tendenz zur Verrechtlichung des Nichtrechtlichen », in : *Revue de droit suisse*, vol. 1, Bâle, 2003, p. 236 ; WINZELER (2010), p. 181 s.

⁹⁹⁵ SIEHR (2008), p. 280.

⁹⁹⁶ CONSEIL D'ETAT, *Sécurité juridique et complexité du droit : Rapport public 2006*, p. 259.

accomplie par la France dans les anciens départements d'Algérie, au Maroc, en Tunisie et en Indochine ainsi que dans les territoires placés antérieurement sous la souveraineté française »⁹⁹⁷. Sans connaître le dossier, on pourrait suivre le Conseil d'Etat dans sa critique si la loi ne contenait qu'une reconnaissance symbolique purement stratégique pour éviter de verser des dédommagements par exemple.

2.1.2.2 *Le test de la nécessité d'une intervention politico-juridique*

Le critère de pertinence permet de vérifier le *besoin réel* d'une intervention du politique.

Les recommandations de l'OCDE concernant la politique et la gouvernance réglementaires de 2012 le préconisent : « Les politiques d'évaluation ex ante devraient exiger la mise en évidence d'un besoin précis [...] qui justifie le recours à la réglementation. »⁹⁹⁸

En droit de l'Union européenne, selon l'Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » « [l]es analyses d'impact devraient porter sur l'existence, l'ampleur et les conséquences d'un problème et examiner si une action de l'Union est nécessaire ou non. »⁹⁹⁹

Afin de prévenir le risque qu'elle soit inutile, inefficace ou, pire, qu'elle produise des effets pervers, la loi doit préalablement subir un *test de la nécessité d'intervention politico-juridique*¹⁰⁰⁰.

« Muss überhaupt etwas geschehen? Anders formuliert: Was geschieht, wenn nicht geschieht » est la première question à se poser, bien qu'elle ne relève pas de l'évidence, rappelle Georg MÜLLER¹⁰⁰¹.

Si le besoin est reconnu, la loi subira dans la phase ultérieure de l'analyse d'impact un second test qui portera alors sur le *besoin d'intervention par la loi*¹⁰⁰².

⁹⁹⁷ *Ibidem*, p. 261.

⁹⁹⁸ OCDE, *Recommandation du Conseil concernant la politique et la gouvernance réglementaires*, Paris, 2012, ch. 4.2.

⁹⁹⁹ PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 13 avril 2016*, ch. 12.

¹⁰⁰⁰ Cf. par exemple Rainer SCHWEIZER, « Die Prüfung der Notwendigkeit neuer Erlasse », in : Klug *et al.* (éd.), *Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozessrecht : Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig*, Berlin, 1978, p. 66 ss.

¹⁰⁰¹ Georg MÜLLER, « Mehr denken beim Lenken », in : Griffel (éd.), *Vom Wert einer guten Gesetzgebung*, Berne, 2014, p. 64 ss.

¹⁰⁰² Cf. ci-dessous ch. 3.1.2.2.

2.2 Les instruments pour évaluer la pertinence (planification législative et analyse d'impact prospective)

2.2.1 Introduction

Afin d'évaluer le besoin d'une intervention politico-juridique, les auteurs et la pratique proposent un double niveau d'analyse correspondant aux deux types d'instruments suivants :

- à moyen ou plus long terme, une *perspective globale* recensant et précisant l'importance relative des problèmes et la priorité de leur traitement qu'il s'agit d'inscrire dans une *planification législative* (ch. 2.2.2) ;
- à plus court terme, une *perspective sectorielle* où la nature de chaque intervention proposée est évaluée spécifiquement dans le cadre des premières phases de *l'analyse d'impact législative prospective* (ch. 2.2.3).

2.2.2 La planification législative

2.2.2.1 La rationalisation de l'agenda parlementaire et ses limites

La planification est un instrument typiquement utilisé lorsqu'il s'agit de déterminer des besoins et de coordonner les mesures pour les satisfaire¹⁰⁰³. Si ce mode d'action était très en vogue jusque dans les années 1970-1980 tant dans le secteur privé que public, il a subsisté jusqu'à aujourd'hui dans les démocraties occidentales, souvent sous d'autres dénominations¹⁰⁰⁴.

Dans le domaine législatif, Peter NOLL a proposé en 1973 d'instituer un organe de planification chargé d'établir les priorités législatives du Parlement. Estimant que le législateur se focalisait sur des problèmes mineurs au détriment des grands enjeux du moment, il se proposait de charger cet organe d'inventorier et de hiérarchiser les problèmes selon leur importance relative¹⁰⁰⁵. L'idée consistait à « rationaliser l'établissement de l'agenda parlementaire »¹⁰⁰⁶. On retrouve la

¹⁰⁰³ Sur cette fonction de la planification, cf. Alexandre FLÜCKIGER, *Le régime juridique des plans : l'exemple du plan de gestion des déchets*, Berne, 1996, p. 29.

¹⁰⁰⁴ Cf. ci-dessous ch. 3.5.2.1 *i.f.*

¹⁰⁰⁵ Peter NOLL, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek, 1973, p. 75. Proposition reprise par Walther HUG, « Gesetzesflut und Rechtsetzungslehre », in : Klug/Ramm/Rittner/Schmiedel (éd.), *Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozeßrecht*, Berlin/Heidelberg, 1978, p. 13.

¹⁰⁰⁶ Jean-Daniel DELLEY, « Penser la loi : Introduction à une démarche méthodique », in : Morand (éd.), *Légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence, 1999, p. 81 ss. Dans le même sens, cf. Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 3^e éd., Zurich, 2013, p. 31.

même idée chez Blaise KNAPP qui très tôt préconisait d'adopter un « plan sectoriel de la législation » :

« Dans un système de planification parfait, les lois devraient être adoptées selon l'ordre de priorité prévu par les plans à cet effet. Il devrait y avoir un plan sectoriel de la législation. »¹⁰⁰⁷

De telles mesures de planification ont le mérite indubitable de contribuer à une certaine transparence de l'activité législative et une priorisation de celle-ci. On rappelle cependant que la mise à l'agenda des problèmes publics (« agenda-setting ») est, dans la réalité des faits, très difficilement planifiable et qu'elle échappe aux canons de la raison pure¹⁰⁰⁸. Dans une démocratie directe, l'initiative populaire ôte même toute maîtrise aux élus : la mise à l'agenda est placée entre les mains du peuple. Les émotions, les multiples intérêts particuliers et les circonstances demeurent *nolens volens* les vrais maîtres du ressort politique.

2.2.2.2 Les programmes législatifs

Le droit positif conserve aujourd'hui encore des traces de cette vision de la rationalité. Une bonne réglementation débute par une « bonne planification » annonce d'emblée la Commission dans ses directives « Mieux légiférer » :

« Good regulation starts with good planning. Work should focus on the Commission's priorities as reflected in the President's political guidelines and the Commission's annual work programmes. »¹⁰⁰⁹

Le droit de l'Union européenne prévoit à cet effet une *programmation annuelle et pluriannuelle*¹⁰¹⁰.

Cette programmation est confiée à la Commission (art. 17 § 1 du Traité sur l'Union européenne). Élaborée par les trois institutions, la programmation pluriannuelle contient les principaux objectifs et les priorités stratégiques de l'Union (art. 5 de l'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 13 avril 2016). La programmation annuelle

¹⁰⁰⁷ Blaise KNAPP, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., 1991, Bâle, ch. 859, p. 193. Pour un point sur cette problématique dans les années 1970, cf. Christoph LANZ, *Politische Planung und Parlament: die Partizipation des Parlamentes an politischen Planungen in der Schweiz*, Berne, 1977 ; Wolf LINDER, « Planung und Verfassung », in : *Revue de droit suisse*, vol. 1, Bâle, 1977, p. 369 ss.

¹⁰⁰⁸ Cf. ci-dessous ch. 2.3.3.

¹⁰⁰⁹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines* (2017), ch. 3.1.

¹⁰¹⁰ María José MARTÍNEZ IGLESIAS, « The European Parliament and the Better Law-Making Agenda », in : Garben/Govaere (éd.), *The EU Better Regulation Agenda : A Critical Assessment*, Portland, 2018, p. 105 ss ; Patricia POPELIER, « Management of Legislation », in : Karpen/Xanthaki (éd.), *Legislation in Europe: a Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners*, Oxford/Portland, 2017, p. 64. Cf. ég. ci-dessous ch. 3.5.2.1.

comprend quant à elle le programme de travail de la commission ainsi que la programmation interinstitutionnelle (art. 6 et 7). Le programme de travail de la commission comprend les « grandes propositions législatives et non législatives », y compris les abrogations, refontes, simplifications et retraits (art. 8).

Le droit fédéral prévoit pour sa part que le Conseil fédéral soumette au Parlement un *programme de législature* contenant en particulier un *programme législatif*¹⁰¹¹.

Le *programme de la législature* se compose d'un message que le Conseil fédéral doit soumettre à l'Assemblée fédérale avec un projet d'arrêté fédéral simple qui définit les lignes directrices de la politique, les objectifs du programme de législature avec les actes de l'Assemblée fédérale prévus¹⁰¹². Outre une analyse de la situation et le plan financier notamment, le message sur le programme de la législature doit présenter le *programme législatif* du Conseil fédéral, c'est-à-dire un aperçu de tous les projets d'actes que le Conseil fédéral prévoit de soumettre à l'Assemblée fédérale¹⁰¹³.

Chaque année, le Conseil fédéral doit communiquer à l'Assemblée fédérale ses *objectifs annuels* qui doivent être coordonnés avec le programme de la législature¹⁰¹⁴. Le Conseil fédéral peut adresser d'autres planifications à l'Assemblée fédérale¹⁰¹⁵. Le droit de participation de l'Assemblée fédérale aux « planifications importantes des activités de l'État » est garanti par la Constitution fédérale¹⁰¹⁶.

La concrétisation de ces planifications au niveau de chaque projet de loi est assurée par une *section du message du Conseil fédéral* relatif à la loi en question, spécifiquement consacrée aux relations du projet avec le programme de législature¹⁰¹⁷.

¹⁰¹¹ Cf. ég. ci-dessous ch. 3.5.2.1.

¹⁰¹² Cf. Message du 27 janvier 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019 (FF 2016 981) et l'arrêté fédéral du 14 juin 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019 (FF 2016 4999).

¹⁰¹³ Art. 146 Loi sur le Parlement.

¹⁰¹⁴ Art. 144 Loi sur le Parlement.

¹⁰¹⁵ Art. 148 Loi sur le Parlement.

¹⁰¹⁶ Art. 173 al. 1 let. g Cst. féd. ; art. 28 et 147 Loi sur le Parlement. Sur la participation des parlements à la planification politique, voir Pascal SCIARINI, « La participation des parlements à la planification politique : bilan et perspectives », in : *Parlement, Bulletin d'information de la Société suisse des questions parlementaires*, n° 3, 2004, p. 16 ; LANZ (1977) ; cf. ég. Jean-François AUBERT, « Art. 173, al. 1, let. g », in : Aubert/Mahon (éd.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich etc., 2003, p. 1310 s. ; Martin GRAF, « Art. 147 », in : Graf *et al.* (éd.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung: Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13. Dezember 2002*, Bâle, 2014 ; Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 3^e éd., Zurich, 2013, p. 259 ss. Sur la nature juridique de la planification politique, cf. FLÜCKIGER (1996, *Le régime juridique des plans*), p. 55 s. (réf. cit.).

¹⁰¹⁷ Art. 141 al. 2 let. h Loi sur le Parlement. CHANCELLERIE FÉDÉRALE, *Aide-mémoire sur la présentation des messages du Conseil fédéral*, Berne, 2018, ch. 1.3 du schéma général.

2.2.2.3 *Les planifications thématiques*

Nous montrerons plus loin que les actes de planification sont aujourd'hui encore très utilisés pour initier de nouvelles lois, de manière progressive selon une action pragmatique pas nécessairement conforme à l'idéal kelsénien. Tel est le cas lorsque la loi se forme par *inversion hiérarchique normative* sur la base d'un plan¹⁰¹⁸. Les *actes de gouvernance*¹⁰¹⁹ sont également susceptibles de conduire à terme à de nouvelles lois. Les divers *livres verts et blancs* de l'Union européenne revêtent également cette caractéristique de « pré-droit »¹⁰²⁰. On notera enfin que la démarche légistique elle-même, concrétisée par l'*analyse d'impact législative* (au sens large) que nous examinerons ci-après, relève fondamentalement d'une logique de la planification¹⁰²¹.

2.2.3 L'analyse d'impact prospective (analyse d'impact au sens large)

2.2.3.1 *Une concrétisation en droit positif de la démarche de légistique matérielle*

L'analyse d'impact prospective s'est progressivement imposée depuis le milieu des années 1970¹⁰²² sur la base de directives, de guides, de

¹⁰¹⁸ Cf. ci-dessous ch. 3.5.2.5.

¹⁰¹⁹ Cf. ci-dessous ch. 3.5.4.

¹⁰²⁰ Cf. ci-dessous ch. 3.5.2.1.

¹⁰²¹ Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.2b.IV. En particulier : « La planification : un mode de rationalité dépassé pour la légistique ? », in : Morand (éd.), *Légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence, 1999, p. 117 ss.

¹⁰²² OCDE, *L'analyse d'impact de la réglementation : un outil au service de la cohérence des politiques*, Paris, 2009, p. 15 ss. L'OCDE fixe à 1974 l'adoption par les premiers pays membres de l'analyse d'impact de la réglementation (p. 3). Sur cet instrument, cf. Stephan NAUNDORF/Claudio M. RADAELLI, « Regulatory Evaluation Ex Ante and Ex Post: Best Practice, Guidance and Methods », in : Karpen/Xanthaki (éd.), *Legislation in Europe: a Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners*, Oxford/Portland, 2017, p. 187 ss ; Bertrand-Léo COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, Paris, 2017 ; Claire A. DUNLOP/Claudio M. RADAELLI (éd.), *Handbook of regulatory impact assessment*, Cheltenham, 2016 (sur sa diffusion dans les pays de l'OCDE, cf. p. 271 ss) ; cf. ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION, « Études d'impact et production normative », in : *Revue française d'administration publique*, n° 149, 2014/1 ; Thomas DELILLE, *L'analyse d'impact des réglementations dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, 2013 ; France HOULE, *Analyses d'impact et consultations réglementaires au Canada. Étude sur les transformations du processus réglementaire fédéral : de la réglementation pathogène à la réglementation intelligente*, Cowansville, 2012 ; Luzius MADER, « Stand und Entwicklungstendenzen der Gesetzesfolgenabschätzung in der Schweiz: Perspektiven und Entwicklungstendenzen », in : Hensel/Bizer/Führ/Lange (éd.), *Gesetzesfolgenabschätzung in der Anwendung: Perspektiven und Entwicklungs-*

critères ou de lignes directrices¹⁰²³ avant de trouver, parfois, un ancrage en droit « dur »¹⁰²⁴.

L'analyse d'impact législative peut être définie comme le processus visant à mettre en évidence la logique à l'œuvre unissant le problème de société concerné à sa solution législative en exposant les impacts probables de cette dernière.

Les lignes directrices européennes l'explicitent : « IAs must set out the logical reasoning that links the problem (including subsidiarity issues), its underlying causes, the objectives and a range of policy options to tackle the problem. They must present the likely impacts of the options, who will be affected by them and how. »¹⁰²⁵

On trouve en doctrine de nombreuses définitions de l'évaluation *ex ante*. Jonathan VERSCHUUREN et Rob VAN GESTEL par exemple la définissent de la manière suivante : « Future oriented research into the expected effects and side-effects of potential new legislation following a structured and formalised procedure, leading to a written report. Such research includes a study of the possible effects and side-effects of alternatives, including the alternative of not regulating at all. »¹⁰²⁶

Prise dans son sens large, l'analyse d'impact institutionnalise la démarche de *légistique matérielle dans sa phase prospective*, suivant en cela très fidèlement les phases du modèle programmatique proposées par Peter NOLL en 1973¹⁰²⁷. Elle concrétise essentiellement les trois premières phases de la méthode : phases analytique, téléologique et stratégique.

tendenzen, Baden-Baden, 2010, p. 252 ss ; Werner BUSSMANN, « Die prospektive Evaluation und ihre Verfahren zur Prüfung von Erlassen », in : *LeGes*, 2009/2, p. 175 ss ; Heinz SCHÄFFER (éd.), *Evaluierung der Gesetze: Gesetzesfolgenabschätzung II: Weitere Erfahrungsberichte aus dem In- und Ausland, Staatspraxis und Wirtschaft*, Vienne, 2007 ; Colin H. KIRKPATRICK/David PARKER (éd.), *Regulatory Impact Assessment: Towards Better Regulation?*, Cheltenham, 2007. Pour une bibliographie des principales sources helvétiques et germaniques, cf. MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 58, note de bas de page 206.

¹⁰²³ On trouvera une synthèse de ces documents ainsi qu'un résumé détaillé en français pour chacun d'entre eux pour l'Autriche, le Canada, les communautés européennes, la Finlande, l'Allemagne, le Japon, les Pays-Bas, la Suède, l'Espagne, le Royaume-Uni et les États-Unis in : OCDE, *Mise au point et utilisation des listes de critères à prendre en compte pour l'élaboration des réglementations*, Paris, 1993. Ce rapport relève que les pays de l'Est, avant la chute du mur de Berlin, connaissaient des directives très semblables, par exemple la Tchécoslovaquie (note de bas de page 4, p. 20).

¹⁰²⁴ Cf. ci-dessous ch. 2.2.3.3.

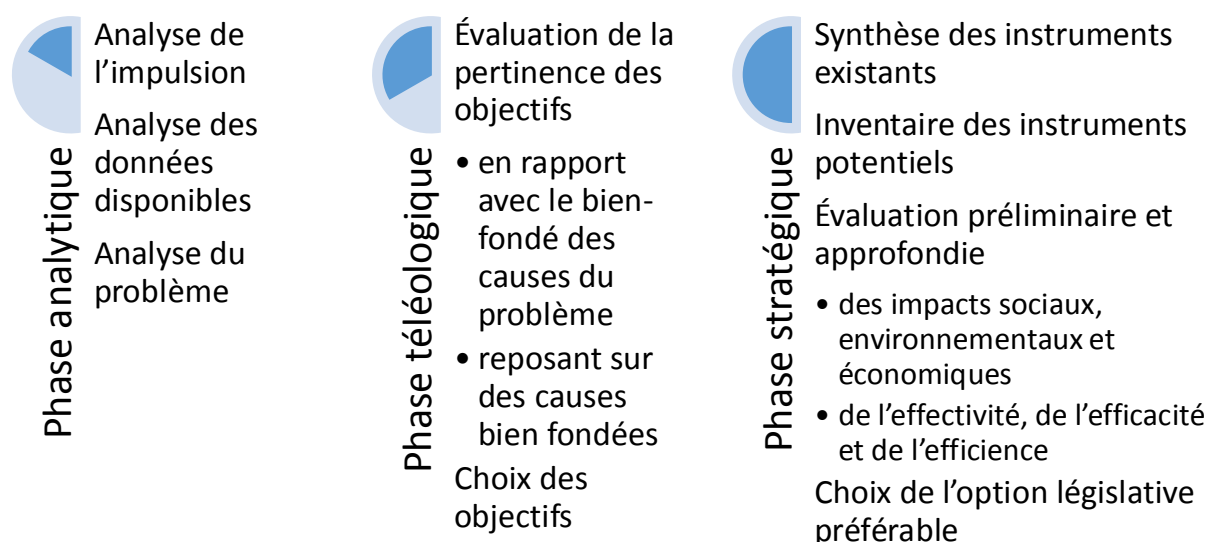
¹⁰²⁵ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines*, Bruxelles, 2017, chap. III.

¹⁰²⁶ Jonathan VERSCHUUREN/Rob VAN GESTEL, « Ex Ante Evaluation of Legislation: An Introduction », in : Verschuuren (éd.), *The Impact of Legislation: A Critical Analysis of Ex Ante Evaluation*, Leyde, 2009, p. 5.

¹⁰²⁷ Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.1.

On notera que ce processus est susceptible d’être réitéré jusqu’au *stade parlementaire*. Le droit de l’Union européenne prévoit ainsi une analyse d’impact des *amendements* substantiels apportés aux projets de la Commission¹⁰²⁸; le droit français également, mais qui n’a en pratique pas été mis en œuvre¹⁰²⁹.

Figure 2-2 – Phases de l’analyse d’impact prospective (légistique matérielle prospective)¹⁰³⁰



2.2.3.2 Une quadruple séquence d'évaluations

L'expression « analyse d'impact » ou « évaluation prospective » a souvent été utilisée de manière limitative, ne désignant que la phase consistant à évaluer de manière prospective l'impact des différentes options stratégiques après avoir procédé à l'inventaire des différents instruments possibles (analyse d'impact *au sens étroit*)¹⁰³¹.

Nous utiliserons pour notre part l'expression dans son sens large à l'instar de l'OCDE et de l'Union européenne¹⁰³². En effet dans la mesure où les étapes préalables de discussion du problème, de la détermination des objectifs et de la stratégie visent également à évaluer l'impact du projet de loi sous l'angle de la pertinence, elles font partie intégrante de la démarche analytique complète.

¹⁰²⁸ PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 13 avril 2016*, ch. 15. Cf. ci-dessus ch. 1.3.5.2 et ci-dessous ch. 2.2.3.3b.

¹⁰²⁹ COMBRADE (2017), p. 157 ss.

¹⁰³⁰ Pour consulter la *phase suivante*, cf. ci-dessous Figure 2-5 – Phases de l'analyse d'impact prospective (phase analytique), p. 181. Pour le *schéma général*, cf. ci-dessus Figure 1-1 – Cycle légistique, p. 38.

¹⁰³¹ Par exemple MADER (1985), p. 46 ; MORAND (1999), p. 19. Cf. ci-dessous ch. 4.3.

¹⁰³² Cf. ci-dessous ch. 2.2.3.3.

Limiter conceptuellement l'analyse d'impact à la fin du processus témoigne, probablement inconsciemment, d'une conception, dépassée mais toujours présente, selon laquelle l'évaluation de l'efficacité l'emporterait sur celle de la pertinence.

KNOEPFEL, LARRUE, VARONE et SAVARD réhabilitent le critère de la pertinence dans l'évaluation législative¹⁰³³. Ils expliquent que cet aspect est souvent exclu de l'analyse, car « la question de la pertinence d'une politique publique représente la dimension la plus < politique >, donc la plus délicate et la plus sensible, qu'une évaluation ait à examiner. Aussi les responsables politiques ou administratifs l'excluent-ils souvent du champ d'évaluation qu'un expert externe doit étudier dans le cadre de son mandat. »¹⁰³⁴ Ils soulignent dès lors à juste titre qu'une évaluation de la pertinence ne doit pas être conduite selon des méthodes technocratiques¹⁰³⁵.

On retrouve cette confusion potentielle entre évaluation de l'efficacité et évaluation plus globale des impacts dans la rédaction de la disposition constitutionnelle fédérale relative à l'évaluation, dont la lettre se limite à l'évaluation de l'« efficacité des mesures » (art. 170 Cst. féd.)¹⁰³⁶.

L'analyse d'impact législative prospective, prise dans son sens large, contient en réalité une *quadruple séquence d'évaluations différentes*.

On relèvera que les évaluations prévues dans le processus d'analyse d'impact s'inscrivent dans une série supplémentaire de *tests préalables* que doit subir tout projet de loi, en particulier juridiques et linguistiques¹⁰³⁷, que nous ne détaillerons pas ici.

¹⁰³³ Peter KNOEPFEL/Corinne LARRUE/Frédéric VARONE/Jean-François SAVARD, *Analyse et pilotage des politiques publiques: France, Suisse, Canada*, Québec, 2015, p. 293ss.

¹⁰³⁴ KNOEPFEL/LARRUE/VARONE/SAVARD (2015), p. 293.

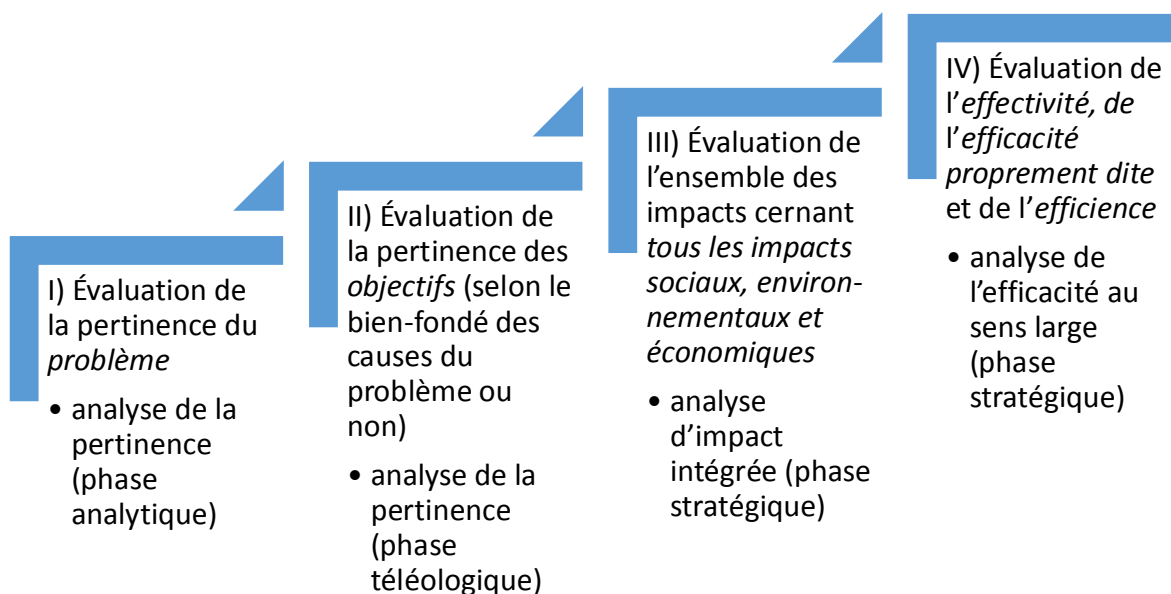
¹⁰³⁵ *Ibidem*, p. 294.

¹⁰³⁶ Cf. ci-dessous ch. 6.2.3.2.

¹⁰³⁷ En droit hollandais, VAN GESTEL en recense une centaine (cit. in : Koen VAN AEKEN, « Pushing Evaluation Forward. Institutionalization as a Means to Foster Methodological Growth of Legislative Ex Ante Evaluation », in : Verschuuren (éd.), *The Impact of Legislation: A Critical Analysis of Ex Ante Evaluation*, Leyde, 2009, p. 131).

Les deux premières évaluations visent à sonder la *pertinence* de la loi : I) pertinence du problème (ch. 2.3.5.2¹⁰³⁸) et II) pertinence des objectifs (ch. 2.4.4¹⁰³⁹) ; l'évaluation suivante (III) sert à se forger une *image globale des incidences* (ch. 4.3.2¹⁰⁴⁰) et la dernière (IV), seulement, à conclure à l'*efficacité au sens large* (effectivité, efficacité proprement dite et efficience [ch. 4.3.3])¹⁰⁴¹.

Figure 2-3 – Typologie des différentes évaluations à effectuer dans le cadre de l'analyse d'impact



2.2.3.3 Les sources

On se limitera à évoquer ici le rôle de l'OCDE ainsi que la situation dans l'Union européenne et en Suisse. Pour les autres pays, on se référera à la bibliographie en tête de chapitre¹⁰⁴².

¹⁰³⁸ Cf. ci-dessous Figure 2-8 – Evaluation de la pertinence du problème – , p. 199.

¹⁰³⁹ Cf. ci-dessous Figure 2-12 – Evaluation de la pertinence des objectifs, p. 225.

¹⁰⁴⁰ Cf. ci-dessous Figure 4-5 – Diagramme d'intervention logique – modèle d'impacts p. 476.

¹⁰⁴¹ Sur ces concepts, cf. ci-dessous ch. 4.3.3 et Figure 4-5 – Diagramme d'intervention logique – modèle d'impacts, p. 476.

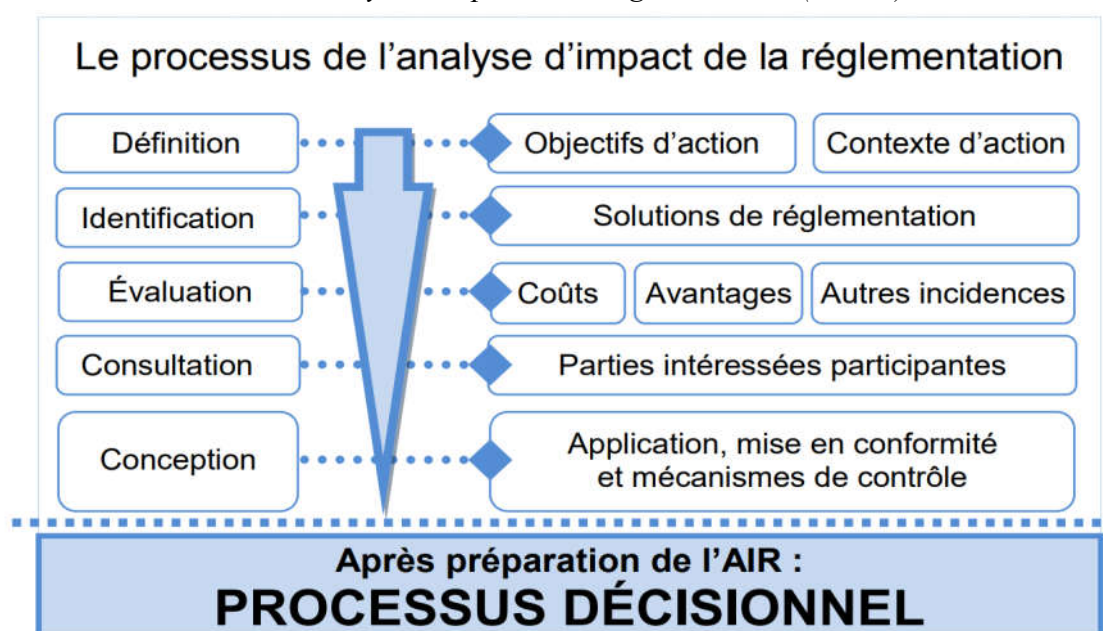
¹⁰⁴² Cf. ci-dessus ch. 2.2.3.1. En France, cf. par ailleurs ég. ci-dessus ch. 1.3.5.2.

a. OCDE

L'OCDE définit l'*analyse d'impact de la réglementation* (AIR) comme « un processus rationnel qui comprend différentes phases » pouvant être résumées de la manière suivante :

- « 1. La définition du contexte et des objectifs, notamment l'identification systémique du problème qui fonde l'intervention des pouvoirs publics.
2. L'identification et la définition de toutes les solutions envisageables, réglementaires et non réglementaires, permettant d'atteindre l'objectif d'action.
3. L'identification et la quantification des implications des solutions envisagées, notamment les coûts, avantages et effets distributifs.
4. L'élaboration de stratégies d'application et de mise en conformité pour chacune des solutions envisagées, notamment une évaluation de leur efficacité.
5. La conception de mécanismes de contrôle destinés à évaluer les résultats positifs des mesures proposées et à apporter des informations qui seront exploitées pour la mise au point de solutions réglementaires futures.
6. L'intégration systématique d'une consultation du public pour encourager la participation des parties intéressées au processus réglementaire. Elle apporte des informations pertinentes sur les coûts et avantages des alternatives, notamment sur leur efficacité. »¹⁰⁴³

Figure 2-4 – Processus de l'analyse d'impact de la réglementation (OCDE)¹⁰⁴⁴



¹⁰⁴³ OCDE, *Construire un cadre institutionnel pour l'analyse d'impact de la réglementation (AIR) : orientations destinées aux décideurs*, Paris, 2008, p. 16 ss.

¹⁰⁴⁴ OCDE (2008), p. 17.

L'OCDE insère l'analyse d'impact législative comme instrument dans un contexte plus vaste d'amélioration des politiques réglementaires¹⁰⁴⁵. Une *Recommandation du Conseil sur l'amélioration de la qualité de la réglementation officielle* de 1995, établit une liste des critères de référence à l'attention des pays membres incluant « un certain nombre de questions importantes que les décideurs devraient se poser lorsqu'ils évaluent une situation pour savoir s'ils doivent ou non intervenir face à un problème perçu en matière de politique réglementaire »¹⁰⁴⁶. L'OCDE considère que l'analyse d'impact est « un modèle d'analyse institutionnalisé qui repose sur la même base d'analyse que la liste de critères »¹⁰⁴⁷. L'OCDE a édicté en 2012 de nouvelles recommandations dans lesquelles elle pose clairement l'exigence d'une démarche légistique en engageant ses Etats membres à « adopter, pour la prise de décision réglementaire, un cycle continu, de la définition des objectifs de l'action publique à la conception de la réglementation et à l'évaluation » et réitère celle de l'analyse d'impact :

- « La politique réglementaire définit la démarche par laquelle les autorités, lorsqu'elles ont cerné un objectif, décident de l'opportunité d'utiliser la réglementation comme instrument d'action, et procèdent à l'élaboration et à l'adoption d'un texte suivant une décision prise sur la base d'observations factuelles. Une politique qui vise explicitement à garantir que la réglementation et l'organisation réglementaire servent l'intérêt général devrait engager les autorités à adopter, pour la prise de décision réglementaire, un cycle continu, de la définition des objectifs de l'action publique à la conception de la réglementation et à l'évaluation »¹⁰⁴⁸

¹⁰⁴⁵ L'OCDE a adopté depuis 1995 un certain nombre de principes et de recommandations sur la « politique de la réglementation », notamment la *Recommandation du Conseil concernant l'amélioration de la qualité de la réglementation officielle* en 1995, les *Principes directeurs de l'OCDE pour la qualité et la performance de la réglementation* en 2005 et la *Recommandation du Conseil concernant la politique et la gouvernance réglementaires* en 2012 (liste complète des sources sous : oecd.org/fr > Thèmes > Gouvernance publique > Politique-réglementaire > Principes et recommandations).

¹⁰⁴⁶ OCDE (2008), p. 12.

¹⁰⁴⁷ OCDE (2008), p. 12. Ces critères sont les suivants : 1 : le problème est-il correctement défini ? 2 : l'intervention des pouvoirs publics est-elle justifiée ? 3 : la réglementation représente-t-elle la meilleure forme d'intervention gouvernementale ? 4 : quel est le fondement juridique de la réglementation ? 5 : quel est (quels sont) le(s) niveau(x) d'administration approprié(s) pour agir ? 6 : les avantages des réglementations en justifient-ils les coûts ? 7 : la répartition des effets au sein de la société est-elle transparente ? 8 : la réglementation est-elle claire, cohérente, compréhensible et accessible aux usagers ? 9 : toutes les parties intéressées ont-elles la possibilité de faire connaître leurs vues ? 10 : comment le respect de la réglementation sera-t-il assuré ? (OCDE, *Recommandation du Conseil concernant l'amélioration de la qualité de la réglementation officielle*, Paris, 1995, Appendice).

¹⁰⁴⁸ OCDE (2012), ch. 1.1.

- « Intégrer l'analyse d'impact de la réglementation (AIR) dès le début du processus visant à formuler des projets de réglementation. »¹⁰⁴⁹

b. Union européenne

L'Union européenne rend obligatoire la démarche de légistique matérielle prospective en exigeant que la Commission procède à une analyse d'impact dès que ses initiatives tant législatives que non législatives, y compris ses actes délégués et ses mesures d'exécution, sont « susceptibles d'avoir une incidence économique, environnementale ou sociale importante. »¹⁰⁵⁰

L'obligation porte donc également sur des *actes non législatifs* (par exemple des recommandations, des communications, des livres blancs, des stratégies ou des plans d'action)¹⁰⁵¹. La nature obligatoire des actes n'est pas déterminante. Les actes de droit souple aux incidences importantes seront soumis, contrairement à des actes juridiques ne provoquant que des conséquences mineures. L'Union européenne reconnaît ainsi officiellement que la force obligatoire, qui définit l'acte juridique, peut être plus faible que la force (non obligatoire) des effets de fait.

Selon la Commission, l'importance des incidences d'une recommandation dépendra dans une plus large mesure du niveau de détail des dispositions de celle-ci et de la manière dont les États membres seront susceptibles de les mettre en œuvre¹⁰⁵².

Une fois réalisées, un *comité d'examen de la réglementation* doit procéder à un « contrôle objectif » de la qualité des analyses d'impact¹⁰⁵³.

Le *Parlement européen* et le *Conseil* ont quant à eux l'obligation de tenir « pleinement compte » des analyses d'impact de la Commission lors de l'examen

¹⁰⁴⁹ OCDE (2012), ch. 4.

¹⁰⁵⁰ PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 13 avril 2016*, ch. 13. Sur l'introduction de l'étude d'impact dans l'Union européenne décrite en détail, cf. Lorenzo ALLIO, *The Emergence of Better Regulation in the European Union*, thèse manuscrite (King's College), Londres, 2009, p. 128 ss. Cf. ég. Anne MEUWESE, *Impact Assessment in EU Lawmaking*, La Haye, 2008 ; DELILLE (2013) ; Andrea RENDA, « European Union », in : Dunlop/Radaelli (éd.), *Handbook of regulatory impact assessment*, Cheltenham, 2016, p. 304 ss.

¹⁰⁵¹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #13 (How to undertake a proportionate IA), ch. 2.6 et box 1.

¹⁰⁵² COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #13 (How to undertake a proportionate IA), ch. 2.6.

¹⁰⁵³ PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 13 avril 2016*, ch. 13. Cf. ci-dessus ch. 1.3.5.4b.IV.

des propositions législatives¹⁰⁵⁴. Ils doivent eux-mêmes effectuer des *analyses d'impact des amendements* qu'ils apportent, en cas de « modifications substantielles » à la proposition de la Commission pour autant qu'ils le jugent « approprié et nécessaire aux fins du processus législatif »¹⁰⁵⁵.

Les analyses d'impact « ne remplacent pas les décisions politiques prises dans le cadre du processus décisionnel démocratique » mais visent « à aider les trois institutions à statuer en connaissance de cause »¹⁰⁵⁶.

Elles concrétisent les étapes définies par la légistique matérielle :

« Les analyses d'impact devraient porter sur l'existence, l'ampleur et les conséquences d'un problème et examiner si une action de l'Union est nécessaire ou non. Elles devraient exposer différentes solutions et, lorsque c'est possible, les coûts et avantages éventuels à court terme et à long terme, en évaluant les incidences économiques, environnementales et sociales d'une manière intégrée et équilibrée, sur la base d'analyses tant qualitatives que quantitatives. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité devraient être pleinement respectés, de même que les droits fondamentaux. Les analyses d'impact devraient également examiner, chaque fois que c'est possible, le « coût de la non-Europe » et l'incidence des différentes options en termes de compétitivité ainsi que les lourdeurs administratives qu'elles supposent, en tenant compte en particulier des PME (selon le principe « penser en priorité aux PME »), des aspects numériques et de l'impact territorial. Les analyses d'impact devraient se fonder sur des éléments d'information exacts, objectifs et complets et être proportionnées en ce qui concerne leur portée et les sujets qu'elles abordent. »¹⁰⁵⁷

Les *Lignes directrices « mieux légiférer »* de la Commission explicitent en détail le cycle analytique sous la forme de questions à résoudre¹⁰⁵⁸:

- « 1. What is the problem and why is it a problem?
2. Why should the EU act?
3. What should be achieved?
4. What are the various options to achieve the objectives?
5. What are their economic, social and environmental impacts and who will be affected?
6. How do the different options compare (effectiveness, efficiency and coherence)?
7. How will monitoring and subsequent retrospective evaluation be organised? »

Suivant la conception de l'OCDE, l'Union européenne intègre cette analyse d'impact dans une politique plus large d'amélioration de la qualité législative par le biais d'un programme intitulé « Mieux légiférer » (« Better Lawmaking »). L'accord interinstitutionnel qui en définit les modalités précise à cet égard qu'outre les analyses d'impact, l'évaluation *ex post* de la législation existante

¹⁰⁵⁴ *Ibidem*, ch. 14.

¹⁰⁵⁵ *Ibidem*, ch. 15.

¹⁰⁵⁶ *Ibidem*, ch. 12.

¹⁰⁵⁷ *Ibidem*, ch. 12.

¹⁰⁵⁸ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines* (2017), ch. 2.

ainsi que la consultation du public « contribueront à atteindre l’objectif de mieux légiférer »¹⁰⁵⁹.

c. *Suisse*

L’article 170 de la Constitution fédérale fonde la base *constitutionnelle* de l’analyse d’impact¹⁰⁶⁰. L’article 141 de la loi sur le Parlement¹⁰⁶¹ confère la *base légale* formelle aux éléments-clefs suivants de celle-ci :

- la motivation du projet¹⁰⁶² ;
- la discussion et appréciation des variantes possibles au projet¹⁰⁶³ ;
- les impacts économiques¹⁰⁶⁴, sociaux, environnementaux et sur les droits fondamentaux¹⁰⁶⁵ ;
- les modalités de mise œuvre et d’évaluation rétrospective¹⁰⁶⁶.

Le *Guide de législation* – acte ayant la nature d’une ordonnance administrative¹⁰⁶⁷ – demande de procéder à une *analyse d’impact, au sens large*, sous l’appellation de « cycle de résolution des problèmes (définition du problème, fixation des objectifs, etc.) »¹⁰⁶⁸ dont on a exposé plus haut le phasage¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁵⁹ PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L’UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 13 avril 2016*, considérant 6.

¹⁰⁶⁰ Cf. ci-dessous ch. 6.2.3.2.

¹⁰⁶¹ Loi sur l’Assemblée fédérale (Loi sur le Parlement, LParl [RS 171.10]).

¹⁰⁶² « le Conseil fédéral motive son projet d’acte » (art. 141 al. 2 *initio* Loi sur le Parlement).

¹⁰⁶³ « les points de vue et variantes discutés au stade préliminaire de la procédure législative et leur appréciation par le Conseil fédéral » (al. 2 let. c Loi sur le Parlement).

¹⁰⁶⁴ « les conséquences que le projet et sa mise en œuvre entraînent sur les finances et l’état du personnel de la Confédération, des cantons, des communes, les modalités de son financement, enfin le rapport coût-utilité des mesures proposées » (al. 2 let. f Loi sur le Parlement) ; « l’adéquation des tâches et des moyens financiers à disposition » (al. 2 let. e Loi sur le Parlement) ; « les relations [...] avec le plan financier » (al. 2 let. h Loi sur le Parlement) ; les conséquences et les frais sur les « besoins en matière de technologie de l’information et de la communication » (al. 2 let. g^{ter} Loi sur le Parlement).

¹⁰⁶⁵ « les conséquences économiques, sociales et environnementales du projet ainsi que ses conséquences pour les générations futures » (al. 2 let. g Loi sur le Parlement) ; « les conséquences que le projet aura sous l’angle de l’égalité entre hommes et femmes » (al. 2 let. i Loi sur le Parlement) ; « les effets sur les droits fondamentaux » (al. 2 let. a Loi sur le Parlement) ; les conséquences sur les Suisses de l’étranger (al. 2 let. j Loi sur le Parlement).

¹⁰⁶⁶ « 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 » (al. 2 let. d Loi sur le Parlement).

¹⁰⁶⁷ Sur cette nature et les effets juridiques du Guide de législation, cf. FLÜCKIGER/GRODECKI (2017), p. 50.

¹⁰⁶⁸ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 108. Cf. ég. ch. 51 s. et 68.

Contrairement à l'Union européenne ou à la France par exemple¹⁰⁷⁰, le Guide de législation n'exige pas de produire un document spécifique formellement appelé « analyse d'impact », mais demande d'*intégrer* les différents textes produits au cours de ce cycle dans l'*exposé des motifs* du projet de *loi* (appelé « message » lorsque le projet émane du Conseil fédéral ou « rapport explicatif » lorsqu'il provient de l'initiative de l'Assemblée fédérale¹⁰⁷¹) ou du projet d'*ordonnance législative*.

L'exigence s'applique en effet également par analogie aux rapports explicatifs commentant les projets d'*ordonnances législatives* (évaluation des conséquences « en matière de finances, de personnel et autres pour la Confédération et les cantons, de même que sur ses conséquences économiques, environnementales et sociales »)¹⁰⁷².

Avant toutefois d'être intégrés dans le message accompagnant le *projet de loi*, les différents éléments de l'analyse d'impact le seront d'abord dans le rapport explicatif accompagnant l'*avant-projet de loi*. Selon le Guide de législation les étapes du cycle de résolution des problèmes « constituent aussi des éléments importants pour l'élaboration du rapport explicatif. Les textes confectionnés durant ces étapes doivent être, dans toute la mesure du possible, rédigés de manière telle qu'ils puissent être repris intégralement dans ce rapport. »¹⁰⁷³

- *Analyse du problème* – le « document écrit définissant le problème (complété, au besoin, par un graphique) [...] servira de base pour la rédaction du chapitre « Contexte » du rapport explicatif puis du message à l'appui du projet de loi. »¹⁰⁷⁴.
- *Objectifs* – Le « document écrit identifiant les objectifs (et complété au besoin par une arborescence graphique) [...] pourra être intégré dans le rapport explicatif (chapitre « Contexte », « Les dispositifs proposés » et/ou « Appréciation de la solution retenue »). »¹⁰⁷⁵
- *Solutions* – L'« inventaire des solutions théoriquement adéquates [...] constituera un élément du chapitre « Appréciation de la solution retenue *Ibidem* du rapport explicatif puis du message. »¹⁰⁷⁶

L'*Aide-mémoire sur la présentation des messages du Conseil fédéral*, publié par la Chancellerie fédérale, prescrit un schéma général à respecter qui comprend les grandes phases de l'analyse d'impact législative.

¹⁰⁶⁹ Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.1.

¹⁰⁷⁰ Cf. la section précédente pour l'UE, et COMBRADE (2017), p. 339, pour la France.

¹⁰⁷¹ Renvoi de l'article 111 al. 3 de la Loi sur le Parlement à l'article 141 de la Loi sur le Parlement. Cf. ég. art. 6a de la loi fédérale sur la procédure de consultation (RS 172.061).

¹⁰⁷² OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 365 et 394.

¹⁰⁷³ *Ibidem*, ch. 109.

¹⁰⁷⁴ *Ibidem*, ch. 118.

¹⁰⁷⁵ *Ibidem*, ch. 132.

¹⁰⁷⁶ *Ibidem*, ch. 150.

Le but du message consiste précisément à présenter le contexte du projet et ses objectifs ainsi que les dispositions proposées en « éclairant » le parlement « sur leur sens et leur portée » et en motivant les raisons qui ont conduit le gouvernement « à privilégier telle solution plutôt qu'une autre »¹⁰⁷⁷.

Le message comprend tout d'abord l'*énoncé du contexte* où il importe de rappeler le dispositif en vigueur et « en quoi il est imparfait et nécessite par conséquent d'être amendé » et où il faut analyser la nécessité et la possibilité d'une intervention de l'État¹⁰⁷⁸ ; ensuite le *dispositif proposé* et « comment il permettra d'atteindre les objectifs visés »¹⁰⁷⁹ ; suivi par l'*appréciation de la solution retenue* en présentant les alternatives étudiées¹⁰⁸⁰ et l'adéquation des *moyens* requis (rapport coût-avantage du projet)¹⁰⁸¹ ainsi que ses *conséquences* tant économiques, sociales qu'écologiques notamment¹⁰⁸². Une section doit enfin être consacrée à la *mise en œuvre*, dans laquelle il importe d'indiquer les mesures d'exécution à prendre tant par le Conseil fédéral que par les cantons, l'évaluation de la capacité d'exécution et « ce qu'il est prévu de faire à terme pour évaluer l'exécution. »¹⁰⁸³

Par ailleurs, on relèvera que le message contient des éléments supplémentaires, de *nature juridique* notamment ou relevant de la *légalité formelle* à l'instar des « bases légales ou constitutionnelles sur lesquelles le projet se fonde, [...] [de la] compatibilité avec le droit de rang supérieur et ses relations avec le droit européen »¹⁰⁸⁴ et des « compétences que le projet prévoit de déléguer »¹⁰⁸⁵ qui sont à réunir dans le dernier point du message¹⁰⁸⁶. La relation avec le programme de la législature et avec les stratégies du Conseil fédéral fait l'objet d'un chapitre spécifique¹⁰⁸⁷.

La *procédure de consultation* précoce des cantons, des partis politiques et des milieux intéressés aux projets d'actes législatifs importants (art. 147 Cst. féd.) contribue également à l'étude des impacts des projets de loi. Le but explicite d'une telle procédure participative est de permettre de « déterminer si un projet de la Confédération est matériellement correct, exécutable et susceptible d'être bien accepté »¹⁰⁸⁸. Un rapport explicatif doit être joint, lequel contient des explications

¹⁰⁷⁷ CHANCELLERIE FÉDÉRALE, *Aide-mémoire sur la présentation des messages du Conseil fédéral*, Berne, 2018, Introduction.

¹⁰⁷⁸ *Ibidem*, Schéma général, ch. 1.1.

¹⁰⁷⁹ *Ibidem*, ch. 1.2.

¹⁰⁸⁰ *Ibidem*.

¹⁰⁸¹ *Ibidem*, ch. 4.2.

¹⁰⁸² *Ibidem*, ch. 6.

¹⁰⁸³ *Ibidem*, ch. 4.3.

¹⁰⁸⁴ Art. 141 al. 2 let. a Loi sur le Parlement.

¹⁰⁸⁵ Art. 141 al. 2 let. b Loi sur le Parlement.

¹⁰⁸⁶ CHANCELLERIE FÉDÉRALE, *Aide-mémoire sur la présentation des messages du Conseil fédéral*, Berne, 2018, p. 10, ch. 7 du schéma général.

¹⁰⁸⁷ *Ibidem*, p. 10, ch. 1.3 du schéma général. Sur le programme de la législature, cf. ci-dessus ch. 2.2.2 et ci-dessous ch. 3.5.2.1.

¹⁰⁸⁸ Art. 2 de la loi fédérale sur la procédure de consultation (RS 172.061). Cf. UHLMANN Felix/KONRATH Christoph, « Participation », in : Karpen/Xanthaki (éd.), *Legislation in Europe: a Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners*, Oxford/Portland, 2017, p. 73 ss ; Pascal SCIARINI, « Les effets de la consultation sur les processus de décision au

voire des questions relatives à diverses conséquences possibles du projet en termes de ressources humaines, d'organisation, de finances, de mise en œuvre et économiques¹⁰⁸⁹.

L'analyse d'impact législative incorporée dans le message est complétée par des *analyses d'impact sectorielles* en fonction des projets (analyse d'impact au sens étroit¹⁰⁹⁰). Ce sont des documents séparés qui aideront à rédiger le message, pour l'élaboration desquels divers guides et manuels ont été développés : analyse d'impact [économique] de la réglementation (AIR) ; évaluation de la *durabilité* (EDD) ; évaluation économique des mesures et des objectifs *environnementaux* (VOBU) ; analyse d'impact sur l'*égalité entre femmes et hommes* dans les projets législatifs ; analyse d'impact relative à la protection des *données personnelles*¹⁰⁹¹.

- Une étude d'impact spécifique¹⁰⁹², limitée à l'examen des incidences économiques¹⁰⁹³, doit être réalisée si l'importance économique du projet l'exige (analyse simple pour une importance faible à moyenne et analyse approfondie pour une grande importance), comprenant en particulier un « test PME » évaluant le coût pour les petites et moyennes entreprises si celles-ci sont concernées¹⁰⁹⁴. Son intitulé (*analyse d'impact de la réglementation* [AIR]) est trompeur, car il fait prendre la partie pour le tout ; il devrait être plus justement renommé en *évaluation prospective des impacts économiques des projets législatifs*.
- Les conséquences économiques, sociales et environnementales ainsi que leurs interactions doivent faire l'objet d'une *évaluation de la durabilité* (EDD)¹⁰⁹⁵ « en

niveau fédéral », in : *LeGes*, 2011/2, p. 191 ss ; FLÜCKIGER Alexandre, « Consulter pour mieux légiférer : Utilité des procédures de consultation pré-parlementaires », in : *LeGes*, 2011/2, p. 185 ss.

¹⁰⁸⁹ Art. 8 al. 3 de l'ordonnance sur la procédure de consultation (RS 172.061.1).

¹⁰⁹⁰ Cf. ci-dessous ch. 4.3.

¹⁰⁹¹ Cf. ci-dessous ch. 3.5.3.

¹⁰⁹² DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'ÉCONOMIE, DE LA FORMATION ET DE LA RECHERCHE, *Analyse d'impact de la réglementation : Manuel*, Berne, 2013. Ce manuel est fondé sur les Directives du Conseil fédéral sur l'exposé des conséquences économiques des projets d'actes législatifs fédéraux du 15 septembre 1999 (FF 2000 986) ainsi qu'une décision du Conseil fédéral relative au rapport « Simplifier la vie des entreprises » du 18 janvier 2006 (www.seco.admin.ch/seco/fr.html > Situation économique et Politique économique > Politique économique > Réglementation).

¹⁰⁹³ Les effets sont évalués selon les quatre méthodes suivantes (ch. 6.2) : analyse coût-efficacité (ACE) ; analyse coût-avantage (ACA) ou analyse coût-bénéfice ; analyse de la valeur d'utilité (AVU) ; analyse de la valeur de comparaison (AVC). L'analyse est divisée selon les 11 étapes suivantes (ch. 3.2) : 1. Problèmes ; 2. Objectifs ; 3. Critères d'évaluation ; 4. Options ; 5. Mesures ; 6. Modèle causal ; 7. Groupes concernés ; 8. Conséquences ; 9. Méthodes ; 10. Données ; 11. Résultats escomptés. Sur ces méthodes et leurs limites, cf. ci-dessous ch. 4.4.2.

¹⁰⁹⁴ Cf. ci-dessous ch. 4.4.4.3d.

¹⁰⁹⁵ CHANCELLERIE FÉDÉRALE, *Aide-mémoire sur la présentation des messages du Conseil fédéral*, Berne, 2018, p. 10, ch. 6 du schéma général.

particulier en présence de nouveaux projets importants et ayant une incidence sur le développement durable »¹⁰⁹⁶.

- L'impact économique des mesures environnementales doit être évalué de manière spécifique par le biais d'une *évaluation économique des mesures et des objectifs environnementaux* (VOBU) pour « les nouvelles dispositions ou les modifications importantes à insérer dans les ordonnances, les lois ou la Constitution (mais pas dans les aides à l'exécution) »¹⁰⁹⁷ et demande de tenir compte des apports de l'*économie comportementale* non seulement dans l'évaluation des impacts des mesures mais aussi pour la conception de celles-ci¹⁰⁹⁸.
- Une *analyse d'impact sur l'égalité entre hommes et femmes dans les projets législatifs* doit être exécutée si le projet vise « expressément à améliorer l'égalité » ou s'il est « motivé par la volonté de réaliser l'égalité » et si les personnes physiques touchées directement ou indirectement sont « dans une situation caractérisée par une répartition traditionnelle des rôles féminin ou masculin ou dans laquelle un sexe est sous- ou surreprésenté »¹⁰⁹⁹.

En *droit cantonal*, la situation est très variable selon les ordres juridiques. Si l'on trouve d'ordinaire des textes de rang administratif plutôt, certains cantons disposent d'une base *constitutionnelle* ou de textes *réglementaires*. Une vue d'ensemble de la pratique fait défaut.

Selon la Constitution *zurichoise*, le gouvernement relève dans ses rapports « les conséquences écologiques, économiques et sociales que les projets législatifs pourraient avoir à long terme. »¹¹⁰⁰

¹⁰⁹⁶ OFFICE FÉDÉRAL DU DÉVELOPPEMENT TERRITORIAL, *Évaluation de la durabilité : Guide pratique pour les services fédéraux et autres intéressés*, Berne, 2008, p. 5, citant la stratégie du Conseil fédéral pour le développement durable (CONSEIL FÉDÉRAL, *Stratégie pour le développement durable : lignes directrices et plan d'action 2008-2011*, Berne, 2008, p. 40).

¹⁰⁹⁷ OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT, *Évaluation économique des mesures et des objectifs environnementaux : Manuel*, Berne, 2013, ch. 1.

¹⁰⁹⁸ Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.2b.V.

¹⁰⁹⁹ BUREAU FÉDÉRAL DE L'ÉGALITÉ ENTRE FEMMES ET HOMMES, *Examen préalable*, Berne, [s. d.]. Voir également BUREAU FÉDÉRAL DE L'ÉGALITÉ ENTRE FEMMES ET HOMMES, *Aide à la rédaction du rapport relatif à l'analyse d'impact sur l'égalité dans le processus législatif*, Berne, [s. d.], et BUREAU FÉDÉRAL DE L'ÉGALITÉ ENTRE FEMMES ET HOMMES, *Guide relatif à l'analyse d'impact sur l'égalité entre femmes et hommes dans les projets législatifs*, Berne, 2015 (ces documents sont disponibles sous www.ebg.admin.ch > Thèmes > Analyse d'impact sur l'égalité). Cf. ég. COTTIER et al. (2015).

¹¹⁰⁰ Art. 67 al. 1^{er} Cst. ZH ; cf. ég. le «Konzept» in art. 10 Verordnung über das Rechtsetzungsverfahren in der kantonalen Verwaltung du 29 novembre 2000 (RS ZH 172.16). Pour le surplus on se référera aux sources que nous avons citées au chapitre de l'évaluation rétrospective (ci-dessous ch. 6.2.3.2), généralement applicables *mutatis mutandis* à l'évaluation prospective en raison de l'exigence de couplage entre l'analyse d'impact prospective et rétrospective (cf. ci-dessous ch. 6.2.1.3b), la seconde étant utilisée dans le cadre de la première.

En droit *fribourgeois*, le gouvernement a précisé dans un règlement un certain nombre de règles tant de légistique matérielle prospective que de légistique formelle¹¹⁰¹ : analyse de la situation existante, évaluation des besoins ainsi que des principaux effets attendus de la législation envisagée¹¹⁰², examen de la nécessité d'une intervention législative, du niveau des règles à adopter ainsi que des implications prévisibles pour l'Etat, les communes et les milieux directement concernés¹¹⁰³, évaluation des conséquences financières et en personnel des solutions envisagées, examen des influences sur d'autres domaines comme la répartition des tâches Etat-communes, la famille, la santé, l'environnement ou l'énergie¹¹⁰⁴, proposition de solutions efficaces et efficientes et, si nécessaire, des variantes¹¹⁰⁵.

En *droit intercantonal*, la question est encore plus balbutiante. La Constitution genevoise prescrit il est vrai une évaluation périodique des conventions intercantionales¹¹⁰⁶ qu'elle réserve à celles de rang législatif¹¹⁰⁷. Elle ne précise en revanche pas si l'évaluation prospective est également visée. Tenant compte de la nécessité de coupler l'évaluation *ex post* avec l'évaluation *ex ante*¹¹⁰⁸, on admettra qu'à défaut de précision dans le texte, les conventions intercantionales de rang législatif doivent également faire l'objet d'une analyse d'impact prospective dès que le canton de Genève compte en conclure. Ni les conventions réglementaires, ni le droit dérivé, ni les actes de droit souple des organismes intercantonaux ne tombent cependant dans le champ d'application de cette obligation constitutionnelle. La pratique offre pourtant quelques exemples sporadiques d'élaboration méthodique de *recommandations* édictées par des conférences intercantionales dont on pourrait reconnaître les traits d'une analyse d'impact, sous une forme rudimentaire en tous les cas.

La *Conférence suisse des institutions d'action sociale* (CSIAS) écrit qu'elle « élabore des bases scientifiques en matière de problématique de la pauvreté, de couverture du minimum vital et d'intégration sociale et professionnelle »¹¹⁰⁹. En pratique par exemple, avant de réviser ses normes ayant valeur de recommandation dans le cadre du réexamen du forfait pour l'entretien des bénéficiaires de l'aide sociale, elle en a fait évaluer les impacts¹¹¹⁰, couplant ainsi l'évaluation *ex post* dans la révision des projets comme on le verra plus bas¹¹¹¹.

¹¹⁰¹ Règlement sur l'élaboration des actes législatifs (REAL, RS FR 122.0.21). Sur les références aux directives de légistique formelle, cf. ci-dessous ch. 5.2.3.

¹¹⁰² Art. 8 al. 1^{er} REAL.

¹¹⁰³ Art. 8 al. 2 REAL.

¹¹⁰⁴ Art. 9 al. 3 REAL.

¹¹⁰⁵ Art. 9 al. 4 REAL.

¹¹⁰⁶ Art. 93 al. 2 Cst. GE.

¹¹⁰⁷ Art. 93 al. 3 Cst. GE.

¹¹⁰⁸ Cf. ci-dessous ch. 6.2.1.3b.

¹¹⁰⁹ www.csias.ch > csias.

¹¹¹⁰ BUREAU BASS, *Evaluation des prestations à caractère incitatif selon normes CSIAS*, Berne, 2015 (www.csias.ch > les-normes-csias > revision).

¹¹¹¹ Cf. ci-dessous ch. 6.2.1.3b.

Le Centre suisse de compétences en matière d'exécution des sanctions pénales (CSCSP) développe des *standards en exécution des sanctions pénales* en suivant, semble-t-il, une méthode de légistique matérielle. Il explique débiter la conception des standards par une analyse du problème et une évaluation des développements possibles avant de formuler une recommandation qui devra alors être approuvée par la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP)¹¹¹².

d. Etats-Unis

Alors que les *Etats-Unis d'Amérique* sont souvent évoqués dans les études comparatives à titre d'exemple en matière d'analyse d'impact, il importe de garder à l'esprit que ce sont les *actes réglementaires* des agences administratives qui sont principalement mis en exergue¹¹¹³ et non pas les lois du parlement. L'état de la réflexion relative tant à la *conception* qu'à la *rédaction*¹¹¹⁴ des *lois parlementaires* aux USA accuse un certain retard par rapport aux développements que l'on peut observer sur le continent européen. Un auteur, professeur en sciences politiques, estime ainsi que le Congrès n'a pas à suivre de manière systématique une méthode raisonnée pour concevoir les lois dans la mesure où le législateur n'est là que pour répondre aux pressions du public :

« When Congress passes a law it rarely uses anything approaching comprehensive-rational analysis to make decisions. Certainly it relies on estimates from the Congressional Budget Office regarding the impact of its decisions on the federal budget. And it may rely upon particular studies from scientists or economists or other experts. But there is no systematic way to ensure that when Congress has decided to solve a problem with a legislation its solution is supported by analysis. Nor should there be. Congress responds to public pressures as it was designed to do. »¹¹¹⁵

Un autre auteur, professeur de droit administratif et constitutionnel, déplore en revanche cette absence d'analyse systématique et fondée des projets de lois, y compris au niveau des Etats fédérés, et reproche aux « observateurs académiques » de ne pas voir le problème :

¹¹¹² <https://www.skjv.ch> >pratique >standards >processus.

¹¹¹³ Cf. par exemple Bill CLINTON, « Executive Order 12866 of September 30, 1993 – Regulatory Planning and Review », in : *Federal Register*, vol. 58, n° 190 ou Barack OBAMA, « Executive Order 13563 of January 18, 2011 – Improving Regulation and Regulatory Review » (cité ci-dessous note 1166). Cf. ég. ch. 2.3.4.1 pour des références relatives à l'*Evidence-Based Policymaking* aux USA.

¹¹¹⁴ Sur les critiques adressées à la rédaction des lois états-uniennes, cf. ci-dessous ch. 5.3.3.1 et 5.3.3.3b, avec réf. notamment à MAXEINER (2018).

¹¹¹⁵ Stuart SHAPIRO, *Analysis and Public Policy: Successes, Failures and Directions for Reform*, Cheltenham, 2016, p. 151.

« the procedure Congress employs does not make much sense at all. It seems to ignore the most basic feature of policymaking, which is the effort to determine the best means to achieve a given or identified end. » [en note: « In fact, this policymaking aspect of legislation is so widely overlooked that its absence is not even apparent to academic observers who study the legislative process. »]¹¹¹⁶

La critique peut toutefois lui être aisément retournée. Sans se référer lui-même aux différents penseurs qui ont émaillé l'histoire de la légistique au cours des siècles, ni aux multiples exemples d'analyse d'impact de la législation en droit comparé, cet auteur présente en effet comme une nouvelle découverte, dans un article publié en 2018 dans *Harvard Journal on Legislation*, la recommandation qu'il adresse au Congrès d'appliquer une « nouvelle méthodologie législative » qui aborderait de manière systématique les trois points suivants – qui sont depuis fort longtemps déjà les éléments-clés de l'analyse d'impact prospective... :

« Recommendations for a new legislative methodology »¹¹¹⁷ : « Begin with a Definition of the Problem »¹¹¹⁸; « Generate Alternative Solutions »¹¹¹⁹; « Gather Evidence Regarding the Alternative »¹¹²⁰.

S'agissant plus spécifiquement de la phase analytique de l'analyse d'impact que nous étudierons ci-après, le *think thank Bipartisan Policy Center* (BPC)¹¹²¹ a publié en 2018 un rapport dans lequel il examine les difficultés rencontrées par le Congrès à légiférer sur la base de faits pertinents et suffisamment établis (« *evidence-based policymaking* »)¹¹²², en reconnaissant que la pratique actuelle est « imparfaite » et qu'il reste encore beaucoup de progrès à faire :

« Congress' use of evidence is imperfect. »¹¹²³ « [The report] considers the challenges faced by the legislative branch in using evidence, and offers potential solutions for more readily using evidence to inform key decisions. This is not to say that Congress never uses evidence – that is far from the case. But Congress' uses should be more routine and there is much room for progress. »¹¹²⁴

¹¹¹⁶ Edward RUBIN, « Statutory Design as Policy Analysis », in : *Harvard Journal on Legislation*, vol. 55, 2018, p. 155.

¹¹¹⁷ RUBIN (2018), p. 165 ss.

¹¹¹⁸ *Ibidem*, p. 167 ss.

¹¹¹⁹ *Ibidem*, p. 168 ss.

¹¹²⁰ *Ibidem*, p. 174 ss.

¹¹²¹ Dans le cadre d'une *Evidence-Based Policymaking Initiative*, cf. ci-dessous ch. 2.3.4.1.

¹¹²² Sur ce sujet, cf. ci-dessous ch. 2.3.4.1.

¹¹²³ BIPARTISAN POLICY CENTER, *Evidence Use in Congress: Challenges for Evidence-Based Policymaking*, Washington (DC), 2018, vol. I, p. 4.

¹¹²⁴ *Ibidem*, p. 5.

Le rapport conclut par différentes « options » de renforcement des ressources ainsi que diverses modifications institutionnelles et procédurales. Toutefois le chemin à parcourir risque d’être encore long, car il précise que ces options « ne sont pas des recommandations », mais qu’elles visent plutôt à « entamer une discussion » sur la manière dont le Congrès peut s’organiser pour améliorer ses processus décisionnels et instaurer une culture de la preuve afin de décourager la diffusion d’informations fausses ou trompeuses sur les politiques gouvernementales :

« The options presented in this report are not recommendations, but rather are intended to start a conversation about how Congress can organize itself to access and use evidence to improve its decision-making processes, and ensure that federal programs function as effectively and efficiently as possible. Members of Congress, their staff, and the American public must determine an appropriate strategy for enabling a culture of evidence and discouraging the dissemination of false or misleading information about government policies. [...] Now is the time for Congress to take a thoughtful and serious look at how it makes decisions, and to strengthen the culture of evidence in Congress. »¹¹²⁵

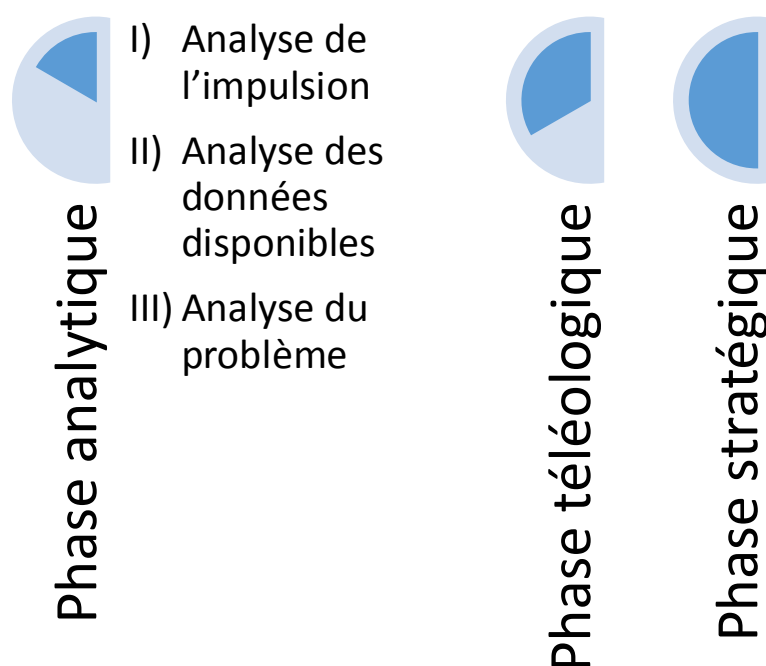
¹¹²⁵ BIPARTISAN POLICY CENTER, *Evidence Use in Congress: Options for Charting a New Direction*, Washington (DC), 2018, vol. II, p. 4.

2.3 La phase analytique de l'analyse d'impact prospective

2.3.1 L'objet

La phase analytique, étape initiale de l'analyse d'impact prospective, a pour objet d'examiner de manière systématique le problème que le législateur a pour ambition de résoudre. L'étude se déroule en trois phases : I) une analyse de l'impulsion politique (ch. 2.3.3) et II) des données disponibles (ch. 2.3.4) suivie par III) une analyse du problème (ch. 2.3.5).

Figure 2-5 – Phases de l'analyse d'impact prospective (phase analytique)¹¹²⁶



2.3.2 Les fonctions et les sources : la nécessité d'une intervention politico-juridique

La phase analytique présente une double fonction, celle de déterminer la *nécessité d'intervention* du politique (évaluation de la pertinence du problème¹¹²⁷) et celle d'analyser plus finement les *causes et effets du problème*.

¹¹²⁶ Pour consulter la *phase précédente*, cf. ci-dessus Figure 2-2 – Phases de l'analyse d'impact prospective (légistique matérielle prospective), p. 164 ; pour la *phase suivante*, cf. Figure 2-10 – Phases de l'analyse d'impact prospective (phase téléologique), p. 219 ; pour le *schéma général*, cf. ci-dessus Figure 1-1 – Cycle légistique, p. 38.

¹¹²⁷ Cf. ci-dessous Figure 2-8 – Evaluation de la pertinence du problème – examen des effets potentiellement problématiques, p. 199.

Cette seconde fonction sera utilisée dans la phase téléologique pour aider à fixer des *objectifs pertinents* (évaluation de la pertinence des objectifs¹¹²⁸).

Bien définir le problème permet en premier lieu de tester le *besoin d'intervention politico-juridique*. Si l'analyse conclut à ce stade précoce à l'absence de problème (faux problème, situation à relativiser), un tel besoin n'est pas établi. Cette étape constitue ainsi le premier stade auquel le législateur peut décider de *renoncer à légiférer* en dépit de ses intentions initiales, expliquant l'espoir fondé dans la légistique par celles et ceux qui y décèlent un outil pour contrer la croissance normative¹¹²⁹.

Selon le commentaire de la recommandation de l'*OCDE* relatif à cette première question, « [t]ous les problèmes ne peuvent être résolus par l'intervention de l'Etat. Un des principaux objectifs de la définition des problèmes est d'isoler les facteurs sur lesquels les pouvoirs publics peuvent peser le plus fortement par leur intervention, ou sinon, de démontrer que l'Etat n'a peut-être guère les moyens de s'attaquer à ce problème. »¹¹³⁰

Selon l'Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » de l'*Union européenne*, « [l]es analyses d'impact devraient [...] examiner si une action de l'Union est nécessaire ou non. »¹¹³¹ Si elle n'est pas nécessaire, aucune action ne devrait être entreprise.

Selon le Guide de législation de la *Confédération*, « [l]e processus législatif peut être interrompu si l'on est en droit de supposer que la société, le secteur économique ou les cantons et les communes sont à même de venir à bout du problème par leurs propres moyens et dans un délai utile. »¹¹³²

En *France*, l'exigence de prendre en considération l'option du *statu quo* est posée depuis la circulaire du 26 mai 1988 du Premier ministre Michel ROCARD et réitérée depuis¹¹³³, allant ainsi dans le sens de l'enseignement de Jean CARBONNIER : « En toute hypothèse, fût-ce en marge d'une solution unique, il faut constamment compter sur une alternative muette, qui consiste à s'abstenir de légiférer. »¹¹³⁴

En second lieu, bien définir le problème et comprendre ses causes en se basant sur des données de fait objectives permet de fixer des *objectifs pertinents*. Les deux premières phases de la légistique matérielle prospective sont donc intimement intriquées.

¹¹²⁸ Cf. ci-dessous Figure 2-12 – Evaluation de la pertinence des objectifs.

¹¹²⁹ Cf. ci-dessus ch. 1.3.3.4.

¹¹³⁰ OCDE, *Recommandation du Conseil concernant l'amélioration de la qualité de la réglementation officielle*, Paris, 1995, annexe, § 15.

¹¹³¹ PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 13 avril 2016*, ch. 12.

¹¹³² OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 119.

¹¹³³ COMBRADE (2017), p. 234.

¹¹³⁴ CARBONNIER (2004), p. 225.

Eric WINDHOLZ l'explique avec cette formule très claire : « We fail more often because we solve the wrong problem than because we get the wrong solution to the right problem »¹¹³⁵.

Tout comme en médecine, il faut poser le bon diagnostic pour prescrire un bon remède comme on l'a rappelé plus haut¹¹³⁶.

Selon la recommandation de l'*OCDE*, la question n° 1 à se poser dans la « liste de critères de référence pour la prise de décision en matière de réglementation » est la suivante : « le problème est-il correctement défini ? Il conviendrait d'énoncer de façon précise le problème à résoudre en indiquant clairement sa nature et son ampleur, et en expliquant pourquoi il s'est posé (en déterminant les incitations des parties intéressées). »¹¹³⁷

Les lignes directrices de l'*Union européenne* « Mieux légiférer », sur le point de l'analyse d'impact législative, font débiter l'analyse de la même manière : « (i) verify the existence of a problem and identify who is affected ; (ii) estimate the problem's size and scale and analyse its underlying causes and consequences ; and (iii) identify the EU-dimension and assess the likelihood that the problem will persist. »¹¹³⁸

Les lignes directrices européennes, dans leur ancienne teneur, posaient explicitement à ce stade l'exigence d'un « test de nécessité » de la réglementation prévue¹¹³⁹.

Le Guide de législation de la *Confédération* demande dès l'analyse initiale de l'impulsion ou du mandat législatifs d'analyser la pertinence du problème : « L'impulsion ou le mandat énoncent, en règle générale, un certain nombre de problèmes et exigent des solutions formulées plus ou moins concrètement. »¹¹⁴⁰

2.3.3 L'analyse de l'impulsion politique initiale : l'examen préalable de la marge de manœuvre du législateur et de la compétence de légiférer

L'impulsion politique initiale du processus législatif aménage une *marge de manœuvre* plus ou moins grande aux légistes. Lorsqu'elle est formalisée (initiative gouvernementale, parlementaire, cantonale ou populaire), la marge se restreint, sans être forcément nulle¹¹⁴¹. Elle peut même être très grande à l'instar

¹¹³⁵ WINDHOLZ (2018), p. 136 ss, se référant à une citation de Russel ACKOFF, *Redesigning the Future: a Systems Approach to Societal Problems*, New York, 1974.

¹¹³⁶ Cf. ci-dessus ch. 2.1.2.1a.

¹¹³⁷ OCDE, *Recommandation du Conseil concernant l'amélioration de la qualité de la réglementation officielle*, Paris, 1995, Appendice.

¹¹³⁸ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines* (2017), ch. 2.1.

¹¹³⁹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Lignes directrices concernant l'analyse d'impact*, Bruxelles, 2009, p. 6.

¹¹⁴⁰ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 113.

¹¹⁴¹ Pour une bibliographie relative à l'impulsion politique des lois, cf. MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 73 ss, notamment la note de bas de page 287. Sur les impulsions formalisées en droit fédéral, cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 229 ss ; Andreas

des postulats que l'Assemblée fédérale adresse au Conseil fédéral puisque ceux-ci portent précisément sur l'opportunité même de légiférer¹¹⁴² ou des initiatives populaires conçues en termes généraux puisqu'il revient au parlement d'élaborer le texte dans le sens de l'initiative¹¹⁴³.

Les politologues ont bien décrit les procédés de *mise à l'agenda d'un problème public* (« agenda-setting »)¹¹⁴⁴. Les différents acteurs tentent dans un premier temps d'attirer l'attention du politique vers les problèmes qu'ils souhaitent voir traités (*mise à l'agenda politique* [« governmental agenda »]) dans l'espoir que les autorités, dans un second temps, sélectionnent les leurs et initient activement le processus de décision en les mettant à l'*agenda décisionnel* (« decision agenda »)¹¹⁴⁵.

Les problèmes qui n'ont fait l'objet d'aucune reconnaissance sociale ni médiatique, comme pendant longtemps les sifflements misogynes dans l'espace public (outrage sexiste), ne se sont retrouvés dès lors dans aucun des deux agendas. D'autres restent en rade au stade de l'agenda politique, à l'instar de la taxe Tobin sur les transactions financières, sans parvenir pour l'instant à s'imposer dans l'agenda décisionnel.

Le processus législatif est mis en branle de manière croissante par une *obligation de légiférer* en réponse à une exigence internationale, européenne, constitutionnelle, législative, populaire ou judiciaire¹¹⁴⁶. Là aussi, la marge peut varier, étant entendu que l'analyse du problème ne pourra pas mener à un abandon du projet dans ce cas de figure.

AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I : L'Etat, 3^e éd., Berne, 2013, p. 525 ss.

¹¹⁴² Art. 123 Loi sur le Parlement.

¹¹⁴³ Cf. sur le plan fédéral art. 139 al. 2 et 4 et 140 al. 2 let. b Cst. féd.

¹¹⁴⁴ Cf. par exemple KNOEPFEL/LARRUE/VARONE/SAVARD (2015), p. 172 ss ; Michael HILL/Frédéric VARONE, *The Public Policy Process*, 7^e éd., Londres/New York, 2017, p. 164 ss ; WINDHOLZ (2018), p. 129 ss avec les réf. bibliographiques en p. 147 ss. Cf. ci-dessus ch. 2.1.2.1b.

¹¹⁴⁵ WINDHOLZ (2018), p. 129 se référant à John KINGDON, *Agendas, Alternatives and Public Policies*, 2^e éd., New York, 2003 ainsi qu'à Roger COBB/Charles ELDER, *Participation in American Politics: The Dynamics of Agenda-Building*, 2^e éd., Baltimore/Londres, 1983, p. 8 ss, qui distinguent entre un agenda systémique ([*systemic agenda*] – tous les problèmes méritant une attention politique) et un agenda institutionnel ([*institutional agenda*] – sélection par les autorités des problèmes à traiter activement). Sur l'approche de KINGDON, qualifiée de *multiple streams approach*, et sur ses développements, cf. HILL/VARONE (2017), p. 171 ss ; WINDHOLZ (2018), p. 82 ss.

¹¹⁴⁶ Cf. réf. ci-dessous à la note de bas de page 1274. Sur les *organes judiciaires* à l'origine de projets législatifs, cf. les contributions réunies in : *LeGes* 2016/3 ; MARTENET (2016), p. 166 s. En matière de lutte contre le changement climatique, le Tribunal administratif fédéral a refusé la qualité pour agir à des recourantes âgées qui demandaient de reconnaître l'obligation de procéder à des travaux législatifs préparatoires pour que la Suisse puisse atteindre des objectifs de réduction des émissions suffisants pour les années 2020 et 2030 (TAF, arrêt A-2992/2017 du 27 novembre 2018, c. 6).

La marge de manœuvre peut porter sur le besoin d'intervention politique, sur le besoin d'intervention législative ou sur le choix des instruments.

Sur le plan fédéral, le *postulat* est l'instrument, on l'a vu, qui laisse la marge la plus complète dans les trois cas de figure, puisque le gouvernement peut à la suite de son analyse proposer de ne pas intervenir. La *motion*¹¹⁴⁷ ou l'*initiative populaire rédigée de toutes pièces* chargeant l'autorité de légiférer ne laissent aux autorités qu'une liberté restreinte à la troisième option, car ni le choix d'intervenir politiquement, ni celui de procéder par une loi n'est désormais négociable. Une analyse du problème et des objectifs conserve cependant toute sa place dans la mesure où tout n'a pas encore été décidé, notamment au niveau des moyens.

Lorsque le mandat de légiférer porte sur l'adoption ou la révision d'une *disposition précise* ou exige une solution spécifique, l'analyse du problème, des objectifs et le choix des options prend une portion congrue. La marge de manœuvre n'est cependant pas nécessairement nulle. La nécessité d'étayer le problème pour prévenir l'arbitraire de même que, le cas échéant, le besoin de réfléchir aux causes pour imaginer des objectifs et des mesures d'accompagnement non législatives pour en améliorer la pertinence et l'efficacité sont des arguments en faveur de l'examen du problème.

Tel est le message du Guide de législation dans ce dernier cas : « L'impulsion ou le mandat énoncent, en règle générale, un certain nombre de problèmes et exigent des solutions formulées plus ou moins concrètement. Il convient la plupart du temps de vérifier les objectifs qui sous-tendent l'impulsion ou le mandat, de se demander dans quelle mesure ces objectifs sont en adéquation avec le sens général des solutions envisagées et d'approfondir leur contenu. »¹¹⁴⁸ Le Guide reconnaît cependant que parfois « la définition des problèmes a un caractère par trop unilatéral et est axée sur des solutions bien déterminées, à l'exclusion d'autres voies »¹¹⁴⁹.

Dans toutes les hypothèses, le législateur doit être *compétent pour légiférer* sur le problème en question, qu'il s'agisse de respecter la répartition fédéraliste des compétences¹¹⁵⁰ ou le principe de subsidiarité¹¹⁵¹. Cette analyse juridique est un préalable à l'analyse d'impact, résolvant le cas échéant dans l'œuf la question du besoin de légiférer. La pratique montre cependant que l'analyse du problème permet de mieux répondre à la question de la compétence. La détermination précise des compétences est en effet un processus sujet à interprétation juridique et appréciation politique, qui se nourrit fréquemment de données qu'une analyse

¹¹⁴⁷ Art. 120 Loi sur le Parlement.

¹¹⁴⁸ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 113.

¹¹⁴⁹ *Ibidem*, ch. 114.

¹¹⁵⁰ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2013, vol. I), p. 343 ss ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 378 ss.

¹¹⁵¹ Art. 5 § 3 du Traité sur l'Union européenne.

préalable du problème peut opportunément contribuer à livrer¹¹⁵². Il faut donc plutôt *procéder de manière itérative* en faisant une *première analyse sommaire* de la compétence, *approfondir ensuite l'analyse du problème* si la compétence paraît à première vue plausible et, enfin, procéder à l'*examen final* de la compétence.

Les lignes directrices « Mieux légiférer » de l'Union européenne demandent ainsi aux légistes de traiter cette question *après* avoir analysé le problème : « Having established the existence of a problem, its size and scale and the causes, the IA analysis should verify whether Member States alone could resolve it sufficiently and whether the EU has the competence to act (i.e. a legal basis), and would be best placed to do so. »¹¹⁵³ Elles précisent cependant que « [t]his assessment is likely to be an iterative process. Preliminary analyses in the inception impact assessment and early in the IA process should clarify the legal basis and indicate whether advancing further at EU level would make sense. A final verification of compliance with the subsidiarity principle will only be possible once all relevant information is collected and the analysis of impacts is completed. »¹¹⁵⁴

2.3.4 L'analyse des données disponibles

2.3.4.1 Légiférer sur la base de faits pertinents et suffisamment établis

a. Les principes et les sources

Après s'être assuré de l'étendue de sa marge de manœuvre et de sa compétence de légiférer, l'équipe de rédaction doit étayer le problème par des données de fait. Celles-ci seront également utiles pour évaluer prospectivement les impacts du projet au moment du choix des instruments d'action¹¹⁵⁵. Il peut s'agir de données existantes ou d'études à planifier, par exemple des données *statistiques*¹¹⁵⁶, des *études scientifiques*, des *expertises juridiques*, des éléments de *droit comparé* ou *historique*, des documents officiels ou privés ou des informations obtenues sur *consultation* des parties prenantes. L'idéal est de

¹¹⁵² Alexandre FLÜCKIGER, « La transition énergétique entre conflits d'objectifs et conflits de compétence : aspects de droit constitutionnel », in : Hottelier/Foëx (éd.), *La propriété immobilière face aux défis énergétiques : Du statut juridique de l'énergie au contrôle des loyers*, Genève, 2016, p. 30 ss.

¹¹⁵³ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines* (2017), chapitre III, ch. 2.2.

¹¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵⁵ Cf. ci-dessous ch. 4.3.

¹¹⁵⁶ Sur l'histoire de la statistique en France et en Allemagne à la fin de l'Ancien Régime et son rapport au politique, cf. BEHRISCH (2016). Sur le droit suisse de la statistique, cf. Peter KURATLI, *Die öffentliche Statistik im Recht*, Zurich/Saint-Gall, 2017. La loi sur la statistique fédérale (LSF, RS 431.01) a en particulier pour but de fournir des informations servant à « préparer, réaliser et réévaluer les tâches de la Confédération » (art. 3 al. 2 let. a LSF).

disposer des résultats d'une *évaluation législative rétrospective* ; exigence que pose désormais la Commission :

Les Lignes directrices « Mieux légiférer » de l'Union européenne insistent sur la nécessité de disposer d'*évaluations rétrospectives* afin d'être en mesure de légiférer sur des faits pertinents et suffisamment établis. Nous y reviendrons (« *« evaluate first » principle* » et « *« back-to-back » evaluations* »)¹¹⁵⁷.

L'idée-maîtresse de la légistique consiste à aider le législateur à légiférer sur la base de faits pertinents et suffisamment établis (« *evidence based* »), expression de sa rationalité attendue (on trouve également l'expression de législation empiriquement fondée [« *empirically informed regulation* »])¹¹⁵⁸ :

OCDE – L'OCDE recommande dans ce sens à ses Etats membres de « tenir un système de gestion de la réglementation, avec notamment une analyse d'impact *ex ante* et une évaluation *ex post* comme instruments essentiels d'une prise de décision fondée sur des observations factuelles »¹¹⁵⁹. Elle souhaite plus spécifiquement que l'analyse d'impact de la réglementation s'appuie sur des « mécanismes de contrôle de la qualité pour la collecte et l'utilisation des données. »¹¹⁶⁰

Union européenne – L'Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » relève que « [l]es analyses d'impact devraient se fonder sur des éléments d'information exacts, objectifs et complets et être proportionnées en ce qui concerne leur portée et les sujets qu'elles abordent. »¹¹⁶¹ La Commission européenne propose un aide-mémoire intitulé *Evidence Based Better Regulation*¹¹⁶² à savoir, en traduction littérale, une réglementation fondée sur des preuves ou, *traduttore traditore*, sur des fondements objectifs¹¹⁶³, qui demande

¹¹⁵⁷ Cf. ci-dessous ch. 6.2.1.3b,

¹¹⁵⁸ « They also reflect an understanding of the need to ensure that regulations have strong empirical foundations, both through careful analysis of costs and benefits in advance and through retrospective review of what works and what does not. » (Cass SUNSTEIN, « Empirically Informed Regulation », in : *University of Chicago Law Review*, vol. 78, 2011, p. 1349 ss).

¹¹⁵⁹ OCDE, *Recommandation du Conseil concernant la politique et la gouvernance réglementaires*, Paris, 2012, ch. 1.1.

¹¹⁶⁰ *Ibidem*, ch. 4.8.

¹¹⁶¹ PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 13 avril 2016*, ch. 12.

¹¹⁶² COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #4 (Evidence Based Better Regulation).

¹¹⁶³ Cf. la notion d'*evidence based legislation*, in WINDHOLZ (2018), p. 91 ss (réf. cit.) ; cet auteur insiste à juste titre sur la nécessité d'opter pour une définition plus large que celle trop legaliste de « preuve » (*evidence*). Etendue plus généralement aux politiques publiques, on trouve l'expression d'*evidence based policy making* (SECKELMANN [2018], p. 49 ss [réf. cit.]). Pour la Suisse, cf. les 12 études de cas sur l'influence et l'utilisation (limitée) des données scientifiques dans les révisions législatives et les facteurs déterminants menées par Kathrin FREY, *Evidenzbasierte Politikformulierung in der Schweiz: Gesetzesrevisionen im Vergleich*, Baden-Baden, 2012. Cf. ég. David RESTREPO

d'anticiper les besoins en données, d'utiliser des outils prospectifs, de tester la robustesse des données en toute transparence et qui récapitule les sources d'informations, en particulier les évaluations rétrospectives, les données et les statistiques, les expertises et informations recueillies après consultation des parties prenantes¹¹⁶⁴.

Selon la *Cour de justice* de l'Union européenne, le législateur communautaire doit prendre en considération « tous les éléments et circonstances pertinents de la situation ». Il dispose certes d'un large pouvoir d'appréciation qui implique un contrôle juridictionnel limité de son exercice ; pouvoir qui « ne s'applique pas exclusivement à la nature et à la portée des dispositions à prendre, mais aussi, dans une certaine mesure, à la constatation des données de base ». Toutefois selon la Cour, « un tel contrôle juridictionnel, même s'il a une portée limitée, requiert que les institutions communautaires, auteurs de l'acte en cause, soient en mesure d'établir devant la Cour que l'acte a été adopté moyennant un exercice effectif de leur pouvoir d'appréciation, lequel suppose la prise en considération de tous les éléments et circonstances pertinents de la situation que cet acte a entendu régir. »¹¹⁶⁵

USA – Le décret présidentiel états-unien de 2011 sur la qualité réglementaire exprime cette exigence de manière très concise : « Our regulatory system must [...] be based on the best available science »¹¹⁶⁶. En 2016, le Congrès a instauré au sein de l'Exécutif une *Commission on Evidence-Based Policymaking* comprenant 15 membres ayant une expertise en économie, en statistique, en évaluation de programmes, en sécurité des données, en confidentialité ou en gestion de bases de données, avec en particulier pour mission de faire des recommandations « on how best to incorporate outcomes measurement, institutionalize randomized controlled trials, and rigorous impact analysis into program design. »¹¹⁶⁷ Elle a cessé ses fonctions en 2017¹¹⁶⁸ mais ses recommandations sont mises en œuvre dans le cadre de la *Bipartisan Policy Center's Evidence-Based Policymaking Initiative*¹¹⁶⁹. Un projet de loi est actuellement en débat sur l'élaboration de politiques fondées sur des données probantes (« Foundations for Evidence-Based Policymaking Act of 2017 »)¹¹⁷⁰. On soulignera cependant que ces principes visent d'abord la production normative du gouvernement¹¹⁷¹.

Allemagne – La Cour constitutionnelle allemande contrôle si le législateur a établi les faits de manière systématique, crédible et transparente¹¹⁷².

-
- 1164 AMARILES, « Le droit comme instrument de progrès : sur l'idée d'ingénieur juridique », in : Bricteux/Frydman (dir.), *Les défis du droit global*, Bruxelles, 2018, p. 257 s.
- 1165 COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #4 (Evidence Based Better Regulation), ch. 2 à 5.
- 1166 CJUE, arrêt C-310/04 du 7 septembre 2006 (*Espagne c. Conseil*), § 120 ss.
- 1166 Barack OBAMA, « Executive Order 13563 of January 18, 2011 – Improving Regulation and Regulatory Review », in : *Federal Register*, vol. 76, n° 14, p. 3821, section 1.
- 1167 Evidence-Based Policymaking Commission Act of 2016, Public Law No 114-140 (03/30/2016), sections 3 et 4 (résumés officiels).
- 1168 Cf. www.cep.gov.
- 1169 Cf. bipartisanpolicy.org/topics/evidence.
- 1170 H.R.4174 (procédure de résolution des divergences [21 décembre 2018]).
- 1171 Sur la question de l'application au Congrès, cf. ci-dessus ch. 2.2.3.3d.
- 1172 Klaus MEBERSCHMIDT/Angel Daniel OLIVER-LALANA (éd.), *Rational Lawmaking under Review: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*, Berlin,

Suisse – Une norme doit être fondée sur des motifs sérieux et objectifs¹¹⁷³. A défaut, elle risque de tomber sous le coup de l'interdiction de l'arbitraire (« lorsqu'elle n'est pas fondée sur des motifs sérieux et objectifs, qu'elle est dépourvue de sens et d'utilité »¹¹⁷⁴) et/ou constitutive d'une inégalité de traitement (la norme « opère des distinctions juridiques que ne justifient pas les faits à régler »¹¹⁷⁵). Si un tribunal a posé une obligation d'évaluation et de correction d'une loi spécifique¹¹⁷⁶, le législateur, sous le contrôle des tribunaux, sera amené à en vérifier périodiquement l'évolution de la base scientifique¹¹⁷⁷.

L'ampleur de cette tâche est très variable. Elle est facilitée lorsque de telles informations auront déjà été recensées chaque fois que l'impulsion législative découle d'une planification thématique (livre vert ou blanc dans l'Union européenne par exemple)¹¹⁷⁸, d'une évaluation législative, d'une obligation de légiférer décidée par un juge (référence dans les considérants) ou découlant d'une loi supérieure (référence dans l'exposé des motifs) voire d'un acte de droit souple (référence dans les travaux préparatoires, à l'exemple des accords dits de Bâle III en matière bancaire¹¹⁷⁹).

La *consultation* précoce des personnes concernées, ainsi que la *participation du public* plus généralement, sur le projet de loi contribue également à fournir des informations permettant de documenter toutes les facettes du problème¹¹⁸⁰.

Dans l'*Union européenne*, la Commission en rappelle l'importance dans ses Lignes directrices « Mieux légiférer » : « Public consultation is an essential element of all impact assessments, evaluations and fitness checks. »¹¹⁸¹

En *Suisse*, la pratique de la consultation publique précoce sur les avant-projets de lois et de textes réglementaires est pratiquée de longue date¹¹⁸².

2016, p. 3, se référant à l'arrêt du 9 février 2010 (*Hartz IV*). Cf. ég. MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 39 ss.

¹¹⁷³ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 895.

¹¹⁷⁴ ATF 136 V 24, p. 34. Cf. ci-dessus ch. 1.3.4.4b.

¹¹⁷⁵ ATF 136 V 24, p. 34.

¹¹⁷⁶ Cf. ci-dessous ch. 6.2.3.3.

¹¹⁷⁷ Pour un exemple d'analyse par le Tribunal fédéral des statistiques de dangerosité relatives aux chiens en rapport avec une loi cantonale sur les chiens dangereux, cf. ATF 136 I 1, p. 9 s. Cf. ALTWICKER (2018), p. 632.

¹¹⁷⁸ Cf. ci-dessus ch. 2.2.2.

¹¹⁷⁹ COMITÉ DE BÂLE SUR LE CONTRÔLE BANCAIRE, *Accords de Bâle III*, 16 décembre 2010.

¹¹⁸⁰ Felix UHLMANN/Christoph KONRATH, « Participation », in : Karpen/Xanthaki (éd.), *Legislation in Europe: a Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners*, Oxford/Portland, 2017, p. 79 ss. Cf. ci-dessous ch. 4.4.4.2.

¹¹⁸¹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines* (2017), chapitre I, ch. 3.2.

¹¹⁸² Cf. UHLMANN/KONRATH (2017) ; Alexandre FLÜCKIGER, « Consulter pour mieux légiférer : Utilité des procédures de consultation pré-parlementaires », in : *LeGes*, 2011/2, p. 185 ss ; MADER (2007, Konsultationsverfahren).

Il faut cependant rester conscient du fait que légiférer sur des fondements objectifs n'évacue pas la question du politique. Le législateur ne doit pas se défaire de ses responsabilités en déléguant la résolution de son problème à l'application de méthodes scientifiques. Les débats politiques portent sur des valeurs et ne peuvent simplement être résolus en faisant appel à la recherche scientifique, même si cette manière de faire est de nature à réconcilier les oppositions partisans¹¹⁸³. La démarche évaluative, en dépit de sa volonté d'objectiver l'intervention législative, laisse subsister une part irréductible de politique¹¹⁸⁴.

Les données scientifiques demandent en particulier à être *interprétées* ; elles ne fournissent pas une preuve en tant que tel¹¹⁸⁵. Les controverses relatives au principe de précaution en droit de l'environnement ou de la santé lancent ainsi un vrai défi aux systèmes juridiques¹¹⁸⁶. Il faut en particulier veiller aux argumentations fallacieuses : par exemple, motiver l'absence d'atteinte d'une mesure en invoquant l'absence d'études prouvant l'existence d'une atteinte n'équivaut pas à une preuve de l'absence d'atteinte ; pour prouver l'absence d'atteinte, seule l'existence d'études en ce sens est probante.

Le Conseil fédéral a pourtant recouru à un tel procédé s'agissant de l'initiative populaire sur les vaches à cornes. Il s'y oppose au motif qu'« il n'existe aucune étude affirmant que l'écornage porte atteinte au bien-être des animaux de façon disproportionnée »¹¹⁸⁷ : « Le Conseil fédéral souhaite donner la préférence à la détention en stabulation libre plutôt qu'au maintien des cornes. Il justifie cette position notamment par le fait qu'il n'existe à ce jour aucune étude qui prouve que l'écornage porte atteinte de manière inconsiderée au bien-être animal. »¹¹⁸⁸

¹¹⁸³ « a major challenge for evidence-based policymaking is the deep divide among citizens and policymakers about the underlying purpose of education and other social policies in the first instance ; many important policy debates are about values and cannot be resolved by appealing to research at all. This critique of evidence-based policymaking does not suggest that research is unimportant or that facts are only in the eye of the beholder but rather that claims for what evidence-based policymaking can accomplish in education and other social policy areas should be treated skeptically. » (Eloise PASACHOFF, « Two Cheers for Evidence: Law, Research, and Values in Education Policymaking and Beyond », in : *Columbia Law Review*, vol. 117, 2017, p. 1933).

¹¹⁸⁴ Cf. ci-dessous ch. 2.3.5.5 et 4.5.2.

¹¹⁸⁵ Cf. ci-dessous ch. 2.3.5.5.

¹¹⁸⁶ Ljupcho GROZDANOVSKI, *La présomption en droit de l'Union européenne*, thèse (Université de Genève), à paraître, p. 423 ss. ; Alexandre FLÜCKIGER, « La preuve juridique à l'épreuve du principe de précaution », in : *Revue européenne des sciences sociales*, tome XLI, n° 128, 2003, p. 107 ss.

¹¹⁸⁷ FF 2017 1513.

¹¹⁸⁸ FF 2017 1520.

En pratique à l'échelle internationale on observe cependant que le législateur agit plus souvent « evidence free » que « evidence based »¹¹⁸⁹. Le constat vaut aussi pour la Suisse¹¹⁹⁰, dans le contexte particulier de sa démocratie directe¹¹⁹¹.

Une étude du Centre d'étude, de technique et d'évaluation législatives de la Faculté de droit de l'Université de Genève a montré les difficultés sur la base de quelques études de cas approfondies : « Il arrive que la définition du problème résultant de travaux approfondis n'ait pas d'impact sur le choix de la stratégie d'action. Le cas le plus flagrant est celui des chiens dangereux. Dans une première phase, l'administration juge inefficace la mise à l'index de certaines races considérées comme dangereuses, sur la base des nombreuses données et études disponibles. Dans un second temps, sous forte pression médiatique et politique, la même administration prépare un projet d'ordonnance où figure une telle mesure, sans que pour autant de nouvelles données soient venues infirmer la première analyse. Dans plusieurs dossiers, le pilotage politique impose des mesures qui ne reposent pas sur l'analyse de la réalité. »¹¹⁹²

Un exemple – Le Parlement fédéral a proposé de relever l'âge minimal de l'examen médical obligatoire des conducteurs à 75 ans sans attendre les résultats d'une étude scientifique en cours menée par le Bureau de prévention des accidents (BPA)¹¹⁹³. Pour ne pas enfreindre le principe de proportionnalité ni celui de l'interdiction de l'arbitraire, le législateur devrait cependant être en mesure de démontrer qu'il se fonde sur des motifs objectifs et sérieux et que le but d'assurer la sécurité routière n'est pas remis en cause. D'autres éléments de motivation probants sont admissibles.

b. Les racines historiques

L'exigence de légiférer sur des fondements objectifs et des données probantes est ancienne. En Suisse, Eugen HUBER, le rédacteur du Code civil en avait fait sa devise au tournant du XIX^e siècle, soucieux de prendre en compte la réalité des faits (« Realien »), ce « matériau »¹¹⁹⁴ présent comme un fil rouge dans

¹¹⁸⁹ WINDHOLZ (2018), p. 93 et 101, pour lequel la conséquence fâcheuse est de conduire le législateur à poser un diagnostic erroné de la situation existante ; POPELIER (2017), p. 54.

¹¹⁹⁰ Ulrich KLÖTI/Gerald SCHNEIDER, *Die Informationsbeschaffung des Gesetzgebers: eine vergleichende Evaluationsstudie zur Bedeutung von Wirkungsanalysen im Schweizer Legifizierungsprozess*, Grösch, 1989 ; FREY (2012). Cf. ég. ci-dessous ch. 4.6.

¹¹⁹¹ Caroline SCHLAUFER/Iris STUCKI, « Die Nutzung wissenschaftlicher Evidenz in Abstimmungserläuterungen », in : *LeGes*, 2017/1, p. 69 ss.

¹¹⁹² Margit JOCHUM/Simone LEDERMANN, « La démarche légistique entre théorie et pratique », in : *LeGes*, 2009/1, p. 98.

¹¹⁹³ Tribune de Genève, édition du 13 septembre 2017 (révision de l'art. 15 d'al. 2 1^{ère} phrase de la loi fédérale sur la circulation routière, RS 741.01, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2019).

¹¹⁹⁴ Eugen HUBER, *Recht und Rechtsverwirklichung: Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie*, 2^e éd., Bâle, 1925, p. 281.

la théorie législative de cette époque¹¹⁹⁵. Centrale dans la pensée de Peter NOLL ou de Kurt EICHENBERGER au milieu du siècle dernier¹¹⁹⁶, elle a été reprise jusqu'à aujourd'hui, par exemple par l'élève de ce dernier, Georg MÜLLER, dans sa *Rechtssetzungslehre*¹¹⁹⁷.

On peut remonter plus tôt encore. Pierre CHARRON expliquait en 1601¹¹⁹⁸ la nécessité pour le prince de connaître la « vérité » pour bien décider des lois et Louis LE CARON, *alias* CHARONDAS, conseillait en 1556¹¹⁹⁹ à ce dernier de « saines lectures et de bonnes connaissances mathématiques, qui ne seraient pas sans incidences sur la production de la loi » :

Yvon LE GALL décrit les recommandations de ces deux auteurs en ces termes¹²⁰⁰ : « Comme on le répète depuis des siècles, le prince est environné de < flateurs, Inventeurs d'impôts, Delateurs >. Il lui faut donc percer ce mur de mensonges. Connaître le naturel et les mœurs de ses sujets, < afin que l'autorité qu'il pense avoir ne lui soit vaine, inutile et pernicieuse >, ne va pas de soi quand, aux grands traits, il faut ajouter, comme le remarque Charron, les particularités. Cela devient même quasi impossible pour le prince héréditaire si l'on pense < que celui qui veut bien commander doit conoitre les humeurs et volonteze des sujets, comme si lui-même était de leur rang et en leur place > [...]. On comprend que, même bien formé – et Charondas lui propose de saines lectures et de bonnes connaissances mathématiques, qui ne seraient pas sans incidence sur la production de la loi – le prince a besoin de conseils. Il en a d'autant plus besoin que l'on estime sa médiocrité vraisemblable. »¹²⁰¹

Le conseil est repris par Denis DIDEROT – pas plus tendre à l'égard des compétences du prince que CHARONDAS – dans son article *Arithmétique politique* de 1751¹²⁰², même s'il nuance plus loin l'utilisation potentiellement manipulatrice que l'on peut faire de la statistique :

« Mais souvent les ministres (je n'ai garde de parler sans exception) croient n'avoir pas besoin de passer par des combinaisons et des suites d'opérations arithmétiques : plusieurs s'imaginent être doués d'un grand génie naturel, qui les dispense d'une marche si lente et

¹¹⁹⁵ Bernd MERTENS, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen*, Tübingen, 2004, p. 42 ss (réf. cit.); SECKELMANN (2018), p. 51 ss.

¹¹⁹⁶ Cf. l'analyse de Benjamin SCHINDLER, « Rechtssetzungslehre: Der Beitrag von Kurt Eichenberger aus heutiger Sicht », in : Uhlmann (éd.), *Rechtsetzung und Verfassungsgebung: Kolloquium zu Ehren von Professor Kurt Eichenberger*, Zurich/Saint-Gall, 2013, p. 76 ss.

¹¹⁹⁷ MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 79.

¹¹⁹⁸ Pierre CHARRON, *De la sagesse*, Paris, 1827 (1^{re} parution à Bordeaux en 1601).

¹¹⁹⁹ Louis LE CARON, *Les dialogues de Loys Le Caron*, Paris, 1556.

¹²⁰⁰ Yvon LE GALL, « Le prince et la norme chez Louis Le Caron et chez Pierre Charron », in : Hoareau-Dodinau/Métairie/TeXier (éd.), *Le prince et la norme, ce que légiférer veut dire*, Limoges, 2007, p. 148.

¹²⁰¹ *Ibidem*, p. 148 ss.

¹²⁰² En détail sur l'histoire de la statistique, cf. BEHRISCH (2016), et sur l'arithmétique politique en particulier, p. 32 ss.

si pénible, sans compter que la nature des affaires ne permet ni ne demande presque jamais la précision géométrique. Cependant si la nature des affaires la demandait et la permettait, je ne doute point qu'on ne parvînt à se convaincre que le monde politique, aussi bien que le monde physique, peut se régler à beaucoup d'égards par poids, nombre et mesure. »¹²⁰³

Jean-Jacques ROUSSEAU écrivait en 1762 dans le *Contrat social* que « le sage instituteur ne commence pas par rédiger de bonnes lois..., il examine auparavant si le peuple auquel il est destiné est propre à les supporter »¹²⁰⁴. Insister sur la *connaissance objective* des faits sociaux avant de légiférer est essentiel pour assurer la pertinence et l'efficacité législative. Pellegrino ROSSI en déplorait le défaut en 1829, notamment l'absence de recherches en *statistique* :

« N'en considérons d'abord que la partie, en apparence du moins, la plus facile, celle qui consiste à connaître les faits sociaux, les exigences politiques de chaque pays. Les législateurs de nos jours n'ont point travaillé à acquérir cette connaissance. Au lieu d'agir par un sentiment général et confus de l'état des choses, ont-ils procédé rationnellement ? se sont-ils mis en possession de tous les éléments de leur travail ? C'est d'ouvrages historiques, c'est de recherches de statistique judiciaire qu'ils auraient dû s'aider. »¹²⁰⁵

Jean CRUET le rappelait en 1908 : « *L'observation des mouvements spontanés du droit : nécessité, avant de légiférer, de « voir en ordre » la vie juridique existante.* La loi n'a le droit d'ignorer ni les mœurs, ni la jurisprudence ; même pour les combattre, elle doit commencer par les connaître. »¹²⁰⁶

Victor HUGO, dans une vision excessivement optimiste, voyait l'apogée de la civilisation le jour où « la tribune politique se transformera en tribune scientifique » ; « on ne fera plus les lois, on les constatera » écrit-il et l'« on sera gouverné par l'évidence » :

« Le jour où [la querelle du droit contre la loi] cessera, la civilisation touchera à son apogée, la jonction sera faite entre ce qui doit être et ce qui est, la tribune politique se transformera en tribune scientifique [...] Plus de disputes, plus de fictions, plus de parasites ; ce sera le règne paisible de l'incontestable ; on ne fera plus les lois, on les constatera ; les lois seront des axiomes, on ne met pas aux voix deux et deux font quatre, le binôme de Newton ne dépend pas d'une majorité, il y a une géométrie sociale ; on sera gouverné par l'évidence »¹²⁰⁷.

¹²⁰³ Denis DIDEROT, « Arithmétique politique », in : Diderot/d'Alembert (dir.), *L'Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Paris, 1751.

¹²⁰⁴ Cit. in Jean CARBONNIER, « La passion des lois au siècle des lumières », in : *Bulletin de l'Académie royale de Belgique*, séance du 6 décembre 1976, p. 548.

¹²⁰⁵ Pellegrino ROSSI, *Traité de droit pénal*, Bruxelles, 1829, p. 15.

¹²⁰⁶ CRUET (1908), p. 295 ss.

¹²⁰⁷ Victor HUGO, *Actes et paroles : Avant l'exil*, Paris, 1875 (cit. in : Sylvain MARCHAND, *Le discours triomphant : manuel de rhétorique*, Genève/Zurich, 2018, p. 68).

Afin d'asseoir « une base véritablement scientifique à la discussion des textes législatifs » et de donner « à l'établissement d'un texte la solide assise de réalités objectives préalablement constatées », Jean CRUET jugeait que les commissions parlementaires n'étaient pas à même de fournir « l'effort soutenu nécessaire pour réunir les matériaux de l'élaboration législative ». Il proposait de confier en France cette mission documentaire au Conseil d'Etat ou aux experts scientifiques selon les domaines concernés, par exemple s'agissant du Code civil à l'Académie de médecine pour les questions liées à la puberté, l'âge du mariage ou la durée légale de la grossesse¹²⁰⁸.

A la même époque dans le monde slave, Leon PETRAZYCKI, un précurseur de la sociologie du droit, préconisait également le recours aux statistiques :

« « die sog. Rechtspraxis offenbart nicht, wie Civilgesetze wirken; ja noch mehr, sie gewährt vielfach und in vielen Hinsicht ein verzerrtes Bild dieser Wirkung. » Da also der bloße Eindruck, den die Praxis von der tatsächlichen Bewährung einer Regelung hat, nicht weiterhilft, fordert Petrazycki die methodisch gesicherte « Sammlung vom statistischen Materialen » »¹²⁰⁹.

Jean CARBONNIER ne disait pas autre chose en 1959 :

« Il est scandaleux de constater qu'un gouvernement qui ne modifierait pas le taux d'un impôt sans s'être entouré de toute une étude statistique et économique de la matière imposable et de l'incidence, n'hésite pas à mettre en chantier, par exemple, la réforme des régimes matrimoniaux sans se préoccuper de savoir d'abord exactement combien il y a de gens qui font des contrats de mariage. »¹²¹⁰

2.3.4.2 Le rôle des parlements : la proposition de développer une infrastructure de soutien légistique

On l'a vu plus haut¹²¹¹, les parlementaires ne sont simplement pas en mesure d'assimiler la complexité législative contemporaine croissante. L'administration du gouvernement détient généralement une expertise et un savoir accumulés de loin supérieurs. Or le travail conceptuel qu'exige la légistique en amont du projet de loi ne devrait pas échapper totalement aux élues

¹²⁰⁸ CRUET (1908), p. 330 ss.

¹²⁰⁹ Sigrid EMMENEGGER, *Gesetzgebungskunst: gute Gesetzgebung als Gegenstand einer legislativen Methodenbewegung in der Rechtswissenschaft um 1900: zur Geschichte der Gesetzgebungslehre*, Tübingen, 2006, p. 164 ss, citant Leon PETRAZYCKI, *Die Lehre vom Einkommen. Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Berlin, 1895, p. 609 et 621.

¹²¹⁰ Jean CARBONNIER, « La méthode sociologique dans les études de droit contemporain », in : *Méthode sociologique et droit*, Paris, 1958, p. 199.

¹²¹¹ Cf. ci-dessus ch. 1.3.5.2.

et élus¹²¹². La question se pose tant au niveau de la conception originale des textes, de leurs amendements ultérieurs¹²¹³ que de l'évaluation de leur impact¹²¹⁴. Dans cette optique, le développement d'une véritable infrastructure de soutien légistique renforcerait la fonction législative du parlement¹²¹⁵.

En France, la Constitution prévoit que l'exercice des missions d'évaluation du parlement peut être confié à des *commissions d'enquête* à créer au sein de chaque assemblée « pour recueillir, dans les conditions prévues par la loi, des éléments d'information. »¹²¹⁶

L'Union interparlementaire et la Fédération internationale des associations de bibliothécaires et des bibliothèques ont publié des *Lignes directrices sur les services de recherche parlementaire*¹²¹⁷ recommandant aux parlements de consolider leurs services documentaires et leur exposant les méthodes. Elles soulignent le rôle de tels services dans l'« analyse apolitique [...] des effets et conséquences des différentes façons de régler des questions de politique publique »¹²¹⁸.

Le soutien peut aussi être développé au stade de la mise en œuvre de la loi comme on le verra (« post-legislative scrutiny »)¹²¹⁹.

Le soutien analytique dépend de la taille du service¹²²⁰. Il peut se limiter à fournir des références ou des synthèses simples mais aussi aider à l'analyse du problème dans le processus de l'analyse d'impact d'une législation comme l'illustre la figure suivante.

¹²¹² Sur la discussion des compétences respectives du parlement et du gouvernement en matière de conception et de rédaction législatives, cf. ci-dessus ch. 1.3.5.2.

¹²¹³ Cf. ci-dessus ch. 2.2.3.3b.

¹²¹⁴ Cf. ci-dessus ch. 1.3.5.2.

¹²¹⁵ Cf. ci-dessous ch. 1.3.5.2.

¹²¹⁶ Art. 51 al. 2 Cst. F. Cf. ci-dessus ch. 1.3.5.2.

¹²¹⁷ Union Interparlementaire/Fédération internationale des associations de bibliothécaires et des bibliothèques, *Lignes directrices sur les services de recherche parlementaire*, 2015.

¹²¹⁸ *Ibidem*, p. 19.

¹²¹⁹ Cf. ci-dessous ch. 6.2.1.3d.

¹²²⁰ En Suisse, les prestations des services de l'Assemblée fédérale sont limitées. L'ancien secrétaire général de l'Assemblée fédérale recommande aux députés et députées de se procurer les informations nécessaires au moment de déposer une motion ou une initiative parlementaire ; les services du Parlement mettant à disposition la bibliothèque du Parlement à cet effet. Christoph LANZ, « Gute Gesetzgebung: Wie können Ratsmitglieder und Parlamentsdienste dazu beitragen? », in : *Parlement*, n° 1, 2016, p. 11 ss. L'Assemblée fédérale vient d'adopter les bases légales pour créer des « offres modernes d'information et de documentation du Parlement » (art. 64 al. 2 let. c^{bis} Loi sur le Parlement, FF 2017 6503).

Figure 2-6 – Soutien analytique des services parlementaires¹²²¹

Figure 3

Gamme de soutien analytique offert par les services de recherche parlementaire



2.3.5 L'analyse du problème

2.3.5.1 Les méthodes et les sources

Différentes méthodes d'analyse visant à analyser le problème ont été suggérées en doctrine et prescrites par les autorités sous la forme de *listes de points à examiner* et de *techniques* à appliquer¹²²².

¹²²¹ *Ibidem*, figure 3.

¹²²² En doctrine, cf. par exemple WINDHOLZ (2018), p. 129 ss ; MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 65 ss ; Werner HUGGER, *Gesetze, ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung: Ein Handbuch für Praxis und Studium Taschenbuch*, Baden-Baden, 1983, p. 112 ss.

Selon le commentaire de la recommandation de l'*OCDE* concernant l'amélioration de la qualité de la réglementation officielle relatif à cette question, il convient de traiter les points suivants¹²²³ : énonciation précise du problème ; nature et ampleur ; causes, conséquences et relations ; évolution de la nature ou de l'ampleur du problème.

Dans l'*Union européenne*, l'Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » précise que « [l]es analyses d'impact devraient porter sur l'existence, l'ampleur et les conséquences d'un problème »¹²²⁴. La Commission propose en appui de ses lignes directrices « Mieux légiférer » une *boîte à outils* (« toolbox ») comprenant diverses techniques¹²²⁵ dont l'une expose de manière détaillée les cinq éléments principaux qu'il convient d'analyser¹²²⁶ :

- « A. Establish what the problem is and why it is problematic (i.e. its negative consequences) ;
- B. Assess the magnitude and EU dimension of the problem ;
- C. Establish the causes (< drivers >) and assess their relative importance ;
- D. Identify who the relevant stakeholders are ;
- E. Describe how the problem is likely to evolve with no new EU intervention. »

Le Guide de législation de la *Confédération* prescrit la liste suivante¹²²⁷ :

- « *nature* : en quoi consiste le problème ?
- *causes* : à quoi faut-il attribuer le problème ? Dans quelles conditions est-il apparu et quelles en sont les causes ?
- *contexte* : quelle est la situation initiale sur les plans social, politique, environne-mental, etc. ? Quelle est l'opinion de la société civile (grand public, partis politiques, milieux intéressés) ?
- *mesures déjà prises* : quelles sont les mesures qui ont déjà été prises à l'échelon communal et cantonal, au niveau fédéral et sur le plan international ? Pourquoi les effets qu'elles ont eus sont-ils insuffisants ? A-t-on procédé à des évaluations de ces mesures et, dans l'affirmative, quelles conclusions en a-t-on tirées ?
- *dynamique* : peut-on observer une évolution du problème (caractéristiques périodiques, régularité) ?
- *durée* : le problème est-il durable ou temporaire ?
- *effets* : qui ou quoi est touché par ce problème et dans quelle mesure ?
- *recoupements* : avec quels autres domaines et activités de l'État le problème se recoupe-t-il ?
- *conséquences d'une non-intervention* : que se passerait-il en cas de non-intervention ? De quelle manière et dans quelle mesure cela aurait-il des effets dans d'autres domaines? »

¹²²³ OCDE, *Recommandation du Conseil concernant l'amélioration de la qualité de la réglementation officielle*, Paris, 1995, annexe, § 14.

¹²²⁴ PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 13 avril 2016*, ch. 12.

¹²²⁵ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox*, Bruxelles, 2017.

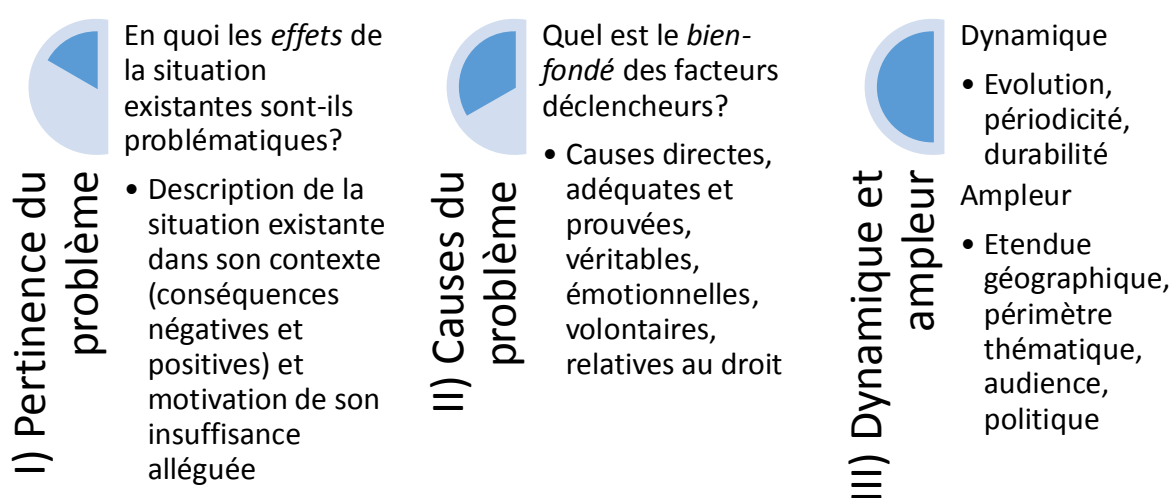
¹²²⁶ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #14 (How to analyse problems).

¹²²⁷ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 115.

Les listes précédentes sont assez difficiles à appliquer, car elles n'énumèrent pas forcément les points dans un ordre compréhensible, ni n'expliquent ou n'illustrent vraiment les enjeux liés à chacun d'entre eux. C'est pourquoi il nous a paru préférable d'en proposer une *synthèse méthodique* les reprenant dans une structure légistiquement pertinente.

Nous distinguerons dès lors (I) l'évaluation de la *pertinence du problème*, en recherchant les *effets problématiques* du *statu quo* (ch. 2.3.5.2), de (II) l'analyse du bien-fondé des *chaînes de causalité* (ch. 2.3.5.3), qu'un examen (III) de la *dynamique* et de l'*ampleur* du problème viendra étayer (ch. 2.3.5.4).

Figure 2-7 – Analyse du problème – synthèse des points à examiner



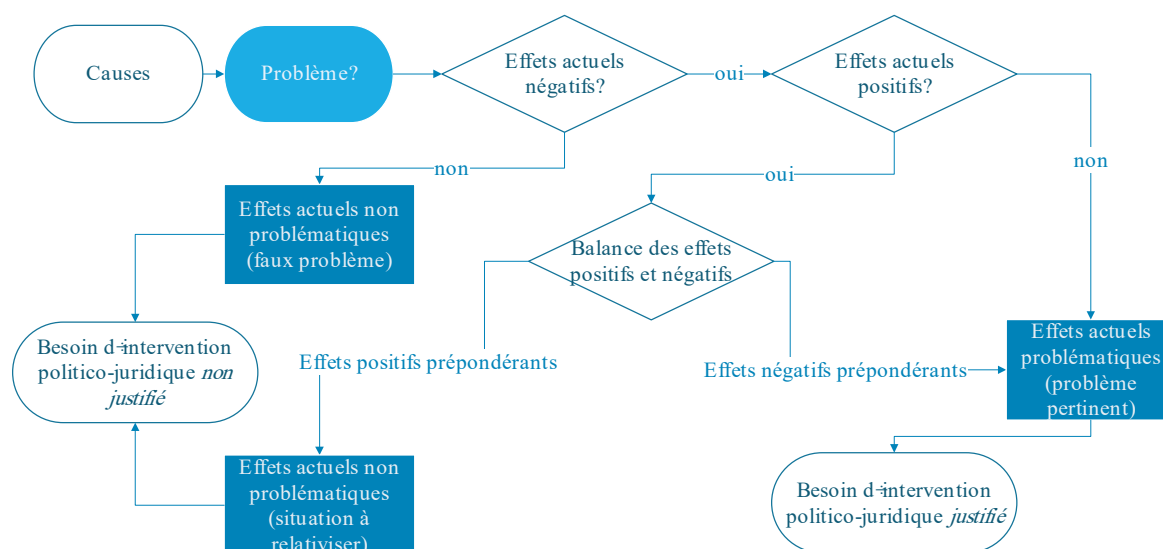
2.3.5.2 *L'évaluation de la pertinence du problème : l'examen des effets potentiellement problématiques de la situation existante*

Analyser la pertinence du problème consiste à préciser, après réflexion, en quoi la situation existante pose réellement problème. La démarche permet d'évaluer si le problème est bien fondé. Elle consiste à *décrire la situation existante* dans son contexte, en recherchant les *effets tant négatifs que positifs*, et à documenter son insuffisance alléguée sur la base de données objectives et probantes pour démontrer en quoi la situation pose effectivement problème¹²²⁸.

Nous proposons de suivre à cet effet la *démarche méthodique* que nous avons synthétisée de la manière suivante :

¹²²⁸ Sur la définition politique d'un *problème public* à partir d'un *problème social* mis à l'agenda, cf. KNOEPFEL/LARRUE/VARONE/SAVARD (2015), p. 159 ss.

Figure 2-8 – Evaluation de la pertinence du problème – méthode d'examen des effets potentiellement problématiques



Constitue un *problème pertinent* une situation dont les effets problématiques sont reconnus politiquement. Les effets sont problématiques si les *effets actuels négatifs* qui en découlent sont reconnus ou, en cas d'*effets positifs* concurrents, si les effets négatifs l'emportent.

Définir un problème consiste à identifier les groupes qui en subissent les effets problématiques ainsi que les responsables dont le comportement est à l'origine¹²²⁹. Il faut être en mesure de *motiver* l'insuffisance de la situation actuelle de manière suffisamment convaincante. Si l'on n'y parvient pas, on échoue à démontrer l'existence d'un problème ; et si le problème n'est pas reconnu, le *besoin d'intervention politico-juridique tombe* de lui-même, impliquant de renoncer à mettre la question à l'agenda politique (cas du *faux problème* – un problème sans problème – ou de la *situation à relativiser* – lorsque les effets positifs de la situation actuelle sont si prépondérants qu'ils en occultent les négatifs). Exiger cette motivation permet donc d'éviter de légiférer « simplement sur la base d'idées reçues »¹²³⁰.

¹²²⁹ *Ibidem*, p. 173.

¹²³⁰ La méthodologie législative « permet d'éviter certaines erreurs qui sont fréquemment commises lorsque l'on légifère de manière peu réfléchie, simplement sur la base d'idées reçues » (MADER [1985], p. 23, note de bas de page 67, se référant à NOLL [1973], p. 72 et 86).

Réclamer ce travail argumentatif, c'est remettre en question les évidences. Débuter la question de la *croissance normative*¹²³¹ en se demandant en quoi c'est un problème, comme le fait Felix UHLMANN, peut paraître *a priori* provocateur, mais présente l'avantage de forcer à la réflexion : « Zu fragen ist auch, aus welchem Grund die schiere Anzahl von Gesetzen ein Problem darstellt. [...] Die Menge an Recht führt nicht zwingend dazu, dass wir uns im Dschungel der Gesetzgebung verlieren. »¹²³²

On touche ici au cœur de la difficulté : le problème est un *construit argumentatif* qui, en soi, ne présume en rien de l'exactitude ou de l'objectivité des constats¹²³³. La démarche est fondamentalement politique.

L'exemple de l'initiative populaire fédérale « pour la dignité des animaux de rente agricoles » demandant d'encourager financièrement les détenteurs de *vaches à cornes* est illustratif. L'insuffisance de la situation actuelle, à savoir la disparition progressive des vaches portant des cornes dans les campagnes helvétiques, relève de la représentation symbolique qu'ont les Suisses et les Suissesses de leur agriculture. Ce point n'est pas démontrable. Comme le dit le Conseil fédéral, « les vaches à cornes correspondent à l'image idéale de la production laitière suisse. Selon la tradition, une vache qui produit du lait porte des cornes. »¹²³⁴

La mise en contexte est importante pour repérer les éventuels *effets positifs* de la situation actuelle de nature à tempérer voire annuler l'existence alléguée d'un problème par la relativisation de celui-ci. Si le problème doit être relativisé en raison de la portée mineure de ses conséquences négatives par rapport à l'importance des positives, le *besoin d'intervention politico-juridique tombe* également, impliquant de renoncer à légiférer (cas de la *situation à relativiser*). L'analyse des *facteurs déclencheurs* va précisément permettre de retrouver les causes qui ont mené à la situation actuelle, dont certaines d'entre elles ont précisément des conséquences possiblement positives. Les effets positifs sont à identifier dans une vue prospective, car ils forment les effets *futurs indésirables* si aucune mesure pour les contrer n'est prise. A nouveau, le traitement de cette question montre que l'analyse du problème n'est pas un donné objectif, car ce repérage des effets positifs nécessite de procéder à une *balance des intérêts* entre les différents effets identifiés.

- Dans l'exemple de l'initiative pour des *vaches à cornes*, la cause de l'écornage décrié est à rechercher dans les risques de blessures résultant de la détention en stabulation libre des animaux, car dans ces systèmes, favorables à la liberté des animaux au sein du troupeau, les risques de blessures sont accrus tant pour l'être humain que pour l'animal¹²³⁵. Dans ces

¹²³¹ Cf. ci-dessus ch. 1.3.3.4.

¹²³² Felix UHLMANN, « Qualität der Gesetzgebung – Wünsche an die Empirie », in : Griffel (éd.), *Vom Wert einer guten Gesetzgebung*, Berne, 2014, p. 171 ss.

¹²³³ NOLL (1973), p. 82. Cf. ég. ci-dessous ch. 2.3.5.5.

¹²³⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 15 février 2017 relatif à l'initiative populaire « Pour la dignité des animaux de rente agricoles » (Initiative pour les vaches à cornes), in : FF 2017 1511, p. 1515 (initiative rejetée en votation populaire le 25 novembre 2018).

¹²³⁵ *Ibidem*.

conditions, la conséquence probable du subventionnement des vaches à cornes sera « une augmentation de la stabulation entravée, car dans ce système, les cornes ne causent guère de coûts supplémentaires. Ce serait toutefois une évolution indésirable, car si on met en balance le bien-être des animaux cornus attachés et le bien-être des animaux sans cornes en stabulation libre, ces derniers sont dans une situation préférable du point de vue éthologique. »¹²³⁶ On le voit, l'arbitrage à faire repose sur des valeurs qui s'opposent ; il échappe en soi au débat scientifique. En l'occurrence « [l]e Conseil fédéral souhaite donner la préférence à la détention en stabulation libre plutôt qu'au maintien des cornes »¹²³⁷. Dont acte.

- Il en va de même pour la détention des *armes à feu* aux USA. Les effets négatifs sont démontrés à répétition lors de chaque tuerie mais la situation peine à être reconnue comme un problème nécessitant une intervention politico-juridique, car la liberté de s'armer (effet « positif » de la situation actuelle) continue – pour combien de temps encore ? – de l'emporter dans la balance des intérêts médiatico-politiques.

2.3.5.3 L'évaluation du bien-fondé des chaînes de causalité

a. Introduction

L'analyse des causalités consiste à repérer les facteurs déclencheurs. Elle forme un exercice essentiel pour que le législateur soit en mesure de poser le bon diagnostic.

Le professeur de droit et criminologue FRANZ VON LISZT préconisait en 1899 déjà une « *kausale Erforschung von Verbrechen und Strafe* », élément essentiel selon lui pour améliorer la législation pénale¹²³⁸.

Rechercher les causes et leurs effets anticipe les phases ultérieures de *définition des buts et de recherche des moyens* les plus adéquats pour résoudre au mieux le problème. Elle aide en effet à imaginer les objectifs et les instruments : démontrer que l'augmentation du volume des déchets est due en partie à l'augmentation des emballages permet d'imaginer aisément un objectif de lutte contre le sur-emballage.

Une technique toute simple pour trouver les causes dans leur enchaînement logique du plus concret au plus abstrait est de poser systématiquement et successivement la question « pourquoi »¹²³⁹. En pratique, l'exercice est complexe, car les réponses ne sont jamais simples, sont sujettes à interprétation et vont différer selon les points de vue et les matières concernées¹²⁴⁰.

¹²³⁶ *Ibidem*, p. 1520.

¹²³⁷ *Ibidem*.

¹²³⁸ FRANZ VON LISZT, « Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft. Antrittsvorlesung, gehalten am 27. Oktober 1899 an der Berliner Universität », in : *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 20, 1900, p. 166 (cit. in : EMMENEGGER [2006], p. 165).

¹²³⁹ WINDHOLZ (2018), p. 142.

¹²⁴⁰ Cf. ci-dessous ch. 2.3.5.5.

b. Une catégorisation des causes possibles

Catégoriser les causes possibles provoquant la situation problématique nous confronte très directement au cœur de la difficulté de la légistique : son interdisciplinarité. Découvrir des rapports de causalité bien fondés est au fondement de toute démarche scientifique. Les réponses et les méthodes différeront selon les disciplines et devront être comprises par les auteurs des analyses d'impact qui devront les intégrer dans leurs modèles.

On distinguera à cet effet les causes directes, adéquates, prouvées, non biaisées, véritables, émotionnelles, relatives au droit ainsi que volontaires.

I. Les causes directes, adéquates, prouvées et non biaisées vs les causes indirectes, inadéquates, non prouvées et biaisées

Ordonner les causes dans leurs enchaînements logiques permet de se rapprocher des *causes les plus directes*¹²⁴¹ du problème afin de trouver des *objectifs les plus immédiatement pertinents*.

Dans l'exemple de l'*accroissement des déchets*, constater que celui-ci est une conséquence indirecte ou générale de la croissance économique et de l'économie de marché sera immédiatement moins utile que la cause directe du suremballage pour trouver des objectifs opérationnels de nature à résoudre le problème.

Invoquer la société patriarcale pour expliquer la *sous-représentation des femmes dans une administration publique* est certes exact, mais moins adéquat que de pointer une pratique inadaptée de compensation interne du salaire en cas de grossesse (par exemple lorsqu'un rectorat ne compense que partiellement le poste provisoirement libéré dans le budget des facultés).

Si – à l'instar du droit de la responsabilité civile où il faut déterminer la cause *adéquate* du dommage pour ordonner réparation sans retenir les causalités dites « naturelles » – le législateur ne trouve pas la cause la plus directe, c'est-à-dire l'« adéquate », l'objectif immédiatement fondé sur une *cause inadéquate* sera dénué de pertinence, car *erroné*.

Un bon exemple est celui de la *peste bubonique* dont la cause a été d'abord attribuée aux rats noirs avant que Paul-Louis SIMOND en 1898 démontre qu'elle était due aux puces se nichant dans leur pelage. Le rat pesteux est la cause indirecte de la maladie ; la puce la cause adéquate. Ne cibler que l'éradication des rats ne serait donc pas un objectif suffisamment pertinent, car on omettrait alors de désinfecter les cargaisons d'étoffes pleines de puces.

Si repérer la cause adéquate est une condition nécessaire de pertinence, elle est insuffisante. Les autres *causes les plus directes* dans l'enchaînement causal

¹²⁴¹ WINDHOLZ (2018), p. 143, parle de clauses primaires et secondaires.

doivent aussi être prises en compte, car la pertinence des objectifs pris sur leurs fondements dépendra de leur combinaison respective. Autrement dit, il importe de repérer l'ensemble des causes puis de se concentrer non pas sur *la* plus directe mais sur *les* plus directes pour forger des objectifs les plus immédiatement pertinents.

Dans l'exemple de la *peste*, la mise en exergue du rôle de la puce dans l'épidémie ne doit pas laisser de côté les objectifs pointant les rats mais doit conduire à fixer un double objectif de dératisation et de désinsectisation.

Plus récemment, des chercheurs ont précisé la chaîne de causalité en démontrant que les épidémies de peste en Europe depuis le XIV^e siècle trouvaient systématiquement leur origine dans les fluctuations climatiques en Asie centrale ainsi que la transmission des puces aux rats par un autre rongeur asiatique – la gerbille – dont le rat ne fait que colporter les parasites. La maladie n'a pas persisté chez les populations de rats en Europe comme on le pensait généralement mais a été à chaque fois réimportée d'Asie en fonction du réchauffement de la température. L'Europe ne possède donc pas de « réservoir » autochtone de peste que les populations de rats formeraient¹²⁴². Il aurait donc fallu, rétrospectivement, viser également les gerbilles et pas seulement les rats. Quant aux fluctuations météorologiques en Asie, elles livrent indubitablement la clé explicative de la peste en Europe, mais constituent des causes trop éloignées pour fixer des objectifs immédiatement pertinents.

Les *causes les plus éloignées* ne doivent pourtant pas être délaissées de l'analyse. Elles ne permettront certes pas de fixer des objectifs pertinents *immédiatement*, mais peuvent avoir des effets à plus long voire très *long terme*.

Lorsque l'on n'est pas en mesure d'attribuer avec certitude une cause à un problème (causes *non prouvées*), soit parce qu'elle n'est pas identifiée ou parce qu'elle est disputée scientifiquement, la pertinence ou non des objectifs correspondants ne se révélera qu'ultérieurement, au moment de l'identification ou de la preuve éventuelle de la causalité. De tels *objectifs* peuvent cependant être *pertinents* si des indices rendent la cause un minimum vraisemblable et *non pertinents* dans le cas contraire.

Le *principe de précaution* en droit de l'environnement par exemple, selon lequel « l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement »¹²⁴³, illustre ce cas de figure¹²⁴⁴. Il faut démontrer un *seuil minimal de scientificité*¹²⁴⁵ : vraisemblance pour les ondes électromagnétiques si bien que

¹²⁴² Boris SCHMID *et al.*, « Climate-driven introduction of the Black Death and successive plague reintroductions into Europe », in : *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, vol. 112, n° 10, 2015, p. 3020 ss.

¹²⁴³ ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement* du 12 août 1992, principe 15.

¹²⁴⁴ Sur la proportionnalité de tels objectifs, cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 816 ss (réf. cit.).

¹²⁴⁵ FLÜCKIGER (2003, « La preuve juridique ») ; GROZDANOVSKI (à paraître), p. 423 ss.

l'application du principe de précaution est un objectif pertinent ; invraisemblance pour les effets de la vitesse des trains à vapeur sur l'organisme (comme certains le craignaient au XIX^e siècle) et non-pertinence (rétrospective) d'éventuels objectifs y relatifs.

Les recherches en économie et en psychologie comportementale ont toutefois montré la difficulté d'accéder à une connaissance objective et rationnelle en raison des biais cognitifs susceptibles de nous faire percevoir les *causes de manière biaisée*¹²⁴⁶. Le législateur devrait en être rendu conscient afin d'offrir un rempart au *populisme*, si prompt à simplifier l'analyse des causalités en la réduisant à l'identification d'un ou de quelques boucs émissaires¹²⁴⁷.

II. Les causes véritables vs les causes prétextes

Débusquer les causes *prétendues* mais *prétextes* pour trouver les causes *véritables* mais *cachées* est important pour éviter de baser des objectifs réglementaires sur des prémisses boiteuses avec le risque de produire des effets indésirables¹²⁴⁸. Les causes directes étant souvent les objectifs formulés sous une forme inversée¹²⁴⁹, rechercher les causes prétextes permet de traquer les *buts fictifs*¹²⁵⁰. Les causes prétextes ne fonderont jamais de buts pertinents ; ce qui implique de *renoncer à de tels objectifs*. Ce constat montre que les causes directes ne sont pas forcément synonymes de causes pertinentes.

Par exemple évincer les concurrents est la cause cachée des membres d'une industrie qui « capturent » le régulateur¹²⁵¹ afin de lui faire adopter des lois favorables sous prétexte de protection des consommateurs¹²⁵² ou de l'environnement. Dans cette hypothèse la déficience du niveau de protection des consommateurs ou de l'environnement n'est pas fondée. Une illustration du phénomène est fournie par le règlement cantonal genevois fixant les *émoluments des notaires*, dont l'impact négatif est une « augmentation injustifiée de la facture du notaire par rapport à la prestation fournie » selon le Surveillant des prix, mais qui serait justifié selon le Conseil d'Etat genevois par la « meilleure

¹²⁴⁶ WINDHOLZ (2018), p. 102 (réf. cit.). Cf. ég. ci-dessous ch.3.6.4.3a et ci-dessus ch. 1.3.2.2b.V.

¹²⁴⁷ Cf. Walter ÖTSCH/Nina HORACZEK, *Populismus für Anfänger: Anleitung zur Volksverführung*, Francfort-sur-le-Main, 2017, cit. ci-dessus ch. 1.3.3.2b.

¹²⁴⁸ Cf. ci-dessus ch. 6.2.2.2.

¹²⁴⁹ Cf. ci-dessus ch. 2.4.5.1.

¹²⁵⁰ MADER (1985), p. 80, rend attentif à la nécessité de traquer les buts implicites ou inavouables.

¹²⁵¹ Sur la capture réglementaire, cf. Bertrand DU MARAIS, « Pourquoi est-il difficile mais crucial de simplifier le droit ? De l'expérience française du « Choc de simplification » à la violence de la complexité », in : *LeGes*, 2017/2, p. 246, cité ci-dessus 1.3.3.4b.III thèse D.

¹²⁵² Autre exemple in MADER (1985), p. 80, note de bas de page 94.

protection possible des intérêts du client » notamment¹²⁵³ – cause prétexte évidente où la véritable est en réalité très mal cachée...

Autres exemples : l'exigence d'un diplôme professionnel, justifiée si elle vise des fins de police, est contraire au principe de proportionnalité si elle constitue un *moyen détourné* pour servir des fins de politique économique prohibées par la Constitution fédérale¹²⁵⁴ ; privilégier fiscalement des cigarettes brunes au détriment des cigarettes blondes alors que les premières proviennent presque exclusivement de la production nationale est un obstacle déguisé aux échanges dont la cause véritable réside dans la volonté de privilégier l'industrie nationale du tabac¹²⁵⁵ ; la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI)¹²⁵⁶ prohibe explicitement des restrictions à la liberté d'accès au marché si celles-ci constituent une « barrière déguisée » destinée à favoriser les intérêts économiques locaux (art. 3 al. 4 LMI).

Cette configuration est typique chaque fois qu'une évaluation rétrospective dévoile des *effets indésirables intentionnels*¹²⁵⁷. On retrouve cette configuration en présence de *discriminations indirectes*¹²⁵⁸ lorsque l'effet discriminant est la cause véritable, mais inavouable, du problème.

Une règle qui prévoit que les postes de cadre impliquent une charge de travail à *plein temps* défavorise de fait les femmes si le pourcentage d'employés à temps partiel est nettement plus élevé parmi les femmes¹²⁵⁹ de même que celle qui prévoit une *taille minimale unique* pour le recrutement des membres du corps de police sachant que les femmes sont statistiquement plus petites que les hommes¹²⁶⁰. La règle exigeant que tous les employés *travaillent parfois le samedi* risquerait quant à elle de priver de fait d'un emploi des personnes de confession israélite respectant le shabbat¹²⁶¹. On précisera que dans ces cas la rupture d'égalité n'a cependant pas besoin de reposer sur une intention de discriminer de la part du législateur¹²⁶².

1253 SURVEILLANCE DES PRIX, Recommandations sur les émoluments des notaires genevois et prises de position du Conseil d'Etat genevois, Berne, 2016.

1254 Art. 27 al. 2 Cst. féd. Cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 815 (réf. cit.).

1255 Sur cet exemple, cf. Vincent MARTENET, *Géométrie de l'égalité*, Zurich/Bâle/Genève, 2003, p. 109, se référant à l'arrêt de la CJCE du 27 février 2002 dans l'affaire C-302/00. RS 934.02.

1256 Sur les effets indésirables, cf. ci-dessous ch. 6.2.2.2.

1257 Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse, vol. II : Les droits fondamentaux*, 3^e éd., Berne, 2013, ch. 1044 ss.

1258 MARTENET (2003), p. 103 ss.

1259 MARTENET (2003), p. 110. Cf. CJUE, arrêt C-409/16 du 18 octobre 2017 jugeant que l'exigence d'une taille physique minimale indépendante du sexe en tant que critère d'admission à l'école de police peut constituer une discrimination envers les femmes.

1260 MARTENET (2003), p. 107.

1261 MARTENET (2003), p. 104.

III. Les causes émotionnelles vs les causes rationnelles

Les causes émotionnelles trouvent leur fondement dans des événements provoquant une émotion collective non maîtrisée dans des circonstances passionnelles bloquant toute délibération démocratique sereine, accroissant le risque que les objectifs élaborés sur de telles prémisses ne produisent que des effets symboliques ou, plus fâcheux, des effets collatéraux indésirables¹²⁶³.

Les opposer aux causes rationnelles n'est pourtant pas si simple, car la rationalité ne se laisse pas facilement définir. L'émotion peut en effet être rationnelle comme nous avons tenté de le montrer¹²⁶⁴ et l'opposition du raisonnable au déraisonnable est souvent utilisée à des fins argumentatives à titre de figure rhétorique¹²⁶⁵.

IV. Les causes volontaires vs les causes involontaires

Distinguer entre causes volontaires et involontaires permet d'anticiper l'*acceptabilité politique* des objectifs. Si le problème trouve sa source dans une cause qui n'a pas été voulue par le législateur, par exemple une erreur de la loi en vigueur ou une lacune involontaire du législateur, les résistances politiques seront moindres.

V. Les causes relatives à l'imperfection de la loi, à son retard sur l'évolution des faits ou du droit ainsi qu'à son impact déficient

Repérer les causes relatives à l'imperfection de la loi, à son retard sur l'évolution des faits ou du droit ainsi qu'à son impact déficient permet de déterminer s'il faut s'abstenir de légiférer ou non.

Imperfection de la loi – Le premier cas vise des lois parfaitement mises en œuvre mais dont la pratique – autorités, tribunaux, doctrine – montre qu'elles sont soit *imparfaites* (erreurs, incohérences, effets non voulus) soit *involontairement lacunaires*¹²⁶⁶. Le besoin de légiférer est ici plus manifeste, même si le besoin d'intervention politique peut rester ouvert¹²⁶⁷.

¹²⁶³ Cf. ci-dessus ch. 2.1.2.1b.

¹²⁶⁴ Cf. ci-dessus ch. 1.2.3.2a.

¹²⁶⁵ Cf. ci-dessus ch. 1.2.3.2b.

¹²⁶⁶ Pour des illustrations, cf. MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 77 ss.

¹²⁶⁷ Sur cette hypothèse, cf. MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 77, note de bas de page 302 (réf. cit.) et la suggestion de répertoire de manière plus systématique et centralisée les problèmes constatés dans une « cartothèque » des défauts (*ibidem*, p. 78, note de bas de page 305, montrant que les expériences menées à la Confédération et dans le canton de Zurich ont rapidement été abandonnées).

Retard de la loi sur l'évolution des faits – Dans l'hypothèse des lois *lacunaires*, les causes ne sont pas à rechercher chez le législateur mais dans l'évolution de la situation présente qui rend le droit positif *dépassé*¹²⁶⁸. Le droit prend du retard sur les faits. En effet, « [l]a loi marque un arrêt du droit ; or, s'il s'arrête, il est nécessairement dépassé, car pendant que le législateur se repose sur un Code, la société ne cesse d'être en travail. »¹²⁶⁹ On peut penser au progrès technologique (digitalisation de l'information et loi sur la protection des données ; voitures autonomes et loi sur la circulation routière), à l'évolution sociologique (acceptation croissante d'autres modes de vie que le couple hétérosexuel fidèle à vie et Code civil), à l'évolution écologique (réchauffement climatique et loi sur la protection de l'environnement), l'évolution économique (carences du marché¹²⁷⁰, apparition de biais comportementaux¹²⁷¹), etc.

A la fin du XIX^e siècle, Jean CRUET donnait déjà quelques « exemples amusants » : « Une invention, c'est l'imprévu et l'imprévisible, on ne pouvait donc pas lui réserver d'avance sa place dans la législation et c'est pourquoi, même lorsqu'elle doit devenir un facteur de progrès social, elle commence par être une cause de désordre juridique. Il en est des exemples amusants. On a pu se demander en France si c'était bien un vol au sens exact du Code pénal que de soustraire de l'électricité, soit par une dérivation habile, soit par le remplacement clandestin sur le fil conducteur d'une lampe faible par une lampe plus forte ; en Allemagne, il a fallu une loi spéciale pour faire tomber sous le coup de la répression pénale, les voleurs d'électricité ! [suivent d'autres exemples]¹²⁷² ». « Demain, il y aura un problème juridique du radium, de la télégraphie sans fil, des ballons dirigeables, etc. ... »¹²⁷³ L'avenir lui a donné raison !

Retard de la loi sur l'évolution du droit – Le troisième cas vise l'*évolution* non pas de la société mais *du droit* lui-même, surtout supérieur (traités, constitution, loi, règlement ou jurisprudence – y compris le droit souple – au plan cantonal, intercantonal, fédéral ou international) qui conduit à adapter la loi soit juridiquement, soit politiquement. Dans l'hypothèse d'une *obligation juridique* découlant de l'ordre juridique supérieur¹²⁷⁴, la marge d'opportunité du législateur dans le choix même de légiférer ou non est réduite en conséquence. Lorsque la pression n'est pas juridique, la marge va dépendre du degré de *contrainte politique*.

¹²⁶⁸ WINDHOLZ (2018), p. 130 ss.

¹²⁶⁹ CRUET (1908), p. 247.

¹²⁷⁰ Sur tous les cas de figure de « market failure » avec des check-lists de réflexion, cf. COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox (2017)*, Tool #14 (How to analyse problems), ch. 3.1.

¹²⁷¹ *Ibidem*, ch. 3.4.

¹²⁷² CRUET (1908), p. 243.

¹²⁷³ CRUET (1908), p. 244.

¹²⁷⁴ Cf. MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 75 (réf. cit.).

L'édition d'actes de droit souple sur le plan international n'a ainsi laissé aucun choix au législateur helvétique en matière d'intégrité financière ou de transparence fiscale¹²⁷⁵.

La pression peut également provenir de la *concurrence réglementaire*, conduisant à un *chalandage juridique* (« law shopping »¹²⁷⁶) et à une « *marketisation* » du droit¹²⁷⁷, que les différents Etats se livrent entre eux à la suite de la libéralisation du commerce mondial dans le domaine économique, social, environnemental ou fiscal notamment¹²⁷⁸.

Imperfection des impacts du droit – Le dernier cas vise la situation d'une loi théoriquement apte à résoudre le problème mais qui ne parvient pas à provoquer l'*impact* espéré pour défaut de pertinence, d'effectivité ou d'efficacité. Adopter dans ces circonstances un nouveau texte sur le même sujet – outre la création d'un doublon – n'aurait probablement qu'un impact symbolique, à défaut de moyens ou de réflexion stratégique sur sa mise en œuvre au risque de créer des effets indésirables et d'être disproportionnée. La meilleure option offerte aux autorités en pareille hypothèse consiste plutôt à se focaliser sur la *mise en œuvre des lois existantes* plutôt que d'en élaborer de nouvelles.

Selon l'ancien secrétaire général de l'Assemblée fédérale, en cas de lacunes dans la mise en œuvre, les parlementaires sont priés de choisir la voie de la motion plutôt que celle de l'initiative parlementaire en droit fédéral¹²⁷⁹.

Il convient donc d'analyser cette législation problématique et d'établir les causes possibles de son impact insuffisant : mauvaise analyse du problème et de ses causes, non pertinence des objectifs, lacunes dans la mise en œuvre de la législation qui n'est pas ou mal appliquée, inadéquation des moyens, etc.

Dans un article remarqué, le sociologue spécialiste de l'évaluation, Peter ROSSI, avait repéré en 1987 trois sources possibles de défaillance des programmes de politique publique (« program failure ») :

- « *Faults in Problem theory*. The program is built upon a faulty understanding of the social processes that give rise to the problem to which the social program is ostensibly addressed;

¹²⁷⁵ Cf. ci-dessous ch. 3.3.5.2a.

¹²⁷⁶ Cf. par exemple Lauréline FONTAINE, « Effectivité et droit de l'Union européenne sous le regard d'une analyse sociétale », in : Bouveresse/ Ritleng (dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, 2018, p. 21 ; Alain SUPLOT, *La gouvernance par les nombres*, Paris, 2015, p. 285.

¹²⁷⁷ Pierre DE MONTALIVET, « La « marketisation » du droit : Réflexions sur la concurrence des droits », in : *Recueil Dalloz* 2013, n° 44, p. 2923 ss.

¹²⁷⁸ Sur ce phénomène de manière fouillée, cf. les contributions réunies dans Eric CARPANO/Manuel CHASTAGNARET/Emmanuelle MAZUYER (dir.), *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, Bruxelles, 2016.

¹²⁷⁹ LANZ (2016), p. 11 ss.

- *Faults in Program theory*: The program is built upon a faulty understanding of how to translate problem theory into specific programs;
- *Faults in Program Implementation*: There are faults in the organizations, resources levels and/or activities that are used to deliver the program to its intended beneficiaries. »¹²⁸⁰

L'*analyse d'impact rétrospective* (évaluation législative rétrospective ou *ex post*)¹²⁸¹ est précisément l'outil qui contribue à démontrer de telles défaillances, parachevant ainsi le cycle d'analyse des politiques publiques à la base de la démarche de légistique matérielle¹²⁸² pour en débiter un nouveau. Il fait donc grand sens de procéder à une telle évaluation rétrospective dans le contexte de l'*analyse prospective de l'impact* :

« Feedback research which links the results of ex post evaluation with the outcomes of ex ante evaluation can be a fruitful method, in the preparatory phase, to test the prospective value and consequences of legislative drafts, and therefore deserves more systematic attention. »¹²⁸³

c. *Les techniques de modélisation des causes du problème et de ses effets*

Les listes précédentes montrent que les causes et leurs effets peuvent rapidement s'enchevêtrer. Pour aider à la réflexion, les autorités, suivant en cela les propositions de la littérature¹²⁸⁴, suggèrent de visualiser les facteurs de causalité sous une *forme graphique* (arbre ou réseau) :

¹²⁸⁰ Peter ROSSI, « The Iron Law of Evaluation and Other Metallic Rules », in : *Research in Social Problems and Public Policy*, vol. 4, 1987, p. 9. Cf. également WINDHOLZ (2018), p. 100 ss (détaillant les cause d'une « regulatory failure ») ; COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #14 (How to analyse problems), ch. 3.2 ; Jean-Daniel DELLEY/Alexandre FLÜCKIGER, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », in : *Conféction de la loi*, Paris, 2005, p. 83 ss.

¹²⁸¹ Cf. ci-dessus ch. 6.2.

¹²⁸² Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.1.

¹²⁸³ Rob VAN GESTEL/Jan VRANKEN, « Assessing the Accuracy of Ex Ante Evaluation through Feedback Research: A Case Study », in : Verschuuren (éd.), *The Impact of Legislation: A Critical Analysis of Ex Ante Evaluation*, Leyde, 2009, p. 227. Cf. ci-dessous ch. 6.2.1.3b.

¹²⁸⁴ Cf. parmi de nombreuses références Richard ELMORE, *Forward and Backward Mapping: Reversible Logic in the Analysis of Public Policy*, Seattle, 1983 ; HUGGER (1983), p. 117 ss ; WINDHOLZ (2018), p. 141 ss.

Union européenne – « Consider using a < problem tree > to depict graphically the relations between drivers, problems and their consequences. »¹²⁸⁵ La Commission propose une aide technique sur la conception de ces arborescences¹²⁸⁶.

Suisse – « Présentation des facteurs à l'origine du problème sous la forme d'un graphique : Si cela est nécessaire, on peut établir un graphique permettant de visualiser les facteurs à l'origine du problème, leurs interactions et l'importance qu'ils ont (modélisation causale). »¹²⁸⁷

Le problème identifié – dont la pertinence est reconnue – est placé au centre, suivi par ses effets problématiques et précédé par ses causes pertinentes les plus directes qui vont servir à élaborer les objectifs nécessaires à la confection des mesures.

L'exemple suivant est tiré d'une analyse d'impact de l'Union européenne sur l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et aidants :

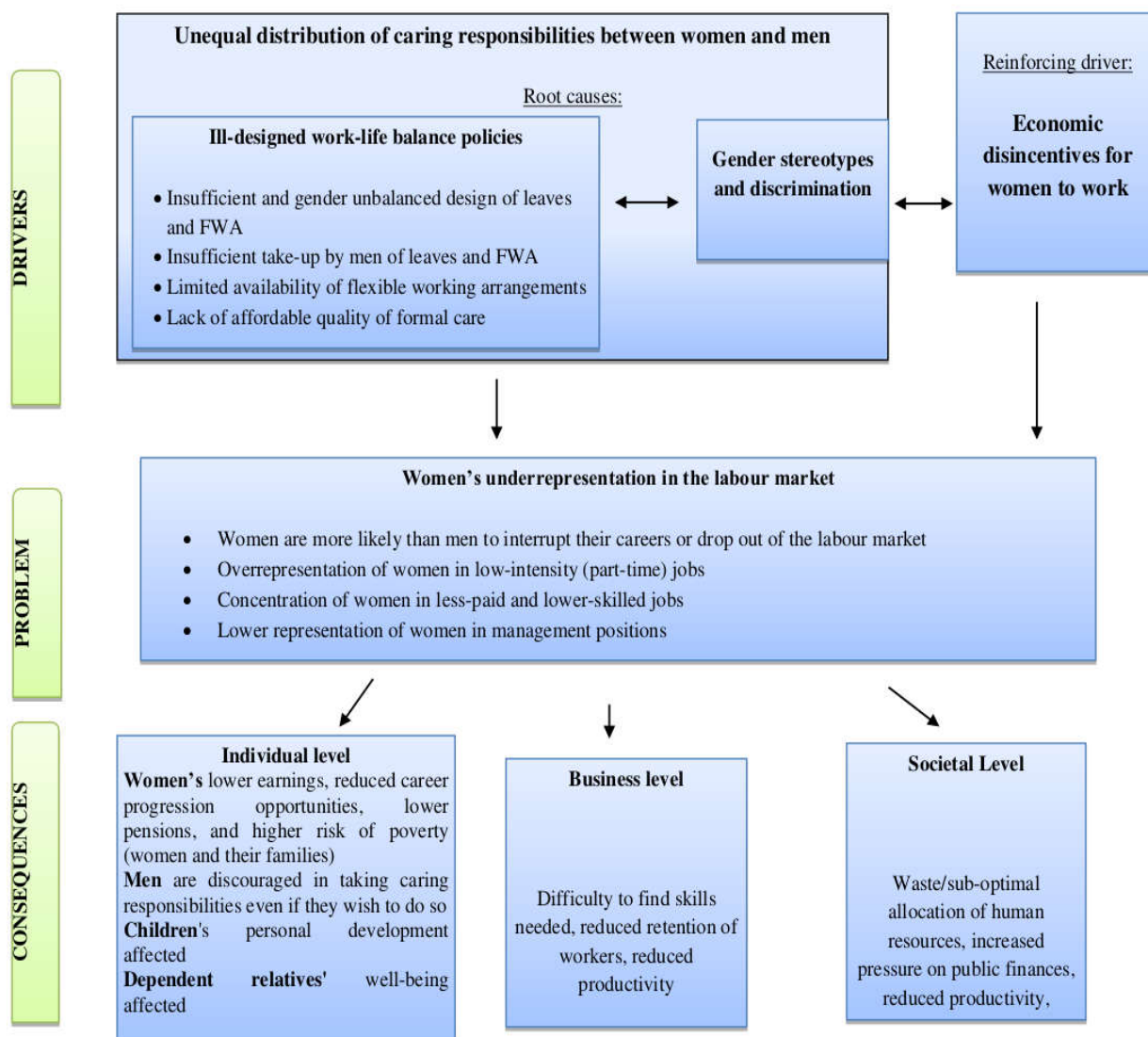
¹²⁸⁵ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #14 (How to analyse problems), ch. 2, box C.

¹²⁸⁶ *Ibidem*, Tool #65 (How to use visual aids and present quantitative data), ch. 2.

¹²⁸⁷ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 116.

Figure 2-9 – Modélisation des causes du problème et de ses effets¹²⁸⁸

3.4 Summary Tree



1288

COMMISSION EUROPÉENNE, *Impact assessment accompanying the document « Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on work-life balance for parents and carers and repealing Council Directive 2010/18/EU »*, Bruxelles, 26 avril 2017, ch. 3.4. Pour d'autres exemples, cf. COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #65 (How to use visual aids and present quantitative data), ch. 2.2.

2.3.5.4 L'analyse de la dynamique et de l'ampleur du problème : un auxiliaire à l'analyse de la nature et des causes

a. La dynamique du problème : évolution, périodicité et durabilité

Examiner l'évolution historique du problème contribue à mieux le comprendre dans son contexte ainsi qu'à imaginer quelques pistes sur son évolution future possible. Cette vision prospective permet d'estimer la durabilité du problème à défaut d'intervention politico-juridique (nous y reviendrons) et d'anticiper les chances de succès ou d'échec d'une stratégie déterminée au moment de choisir les instruments d'action¹²⁸⁹. Le Guide de législation demande à cet effet de développer au besoin des *scénarios* :

« Il arrive fréquemment que l'on développe des scénarios, c'est-à-dire différentes hypothèses sur l'évolution du problème et sur le champ d'intervention. Cette manière de procéder permet de mieux prendre en compte les incertitudes qui planent sur cette évolution et, lors de l'évaluation des différentes solutions possibles, les risques et les chances que peuvent présenter des stratégies bien déterminées. »¹²⁹⁰

La technique dite de l'élaboration de scénarios (« scenario building ») est la plus communément utilisée à cet effet¹²⁹¹.

L'évolution du problème peut également donner des indications sur sa *périodicité* : s'agit-il d'un problème récurrent ou nouveau ? Le premier cas de figure fait présumer que des mesures ont très probablement été prises par le passé et que la résolution est complexe puisque le problème revient périodiquement, tel un « marronnier » dans le monde des médias. Cette récurrence suggère la nécessité de se focaliser sur l'analyse des mesures prises antérieurement pour en évaluer plus sérieusement la pertinence, l'effectivité et l'efficacité afin de se déterminer sur le besoin législatif.

Un bon exemple est la politique de lutte contre la croissance normative dont nous avons montré plus haut le caractère immémorialement cyclique¹²⁹².

La *nouveauté* d'un problème n'est parfois qu'apparente, les problèmes nouveaux étant rares¹²⁹³. Dans cette éventualité, l'application par analogie de solutions antérieures ou les expériences faites à cette occasion peuvent aider à résoudre la situation sans forcément susciter un besoin en règles inédites.

¹²⁸⁹ WINDHOLZ (2018), p. 143 ss.

¹²⁹⁰ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 117.

¹²⁹¹ Cf. ci-dessous ch. 4.4.5.2V.

¹²⁹² Cf. ci-dessus ch. 1.3.3.4b.III.

¹²⁹³ KNOEPFEL/LARRUE/VARONE/SAVARD (2015), p. 170.

La flambée du syndrome respiratoire aigu sévère (SARS) en 2003 a permis à l'Organisation mondiale de la santé (OMS) de tirer « des leçons pour l'avenir »¹²⁹⁴, potentiellement utile lors de la flambée en 2016 de la maladie à virus Zika¹²⁹⁵. En cas d'urgence de santé publique d'importance internationale, le directeur général publie des recommandations temporaires¹²⁹⁶.

Si le problème est *temporaire*, il n'est pas exclu qu'il se résolve de lui-même, sans intervention politique. S'il est en revanche *durable*, il tourmentera longtemps encore l'agenda public et exigera des réponses politiques renouvelées au fur et à mesure de l'ampleur de son évolution. Il faut donc tenter, à ce stade précoce du processus législatif, d'apprécier la probabilité de *résolution spontanée* du problème. A cette fin, explorer quels seraient les effets problématiques imaginables en cas d'inaction politique permet d'aider à jauger plus concrètement la nécessité d'intervenir politiquement ou juridiquement. « Tout problème social ne devient pas un problème normatif. Souvent, certains acteurs privés portent eux-mêmes la responsabilité finale d'un problème et s'emploient à trouver une solution qui ne nécessite pas d'intervention législative »¹²⁹⁷.

La dégradation lente des paysages naturels, la croissance démographique, l'augmentation graduelle de la durée de vie posent irrémédiablement des défis à la législation aménagiste et environnementale, respectivement sociale, annihilant tout espoir de résolution spontanée en raison de leur caractère durable. Dans le débat politique, invoquer la résolution spontanée d'une situation pour tenter de convaincre qu'elle n'est pas problématique revient souvent à convoquer la main invisible des *forces du marché* chère à Adam SMITH, tablant sur la capacité de l'économie à résoudre la question, et immédiatement contestée par les tenants d'une intervention politique.

La résolution est *spontanée* lorsque le problème, provisoirement mis à l'agenda, trouve rapidement une solution satisfaisante par une autorégulation autonome et spontanée des acteurs. Les exemples sont devenus rares¹²⁹⁸.

¹²⁹⁴ ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, *Syndrome respiratoire aigu sévère (SRAS) : Statut de la flambée et leçons pour l'avenir*, Genève, 20 mai 2003.

¹²⁹⁵ ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, *Aide-mémoire concernant la maladie à virus Zika*, Genève, 6 septembre 2016. Sur l'apport que le droit administratif global pourrait apporter à l'encadrement de telles actions d'urgence, cf. Édouard FROMAGEAU, *La théorie des institutions du droit administratif global : Étude des interactions avec le droit international public*, Bruxelles, 2016, p. 149 ss ; Christoph ERRASS, *Verlust nationaler Zuständigkeiten durch internationale Akteure: Auswirkungen auf die schweizerische Demokratie*, Bâle, 2017, p. 27 ss.

¹²⁹⁶ Art. 15 du Règlement sanitaire international (2005) de l'OMS (RS 0.818.103 – cf. ci-dessous note de bas de page 1902) dont la révision a été accélérée par le SARS (cf. ERRASS [2017], p. 28 [réf. cit.]).

¹²⁹⁷ MADER (1985), p. 67.

¹²⁹⁸ Cf. ci-dessous ch. 3.4.4.2.

b. *L'ampleur du problème : géographique, thématique, personnelle et politique*

Ampleur géographique – Comprendre l'étendue *géographique* du problème est essentiel pour déterminer les compétences d'action politique d'une collectivité publique déterminée.

Si répartir l'affectation du sol dans l'aménagement du territoire ou déterminer les points de collecte des déchets peut efficacement être régulé localement, le réchauffement climatique ou la gouvernance bancaire dépassent largement les territoires nationaux et nécessitent une gouvernance globale.

Si le problème peut être plus efficacement résolu à l'échelle nationale ou internationale que sur le plan local, cela ne signifie pas forcément que le législateur devrait *s'abstenir*. Bien au contraire, le constat dans les faits que le droit ne se forme pas nécessairement dans l'ordre de la pyramide hiérarchique kelsénienne (*inversion hiérarchique normative*)¹²⁹⁹ montre qu'il peut être utile qu'une collectivité inférieure légifère, dans les limites de ses compétences juridiques évidemment, même si l'étendue des effets sera restreinte, car la valeur expérimentale peut être de nature à provoquer un effet d'entraînement.

L'exemple classique est le *laboratoire fédéraliste* permettant de tester à petite échelle d'abord de nouvelles expériences régulatrices. Jean CRUET soulignait déjà ce phénomène en 1908 en prenant non seulement l'exemple de la Suisse, mais également celui d'un Etat unitaire, le Royaume-Uni, laissant un certain degré d'autonomie à ses nations constitutives : « La législation anglaise sur la condition des femmes mariées, au point de vue de la propriété et de l'administration de leurs biens a été édictée d'abord pour l'Angleterre et pour l'Irlande, puis étendue à l'Ecosse. »¹³⁰⁰ On reviendra plus loin sur la question avec d'autres exemples¹³⁰¹.

Sur le rôle de l'évaluation législative en rapport avec le laboratoire fédéraliste, on se rapportera à Steve JACOB, Frédéric VARONE et Jean-Louis GENARD : « le renforcement de l'évaluation pourrait aussi résulter d'un processus d'émulation et d'apprentissage entre les entités fédérées, certaines d'entre elles assumant un rôle d'expérimentateurs dans l'évaluation au sein du < laboratoire fédéraliste > ». »¹³⁰²

On verra au stade des mesures que la collectivité inférieure confrontée à cette hypothèse peut renoncer à légiférer sans nécessairement renoncer à intervenir, en donnant une impulsion législative à l'autorité supérieure soit formelle – en actionnant les possibilités d'initiative à sa disposition¹³⁰³ –, soit informelle – en recourant à des actes de droit souple (*mesures échappant à la compétence du*

¹²⁹⁹ Cf. ci-dessus ch. 3.1.2.1 *ii.f*

¹³⁰⁰ CRUET (1908), p. 301 ss.

¹³⁰¹ Cf. ci-dessous ch. 6.2.4.3c.IV.

¹³⁰² Steve JACOB/Frédéric VARONE/Jean-Louis GENARD, *L'évaluation des politiques au niveau régional*, Bruxelles, 2007, p. 171.

¹³⁰³ Cf. ci-dessus ch. 2.3.3.

planificateur dans des actes de planification)¹³⁰⁴. Cette situation contraint les concepteurs de *changer d'échelle* s'agissant de l'analyse du problème ; ce qui fait de la question de la légistique multi-niveaux un défi de taille posé à la légistique¹³⁰⁵.

Plus prosaïquement, repérer les *lieux* concernés par le problème permet d'aider à formuler des chaînes de causalité susceptibles d'identifier des mesures pertinentes.

Les accidents causés par les chauffards peuvent l'être sur des routes de campagne, à l'intérieur de localités ou sur des autoroutes. Les victimes et la nature des dommages vont différer et exiger des réponses différentes.

L'étendue du périmètre peut aussi être *thématique* en ce sens qu'un problème peut se recouper avec d'autres domaines si bien que la nécessité de l'intervention politico-juridique ne pourra être analysée que de manière coordonnée en synergie avec d'éventuelles autres initiatives qu'il s'agira de traiter de manière cohérente.

Lutter contre les discriminations par exemple, même limitées à un seul type, a des impacts dans quasiment tous les domaines du droit et dans toutes les politiques publiques. Assurer un traitement égal aux personnes LGBT par exemple implique d'aborder les thèmes du droit du travail, des assurances sociales, des étrangers, de l'asile, de la famille, de l'état-civil, de l'armée, de l'école, des établissements ouverts au public, des sanctions, etc.

L'étendue de l'*audience*, à savoir les personnes concernées par le problème, permet d'estimer l'impact politique potentiel. Plusieurs *techniques* sont disponibles pour identifier les acteurs concernés, leurs intérêts, leurs valeurs et leurs positions¹³⁰⁶. On distinguera en particulier les *groupes-cibles* (c'est-à-dire les personnes à l'origine du problème qu'il s'agit de résoudre) et les *bénéficiaires finaux* (c'est-à-dire les personnes subissant actuellement les effets négatifs du problème), de même que les personnes indirectement touchées par le problème, qu'elles en pâtissent (*tiers lésés*) ou qu'elles en profitent (*tiers bénéficiaires*)¹³⁰⁷.

Dans l'exemple de la protection des eaux, omettre les agriculteurs comme groupe-cible ne résout pas le problème de pollution du lac de Sempach que nous avons montré plus haut¹³⁰⁸.

¹³⁰⁴ Cf. ci-dessous ch. 3.5.2.4d.

¹³⁰⁵ Cf. ci-dessus ch. 1.3.3.1c.

¹³⁰⁶ Cf. WINDHOLZ (2018), p. 139 ss, avec des illustrations p. 71 ss.

¹³⁰⁷ Peter KNOEPFEL/Corinne LARRUE/Frédéric VARONE/Jean-François SAVARD, *Analyse et pilotage des politiques publiques: France, Suisse, Canada, Québec*, 2015, p. 78 ss, qui rajoutent un tiers (les autorités politico-administratives, c'est-à-dire les *acteurs de la mise en œuvre*) au sommet d'un triangle dont la base est formée par les groupes cibles et les tiers lésés d'un côté et les bénéficiaires finaux et les tiers profiteurs de l'autre (« triangle des acteurs »).

¹³⁰⁸ Cf. ci-dessus ch. 2.1.1.

Si l'on prend l'exemple de l'évolution du SIDA dès 1981 aux Etats-Unis d'Amérique, on remarque avec le recul qu'une législation qui n'aurait identifié que les homosexuels comme groupe-cible n'aurait pas été efficace pour lutter contre cette épidémie.

Identifier les fœtus comme étant concernés par la fumée passive permet d'imaginer diverses mesures destinées aux femmes enceintes, par exemple une information spécifique communiquée par les gynécologues ou les sages-femmes.

L'ampleur *politique* du problème détermine le *degré d'urgence* de l'intervention politique. Si le degré de conscience qu'a la société du problème est fort, si la pression internationale est ferme et si l'acceptabilité politique du statu quo est fragile, le besoin d'intervention politique sera plus marqué. L'urgence de l'intervention peut mener à bâcler la réflexion en conduisant à des lois plus émotionnelles que raisonnables¹³⁰⁹.

2.3.5.5 *Les limites de l'évaluation de la pertinence du problème : le problème public comme construction dialectique*

L'analyse de la pertinence du problème présente une dimension politique marquée. Elle forme la partie « la plus délicate et la plus sensible, qu'une évaluation ait à examiner. »¹³¹⁰ Les problèmes publics sont des construits dialectiques : un état de fait objectif ne constitue pas en soi un problème¹³¹¹. Selon Jacques LENOBLE et François OST, se référant aux travaux de Gaston BACHELARD et de Karl POPPER en philosophie des sciences, « c'est qu'il n'y a pas de langage observationnel pur ; tout donné d'expérience est préstructuré par un réseau de conceptualisations naïves dont il importe, dans une perspective critique, de se départir. »¹³¹² L'enchaînement des causalités, l'attribution des responsabilités, les rapports de cause à effet, la qualification positive ou négative d'un impact font l'objet d'interprétations concurrentes que chaque groupe d'acteurs tente d'imposer par les multiples procédés d'influence que nous avons décrits en première partie¹³¹³.

¹³⁰⁹ Sur ce thème, cf. le numéro thématique consacré à la législation sous la pression du temps (« Gesetzgebung unter Zeitdruck und Zugzwang ») in : *LeGes* 2014/3. Cf. ég. WINDHOLZ (2018), p. 101 qui prend l'exemple des législations sur les chiens dangereux. Sur les lois émotionnelles, cf. ci-dessus ch. 2.1.2.1b.

¹³¹⁰ KNOEPFEL/LARRUE/VARONE/SAVARD (2015), p. 293.

¹³¹¹ HILL/VARONE (2017), p. 165 ; KNOEPFEL/LARRUE/VARONE/SAVARD (2015), p. 160 ss et 172 ss ; David DERY, *Problem Definition in Policy Analysis*, Lawrence (Kansas), 1984, p. XI.

¹³¹² LENOBLE/OST (1980), p. 313.

¹³¹³ Cf. ci-dessus ch. 1.2.1.2b.

La politologue Deborah STONE a par exemple montré l'importance des *procédés narratifs* dans la genèse des problèmes publics : « Problem definition is a process of image making, where the images have to do fundamentally with attributing cause, blame, and responsibility. Conditions, difficulties, or issues thus do not have inherent properties that make them more or less likely to be seen as problems or to be expanded. Rather, political actors *deliberately portray* them in ways calculated to gain support for their side. And political actors, in turn, do not simply accept causal models that are given from science or popular culture or any other source. They compose stories that describe harms and difficulties, attribute them to actions of other individuals or organizations, and thereby claim the right to invoke government power to stop the harm. »¹³¹⁴

Légiférer sur des fondements objectifs et des données probantes¹³¹⁵ trouve ici ses limites. La démarche de questionnements successifs et structurés que l'analyse d'impact propose n'a qu'une ambition modeste : celle d'offrir un cadre souple au politique, invité à s'en servir pour tenter d'amorcer un processus de décoloration émotionnelle comme nous l'avons décrit en première partie¹³¹⁶, amorce de *raison* et *prévention d'arbitraire* dans la législation.

La démarche légistique ne consiste pas, on l'aura compris, à promouvoir un *rationalisme effréné*, qui s'avérerait d'ailleurs aussi peu démocratique qu'aveugle aux travaux ayant depuis longtemps démontré la rationalité limitée des comportements humains¹³¹⁷. L'évaluation de la pertinence ne doit pas être effectuée selon des *méthodes technocratiques* à l'exemple de la rationalisation des choix budgétaires ou « d'autres tentatives de planification scientifique des politiques publiques » avertissent avec raison KNOEPFEL, LARRUE, VARONE et SAVARD¹³¹⁸. Les derniers développements en *intelligence artificielle* semblent cependant redonner vie à de tels projets¹³¹⁹.

¹³¹⁴ Deborah STONE, « Causal Stories and the Formation of Policy Agendas », *Political Science Quarterly*, vol. 104(2), 1989, p. 281 ss., 282 (cit. in : KNOEPFEL/LARRUE/VARONE/SAVARD [2015], p. 173).

¹³¹⁵ Cf. ci-dessus ch. 2.3.4.1.

¹³¹⁶ Cf. ci-dessus ch. 1.2.3.2a.

¹³¹⁷ Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.2b.V.

¹³¹⁸ KNOEPFEL/LARRUE/VARONE/SAVARD (2015), p. 294.

¹³¹⁹ Cf. par exemple les contributions présentées par Adam WYNER/Neil BENN, « Introduction to special issue on modelling policy-making », *Artificial Intelligence and Law*, vol. 21/4, 2013, p. 367 ss.

2.4 La phase téléologique de l'analyse d'impact prospective

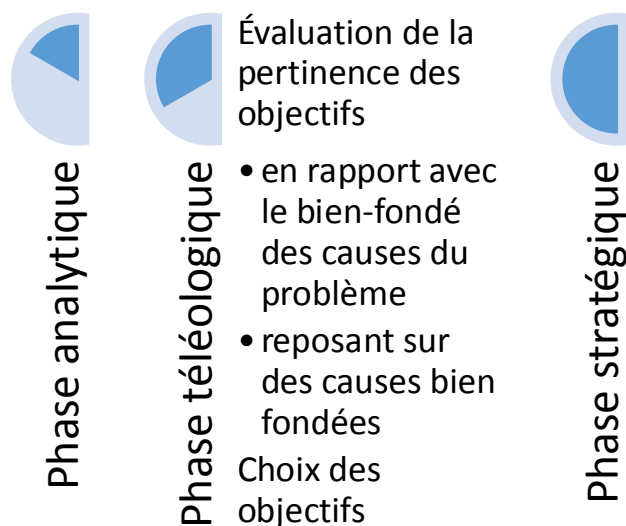
2.4.1 L'objet

Au début du XX^e siècle, Ernst ZITELMANN, en précurseur de la légistique, évoque les différentes étapes d'une démarche méthodique que doit parcourir le législateur en mettant l'accent sur le fait que le travail du législateur est une activité finalisée : il se fixe certains objectifs et choisit les moyens de les atteindre :

« Zunächst nun die inhaltliche Seite: in welcher Weise findet der Gesetzgeber den Inhalt der Gesetze? Da sieht man sofort: alle Gesetzgebung gebraucht Befehle und Verbote, um damit auf das Verhalten der Menschen nach bestimmten Richtung hin einzuwirken, die gesetzgeberische Arbeit ist also Zwecktätigkeit: sie setzt sich bestimmte Zwecke und wählt die Mittel zu ihrer Erreichung, in nichts anderem kann sie bestehen, wie denn auch die inhaltliche Kritik des Gesetzes notwendig nach diesen beiden Seiten hin erfolgen muss. »¹³²⁰

La phase téléologique de l'analyse d'impact prospective a pour précisément pour objet *d'évaluer et de fixer des objectifs pertinents en combinaison avec l'analyse des causes du problème*. Elle peut débiter dès lors que le législateur conclut à l'issue de la phase analytique précédente à la nécessité d'intervenir.

Figure 2-10 – Phases de l'analyse d'impact prospective (phase téléologique)¹³²¹



¹³²⁰ Ernst ZITELMANN, *Die Kunst der Gesetzgebung. Auf Grund eines am 23. Januar 1904 in der Gehe-Stiftung zu Dresden gehaltenen Vortrages*, Dresde, 1904, p. 7.

¹³²¹ Pour consulter la *phase précédente*, cf. Figure 2-5 – Phases de l'analyse d'impact prospective (phase analytique), p. 181 ; pour la *phase suivante*, cf. Figure 3-1 – Phases de l'analyse d'impact prospective (phase stratégique I et II), p. 240 ; pour le *schéma général*, cf. ci-dessus Figure 1-1 – Cycle légistique, p. 38.

2.4.2 Les fonctions

La phase téléologique de l'analyse d'impact remplit plusieurs fonctions¹³²². Ayant pour objet essentiel de fixer des objectifs pertinents en combinaison avec l'analyse des causes du problème, elle contribue à déterminer le *niveau d'ambition* de l'intervention politique¹³²³.

Elle remplit des fonctions tant juridiques que légistiques.

Dans sa *fonction juridique*, elle guide l'interprétation téléologique et historique subjective au moment de la concrétisation et de l'application de la loi ; elle sert à la *pesée des intérêts*, à l'examen de la *proportionnalité* des mesures, aux conditions de la *délégation* législative¹³²⁴, à la distinction entre *droit public et privé*¹³²⁵, à la répartition *fédéraliste* des compétences¹³²⁶ ou à la définition d'un *abus de droit*¹³²⁷ notamment.

Dans sa *fonction légistique*, elle facilite et objective le travail de *suivi* et d'*évaluation rétrospective* de la loi et aide à *imaginer les mesures* permettant de les atteindre ; à cet effet, elle ouvre le champ des possibles afin d'éviter d'aller immédiatement à la solution. On légiférerait sinon à partir d'une idée préconçue¹³²⁸ de la solution comme le Guide de législation l'enseigne :

« Les objectifs doivent être formulés indépendamment de la solution ; en d'autres termes on évitera de partir d'une idée préconçue de celle-ci. Au moment de la recherche des solutions, on augmente ainsi les chances de prendre en compte des idées nouvelles qui auraient, sinon, été laissées de côté ; toutes les solutions sensées doivent être envisagées »¹³²⁹

La tentation du *raccourci instrumental* est pourtant très fréquente dans les impulsions politiques, le message axé sur les mesures et les instruments d'action étant politiquement et médiatiquement plus porteur, car souvent plus simple et concret.

¹³²² WINDHOLZ (2018), p. 145.

¹³²³ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #16 (How to set objectives), ch. 1.

¹³²⁴ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 255 ss ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2013, vol. I), p. 541 ss.

¹³²⁵ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 92 ss.

¹³²⁶ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 378 ss ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2013, vol. I), p. 325 ss.

¹³²⁷ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 933 ss ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2013, vol. II), p. 553 ss.

¹³²⁸ Sur les idées préconçues et les biais conduisant le législateur à poser un mauvais diagnostic du problème, cf. WINDHOLZ (2018), p. 102 (réf. cit.).

¹³²⁹ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 123.

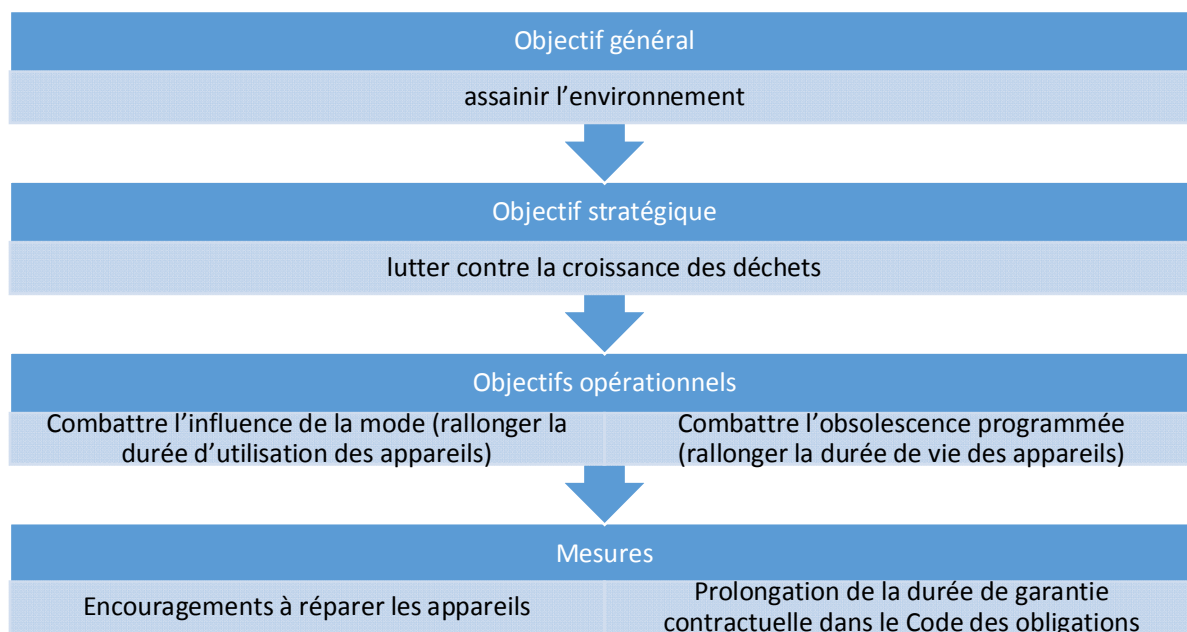
Réclamer une *taxe sur les sodas* est plus parlant que suggérer l'objectif de prévenir l'obésité infantine. Formuler ici l'objectif implicite conduira naturellement à réfléchir à un plus grand nombre de solutions possibles que la seule taxe sur les sodas (par exemple à une taxe sur le sucre en général ou à d'autres moyens non économiques), améliorant d'autant la puissance d'impact d'une législation sur le sujet.

Il en va de même pour une *taxe sur les robots*, médiatiquement plus attrayante mais politiquement plus réductrice que l'objectif de repenser de fond en comble l'économie digitale (traitement des données personnelles, revenu de base universel, assurances sociales, etc.)¹³³⁰.

Pour éviter d'aller directement à la solution, c'est-à-dire aux mesures (instruments d'action), et donc préjuger déjà de celle-ci, encore faut-il bien *distinguer entre les mesures et les objectifs*, en particulier *opérationnels*. Or cette séparation n'est pas toujours évidente.

Illustrons la difficulté par l'exemple de l'obsolescence programmée des appareils : prolonger la durée de garantie contractuelle est-il un objectif ou une mesure ? Est-ce un objectif opérationnel ou stratégique ?

Tableau 2-1 – Distinction entre objectifs et mesures



¹³³⁰ Cf. l'étude sur l'impact de la robotisation de l'économie sur la fiscalité et les assurances sociales : CONSEIL FÉDÉRAL, *Une étude prospective de l'impact de la robotisation de l'économie sur la fiscalité et le financement des assurances sociales*, Berne, 7 décembre 2018.

Une différenciation stricte est en réalité impossible, comme le reconnaît le Guide de législation fédéral :

« Il n'est pas toujours possible d'établir une séparation stricte entre objectifs et moyens de les atteindre ; tout dépend du niveau d'abstraction avec lequel on les considère. »¹³³¹

La distinction entre moyens et buts s'inscrit en effet dans une chaîne de concrétisation progressive d'objectifs dans le cadre d'un plan général. Tout objectif peut ainsi être considéré comme un moyen plus concret d'atteindre l'objectif plus large qui le précède ou, autrement dit, le « moyen constitue un objectif plus concret que la fin qu'il sert à atteindre » selon la pertinente expression de Charles-Albert MORAND :

« La distinction entre les moyens et les buts n'est que de pure convenance. Tout objectif qui n'est pas suprême dans la chaîne est le moyen de parvenir à un but plus général. Tout moyen constitue un objectif plus concret que la fin qu'il sert à atteindre. Or, il apparaît que les objectifs les plus importants pour l'analyse ne sont pas ceux qui par leur abstraction réussissent à mettre tout le monde d'accord, mais ceux qui, par leur caractère concret, affectent des intérêts particuliers ou sectoriels. »¹³³²

Cette limite cognitive ne pose en réalité guère de difficultés en pratique, dans la mesure où l'intérêt de procéder à cette différenciation est essentiellement *heuristique*, c'est-à-dire propice à faire des découvertes – ici *découvrir de nouveaux moyens* auxquels on n'aurait peut-être pas immédiatement songé si l'on s'était contenté de prendre acte d'une solution proposée toute faite sans avoir préalablement pris la peine de formuler l'objectif derrière le moyen.

L'*impact* de la loi peut en sortir *renforcé*. Les lois contiennent souvent plus d'un objectif comme nous le montrerons ci-dessous.

Repérer derrière la mesure de limitation de la vitesse des véhicules à l'intérieur des localités un double objectif (protéger l'environnement contre les pollutions sonores ou atmosphériques et réduire les accidents) permet de concevoir des campagnes d'information qui ne soient pas uniquement ciblées sur la conscience écologique des conducteurs mais également sur la sécurité publique (protection des enfants contre les accidents), renforçant ainsi l'impact du message.

La distinction devient en revanche importante au moment de conclure cette phase de l'analyse d'impact si l'intérêt de différencier découle d'une prescription comme c'est le cas en droit de l'Union européenne : seuls les objectifs spécifiques, à l'exclusion des opérationnels, devront être retenus comme le droit européen le demande ; nous le montrerons ci-après. Qualifier le degré de concrétisation ou d'abstraction requerra alors de fins talents interprétatifs.

¹³³¹ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 125.

¹³³² MORAND (1989), p. 857. Dans le même sens, cf. MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 82.

2.4.3 Les méthodes et techniques

Les *méthodes* suggérées pour la détermination des objectifs sont très sommaires. En droit fédéral, le Guide de législation n'en prescrit pas vraiment. Il demande surtout de s'appuyer sur tous les documents pertinents¹³³³.

Pour le Guide de législation, il importe d'« [a]nalyser les objectifs contenus dans le mandat à la lumière du contexte politique – Il s'agit de déterminer les objectifs implicites ou explicites qui sont contenus dans le mandat. On inclut dans cette analyse tous les documents pertinents (programme de la législature, interventions parlementaires et réponses du Conseil fédéral, prises de position au sein des conseils législatifs et dans les commissions parlementaires, notamment). »¹³³⁴

La Commission européenne demande de procéder en deux étapes pour la fixation des objectifs, en distinguant les objectifs spécifiques des opérationnels¹³³⁵. Les premiers, suffisamment ouverts, doivent être sélectionnés à ce stade de l'analyse alors que les seconds ne seront formulés qu'après avoir identifié l'option préférée, c'est-à-dire au cours de la phase stratégique.

Il faut tout d'abord identifier l'*objectif général*, à savoir un objectif inscrit dans le Traité sur l'Union européenne, ainsi que les objectifs spécifiques qui, à ce stade, devraient rester suffisamment ouverts pour ne pas préjuger d'une option particulière. Ce n'est que dans un second temps, après avoir identifié l'option préférée parmi les différentes alternatives, qu'il faudra préciser les *objectifs opérationnels*. Ceux-ci trouveront dès lors place dans la section de l'analyse d'impact consacrée au choix des options – et non au niveau de l'analyse du problème et des objectifs – et devront être coordonnés au suivi et à l'évaluation de la mise en œuvre¹³³⁶.

Les guides offrent en revanche diverses *techniques* de modélisation des objectifs, par exemple dans les diagrammes d'intervention logique comme nous l'illustrerons ci-dessous ou sous forme arborescente. L'interaction et l'enchaînement des objectifs peuvent ainsi être représentés sous la forme d'un *arbre d'objectifs* (« objective tree »).

Selon la Commission, tel devrait être le cas en présence de problèmes complexes avec de nombreux objectifs identifiés, afin de représenter graphiquement les relations entre eux¹³³⁷. La Commission précise la manière concrète de les établir¹³³⁸.

¹³³³ En doctrine, cf. par exemple WINDHOLZ (2018), p. 145 ss ; MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 81 ss ; HUGGER (1983), p. 120 ss.

¹³³⁴ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 127.

¹³³⁵ En France, les lignes directrices pour l'élaboration des études d'impact de 2014 demandent de distinguer l'objectif général des objectifs intermédiaires qui doivent permettre d'atteindre le premier (COMBRADE [2017], p. 359).

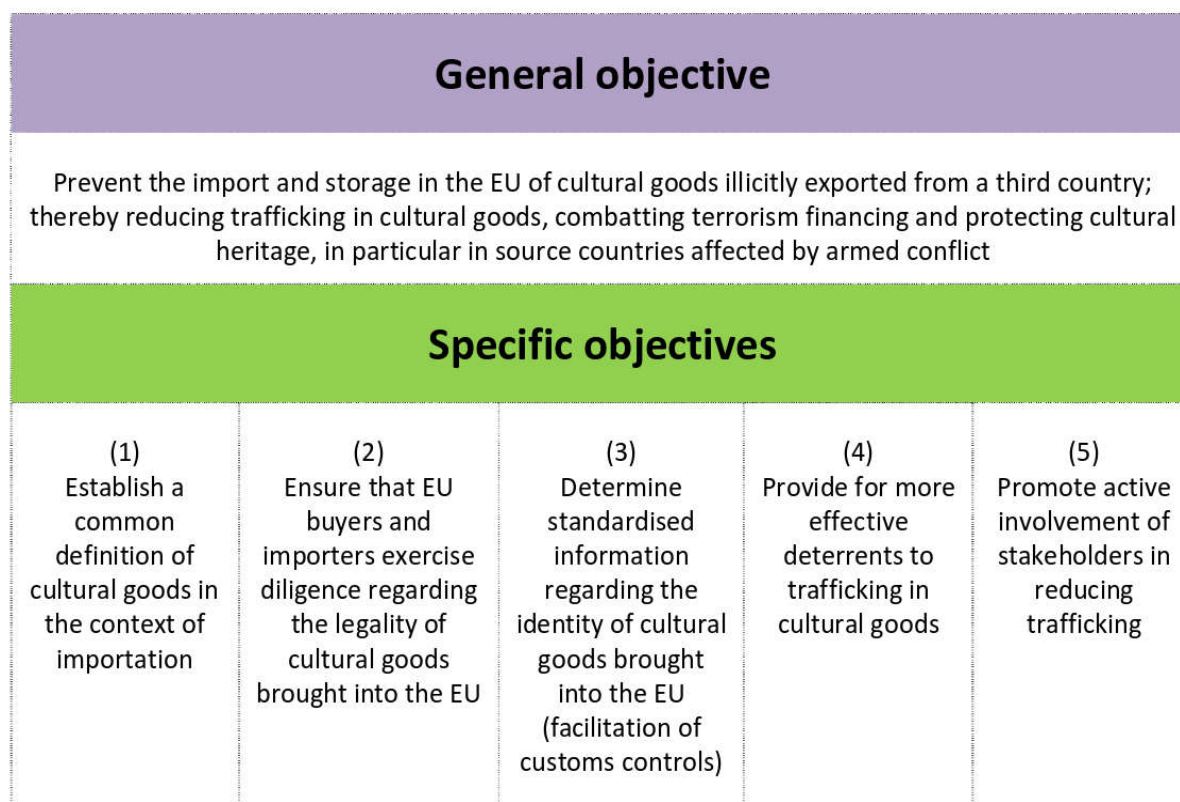
¹³³⁶ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #16 (How to set objectives), ch. 1.

¹³³⁷ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #16 (How to set objectives), ch. 2.

Selon le Guide de législation, il faut « [é]tablir, au besoin, une arborescence des objectifs – [...] Dresser une arborescence graphique permet de visualiser les relations entre les objectifs (par exemple leur hiérarchie) »¹³³⁹.

Figure 2-11 – Arbre d'objectifs¹³⁴⁰

Objectives tree



2.4.4 L'évaluation de la pertinence des objectifs

La phase téléologique consiste à définir les objectifs sur la base des causes les plus directes après une *évaluation de leur pertinence*. Pour ce faire, il faut imaginer les divers objectifs possibles à partir des causes directes précédemment identifiées et n'en retenir que les pertinents afin de pouvoir proposer des mesures appropriées lors de la phase ultérieure de l'analyse d'impact (phase stratégique).

¹³³⁸ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #65 (How to use visual aids and present quantitative data), ch. 3.

¹³³⁹ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 130.

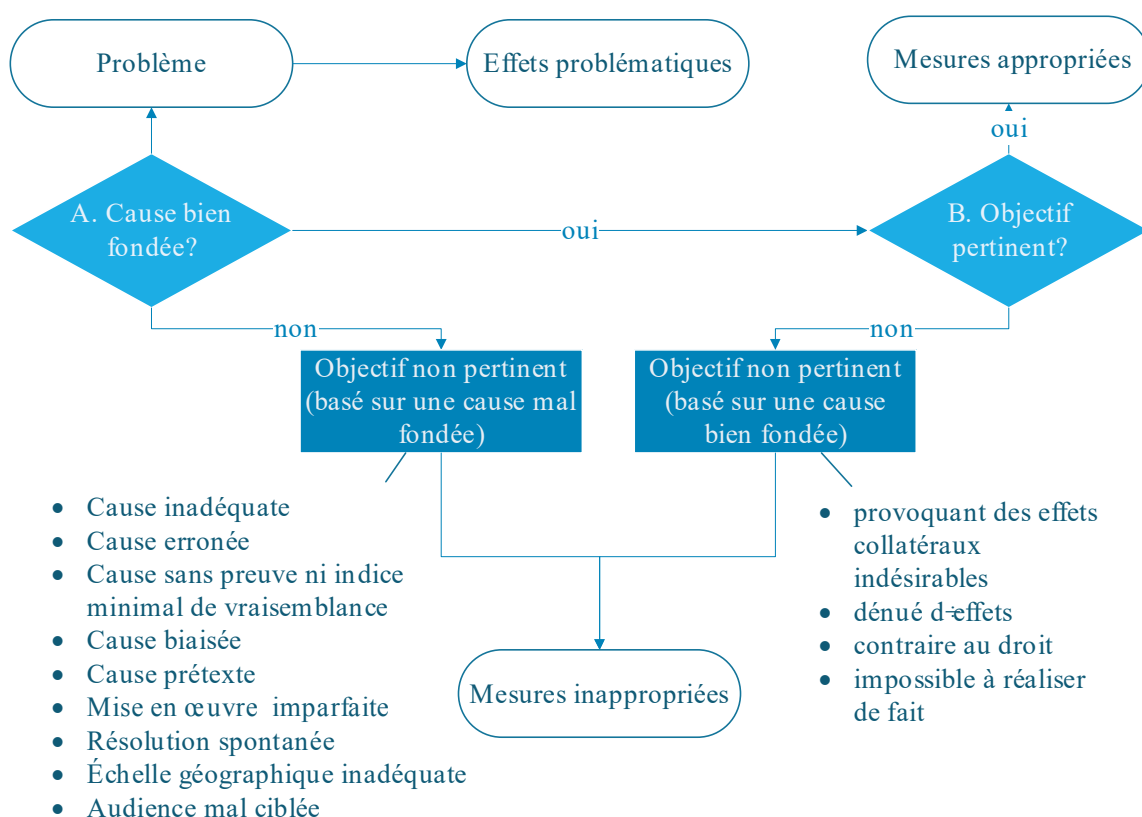
¹³⁴⁰ COMMISSION EUROPÉENNE, Impact assessment accompanying the document « Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the import of cultural goods », Bruxelles, 13 juillet 2017, ch. 5. Autre exemple : COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #65 (How to use visual aids and present quantitative data), ch. 3.

Dans ce processus d'évaluation, les objectifs non pertinents – dont le défaut est de conduire à des mesures inappropriées – peuvent être d'une double nature : les objectifs non pertinents, car basés sur une cause mal fondée, et les objectifs basés sur une cause bien fondée, mais non pertinents pour un motif indépendant de la cause à l'origine du problème. L'évaluation de la pertinence des objectifs se décompose ainsi en deux phases, dont la seconde n'est mise en œuvre que pour les objectifs basés sur des causes bien fondées :

- évaluation de la pertinence des objectifs en rapport avec le bien-fondé des causes du problème ;
- évaluation de la pertinence des objectifs reposant sur des causes bien-fondées.

A l'instar de l'évaluation du bien-fondé du problème, cette évaluation n'est pas vraiment systématisée ni en doctrine ni dans les textes officiels. C'est pourquoi nous avons synthétisé en abrégé le *schéma méthodique* suivant.

Figure 2-12 – Evaluation de la pertinence des objectifs – méthode d'examen selon le bien-fondé de la cause du problème ou non



Ce schéma met en évidence l'*importance des causes*, car une cause bien fondée conduit à concevoir un objectif pertinent. L'évaluation de la pertinence d'un objectif sur ce fondement repose donc sur l'évaluation du bien-fondé du problème avec laquelle il se confond.

Nous avons décrit et illustré plus haut une série de causes inadéquates, erronées, sans preuve ni indice minimal de vraisemblance, biaisées, prétextes, résultant d'une mise en œuvre imparfaite des règles existantes, avec une résolution spontanée du problème, fondées sur échelle géographique inadéquate ou une audience mal ciblée. Les objectifs basés sur de telles causes boiteuses seront dénués de pertinence.

Baser ses objectifs sur des causes bien fondées ne suffit toutefois pas à les rendre forcément pertinentes. Il faut procéder à une évaluation additionnelle de leur pertinence indépendamment des causes, en vérifiant que les objectifs ne provoquent pas des effets collatéraux indésirables, qu'ils ne soient pas dénués d'effets ni contraires au droit ou impossibles à réaliser de fait.

2.4.5 Le lien entre les objectifs et les causes du problème

2.4.5.1 *L'objectif comme la part du problème à résoudre*

Nous avons souligné l'existence du lien intime qui unissait l'objectif à la cause du problème. L'objectif est en effet, souvent, *l'expression de la cause directe problématique, mais révélée sous sa forme opposée*, en négatif pour reprendre une métaphore tirée de la photographie argentique.

Exemples :

- Accroissement des déchets (problème) : augmentation du suremballage (cause du problème) *vs* diminution du suremballage (objectif) ;
- Sous-représentation féminine dans les postes à responsabilité (problème) : présence faible des femmes dans les conseils d'administration (cause du problème) *vs* présence forte dans lesdits conseils (objectif).

Relevons cependant que l'objectif ne saurait être toujours une formulation mécaniquement négative de la cause. Des nuances s'imposent, par exemple en présence d'un objectif impossible.

Exemple :

Discrimination des personnes transgenres au bénéfice d'un contrat de travail quant au paiement de leurs congés (problème) : la très longue durée des opérations de changement de sexe (cause du problème) ne peut conduire à l'objectif de l'écourter. Les contraintes médicales, du moins en l'état actuel des connaissances scientifiques, rendraient un tel objectif impossible à atteindre. Dans ces conditions, l'objectif doit être reformulé dans le sens, par exemple, de supprimer les inconvénients contractuels résultant de l'absence prolongée au travail ou de financer la recherche scientifique pour, un jour peut-être, être en mesure d'accélérer les traitements.

En d'autres termes *l'objectif est la part du problème que l'on souhaite résoudre*. Se contenter de proposer une solution sans expliciter l'objectif sous-jacent revient dès lors à fermer les yeux sur le problème et ses causes.

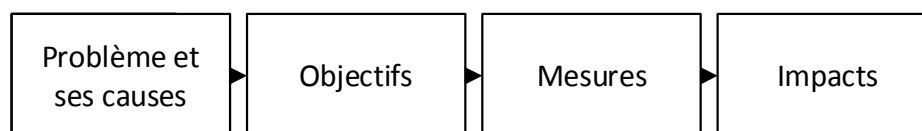
2.4.5.2 *La modélisation des objectifs dans le diagramme d'intervention logique*

Les relations entre les causes du problème et les objectifs peuvent être modélisées dans un *diagramme d'intervention logique* explicitant le rapport entre les causes du problème et les objectifs.

La Commission détaille la manière d'établir de telles modélisations ainsi que des variantes¹³⁴¹.

Nous avons montré la structure schématique d'un tel diagramme au début de cette partie¹³⁴². La voici :

Figure 2-13 – Diagramme d'intervention logique – schéma général



¹³⁴¹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #65 (How to use visual aids and present quantitative data), ch. 4.

¹³⁴² Cf. ci-dessus Figure 2-1 – Diagramme d'intervention logique – Evaluation de la pertinence du problème et des objectifs, p. 147.

Figure 2-14 – Diagramme d'intervention logique – problème et objectifs (exemple)¹³⁴³

Box 4. Intervention logic diagram: authorized weights of road vehicles	
Problem/Driver	Objective
<u>Problem (Part 1)</u> Certain limits on weights and dimensions set by the Directive constitute obstacles to energy efficiency improvements of road vehicles and to intermodal transport operations	<u>General objective (Part 1)</u> To facilitate energy efficiency of road transport and intermodal transport by revising certain limits on weights and dimensions of vehicles while maintaining the balance with the requirements of infrastructure maintenance, road safety and the protection of the environment.
<u>Root cause 1</u> Certain maximum weights and dimensions prevent the market uptake of more aerodynamic electric hybrid trucks and reduce the attractiveness of certain coach services.	<u>Specific objective 1</u> To enable the market uptake of more aerodynamic electric hybrid trucks and to increase the attractiveness of certain coach services.
<u>Root cause 2</u> Certain maximum weights and dimensions have not kept pace with the technical development of intermodal transport and containerisation.	<u>Specific objective 2</u> To enhance the development of intermodal/combined transport
<u>Problem (Part 2)</u> The Directive is not applied in an effective manner.	<u>General objective (Part 2)</u> To improve the internal market for road transport by providing a fairer playing field for hauliers.
<u>Root cause 3</u> Lack of common and dissuasive enforcement methods.	<u>Specific objective 3</u> To ensure better enforcement of the maximum weights and dimensions across the EU.

¹³⁴³ Source : *ibidem*, box 4. Pour une illustration de la suite du diagramme (mesures), cf. ci-dessous Figure 4-3 – Diagramme d'intervention logique – options stratégiques (exemple), p. 448.

2.4.6 Le degré de clarté des objectifs

2.4.6.1 La problématique

La littérature sur l'évaluation législative et les politiques publiques insiste depuis très longtemps sur la nécessité de disposer *d'objectifs clairs*, c'est-à-dire précis et dépourvus d'ambiguïté, soit en déplorant leur absence, soit en montrant la difficulté de la tâche¹³⁴⁴. La raison en est limpide. Elle réside dans le fondement même de la crédibilité scientifique de la discipline. Lorsqu'il s'agit d'évaluer rétrospectivement la mise en œuvre d'une loi du point de vue de son efficacité, il faut impérativement en connaître les buts précis, car l'efficacité mesure le degré de l'atteinte de ces derniers.

Charles-Albert MORAND en a été très tôt conscient : « L'évaluation de l'efficacité consiste en effet à comparer le résultat atteint aux résultats voulus [...]. Très vite, on s'est pourtant rendu compte que ce type d'évaluation ne conduisait pas très loin, parce que les objectifs sont problématiques et changeants. »¹³⁴⁵

A défaut de but précisément défini au moment de la rédaction de la loi, l'évaluateur doit reconstruire a posteriori les objectifs opérationnels lacunaires :

Selon Luzius MADER, se référant à Michael PATTON, « les buts ou les objectifs d'une législation ne sont pas une donnée de référence fixe pour l'évaluateur, mais un élément problématique qui, par conséquent, doit faire partie de toute analyse portant sur l'efficacité d'une législation. »¹³⁴⁶ Souvent dès lors, « l'évaluateur doit identifier ou *construire* lui-même ce point de repère indispensable à l'analyse de l'efficacité. »¹³⁴⁷

Il s'ensuit que si l'objectif est multiple et qu'un seul d'entre eux par exemple est atteint, il suffirait que l'évaluateur orienté prenne celui qui l'arrange pour démontrer que la loi est ou non efficace. Un évaluateur objectif se contentera en revanche de conclure à l'efficacité sous un angle et à l'inefficacité sous un autre, laissant au politique et à l'opinion publique l'appréciation respective des buts et de leur atteinte. Un évaluateur peu scrupuleux pourrait aussi être tenté de redéfinir de manière stratégique un objectif vague en un objectif opérationnel. On comprend dès lors mieux la revendication des sciences évaluatives de disposer de manière anticipée d'objectifs clairs afin d'objectiver l'évaluation de la mise en œuvre.

¹³⁴⁴ Par exemple MORAND (1989), p. 853 ss.

¹³⁴⁵ MORAND (1989), p. 859. Cf. ég. Charles-Albert MORAND, « Formes et fonctions de l'évaluation législative », in : Jadot/Ost (dir.), *Elaborer la loi aujourd'hui : mission impossible ?*, Bruxelles, 1999, p. 216.

¹³⁴⁶ MADER (1985), p. 82, se référant à Jean-Daniel DELLEY/Luzius MADER, « Que faire des objectifs dans une étude de mise en œuvre de la législation ? », in : *Revue suisse de sociologie*, n° 3, 1981, p. 385 ss.

¹³⁴⁷ MADER (1985), p. 79, se référant à Michael PATTON, *Utilization-focused Evaluation*, Beverly Hills, 1978, p. 97 ss.

Prenons l'exemple de la vidéosurveillance dans l'espace public : vise-t-elle à diminuer la criminalité en général qu'elle n'est pas à même d'atteindre son but ; vise-t-elle à sécuriser des endroits précis qu'elle se révèle plus efficace¹³⁴⁸.

On verra plus loin qu'une manière de résoudre la question a consisté pour les évaluateurs à la contourner, en proposant des *évaluations détachées des buts* (« goal free »)¹³⁴⁹, c'est-à-dire des évaluations appréciant non pas *l'efficacité* des lois mais directement leur *pertinence*, en vérifiant directement si l'intervention du législateur a contribué à résoudre le problème sans effets indésirables sans se préoccuper des buts.

Le juge ou l'autorité qui applique le *principe de proportionnalité* sous son aspect d'aptitude est confronté au même problème. La loi doit définir avec assez de précision les buts visés afin d'être en mesure de vérifier l'aptitude d'une règle de droit¹³⁵⁰.

Le Tribunal fédéral a invalidé l'article suivant de la loi sur la police du canton de Zurich : « Pour accomplir ses tâches légales, la police peut surveiller les lieux accessibles au public au moyen d'appareils techniques, ouvertement ou secrètement, et procéder dans la mesure nécessaire à des enregistrements visuels et sonores. » (art. 32). Il motive ainsi : « L'absence de toute indication relative au but empêche d'emblée toute évaluation de l'intérêt public auquel répondraient des objectifs clairement déterminés [...] Il apparaît ainsi que ni le libellé de l'article 32 de la loi sur la police ni la délimitation générale des articles [sur les buts] ne permettent de discerner des objectifs quelque peu clairs. [...] Il ne suffit pas d'instaurer, sous le prétexte du maintien de l'ordre et de la sécurité publics, une surveillance illimitée propre à servir les objectifs les plus disparates sous les modalités les plus variées. Cela ne permet pas de reconnaître une relation but-moyen dont on puisse évaluer la proportionnalité du point de vue des droits fondamentaux. [...] Il incombe au législateur de procéder aux évaluations, différenciations et limitations nécessaires pour permettre de reconnaître clairement les objectifs poursuivis par les diverses surveillances, puis de vérifier leur proportionnalité. »¹³⁵¹

¹³⁴⁸ Alexandre FLÜCKIGER, « Droits fondamentaux et vidéosurveillance par les particuliers et les autorités des espaces ouverts au public », in : Schwarzenegger/Nägeli (éd.), *Drittes Zürcher Präventionsforum: Videoüberwachung als Prävention?*, Zurich, 2010, p. 219 ss ; Alexandre FLÜCKIGER/Andreas AUER, « La vidéosurveillance dans l'œil de la Constitution », in : *Pratique juridique actuelle (PJA)*, n° 8, 2006, p. 937 ; Alexandre FLÜCKIGER/Laurent PIERROZ/Jean RUEGG/Alexandra FELDER, « Vidéosurveillance et risques dans l'espace à usage public : représentation des risques, régulation sociale et liberté de mouvement », in : *Travaux CETEL*, n° 55, Genève, 2006, p. 76 ss.

¹³⁴⁹ Cf. ci-dessous ch. 6.2.2.1.

¹³⁵⁰ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 814 ss.

¹³⁵¹ ATF 136 I 87, 115 ss, in : JdT 2010 I 367, 391 ss (traduction légèrement remaniée).

2.4.6.2 *Les exigences légistiques*

Selon la Commission européenne, les objectifs devraient être aussi *spécifiques, mesurables, atteignables, pertinents et délimités dans le temps* que possible (SMART [« Specific, Measurable, Achievable, Relevant and Time-bound »])¹³⁵² :

Spécifiques : les objectifs devraient être suffisamment précis et concrets pour éviter qu'ils se prêtent à des interprétations variables. Ils doivent être compris de la même manière par tout le monde.

Mesurables : les objectifs devraient définir un état souhaité dans l'avenir en termes quantifiables de manière à pouvoir vérifier si l'objectif a été réalisé ou non. Ces objectifs sont soit quantifiés, soit basés sur une combinaison d'échelles de description et de gradation.

Atteignables : les objectifs devraient être fixés à un niveau ambitieux, mais en même temps réalisable.

Pertinents : les objectifs devraient être directement liés au problème et à ses causes profondes.

Délimités dans le temps : les objectifs devraient être liés à une date fixe ou à une période de temps précise pour permettre une évaluation de leur réussite.¹³⁵³

Le Guide de législation de la Confédération demande de rédiger des objectifs *réalistes* et aussi *concrets* que possible. On y retrouve ensuite la plupart des exigences européennes, quoique de manière moins structurée :

Il s'agit de formuler des « objectifs réalistes et aussi concrets que possible », « susceptibles de donner lieu à un consensus »¹³⁵⁴. Dans une édition antérieure, le guide demandait de formuler les objectifs « de telle manière qu'ils soient clairs pour toutes les personnes concernées. »¹³⁵⁵

¹³⁵² « Objectives should be as S.M.A.R.T. as possible » (COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines*, Bruxelles, 2017, chapitre III, ch. 2.3). Dans le même sens, cf. WINDHOLZ (2018), p. 145 ss.

¹³⁵³ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #16 (How to set objectives), ch. 2 (traduction personnelle).

¹³⁵⁴ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 128.

¹³⁵⁵ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation, Module « loi », « ordonnance » et « initiative parlementaire »*, Berne, 2014, ch. 117.

Le guide met également l'accent sur le caractère *mesurable* des objectifs à atteindre :

« La définition des objectifs gagne en clarté et en précision si ceux-ci, au lieu d'être libellés en termes vagues, contiennent des indications mesurables qui permettent de vérifier s'ils ont été atteints. »¹³⁵⁶ Il s'agit aussi de « fixer les critères de contrôle devant permettre d'évaluer les différentes solutions (objectifs quantitatifs et qualitatifs) »¹³⁵⁷.

2.4.6.3 Une analyse critique

En pratique, les objectifs formulés dans les lois sont loin de répondre à l'ensemble des canons précédents. On trouve certes, parfois mais rarement, des objectifs précis, mesurables et délimités dans le temps, mais c'est l'exception qui confirme la règle.

On les trouve plus facilement dans le domaine environnemental, par exemple en matière du lutte contre le réchauffement climatique (accord de Paris¹³⁵⁸, loi sur le CO₂¹³⁵⁹) ou dans la loi fédérale sur l'énergie (LEne)¹³⁶⁰ dont les articles 2 et 3 posent des objectifs chiffrés et des horizons temporels précis, par exemple celui d'augmenter la production électrique issue d'énergies renouvelables en visant « un développement permettant d'atteindre au moins 4400 GWh en 2020 et au moins 11 400 GWh en 2035 » (art. 2 al. 1^{er} LEne). On relèvera le lien explicite à l'analyse des impacts plus loin à l'article 55 LEne : « L'[office] analyse périodiquement dans quelle mesure les mesures visées dans la présente loi ont contribué à la réalisation des valeurs indicatives fixées aux art. 2 et 3 ».

Cette indétermination présente plusieurs facettes et résulte de diverses causes. Les objectifs peuvent être vagues, abstraits, symboliques, multiples, divergents, contradictoires, évolutifs dans le temps, ni réalistes ni pertinents, implicites voire inavoués¹³⁶¹. Les personnes les ayant conçus sont-ils pourtant moins « intelligents » (« smart ») ? Certainement non, comme le rappelle le philosophe du droit Herbert HART :

« La condition humaine (et par conséquent la condition du législateur) est telle que nous travaillons avec deux handicaps qui sont d'ailleurs liés, lorsque nous cherchons à régler sans ambiguïté et d'avance une sphère de la conduite, à l'aide de normes générales destinées à être utilisées sans recourir à d'autres directives émanant d'autorité en des circonstances particulières. Le premier réside dans notre relative ignorance de fait ; le second réside dans notre relative indétermination au niveau des fins. [...] [L]es hommes qui légifèrent ne peuvent posséder une telle connaissance de toutes les combinaisons

¹³⁵⁶ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 131.

¹³⁵⁷ *Ibidem*, ch. 124.

¹³⁵⁸ RS 0.814.012 ; cf. art. 2 § 1 let. a.

¹³⁵⁹ RS 641.71.

¹³⁶⁰ RS 730.0.

¹³⁶¹ MADER (1985), p. 78 ss ; MORAND (1989), p. 853 ss.

possibles de circonstances que l'avenir est susceptible de faire apparaître. Cette incapacité d'anticiper s'accompagne d'une certaine indétermination au niveau des fins. »¹³⁶²

On retrouve ici la même problématique que l'on traitera plus loin sur le *degré de précision normative* au moment de rédiger les règles de droit¹³⁶³. Ces dernières, comme les objectifs, peuvent être plus ou moins vagues ou plus ou moins précises. Le principe est le même : plus une mesure porte atteinte aux droits fondamentaux, plus les buts qui la sous-tendent doivent être précis ; cela ne signifie pas que les buts généraux de la loi, explicitement ou implicitement affichés en tête du texte, doivent être nécessairement précis, mais que les règles qu'elle contient visent des objectifs d'autant plus précis que les atteintes aux droits fondamentaux que celles-ci provoquent sont importantes¹³⁶⁴.

Le *caractère vague* des objectifs partage fondamentalement la même source matérielle que celle des règles de droit indéterminées : moins l'objectif est précis et plus il est ambigu, plus il est *acceptable politiquement*¹³⁶⁵. Une entente sur des normes vagues est plus facile à atteindre que sur des règles détaillées. Par ailleurs, la transparence sur les objectifs peut se solder par des coûts politiques en ce sens qu'elle facilite (trop) l'évaluation de la mise en œuvre. Le constat de réussite ou d'échec est plus simple à établir si le législateur s'est engagé à garantir une proportion de 50% de femmes dans les conseils d'administration en 2026 plutôt qu'un renforcement progressif à terme de la présence de celles-ci dans lesdits conseils. Sauf à disposer de données parfaitement quantifiables, tout constat d'échec ou de réussite de la politique que la loi instaure est une interprétation du degré d'atteinte sur une échelle dont les barreaux sont fluides.

Luzius MADER le reconnaît : « un tel constat [d'échec ou de réussite] procède plus du jugement politique de l'analyse. En effet celle-ci permet au plus d'établir le degré de réalisation des buts ; elle dépasse son cadre en qualifiant de succès ou d'échec un degré déterminé de réalisation. »¹³⁶⁶ ; « dire qu'une législation est un échec ou une réussite est davantage qu'un simple constat, c'est un jugement qui comporte une appréciation subjective. L'évaluateur doit se borner à déterminer le degré de réalisation des objectifs. »¹³⁶⁷

¹³⁶² Herbert L. A. HART, *Le concept de droit* (trad. Michel VAN DE KERCHOVE), Bruxelles, 1994 (1^{re} parution en 1961 sous le titre *The Concept of Law*), p. 160.

¹³⁶³ Cf. ci-dessous ch. 5.3.2.

¹³⁶⁴ Cf. ci-dessus ATF 136 I 87, 115 ss, in : JdT 2010 I 367 (note 1351).

¹³⁶⁵ MADER (1985), p. 80. Cf. ci-dessous ch. 5.3.2.2 *i.f.* et ci-dessous ch. 5.2.3 (flou stratégique).

¹³⁶⁶ MADER (1985), p. 82.

¹³⁶⁷ MADER (1985), p. 78.

C'est la raison pour laquelle certaines voix se sont élevées pour demander une *évaluation affranchie des objectifs*, en suggérant de penser autrement la notion d'efficacité¹³⁶⁸.

On comprend dans ces conditions facilement l'attrait des évaluateurs envers les *objectifs mesurables* ainsi que les problèmes d'une telle approche.

Si en 2035 la production électrique provenant d'énergies renouvelables n'est que de 5000 GWh au lieu des 11 400 visés par la loi sur l'énergie, il sera aisé de constater que l'objectif n'aura pas été atteint.

Or tout ne se laisse pas apprécier en chiffres¹³⁶⁹. La Commission en semble consciente puisque, commentant ce point, elle considère avec raison comme « mesurables » non seulement des objectifs quantifiés, mais également qui sont « basés sur une combinaison d'échelles de description et de gradation »¹³⁷⁰.

Se poser précocement cette question dans le processus d'analyse d'impact oblige de se poser la question des *indicateurs et critères pertinents* permettant de mesurer rétrospectivement l'atteinte ou non des objectifs¹³⁷¹. Il est en effet nécessaire de les définir *ex ante* en vue des évaluations *ex post* afin d'éviter toute *reconstruction a posteriori des buts fixés*; ce qui permettrait à un évaluateur orienté d'aboutir au degré d'[in]efficacité qu'il souhaiterait démontrer¹³⁷².

Le législateur pourra ainsi préconiser si besoin la collecte à l'avance de ces derniers à titre de mesure d'accompagnement de la mise en œuvre de la loi afin d'en faciliter l'évaluation ultérieure.

Dans le cas de la *promotion du cinéma suisse*, l'objectif de diffuser plus largement les films (objectif stratégique) peut être atteint par le renforcement de la diffusion commerciale ou artistique (objectifs opérationnels). Sachant que le nombre de spectateurs ou les ventes de films – indicateurs quantitatifs de succès commercial – ainsi que la participation aux festivals ou la réception par les critiques – indicateurs quantitatifs, respectivement qualitatifs, de succès artistique –¹³⁷³, rendent ces objectifs *mesurables*, la loi pourrait proposer d'instaurer des mécanismes en incitant la collecte.

¹³⁶⁸ Cf. ci-dessous ch. 6.2.2.1, p. 629.

¹³⁶⁹ Cf. ci-dessous 4.4.2.2.

¹³⁷⁰ Réf. cit. dans la section précédente.

¹³⁷¹ MADER (1985), p. 52.

¹³⁷² COMBRADE (2017), p. 391; Alexandre FLÜCKIGER, « L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois », in : *Revue européenne des sciences sociales*, vol. 45, 2007, p. 94.

¹³⁷³ Réf. in : OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 130.

Les objectifs législatifs sont en pratique très exceptionnellement *délimités dans le temps*. La Commission demande qu'ils soient « liés à une date fixe ou à une période de temps précise pour permettre une évaluation de leur réussite »¹³⁷⁴. Cette exigence doit être à notre avis remplie en se fiant plus à son esprit qu'à sa lettre : fixer une périodicité pour l'évaluation rétrospective non pas au niveau des objectifs mais, par exemple, dans la clause d'évaluation elle-même¹³⁷⁵.

Les objectifs doivent-ils vraiment être *atteignables*? La définition même que donne la Commission de ce critère est équivoque : ils devraient être en même temps ambitieux *et* réalisables. Le couplage de ces deux adjectifs semble les attédir mutuellement. Il faudrait à notre sens plutôt les dissocier et distinguer selon le degré de concrétisation des objectifs : *réalisables* pour les *objectifs spécifiques et opérationnels* qui sont conceptuellement proches des mesures, mais pas forcément pour les *objectifs généraux*, plus voisins des *idéaux*, par définition *inatteignables* (raison pour laquelle ils ne sont pas qualifiés d'opérationnels).

Abolir les inégalités dans le monde, assurer un environnement sain, éradiquer la criminalité relèvent des *objectifs idéaux* en l'état de notre société et de notre planète.

Réfléchir à concevoir des *objectifs réalisables* permet cependant d'en augmenter l'efficacité.

Dans le domaine de l'*homophobie*, l'objectif de réformer la morale homophobe découlant de certaines conceptions religieuses est irréalisable à vues humaines, même dans un temps suffisamment long. Par contre l'objectif de sensibiliser les imams ou les prêtres à la cause LGBT dans le cadre de leur formation ou celui de poser des conditions y relatives dans les procédures de *reconnaissance officielle des églises* sont bien plus réalistes, même si leurs effets ne se déploieront qu'à long terme.

Autres exemples d'objectifs ambitieux, proches des utopies sont les *visions*, qui, lorsqu'elles se révèlent très précises, exercent une pression telle sur la chaîne d'acteurs qu'elles courent le danger de produire des mesures disproportionnées aux impacts insatisfaisants¹³⁷⁶.

¹³⁷⁴ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #16 (How to set objectives), ch. 2 (traduction personnelle).

¹³⁷⁵ Cf. ci-dessous ch. 6.2.4.2.

¹³⁷⁶ Pour une critique des politiques « zéro dommage », cf. WINDHOLZ (2018), p. 103 (réf. cit.).

Par exemple en matière de circulation routière, la « vision zéro » – « une conception idéale de la circulation routière, qui serait exempte de morts et de blessés graves »¹³⁷⁷ – a conduit le parlement à adopter des sanctions problématiques du point de vue du principe de proportionnalité¹³⁷⁸.

Les objectifs généraux ne sont pas condamnés en tant que tels dans la mesure où ils constituent les éléments d'une chaîne d'objectifs complétés par des objectifs plus opérationnels.

L'exigence d'être atteignable, plus précisément d'être réalisable, doit aussi se comprendre comme celle de ne pas définir des *objectifs impossibles à réaliser de fait*.

La vision *zéro morts* en circulation routière est un objectif malheureusement irréaliste mais conceptuellement pas irréalisable.

Demander en revanche à une politique de santé de *guérir d'une maladie incurable* est un objectif impossible en l'état des connaissances scientifiques alors que les objectifs de soigner et de minimiser les souffrances ou de promouvoir la recherche médicale sont tout à la fois réalisables, réalistes et atteignables.

La liste ne demande pas que les objectifs ne soient pas *contradictaires* ; à juste titre. On ne saurait à notre avis dériver une telle exigence de celle de spécificité par exemple. Des buts peuvent être extrêmement précis et concrets mais parfaitement opposés. Cette absence peut être délibérée : pourrait-on imaginer des objectifs précis et non contradictoires pour des lois englobantes telles celles de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et des constructions dont la concrétisation repose essentiellement sur la technique de la pesée des intérêts ?

Les articles finalisés de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire (LAT)¹³⁷⁹ précisent de longues listes d'objectifs aussi opposés – voire contradictoires, ce que reconnaît et admet le Tribunal fédéral¹³⁸⁰ – que ceux visant à protéger les bases naturelles de la vie

¹³⁷⁷ CONSEIL FÉDÉRAL, « Message concernant Via sicura, le programme d'action de la Confédération visant à renforcer la sécurité routière », in : *FF* 2010 7703, p. 7717 ; OCDE, *Zéro tué sur la route : Un système sûr, des objectifs ambitieux*, Paris, 20 avril 2009.

¹³⁷⁸ Yvan JEANNERET, « Via sicura : le nouvel arsenal pénal », in : *Circulation routière*, 2013 vol. 5, n. 2, p. 31 ss.

¹³⁷⁹ RS 700.

¹³⁸⁰ « Le législateur a concrétisé le mandat de l'art. 75 Cst. féd. – garantir une utilisation judicieuse et mesurée du sol et une occupation rationnelle du territoire – dans les buts de l'aménagement du territoire (art. 1 LAT) et, avec une précision accrue, dans ses principes (art. 3 LAT) qu'il a classés par thèmes. Principes et buts ne constituent certes pas un système dépourvu de contradictions, mais ils posent des critères d'appréciation qui doivent être harmonisés dans chaque cas d'espèce, en considération des intérêts publics et privés en jeu. » (arrêt du Tribunal fédéral 1C_157/2014 du 4 novembre 2015, traduit in : RDAF 2017 I 367).

(sol, air, eaux, forêts et paysages) tout en ambitionnant de créer un milieu bâti favorable à l'exercice des activités économiques (art. 1^{er} et 3 LAT).

La technique même de la *pesée des intérêts* implique la présence d'objectifs opposés qui vont nécessairement se contredire.

La loi fédérale sur la transparence¹³⁸¹ vise à informer le public en garantissant l'accès aux documents détenus par l'administration (art. 1^{er}) tout en dressant une liste de buts, contraires, défendant le secret, à l'instar d'objectifs sécuritaires ou de protection de la sphère privée (art. 7). Contrairement à la loi sur l'aménagement du territoire, la loi sur la transparence n'énonce explicitement dans son article initial sur les buts que l'objectif de promotion de la transparence. Les autres sont disséminés dans le texte à titre d'exceptions ; ce qui concourt à aboutir à des solutions équilibrées lors de la concrétisation de la loi¹³⁸².

Par ailleurs, on rappellera pour mémoire que les objectifs doivent être *conformes à l'ordre juridique*. Des objectifs illégaux ou anticonstitutionnels ne sont d'emblée pas pertinents. On l'a répété, la légistique présuppose un contrôle juridique dans lequel elle s'inscrit de manière complémentaire¹³⁸³.

La *croissance démographique* fait partie des causes de dégradation de l'environnement ; fixer un objectif de régulation forcée des naissances se heurterait frontalement aux droits fondamentaux¹³⁸⁴.

Enfin, pour éviter de préjuger du choix ultérieur des mesures, on ne retiendra à l'issue de cette étape que des *objectifs suffisamment spécifiques* mais *assez larges* pour laisser ouvert le choix entre les différentes mesures possibles ; choix qui fera l'objet de l'étape suivante de l'analyse d'impact prospective : la phase stratégique.

¹³⁸¹ RS 152.3.

¹³⁸² Alexandre FLÜCKIGER/Mike MINETTO, « La communication de documents officiels contenant des données personnelles : la pesée des intérêts dans la pratique des autorités fédérales », in : *RDAF* 2017 I, p. 559 ss.

¹³⁸³ Cf. ci-dessus ch. 1.3.4.3.

¹³⁸⁴ FLÜCKIGER Alexandre, « Limiter la population pour protéger l'environnement et garantir une occupation rationnelle du territoire : une intuition enjôleuse à l'épreuve des droits fondamentaux », in : *Pratique juridique actuelle (PJA)*, n° 2, 2014, p. 167 ss.

3 La loi stratégique

3.1 Des buts aux moyens

3.1.1 L'objet

Le but posé, il reste à définir les moyens pour l'atteindre. L'objet de la phase stratégique de l'analyse d'impact prospective consiste à concevoir un faisceau d'instruments coordonnés entre eux dans une même finalité. Il s'agit d'ébaucher les contours de la réglementation ainsi que, le cas échéant, de dessiner les axes de la politique publique dans laquelle la loi est susceptible de s'insérer (« design d'une politique publique »¹³⁸⁵ ; « policy design »¹³⁸⁶ ; « instrumentation de l'action publique »¹³⁸⁷).

Alors que déterminer si le but d'une loi est juste ou non est une question de croyance selon le philosophe du droit allemand Gustav RADBRUCH, celui-ci jugeait en 1904 que la *capacité d'une mesure à atteindre un but déterminé* était en revanche susceptible de faire l'objet d'une démarche scientifique : « Zweifellos erscheint ..., daß sich in wissenschaftlicher Methode feststellen läßt, ob eine Maßnahme richtiges Mittel zu einem bestimmten Zwecke sei, und, daß die Richtigkeit eines Zwecks nur Glaubenssache sein kann, macht der Methode des richtigen Rechts keine Schwierigkeiten: sie braucht nur zu untersuchen, ob eine Maßnahme dem tatsächlich vom Rechte verfolgten Zwecke dient ohne Rücksicht darauf, ob dieser ein richtiger Zweck ist »¹³⁸⁸.

¹³⁸⁵ Frédéric VARONE, *Le choix des instruments des politiques publiques : une analyse comparée des politiques d'efficacité énergétique du Canada, du Danemark, des Etats-Unis, de la Suède et de la Suisse*, Berne etc., 1998. Sur la notion de *design* dans son sens d'élégance, cf. ci-dessus p. 36.

¹³⁸⁶ PETERS et al. (2018) ; Eric WINDHOLZ, *Governing through Regulation: Public Policy, Regulation and the Law*, New York, 2018, p. 153 ss ; Michael HOWLETT, « Policy Design: What, Who, How, and Why? », in : Halpern/Lascoumes/Le Galès (dir.), *L'instrumentation de l'action publique : controverses, résistances, effets*, Paris, 2014, p. 281 ss ; Anne SCHNEIDER/Helen INGRAM, *Policy Design for Democracy*, Lawrence, 1997.

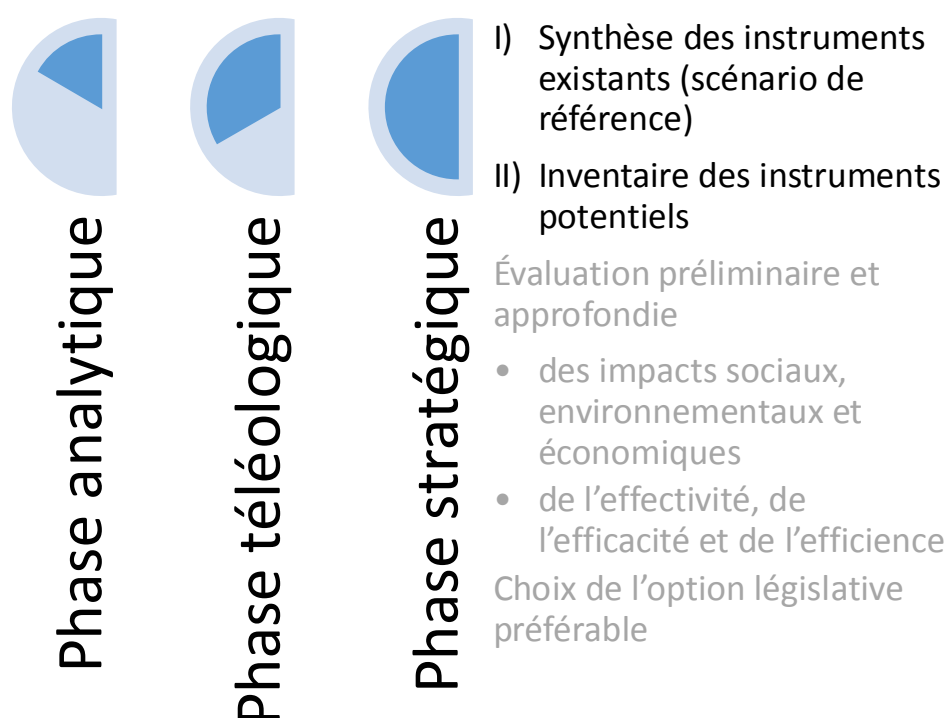
¹³⁸⁷ HALPERN Charlotte/LASCOUMES Pierre/LE GALÈS Patrick (dir.), *L'instrumentation de l'action publique : controverses, résistances, effets*, Paris, 2014, p. 17, définissant l'instrumentation comme « l'ensemble des problèmes posés par le choix et l'usage des outils (des techniques, des moyens d'opérer, des dispositifs) qui permettent de matérialiser et d'opérationnaliser l'action gouvernementale. »

¹³⁸⁸ Gustav RADBRUCH, « 8. Literaturbericht. Rechtsphilosophie », in : *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 24, Berlin/New York, 1904, p. 159 ss (cit. in : Sigrid EMMENEGGER, *Gesetzgebungskunst: gute Gesetzgebung als Gegenstand einer legislativen Methodenbewegung in der Rechtswissenschaft um 1900: zur Geschichte der Gesetzgebungslehre*, Tübingen, 2006, p. 155).

Nous exposerons dans cette partie ces différents moyens d'action à disposition du législateur : les instruments *obligatoires* (ch. 3.2) et *non obligatoires* (ch. 3.3), les instruments *coopératifs* (ch. 3.4), les instruments de *coordination* (ch. 3.5) et les instruments *matériels* (ch. 3.6).

D'un point de vue méthodologique, l'inventaire des instruments s'inscrit dans la troisième phase de l'*analyse d'impact prospective* (phase stratégique). Dans la présente partie, nous nous limitons à exposer très brièvement d'abord I) la *synthèse des instruments existants* (ch. 3.1.3.2) puis, de façon détaillée, II) l'*inventaire des instruments potentiels* (ch. 3.2 à 3.6). L'évaluation et le choix de ceux-ci fera l'objet de la partie suivante (ch. 4).

Figure 3-1 – Phases de l'analyse d'impact prospective (phase stratégique I et II)¹³⁸⁹



¹³⁸⁹ Pour consulter la *phase précédente*, cf. ci-dessus Figure 2-10 – Phases de l'analyse d'impact prospective (phase téléologique), p. 219 ; pour la *phase suivante*, cf. Figure 4-1 – Phases de l'analyse d'impact prospective (phase stratégique III et IV), p. 441 ; pour le *schéma général*, cf. ci-dessus Figure 1-1 – Cycle légistique, p. 38.

3.1.2 Les fonctions

3.1.2.1 *L'appropriation par l'Etat du pluralisme normatif : du législateur impuissant au législateur stratégique*

« Le droit est plus grand que les sources formelles du droit » écrivait Jean CARBONNIER¹³⁹⁰. La loi est concurrencée par de multiples formes de normativités, juridiques ou non, qui régulent le comportement des individus en société (pluralisme normatif, internormativité, concours des normativités, etc.)¹³⁹¹. La multiplication des études autour de ce thème depuis un certain nombre d'années pourrait faire croire à sa nouveauté. Or il n'en est rien. Le phénomène est probablement aussi ancien que le droit lui-même, car il est aisément concevable que les individus en société aient simultanément été assujettis à des règles diverses, d'ordre religieux, moral, social ou juridique, quelle que soit l'époque. Il serait dès lors plus précis de parler d'une découverte – au sens du trésor enfoui, existant donc depuis longtemps, que l'on exhume – ou d'une prise de conscience de l'existence et de l'effectivité de telles manifestations d'influence comportementale¹³⁹². Si notre hypothèse est exacte, la question à se poser est celle de savoir pourquoi les actes non juridiquement obligatoires sont ressortis de l'ombre dans laquelle la science – juridique surtout – les avait plongés ?

Nous avons tenté d'esquisser plus haut quelques éléments de réponse¹³⁹³. La « nomophilie » en particulier, si louée à l'époque révolutionnaire¹³⁹⁴, n'est simplement plus assez vivace aujourd'hui – pour autant qu'elle l'ait un jour été – pour garantir le succès d'une politique publique basée sur une architecture exclusivement législative centrée sur l'Etat. Le « tournant global » dans les disciplines de la gouvernance¹³⁹⁵ témoigne des limites des pouvoirs du législateur national en raison du glissement d'échelle des questions à régler, de la montée en puissance des entreprises multinationales, de la difficulté à conclure des accords

¹³⁹⁰ Jean CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., Paris, 2004 (1^{ère} parution en 1969), p. 20 s.

¹³⁹¹ Cf. ci-dessous, ch. 3.1.4. Sur le pluralisme et l'internormativité comme concepts-clefs d'une norme postmoderne, cf. Karim BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme : Les normativités émergentes de la mondialisation*, 2^e éd., Montréal, 2015, p. 36 ss et 48.

¹³⁹² Dans ce sens, cf. Alexandre FLÜCKIGER, « Régulation, dérégulation, autorégulation : l'émergence des actes étatiques non obligatoires », in : *Revue de droit suisse*, vol. 2, Bâle etc., 2004, p. 170 ss. Cf. ég. les références ci-dessous sur l'histoire du droit souple, ch. 3.3.2.

¹³⁹³ Cf. ci-dessus ch. 3.3.2.1 . Cf. ég. Alexandre FLÜCKIGER (2004), p. 165 ss.

¹³⁹⁴ Cf. ci-dessus ch. 1.2.1.3 *i.f*

¹³⁹⁵ Cf. ci-dessus ch. 1.3.3.1 ; Mikhail XIFARAS, « Après les théories générales de l'État : le droit global ? », in : *Jus Politicum : Revue de droit politique* (en ligne), n° 8, 2012, p. 18.

internationaux obligatoires, de la complexité croissante des problèmes à résoudre et de l'autonomisation croissante de la société notamment. Ordonner une régulation sociale tout à la fois efficace et respectueuse des droits fondamentaux et de la démocratie devient dans ce contexte un idéal ambitieux. Le constat vaut tant sur le plan du droit national qu'international où la gouvernance souple a pris un essor décisif sous l'étiquette du droit souple (« soft law »)¹³⁹⁶.

A partir de là, deux lectures de cette même réalité sont possibles : une *loi impuissante* parce qu'incapable de s'imposer de manière jupitérienne auprès de ses destinataires ou une *régulation législative consciente de ses limites* tirant sa force tant de sa souplesse que de l'appropriation stratégique des instruments extra-juridiques :

« Saluées par les uns comme l'avènement d'une gouvernance plus flexible et inclusive – et donc *in fine* plus efficace –, ces évolutions se lisent tout autant comme le signe d'une incapacité grandissante des organisations internationales à édicter et imposer des règles contraignantes à des États qui apparaissent, eux, comme de plus en plus réticents à déléguer des compétences aux instances supranationales. »¹³⁹⁷

Le constat d'impuissance se réfère à une conception défaitiste de la gouvernance alors que la lecture stratégique – celle qui trouve notre préférence – est plus optimiste par son pragmatisme. Le législateur stratégique est celui qui tire sa force de sa capacité à connaître les limites de son pouvoir et à diversifier ses instruments d'action en conséquence.

Précisons cependant que le fait de reconnaître et d'intégrer d'autres formes de normativité dans le giron de la loi n'équivaut pas nécessairement à leur reconnaître un *caractère juridique*. Une grande partie de la littérature juridique sur le sujet se pose la question de *l'appartenance au droit ou non de ces actes souples, informels ou coopératifs*.

Ces actes constitueraient-ils une *nouvelle source du droit*? En résumant très grossièrement le trait, les tenants d'une conception graduelle de la juridicité seront plus enclins à répondre par la positive alors que celles et ceux qui conçoivent le droit de manière plus binaire y répondront par la négative¹³⁹⁸. Posé dans ces termes, le débat est à notre avis sans issue, car il renvoie à une question sans réponse définitive, celle de la définition même du droit¹³⁹⁹. La nécessité de fixer un seuil de juridicité le long de cette échelle se fera surtout sentir au moment de résoudre un problème concret, celui

¹³⁹⁶ Cf. ci-dessous ch. 3.3.2.1.

¹³⁹⁷ Stefan AYKUT, « La < gouvernance incantatoire >. L'accord de Paris et les nouvelles formes de gouvernance globale », in : *La pensée écologique*, vol. 1, octobre 2017.

¹³⁹⁸ FLÜCKIGER (2004), p. 235 ss (réf. cit). Plus récemment, cf. Édouard FROMAGEAU, *La théorie des institutions du droit administratif global : Étude des interactions avec le droit international public*, Bruxelles, 2016, p. 57 (réf. cit.) (à propos de la nature de droit souple du droit administratif global).

¹³⁹⁹ FLÜCKIGER (2004), p. 236.

notamment du contrôle juridictionnel de tels actes (le recours est-il ouvert ou non ?) ou de l'utilisation de ces actes par le juge ou les autorités (sont-ils obligés de les prendre en compte dans leurs jugements ou décisions ? y sont-ils autorisés ? leur est-il interdit de s'y référer ?)¹⁴⁰⁰. Dans de tels contextes concrets, la rigueur apparente de la logique binaire laisse en pratique une zone fluctuante entre le droit et le non-droit qui montre que celle-ci n'échappe pas plus à un certain flou que la logique gradualiste. Autant admettre dès lors l'existence d'une zone grise entre le noir et le blanc¹⁴⁰¹ ; concession d'autant plus aisée que les conséquences de la distinction sont moins aigües dans le contexte légistique que celui du contentieux judiciaire. Si le droit était un éclairage, il ne serait pas mis en marche par un interrupteur mais par un variateur de lumière.

Le droit souple obéit en réalité à une *normativité spécifique* comme par exemple l'a suggéré Denys DE BÉCHILLON : « Certaines propositions, parfois présentées comme normatives, semblent ne contenir aucun commandement direct ou même indirect. C'est le cas des conseils et des recommandations. Jusqu'à ces dernières décennies, la recommandation siégeait à l'extérieur du phénomène juridique. [...] la tentation première pousse à leur dénier toute autorité normative. Et pour cause: elles ne prescrivent rien d'obligatoire. Mais on peut aussi concevoir d'adopter l'attitude inverse. [...] Mieux vaut opter pour une voie médiane, qui consiste à relever une composante impérative au cœur de l'incitation, mais à lui reconnaître une normativité spécifique. »¹⁴⁰² Catherine THIBIERGE suggère de recourir désormais à l'expression de *force normative* pour tenir compte de cette évolution¹⁴⁰³.

Considérer que l'ensemble des normativités sociales puisse être qualifié de normes juridiques est un pas que nous ne franchirons pas au risque, sinon, de valider « sous le terme de droit l'effet de processus entre les mains de corporations, d'experts, de groupes de pressions » selon la mise en garde de Jean-Yves CHÉROT pour lequel « [n]ous ne pouvons pas, sous couvert de < pluralisme juridique >, élargir notre concept de droit à toutes sortes de normativités sociales »¹⁴⁰⁴.

En effet « [f]aut-il accepter, [...] d'appeler droit l'émergence d'ordres transnationaux divers, [...] rassemblant des règles de nature, de forme et de portée les plus variées, au point d'affaiblir jusqu'à la distinction utile entre ce qui est le droit et les mœurs, droit et morale, validant sous le terme de droit l'effet de processus entre les mains de corporations, d'experts, de groupes de pressions [...] ? »¹⁴⁰⁵

¹⁴⁰⁰ Cf. ci-dessous ch. 3.3.5.

¹⁴⁰¹ FLÜCKIGER (2004), p. 237.

¹⁴⁰² Denys DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, 1997, p. 190 s.

¹⁴⁰³ Cf. ci-dessous ch. 3.3.5.1 *i.f.*

¹⁴⁰⁴ Jean-Yves CHÉROT, « Concept de droit et globalisation », in : Chérot/Frydman (éd.), *La notion du droit dans la globalisation*, Bruxelles, 2012, p. 13. Pour une critique du « legal pluralism », cf. ST-HILAIRE (2015), p. 115 ss.

¹⁴⁰⁵ CHÉROT (2012), p. 15.

Ne serait-il dès lors pas plus judicieux de distinguer le pluralisme juridique du pluralisme normatif, même si cette perspective conduit vers une nouvelle binarité que nous cherchons précisément à dépasser ? En effet, « [l]e chercheur qui entend étudier ou penser le pluralisme juridique doit au préalable identifier ce qui appartient au monde du droit et ce qui appartient au monde du normatif non juridique, ce qui est un ordre juridique et ce qui est un ordre normatif non juridique. »¹⁴⁰⁶

Reconnaître ce pluralisme normatif oblige les juristes à s'extraire du paradigme kelsénien de création du droit conçu comme une architecture pyramidale de construction progressive à partir d'une norme fondamentale. Dans ce contexte les lois formelles ne vont pas nécessairement être engendrées à partir d'une base constitutionnelle¹⁴⁰⁷, ni les lois matérielles ou les normes individuelles à partir d'une base légale formelle. Des lois formelles seront adoptées sur la pression d'actes de droit internationaux¹⁴⁰⁸ ou à la suite d'une habitude progressive du public par l'adoption successive d'actes recommandationnels dans une perspective expérimentale d'essais et erreurs (*création de la loi par cristallisation*)¹⁴⁰⁹. On observe ainsi parfois un mouvement d'*inversion hiérarchique normative* où le droit se construit progressivement d'en bas et où la loi formalise une évolution passée plus qu'elle ne construit de toutes pièces un futur délibéré. Le droit s'écrit souvent, dans les faits, sous une forme plus labyrinthique, rhizomique, réticulaire, rétroactive et enchevêtrée qu'un positivisme idéal aurait pu le laisser espérer¹⁴¹⁰. D'architecturale et hiérarchique, comme la métaphore de la pyramide le laisse entendre, la perspective de création du droit se fait plus *fluide* (ne renouerait-on pas ainsi avec le symbolisme originaire de l'eau, le droit comme source ?)¹⁴¹¹. La création juridique devient un « processus de production normative de sens » selon l'expression de Pierre MOOR :

¹⁴⁰⁶ Boris BARRAUD, *Théories du droit et pluralisme juridique : les théories dogmatiques du droit et la fragilité du pluralisme juridique*, tome 1, Aix-en-Provence, 2016, p. 333. Sur la distinction, cf. *ibidem* p. 309 ss et 331 ss.

¹⁴⁰⁷ Cf. dans l'index l'entrée « inversion hiérarchique normative ».

¹⁴⁰⁸ Cf. ci-dessous 3.3.5.2a.

¹⁴⁰⁹ Cf. ci-dessous ch. 3.3.4.2. Cf. aussi ci-dessous ch. 3.5.2.5a.

¹⁴¹⁰ Cf. François OST/Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002. Certains critiquent une telle conceptualisation en ce qu'elle ne permettrait pas de définir précisément la notion de droit : « décrire le droit sous la forme d'agencements souples, de spirales, de labyrinthes, de rhizomes, de boucles, de rétroactions, de flou et de hiérarchies enchevêtrées ne permet guère de saisir avec une précision satisfaisante ce qu'est le droit. » (BARRAUD [2016, *Théories du droit*], p. 513 et 514 ss).

¹⁴¹¹ Sur ce thème, cf. EMERIC Nicolas, *Penser les flux normatifs: essai sur le droit fluide*, Paris, 2018.

« Seul un changement de paradigme peut permettre une reconstruction théorique qui rende effectivement compte de la pratique réelle. Pour cela, il faut cesser de considérer l'ordre juridique comme une pyramide hiérarchique dominée par un concept de norme préalablement donné et l'analyser comme un processus de production normative de sens. Cela exige non seulement de le concevoir comme un système complexe dont les normes ne sont qu'un élément, mais aussi de le décrire dans une dynamique qui restitue l'importance de l'acte du jugement. »¹⁴¹²

Il en résulte très certainement une déception pour tous ceux et celles qui attendent de la loi la solution définitive à tous les problèmes de société. La loi perd peut-être une part de son panache en s'obligeant à une certaine modestie ; mais n'est-ce pas, comme nous l'écrivions, le reflet lucide des limites de celle-ci dans un environnement social complexe ?

« La perte de sécurité et de prévisibilité du droit qui en résulte est le reflet lucide des limites de la législation pour gérer les politiques publiques dans un contexte social complexe. La loi perd probablement une part de sa symbolique, mais au profit d'une meilleure efficacité, car seule la flexibilité qui découle de cette tendance permet de s'adapter en improvisant face aux événements inattendus et aux situations complexes. De démiurge, le législateur devient un bricoleur – astucieux parfois ; pragmatique souvent –, arrangeant provisoirement un instantané de société. Un législateur modeste, pour une loi modeste. »¹⁴¹³

3.1.2.2 *Le test du besoin d'intervention par la loi : le principe et les sources*

Alors que la perspective de l'appropriation stratégique des différents moyens de régulation que nous venons de décrire concourt à *renforcer* la position du législateur, la réflexion sur les instruments d'action de l'Etat a pu être interprétée dans un sens différent, comme l'occasion de mettre la loi (entendue dans son sens matériel de règle de droit) en *concurrence* avec d'autres modes de régulation : la loi serait un moyen possiblement trop intrusif envers les libertés des individus et des entreprises ; les principes de proportionnalité, de subsidiarité ou de responsabilité individuelle n'autoriseraient d'y recourir qu'en dernier ressort ; la préséance devrait être accordée par principe à l'autorégulation et à des outils moins contraignants.

¹⁴¹² Pierre MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris, 2005, p. 190.

¹⁴¹³ Alexandre FLÜCKIGER, « La planification : un mode de rationalité dépassé pour la légistique ? », in : Morand (éd.), *Légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence, 1999, p. 136.

En droit suisse pourtant on ne saurait déduire aucune préférence à l'autorégulation, ni du principe de subsidiarité¹⁴¹⁴ ni de celui de responsabilité individuelle¹⁴¹⁵ ¹⁴¹⁶. La loi sur le Parlement demande cependant depuis 2018 que les messages relatifs aux projets de loi fassent « le point sur [...] la préservation de la responsabilité personnelle et de la marge de manœuvre des particuliers concernés par une réglementation donnée »¹⁴¹⁷. Concrètement, le message doit « examiner de manière réfléchie l'éventualité d'adopter d'autres réglementations possibles »¹⁴¹⁸, à l'instar de l'autorégulation ou de la gouvernance par objectifs¹⁴¹⁹ notamment¹⁴²⁰.

De même que les premières phases de la légistique ont pu être considérées comme un *test du besoin d'une intervention politico-juridique*¹⁴²¹, une telle perspective reviendrait à considérer la phase stratégique comme un *test du besoin d'intervention législative* : répondre par la négative au premier test équivaldrait à renoncer à toute intervention publique alors qu'une réponse négative au second n'empêcherait pas le parlement ou le gouvernement d'intervenir, mais l'interdirait seulement de légiférer, laissant la porte ouverte à d'autres instruments.

Le *principe de la légalité* pose cependant d'importantes limites à une telle conception. Dans un Etat de droit, l'activité de l'Etat doit reposer *in fine* sur des règles de droit même lorsque celui-ci agit par d'autres instruments¹⁴²². Les autorités publiques ne sauraient prévoir de recourir à des moyens d'action non juridiques uniquement pour se délier des contraintes des instruments juridiques. Les *instruments de droit souple* ne doivent pas être compris dans le contexte légistique comme des *substituts à la réglementation*, mais comme des *moyens opportuns* pour atteindre les buts politiquement désirés en complément à l'arsenal juridique, dans le cadre et sur le fondement de la loi.

¹⁴¹⁴ Art. 5a et 43a al. 1^{er} Cst. féd. ; art. 141 al. 2 let. a^{ter} Loi sur le Parlement.

¹⁴¹⁵ Art. 6 Cst. féd.

¹⁴¹⁶ ZYSSET (2017), p. 250 et 254. *Contra* : Heinrich KOLLER, « Die Selbstregulierung im neuen Rechnungslegungs und Revisionsrecht », in : *Der Schweizer Treuhänder*, 1999, p. 427. Sur le principe de subsidiarité qui sert avant tout à délimiter les relations entre la Confédération et les cantons, et non les activités relevant du droit public de celles du droit privé, cf. Jörg Paul MÜLLER, « Zur Relevanz des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 5a BV im Verhältnis der SRG zu privaten Anbietern », in : *Jusletter* du 6 mars 2017.

¹⁴¹⁷ Art. 141 al. 2 let. g^{bis} Loi sur le Parlement.

¹⁴¹⁸ FF 2017 6457.

¹⁴¹⁹ Cf. ci-dessous ch. 3.2.2.2b.

¹⁴²⁰ FF 2017 6457.

¹⁴²¹ Cf. ci-dessus ch. 2.1.2.2.

¹⁴²² FLÜCKIGER (2004), p. 262 ss.

Les *sources légistiques* (de droit souple) sur cette question ne sont pas toujours très claires, même si l'esprit de complémentarité paraît plutôt s'imposer sur celui de la substitution.

L'OCDE assigne à l'*évaluation prospective*, dans sa recommandation concernant la politique et la gouvernance réglementaire, la fonction d'examiner les « substituts à la réglementation » tout en mettant en évidence les « stratégies complémentaires associant réglementation, formation et normes volontaires » : « Les politiques d'évaluation *ex ante* devraient prévoir l'examen d'autres moyens d'aborder les objectifs de l'action publique, notamment d'autres options réglementaires et de substituts à la réglementation permettant de définir et de choisir l'instrument ou la panoplie d'instruments les mieux indiqués pour atteindre ces objectifs. Il importe de toujours prendre en considération l'option consistant à maintenir le statu quo ou à s'en remettre au scénario de référence. L'évaluation *ex ante* doit, dans la plupart des cas, mettre en évidence les stratégies qui devraient produire le plus grand avantage net pour la collectivité, y compris des stratégies complémentaires associant réglementation, formation et normes volontaires. »¹⁴²³

L'*étude d'impact* en France devrait obligatoirement comprendre « une option incitative » en plus de l'option réglementaire, sans que l'on puisse déduire que la première option serait nécessairement dispensée d'un cadre réglementaire en fonction des exigences de légalité : les « documents rendant compte » de l'étude d'impact « recensent les options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles »¹⁴²⁴. Le ministre porteur du projet de loi doit dès lors envisager l'alternative suivante dans l'étude d'impact : l'option incitative et l'option réglementaire ; cette exigence étant déjà précisée depuis 1995 par voie de circulaire¹⁴²⁵. Le Guide de légistique commente cette règle ainsi : « Il s'agit donc de rechercher systématiquement si des alternatives à la norme juridique peuvent permettre de répondre, en tout ou partie, aux difficultés rencontrées. [...] Même si l'étude d'impact conclut qu'une intervention législative conséquente constitue la meilleure option, il convient d'en apporter une démonstration rigoureuse. »¹⁴²⁶

Les guides de l'*Union européenne* et de la *Suisse* semblent se rattacher plus nettement à la thèse de la complémentarité en ce qu'ils demandent de prendre en considération l'ensemble des moyens, sans prétendre qu'une option devrait se substituer à l'autre ou l'exclure : « Start by considering the widest range of policy alternatives both in terms of content and instruments. Consider regulatory and non-regulatory means, less or more prescriptive measures, actions at national, EU and international level. » (*Union européenne*)¹⁴²⁷ ; « Il s'agit de trouver des solutions qui permettent de venir à bout des problèmes ou, autrement dit, d'atteindre les objectifs fixés. Plusieurs types de solutions

¹⁴²³ OCDE, *Recommandation du Conseil concernant la politique et la gouvernance réglementaires*, Paris, 2012, ch. 4.3.

¹⁴²⁴ Art. 8 al. 2 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution.

¹⁴²⁵ Bertrand-Léo COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, Paris, 2017, p. 239 ss.

¹⁴²⁶ CONSEIL D'ÉTAT/SECÉTARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT, *Guide de légistique*, 3^e éd. mise à jour, Paris, 2017, p. 21.

¹⁴²⁷ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines*, Bruxelles, 2017, chap. III, section 2.4, question 4, ch. 1.

peuvent être envisagés : recours à des instruments d'action de l'État, formels et informels, action au niveau de la Confédération, des cantons et des communes, collaboration avec les particuliers sous différentes formes, enfin inaction. » (*Suisse*)¹⁴²⁸

En pratique toutefois, il n'est pas certain que l'analyse d'impact conduise par elle-même à renoncer à légiférer :

Pour un tel constat en droit français : « En l'absence d'obligation de légiférer, l'autonomie du gouvernement semble en revanche totale et l'obligation d'étude d'impact théoriquement propice, dès lors, à prévenir efficacement le recours à la loi. La pratique révèle, pourtant, que les études d'options accompagnant les choix de légiférer pris en opportunité ne conduisent que rarement à renoncer au véhicule législatif. »¹⁴²⁹

3.1.3 La méthode

3.1.3.1 *De l'impératif de créativité à l'inertie du mimétisme*

Déterminer les meilleurs moyens pour atteindre le but visé implique à titre préalable de *connaître l'ensemble des instruments à disposition des autorités*. Si les juristes maîtrisent assez bien l'outillage juridique, il n'en va pas de même pour les solutions non juridiques. Cette étape fait – ou devrait faire – la part belle à l'inventivité.

La Commission demande ainsi de « sortir des sentiers battus » (« think outside the box »), d'avoir un esprit ouvert (« open mind ») et de songer aux développements les plus récents de la recherche académique dans le domaine de la régulation, à l'exemple aujourd'hui des instruments en économie comportementale et en psychologie sociale¹⁴³⁰ (« nudge » notamment)¹⁴³¹ et, demain, peut-être des intelligences artificielles¹⁴³². Le guide de législation fédéral propose de faire appel à des techniques favorisant la créativité telles que le « brainstorming » ou le « mind mapping »¹⁴³³.

¹⁴²⁸ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 144.

¹⁴²⁹ COMBRADE 2017, p. 224 et 232 ss.

¹⁴³⁰ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox*, Bruxelles, 2017, Tool #17 (How to Identify Policy Options), ch. 1.

¹⁴³¹ Cf. ci-dessous ch. 3.6.4.3a.

¹⁴³² Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.2b.VI.

¹⁴³³ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 146. Pour le recours également à d'autres techniques, notamment de réflexion prospective, cf. WINDHOLZ (2018), p. 192. Sur le recours au « brainstorming » déjà à de telles fins, cf. Peter NOLL, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek, 1973, p. 114, qui rappelle que Gottfried LEIBNIZ avait développé dans sa jeunesse un *ars combinatoria*, qu'il décrivait comme un *ars inveniendi* et qu'il avait appliqué à des problèmes juridiques délimités.

Le potentiel créatif de la méthode popularisée par Alex OSBORN dans son livre *How to Think Up* publié en 1942, le « brainstorming », serait cependant surfaît selon certaines études : « Research into brainstorming has a clear conclusion. The best way to create is to work alone and evaluate solutions as they occur. The worst way to create is to work in large groups and defer criticism. Steve Wozniak, Steve Jobs's cofounder at Apple and the inventor of its first computer, offers the same advice: < Work alone. You're going to be best able to design revolutionary products and features if you're working on your own. Not on a committee. Not on a team. > »¹⁴³⁴

Pour faciliter cette recherche de solutions, tant le guide de législation fédéral que les directives de la Commission précisent la démarche à suivre sous la forme d'une *liste de questions à traiter* (« check list »)¹⁴³⁵.

En pratique, il n'est pas rare que les idées d'instruments puisent leurs sources dans les travaux de divers *organismes publics* de réflexion et de conseil¹⁴³⁶ ou d'*institutions privées*, à l'exemple d'ONG, de laboratoires d'idées (« think tank »), d'instituts académiques, de clubs ou autres cercles de réflexion ou de lobbying. Des modèles plus *participatifs* ont pu être développés pour éviter de s'enfermer dans une logique trop technocratique (états généraux ou conférences citoyennes, etc.¹⁴³⁷ ainsi que des variantes plus originales telles que le « climathon » sur le modèle du « hackathon »¹⁴³⁸).

En pratique toutefois, on observe que les personnes et organes chargés de la conception des politiques publiques et de la rédaction des lois ont comme premier réflexe de *rechercher d'abord les solutions adoptées par d'autres Etats* confrontés à des problèmes analogues¹⁴³⁹ (droit comparé ; transplants législatifs¹⁴⁴⁰

¹⁴³⁴ Kevin ASHTON, *How to Fly a Horse: The Secret History of Creation, Invention, and Discovery*, New York, 2015, extrait publié sur howtoflyahorse.com > Science > Brainstorming Does Not Work.

¹⁴³⁵ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #17 (How to Identify Policy Options), ch. 1, I et II ; OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 147.

¹⁴³⁶ Cf. ci-dessous ch. 1.3.5.4.

¹⁴³⁷ Cf. ci-dessus p. 143.

¹⁴³⁸ Organisé par l'Institut européen d'innovation et de technologie (EIT) (<https://climathon.climate-kic.org>).

¹⁴³⁹ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (*Module « loi »*), ch. 142 ; Martin WYSS, « Vom Nutzen und Schaden der Rechtsvergleichung für die Rechtsetzung », in : *LeGes*, 2012, p. 259 ss ; MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 94 s.

¹⁴⁴⁰ Nicola LUPO/Lucia SCAFFARDI (éd.), *Comparative law in legislative drafting : the increasing importance of dialogue amongst parliaments*, La Haye, 2014. Sur l'application des théories du droit comparé à la rédaction législative pour déjouer les pièges des transplants législatifs de sorte à prévenir le rejet des greffons, cf. Helen XANTHAKI, « Legal Transplants in Legislation: Defusing the Trap », in : *The International and Comparative Law Quarterly*, 2008, p. 659 ss.

et transfert de politiques publiques entre pays¹⁴⁴¹ ou au sein d'un Etat fédéral [laboratoire fédéraliste]¹⁴⁴²). Les observations empiriques sur le choix des instruments des politiques publiques démontrent *l'importance déterminante du mimétisme* dans le choix des instruments comme Frédéric VARONE l'a conclu dans sa thèse :

« Le choix des instruments dans un pays est souvent directement influencé par les processus et les résultats du design dans d'autres pays et/ou dans les collectivités publiques infranationales. »¹⁴⁴³

3.1.3.2 *De la synthèse des instruments existants à l'inventaire des instruments potentiels*

La Commission recommande de débiter la phase de recherche des solutions par une *synthèse des instruments existants et déjà projetés*. Le but est de disposer d'un *scénario de référence* (« baseline ») qui servira de base de comparaison à l'évaluation de l'impact des mesures. Un tel scénario revient généralement dans les fait à décrire le statu quo (« no policy change »)¹⁴⁴⁴. Certains auteurs proposent d'y apporter un point de vue critique en distinguant les éléments qui n'ont pas fonctionné de ceux qui ont produit des effets en en investiguant les raisons¹⁴⁴⁵.

Il faut ensuite dresser *l'inventaire le plus large possible des différents instruments* susceptibles d'atteindre le but visé, des plus souples aux plus intrusifs.

Selon le *guide de législation fédéral*, il s'agit de « garantir que l'important potentiel qu'offre l'éventail des instruments d'action de l'Etat soit pris en compte, de manière à permettre l'examen et, éventuellement, l'application de solutions nouvelles. »¹⁴⁴⁶

¹⁴⁴¹ Sur les conditions de réussite d'un transfert (« policy transfer », « policy diffusion »), cf. WINDHOLZ (2018), p. 192 (résumées ci-dessous ch.4.4.4.1). Sur l'hypothèse du transfert d'expériences entre pays comme facteur expliquant le choix des instruments, cf. VARONE (1998), p. 330 s. et 341. Sur une critique de la littérature à ce sujet à propos de l'incohérence dans la mesure des mécanismes de diffusion, cf. Martino MAGGETTI/Fabrizio GILARDI, « Problems (and Solutions) in the Measurement of Policy Diffusion Mechanisms », in : *Journal of Public Policy*, vol. 36, 2016, p. 87 ss.

¹⁴⁴² VARONE (1998), p. 331 s. Cf. ci-dessous ch. 6.2.4.3c.IV. Sur la pratique des cantons consistant à « s'intéresser à – voire de copier » les solutions législatives des autres cantons, cf. JEANNERAT (2018), p. 64 s.

¹⁴⁴³ VARONE (1998), p. 341.

¹⁴⁴⁴ COMMISSION EUROPÉENNE (« Tool #17 How to identify policy options »), ch. 1, I.

¹⁴⁴⁵ WINDHOLZ (2018), p. 191.

¹⁴⁴⁶ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 142.

Pour la *Commission*, il faut considérer « the widest range of policy alternatives both in terms of content and instruments. Consider regulatory and non-regulatory means, less or more prescriptive measures, actions at national, EU and international level »¹⁴⁴⁷ (« a wide variety of policy options in addition to the baseline [no policy change] to look at content and tools/instruments. »)¹⁴⁴⁸

La difficulté, à ce stade précoce, consiste à *pré-évaluer* de manière plus intuitive que systématique dans quelle mesure chaque moyen potentiel est véritablement *propre à résoudre au mieux le problème* : le moyen s'attaque-t-il aux causes de celui-ci ? Est-il apte à modifier les comportements des groupes-cibles de manière à atteindre les objectifs souhaités ? On partira pour ce faire de l'analyse du problème et des buts afin d'établir une logique claire et cohérente entre les problèmes, les objectifs et les mesures proposées¹⁴⁴⁹. Une collaboration *interdisciplinaire* se révèle ici particulièrement fructueuse de même qu'une *consultation* précoce du public et des personnes concernées¹⁴⁵⁰ permettant d'étudier les solutions véhiculées dans l'opinion publique¹⁴⁵¹.

3.1.4 Le panorama général des instruments

Il existe une quantité de typologies différentes pour ordonner les instruments d'action à disposition de l'Etat pour orienter le comportement des citoyens et des citoyennes. Les politologues les classifient selon le critère des ressources investies lors de la mise en œuvre, le degré de contrainte, les effets escomptés, les attitudes des groupes-cibles, la faisabilité administrative ou politique, etc.¹⁴⁵² Les juristes les catalogueront en fonction de leurs propres spécialisations (typologie autour des actes normatifs en droit constitutionnel, de la décision en droit administratif, du contrat en droit des obligations, etc.)¹⁴⁵³.

¹⁴⁴⁷ COMMISSION EUROPÉENNE (*Better Regulation Guidelines*), chap. III, section 2.4, question 4, ch. 1.

¹⁴⁴⁸ COMMISSION EUROPÉENNE (« Tool #17 How to identify policy options »), ch. 1, II.

¹⁴⁴⁹ Dans ce sens, cf. en droit européen : COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines* (2017), chap. III, section 2.4, question 4, ch. 1 et COMMISSION EUROPÉENNE (2017), Tool #17 How to identify policy options, ch. 1, II ; en droit suisse : OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (*Module « loi »*), ch. 144, point 1, 5 et 6.

¹⁴⁵⁰ « Do not forget to ask for stakeholders' ideas and opinions » (COMMISSION EUROPÉENNE [« Tool #17 »], ch. 1, II) ; WINDHOLZ (2018), p. 192 s.

¹⁴⁵¹ Office fédéral de la justice (*Module « loi »*), ch. 144.

¹⁴⁵² Sur ces diverses typologies, cf. VARONE (1998), p. 33 ss (réf. cit.) ; HALPERN/LASCOUMES/LE GALÈS (dir.) (2014), p. 18 s.

¹⁴⁵³ Sur un recensement des typologies juridiques, cf. VARONE (1998), p. 35 (réf. cit. note 1422).

Nous retiendrons pour notre part une division répondant à la problématique centrale de la légistique – celle de *l'impact des normes et de leur mise en œuvre* – en prenant un premier critère d'*intensité de leur force*, normative ou exécutoire¹⁴⁵⁴ (instruments *impératifs* vs *appréciatifs*¹⁴⁵⁵) que nous croiserons avec un deuxième critère relatif à l'*auteur* (public/privé, pour différencier les instruments unilatéraux des coopératifs) et un troisième relatif à la *mise en œuvre* (pour isoler les instruments visant à orienter directement les groupes-cibles de ceux contribuant à leur mise en œuvre, c'est-à-dire les normes primaires opposées aux normes auxiliaires et aux actes matériels, ainsi que pour mettre en évidence la catégorie des instruments de coordination, où norme et mise en œuvre se confondent).

Cette classification *n'est pas mutuellement exclusive*. Dans la réalité, les différents instruments vont souvent se combiner : une norme impérative peut obliger une autorité à mener des campagnes d'information ou à édicter des codes de déontologie, un acte de planification peut comprendre des normes primaires obligatoires, etc.¹⁴⁵⁶

¹⁴⁵⁴ Sur la distinction entre force normative et exécutoire, cf. ci-dessous ch. 3.6.3.4.

¹⁴⁵⁵ Sur cette distinction, cf. ci-dessous ch. 3.3.2.2b. Lorsqu'elle est *impérative* la force *normative* devient force *obligatoire*; impérative, la force *exécutoire* devient force *contraignante de fait* (cf. ci-dessous ch. 3.6.3.4).

¹⁴⁵⁶ Cf. ci-dessous ch. 3.2.2.2a.

Tableau 3-1 – Panorama des instruments d'action de l'Etat

		Instruments impératifs		Instruments appréciatifs	
		unilatéraux	coopératifs	unilatéraux	coopératifs
Normes primaires		A) Normes primaires obligatoires ¹⁴⁵⁷	B) Normes primaires contractuelles ¹⁴⁵⁸	C) Normes primaires souples ¹⁴⁵⁹	D) Normes primaires d'arrangements informels ¹⁴⁶⁰
Instruments de mise en œuvre	normatifs	E) Normes auxiliaires obligatoires ¹⁴⁶¹	F) Normes auxiliaires contractuelles ¹⁴⁶²	G) Normes auxiliaires souples ¹⁴⁶³	H) Normes auxiliaires d'arrangements informels ¹⁴⁶⁴
	matériels	I) Actes matériels unilatéraux contraignants ¹⁴⁶⁵	J) Actes matériels coopératifs contraignants ¹⁴⁶⁶	K) Actes matériels unilatéraux souples ¹⁴⁶⁷	L) Actes matériels coopératifs souples ¹⁴⁶⁸
Instruments de coordination		M) Actes de coordination unilatéraux obligatoires ¹⁴⁶⁹	N) Actes de coordination coopératifs obligatoires ¹⁴⁷⁰	O) Actes de coordination unilatéraux souples ¹⁴⁷¹	P) Actes de coordination coopératifs souples ¹⁴⁷²

Nous examinerons successivement les instruments *obligatoires* (ch. 3.2), les instruments *non obligatoires* (ch. 3.3), les instruments *coopératifs* (ch. 3.4), les instruments de *coordination* (ch. 3.5) puis les instruments *matériels* (ch. 3.6).

¹⁴⁵⁷ Cf. ci-dessous ch. 3.2.2.2.

¹⁴⁵⁸ Cf. ci-dessous ch. 3.4.2.1.

¹⁴⁵⁹ Cf. ci-dessous ch. 3.3.3.1a.

¹⁴⁶⁰ Cf. ci-dessous ch. 3.4.2.3b.I.

¹⁴⁶¹ Cf. ci-dessous ch. 3.2.2.3.

¹⁴⁶² Cf. ci-dessous ch. 3.4.2.1.

¹⁴⁶³ Cf. ci-dessous ch. 3.3.3.1a.

¹⁴⁶⁴ Cf. ci-dessous ch. 3.4.2.3b.I.

¹⁴⁶⁵ Cf. ci-dessous ch. 3.6.3.4 *if*

¹⁴⁶⁶ Cf. ci-dessous ch. 3.6.3.4 *if*

¹⁴⁶⁷ Cf. ci-dessous ch. 3.6.3.4 *if*

¹⁴⁶⁸ Cf. ci-dessous ch. 3.6.3.4 *if*

¹⁴⁶⁹ Cf. ci-dessous ch. 3.5.1.

¹⁴⁷⁰ Cf. ci-dessous ch. 3.5.1.

¹⁴⁷¹ Cf. ci-dessous ch. 3.5.1.

¹⁴⁷² Cf. ci-dessous ch. 3.5.1.

3.2 Les instruments obligatoires

3.2.1 Introduction

En nous fondant sur le critère de la mise en œuvre, nous analyserons dans ce chapitre les *normes primaires obligatoires* (= A panorama¹⁴⁷³), visant directement les groupes-cibles (ch. 3.2.2.2) ainsi que les *normes auxiliaires obligatoires* (= E panorama), contribuant à mettre en œuvre les précédentes (ch. 3.2.2.3).

Ce faisant, nous n'épuiserons pas la totalité des instruments obligatoires. En effet, outre les normes précédentes, on mentionnera les *normes primaires et auxiliaires contractuelles* (= B et F panorama) que nous étudierons au chapitre des actes coopératifs (ch. 3.4) ainsi que les *actes de coordination unilatéraux et coopératifs obligatoires* (= M et N panorama) que nous examinerons au chapitre des instruments de coordination (ch. 3.5). Dans la mesure où nous comprenons les actes matériels contraignants (= I et J panorama) dans la catégorie plus large des instruments impératifs, nous traiterons ceux-ci au chapitre des actes matériels (ch. 3.6).

3.2.2 Les normes obligatoires

3.2.2.1 Les droits et les obligations

On comprend dans la catégorie des normes obligatoires les *règles de droit* (normes dotées de force obligatoire, générales et abstraites) ainsi que les *décisions administratives* ou *judiciaires* (normes obligatoires individuelles et concrètes).

¹⁴⁷³ On se réfère aux lettres du Tableau 3-1 publié ci-dessus ch. 3.1.4, p. 253, dressant le panorama général des instruments.

Tableau 3-2 – Typologie normative des normes obligatoires¹⁴⁷⁴

Normes obligatoires			
Comportement		Droit	Obligation
		a le droit de/ est autorisé à	doit/ est obligé de/ a l'interdiction de
Accomplissement	faire	– a le droit de faire – autorisation de faire	– doit faire – obligation de faire (obligation positive) – interdiction de ne pas faire (interdiction de refuser)
	ne pas faire	– a le droit de ne pas faire (droit de refuser) – autorisation de ne pas faire (autorisation de refuser)	– doit ne pas faire – obligation de ne pas faire (obligation de refuser) – interdiction de faire
Tolérance	laisser faire	– a le droit de laisser faire – autorisation de laisser faire	– doit laisser faire – obligation de laisser faire – interdiction de ne pas laisser faire (interdiction de s'opposer)

Nous exposons dans un premier temps les normes *primaires* obligatoires (selon la terminologie de Herbert HART¹⁴⁷⁵ [= A panorama¹⁴⁷⁶]), c'est-à-dire celles qui prescrivent directement un comportement à suivre aux groupes-cibles : les droits de faire, de ne pas faire ou de laisser faire (autorisations) et les obligations de faire, de ne pas faire ou de laisser faire (formant la paire avec les interdictions de refuser, de faire et de s'opposer).

Dans un second temps, nous étudierons les normes *auxiliaires* obligatoires (ou *secondaires* selon HART [= E et F panorama]). Les normes obligatoires que les parties génèrent par *contrat* seront examinées spécifiquement dans le contexte des actes coopératifs (= B et F panorama).

¹⁴⁷⁴ Sur l'apport des outils de logique formelle pour l'analyse des formulations normatives, cf. par exemple PAYCHÈRE (1987), p. 334 ss, qui propose d'appliquer le « carré sémiotique » de Greimas aux énoncés juridiques afin de permettre une étude d'oppositions entre concepts, conceptuellement utile pour l'interprétation juridique (doit faire/doit ne pas faire/a droit de faire/a droit de ne pas faire/doit faire ou doit ne pas faire/peut faire et ne pas faire).

¹⁴⁷⁵ Cf. ci-dessous ch. 3.2.2.3.

¹⁴⁷⁶ Cf. ci-dessus Tableau 3-1 – Panorama des instruments d'action de l'Etat, p. 253.

3.2.2.2 *Les normes primaires obligatoires*

a. *La distinction entre instruments d'action et formes juridiques : les combinaisons réciproques*

Il s'agit dans ce contexte de réfléchir en termes d'*instruments d'action normatifs* visant directement les groupes-cibles (autorisation de tatouer ; interdiction pour les voitures Uber d'emprunter les lignes de bus ; obligation d'assurance spécifique pour les véhicules autonomes, obligation d'annonce pour l'exercice d'une activité, etc.) et indirectement seulement en termes de *formes juridiques* (règlement, loi, constitution, traité international, contrat, etc.). Les instruments vont revêtir plusieurs formes possibles. Les droits et les obligations peuvent en effet aussi bien figurer dans une loi formelle, dans un acte réglementaire que dans un contrat par exemple.

En examinant les instruments, on observe en réalité des *combinaisons* diverses. Les configurations possibles sont multiples : la loi peut obliger à instaurer une campagne d'information ; un accord contractuel peut contraindre les parties à se référer à des normes ISO ou à prévoir un label ; un acte de planification peut revêtir le costume de la loi ; une clause législative peut renvoyer à une norme privée ou à un plan, etc.

La question des *formes juridiques* que les instruments auront à revêtir, ainsi que celle des *bases légales* nécessaires le cas échéant (un acte matériel, un outil de mise à l'index ou de benchmarking par exemple doivent-ils se fonder explicitement sur une loi ?), sera traitée dans la phase de légistique formelle, au moment d'aborder le point de l'*emboîtement normatif*¹⁴⁷⁷.

b. *La gouvernance par objectifs vs par prescriptions*

Les objectifs sont des normes qui présentent une nature juridique spécifique dans la mesure où ils obligent par le détour de l'interprétation ou de la pesée d'intérêts :

« Vis-à-vis des individus, les buts, même opérationnels, ne sont jamais obligatoires tels quels. Ils peuvent servir à interpréter des normes conditionnelles, si celles-ci figurent dans la panoplie des moyens mis en place pour les réaliser. Contrairement aux principes, les objectifs ne se traduisent pas en règles au terme du processus de concrétisation et de transformation qu'ils subissent. Ils constituent ainsi une troisième catégorie de normes déontiques, à côté des principes et des règles. »¹⁴⁷⁸

¹⁴⁷⁷ Cf. ci-dessous ch. 5.2.4.2c.

¹⁴⁷⁸ Charles-Albert MORAND, « Les objectifs de la législation : approches diversifiées et complémentaires », in : *Droit prospectif*, n° 39, 1989, p. 854.

Cette spécificité n'altère nullement leur justiciabilité ni leur force obligatoire. Le Tribunal fédéral rappelle que les buts et les principes, dans le droit de l'urbanisme, « posent des critères d'appréciation qui doivent être harmonisés dans chaque cas d'espèce, en considération des intérêts publics et privés en jeu. Cette relativité ne doit pas conduire à remettre en question leur justiciabilité ni leur force obligatoire qui s'adresse en particulier au législateur. »¹⁴⁷⁹

Dans un sens opposé, le Conseil constitutionnel français, plus strict, a pu prononcer l'anticonstitutionnalité de certains objectifs, car « manifestement dépourvus de toute portée normative », à l'exemple de l'article 7 de la loi d'orientation et de programme de l'école selon lequel « l'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves. »¹⁴⁸⁰

Fixer des objectifs et sanctionner les personnes qui ne les atteignent pas obéit à une logique d'*efficacité*, laissant une plus grande souplesse managériale que les règles prescriptives classiques. Ce modèle de gouvernance a rencontré un franc succès depuis sa formalisation au milieu du siècle dernier dans le domaine de la gestion des entreprises. Mise en œuvre au niveau de l'Etat dans le contexte de la nouvelle gestion publique (NGP) (« New Public Management »[NPM])¹⁴⁸¹, la gestion par objectifs s'est développée dans le contexte des sciences de la gestion des entreprises proposé par Peter DRUCKER en 1954 (« système de management par objectifs et par auto-contrôle ») : « Ce système fait du bien commun le but de tous les managers. Il remplace un contrôle extérieur par un contrôle intérieur plus efficace, plus rigoureux et plus exact. »¹⁴⁸²

En droit suisse, on se reportera au nouveau modèle de gestion de l'administration fédérale axé sur les objectifs et les résultats, désormais uniformisé¹⁴⁸³.

Dans le monde anglo-saxon, on oppose en sciences politiques les « prescriptive standards » aux « outcome-orientated standards ». Ces derniers sont divisés en « performance-based standards » s'ils se concentrent sur le produit administratif (« output »), en « process- (or systems or management) based standards » s'ils visent la gestion du processus et en « principle-based standards » si le résultat à atteindre est formulé sous forme de « principes » comme la diversité biologique ou le développement

¹⁴⁷⁹ Tribunal fédéral, arrêt 1C_157/2014 du 4 novembre 2015 in : *ZBI*, 2016, p. 444 ss, c. 3 ; trad. Christine GUY-ECABERT, in : *RDAF* 2017 I, p. 367 s.

¹⁴⁸⁰ Décision n° 2005 – 512 DC, 21 avril 2005, p. 72 du recueil. Pour un commentaire de cette décision, cf. Elise BESSON, « Un pas de plus sur la voie de la sécurité juridique : la reconnaissance de l'exigence constitutionnelle de clarté et de sincérité du débat parlementaire », in : *Revue française de droit constitutionnel*, 2006/2, p. 340 ss.

¹⁴⁸¹ Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.2b.IV. Pour des exemples en droit français, cf. Alain SUPLOT, *La gouvernance par les nombres*, Paris, 2015, p. 228 ss (réf. cit.).

¹⁴⁸² Peter DRUCKER, *La pratique de la direction des entreprises*, Paris, 1957 (traduction), p. 140 et 165 ss, cit. in : SUPLOT (2015), p. 217 s.

¹⁴⁸³ CONSEIL FÉDÉRAL, « Message sur le développement de la gestion administrative axée sur les objectifs et les résultats ; nouveau modèle de gestion de l'administration fédérale (NMG) », in : *FF* 2014 741. Sur les modèles cantonaux, cf. *ibidem* p. 844 ss et 846 ss.

durable par exemple¹⁴⁸⁴. Ce troisième type est le plus proche des objectifs visés par la politique publique dont ils sont l'expression¹⁴⁸⁵.

En théorie du droit, dans un contexte de gouvernance également, Louise LALONDE et Stéphane BERNATCHEZ comprennent, au sein des normes « à exigence de réflexivité », la norme qui « se contente [...] de renvoyer à des objectifs à atteindre, d'indiquer les finalités poursuivies. [...] Il revient au milieu concerné d'élaborer des solutions pour atteindre les buts. »¹⁴⁸⁶

Alain SUPIOT constate que « [l]a fixation d'objectifs s'est répandue depuis une vingtaine d'années dans toutes les branches du droit »¹⁴⁸⁷ : « On demande désormais moins aux hommes d'obéir à des prescriptions que d'atteindre des objectifs dont la réalisation est évaluée au regard d'indicateurs chiffrés », écrit-il¹⁴⁸⁸. D'une « nomocratie » on serait passé à l'ère de la « téléocratie »¹⁴⁸⁹ faisant émerger des *législations finalisées*¹⁴⁹⁰. Alors que la gestion par prescriptions implique de vérifier le respect de règles (opération familière pour les juristes), la gestion par objectifs demande d'évaluer le degré d'atteinte de l'objectif. Pour ce faire, il faut recourir à une série d'indicateurs de mesure faisant la part belle aux critères quantitatifs (moins familiers aux juristes), mais plus faciles à mettre en œuvre en pratique alors qu'ils ne sont pas nécessairement fidèles à la réalité des choses (le recours à la bibliométrie par exemple montre clairement les limites d'une telle approche dans le domaine de la recherche scientifique¹⁴⁹¹).

¹⁴⁸⁴ WINDHOLZ (2018), p. 157 ; Pauline WESTERMAN, *Outsourcing the Law: A Philosophical Perspective on Regulation*, Cheltenham, 2018, p. 3. Pour une analyse de la « performance-based regulation », cf. Cary COGLIANESE, « Performance-based regulation: concepts and challenges », in : Bignami/Zaring (éd.), *Comparative Law and Regulation: Understanding the Global Regulatory Process*, Northampton (MA), 2016, p. 403 ss.

¹⁴⁸⁵ WINDHOLZ (2018), p. 158.

¹⁴⁸⁶ Stéphane BERNATCHEZ, « La pratique de l'opération normative : les conditions de la possibilité de la gouvernance par le droit », in : Lalonde/ Bernatchez, *La norme juridique « reformatée » : Perspectives québécoises des notions de force normative et de sources revisitées*, Sherbrooke, 2016, p. 237.

¹⁴⁸⁷ SUPIOT (2015), p. 219, se référant à Bertrand FAURE (éd.), *Les objectifs dans le droit*, Paris, 2010.

¹⁴⁸⁸ SUPIOT (2015), p. 216.

¹⁴⁸⁹ Cf. ci-dessus ch.1.3.2.2b.IV.

¹⁴⁹⁰ Charles-Albert MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, 1999, p. 78 ss qui en décrit les conséquences sur l'évolution de la nature des normes juridiques mise au service de la réalisation des buts.

¹⁴⁹¹ Margrit SECKELMANN, *Evaluation und Recht*, Tübingen, 2018, p. 12 et p. 223 ss (sur l'évaluation comme « output-Steuerung » et sur les problèmes posés par l'évaluation de la recherche et de la politique scientifique) ; Thierry TANQUEREL/Alexandre FLÜCKIGER (éd.), *L'évaluation de la recherche en droit : Enjeux et méthodes (Assessing Research in Law: Stakes and Methods)*, [s. l.], 2015 ; SUPIOT (2015), p. 247 s., 253 et 261. Sur la limite des critères quantifiés, cf. ci-dessous ch. 4.4.2.2.

La place des *statistiques* et la question de leur *force probante* prend une place essentielle dans la mise en œuvre des lois finalisées selon le Tribunal fédéral : s'il n'était pas possible d'aboutir à une preuve juridique sur le fondement de statistiques, fussent-elles teintées d'incertitudes, il ne serait pas cohérent que le législateur fixe des objectifs reposant sur des statistiques, puisqu'il serait alors juridiquement impossible d'atteindre l'objectif quantifié¹⁴⁹². Les chiffres utilisés pour évaluer le résultat sont dotés en quelque sorte d'un effet normatif alors que, dans le système de gouvernance par prescriptions, les règles seules déploient un tel effet¹⁴⁹³.

Ce mode de faire peut poser problème en rapport avec le principe de la légalité notamment¹⁴⁹⁴. Cette « gouvernance par les nombres », selon l'expression critique d'Alain SUPLOT, devrait être soumise à un « bon usage » en assujettissant les nombres ainsi dotés d'un pouvoir normatif aux mêmes exigences démocratiques et juridiques que les mots dans la gouvernance par les règles :

« Le bon usage de la quantification suppose donc un sens de la mesure, que le droit peut contribuer à maintenir ou à restaurer, en imposant le respect du principe du contradictoire dans l'élaboration et l'interprétation des nombres affectés d'une force normative. »¹⁴⁹⁵

Avec le recul, les recherches empiriques ont cependant montré les *limites de la gouvernance par objectifs*. Celle-ci ne l'emporte pas nécessairement sur la gouvernance prescriptive, en particulier lorsque les résultats ne peuvent pas être définis, mesurés ou surveillés de manière adéquate¹⁴⁹⁶.

¹⁴⁹² A propos des objectifs de réduction des gaz à effet de serre dans la loi sur le CO₂ : « Somit ist es grundsätzlich möglich, einen rechtlichen Beweis anhand von Statistiken zu erbringen, auch wenn mit ihnen gewisse Unsicherheiten verbunden sind. Andernfalls wäre es nicht sinnvoll, in Gesetzen Zielvorgaben festzuhalten, die auf Statistiken beruhen, weil das Erreichen der quantifizierten Zielvorgabe rechtlich nicht zu belegen wäre. Das Parlament hat sich bei der Zielsetzung von Art. 3 CO₂ -Gesetz bewusst auf Zahlen abgestützt, die sich nur aus Statistiken ermitteln lassen und hat die damit verbundenen Unsicherheiten in Kauf genommen. » (Tribunal fédéral, arrêt 2C_1065/2015 du 15 septembre 2016, c. 5.1.)

¹⁴⁹³ SUPLOT (2015), p. 247.

¹⁴⁹⁴ FLÜCKIGER (2004), p. 262 ss ; Ulrich SCHNEIDER, *Legalitätsprinzip und finales Recht: ein Beitrag zur Diskussion über das New Public Management in der Schweiz*, Berne, 2001 ; Pierre ISSALYS, *Répartir les normes : le choix entre les formes d'action étatique*, Québec, 2000, p. 94 s.

¹⁴⁹⁵ SUPLOT (2015), p. 411.

¹⁴⁹⁶ Cary COGLIANESE, « The Limits of Performance-Based Regulation », in : *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 50, iss. 3, 2017, p. 525 ss, recense les limites suivantes d'une telle gouvernance : elle ne diminue pas les conflits, elle peut être utilisée plus facilement de manière abusive (« teaching to the test ») et peut rester trop étroitement attachée aux buts visés sans vision plus globale (« tunnel vision ») ; YEUNG (2018), p. 510, rappelant les limites de l'« outcome-based regulation » dans le contexte

3.2.2.3 *Les normes auxiliaires obligatoires*

L'ordre juridique comprend également des normes qui viennent appuyer la reconnaissance, la genèse, l'évolution, la mise en œuvre et l'évaluation des normes primaires. Herbert HART les qualifiait de secondaires ; on les nommera plutôt *auxiliaires*, pour mieux mettre en évidence le fait qu'il ne s'agit pas nécessairement de dispositions mineures, mais de normes qui, ne visant souvent qu'indirectement le comportement des groupes-cibles, se rapportent aux règles primaires à titre instrumental¹⁴⁹⁷, c'est-à-dire de règles qui les secondent, si l'on veut reprendre l'esprit de l'adjectif hartien (exemple typique : les règles de procédure).

En droit suisse, on ne les confondra ainsi pas avec les « normes secondaires » contenues dans les *ordonnances d'exécution* adoptées par le gouvernement, c'est-à-dire les règles peu importantes qui se limitent à préciser les contours de la loi au sens formel et qui n'ont pas besoin d'y figurer¹⁴⁹⁸. Si des normes secondaires au sens de HART devaient revêtir une très grande importance (par exemple des sanctions pénales), elles seront considérées comme des règles primaires au sens du droit public suisse.

Cette distinction revêt tout son sens dans la perspective instrumentale de la légistique orientée autour de l'impact, permettant une *réflexion en deux temps*. Tout d'abord une recherche focalisée sur les instruments normatifs visant directement les *groupes-cibles* (normes primaires) puis une exploration des instruments normatifs nécessaires à la genèse ou à la mise en œuvre des premiers et qui s'adressent essentiellement aux *acteurs de mise en œuvre* (normes

de la régulation algorithmique ; WINDHOLZ (2018), p. 159, se référant à Sharon GILAD, « Process-Oriented Regulation: Conceptualization and Assessment », in : Levi-Faur (éd.), *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham, 2011, p. 423 et 432 ; Julia BLACK, « The rise, fall and fate of principles-based regulation », in : Kern/Niamh, (éd.), *Law Reform and Financial Markets*, Cheltenham, 2011, p. 3 ss.

Sur un constat mitigé de la *nouvelle gestion publique* (NPM) en Suisse, cf. Sonia WEIL, *25 Jahre New Public Management in der Schweiz: Zehn Gestalter erzählen*, Lausanne, 2017, qui conclut à la nécessité dans le futur d'une plus grande souplesse et réactivité dans la gestion : « Für die Verwaltung der Zukunft braucht es ein stetigeres, alerteres und resilienteres Veränderungsmanagement. Private Unternehmen würden ohne interne Research & Development-Funktion Mühe haben, erfolgreich auf dem Markt zu bestehen. Der öffentliche Bereich benötigt ebenso eine institutionelle Radar-, Innovations- und Veränderungsfunktion, um seine eigene Fitness laufend zu erhalten. » (p. 103).

¹⁴⁹⁷ Pour une définition en ce sens, cf. François OST, *A quoi sert le droit ?*, Bruxelles, 2016, p. 173 qui se réfère par ailleurs à HART : les règles secondaires sont celles « qui se rapportent aux règles primaires elles-mêmes ».

¹⁴⁹⁸ Au sujet des « normes secondaires » comprises dans ce sens, cf. Pierre MOOR/Alexandre FLÜCKIGER/Vincent MARTENET, *Droit administratif*, vol. 1 : Les fondements, 3^e éd., Berne, 2012, p. 244 ss. Cf. ég. Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I : L'Etat, 3^e éd., Berne, 2013, p. 540 ss.

auxiliaires). On précise « essentiellement », car si de nombreuses normes auxiliaires ne visent qu'indirectement les groupes-cibles (normes d'organisation ou de compétence par exemple), d'autres visent directement à orienter le comportement des groupes-cibles, à l'instar des règles de sanction ou de responsabilité.

La distinction entre normes primaires et secondaires, si elle a été proposée par Herbert HART et précisée par Norberto BOBBIO, se retrouve chez Léon DUGUIT qui distinguait entre les « règles de droit normatives ou règles de droit proprement dit » et les « règles de droit constructives ou techniques qui sont établies pour assurer, dans la mesure du possible, le respect et l'application des règles de droit normatives »¹⁴⁹⁹. Pour HART, les règles primaires « prescrivent à des êtres humains d'accomplir ou de s'abstenir de certains comportements, qu'ils le veuillent ou non » ; les autres étant « en un certain sens, parasites ou secondaires par rapport aux premières ; elles veillent en effet à ce que les êtres humains puissent, en accomplissant certains actes ou en prononçant certaines paroles, introduire de nouvelles règles de type primaire, en abroger ou modifier d'anciennes, ou, de différentes façons, déterminer leur incidence ou contrôler leur mise en œuvre. »¹⁵⁰⁰ Cet auteur distingue ainsi *trois types de règles secondaires* : les règles de *reconnaissance* (« rules of recognition ») permettant de savoir parmi la pluralité des normes quelles sont celles qui ont un caractère juridique ; les règles de *changement* (« rules of change ») permettant de savoir qui est habilité à adopter, abroger et réviser les règles et par quels mécanismes il faut procéder ; les règles d'*arbitrage* (« rules of adjudication ») permettant de savoir qui est habilité à juger, si une règle primaire est transgressée, quelle procédure il faut suivre dans ce cas et quelles sanctions en découlent¹⁵⁰¹.

François OST, estimant la classification hartienne « assez sommaire » en ce qu'elle « ne prend pas encore l'exacte mesure du domaine couvert par les règles secondaires »¹⁵⁰² propose une analyse plus fine de ces dernières¹⁵⁰³ dont l'importance quantitative dans le corpus juridique l'emporte de loin sur celle des règles primaires, plus rares¹⁵⁰⁴. Le Code pénal offre, sur ce dernier point, un exemple presque caricatural puisque les règles primaires de comportements prohibés ne sont pas explicites : « Il n'existe pas de règles de droit interdisant le meurtre ; il existe seulement une règle de droit qui enjoint aux autorités d'appliquer, dans certaines circonstances, certaines sanctions à ceux qui commettent un meurtre. »¹⁵⁰⁵

Parmi les normes secondaires, celles de *mise en œuvre* (qui s'inscrivent *grosso modo* dans l'esprit des règles secondaires d'arbitrage selon la classification de

¹⁴⁹⁹ Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., t. 1, Paris, 1927, p. 106, cit. in : OST (2016), p. 171.

¹⁵⁰⁰ Herbert L. A. HART, *Le concept de droit* (trad. Michel VAN DE KERCHOVE), Bruxelles, 1994 (1^{re} parution en 1961 sous le titre *The Concept of Law*), p. 105.

¹⁵⁰¹ HART (1994), p. 120 ss.

¹⁵⁰² OST (2016), p. 175.

¹⁵⁰³ OST (2016), p. 177 ss et 181 ss (en cinq élargissements).

¹⁵⁰⁴ OST (2016), p. 177 ss (179 et 181), analysant les 515 articles de la partie consacrée aux personnes dans le Code civil belge.

¹⁵⁰⁵ HART (1994), p. 54.

HART ou dans celles des règles de droit « constructives ou techniques » selon DUGUIT) sont de loin les plus nombreuses.

On soulignera que les normes auxiliaires sont à distinguer des actes *matériels* qui servent à la mise en œuvre concrète sur lesquels nous reviendrons¹⁵⁰⁶.

Les normes énonçant la mise en place par les acteurs de dispositifs ou de processus, par exemple l'instauration de politiques organisationnelles ou des mécanismes de prévention d'atteintes, à l'instar de l'obligation de créer dans les entreprises des mécanismes de gestion du harcèlement psychologique dans un cadre de médiation, sont qualifiées de *normes à exigence de réflexivité* par Louise LALONDE et Stéphane BERNATCHEZ¹⁵⁰⁷.

Au même titre que les normes primaires, les normes auxiliaires peuvent être *générales et abstraites* (code de procédure pénale) ou *individuelles et concrètes* (décision de refoulement), revêtir un caractère *obligatoire* (= E et F panorama¹⁵⁰⁸) ou *recommandationnel* (= G et H panorama)¹⁵⁰⁹, être *unilatérales* (= E et G panorama) ou *coopératives* (normes auxiliaires contractuelles et d'arrangements informels [= F et H panorama])¹⁵¹⁰.

Exemples de normes auxiliaires obligatoires :

- normes d'organisation et de compétence (tribunal spécialisé, haute autorité, comité, commission, bureau, etc.) ;
- normes de procédure et de fonctionnement (civile, pénale, administrative¹⁵¹¹ ; recours, qualité pour agir¹⁵¹², preuve, coordination de procédures, collaboration, etc.) ;
- normes de sanctions (pénales, administratives, civiles) et de responsabilité (civile ou contractuelle)¹⁵¹³ ;
- normes de surveillance, de contrôle, d'assistance, d'entraide administrative ou pénale, etc. ;
- bases légales relatives aux actes matériels de mise en œuvre¹⁵¹⁴ ;
- normes définitives.

Les règles de *changement*, dans la classification hartienne, comprennent l'ensemble des instruments normatifs permettant la genèse et l'évolution des

¹⁵⁰⁶ Cf. ci-dessous ch. 3.6.

¹⁵⁰⁷ BERNATCHEZ (2016), p. 236.

¹⁵⁰⁸ Cf. ci-dessus Tableau 3-1 – Panorama des instruments d'action de l'Etat, p. 253.

¹⁵⁰⁹ Cf. ci-dessous ch. 3.3.

¹⁵¹⁰ Cf. ci-dessous ch. 3.4.

¹⁵¹¹ François OST comprend les procédures administratives conduisant à des actes individuels parmi les règles de changement et assimile l'action réglementaire de l'administration à la fonction légiférante du parlement (OST [2016], p. 183).

¹⁵¹² François OST comprend l'habilitation des particuliers à ester en justice au sein des règles de changement (OST [2016], p. 182).

¹⁵¹³ Sur les normes primaires dépourvues de sanctions qui peuvent malgré tout déployer un effet par leur caractère symbolique, cf. ci-dessus ch.2.1.2.1c.

¹⁵¹⁴ Cf. ci-dessous ch. 3.6.3.

règles de droit (adoption, révision, abrogation). Elles seront surtout examinées dans la phase ultérieure de la légistique formelle (emboîtement normatif temporel en particulier)¹⁵¹⁵. François OST propose à juste titre de les étendre aux personnes privées¹⁵¹⁶, dans le sillage de HART lui-même par ailleurs, montrant que conclure un contrat c'est exercer des « pouvoirs législatifs limités » :

« Une grande partie des traits qui nous déconcertent dans les institutions du contrat ou de la propriété, se trouvent éclairés par l'idée que les activités qui consistent dans la passation d'un contrat ou dans un transfert de propriété constituent l'exercice par les individus de pouvoirs législatifs limités. »¹⁵¹⁷

Nous traiterons ce type de règles au chapitre des instruments normatifs coopératifs (autorégulation¹⁵¹⁸, normes corporatives¹⁵¹⁹).

Les règles de *reconnaissance* du caractère juridique seront quant à elles évoquées à plusieurs reprises dans le cadre des autres instruments d'action (*clauses d'impérativité* relatives aux instruments normatifs incitatifs¹⁵²⁰, aux actes de planification¹⁵²¹ ou aux actes normatifs coopératifs¹⁵²²).

3.2.2.4 Les normes dynamiques automatisées : vers des lois personnalisées dans le monde de la législation digitale

De manière prospective, certaines voix imaginent profiter du potentiel offert par l'intelligence artificielle combinée à la massification des données (« big data ») pour remplacer les règles statiques actuelles par des règles de droit dynamiques et taillées sur mesure¹⁵²³. Celles-ci s'adaptent en permanence au contexte spécifique de leurs destinataires en fonction de leur localisation géographique, de leur situation personnelle présente, passée ou prévisible et leur adresserait en temps réel des ordres spécifiques et personnalisés.

Antoine GARAPON et Jean LASSÈGUE prennent l'exemple de la circulation routière du futur pour illustrer ce type de règles avant-gardistes qui brouillent la distinction entre normes générales et abstraites et individuelles et concrètes, menant à des *lois personnalisées*¹⁵²⁴. Celles-ci vont générer à l'attention de leurs destinataires

¹⁵¹⁵ Cf. ci-dessous ch. 5.2.4.2c.III.

¹⁵¹⁶ OST (2016), p. 175 et 181 ss.

¹⁵¹⁷ HART (1994), p. 122.

¹⁵¹⁸ OST (2016), p. 182.

¹⁵¹⁹ OST (2016), p. 183.

¹⁵²⁰ Cf. ci-dessous ch. 3.3.5.3b et 3.3.5.3c.

¹⁵²¹ Cf. ci-dessous ch. 3.5.2.5b.

¹⁵²² Cf. ci-dessous ch. 3.4.4.4b.II et 3.4.4.4b.III.

¹⁵²³ MCGINNIS/WASICK (2015).

¹⁵²⁴ GARAPON/LASSÈGUE (2018), p. 245.

des « micro-directives » variables en fonction du temps et de l'espace, selon l'expression d'Anthony Joseph CASEY et d'Anthony NIBLETT, qui prédisent une loi automotrice (« The law will become < self-driving > ») s'exécutant automatiquement¹⁵²⁵.

« When an individual citizen faces a legal choice, the machine will select from the catalog and communicate to that individual the precise context-specific command (the micro-directive) necessary for compliance. In this way, law will be able to adapt to a wide array of situations and direct precise citizen behavior without further legislative or judicial action. »¹⁵²⁶

Au lieu d'appliquer une limitation de vitesse égale pour tous, les normes dynamiques automatisées adresseront en temps réel un ordre propre à chaque automobiliste indiquant la vitesse à respecter en fonction de la localisation, de l'heure de la journée, de l'état de la chaussée, de l'état de fatigue ou de l'expérience du conducteur, etc.¹⁵²⁷ On peut extrapoler l'exemple au droit médical où chaque chirurgien recevrait avant d'opérer une micro-directive personnalisée de son assurance en responsabilité civile¹⁵²⁸.

Fusionnant la norme (primaire ou auxiliaire) et sa mise en œuvre, de telles normes dynamiques pourront faire l'objet de *sanctions automatisées* (débit direct sur le compte personnel du pilote en cas de contravention pour excès de vitesse), être appliquées par des *mesures préventives techno-régulatoires* (vitesse du véhicule fixée directement à distance en continu)¹⁵²⁹ ou être exécutées plus souplement dans des *environnements comportementaux incitatifs* appelés à devenir dynamiques (*hypernudges*)¹⁵³⁰ (mélodie d'avertissement devenant progressivement désagréable en cas de non-respect des micro-directives) ; le tout complété le cas échéant par une procédure de résolution des conflits en ligne¹⁵³¹.

Et si de telles normes, sur le temps court, s'ajustent à leurs destinataires, pourquoi ne s'adaptent-elles pas elles-mêmes automatiquement sur le temps long aux nouvelles tendances du monde en fonction de l'évolution des circonstances et de la société sans que le législateur ait à intervenir ? Certains auteurs spéculent de la sorte sur des *règles dynamiques* auto-révisables palliant les rigidités de la procédure législative (« dynamic rules »)¹⁵³².

¹⁵²⁵ Anthony Joseph CASEY/Anthony NIBLETT, *Self-Driving Laws* (juin 2016), publié sur SSRN.

¹⁵²⁶ Anthony Joseph CASEY/Anthony NIBLETT, « The Death of Rules and Standards », *Indiana Law Journal*, Vol. 92/4, 2017, abstract.

¹⁵²⁷ GARAPON/LASSÈGUE (2018), p. 246 ss (critiques face à cette perspective).

¹⁵²⁸ GARAPON/LASSÈGUE (2018), p. 247.

¹⁵²⁹ Cf. ci-dessous ch. 3.6.4.2.

¹⁵³⁰ Cf. ce concept proposé par YEUNG (2017) ci-dessous ch. 3.6.4.3 note 2485.

¹⁵³¹ GARAPON/LASSÈGUE (2018), p. 204.

¹⁵³² Cf. MCGINNIS/WASICK (2015) cit. ci-dessus ch. 1.3.2.2b.VI note 380.

Les distinctions opérées par HART entre normes primaires et auxiliaires que nous venons d'exposer ci-dessus¹⁵³³ se confondraient alors définitivement dans un tel univers numérique où le politique risque d'être définitivement mis hors jeu, la sphère privée sérieusement atteinte et l'injustice surgir par excès d'effectivité¹⁵³⁴.

3.2.3 Le cas des instruments économiques

Les instruments économiques destinés à orienter le comportement des groupes cibles (hors sanctions pécuniaires) sont souvent présentés dans le contexte de la gouvernance et des politiques publiques comme des instruments *incitatifs* qu'il s'agirait d'opposer aux instruments *obligatoires* opérant par ordre et commandements¹⁵³⁵. Ils n'interdisent ni n'obligent en effet les groupes-cibles à adopter le comportement désiré par une contrainte juridique directe.

Pourtant la *contrainte* est bien présente. De nature économique, elle peut se révéler d'une part plus persuasive dans les faits qu'une sanction juridique ; d'autre part, la sanction pécuniaire, qu'elle soit juridique ou économique, opère de manière semblable sur l'orientation des comportements.

Les utilitaristes considérant que le respect des lois relève d'une analyse coût-bénéfice¹⁵³⁶ (« theory of efficient breach »)¹⁵³⁷ envisagent une amende comme un prix (« a fine is a price »)¹⁵³⁸. Inversement, les parents d'une famille nombreuse peuvent aisément percevoir un prix (par exemple la taxe par sac-poubelle – qui doit avoir un « effet incitatif » selon le Tribunal fédéral, incitant au tri sélectif des déchets¹⁵³⁹) comme une véritable amende, en particulier si leurs enfants portent encore des couches-culottes.

¹⁵³³ Cf. ci-dessus ch. 3.2.2.3.

¹⁵³⁴ Sur les dangers de l'effectivisme, cf. ci-dessous ch. 6.1.3.3.

¹⁵³⁵ Un exemple illustratif parmi de nombreux : « les pouvoirs publics disposent d'une large palette d'instruments. Si la réglementation constitue un instrument classique, qui vise à contraindre le comportement des pollueurs, les instruments économiques s'appuient sur une approche incitative pour favoriser les comportements plus vertueux. » (Christophe WENDLING, « Les instruments économiques au service des politiques environnementales », in : *Economie & prévision*, 2008/1, p. 147).

¹⁵³⁶ Gary Stanley BECKER, *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago, 1976 (en particulier le chapitre 4 : « Crime and Punishment: An Economic Approach »).

¹⁵³⁷ Bernard RUDDEN/Philippe JUILHARD, « La théorie de la violation efficace », in : *Revue internationale de droit comparé*, vol. 38, n° 4, octobre-décembre 1986, p. 1015 ss sur la théorie de la violation efficiente du contrat incitant une partie à rompre ses engagements lorsque cela lui est profitable économiquement. Cf. ég. Ejan MACKAAY/Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Paris, 2008, p. 437.

¹⁵³⁸ Uri GNEEZY/Aldo RUSTICHINI, « A Fine Is a Price », in : *The Journal of Legal Studies*, 29, n° 1 (January 2000), p. 1 ss.

¹⁵³⁹ ATF 137 I 257, c. 6.1.1.

On n’escamotera pas non plus le fait que l’introduction d’instruments économiques nécessite des règles étatiques fortes, en particulier des bases légales et des contrôles administratifs, voire policiers, pour s’assurer de la mise en œuvre de tels dispositifs.

L’analyse de ces moyens en termes légistiques peut être faite sous trois différents angles : celui des *instruments obligatoires* en raison des bases légales très strictes qu’ils exigent, celui des *actes non obligatoires* – s’agissant des instruments qui instaurent de simples incitations financières pour favoriser l’accomplissement d’une tâche recommandée – ou encore celui des *actes matériels* de mise en œuvre si l’on analyse la prestation finale (paiement). Dans la mesure où les instruments économiques ne prescrivent que de manière indirecte un comportement à suivre, ils sont à considérer comme des instruments *de mise en œuvre* (actes normatifs ou actes matériels).

L’instauration d’une taxe par sac-poubelle contribue à mettre en œuvre la recommandation de trier ses déchets ménagers ; la création d’un marché de permis négociables celle de l’obligation de diminuer les émissions de gaz à effet de serre ; etc.

Si l’on examine dans quelle mesure les instruments économiques doivent être *prévus dans et/ou par la loi*, il faut distinguer selon les différents instruments.

Les mesures *fiscales* tout d’abord ne peuvent ainsi être instaurées que si elles reposent sur une base légale. Les exigences peuvent être réduites si elles appartiennent à la catégorie de la *fiscalité incitatrice*. En effet, alors que le fisc est un outil principalement destiné à procurer les ressources nécessaires au financement des activités de l’Etat, les contributions publiques peuvent également être mises à profit pour orienter le comportement des contribuables¹⁵⁴⁰, soit à titre principal à l’instar des *impôts d’orientation*¹⁵⁴¹ et des *taxes causales d’orientation*¹⁵⁴², soit à titre exclusif, à l’exemple des pures *taxes d’incitation* dont le produit est intégralement reversé à la population¹⁵⁴³.

La création de *marchés*, de *places d’échanges* ou l’attribution de *droits de propriété* nécessite de créer des bases légales ainsi qu’un dispositif effectif de

¹⁵⁴⁰ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 708 s. ; Jacques DUBEY/Jean-Baptiste ZUFFEREY, *Droit administratif général*, Bâle, 2014, p. 648 s., n^{os} 1837 et 1842 ; Thierry TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, Genève, 2018, n^o 233ss ; Xavier OBERSON, *Les taxes d’orientation – Nature juridique et constitutionnalité*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1991.

¹⁵⁴¹ Par exemple la taxes sur les boissons alcooliques pour autant que le montant soit dissuasif (RDAF 2010 II 401, p. 414 s.).

¹⁵⁴² Par exemple la taxe visant à limiter la construction de résidences secondaires (ATF 136 I 142, p. 146) ou la taxe d’atterrissage dépendante des émissions (ATF 125 I 182, p. 194).

¹⁵⁴³ Par exemple la taxe sur les composés organiques volatiles (art. 35a loi fédérale sur la protection de l’environnement [LPE, RS 814.01]).

concrétisation, d'application et de contrôle. La question a été mise à l'agenda en matière d'*environnement* (protection de l'air¹⁵⁴⁴ ; échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre¹⁵⁴⁵ ou de pêche¹⁵⁴⁶) et a été suggérée en matière de *protection des données personnelles* (droit de propriété sur les données personnelles)¹⁵⁴⁷. De telles mesures doivent être distinguées des moyens de nature fiscale, comme l'a jugé le Tribunal fédéral à propos des droits d'émission de gaz à effet de serre¹⁵⁴⁸.

Certains politologues remettent au premier rang les *droits de propriété* en reléguant la question des instruments au second plan dans la mesure où les contraintes exercées par les premiers seraient à l'origine des seconds et détermineraient leur choix¹⁵⁴⁹.

Quant à la création non pas de marchés mais de *monopoles de droit étatiques* et d'outils en relation (*concessions, planifications*¹⁵⁵⁰), les exigences en termes de légalité et de constitutionalité sont accrues¹⁵⁵¹.

¹⁵⁴⁴ Thierry LARGEY, *Le statut juridique de l'air : fondements d'une théorie de l'air en tant que chose commune, en droit suisse et international*, Berne, 2017.

¹⁵⁴⁵ Art. 15 ss LCO₂ (RS 641.71). On notera que le Conseil fédéral doit régler les modalités d'attribution des droits d'émission « en tenant compte des réglementations internationales comparables » (art. 19 al. 3 LCO₂), visant en particulier le système européen (cf. VAN WAEYENBERGE Arnaud, « Lutter contre le réchauffement climatique : le cas des marchés du carbone », in : Bricteux/Frydman (dir.), *Les défis du droit global*, Bruxelles, 2018, p. 117 ss, 130 ss) ; Anne PETITPIERRE-SAUVAIN, « Les instruments économiques dans le protocole de Kyoto : L'instauration d'un marché des droits d'émission », in : *DEP*, 1.2 (cahier spécial : séminaire), 2007, p. 95 s.

¹⁵⁴⁶ Anne PETITPIERRE-SAUVAIN, *Droit de l'environnement : vers un droit économique au service de l'environnement*, Genève, 2012, p. 183 s.

¹⁵⁴⁷ S'agissant du droit de propriété sur les données personnelles, cf. Alexandre FLÜCKIGER, « L'autodétermination en matière de données personnelles : un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété ? », in : *Pratique juridique actuelle (PJA)*, n° 6, 2013, p. 861.

¹⁵⁴⁸ Tribunal fédéral, arrêt 2_C8/2016 du 17 octobre 2016, c. 6.1.

¹⁵⁴⁹ Frédéric VARONE/Stéphane NAHRATH, « Regulating the use of natural resources: When policy instruments meet property rights », in : Halpern/Lascoumes/Le Galès (dir.), *L'instrumentation de l'action publique. Controverses, résistances, effets*, Paris, 2014, p. 237, Cf. ég. Peter KNOEPFEL, *Les ressources d'action publique : vers une nouvelle lecture du pouvoir*, Zurich, 2017.

¹⁵⁵⁰ Cf. par exemple la planification des zones d'apport des déchets urbains dans les plans de gestion des déchets (art. 4 OLED) ; Cf. ég. l'arrêt VB.2014.00291 du 9 décembre 2014 du Tribunal administratif de Zurich, commenté in : *DEP*, 3, 2015, p. 261 ss ; pour une définition de la planification, cf. Alexandre FLÜCKIGER, *Le régime juridique des plans : l'exemple du plan de gestion des déchets*, Berne, 1996, ch. 1.1.

¹⁵⁵¹ Cf. DUBEY/ZUFFEREY (2014), p. 488 ss, n° 1380 ss ; TANQUEREL (2018), p. 351 ss, n° 1029 ss ; Blaise KNAPP, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., 1991, Bâle, p. 294 ss, n° 1395 ss.

Les mesures économiques permettent également de guider le comportement des destinataires sous forme d'*avantage économique*¹⁵⁵². Les mesures de *subventionnement* sont ainsi des prestations en argent allouées par la collectivité publique à des personnes ou autorités tierces afin de favoriser l'accomplissement d'une tâche d'intérêt public. Le principe de la base légale s'applique également mais de manière différenciée¹⁵⁵³. En particulier, l'aide financière apportée au secteur privé « aux fins d'assurer ou de promouvoir la réalisation d'une tâche que l'allocataire a décidé d'assumer »¹⁵⁵⁴ requiert une base légale lorsqu'elle constitue l'un des moyens d'une véritable politique publique¹⁵⁵⁵. Elles peuvent être octroyées sous de multiples formes en droit fédéral (décision, contrat de droit public, conventions-programmes ou informellement [« sans décision ou contrat formels »])¹⁵⁵⁶.

Les instruments économiques ne sont cependant pas tous de nature obligatoire et étatique. Il peuvent être de nature *privée* ou *concertée*, à l'instar des labels¹⁵⁵⁷ ou des normes de management environnemental (normes ISO 14001)¹⁵⁵⁸.

Enfin, de manière plus large, on relèvera que le *budget* joue un rôle souvent sous-estimé d'instrument de pilotage des politiques publiques¹⁵⁵⁹.

¹⁵⁵² Cf. l'expression de « sanction positive » in : Romain CUTTAT, « Pourquoi la sanction ? », in : *Jusletter*, 26 février 2018, § 38 (réf. cit.).

¹⁵⁵³ Etienne POLTIER, « Les subventions », in : Lienhard (éd.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, vol. X (Finanzrecht), Bâle, 2011, p. 343 ss ; DUBEY/ZUFFEREY (2014), p. 477 ss, n° 1354 ss ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 715 ss.

¹⁵⁵⁴ *Aides financières* au sens de l'art. 3 al. 1^{er} LSu (RS 616.1) sur le plan fédéral, à distinguer des *indemnités* destinées à soutenir l'accomplissement de tâches prescrites par le droit fédéral ou déléguées par la Confédération (art. 3 al. 2 LSu).

¹⁵⁵⁵ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 718.

¹⁵⁵⁶ Art. 16 LSu.

¹⁵⁵⁷ Cf. ci-dessous ch. 3.3.3.3c.

¹⁵⁵⁸ Cf. ci-dessous ch. 3.4.3.2b et réf. cit. à la note de bas de page 1988.

¹⁵⁵⁹ Benjamin SCHINDLER, *Verwaltungsmessen: Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz*, Zurich/Saint-Gall, 2010, p. 270 (réf. cit.).

3.3 Les instruments non obligatoires

3.3.1 Introduction

Nous avons décrit plus haut la prise de conscience du pluralisme normatif. L'essor des instruments unilatéraux non obligatoires en témoigne. La littérature sur le sujet est devenue foisonnante¹⁵⁶⁰. Nous débiterons leur examen par en retracer l'*origine* et en préciser la *définition* (ch. 3.3.2). Dans la perspective légistique du choix des instruments qui anime ce livre, nous illustrerons le sujet par de *nombreux exemples* afin de donner le plus d'idées possibles aux légistes dans la construction de leur scénario réglementaire (ch. 3.3.3). Nous poursuivrons par l'exposé de leurs *fonctions* (ch. 3.3.4) et la question de leur *effectivité* (ch. 3.3.5) avant de clore sur la question de leur *légitimité* (ch. 3.3.6).

¹⁵⁶⁰ Quelques titres choisis : Sarah CASSELLA/Valérie LASSERRE/Benoît LECOURT, *Le droit souple démasqué : articulation des normes privées, publiques et internationales*, Paris, 2018 ; Pascale DEUMIER/Jean-Marc SOREL (éd.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne européen et international*, Issy-les-Moulineaux, 2018 ; Mihaela AILINCAI, « La soft law est-elle l'avenir des droits fondamentaux ? », in : *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, 2017, chronique n° 20 ; Mihaela AILINCAI (dir.), *Soft law et droits fondamentaux : actes du colloque de Grenoble, 4 et 5 février 2016*, Paris, 2017 ; Stéphanie LAGOUTTE/Thomas GAMMELTOFT-HANSEN/John CERONE, *Tracing the roles of soft law in human rights*, Oxford, 2016 ; Isabelle HACHEZ *et al.* (éd.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 4 (Théorie des sources du droit), Limal, 2012, chap. II ; CONSEIL D'ETAT FRANÇAIS, *Le droit souple : Etude annuelle 2013* ; Joost PAUWELYN/Ramses A. WESSEL/Jan WOUTERS (éd.), *Informal international law-making*, Oxford, 2012 ; Anne PETERS, « Soft Law as a New Mode of Governance », in : Diedrichs/Reiners/Wessels (éd.), *The Dynamics of Change in EU Governance*, Cheltenham/Northampton, 2011, p. 21 ss ; Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, « Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity », in : *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, p. 1 ss ; Françoise TULKENS/Sébastien VAN DROOGHENBROECK, « Le soft law des droits de l'homme est-il vraiment si soft ? Les développements de la pratique interprétative récente de la Cour européenne des droits de l'homme », in : *Liber amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, 2008, p. 505 ss ; Isabelle DUPLESSIS, « Le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international », in : *Revue québécoise de droit international*, hors-série avril 2007, 1^{er} avril 2008, p. 245 ss ; Catherine THIBIERGE, « Le droit souple : réflexion sur les textures du droit », in : *RTDCiv*, 2003, p. 599 ss ; Michèle OLIVIER, « The Relevance of < Soft Law > as a Source of International Human Rights », in : *Comparative and International Law Journal of South Africa*, vol. 35, n° 2, 2002, p. 289 ss ; Dinah SHELTON, *Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System*, Oxford etc., 2000. Cf. ég. la bibliographie in : MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 401 ss.

3.3.2 L'origine et les caractéristiques du droit souple

3.3.2.1 L'origine

Cette voie souple et douce pour orienter le comportement de nos semblables n'est assurément pas nouvelle. On la retrouve déjà évoquée à l'Epoque moderne en 1820 par l'essayiste et homme politique français d'origine lausannoise, Benjamin CONSTANT, au sujet de la « nature des moyens que l'autorité peut employer » en plus de la « loi » et de l'« arbitraire » :

« Quelques écrivains cependant lui en attribuent une troisième espèce. Ils nous parlent sans cesse d'une action douce, adroite, indirecte sur l'opinion. Créer l'opinion, régénérer l'opinion, éclairer l'opinion, sont des mots que nous rencontrons à chaque page comme attributions du gouvernement, dans toutes les brochures, dans tous les livres, dans tous les projets de politique, et durant la révolution française, nous les rencontrons dans tous les actes de l'autorité. »¹⁵⁶¹ Sans avoir trouvé à quels écrits il était fait allusion, il n'est pas exclu qu'il s'agisse notamment du concept de *législation indirecte* de Jeremy BENTHAM¹⁵⁶².

En 1848, le juriste et homme politique français Joannis FERROUILLAT, dans son rapport au Comité du travail de la Constituante dans lequel le nouveau programme de la prévoyance sociale est élaboré, confère à l'Etat un rôle d'encouragement et de conseil :

« nous avons essayé de concilier les exigences légitimes de la liberté avec l'intérêt bien entendu des travailleurs. Nous avons fait de l'Etat le conseil, le protecteur, et non le régulateur général des sociétés de secours mutuels. Il ne commande pas, il invite ; il n'opprime pas, il dirige ; il ne contraint pas, il encourage »¹⁵⁶³.

Souvent les auteurs remontent plus haut encore dans le temps en recherchant une origine au droit souple dans le droit médiéval, la *lex mercatoria*¹⁵⁶⁴ ainsi que certaines règles du droit romain¹⁵⁶⁵.

¹⁵⁶¹ Benjamin CONSTANT, « Idées sur la souveraineté, l'autorité sociale, et les droits individuels », in : *Lettres normandes*, Paris, 1820. Cf. ci-dessous ch. 3.3.4.2 *i.f.*

¹⁵⁶² Sur cette notion, cf. Anne BRUNON-ERNST, « Back to the Sources of Nudges », in : *The Tocqueville Review/La revue Tocqueville*, vol. 37, n° 1, 2016, p. 99 ss ; Malik BOZZO-REY, « Enjeux et défis de stratégies d'influence obliques des comportements : le cas de la législation indirecte et des nudges », in : *The Tocqueville Review/La revue Tocqueville*, vol. 37, n° 1, 2016, p. 123 ss. Cf. ci-dessous ch. 3.6.4.3a.

¹⁵⁶³ Joannis FERROUILLAT, *Rapport fait, au nom du Comité du travail sur les propositions des citoyens Waldeck-Rousseau et Rouveure, ayant pour objet l'institution de caisses de secours mutuels et de prévoyance*, Assemblée nationale constituante, séance du 19 février 1849, cit. in : François EWALD, *L'Etat providence*, Paris, 1986, p. 210.

¹⁵⁶⁴ Cf. par exemple BENYEKHLEF (2015), p. 479 ss et 649. Pour une critique de cette tendance, cf. Anna DI ROBILANT, « Genealogies of Soft Law », in : *American Journal of Comparative Law*, vol. 54, iss. 3, 2006, p. 522 : « The neo-medievalist genealogy is suspect in many regards. Especially the politics of medievalism, the ambiguities of

En *droit international*, les théoriciens du droit souple (« soft law ») se référaient voici une trentaine d'année au *droit interne* en montrant que celui-ci fonctionnait déjà avec des règles souples. Ils pouvaient ainsi démontrer que l'ordre juridique international était capable d'être reconnu en tant que tel, sans pour autant renier sa nature d'ordre juridique en dépit d'un abondant droit souple¹⁵⁶⁶, illustrant au passage l'ancienneté du phénomène.

Pour Fritz MÜNCH, « un coup d'œil sur les phénomènes analogues de droit public et de droit privé pourra être utile. En droit public, nous trouvons des arrangements [...] qui ne sauraient donner lieu à des démarches en justice – et non pas seulement pour l'absence d'un for compétent. On trouve même dans les constitutions les plus « juridifiées » des déclarations et des pièces de programme qui échappent à la connaissance des tribunaux constitutionnels. »¹⁵⁶⁷ Pour Daniel THÜRER, dans sa leçon inaugurale où il pose la question de la « soft law » comme nouvelle forme du droit international public, il faut d'emblée prendre exemple sur le droit interne : « Uns allen ist aus dem innerstaatlichen Bereich das folgende Phänomen bekannt : Es werden im Rechtsetzungsverfahren Normen geschaffen, denen – obwohl sie im Rechtsgewand auftreten – keine oder noch keine Rechtsverbindlichkeit zukommt, die aber trotzdem Rechtswirkungen erzeugen. »¹⁵⁶⁸

3.3.2.2 *La définition et les caractéristiques du droit souple*

a. *Le droit souple formel vs le droit souple matériel*

Le droit souple est un droit doté d'une force normative de degré variable mais qui reste inférieure à celle du droit « dur » étant dépourvu de force obligatoire¹⁵⁶⁹. Il peut présenter une composante tant *matérielle* (qui se rapporte au contenu de la norme [« negotium »]) que *formelle* (qui se rapporte au contenant [« instrumentum »])¹⁵⁷⁰.

romanticizing pluralism, the mystifications of the tale of the lex mercatoria, deserve critical scrutiny. [...] In various fields, the romance of the Middle Ages has been employed to camouflage political and professional projects. »

¹⁵⁶⁵ David DEROUSSIN, « Soft law : éléments historiques », in : Deumier/Sorel (éd.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne européen et international*, Issy-les-Moulineaux, 2018, p. 55ss et 66ss.

¹⁵⁶⁶ FLÜCKIGER (2004), p. 224.

¹⁵⁶⁷ Fritz MÜNCH, « La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique : étude exploratoire », in : *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 60, tome I, Paris, 1983 (1^{re} parution en 1976), p. 326.

¹⁵⁶⁸ Daniel THÜRER, « « Soft law » : Eine neue Form von Völkerrecht ? », in : *Revue de droit suisse*, vol. 1, Bâle, 1985, p. 429 ss.

¹⁵⁶⁹ Cf. ci-dessous ch. 3.3.5.1.

¹⁵⁷⁰ Pour un tour de la question en doctrine, cf. RICHTER (2018), p. 9 ss (12 ss et 20ss).

Nous ne retiendrons dans ce chapitre que la variante *formelle* (normes souples) en raison de la perspective instrumentale qui anime cette phase stratégique de la légistique matérielle.

Dans une optique *matérielle*, les règles de droit classiques demeurent juridiquement obligatoires (droit « dur ») mais sont souples quant à leur contenu en raison de la diminution de leur densité normative, de la présence de dispositions non justiciables ainsi que de normes programmatiques ou finalisées, etc. ; thématique que nous aborderons au stade de la légistique formelle dans le cadre de l'emboîtement normatif (emboîtement matériel)¹⁵⁷¹ et de la normativité des énoncés¹⁵⁷².

b. Les droits souples et les obligations souples (espérances et recommandations)

Les actes normatifs souples contiennent des *normes qui n'obligent pas juridiquement*, constituant uniquement des modèles de référence à suivre selon la libre appréciation de leurs destinataires¹⁵⁷³.

André LALANDE rappelle qu'il ne faut « pas confondre normatif avec impératif. Une norme n'est pas nécessairement une loi ni un commandement : elle peut être un idéal, sans aucun caractère d'obligation. Le normatif est un genre qui contient deux espèces principales : l'impératif et l'apprécatif. »¹⁵⁷⁴

Ils contiennent des *recommandations*, et non des commandements, pour reprendre la distinction du philosophe du droit Paul AMSELEK, que nous définissons comme des invitations à suivre un comportement déterminé¹⁵⁷⁵, c'est-à-dire des actes visant à guider le comportement des destinataires de manière non impérative¹⁵⁷⁶. Le « devoir-être » (« sollen »), caractéristique des commandements, doit être transposé pour les recommandations en « devrait-être » (« sollten »).

Les recommandations sont selon Paul AMSELEK des « normes éthiques dont l'observance est conçue comme souhaitable mais non pas obligatoire et est donc laissée à l'appréciation discrétionnaire des intéressés ; elles tracent des lignes de conduite réputées

¹⁵⁷¹ FLÜCKIGER (2004), p. 227. Cf. ci-dessous ch. 5.2.4.2c.II.

¹⁵⁷² Cf. ci-dessous ch. 5.2.4.3b.

¹⁵⁷³ FLÜCKIGER (2004), p. 190.

¹⁵⁷⁴ André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 2^e volume, Paris, 1993 (1^{re} parution en 1926), sous l'entrée « normatif ».

¹⁵⁷⁵ FLÜCKIGER (2004), p. 191.

¹⁵⁷⁶ FLÜCKIGER (2004), p. 189 s. (« vis[ant] à influencer le comportement des individus ou des autorités de manière non impérative »). Sur les problèmes posés à ce sujet par la définition trop étroite de TSCHANNEN, cf. ci-dessous note 1871.

opportunes à emprunter, mais que les intéressés ne sont pas tenus de suivre, qui impliquent, dans leur vocation même, la possibilité de s'en détourner. »¹⁵⁷⁷

Catherine THIBIERGE, rappelant que le terme de « norme » se rapporte étymologiquement à l'instrument de référence pour tracer des lignes et des angles droits, souligne que « [l]e normatif s'en trouve alors arrimé sur la référence, et non pas sur l'obligatoire qui n'en est qu'une modalité possible. »¹⁵⁷⁸

Alors que la division des normes obligatoires en droits et obligations offre un schéma de lecture clair dans la mesure où ceux-ci peuvent être lus de manière réciproque, elle est plus complexe face aux normes souples. En droit « dur », les obligations des uns répondent mutuellement aux droits des autres (droits *vs* devoirs) et l'« obligation de » contient nécessairement le « droit de ». En droit souple, les recommandations adressées aux uns ne confèrent au contraire aucun droit corrélatif aux autres mais une simple *espérance* de respect de celles-là. Cependant, similairement aux normes obligatoires, la « recommandation de » contient également de manière indirecte le « droit de ». Cette particularité, que la doctrine qualifie d'« effet permissif »¹⁵⁷⁹, est au *cœur de la normativité spécifique du droit souple* selon nous. Elle permet de comprendre pourquoi le droit souple relève bel et bien du droit et non simplement de la sociologie ou de la politique.

La *recommandation* d'une autorité de ne pas fumer ne confère pas un droit aux personnes éventuellement incommodées d'exiger de celles qui fument de s'abstenir de fumer, mais une simple *espérance* de respect, alors que la *recommandation* d'une autorité de rouler les phares allumés durant la journée comprend le *droit* de la personne au volant d'enclencher les feux de sa voiture ; droit qu'elle peut juridiquement faire valoir à l'encontre d'automobilistes qui lui reprocheraient par exemple de les avoir éblouis dans l'hypothèse (théorique) d'une action en responsabilité à la suite d'un accident par exemple¹⁵⁸⁰.

¹⁵⁷⁷ Paul AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », in : Morand (dir.), *L'Etat propulsif*, Paris, 1991, p. 143.

¹⁵⁷⁸ THIBIERGE (2016), p. 105. La force normative devient alors la mesure de l'écart selon Louise LALONDE (LALONDE [2016], p. 181 ss).

¹⁵⁷⁹ Cf. ci-dessous ch. 3.3.5.3c *infra*

¹⁵⁸⁰ Cf. FLÜCKIGER (2004), ch. 3.3.2.4, p. 254.

Tableau 3-3 – Typologie normative des normes souples

Normes souples			
Comportement		Droit souple (espérance)	Obligation souple (recommandation)
		a l'espérance de/a le droit de (s'il est recommandé de)	devrait
Accomplissement	faire	– espérance de faire – a le droit de faire (s'il est recommandé de faire)	– devrait faire – recommandation de faire
	ne pas faire	– espérance de ne pas faire (pourrait refuser) – a le droit de ne pas faire (s'il est recommandé de ne pas faire)	– devrait ne pas faire – recommandation de ne pas faire
Tolérance	laisser faire	– espérance de laisser faire – a le droit de laisser faire (s'il est recommandé de laisser faire)	– devrait laisser faire – recommandation de laisser faire

En droit international, les actes de droit souple prennent l'étiquette de *soft law*.

Les résolutions et déclarations des Nations Unies ressortissent à la *soft law*. La plus célèbre est probablement la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948¹⁵⁸¹.

En droit de l'Union européenne, les recommandations et les avis, actes qui ne lient pas, ont été institutionnalisés (art. 288 TFUE), complétés par des résolutions et des déclarations de nature non normative¹⁵⁸².

D'un point de vue légistique, les recommandations sont fréquemment prévues de manière explicite par un acte législatif¹⁵⁸³. Plus rarement elles peuvent être incorporées dans la loi¹⁵⁸⁴.

¹⁵⁸¹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 408.

¹⁵⁸² Arnaud VAN WAEYENBERGE, *Nouveaux instruments juridiques de l'Union européenne : évolution de la méthode communautaire*, Bruxelles, 2015, p. 54 ss ; PETERS (2011), p. 25 ss ; Linda SENDEN, *Soft law in European Community Law. Its relationship to legislation*, Oxford/Portland, 2004. Cf. ég. les travaux précurseurs de Charles-Albert MORAND, « Les recommandations, les résolutions et les avis du droit communautaire », in : *Cahiers de droit européen*, n° 6, 1970, p. 623 ss.

¹⁵⁸³ On dénombre plus d'une centaine d'exemples de recommandations explicitement prévues par un acte législatif fédéral en 2004 (FLÜCKIGER [2004], p. 192). Cf. ci-dessous ch. 3.3.3.2.

¹⁵⁸⁴ FLÜCKIGER (2004), p. 192 (réf. cit.). Cf. ci-dessous ch. 3.3.5.3b.

3.3.3 Les types d'instruments non obligatoires

3.3.3.1 Introduction

a. *Les normes primaires souples vs les normes auxiliaires souples*

Les instruments non obligatoires peuvent être de nature *normative*. A l'instar de leurs compères obligatoires, leur *structure* peut être *générale et abstraite* (campagnes de prévention en santé publique¹⁵⁸⁵) ou *individuelle et concrète* (recommandation d'interdire de stade un *hooligan* précis¹⁵⁸⁶).

Les actes normatifs souples peuvent être *primaires* (= C et D panorama¹⁵⁸⁷) ou *auxiliaires* (= G et H panorama)¹⁵⁸⁸.

Exemple de norme *primaire* souple :

- recommandation de manger cinq fruits et légumes quotidiennement.

Les normes souples *auxiliaires* contribuent à mettre en œuvre les premières sans déployer un effet obligatoire.

Exemples de normes *auxiliaires* souples :

- normes souples d'organisation et de compétence (commission consultative, organe de conciliation, etc.)
- normes souples de procédure et de fonctionnement (conciliation, médiation¹⁵⁸⁹, etc.)

¹⁵⁸⁵ Cf. ci-dessous ch. 3.3.3.2d.

¹⁵⁸⁶ « L'autorité compétente [...], l'Observatoire [suisse du hooliganisme] et l'[Office fédéral de la police] peuvent émettre à l'intention des organisateurs de manifestations sportives la recommandation de prononcer une interdiction de stade contre des personnes qui ont commis des actes de violence à l'intérieur ou à l'extérieur du stade lors d'une manifestation sportive. » (art. 10 du Concordat instituant des mesures contre la violence lors de manifestations sportives). Sur cette mesure, cf. ATF 137 I 31, c. 8.

¹⁵⁸⁷ Cf. ci-dessus ch. 3.1.4 Tableau 3-1 – Panorama des instruments d'action de l'Etat, p. 253.

¹⁵⁸⁸ Sur la distinction entre normes primaires et auxiliaires, cf. ci-dessus 3.2.2.3.

¹⁵⁸⁹ Cf. Gjerloeff BONNOR, « The European ombudsman : a novel source of soft law in the European Union », in: European Law Review, 2000, vol. 25/1, p. 39 ss. Sur la médiation en matière administrative, cf. GUY-ECABERT (2002). Notons que François OST classe les normes ouvrant aux justiciables des modes alternatifs de règlement des conflits parmi les règles de changement (OST [2016], p. 183).

- modes de contrainte symbolique et de sanctions souples (serment, déclaration sur l'honneur¹⁵⁹⁰ et promesse solennelle¹⁵⁹¹, mise à l'index, notation, classement, indicateurs, stigmatisation et pression par les pairs¹⁵⁹², etc.)
- mécanismes d'évaluation de la mise en œuvre¹⁵⁹³ (clauses d'évaluation, examen périodique universel [EPU] du Conseil des droits de l'homme¹⁵⁹⁴, évaluation par les pairs¹⁵⁹⁵, etc.)

Le fait que *l'obligation ou la compétence d'adopter des normes souples auxiliaires* est souvent prévue dans un texte législatif ne leur ôte pas leur nature recommandationnelle. Ainsi lorsqu'une loi prévoit une procédure informelle de médiation ou de conciliation, par exemple, ou une clause d'évaluation de la mise en œuvre d'une mesure législative, les recommandations des organes de médiation ou d'évaluation ne deviennent pas obligatoires.

On précisera que les normes souples auxiliaires peuvent aussi être prévues dans un acte de droit souple. Les Principes de Paris de 1993 des Nations Unies (acte non obligatoire) recommandent ainsi d'instaurer « des institutions nationales efficaces pour la promotion et la protection des droits de l'homme, de veiller au pluralisme de leur composition et d'en assurer l'indépendance », mesure antérieurement « suggérée » par les Principes directeurs de Genève en 1978 – « faux départ » des Principes de Paris – consistant à « créer des institutions nationales ou locales pour la promotion et la protection des droits de l'homme »¹⁵⁹⁶.

b. Les autres instruments non obligatoires

Les instruments non obligatoires peuvent également revêtir le costume des actes de *coordination* (= O et P panorama), à l'instar des actes *coopératifs* (= D et H panorama) et des *actes matériels souples* (= K et L panorama).

¹⁵⁹⁰ Cf. par exemple la *déclaration d'impartialité* que les collaborateurs et collaboratrices de l'administration fédérale qui participent à la passation de marchés publics doivent périodiquement signer (www.beschaffung.admin.ch > Informations pour les services demandeurs > Déclarations d'impartialité ; FF 2015 1229).

¹⁵⁹¹ Sur ces instruments, cf. par exemple Stephen SHEPARD, *I do solemnly swear : The moral obligations of legal officials*, Cambridge, 2009 ; Thomas HODEL, *Der politische Eid in der Schweiz. Unter besonderer Berücksichtigung des Bundes*, Zurich, 1993. Sur la force performative du serment, cf. GARAPON/LASSÈGUE (2018), p. 52 ss.

¹⁵⁹² Cf. ci-dessous ch. 3.3.3.3e.

¹⁵⁹³ François OST les qualifie de règles de reconnaissance (OST [2016], p. 187).

¹⁵⁹⁴ Cf. ci-dessous ch. 6.2.3.1.

¹⁵⁹⁵ Cf. ci-dessous ch. 3.3.5.2d.

¹⁵⁹⁶ Emmanuel DECAUX, « Le dixième anniversaire des principes directeurs des institutions nationales des droits de l'homme dits « principes de Paris » », in : *Droits fondamentaux*, n° 3, janvier-décembre 2003, ch. I.

3.3.3.2 *Les recommandations explicites*

a. *Introduction*

Les normes souples contiennent des *recommandations*, que l'on peut définir comme des invitations à suivre un comportement déterminé¹⁵⁹⁷, peuvent être *explicites* (ch. 3.3.3.2) ou *implicites* (ch. 3.3.3.3).

Les recommandations sont *explicites* lorsqu'elles déclarent de manière claire et directe qu'un comportement déterminé (accomplissement, abstention ou tolérance) est recommandé. La *terminologie* employée est cependant très diverse si bien qu'il ne faut souvent pas se tenir à la lettre pour interpréter la nature recommandationnelle d'un énoncé. Le mot « recommandation » n'apparaît en pratique finalement que peu fréquemment de manière explicite.

On ne distinguera dans les exemples suivants ni entre les normes *primaires* et *auxiliaires* ni entre les normes *unilatérales* et *coopératives*.

b. *Les recommandations proprement dites*

Les *recommandations proprement dites* sont les actes dénommés recommandations¹⁵⁹⁸. Dénuées de force obligatoire, elles visent à guider le comportement par le pouvoir d'incitation et de persuasion propre à leurs auteurs¹⁵⁹⁹.

Conseil de l'Europe – « L'Assemblée Consultative [du Conseil de l'Europe] peut délibérer et formuler des recommandations sur toute question répondant au but et rentrant dans la compétence du Conseil de l'Europe, tels qu'ils sont définis au chap. I ; elle délibère et peut formuler des recommandations sur toute question qui lui est soumise pour avis par le Comité des Ministres. »¹⁶⁰⁰

Union européenne – « Pour exercer les compétences de l'Union [européenne], les institutions adoptent des [...] recommandations [...]. Les recommandations [...] ne lient pas. » (art. 288 TFUE)¹⁶⁰¹. Un exemple : la recommandation 2014/478/UE de la Commission européenne sur la protection des consommateurs et des joueurs dans le cadre

¹⁵⁹⁷ Cf. ci-dessus ch. 3.3.2.2b.

¹⁵⁹⁸ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 404 (ex. cit.), FLÜCKIGER (2004), p. 192 (ex. cit.).

¹⁵⁹⁹ « En instituant les recommandations comme catégorie particulière d'actes de l'Union et en prévoyant expressément qu'elles « ne lient pas », l'article 288 TFUE a entendu investir les institutions habilitées à les adopter d'un pouvoir d'incitation et de persuasion, distinct du pouvoir d'adopter des actes dotés d'une force obligatoire. » (CJUE, arrêt C-16/16 P du 20 février 2018 [*Belgique c. Commission*], point 26).

¹⁶⁰⁰ Art. 23 al. a du Statut du Conseil de l'Europe (RS 0.192.030).

¹⁶⁰¹ Cf. ci-dessus ch. 3.3.2.2b *i.f.*

des services de jeux de hasard en ligne, acte non attaquable en l'espèce selon la Cour de justice de l'Union européenne¹⁶⁰².

Suisse – Recommandation (« Empfehlung ») de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), acte non attaquable selon le Tribunal fédéral¹⁶⁰³. Les recommandations sont très utilisées en *droit intercantonal*, en particulier par les conférences intercantionales¹⁶⁰⁴.

c. *Les mises en garde et les avertissements*

Les *mises en garde* et les *avertissements* sont des recommandations spécifiques informant sur la dangerosité ou les risques résultant de substances, de comportements ou de personnes¹⁶⁰⁵.

Exemples :

- « Lorsque l'autorité d'exécution constate que des denrées alimentaires ou des objets usuels qui ne sont pas sûrs ont été distribués à un nombre indéterminé de consommateurs, elle veille à ce que la population en soit informée et à ce que des recommandations lui soient fournies quant au comportement à adopter. »¹⁶⁰⁶
- « Chaque unité de conditionnement de produits du tabac destinés à être fumés doit porter une mise en garde générale et une mise en garde complémentaire. »¹⁶⁰⁷

Les mises en garde peuvent être *générales* ou viser une *situation* spécifique. Lorsqu'elles désignent les produits ou activités spécifiques d'une *personne* physique ou morale déterminée, elles s'apparentent à une mise à l'index de ces produits (« naming and shaming »).

Exemples :

La nouvelle loi fédérale sur la protection contre les dangers liés au rayonnement non ionisant et au son¹⁶⁰⁸ autorise les autorités à prononcer des mises en garde tant générales que spécifiques :

¹⁶⁰² Cette recommandation, ne produisant ni n'étant destinée à produire des effets de droit obligatoires en l'espèce, n'est pas un acte attaquable au sens de l'article 263 TFUE (CJUE, arrêt C-16/16 P du 20 février 2018 [*Belgique c. Commission*], point 37).

¹⁶⁰³ Recommandations contenues dans une lettre adressée à un organisme d'autorégulation (cf. ci-dessous ch. 3.3.5.3b *i.f.*).

¹⁶⁰⁴ La pratique est ancienne, cf. l'art. 3 al. 1^{er} du Concordat intercantonal sur la coordination scolaire (CICS) du 29 octobre 1970 : « Les cantons concordataires élaborent des recommandations à l'intention de l'ensemble des cantons ».

¹⁶⁰⁵ Pierre TSCHANNEN, « Amtliche Warnungen und Empfehlungen », in : *Revue de droit suisse*, vol. 2, Bâle, 1999, p. 365 s. ; FLÜCKIGER (2004), p. 193 (ex. cit.).

¹⁶⁰⁶ Art. 54 al. 1^{er} de la loi sur les denrées alimentaires (LDAI, RS 817.0).

¹⁶⁰⁷ Art. 12 al. 1^{er} de l'ordonnance sur le tabac (RS 817.06).

¹⁶⁰⁸ FF 2017 3949 (LRNIS ; pas encore entrée en vigueur [état au 01.01.2019]).

- « L'Office fédéral de la santé publique informe le public des effets et risques sanitaires liés à l'exposition au rayonnement non ionisant et à l'exposition au son. »¹⁶⁰⁹
- « Si cela est nécessaire pour assurer la protection de la santé de l'utilisateur ou d'un tiers, ils peuvent notamment [...] ordonner que le public soit averti des dangers que peut présenter une utilisation particulière ; [...] Ils avertissent le public des dangers liés à une utilisation particulière si l'utilisateur ne prend pas, ou ne prend pas à temps, les mesures nécessaires. »¹⁶¹⁰

d. Les campagnes d'information

Les *campagnes* d'information, de sensibilisation ou de prévention recommandent certains comportements ou de s'en abstenir¹⁶¹¹.

Exemple :

- Les campagnes de l'Office fédéral de la santé publique dans le domaine du tabac, de l'alcool, des maladies sexuellement transmissibles, de la médecine de transplantation et de la grippe¹⁶¹².

La façon de concevoir de telles campagnes de manière efficace fait l'objet d'une riche littérature dans le domaine de la communication et du marketing¹⁶¹³.

e. Les conseils

Les *conseils*, les *invitations à* ou les *vœux* sont des formes de recommandation¹⁶¹⁴.

Exemple :

- Selon la Constitution de Bâle-Campagne « l'obligation de se récuser [des membres des autorités et leurs employés] s'applique à celui qui est appelé [...] à donner des conseils »¹⁶¹⁵.

¹⁶⁰⁹ Art. 6 LRNIS.

¹⁶¹⁰ Art. 9 al. 3 let. a et al. 4 LRNIS.

¹⁶¹¹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 405 s. (ex. cit.).

¹⁶¹² www.bag.admin.ch > Services > Campagnes. Cf. la jurisprudence du Tribunal fédéral sur une campagne anti-sida ci-dessous note de bas de page 1767 et 1897 (ATF 144 II 233).

¹⁶¹³ Cf. par exemple Brian LAMB, *The Good Guide to Campaigning and Influencing*, Londres, 2011.

¹⁶¹⁴ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 406 s. (ex. cit.) ; FLÜCKIGER (2004), p. 195 et 200 (ex. cit.) ; FLÜCKIGER (1996, *Le régime juridique des plans*), p. 267 ss (pour les vœux).

¹⁶¹⁵ Art. 58 al. 2 de la Constitution du canton de Bâle-Campagne.

f. Les avis et les expertises

Les *avis* ou les *préavis* ont un caractère recommandationnel. La loi instaure souvent des procédures au cours desquelles une personne ou une autorité doit être consultée pour donner un avis ou préavis.

Il en va de même pour les *expertises*¹⁶¹⁶.

Exemples :

- « Pour exercer les compétences de l'Union [européenne], les institutions adoptent [...] des avis. [...] Les [...] avis ne lient pas. » (art. 288 TFUE)¹⁶¹⁷.
- Selon le protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme, les plus hautes juridiction nationales auront la possibilité d'adresser des demandes d'avis consultatifs à la Cour européenne sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés conventionnels¹⁶¹⁸. Les avis consultatifs ne sont pas contraignants¹⁶¹⁹.

g. Les conclusions d'évaluations ex ante ou ex post ainsi que de rapports administratifs

Les *évaluations ex ante* ou *ex post* contiennent dans leurs conclusions des recommandations à l'attention du législateur¹⁶²⁰. Cela découle de la fonction même de conseil qu'exerce l'évaluation par rapport au législateur.

Il en est de même pour les rapports d'audit ou de contrôle¹⁶²¹.

Exemple :

- Selon la Constitution du canton de Genève, « [l]es contrôles opérés par la Cour des comptes [audits et évaluations des politiques publiques] relèvent du libre choix de celle-ci et font l'objet de rapports rendus publics, pouvant comporter des recommandations. »¹⁶²²

Les *conclusions de rapports administratifs* peuvent contenir des recommandations¹⁶²³.

¹⁶¹⁶ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 406 (ex. cit.) ; FLÜCKIGER (2004), p. 195 s. et 201 (ex. cit.). Sur la notion d'expertise « à effets normatifs », cf. MORAND (*Le droit néo-moderne*), p. 179 ss.

¹⁶¹⁷ Cf. ci-dessus ch. 3.3.2.2b.

¹⁶¹⁸ Art. 1^{er} al. 1^{er} du protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁶¹⁹ Art. 5 du protocole n° 16.

¹⁶²⁰ Cf. ci-dessus ch. 1.3.4.2 *i.f*

¹⁶²¹ Sur la distinction avec l'évaluation, cf. ci-dessous ch. 6.2.1.3c.

¹⁶²² Art. 128 al. 2 de la Constitution de la République et canton de Genève.

¹⁶²³ FLÜCKIGER (2004), p. 198 s. (ex. cit.).

Exemple :

- le canton de Genève a signé la *Charte suisse de la diversité en entreprise* sur la base d'une recommandation contenue dans le rapport sur les discriminations en raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre publié par le Conseil d'Etat¹⁶²⁴.

h. Les renseignements incitateurs

Certains renseignements peuvent avoir un caractère recommandationnel¹⁶²⁵. Les autorités vont alors donner des recommandations en délivrant des *informations* et des *renseignements à visée incitatrice*¹⁶²⁶.

Exemple :

- « Les autorités renseignent le public de manière objective sur la protection de l'environnement et sur l'état des nuisances qui y portent atteinte [...] Les services spécialisés conseillent les autorités et les particuliers. Ils renseignent la population sur ce qu'est un comportement respectueux de l'environnement et recommandent des mesures visant à réduire les nuisances. »¹⁶²⁷

i. Les explications

Les *explications* du Conseil fédéral avant les votations contiennent les recommandations de vote du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale¹⁶²⁸.

j. Les codes de conduite

Les *codes de conduite, d'éthique, de déontologie ou de comportement* adoptés par les autorités ne contiennent pas des règles de droit mais des recommandations à suivre¹⁶²⁹.

De multiples codes de conduite, qu'ils soient intergouvernementaux, privés ou concertés, se sont extraordinairement développés sur la scène internationale afin de tenter *responsabiliser les entreprises* en termes sociaux et environnementaux¹⁶³⁰. En droit

¹⁶²⁴ Canton de Genève, Conseil d'Etat, Point presse du 13 septembre 2017.

¹⁶²⁵ Sur les renseignements simples, cf. ci-dessous Tableau 3-10 – Typologie des actes matériels selon leur visée comportementale, p. 415.

¹⁶²⁶ FLÜCKIGER (2004), p. 199 s.

¹⁶²⁷ Art. 10^e al. 1^{er} et 3 de la loi fédérale sur la protection de l'environnement (RS 814.01).

¹⁶²⁸ FLÜCKIGER (2004), p. 200.

¹⁶²⁹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 407 (ex. cit.).

¹⁶³⁰ Helen KELLER, « Codes of Conduct and their Implementation: the Question of Legitimacy. », in : Wolfrum/Rüdiger, *Legitimacy in International Law*, Berlin, 2008, p. 219 ss. Sur le *rôle du droit privé* dans la régulation des codes de conduite des entreprises, cf. Anna BECKERS, « Corporate Codes of Conduct and Contract Law », in :

interne, on peut citer par exemple les codes de comportement en matière de prévention des *conflits d'intérêts*¹⁶³¹.

k Les lois-modèles et autres réglementations-types

En rédigeant des *lois-modèles*, des *lois-types* ou des *traités-types*, les autorités visent à unifier le droit dans des domaines où elles ne disposent pas de la compétence législative nécessaire, recommandant un modèle à suivre¹⁶³². On retrouve le même mécanisme en droit contractuel avec la figure des *contrats-types*¹⁶³³.

L'efficacité repose sur une architecture de mise en œuvre souple : en rédigeant un modèle prêt à l'emploi utilisable tel quel par défaut, l'auteur du texte modèle crée un environnement comportemental incitateur (« nudge »)¹⁶³⁴ dans la mesure où il épargne aux destinataires le fardeau de la conception et de la rédaction d'un texte nouveau ainsi que de la motivation des écarts possibles au modèle que provoquerait inévitablement un texte original.

Le *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune* de l'OCDE est une recommandation dont l'influence a été considérable sur la conclusion et l'interprétation des conventions fiscales depuis 1963 déjà¹⁶³⁵.

Une *structure-modèle de loi cantonale sur les constructions* publiée par l'Office fédéral du développement territorial espère « contribuer à la standardisation des législations cantonales régissant la construction et à l'augmentation de l'efficacité des constructions ». L'entreprise est constitutionnellement osée, car la compétence fédérale est limitée à la fixation des seuls principes¹⁶³⁶. Le mandat lui a pourtant été donné par le Conseil fédéral

Brownsword/van Gestel/Micklitz (éd.), *Contract and Regulation*, Cheltenham/Northampton, 2017, p. 130 ss. Spécifiquement sur la prise en compte des considérations *écologiques*, cf. Mirina GROSZ, « Umweltschutz als Aspekt der Unternehmensverantwortung im internationalen Kontext », in : *DEP*, 7, 2017, p. 641 ss, qui mentionne par exemple la « Cement Sustainability Initiative », lancée par un groupe d'entreprises représentant ensemble 30% de la production mondiale de ciment et visant la réduction des émissions, la protection du climat et une utilisation responsable des carburants et matières premières (GROSZ, p. 648) ; l'auteure mentionne également la « Global Reporting Initiative », la « Better Gold Initiative », l'« Extractive Industries Transparency Initiative » et le « Global Social Compliance Programme » (*ibidem*).

¹⁶³¹ FF 2015 1229 s., réf. cit. Cf. ég. l'entrée « codes de conduite » dans l'index.

¹⁶³² MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 407 s. (ex. cit.) et 408 (ex. de traités-types et de conventions-modèles) ; FLÜCKIGER (2004), p. 201 (ex. cit.).

¹⁶³³ Cf. ci-dessous ch. 3.4.2.2.

¹⁶³⁴ Cf. ci-dessous ch. 3.6.4.3a.

¹⁶³⁵ OCDE, *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, Vol. I et II, 2014, Introduction, N. 12. Cf. DUBOIS (2018).

¹⁶³⁶ Art. 75 Cst. féd.

dans le cadre d'un rapport sur les coûts (excessifs) de la réglementation¹⁶³⁷. Soutenue par l'élaboration de *normes privées* « visant à harmoniser les règlements relevant de ce domaine » émanant de la Société suisse des ingénieurs et architectes (SIA) depuis 2006¹⁶³⁸, la Confédération espère ainsi sacrifier discrètement le fédéralisme sur l'autel de l'efficacité¹⁶³⁹ en pariant sur la *construction du droit par inversion hiérarchique normative* et sur le droit souple comme un droit dur en voie de cristallisation (*création de la loi par cristallisation*)¹⁶⁴⁰.

On trouve plusieurs exemples dans la pratique des *conférences intercantionales*: Plan d'études 21 (« Lehrplan 21 »)¹⁶⁴¹; Modèle de loi cantonale sur les subsides de formation¹⁶⁴²; Modèle de loi cantonale sur les bourses d'études¹⁶⁴³; Guides pratiques avec modèles en matière de protection des mineurs et des adultes¹⁶⁴⁴; Nouveau modèle comptable harmonisé pour les cantons et les communes¹⁶⁴⁵; Modèle de prescriptions énergétiques des cantons¹⁶⁴⁶; Modèle d'encouragement harmonisé des cantons¹⁶⁴⁷; loi-modèle sur l'utilisation du sous-sol¹⁶⁴⁸.

¹⁶³⁷ Office fédéral du développement territorial, *Structure-modèle de loi cantonale sur les constructions*, Berne, 2017, p. 6.

¹⁶³⁸ « La norme SIA 421 « Aménagement du territoire – Indices d'usage du sol » est la première d'une série de normes d'aménagement visant à harmoniser les règlements relevant de ce domaine. » (www.webnorm.ch/normenwerk/architekt/sia%20421/f/2006/F/Product).

¹⁶³⁹ « Un accroissement de l'efficacité de la construction dans son ensemble en est attendu. » (*ibidem*, p. 7).

¹⁶⁴⁰ Cf. ci-dessous ch. 3.3.4.2.

¹⁶⁴¹ Conférence suisse alémanique des directeurs cantonaux de l'instruction publique : « ein überaus detaillierte « Modellgesetz » für die Rechtsetzung durch die Kantone » selon Andreas GLASER/Corina FUHRER, « Der Lehrplan 21: Interkantonales soft law mit Demokratiedefizit », in : *RDS*, 2015, p. 518.

¹⁶⁴² Du 8 mai 1981 – Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique (CDIP), *Recommandations et décisions*, Berne, 1995, p. 73 ss.

¹⁶⁴³ Du 6 juin 1997 – *ibidem*.

¹⁶⁴⁴ De la Conférence en matière de protection des mineurs et des adultes (COPMA).

¹⁶⁴⁵ MCH2 – de la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des finances (CDF).

¹⁶⁴⁶ MoPEC – de la Conférence des directeurs cantonaux de l'énergie (CDECE).

¹⁶⁴⁷ ModEnHa – de la CDECE. Sur ces deux instruments, cf. FLÜCKIGER (2016, « La transition énergétique »), p. 50 s.

¹⁶⁴⁸ *Mustergesetz über die Nutzung des Untergrundes* – du 2 décembre 2013 de la Commission concordataire du concordat concernant la prospection et l'exploitation du pétrole du 24 septembre 1955, abrogé.

3.3.3.3 *Les recommandations implicites*

a. *Introduction*

Les recommandations de suivre un comportement déterminé peuvent aussi découler implicitement de certains instruments d'action étatiques¹⁶⁴⁹. Là aussi la pratique est inventive. On y trouve des actes tant concertés que privés ou de coordination, qui ne contiennent en tant que tels aucune recommandation mais qui en présupposent ou desquels des recommandations découlent.

Certains d'entre eux peuvent être compris dans la catégorie des *actes matériels proprement dits* comme on le verra plus loin : derrière la remise d'un prix, l'instauration d'un label, la publication d'un classement par exemple se cachent en effet des recommandations que ces actes contribuent à mettre en œuvre de manière souple¹⁶⁵⁰.

b. *La description incitatrice et la communication d'une norme sociale*

Une formulation descriptive peut contenir une recommandation implicite de suivre un comportement (on la qualifiera de *description incitatrice*). La linguistique nous a montré à travers la théorie des actes de langage qu'il n'existait aucun énoncé purement descriptif en principe ; le simple fait d'énoncer véhicule nécessairement quelque chose que les mots ne relatent pas expressément¹⁶⁵¹.

« Fumer tue », un constat descriptif scientifiquement démontré inscrit sur un paquet de cigarettes, est spontanément lu comme une mise en garde contre les dangers de la fumée, recommandation implicite de s'abstenir ou de cesser de fumer¹⁶⁵².

Les travaux en sciences comportementales et en psychologie sociale ont démontré que recourir à une formulation descriptive pouvait déployer des effets normatifs au moins aussi effectifs que d'autres types de recommandations. Tel est l'exemple de la *communication d'une norme sociale* (théorisée en anglais sous l'expression imprécise de normes descriptives [« descriptive norm »])¹⁶⁵³.

On entend par la communication d'une norme sociale la communication d'un message décrivant la pratique sociale positive de la majorité des gens afin d'induire ce même comportement auprès de la minorité, à l'instar d'un message informant que « 75% des

¹⁶⁴⁹ FLÜCKIGER (2004), p. 201 s.

¹⁶⁵⁰ Cf. ci-dessous ch. 3.6.3.2.

¹⁶⁵¹ DE BÉCHILLON (1997), p. 182 s. (réf. cit.).

¹⁶⁵² FLÜCKIGER (2004), p. 203.

¹⁶⁵³ Peter JOHN/Michael SANDERS/Jennifer WANG, *The Use of Descriptive Norms in Public Administration: A Panacea for Improving Citizen Behaviours ?*, 2014. Cf. ci-dessous ch. 3.6.4.3a.

clients de l'hôtel ont réutilisé leur serviette » ou que « neuf contribuables sur dix paient leurs impôts dans les délais ». Le procédé a de l'impact¹⁶⁵⁴.

Une étude publiée par des membres de l'unité anglaise de psycho-politique (« Behavioural Insights Team »)¹⁶⁵⁵ indique : « descriptive norm messages have become a behavioural tool of choice for today's policy-makers. »¹⁶⁵⁶

c. *La labellisation et la certification*

Le mécanisme de *certification* ou de *labellisation* est une procédure privée ou concertée (public-privé) de mise en œuvre de normes souvent privées. À l'issue de cette procédure, une entreprise, voire une autorité, obtient pour son produit ou son service une reconnaissance officielle par un organisme auquel l'Etat, le cas échéant, peut avoir délégué la compétence de *vérifier le respect* des normes applicables¹⁶⁵⁷.

Le label MINERGIE® est un *label suisse d'efficacité énergétique des bâtiments* qui sublime l'inventivité de l'administration publique en termes d'instruments d'action. Le standard Minergie est l'étalon de base d'une réglementation-modèle intercantonale sans force obligatoire, récemment révisée pour tenir compte de l'évolution du droit de l'Union européenne, qu'un organisme intercantonal organisé en association de droit privé sans but lucratif tente de faire reprendre aux cantons « sans modification » dans leur législation. En attendant, le législateur fédéral y renvoie déjà dans sa loi sur l'énergie.

Le label en question est en outre une marque protégée en vertu du droit de la propriété industrielle bien qu'ayant été élaborée par les cantons et financée également par la Confédération. Deux grands cantons en sont les propriétaires (Zurich et Berne) en vertu d'un règlement d'utilisation dont, peu confédéralement, seule la version allemande fait foi. Ils mettent le label à la disposition d'une association de droit privé spécialement constituée à cet effet à des fins d'exploitation. Tous les cantons, le Liechtenstein, l'Office fédéral de l'énergie ainsi que d'autres personnes physiques et morales, des institutions, des organismes, des offices spécialisés et des collectivités de droit public en sont membres¹⁶⁵⁸.

¹⁶⁵⁴ JOHN/SANDERS/WANG (2014), p. 18, relèvent une augmentation du respect du comportement visé d'en moyenne 10% dans leur étude compilant un peu plus d'une trentaine de recherches sur le sujet.

¹⁶⁵⁵ Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.2b.V.

¹⁶⁵⁶ JOHN/SANDERS/WANG (2014), p. 2.

¹⁶⁵⁷ Cf. ci-dessous ch. 3.4.3.4. Cf. ég. les entrées « labels » et « certification » dans l'index.

¹⁶⁵⁸ Cf. les réf. cit. in : Alexandre FLÜCKIGER, « La transition énergétique entre conflits d'objectifs et conflits de compétence : aspects de droit constitutionnel », in : Hottelier/Foëx (éd.), *La propriété immobilière face aux défis énergétiques : Du statut juridique de l'énergie au contrôle des loyers*, Genève, 2016, p. 50 ss.

Les autorités peuvent recommander implicitement aux entreprises de se soumettre à un processus de certification en *avantageant* les produits ou les entreprises qui en sont pourvus, en en faisant un critère lors d'attribution de marchés publics (comportement modèle de l'autorité)¹⁶⁵⁹, en assouplissant leur pratique de *surveillance* ou de *contrôle*¹⁶⁶⁰ ou en en faisant une condition pour *s'abstenir de légiférer*.

Exemple d'abstention (passagère) de légiférer :

La Confédération proposait de refuser d'interdire l'exercice de *sports extrêmes* tels que le canyoning ou le saut à l'élastique à condition que les organisations sportives concernées s'engagent à élaborer des standards de sécurité dont le respect aurait été à contrôler par une instance indépendante chargée d'attribuer un label de sécurité aux entreprises qui respecteraient les conditions ainsi définies¹⁶⁶¹. En 2007, une commission parlementaire a classé le projet en se ralliant à « l'avis du Conseil fédéral selon lequel une loi spéciale n'est pas nécessaire, compte tenu des dispositions légales existantes au plan cantonal et au plan fédéral et de l'autorégulation qui caractérise la branche. »¹⁶⁶² Trois cantons, la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents, le Bureau suisse de prévention des accidents, des organismes de soutien au tourisme et les associations du secteur avaient en effet créé en 2003 déjà une fondation chargée de délivrer un label de sécurité (« Safety in adventures »)¹⁶⁶³.

La Confédération a nonobstant légiféré en 2010 en instaurant un système de certification¹⁶⁶⁴ et en concluant à cette fin un contrat de prestations avec la fondation délivrant le label¹⁶⁶⁵.

Dans le même sens, les autorités peuvent également conférer explicitement le *droit à une dérogation* ou à une *subvention* par exemple à condition de suivre une procédure de certification ou d'obtenir un label.

¹⁶⁵⁹ Claudia SCHNEIDER HEUSI, « Referenze, Labels, Zertifikate », in : Zufferey *et al.* (éd.), *Marchés publics 2016*, Zurich, 2016, p. 421 ss, avec réf. à la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral relative aux certifications ISO 9001 et 14001. Sur les problèmes posés en relation avec la question du label, en particulier une référence en droit de l'Union européenne à propos des labels Max Havelaar et Eko, cf. Marc STEINER, « Nachhaltige öffentliche Beschaffung: ein Blick auf das Vergaberecht des Bundes und die Perspektiven », in : Zufferey *et al.* (éd.), *Marchés publics 2014*, Zurich, 2014, p. 164.

¹⁶⁶⁰ Liliane SUBILIA-ROUGE, « Art. 43a LPE », N. 51, in : Moor/Favre/Flückiger (éd.), *Loi sur la protection de l'environnement (LPE)*, Berne, 2010, à propos des arrangements relatifs aux audits environnementaux par lesquels l'Etat accepte d'assouplir sa pratique de surveillance en contrepartie de l'engagement des entreprises d'instaurer un système d'audit et de certification.

¹⁶⁶¹ FLÜCKIGER (2004), p. 203.

¹⁶⁶² FF 2009 5416.

¹⁶⁶³ FF 2009 5421 s.

¹⁶⁶⁴ Art. 10 ss de l'ordonnance sur les activités à risque (RS 935.911).

¹⁶⁶⁵ Art. 12 al. 2 de l'ordonnance sur les activités à risque.

Exemples :

- En droit de la *protection des données*, le maître du fichier n'est pas tenu de déclarer son fichier s'il est soumis à une procédure de certification et s'il a obtenu un label de qualité¹⁶⁶⁶.
- La doctrine constate que les références au standard MINERGIE® sont omniprésentes dans les *réglementations énergétiques* des cantons latins: « pour la définition des niveaux de performance énergétique ; pour le standard que les bâtiments publics doivent atteindre ; pour la construction de bâtiments neufs ou leur entière rénovation ; pour l'octroi de subventions à des bâtiments spécifiques comme les écoles et les hôpitaux ou à l'assainissement des habitations en général ; pour les mesures d'encouragement à l'acquisition de logements ; pour l'octroi du bonus d'indice d'utilisation du sol ; pour l'autorisation d'utiliser gratuitement les eaux souterraines à des fins thermoénergétiques. »¹⁶⁶⁷

d. Les distinctions, les concours, les prix et les loteries

La remise de *distinctions* et de *prix* sous la houlette des autorités, à la suite de *concours* le cas échéant, y compris dans le cadre de *loteries*, renferme la recommandation implicite d'œuvrer dans le sens de l'attitude ou de l'acte récompensés¹⁶⁶⁸.

Exemples :

- le *prix d'encouragement à la Protection des données et à la transparence* a été délivré durant quelques années par les préposées à la protection des données et à la transparence du canton de Genève¹⁶⁶⁹.
- L'organisation de *loteries* peut être mise à profit pour augmenter le taux de participation lors des votations et des élections¹⁶⁷⁰.

¹⁶⁶⁶ Art. 11 a al. 5 let. f LPD. Cette dérogation n'a pas été reprise en tant que telle dans le projet de révision de la LPD, lequel prévoit en revanche une disposition proche : la possibilité donnée au responsable du traitement des données de se voir dispensé de l'obligation de mener une analyse d'impact au sens de l'art. 20 nLPD s'il est certifié conformément à l'art. 12 nLPD, voire s'il se conforme à un code de conduite au sens de l'art. 10 nLPD (FF 2017 6803).

¹⁶⁶⁷ Jean-Baptiste ZUFFEREY, « Le traitement de l'énergie en droit de la construction : une belle illustration des problèmes du renvoi aux normes techniques », in : *La propriété immobilière face aux défis énergétiques : Du statut juridique de l'énergie au contrôle des loyers*, Genève, 2016, p. 77.

¹⁶⁶⁸ FLÜCKIGER (2004), p. 202 (ex. cit.).

¹⁶⁶⁹ ge.ch/ppdt > Archives > Prix PPDT > Règlement du Prix PPDT.

¹⁶⁷⁰ Peter JOHN/Elizabeth MACDONALD/Michael SANDERS, « Targeting voter registration with incentives: A randomized controlled trial of a lottery in a London borough », in : *Electoral Studies*, vol. 40, décembre 2015, p. 170 ss ; Ravi DUTTA/Sasha LORD, « Using prize draws as an incentive », in : *Blog du Behavioural Insights Team*, 7 février 2017, avec d'autres exemples.

e. *La notation, le classement, les indicateurs, la stigmatisation, l'évaluation et la pression par les pairs*

Les dispositifs de *notation* (« rating ») et de *classement* (« ranking »)¹⁶⁷¹ opèrent selon le même processus d'émulation que la remise de prix. Ils recommandent implicitement de suivre le comportement que les *indicateurs* (« indicators »)¹⁶⁷² utilisés induisent. Ils contribuent à *stigmatiser* et à mettre à l'index (« naming and shaming ») les entités qui s'écartent du comportement recommandé, laissant au public ou aux pairs (« peer pressure ») le soin d'*évaluer la mise en œuvre* et d'exercer une *pression* pour y remédier¹⁶⁷³.

Ces techniques, souvent critiquées pour leurs biais idéologiques et leurs faiblesses méthodologiques¹⁶⁷⁴ en rapport avec le débat sur la quantification et ses limites¹⁶⁷⁵, n'ont pas seulement pour objet l'économie, mais visent plus largement tant l'écologie que les thématiques sociales. En effet, elles « peuvent être retourné[e]s pour combattre les effets délétères de la globalisation » rappelle Benoît FRYDMAN¹⁶⁷⁶, et ne pas être uniquement utilisées à des fins rationalistes ou dérégulateurs.

Elles peuvent émaner d'organismes *publics* :

- degré de *développement légistique* (indicateurs globaux de gouvernance réglementaire ; « Global Indicators of Regulatory Governance » pour mesurer les six domaines suivants : transparence du processus législatif ; accès aux lois et règlements ; consultation du public ; analyse d'impact ; évaluation rétrospective ; contrôle)¹⁶⁷⁷ ;

¹⁶⁷¹ Benoît FRYDMAN/Arnaud VAN WAEYENBERGE (dir.), *Gouverner par les standards et les indicateurs : de Hume aux rankings*, Bruxelles, 2014. Cf. ég. SECKELMANN (2018), p. 457 ss en matière d'évaluation de la recherche scientifique. Sur l'outil de la notation dans la justice digitale, cf. Garapon/Lassègue (2018), p. 275 ss.

¹⁶⁷² David RESTREPO AMARILES, « Les maths du droit : pratiques et méthodologies des indicateurs juridiques », in : Deffains/Séjean/Espinosa (dir.), *L'indicateur de la sécurité juridique*, Paris, 2017 ; Kevin E. DAVIS/Benedict KINGSBURY/Sally Engle MERRY, « Indicators as a Technology of Global Governance », in : *Law & Society Review*, vol. 46(1), mars 2012, p. 71 ss. Cf. ég. Benedict KINGSBURY, « Indicators and Governance by Information in the Law of the Future », in : Muller *et al.* (éd.), *The Law of the Future and the Future of Law*, Oslo, 2011.

¹⁶⁷³ Sur ces deux outils caractéristiques des actes de gouvernance, cf. ci-dessous ch. 3.3.5.2b et 3.3.5.2d. Sur l'outil de la stigmatisation dans la justice digitale, cf. GARAPON/LASSÈGUE (2018), p. 282 ss.

¹⁶⁷⁴ David RESTREPO AMARILES, « Le droit comme instrument de progrès : sur l'idée d'ingénieur juridique », in : Bricteux/Frydman (dir.), *Les défis du droit global*, Bruxelles, 2018, p. 258 s.

¹⁶⁷⁵ Cf. ci-dessous ch. 4.4.2.1.

¹⁶⁷⁶ Benoît FRYDMAN, *Petit manuel de droit global : l'économie de marché est-elle juste ?* Bruxelles, 2014, p. 101s.

¹⁶⁷⁷ Banque de donnée élaborée par la Banque mondiale (<http://rulemaking.worldbank.org>).

- degré de réglementation des *affaires* (« doing business »)¹⁶⁷⁸ ;
- respect des *droits humains* (« indicateurs des droits de l’homme »)¹⁶⁷⁹, « naming and shaming » afin d’en promouvoir le respect¹⁶⁸⁰ ; inscription sur une liste accessible au public des entreprises condamnées pour travail au noir¹⁶⁸¹, pour infraction aux conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés pendant une période limitée en Suisse par un employeur étranger¹⁶⁸² ou pour non-respect de l’égalité salariale entre hommes et femmes¹⁶⁸³ ;
- qualité de l’*environnement* (indicateurs de l’environnement)¹⁶⁸⁴ ;
- qualité des *systèmes scolaires* (enquêtes PISA)¹⁶⁸⁵ ;

¹⁶⁷⁸ Ce projet de la Banque mondiale mesure les cadres réglementaires des entreprises afin d’« encourag[e] la concurrence entre les économies pour la mise en place d’une réglementation des affaires efficace » et propose des rapports comparatifs classant chaque endroit qui « recommandent des réformes pour améliorer la performance dans chacune des zones étudiées » (francais.doingbusiness.org/about-us). Cf. Ralf MICHAELS, « Comparative Law by Numbers: Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law », in : *American Journal of Comparative Law*, vol. 57, iss. 4, 2009, p. 765 ss ; SUPLOT (2015), p. 210 ss, critiquant ce « marché des produits législatifs » censé « conduire à l’élimination progressive des systèmes normatifs les moins aptes à satisfaire les attentes financières des investisseurs. »

¹⁶⁷⁹ Indicateurs des Droits de l’Homme : « outils concrets et pratiques permettant de mettre en application les droits de l’homme et de mesurer leur mise en œuvre. » (HAUT-COMMISSARIAT DES DROITS DE L’HOMME (OHCHR), *Les Indicateurs des Droits de l’Homme : un guide pour mesurer et mettre en œuvre*, Genève/New York, 2012, p. 2). « [Les indicateurs] ne sont ni destinés à établir un classement des États en matière de respect des droits de l’homme, ni aptes à le faire. » (*ibidem*, p. IV). En matière de droits économiques, sociaux et culturels, cf. CHATTON (2013), p. 266 ss, qui recense les indicateurs d’effectivité, en particulier statistiques, et le suivi de ceux-ci par une surveillance (« monitoring ») et une renégociation éventuelle des objectifs (« scoping »). Cf. ég. ci-dessous ch. 4.4.2.1.

¹⁶⁸⁰ J.C. FRANKLIN, « Human Rights Naming and Shaming: International and Domestic Processes », in : Friman (éd.), *The Politics of Leverage in International Relations. Palgrave Studies in International Relations Series*, Londres, 2015, p. 43 ss.

¹⁶⁸¹ Art. 13 al. 3 de la loi sur le travail au noir (RS 822.41).

¹⁶⁸² Art. 9 al. 3 de la loi sur les travailleurs détachés (RS 823.20).

¹⁶⁸³ Le Conseil fédéral avait proposé une telle liste dans la procédure de consultation relative à la révision de la loi sur l’égalité, mais y a finalement renoncé (FF 2017 5181).

¹⁶⁸⁴ « L’expérience montre que les indicateurs de l’environnement sont des outils puissants et coût-efficaces [*sic*] pour suivre les progrès accomplis dans le domaine de l’environnement, favoriser les retours d’information sur les politiques mises en place, et mesurer les performances environnementales » (OCDE, *Indicateurs clés de l’environnement*, Paris, 2008, p. 9).

¹⁶⁸⁵ Enquêtes PISA (« Programme for International Student Assessment ») dans les pays de l’OCDE : cf. Tonia BIEBER, *Soft Governance, International Organizations and Education Policy Convergence. Comparing PISA and the Bologna and Copenhagen Processes*, Basingstoke, 2016 ; Christoph ERRASS, *Verlust nationaler Zuständigkeiten durch internationale Akteure: Auswirkungen auf die schweizerische Demokratie*, Bâle,

ou privés :

- qualité du crédit (agences de notation de crédit)¹⁶⁸⁶ ;
- degré de représentation féminine dans les conseils d'administration¹⁶⁸⁷ ;
- qualité des systèmes universitaires (classement dit de Shanghai [« Academic Ranking of World Universities »] par exemple)¹⁶⁸⁸ ;
- mesure de l'intégrité du secteur public (indice de perception de la corruption)¹⁶⁸⁹.

f. Les analyses comparatives et les référentiels des meilleures pratiques

Une variante combinant l'effet de classement avec celui du comportement modèle réside dans les *analyses comparatives* (« benchmarking » ; référentiel des meilleures pratiques [« best practices »])¹⁶⁹⁰. Identifier, évaluer, sélectionner, montrer voire appliquer des pratiques exemplaires conduit implicite-

-
- 2017, p. 17 ss, décrivant l'internationalisation de la politique scolaire et la compétition pour le meilleur système.
- 1686 Aline DARBELLAY, *Regulating Ratings: the Credit Rating Agency Oligopoly from a Regulatory Perspective*, Zurich, 2011 ; Gregory LEWKOWICZ, « Gouverner les États par les indicateurs : le cas des agences de notation de crédit », in : Frydman/van Waeyenberge (dir.) (2014), p. 145 ss ; SUPLOT (2015), p. 239 s. ; ERRASS (2017), p. 40, critique le fait que de telles agences « unbeauftragt auch Staaten bewerten und damit nationale Politiken und demokratische Entscheide massiv beeinflussen oder gar Krisen verursachen oder gar inszenieren können. »
- 1687 Giulia NERI-CASTRACANE, *Les règles de gouvernance d'entreprise comme moyen de promotion de la responsabilité sociale de l'entreprise : réflexions sur le droit suisse dans une perspective internationale*, Genève, 2016, p. 328, cite par exemple le « Boardroom Diversity Index (BDI) » publié par l'organisation Women on Boards (womenonboards.net).
- 1688 Arnaud VAN WAEYENBERGE/Pauline BÉGASSE DE DHAEM, « Gouverner par les indicateurs : le cas des classements d'Universités », in : Flückiger/Tanquerel (éd.), *L'évaluation de la recherche en droit – Enjeux et méthodes*, Bruxelles, 2015, p. 255 ss.
- 1689 Etabli par Transparency International. L'effet recommandationnel sur les politiques publiques est clairement affiché : « Our Corruption Perceptions Index sends a powerful message and governments have been forced to take notice and act. » (transparency.org > What we do > Our research > Corruption Perceptions Index > Previous Corruption Perceptions Index results). Cf. ég. le *Basel Anti-Money Laundering Index* du Basel Institute on Governance, un institut associé à l'Université de Bâle (index.baselgovernance.org).
- 1690 SECKELMANN (2018), p. 203 ss, comme outil d'apprentissage pour le législateur et l'administration. Sur l'utilisation du « benchmarking » comme base des normes ISO 9000 sur le management de la qualité ou ISO 26000 sur la responsabilité sociétale des entreprises, cf. SUPLOT (2015), p. 207 (critique).

ment à en recommander l'adoption. Ce type d'instrument est très prisé dans la panoplie des *actes de gouvernance*¹⁶⁹¹.

Une illustration en fédéralisme coopératif suisse :

- « L'adoption d'un document-cadre commun présentant des pratiques exemplaires (« best practices ») en matière d'exécution des sanctions en Suisse et devant à l'avenir servir de référence pour les Concordats d'exécution des peines et des mesures et les responsables politiques et opérationnels dans les cantons, constitue la prochaine étape dans le processus d'harmonisation. Aux termes de ce document-cadre, l'objectif premier de l'exécution des sanctions est d'éviter la commission de nouvelles infractions en minimisant les risques de récidive. »¹⁶⁹².

g. La formation et la recherche

Par la *formation* et la *recherche*, que les autorités incluent volontiers dans la panoplie des instruments d'action, un certain nombre de messages valant recommandation sont susceptibles d'être véhiculés¹⁶⁹³.

Exemple :

- « La Confédération peut encourager la formation et la formation continue des personnes chargées d'assumer des tâches relevant de la [loi fédérale sur la protection de l'environnement]. Elle peut commander et soutenir des travaux de recherche et des évaluations des choix technologiques. »¹⁶⁹⁴

h. L'aide et l'assistance

Dans le sillage de la formation, l'*aide* et l'*assistance* que peuvent fournir, de manière générale ou spécifique, les autorités ou les milieux privés dans le cadre de politiques publiques, présupposent implicitement une recommandation d'orienter le comportement de ceux et celles que l'on appuie¹⁶⁹⁵.

Les recommandations peuvent être générales à l'exemple de mémentos, guides, boîtes à outils¹⁶⁹⁶, etc. Les conseils peuvent également être personnalisés, à l'instar

¹⁶⁹¹ Cf. ci-dessous ch. 3.5.4.

¹⁶⁹² CONFÉRENCE DES DIRECTRICES ET DIRECTEURS DES DÉPARTEMENTS DE JUSTICE ET POLICE, *La CCDJP adopte des bases communes concernant l'exécution des sanctions en Suisse : communiqué de presse*, Andermatt, 14 novembre 2014.

¹⁶⁹³ FLÜCKIGER (2004), p. 202 (ex. cit.).

¹⁶⁹⁴ Art. 49 al. 1^{er} et 2 de la loi fédérale sur la protection de l'environnement (RS 814.01).

¹⁶⁹⁵ WINDHOLZ (2018), p. 175 ss, illustre l'assistance des destinataires en vue de les aider à comprendre et à suivre les buts visés par la politique publique avec les instruments du conseil, de l'information, de la formation, de l'éducation, de la mise à disposition de ressources et d'infrastructures.

¹⁶⁹⁶ Cf. COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox*, Bruxelles, 2017.

de conseillers engagés pour convaincre de faire cesser un comportement addictif ou de consultants dont le rôle est d'aider à repérer les risques de sécurité sur les places de travail. Ils peuvent enfin découler d'actes matériels¹⁶⁹⁷ comme la fourniture d'appareils ou de traitements pour aider à lutter contre une addiction.

Exemples :

- Une *application* pour téléphones mobiles destinée à *aider les fumeurs à cesser de fumer*, éditée par l'Office fédéral de la santé publique dans le cadre d'une campagne de la Confédération, des cantons et d'organismes publics et privés¹⁶⁹⁸.
- Un outil d'assistance doublé d'une formation à son utilisation : afin de promouvoir l'égalité salariale, le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG) met à disposition des entreprises un *logiciel d'autocontrôle de l'égalité salariale* et propose des cours pour son utilisation¹⁶⁹⁹.
- Une *base de données électronique recensant les profils de femmes cadres supérieures*, développée sur une initiative internationale privée et soutenue par la Commission européenne, afin d'aider les entreprises à remplacer les sièges vacants dans les conseils d'administration par des femmes plutôt que par des hommes¹⁷⁰⁰.

i. L'exemplarité des autorités

Par un *comportement modèle*, l'Etat offre un modèle de référence exemplaire censé inciter les citoyennes et les citoyens à le suivre¹⁷⁰¹. La nature symbolique de la mesure entraîne cependant certains effets concrets. En effet, le simple fait de donner le bon exemple crédibilise l'autorité tout en provoquant un certain effet incitateur. De plus, cela démontre la faisabilité du nouveau comportement auprès des particuliers, permettant de les y habituer.

L'introduction de l'*écriture inclusive* dans la rédaction législative¹⁷⁰² mise sur cet effet symbolique¹⁷⁰³. Comme les règles de la langue obéissent à une lourde inertie et qu'elles sont le fruit d'une corégulation, elles sont un terreau privilégié d'une évolution des

¹⁶⁹⁷ Sur les actes matériels, cf. ci-dessous ch. 3.6.

¹⁶⁹⁸ smokefree.ch/fr/buddy-app.

¹⁶⁹⁹ www.ebg.admin.ch/ebg/fr/home.html > Prestations > Outil d'autocontrôle : Logib. Cours pour son utilisation : www.ebg.admin.ch/ebg/fr/home.html > Prestations > Workshop Logib – Autocontrôle de l'égalité salariale.

¹⁷⁰⁰ « Global Board Ready Women searchable database » (globalboardreadywomen.com). Cf. NERI-CASTRACANE (2016), p. 328.

¹⁷⁰¹ FLÜCKIGER (2004), p. 201 s. Cf. ég. Charles-Albert MORAND, « Les nouveaux instruments d'action de l'Etat et le droit », in : Morand (éd.), *Les instruments d'action de l'Etat*, Bâle etc., 1991, p. 242 ; Jean-Daniel DELLEY/Luzius MADER, *L'Etat face au défi énergétique : étude de mise en œuvre des mesures fédérales et cantonales en matière d'économie d'énergie*, Lausanne, 1986, p. 153.

¹⁷⁰² Cf. ci-dessous ch. 5.3.3.2e.

¹⁷⁰³ Cf. ci-dessous ch. 2.1.2.1c.

normes par cristallisation progressive où le droit souple peut déployer toute la puissance de ses effets pré-juridiques¹⁷⁰⁴.

Imaginée à l'origine par des organisations de la société civile sur une base annuelle (« MeatOut Day »)¹⁷⁰⁵, diverses municipalités ont progressivement introduit une *journée sans viande* hebdomadaire dans les cantines scolaires. La commune de Lausanne par exemple, dans son *Plan de restauration collective durable* destiné à promouvoir l'approvisionnement de proximité et la production de repas biologiques pour les structures d'accueil des enfants, a introduit en 2016 une journée sans viande ni poisson, aléatoire dans la semaine. Elle a par ailleurs imposé dès 2015 « [l']exemplarité de l'administration par l'implémentation de réceptions et apéritifs durables » ainsi que des mesures contre le gaspillage alimentaire¹⁷⁰⁶.

Cet effet peut être renforcé de deux manières. D'une part en donnant une *visibilité* et une publicité à son action-modèle, l'Etat en fait implicitement une véritable recommandation d'adopter la même attitude que lui. D'autre part, en mettant formellement sa politique contractuelle au service des objectifs d'une politique publique déterminée, l'Etat peut poser diverses conditions écologiques ou sociales avant d'attribuer une *subvention* ou d'adjuger un *marché public*¹⁷⁰⁷.

La loi fédérale sur les marchés publics¹⁷⁰⁸ prévoit même un *mécanisme de suivi*, de contrôle et de sanction pour vérifier que les conditions sociales qu'elle pose (protection des travailleurs, des conditions de travail et de l'égalité de traitement entre femmes et hommes) soient effectivement honorées¹⁷⁰⁹. Les contrats conclus dans ce cadre doivent inclure des *peines conventionnelles* pour en assurer le respect¹⁷¹⁰.

j. La commémoration, la reconnaissance mémorielle et les journées symboliques

La *commémoration* (cérémonies, journées, monuments, stèles, plaques, etc.), la *reconnaissance mémorielle* et la *réhabilitation* qui peut s'ensuivre servent de modèles symboliques de comportement à suivre ou à éviter.

¹⁷⁰⁴ Cf. ci-dessous ch. 3.3.4.2.

¹⁷⁰⁵ Cf. ci-dessous ch. 3.3.3.3i.

¹⁷⁰⁶ www.lausanne.ch > lausanne officielle > Bureau lausannois pour les familles.

¹⁷⁰⁷ Roman GRAF, « L'égalité femme-homme : une nouvelle exigence : le contrôle de l'égalité salariale dans le cadre des marchés publics », in : Zufferey *et al.* (éd.), *Marchés publics 2016*, Zurich, 2016, p. 371 ss ; Guerric RIEDI, « Les aspects sociaux des marchés publics, en particulier la protection des travailleurs », in : Zufferey *et al.* (éd.), *Marchés publics 2016*, Zurich, 2016, p. 303 ss ; STEINER (2004) ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 409 (ex. cit.) ; Pierre-Louis MANFRINI, « Les contrats de marchés publics mis au service de la poursuite d'une politique publique », in : Morand (éd.), *Les instruments d'action de l'Etat*, Bâle etc., 1991, p. 127 ss.

¹⁷⁰⁸ RS 172.056.1.

¹⁷⁰⁹ Art. 8 al. 2 LMP.

¹⁷¹⁰ Art. 6 al. 5 de l'ordonnance sur les marchés publics (OMP, RS 172.056.11).

Ce type d'instrument, souvent instauré par droit souple ou acte matériel, peut aussi prendre la forme de la loi¹⁷¹¹. Il peut aussi être de nature privée.

Exemples :

- *droit souple* : la Déclaration des Ministres européens de l'Education du 18 octobre 2002 convenant d'établir « en étroite coopération avec le Conseil de l'Europe, une « Journée de la mémoire » dans les établissements scolaires des Etats membres, à partir de 2003, selon les pratiques et priorités nationales »
- *loi* : la loi française du 14 avril 1954 consacrant le dernier dimanche d'avril au souvenir des victimes de la déportation et morts dans les camps de concentration du Troisième Reich au cours de la guerre 1939- 1945 ¹⁷¹².
- *acte matériel* : pierre commémorative en l'honneur des victimes de la fusillade du 9 novembre 1932 à Genève originellement posée sans autorisation par une organisation syndicale sur la plaine de Plainpalais¹⁷¹³ ; monument commémoratif du génocide arménien « Les Réverbères de la mémoire » érigé à Genève sur la base d'une autorisation de construire¹⁷¹⁴.

Sur un mode de fonctionnement analogue, on trouve également de nombreuses *journées symboliques* visant à promouvoir diverses problématiques de société (écologie, égalité, santé, protection des données, etc.). Si l'initiative est souvent de nature privée à l'origine, les collectivités publiques peuvent les reprendre à leur compte et renforcer ainsi l'effet par le mécanisme précédent de l'exemplarité des autorités.

Exemples :

- Journée sans viande (« MeatOut Day »)¹⁷¹⁵ ;
- Jour du dépassement de la Terre (« Earth Overshoot Day ») calculé par une organisation non gouvernementale (« Global Footprint Network ») sur la base de l'empreinte écologique¹⁷¹⁶.

¹⁷¹¹ Cf. ci-dessus, ch. 2.1.2.1c.

¹⁷¹² Sarah GENSBURGER, « Comprendre la multiplication des journées de commémoration nationale : étude d'un instrument d'action publique de nature symbolique », in : Halpern/Lascoumes/Le Galès (dir.) (2014), p. 345 ss, note de bas de page 2, avec d'autres exemples de lois et de décrets commémoratifs.

¹⁷¹³ Entretien avec Jacques Robert, « Plus jamais ça. Petite histoire de la « Pierre de Plainpalais », in : *Cahiers d'histoire du mouvement ouvrier*, 2017, p. 82ss.

¹⁷¹⁴ Recours rejeté (Chambre administrative de la Cour de Justice, arrêt ATA/7/2018 du 9 janvier 2018).

¹⁷¹⁵ Lancée en 1985 par une organisation américaine de protection des animaux (FARM) (cf. meatout.org). En francophonie, cf. www.international-campaigns.org/journee-sans-viande. Sur sa reprise par les collectivités publiques, cf. ci-dessus ch. 3.3.3.3i.

¹⁷¹⁶ La formule (« Ecological Footprint ») a été développée par Mathis WACKERNAGEL (cf. Alexandre FLÜCKIGER, « Limiter la population pour protéger l'environnement et garantir une occupation rationnelle du territoire : une intuition enjôleuse à l'épreuve des droits fondamentaux », in : *Pratique juridique actuelle (PJA)*, n° 2, 2014, p. 167 ss [réf. cit.]).

k Le droit étranger et les projets de loi ou de traité

Le *droit étranger* ainsi que les *projets de lois ou de traités*¹⁷¹⁷ peuvent également être utilisés à titre de recommandations, essentiellement dans le cadre de l'interprétation du droit en vigueur¹⁷¹⁸. Contrairement aux exemples précédents, on ne trouve là, chez l'auteur, aucune volonté subjective de modifier le comportement en principe, fût-ce simplement.

Exemples :

- Le Tribunal fédéral admet ainsi tenir compte de l'*ordonnance allemande* sur la protection contre les immissions, de même que d'un *projet de directive* de l'Office fédéral de l'environnement sur le bruit des installations sportives, lorsque l'autorité doit évaluer les immissions de bruit de manière que « selon l'état de la science et l'expérience, les immissions inférieures à ces valeurs ne gênent pas de manière sensible la population dans son bien-être »¹⁷¹⁹. L'ordonnance étrangère et le projet revêtent la nature d'une recommandation ou d'un auxiliaire à la décision ne devant pas obligatoirement être suivis (« Empfehlungen bzw. Entscheidungshilfen, die nicht zwingend beachtet werden müssen »)¹⁷²⁰. Ce cas de figure est celui du *renvoi dynamique indirect*¹⁷²¹.
- Le droit de l'*Union européenne* et celui de ses États membres peuvent avoir selon le Tribunal fédéral « une valeur d'exemple et représentent une source utile pour l'interprétation du droit suisse »¹⁷²². Le droit international et spécialement le droit européen influencent profondément l'élaboration et l'adoption de règles de droit en Suisse en l'absence d'obligation conventionnelle¹⁷²³.

En *droit international public*, on rappellera le cas particulier des *traités*. De véritables obligations incombent aux États en vertu de la Convention de Vienne avant même l'entrée en vigueur de ceux-ci.

Un État doit en effet s'abstenir d'actes « qui priveraient un traité de son objet et de son but (a) lorsqu'il a signé le traité ou a échangé les instruments constituant le traité sous réserve de ratification, d'acceptation ou d'approbation, tant qu'il n'a pas manifesté son intention de ne pas devenir partie au traité; ou (b) lorsqu'il a exprimé son consentement à être lié

¹⁷¹⁷ Le droit nouveau ne déploie pas d'effets juridiques avant d'entrer en vigueur (ATF 129 II 497, c. 5.3.2), sauf s'agissant de l'exception dite « effet anticipé » en matière de planification territoriale (MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET [2012], ch. 2.4.4.2).

¹⁷¹⁸ Ernst A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, Berne, 1998, p. 159 ss ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), ch. 2.4.4.1. Cf. ci-dessus note de bas de page 785 relative au *judex in modo legislatoris*.

¹⁷¹⁹ Art. 15 de la loi fédérale sur la protection de l'environnement (LPE, RS 814.01).

¹⁷²⁰ Tribunal fédéral, arrêt 1C_34/2011 du 27 juillet 2011, c. 2.5. Autres réf. cit. in : MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), ch. 2.4.4.1 ; FLÜCKIGER (2004), p. 205.

¹⁷²¹ Cf. ci-dessous ch. 3.4.4.4b.IV.

¹⁷²² ATF 125 II 480, p. 488.

¹⁷²³ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), ch. 2.6.3.2. Cf. réf. cit. sous "Reprise" à la fin de cette section.

par le traité, dans la période qui précède l'entrée en vigueur du traité et à condition que celle-ci ne soit pas indûment retardée. »¹⁷²⁴

De manière encore plus implicite, les sociologues du droit ont montré que le *droit d'un Etat voisin* était susceptible de déployer des effets d'ordre recommandationnel sur un territoire limitrophe. Le droit étranger déploie dans ce contexte un *effet symbolique* qui agirait sur les comportements au même titre qu'une recommandation très implicite.

Ils étayent leurs conclusions sur la base d'une étude sur l'usage de la *ceinture de sécurité* aux Etats-Unis : à partir de l'instant où les Etats ont commencé à légiférer progressivement sur le sujet, le port de la ceinture a commencé à croître de manière substantielle dans les Etats qui n'avaient pas encore légiféré¹⁷²⁵. Ce phénomène de mimétisme a bien été décrit par les politologues qui l'ont observé dans la *diffusion et le transfert des politiques publiques*¹⁷²⁶ : le design régulateur d'un Etat agit comme une sorte de recommandation sur les entités voisines.

Il arrive même que le législateur fédéral rende sporadiquement *obligatoire* en Suisse le *droit étranger*, de manière unilatérale et sans être conditionné par des exigences conventionnelles, par *renvoi statique*, voire *dynamique*, ou par *reprise*¹⁷²⁷. On retrouve les mêmes mécanismes dans les *conventions inter-cantoniales* ou *intercommunales* par rapport au droit fédéral, cantonal ou communal¹⁷²⁸.

Exemples :

- *Renvoi statique* : « Les préparations présentant des dangers particuliers [...] doivent en sus être étiquetées conformément à l'art. 25, al. 6, du règlement UE-CLP [Règlement {CE} no 1272/2008 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relatif à la classification, à l'étiquetage et à l'emballage des substances et des mélanges {...} modifié en dernier lieu par le règlement {UE} 2015/491, JO L 78 du 24.3.2015, p. 12] »¹⁷²⁹.

¹⁷²⁴ Art. 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (RS 0.111).

¹⁷²⁵ Maggie WITTLIN, « Buckling Under Pressure: An Empirical Test of the Expressive Effects of Law », in : *Yale Journal on Regulation*, vol. 28, iss. 2, art. 5, 2011, p. 422.

¹⁷²⁶ Cf. ci-dessus ch. 3.1.3.1 et 4.4.4.1 *i.f.*

¹⁷²⁷ Pour un examen détaillé de ces différents procédés concernant le droit de l'Union européenne en Suisse, cf. Luzius MADER/Catherine KROPP, « Verweisungen auf das Recht der Europäischen Union in der Bundesgesetzgebung: Vom Fotografieren und Filmen », in : *Die Schweiz und die europäische Integration: 20 Jahre Institut für Europarecht*, Zurich, 2015, p. 69 ss. Cf. ég. Matthias OESCH, « Die bilateralen Abkommen Schweiz-EU und die Übernahme von EU-Recht », in : *Pratique juridique actuelle (PJA)*, 2017, p. 638 ss ; Sabine JENNI, « Direkte und indirekte Europäisierung der schweizerischen Bundesgesetzgebung », in : *LeGes*, 2013/2, p. 489 ss.

¹⁷²⁸ Cf. l'analyse approfondie de telles clauses in : JEANNERAT (2018), p. 335 ss et 584 ss.

¹⁷²⁹ Art. 10 al. 2 de l'ordonnance sur les produits chimiques (OChim, RS 813.11).

- *Renvoi dynamique* : « Les obligations des établissements financiers suisses envers l'IRS [Internal Revenue Service] sont régies par la législation applicable aux Etats-Unis. »¹⁷³⁰
- *Reprise* : on renvoie ici à la figure de la « reprise autonome » du droit de l'Union européenne¹⁷³¹.

3.3.4 Les fonctions du droit souple

3.3.4.1 *En général*

Les actes de droit souple ont pour fonction de renforcer l'action de l'Etat là où les outils classiques de gouvernement atteignent leurs limites. Ils peuvent ainsi être utilisés i) comme *substituts* aux règles obligatoires (« para-law »¹⁷³²) ou ii) pour *compléter* les règles obligatoires ou *aider à les exécuter* (« law-plus » ; « post-law »)¹⁷³³. Ils peuvent également iii) *préparer* progressivement l'adoption de nouvelles règles (« pre-law »)¹⁷³⁴ (fonction pré-juridique et expérimentale) .

Contrairement aux actes juridiques dont la légitimité découle du principe de légalité et des exigences démocratiques rattachées à la figure de la loi, leur recours est justifié par un souci d'*efficacité*.

Le Tribunal fédéral a clairement pu justifier sur ce fondement la nécessité pour l'administration publique d'agir de manière informelle dans certaines configurations : « Il n'est pas nécessaire que toute intervention étatique prenne la forme d'une décision; sinon, le bon fonctionnement de l'administration pourrait en être affecté. Il est souvent indispensable que les autorités procèdent de façon informelle »¹⁷³⁵.

Cette souplesse pose cependant de sérieux problèmes de légitimité surtout lorsque le droit souple se *substitue* aux règles obligatoires comme nous le discuterons plus

¹⁷³⁰ Cf. ci-dessous ch. 3.3.5.3c, en particulier la note de bas de page 1878.

¹⁷³¹ OESCH (2017), p. 638 ss ; MADER/KROPF (2015), p. 70 ; GAVA et al. (2014) ; Sabine JENNI, « Direkte und indirekte Europäisierung der schweizerischen Bundesgesetzgebung », in : *LeGes*, 2013/2, p. 489 ss ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), ch. 2.6.3.2 let. c. Pour une recension des critiques à l'encontre d'un soi-disant « swiss finish » lors de cette reprise, cf. WYSS (2018), p. 5 ss. Cf. ég. réf. cit. ci-dessus note 546 et ci-dessous note 3332.

¹⁷³² Linda SENDEN, *Soft law in European Community Law. Its relationship to legislation*, Oxford/Portland, 2004, p. 223 ; PETERS (2011), p. 37 ss.

¹⁷³³ « soft law can make concrete and guide the interpretation of hard law » (PETERS [2011], p. 36) ; SENDEN (2004), p. 222 ; RICHTER (2018), p. 121 ss.

¹⁷³⁴ Cf. ci-dessous ch. 1.3.3.1.

¹⁷³⁵ ATF 128 II 156, 163.

loin : les résultats obtenus (« output legitimacy ») parviennent-ils vraiment à compenser leur défaut de formalisation (« input legitimacy ») ?¹⁷³⁶

Le débat est moins aigu lorsque les instruments souples sont mis à contribution pour *compléter* les règles obligatoires, car ils renforcent alors la mise en œuvre de ces derniers¹⁷³⁷. La nature obligatoire d'une norme ne garantit en effet pas automatiquement qu'elle sera exécutée. Le législateur national est particulièrement démuné à l'ère du pluralisme normatif, de la gouvernance globale et de la concurrence des normativités¹⁷³⁸.

Les diverses campagnes de sensibilisation ou de prévention en matière de santé ou de sécurité publiques ont explicitement pour but, rappelle Alain PAPAUX, de « provoquer ou favoriser l'adhésion aux règles juridiques qui sous-tendent ces différents comportements, bien en amont du recours au gendarme et surtout à la peur du gendarme, à laquelle on suspend volontiers mais trop facilement l'obéissance aux lois. »¹⁷³⁹

Les politiques publiques n'étant pas mono-instrumentales, leur efficacité dépendra donc d'une *combinaison optimale* des divers moyens qui se renforceront mutuellement pour tendre vers le meilleur impact.

3.3.4.2 *Le cas de la fonction pré-juridique et expérimentale : un processus de création de la loi par cristallisation*

Les *actes juridiques classiques*, en particulier ceux d'entre eux qui sont sanctionnés par des dispositions pénales, donnent a priori l'*impression d'être plus efficaces* que des recommandations et des mesures volontaires.

Pour lutter contre le travail forcé, la traite des êtres humains et l'esclavage dans les chaînes d'approvisionnement mondiales, une étude empirique récente a montré que les législations créant une responsabilité pénale des entreprises semblaient provoquer des changements plus profonds dans les stratégies d'entreprise et que l'essor des mesures volontaires prises dans le cadre de la responsabilité sociétale des entreprises (RSE) avait plutôt pour effet d'en *miner l'efficacité*¹⁷⁴⁰.

¹⁷³⁶ Cf. ci-dessous ch. 3.3.6.

¹⁷³⁷ Sur l'obligation de mise en œuvre, cf. ci-dessous ch. 6.1.3.

¹⁷³⁸ Cf. ci-dessus ch. 3.1.2.1 et 3.3.4.2.

¹⁷³⁹ PAPAUX (2006), p. 147.

¹⁷⁴⁰ Genevieve LEBARON/Andreas RÜHMKORF, « Steering CSR Through Home State Regulation: A Comparison of the Impact of the UK Bribery Act and Modern Slavery Act on Global Supply Chain Governance », in : *Global Policy*, vol. 8, mai 2017, p. 26; Tim BARTLEY, *Rules without Rights : Land, Labor, and Private Authority in the Global Economy*, Oxford, 2018, p. 259, qui conclut à la nécessité de repenser la responsabilité sociétale des entreprises, car la pression sur les prix et la rapidité des délocalisations ont grandement limité l'impact concret des normes privées.

Ce sentiment semble être corroboré chaque fois que l'autorité rend obligatoires des normes qui auparavant ne l'étaient pas. L'interdiction de la fumée dans les lieux publics a été précédée par des recommandations de ne pas fumer : pourquoi a-t-on alors interdit la fumée dans les lieux publics si le régime des recommandations suffisait à atteindre le but visé, voire même devait être plus efficace ? Poser la question revient à y répondre : les normes obligatoires s'avèrent dans cet exemple plus efficaces.

Cependant elles ne le sont pas toujours : chronologiquement parlant, une interdiction de la fumée dans les lieux publics n'aurait probablement eu aucune chance d'être respectée dans les années 1980 en Europe ; une habitude progressive de la population par une série de recommandations diverses a permis de convaincre peu à peu de l'intérêt de la mesure, soutenue par l'évolution des connaissances scientifiques sur la dangerosité de la fumée passive sur la santé. Nul doute que le nombre de fumeurs et fumeuses augmenterait aujourd'hui si l'on devait abroger l'interdiction au profit des simples recommandations que l'on connaissait dans le système antérieur. Le droit dur est désormais plus efficace que le droit souple compte tenu de ce processus de maturation.

Cette efficacité découle de la capacité du droit souple à *expérimenter* de nouvelles normes de manière pré-juridique dans un processus d'habitude progressive. Les destinataires se familiarisent sans heurts à un nouveau régime qui, lorsqu'il aura atteint son degré de maturité, sera prêt à devenir obligatoire (droit souple compris comme un droit en transition : « droit vert »¹⁷⁴¹ ou *pré-droit* [« pre-law »] selon Michel VIRALLY¹⁷⁴²). Le droit dur peut être compris dans ce contexte comme un droit *cristallisé* à partir des sables normatifs du droit souple, pour reprendre la métaphore de DURKHEIM¹⁷⁴³. Nicolas MACHIAVEL constatait déjà la nécessité de convaincre les gens par l'expérience pour introduire de nouvelles institutions¹⁷⁴⁴.

¹⁷⁴¹ Georges ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », in : *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 207, 1997, p. 210 ; l'expression se retrouve plus tôt chez R.-J. DUPUY (cf. Guillaume LE FLOCH, « L'évolution de la soft law vers la hard law est-elle comparable en droit interne et en droit international ? » in : Deumier/Sorel (éd.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne européen et international*, Issy-les-Moulineaux, 2018, p. 335).

¹⁷⁴² Le droit international qui « serait tout au plus qu'un « pré-droit » : sa primitivité serait celle de la préhistoire. » (Michel VIRALLY, « Sur la prétendue « primitivité » du droit international », in : *Recueil de Travaux, publié à l'occasion de l'Assemblée de la Société suisse des juristes à Genève*, Genève, 1969, p. 201 ss [§ 7]) ; repris par SENDEN (2004), p. 124 ss ; PETERS (2011), p. 34 ss ; RICHTER (2018), p. 111 ss. Cf. ég. FLÜCKIGER (2004), p. 175 ; TSCHANNEN (1999), p. 377.

¹⁷⁴³ Cf. ci-dessous en fin de section.

¹⁷⁴⁴ Cf. ci-dessous ch. 6.2.4.3c.III.

Le droit souple permet ainsi d'évaluer prospectivement de manière plus exacte l'impact de nouvelles règles à la manière d'un laboratoire juridique¹⁷⁴⁵.

Dans cette configuration, la *force du droit souple réside dans sa faiblesse*. On retrouve là la philosophie taoïste : « Une armée puissante ne vaincra pas/Un arbre solide sera coupé par la hache – Le grand et le fort sera abaissé/Le souple et le fragile sera élevé »¹⁷⁴⁶.

Jeremy BENTHAM partageait la même philosophie. Il faut recourir d'abord à des moyens doux et indirects, tels que l'éducation ou la législation à l'essai pour introduire des règles qui risquent de heurter de prime abord la conscience populaire :

François OST l'explique ainsi : « Or, comme aucun législateur n'a affaire à un peuple nouveau, ou une génération d'enfants, il se trouve nécessairement confronté à des attentes déjà formées, de sorte que des ménagements s'imposent. Inutile de heurter de front la conscience populaire. Mieux vaut utiliser des moyens doux et indirects, parmi lesquels l'éducation occupe une place centrale : « Je suis fille du temps, dit la vérité, et j'obtiens tout de mon père. » »¹⁷⁴⁷

Nous reviendrons plus loin sur la *législation expérimentale* comme outil d'habitation stratégique pour convaincre par l'expérience sur les effets d'une nouvelle mesure¹⁷⁴⁸.

Tout l'art du législateur sera d'estimer le *point correct de maturation* s'il veut prétendre légiférer de manière pertinente et efficace. Plus le contexte sera mûr, plus l'impact de mesures obligatoires aura des chances d'être élevé.

En matière d'égalité des salaires entre hommes et femmes, dont l'obligation est pourtant inscrite dans la Constitution fédérale depuis 1981, le Conseil fédéral a officiellement constaté en 2017 l'inefficacité des mesures souples et volontaires prises jusqu'alors, en particulier le « Dialogue sur l'égalité des salaires » et l'« Engagement Égalité salariale » adoptés conjointement par les partenaires sociaux, ainsi que les certifications privées et une charte pour l'égalité salariale dans le secteur public¹⁷⁴⁹. Il a proposé de modifier la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes en introduisant une première mesure certes obligatoire, l'analyse de l'égalité des salaires, mais essentiellement symbolique¹⁷⁵⁰

¹⁷⁴⁵ FLÜCKIGER (2004), p. 175.

¹⁷⁴⁶ Lao TSEU (cité par DUPLESSIS [2007], p. 246). Dans ce sens, cf. FRYDMAN (2014), p. 98 ss prenant l'exemple du judo et de l'aïkido à propos du droit global.

¹⁷⁴⁷ François OST, « Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », in : Gérard/Ost/van de Kerchove (dir.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles, 1987, p. 225.

¹⁷⁴⁸ Cf. ci-dessous ch. 6.2.4.3c.III.

¹⁷⁴⁹ FF 2017 5176 ss. Cf. ég. Cesla AMARELLE, « Des mesures incitatives aux mesures contraignantes : analyse des instruments de contrôle étatiques pour instaurer l'égalité », in : *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail*, Genève, 2016, p. 269 s.

¹⁷⁵⁰ Sur la loi symbolique cf. ci-dessus ch. 2.1.2.1c.

puisque dépourvue de sanction pour le cas où un employeur se soustrairait à cette obligation¹⁷⁵¹. L'avenir jugera du degré de maturité de la question.

On peut recenser de nombreux exemples de règles de droit ayant été précédées par des normes souples, si bien que l'on peut se demander si le droit souple n'est pas en train de prendre le rôle perdu de la *coutume* dans la genèse législative en droit national¹⁷⁵².

Exemples :

- *Droit fondamentaux*: la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée à Nice le 7 décembre 2000 ne constituait pas à l'époque un instrument juridique contraignant. Le traité de Lisbonne de 2007, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, dispose que « L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la [Charte], laquelle a la même valeur juridique que les traités. »¹⁷⁵³
- *Vitesses maximales sur les routes*: un journaliste s'interrogeait de la manière suivante sur ce sujet en 1965 déjà dans un article consacré à l'« introduction prochaine des vitesses conseillées sur les autoroutes » : « Un premier pas ? Dans des milieux d'automobilistes, on se demande si l'essai, annoncé d'ailleurs depuis belle lurette, de la vitesse conseillée n'est pas un premier pas vers une limitation de la vitesse sur les autoroutes, voire sur l'ensemble du réseau. Le message récent précise bien que l'on va tenter une expérience qui aboutira à l'une des trois solutions suivantes : vitesse libre, maintien des vitesses conseillées, limitation obligatoire. »¹⁷⁵⁴
- *Autres exemples*: fumée dans les lieux publics, port de la ceinture de sécurité, inclusion des personnes handicapées¹⁷⁵⁵.

Le procédé est en réalité probablement très ancien. On retrouve en 1820 une description d'un tel processus – conseils, ordres puis menaces – chez Benjamin CONSTANT, très critique envers les activités de persuasion des gouvernements :

¹⁷⁵¹ FF 2017 5180 (adoption en vote final le 14 décembre 2018).

¹⁷⁵² En droit international, cf. la critique de Patrick KELLY, « The Twilight of Customary International Law », in : *Virginia Journal of International Law*, vol. 40, n^o. 2, 2000, cit. de l'*abstract*, selon laquelle le droit souple est à la base de la coutume en droit international public contemporain : « customary international law norms are constructed from non-binding resolutions and soft law instruments rather than widespread state practice or evident belief ». Cf. ég. RICHTER (2018), p. 115 ss, concluant que les instruments non obligatoires ne représentent pas nécessairement l'*opinio juris* de la communauté internationale dès l'origine mais acquièrent ce statut avec l'écoulement du temps à la suite d'une pratique répétée (p. 118).

¹⁷⁵³ Art. 6 al. 1^{er} TUE. Cf. ég. l'exemple de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 ci-dessus ch. 3.3.2.2b.

¹⁷⁵⁴ Marc MAYOR, « Les vitesses conseillées : des précisions sont nécessaires sur les conséquences », in : *La Tribune de Lausanne*, édition du 11 avril 1965.

¹⁷⁵⁵ Isabelle HACHEZ, « L'inclusion des personnes en situation de handicap : du soft law au hard law et inversement », in : Ailincăi (dir.), *Soft law et droits fondamentaux*, Paris, 2017, p. 241 ss.

« Mais, comme le dit très-bien Mirabeau, tout ce qui tient à l'opinion, à la pensée, est individuel. Ce n'est jamais en sa qualité de gouvernement qu'un gouvernement persuade. Quand il l'essaie, il se fait individu ; il change de nature ; il se soumet à la pensée au lieu de la dominer : il cherche à la convaincre, donc il la reconnaît pour son juge. Aussi voyons-nous toujours qu'après quelques tentatives de ce genre, l'autorité s'aperçoit qu'elle n'est plus dans sa sphère, qu'elle s'est dépouillée de ses armes habituelles, et sa tendance est de les reprendre. Les exhortations aboutissent à des peines contre ceux que ces exhortations n'ont pas attendris. On avait débuté par des conseils, on continue par des ordres, et l'on termine par des menaces. C'est que dans le fait, un gouvernement n'a de mission que de commander et de punir. »¹⁷⁵⁶

On retrouve plus tard une description de ce phénomène dans les observations des *premiers sociologues*, en particulier chez Emile DURKHEIM en 1888 qui se propose de démontrer « par quels degrés de cristallisation [le droit] passe successivement » ; le législateur ne faisant « que consacrer un travail qui s'est fait sans lui » :

« C'est dans les entrailles mêmes de la société que le droit s'élabore, et le législateur ne fait que consacrer un travail qui s'est fait sans lui. Il faut donc apprendre à l'étudiant comment le droit se forme sous la pression des besoins sociaux, comment il se fixe peu à peu, par quels degrés de cristallisation il passe successivement, comment il se transforme. »¹⁷⁵⁷

Jean CRUET reprend la même idée en 1908 pour en tirer le constat de l'impuissance du législateur, si l'on reprend le titre de son ouvrage¹⁷⁵⁸ : « Or la vie juridique, pour réaliser grossièrement ses exigences, n'attend pas la permission expresse du législateur et lorsque celui-ci se trouve prêt à mettre une loi sur le chantier, il arrive souvent qu'elle soit, avant lui et sans lui, presque à moitié faite. »¹⁷⁵⁹

3.3.5 L'effectivité des instruments non obligatoires

3.3.5.1 Introduction : une normativité graduelle

Les instruments non obligatoires n'obligent pas juridiquement parlant et pourtant ils ont un impact sur le comportement, parfois supérieur aux instruments dotés de force obligatoire¹⁷⁶⁰. Si le constat est banal pour les sociologues, politologues, psychologues ou économistes, il interpelle les juristes, dont l'œil professionnel a été drillé pour scruter et examiner parmi les multiples

¹⁷⁵⁶ Benjamin CONSTANT, « Idées sur la souveraineté, l'autorité sociale, et les droits individuels », in : *Lettres normandes*, Paris, 1820.

¹⁷⁵⁷ Émile DURKHEIM, *Cours de sciences sociales : leçon d'ouverture*, 1888 (cit. in : Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, 2014, p. 172 s.).

¹⁷⁵⁸ « La vie du droit et l'impuissance des lois ».

¹⁷⁵⁹ Jean CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, 1908, p. 240.

¹⁷⁶⁰ Sur l'effectivité des actes non obligatoires, cf. FLÜCKIGER (2004), p. 231 ss.

normes qui guident nos comportements une catégorie bien particulière d'entre elles : les normes qui obligent juridiquement. Les juristes imprégnés par une conception positiviste du droit les ont longtemps très volontiers laissés au regard bienveillant d'autres disciplines sans – vouloir – s'apercevoir qu'ils étaient susceptibles d'orienter effectivement les comportements de leurs destinataires et que leur portée de fait pouvait être importante au point de devenir politiquement impératifs, voire même obligatoires par certains aspects. Le législateur ne saurait donc les ignorer.

Il est vrai pourtant qu'un certain nombre d'instruments non obligatoires sont aussi peu effectifs que des tigres de papier¹⁷⁶¹. Il faut pourtant rappeler en comparaison les multiples règles de droit, juridiquement obligatoires en bonne et due forme, qui demeurent quotidiennement inappliquées ou dénuées d'effets.

Le droit souple obéit en réalité à une *normativité spécifique* en ce qu'elle est graduelle¹⁷⁶². Cette thèse est cependant rejetée par les tenants de l'existence d'un « seuil normatif », sorte d'interrupteur permettant de préciser à partir de quel degré de juridicité un acte devient juridique¹⁷⁶³. Selon cette école, le droit serait binaire, comme un plan en deux parties : la norme juridique est ou n'est pas.

La logique juridique étant binaire, il serait « juridiquement inconcevable de graduer la notion de validité juridique » selon Daniel THÜRER qui analysait la question du droit souple en droit international : « [Es scheint] juristisch undenkbar, den Begriff der rechtlichen Geltung zu graduieren, zu quantifizieren. Eine Norm gilt, logisch gesehen, oder sie gilt nicht. Sie kann nicht leicht oder stark, mehr oder weniger gelten. »¹⁷⁶⁴

Catherine THIBIERGE propose, avec pertinence, d'utiliser la notion de *force normative* afin d'inclure la normativité spécifique du droit souple. En effet, dans la mesure où la force normative ne se réduit pas à la force obligatoire, cette notion permet de reconnaître l'existence de normes juridiques non obligatoires¹⁷⁶⁵.

Du point de vue de la *légistique matérielle*, la question reste pourtant essentiellement *académique*. Dans la mesure où le législateur s'intéresse à l'impact des instruments, il n'a pas le même besoin que le juge de fixer un seuil normatif le long de cette échelle progressive. Une telle nécessité se fait en effet très concrètement sentir au moment du contrôle juridictionnel : le recours est ouvert ou ne l'est pas contre tel acte ; telle prétention est fondée ou ne l'est pas¹⁷⁶⁶.

¹⁷⁶¹ Cf. par exemple ci-dessous ch. 3.3.5.2a.

¹⁷⁶² Cf. ci-dessus ch. 3.1.2.1.

¹⁷⁶³ Réf. cit. in : FLÜCKIGER (2004), p. 235.

¹⁷⁶⁴ THÜRER (1985), p. 441.

¹⁷⁶⁵ THIBIERGE (2016), p. 106 s. Sur la distinction avec la *force exécutoire*, cf. ci-dessus ch. 3.1.4 et ci-dessous ch. 3.6.3.4.

¹⁷⁶⁶ Cf. ci-dessus ch. 3.1.2.1.

Enfin, on veillera à ne pas confondre l'impact des normes souples sur l'orientation effective du comportement des individus avec les *différents effets potentiels que ces normes peuvent provoquer dans l'ordre juridique voire politique*, qu'elles soient respectées ou non, c'est-à-dire indépendamment de leur effectivité :

Une campagne de prévention contre le *sida* peut en effet choquer certaines sensibilités indépendamment du suivi ou non des recommandations qu'elle renferme¹⁷⁶⁷.

L'adoption du *pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières*, texte juridiquement non obligatoire¹⁷⁶⁸, a provoqué une crise politique ayant conduit à la démission du gouvernement belge¹⁷⁶⁹.

3.3.5.2 Les effets non juridiques

a. L'effectivité des instruments non obligatoires et les techniques de renforcement de celle-ci

Les recommandations contenues dans les actes de droit souple n'obligeant pas, elles ont pour effet d'*inciter* et de *persuader*¹⁷⁷⁰. Leur impact sur le comportement des individus est uniquement d'ordre appréciatif puisque tout un chacun est libre de s'en détourner. Leur respect étant laissé à la libre appréciation de leurs destinataires, il nous a paru intéressant d'examiner – dans la perspective légistique de rédiger des lois ayant un véritable impact – sous quelles conditions ces actes sont en mesure de produire un effet ou non et avec quel degré d'intensité. La question est complexe, car les ressorts de l'obéissance à la norme souple dépendent de diverses considérations, tant éthiques, politiques, sociales, économiques que psychologiques ; leur obéissance ne dépendant manifestement pas uniquement de l'attrait ou de la crainte des conséquences organisées par le droit.

Si le droit souple est plus souvent utilisé en droit interne pour modifier le comportement des personnes, il sera fréquemment employé en droit international pour faire pression sur les Etats, invités à adopter, réviser ou abroger des réglementations nationales. Le succès peut être d'*intensité variable*.

¹⁷⁶⁷ Un exemple : 35 enfants et adolescents ont recouru – sans succès – pour exiger la suspension de la campagne HIV « Love Life » et faire constater l'illégalité des images et enregistrements sonores d'actes sexuels utilisés dans ce cadre (ATF 144 II 233).

¹⁷⁶⁸ Sur ce pacte, cf. ci-dessous ch. 3.5.4.3 et 3.5.4.4.

¹⁷⁶⁹ Démission acceptée par le Roi en audience du 21 décembre 2018 (www.monarchie.be/fr/agenda/audience-609).

¹⁷⁷⁰ CJUE, arrêt C-16/16 P du 20 février 2018 (*Belgique c. Commission*), point 26.

Exemples d'*effectivité*¹⁷⁷¹ :

- La crise financière et les pressions internationales sur le secret bancaire sont les facteurs contextuels expliquant l'efficacité, presque surprenante, des *recommandations du Groupe d'action financière* (GAFI) en matière de *lutte contre le blanchiment d'argent*, en application desquelles le Conseil fédéral a ouvert d'urgence une procédure de consultation sur une modification de la loi sur le blanchiment d'argent afin d'« éviter la suspension du bureau de communication du Groupe Egmont et les répercussions négatives sur la place financière suisse qui en découleraient »¹⁷⁷². Le Conseil fédéral a jugé que ces recommandations étaient politiquement impératives et que la Suisse était « tenue » de les mettre en œuvre : « Bien que les recommandations du GAFI n'aient pas la même valeur juridique contraignante qu'une convention internationale ratifiée par un Etat, tout Etat qui les approuve prend l'engagement politique de les mettre en œuvre dans son ordre juridique. [...] La Suisse a, comme les autres Etats membres du GAFI, approuvé les recommandations révisées en juin 2003. Elle est par conséquent tenue de les mettre en œuvre en droit interne afin de respecter ses obligations internationales. »¹⁷⁷³ Sur ce fondement, le Parlement fédéral a légiféré sur la mise en œuvre des recommandations¹⁷⁷⁴.
- Le *comité de Bâle sur le contrôle bancaire*, organe fondé au sein de la Banque des règlements internationaux à Bâle n'étant investi d'aucune autorité supranationale formelle, a adopté tout un corpus normatif relatif à la surveillance bancaire. Bien que dénuées de force obligatoire, ces normes – complexes et volumineuses¹⁷⁷⁵ – ont été effectivement reprises par les Etats¹⁷⁷⁶.

¹⁷⁷¹ Autres exemples en droit international de la santé, cf. ci-dessous note de bas de page 2026.

¹⁷⁷² OFFICE FÉDÉRAL DE LA POLICE, *Modification de la loi sur le blanchiment d'argent (Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent ; collaboration avec les autorités étrangères), Rapport explicatif*, Berne, 2011, ch. 4.

¹⁷⁷³ FF 2007 5960.

¹⁷⁷⁴ Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière du 3 octobre 2008 (Recueil officiel du droit fédéral 2009 361) ; Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012, du 12 décembre 2014 (Recueil officiel du droit fédéral 2015 1389).

¹⁷⁷⁵ La NZZ a analysé les deux millions de mots du corpus normatif du Comité de Bâle sous l'angle linguistique (Marie-José KOLLY/Jürg MÜLLER/Simon WIMMER, « Am Anfang stand ein Bankenkollaps. Dann kam die Regulierung – und hörte nicht mehr auf », *NZZ*, édition du 10 août 2017).

¹⁷⁷⁶ Christoph ERRASS, *Verlust nationaler Zuständigkeiten durch internationale Akteure: Auswirkungen auf die schweizerische Demokratie*, Bâle, 2017, p. 36 ss. Autres exemples de succès: Déclaration de Bologne (universités) ou échange d'informations fiscales (Modèles de conventions de l'OCDE, cf. ci-dessus ch. 3.3.3.2k).

Exemples d'ineffectivité

- En matière de *transparence du financement des partis politiques*, le contexte ne semble pas encore tout à fait mûr en Suisse – même si l'on a pu sentir récemment quelques frémissements avant-coureurs – car les recommandations du Groupe d'Etats contre la corruption du Conseil de l'Europe (GRECO) ne sont toujours pas mises en œuvre par la Suisse¹⁷⁷⁷.
- Il ne l'est pas non plus quant à la recommandation du GRECO de supprimer la pratique consistant à verser une partie du *salaire des juges* à leur parti politique et celle d'élire le cas échéant les juges fédéraux pour une durée indéterminée¹⁷⁷⁸.
- Ni quant à la recommandation du Comité du Bureau International du Travail (BIT) relatif à la réintégration des représentants syndicaux victimes d'un *licenciement antisyndical*¹⁷⁷⁹.

Pour comprendre les effets non juridiques du droit souple, nous privilégions une *lecture psychologique* (psychologie sociale, sciences affectives et comportementales), en nous souvenant de la définition que Paul AMSELEK donne des règles ou des normes en général : des « outils-étalons mentaux servant à donner la mesure de la marge ou degré de possibilité de survenance de choses ».

« Mes recherches ont ainsi porté, tout d'abord, sur la nature des règles ou normes en général, de quelque espèce qu'elles soient, sur leur nature générique. J'ai été amené par là à une découverte cruciale : le trait typique ou identitaire commun à toutes les règles, c'est qu'elles correspondent à des outils-étalons mentaux servant à donner la mesure de la marge ou degré de possibilité de survenance de choses selon les circonstances. »¹⁷⁸⁰

Prendre conscience de ces mécanismes d'obéissance permet de montrer comment les autorités s'en sont appropriées pour en renforcer l'impact. Certains Etats ont en effet créé de véritables entités de *psychologie politique* afin de mettre à profit les résultats obtenus dans les sciences comportementales pour consolider la mise en œuvre de leurs politiques publiques comme nous l'avons montré plus haut¹⁷⁸¹.

Pour *augmenter le respect du droit souple* sans lui conférer des effets juridiques, les autorités peuvent mettre à profit les expériences menées dans le champ des sciences affectives (let. b) et comportementales (let. c) pour en appliquer les techniques. Elles peuvent aussi faire procéder à l'évaluation de sa mise en œuvre (let. d).

¹⁷⁷⁷ GRECO, *Troisième cycle d'évaluation : quatrième rapport intérimaire de Conformité sur la Suisse*, Strasbourg, 23 juin 2017.

¹⁷⁷⁸ GRECO, *Quatrième cycle d'évaluation : prévention de la corruption des parlementaires, des juges et des procureurs*, Strasbourg, 2 décembre 2016.

¹⁷⁷⁹ Jean-Philippe DUNAND *et al.*, *Etude sur la protection accordée aux représentants des travailleurs*, Berne/Neuchâtel, 2015, p. 8 ss.

¹⁷⁸⁰ Paul AMSELEK, *Orientations générales de mes recherches en matière de philosophie du droit* (paul-amselek.com > Itinéraire), [s. l.], 2008, ch. I/1. Cf. ég. Paul AMSELEK, « L'idée de technique : sésame de l'expérience juridique », in : Desrameaux/Colonna d'Istria (dir.), *Penser la technique juridique*, Paris, 2018, p. 7 et 10.

¹⁷⁸¹ Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.2b.V.

b. Le maniement des émotions et des sentiments

Décrire comment les autorités utilisent les émotions et les sentiments à des fins comportementales en s'affranchissant de la force de la loi est un exercice périlleux. Le champ des émotions est si large et les interactions entre elles si complexes et entrecroisées que nous n'en exposerons les quelques illustrations suivantes qu'à titre purement impressionniste¹⁷⁸².

La peur et la crainte – Actionner la peur, la crainte ou l'angoisse est un puissant vecteur d'obéissance permettant de modifier les perceptions et les comportements. Il est tant à la base du droit « dur », rendu précisément dur par sa force de coercition génératrice de peur¹⁷⁸³, qu'à celle du droit « souple »¹⁷⁸⁴.

La crainte pour l'image d'un Etat ou celle de perdre des avantages économiques explique l'efficacité sans précédent des recommandations du Groupe d'action financière (GAFI) en matière de *lutte contre le blanchiment d'argent*¹⁷⁸⁵.

Si pendant longtemps aucune crainte sérieuse n'était perceptible en Suisse en matière de *transparence du financement des partis politiques* ou du *financement des partis politiques par les juges*, domaines où les recommandations du GRECO restent aujourd'hui lettre morte¹⁷⁸⁶, il n'est pas exclu que la situation change en fonction de l'évolution des mentalités.

L'impact de la peur peut être renforcé par des *émotions négatives* telles que le dégoût, l'aversion, l'indignation, la colère ou la tristesse : la crainte de la maladie dans les campagnes anti-tabac peut ainsi être renforcée par des images inspirant le dégoût. D'autres mécanismes psychologiques aidant à l'obéissance se fondent également sur cette émotion :

- la *figure d'autorité*, étonnamment vivace comme la fameuse expérience de Stanley MILGRAM l'a démontré, reposant autant sur une crainte diffuse que sur l'admiration ou le désir de plaire, est un moteur classique du respect non seulement de toutes les

¹⁷⁸² L'éventail des émotions s'est étendu depuis la description des six émotions de base par Paul EKMAN, élargie ultérieurement à seize (tristesse, joie, colère, peur, dégoût et surprise ; Paul EKMAN, « An Argument for Basic Emotions », in : *Cognition and Emotion*, 1992, 6, p. 169 ss). Cf. Julien DEONNA/Fabrice TERRONI, *Qu'est-ce qu'une émotion ?*, Paris, 2008. On n'approfondira pas ici la différence entre émotions, sentiments ou affects.

¹⁷⁸³ OST (2016), p. 423 ss. Cf. ég. ci-dessus ch. 1.1.2.3b.III, en particulier la note de bas de page [Bernard Sève].

¹⁷⁸⁴ FLÜCKIGER (2009), p. 84 s.

¹⁷⁸⁵ Cf. ci-dessus ch. 3.3.5.2a (Exemples).

¹⁷⁸⁶ Cf. ci-dessus ch. 3.3.5.2a (Exemples).

recommandations émanant d'une autorité étatique¹⁷⁸⁷, mais des *règles de droit* plus généralement¹⁷⁸⁸ ;

- le *conformisme*, où la pression du changement peut provenir d'une crainte d'entrer en conflit avec le groupe (mais aussi d'un désir de reconnaissance). Le conformisme peut être utilisé comme un moyen pour renforcer la mise en œuvre d'une recommandation (communication d'une norme sociale¹⁷⁸⁹).
- la peur anticipée du *regret* ou du *remord* qu'une conduite contraire à une recommandation peut nous faire valoir (ne pas avoir porté un préservatif avant un acte sexuel risqué ; remord de ne pas avoir voulu signer une carte de donneur d'organes au moment où l'on a concrètement besoin d'être transplanté).

La peur peut également être d'origine *réglementaire*, *décisionnelle* ou *juridictionnelle*. La menace d'adopter une réglementation, de rendre une décision ou de déposer un recours est brandie comme une épée de Damoclès pour inciter un secteur déterminé à s'autoréguler¹⁷⁹⁰. La crainte d'engager sa *responsabilité*, tant *civile* que *pénale*, est très efficace pour inciter au respect de certaines recommandations¹⁷⁹¹. Enfin la crainte peut être de nature *économique*. La crainte est celle de perdre de l'argent, à l'instar des taxes incitatives où le comportement taxé n'est pas interdit mais simplement déconseillé (par exemple l'absence de tri sélectif dans le cas de la taxe-poubelle)¹⁷⁹².

La honte et la culpabilité – Provoquer la honte et la culpabilité est un effet classique des sanctions pénales. Ce sentiment est encore renforcé en lien avec la peur de leur survenance. Le droit souple y recourt abondamment même si actionner un tel ressort est susceptible d'entrer en conflit avec la protection de la personnalité ou l'interdiction des discriminations par exemple¹⁷⁹³. L'atteinte à la réputation d'une entreprise, d'une corporation ou d'un individu peut coûter en effet très cher en termes d'image. Aussi n'est-il pas étonnant que l'autorégulation soit souvent provoquée par ce type de sentiments (*corégulation*)¹⁷⁹⁴. Les méthodes de *comparaison*, de *notation* et de *classement*¹⁷⁹⁵ ainsi que les procédés de *mise à*

¹⁷⁸⁷ FLÜCKIGER (2009), p. 82 ss.

¹⁷⁸⁸ Cf. par exemple CUTTAT (2018), § 46 : « En plaçant la sanction en arrière-plan du droit, l'*Auctoritas* s'écarte de la tutelle de l'État en instituant une gouvernance qui constitue la somme des diverses voies par lesquelles individus et institutions, tant dans la sphère publique que privée, conduisent leurs affaires communes, inaugurant une démocratie qui croit davantage en l'homme, doué de raison et de sensibilité, qu'en une toute puissance étatique ».

¹⁷⁸⁹ Cf. ci-dessus ch. 3.3.3.3b.

¹⁷⁹⁰ Cf. ci-dessous ch. 3.4.4.3c.

¹⁷⁹¹ Cf. ci-dessous ch. 3.3.5.3b.

¹⁷⁹² Cf. ci-dessus ch. 3.2.3.

¹⁷⁹³ FLÜCKIGER (2009), p. 89 s. (réf. cit.).

¹⁷⁹⁴ Cf. ci-dessous ch. 3.4.4.3.

¹⁷⁹⁵ Cf. ci-dessus ch. 3.3.3.3e et 3.3.3.3f.

l'index (« naming and shaming »), d'évaluation de la mise en œuvre¹⁷⁹⁶ et de pression par les pairs (« peer pressure ») parient également sur l'efficacité de ces émotions. Les campagnes d'information y recourent parfois : honte de faire nettoyer ses immondices par autrui dans le cadre de la lutte contre le dépôt sauvage de déchets (« littering ») ; culpabilité du non-donateur d'organes de ne pas sauver la vie de malades ; culpabilité du père de famille envers son épouse et ses enfants confrontés à ses amantes affriolantes utilisée dans le cadre d'une campagne de prévention du sida.

Le désir, l'envie, la fierté et la jalousie – Ces émotions puissantes rendent efficaces plusieurs instruments d'action, en particulier ceux qui recourent à l'incitation économique et la concurrence qu'elle induit. Les systèmes de classement et de comparaison parient autant sur le désir et la fierté des premiers de classe à progresser dans l'échelle que sur la jalousie et l'envie qu'ils suscitent. La remise de prix ou de distinctions par les autorités aux personnes les plus méritantes fonctionne selon le même sentiment.

Certains auteurs théorisent ce mécanisme sous l'expression paradoxale de *sanctions positives* : « Les sanctions positives constituent à cet égard un mécanisme juridique qui inaugure une conception juridique substituant à l'idée de répression celle d'une promotion sous forme de récompense, de plaisir pour le plaisir, de bonnes actions, soit l'attribution d'un avantage économique, d'un bien, d'un statut moral, d'une gratification ou d'une jouissance. »¹⁷⁹⁷

La joie, le plaisir, le bonheur et la reconnaissance – On trouve la joie et le bonheur comme moteurs du respect de certaines recommandations¹⁷⁹⁸. Certaines campagnes d'information misent dorénavant délibérément sur ces émotions positives pour promouvoir le comportement recommandé : l'estime de soi et la fierté retrouvée en matière de prévention de l'alcoolémie ; le plaisir de manger sainement dans la lutte contre l'obésité ; le bonheur de voir gambader un bambin greffé du cœur dans la promotion du don d'organe. Dans ce dernier domaine, le législateur contribue à promouvoir le don en autorisant le fait que la personne transplantée puisse exprimer sa reconnaissance envers le donateur ou la donatrice sous forme de « geste symbolique de remerciement postérieur à la transplantation ».

Le don reste ainsi gratuit selon la loi : « Il est interdit d'octroyer ou de percevoir un quelconque avantage pécuniaire ou un autre avantage pour le don d'organes, de tissus ou de cellules d'origine humaine. Ne sont pas considérés comme un avantage pécuniaire ou un autre avantage [...] un geste symbolique de remerciement postérieur à la transplantation »¹⁷⁹⁹.

¹⁷⁹⁶ Cf. ci-dessus ch. 3.3.5.2d.

¹⁷⁹⁷ CUTTAT (2018), § 38.

¹⁷⁹⁸ FLÜCKIGER (2009), p. 91 s. (réf. cit.).

¹⁷⁹⁹ Art. 6 al. 1^{er} et 2 let. c de la loi sur la transplantation (RS 810.21).

L'empathie – L'empathie¹⁸⁰⁰ est une émotion indispensable au succès des procédures non juridiques de règlement des différends telles que la conciliation ou la médiation. Les techniques d'influence ayant recours aux récits biographiques (« storytelling »)¹⁸⁰¹ font appel à elle en conjonction avec la compassion, la pitié voire la colère. En matière de don d'organe, le taux de consentement est plus élevé chaque fois que les médecins font preuve d'empathie envers les proches du donneur potentiel alors qu'il diminue en cas de froideur¹⁸⁰².

La confiance – La confiance, qui amène à la sécurité juridique, est fondamentalement à la base du droit « dur ». Un ordre juridique n'impose en effet pas son autorité par la seule force coercitive extérieure (« vis coactiva ») mais également, et probablement surtout, par la confiance et le crédit que ses destinataires accordent à sa légitimité (« vis directiva ») afin de lui assurer une effectivité durable¹⁸⁰³. C'est la raison pour laquelle ROUSSEAU prônait l'*amour* des lois afin d'en assurer le respect :

« l'autorité la plus absolue est celle qui pénètre jusqu'à l'intérieur de l'homme, & ne s'exerce pas moins sur la volonté que sur les actions. Il est certain que les peuples sont à la longue ce que le gouvernement les fait être. Guerriers, citoyens, hommes, quand il le veut; populace & canaille quand il lui plaît: & tout prince qui méprise ses sujets se déshonore lui-même en montrant qu'il n'a pas su les rendre estimables. Formez donc des hommes si vous voulez commander à des hommes; si vous voulez qu'on obéisse aux lois, faites qu'on les aime, & que pour faire ce qu'on doit, il suffise de songer qu'on le doit faire. »¹⁸⁰⁴

Le droit souple fait pareillement le pari de la confiance : adhérer par résolution personnelle à une norme en fonction de la confiance que l'on peut placer dans son contenu plutôt qu'obéir par crainte du châtement, selon la distinction de SAINT PAUL (obéissance « propter conscientiam » vs « propter iram »)¹⁸⁰⁵. Certains instruments souples, à l'instar des *arrangements informels*¹⁸⁰⁶, du *serment* ou de la *déclaration sur l'honneur*¹⁸⁰⁷, sont typiquement fondés sur la confiance.

¹⁸⁰⁰ FLÜCKIGER (2009), p. 94 s. (réf. cit.).

¹⁸⁰¹ Cf. ci-dessus ch. 1.2.1.2b et 2.1.2.1b.

¹⁸⁰² FLÜCKIGER (2009), p. 94 (réf. cit.).

¹⁸⁰³ OST (2016), p. 431 ss.

¹⁸⁰⁴ Jean-Jacques ROUSSEAU, « Economie ou Œconomie », in : Diderot/d'Alembert (dir.), *L'Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, tome 5, Paris, 1755. On retrouve cette idée chez Jean CARBONNIER qui considérerait que les lois « gagner[aient] en crédit si elles comport[aient] comme un père ou une mère, dont l'autorité s'enveloppe d'amour et de sagesse, et qui s'attache à raisonner l'enfant avant de le contraindre. » (Jean Carbonnier, *Flexible droit*, 10^e édition, p. 164, cit. in : COMBRADE [2017], p. 347).

¹⁸⁰⁵ SAINT PAUL, *Épître aux Romains*, 13, 5 (cit. par OST [2016], p. 432).

¹⁸⁰⁶ Cf. ci-dessous ch. 3.4.2.3b.

¹⁸⁰⁷ Cf. ci-dessus ch. 3.3.3.1a.

La surprise – Contrairement à la confiance, la surprise n'est pas la bienvenue dans le système juridique, fondamentalement fondé sur le principe de la sécurité et de la prévisibilité du droit¹⁸⁰⁸. Le droit souple peut précisément être utilisé de manière stratégique pour *déjouer toute surprise* en créant une accoutumance graduelle à une nouvelle règle. Cette fonction expérimentale permet d'étudier la réaction des destinataires face à ces règles souples (droit « vert ») et de les pérenniser, sans surprise, en normes obligatoires en fonction de l'impact observé¹⁸⁰⁹.

Atténuer l'effet de surprise est aussi utilisé pour accroître les dons d'organes (approche anticipée des proches d'un sujet en coma grave ; protocoles d'accueil des familles pour passer en douceur du « deuil au don »)¹⁸¹⁰.

En revanche *favoriser l'effet de surprise* est un levier efficace pour orienter les comportements qui, cependant, s'avère hautement discutable du point de vue des principes de l'Etat de droit, en particulier celui de la bonne foi et de la confiance.

On citera l'exemple des techniques de manipulation qui recourent délibérément à l'effet de surprise comme celles de la porte-au-nez ou du leurre¹⁸¹¹ ou l'exemple d'une émission de télévision, dont l'effet s'est traduit par un accroissement important des demandes de cartes de donneurs, qui mettait en compétition des malades face à une donneuse de rein dans laquelle les téléspectateurs apprenaient à la fin, par surprise, que celle-ci était une comédienne¹⁸¹².

c. La manipulation comportementale

I. Introduction

Dans les exemples précédents, les destinataires des normes souples sont libres ou non de les suivre. Ils sont conscients de leurs décisions, même si celles-ci ont été plus ou moins fortement influencées par des émotions dont ils n'ont peut-être pas toujours pris la correcte mesure. Les sciences comportementales ont permis de franchir une étape supplémentaire en démontrant expérimentalement que nos décisions de comportement pouvaient être affectées par des biais cognitifs dont l'individu n'est simplement pas conscient¹⁸¹³. Si le marketing a été précurseur dans l'utilisation de ces failles de nos esprits afin de provoquer à notre insu des décisions d'achat, certains psychologues, économistes et juristes ont proposé depuis une décennie environ de les mettre à profit pour

¹⁸⁰⁸ FLÜCKIGER (2009), p. 92 s. (réf. cit.).

¹⁸⁰⁹ Cf. ci-dessus ch. 3.3.4.2 et ci-dessous ch. 6.2.4.3c.III.

¹⁸¹⁰ FLÜCKIGER (2009), p. 93 (réf. cit.).

¹⁸¹¹ Cf. ci-dessous ch. 3.3.5.2c.II.

¹⁸¹² FLÜCKIGER (2009), p. 93 s. (réf. cit.).

¹⁸¹³ Cf. ci-dessous ch. 3.6.4.3a.

orienter le comportement des citoyennes et des citoyens dans le sens des politiques publiques.

Les autorités ne cherchent plus dans ce contexte à influencer le comportement de leurs sujets ni par des arguments, ni même par des émotions, mais simplement en manipulant leur environnement comportemental de sorte que la décision désirée soit prise automatiquement par leur cerveau, sans que l'individu soit conscient que le choix de son comportement, qu'il croit libre, a en réalité été précontraint par une manipulation ou par l'exploitation délibérée de ses biais psychologiques. Nos cerveaux auront alors été victimes d'une « illusion cognitive », tout comme nos yeux se laissent berner par une illusion d'optique¹⁸¹⁴.

II. Les techniques de l'engagement

Au début des années 2000, Robert-Vincent JOULE et Jean-Léon BEAUVOIS ont ainsi exposé au grand public des techniques destinées à faire faire « librement » aux individus des actes que ceux-ci n'auraient pas accomplis autrement¹⁸¹⁵. Pour obtenir cette « soumission librement consentie »¹⁸¹⁶, ils proposent d'appliquer notamment¹⁸¹⁷ la *théorie de l'engagement*¹⁸¹⁸ à diverses politiques publiques telles que l'économie d'énergie, la prévention des accidents de travail, la lutte contre le sida ou le don du sang¹⁸¹⁹.

Appliquer des stratégies d'engagement dans le cadre de la politique de lutte contre le sida permet d'accroître la propension à porter un préservatif par rapport à des campagnes d'information, de sensibilisation ou de persuasion traditionnelles¹⁸²⁰.

Cette théorie consiste à prédéterminer le comportement de la personne en l'engageant à son insu dans une ou plusieurs conduites préalables. Il suffit dès lors

¹⁸¹⁴ Alexandre FLÜCKIGER, « Gouverner par des < coups de pouce > (nudges) : instrumentaliser nos biais cognitifs au lieu de légiférer ? », in : *Les Cahiers du droit*, vol. 59, n° 1, mars 2018, p. 203.

¹⁸¹⁵ Robert-Vincent JOULE/Jean-Léon BEAUVOIS, *Petit traité de manipulation à l'usage des honnêtes gens*, Grenoble, 2002. Cf. Alexandre FLÜCKIGER, « Pourquoi respectons-nous la soft law ? », in : *Revue européenne des sciences sociales*, vol. 57, n° 144, 2009, ch. 3.

¹⁸¹⁶ Robert-Vincent JOULE/Jean-Léon BEAUVOIS, *La soumission librement consentie : comment amener les gens à faire librement ce qu'ils doivent faire ?*, 5^e éd, Paris, 2006.

¹⁸¹⁷ Pour la description d'autres techniques appliquées au renforcement du respect des normes, par exemple les effets de l'obligation de motiver résultant d'une utilisation stratégique de la *dissonance cognitive* ou le recours aux *effets de contexte* (contraste et compromis), cf. FLÜCKIGER (2009), p. 98 ss.

¹⁸¹⁸ Charles A. KIESLER, *The Psychology of Commitment: experiments linking behaviour to belief*, New York, 1971.

¹⁸¹⁹ JOULE/BEAUVOIS (2006) ; FLÜCKIGER (2009), p. 97.

¹⁸²⁰ JOULE/BEAUVOIS (2006) (note 1816), p. 137 ss.

à l'autorité de placer l'individu dans l'un des contextes suivants pour qu'il soit enclin, sans qu'il en soit conscient, à adopter le comportement désiré¹⁸²¹ :

- Le *pied-dans-la-porte* : faire précéder la demande principale par une demande anodine, peu coûteuse et sans rapport nécessaire avec la requête principale (par exemple demander l'heure) avant de solliciter le sujet pour lui demander d'accomplir l'acte voulu qu'il aurait probablement refusé de faire si la requête n'avait pas été précédée de cette demande préalable. *Exemple* : le don du sang a été utilisé comme pied-dans-la-porte prédisposant à signer une carte de donneur d'organes, les donneurs de sang étant tendanciellement plus nombreux à signer une carte de donneur d'organes que les non-donneurs¹⁸²².
- La *porte-au-nez* : faire précéder la requête principale d'une demande excessive mais non abusive afin d'obtenir moins, le « moins » correspondant en réalité à ce que le demandeur veut exactement. L'effet de surprise apaisante crée chez le sujet une illusion de gain le rendant statistiquement plus apte à consentir. *Exemple* : offrir de signer une carte de donneur d'organe après que la personne a refusé d'être un donneur vivant est une porte-au-nez.
- L'*amorçage* : obtenir d'un individu l'assentiment de réaliser une action dont on lui cache dans un premier temps le coût réel avant de l'informer ultérieurement complètement.
- Le *leurre* : variante de l'amorçage, consistant à conduire le sujet à accomplir un comportement, attractif, dont le demandeur sait que son exécution sera impossible, avant que celui-ci l'en informe dans un second temps et propose au sujet une solution alternative, plus coûteuse, mais que le demandeur avait initialement en tête. On ne donnera pas d'exemples pour ces deux dernières techniques, étant manifestement contraires au principe de la bonne foi (art. 5 al. 3 et 9 Cst. féd.).

Ces auteurs soulignent la nécessité que l'individu se *croie* libre de décider pour que l'effet escompté surgisse. Le fait de dire explicitement à une personne qu'elle est libre de choisir après une proposition qu'on lui a faite augmente sensiblement l'efficacité du procédé. Le « sentiment de liberté » devient dans ce cas « une élégante technique de manipulation » en soi¹⁸²³. N'est-ce pas là précisément le ressort même du droit souple ?

III. L'économie comportementale

A la même période, Cass SUNSTEIN et Richard THALER ont proposé plus généralement d'appliquer les résultats en économie comportementale (« behavioral economics ») dans le domaine juridique et les politiques publiques, afin d'orienter les individus à leur insu dans leurs choix de comportement en dehors de toute contrainte. Les individus sont, sans en être conscients et sans y

¹⁸²¹ Les paragraphes suivants sont recopiés de FLÜCKIGER (2009), p. 96.

¹⁸²² FLÜCKIGER (2009), p. 97.

¹⁸²³ JOULE/BEAUVOIS (2002), p. 160.

être forcés, poussés à faire de « meilleurs » choix, encouragés par des « coups de pouces » (« nudges ») que nous détaillerons plus bas¹⁸²⁴.

d. *L'évaluation (par les pairs ou non) de la mise en œuvre des actes non obligatoires*

L'évaluation de la mise en œuvre porte d'ordinaire sur les règles de droit afin d'en assurer l'exécution et d'en vérifier l'impact¹⁸²⁵. Le procédé est aussi compréhensible que légitime puisque les lois sont des textes que leurs destinataires sont obligés de suivre. Appliquée aux actes non obligatoires, la méthode peut sembler a priori surprenante dans la mesure où les destinataires ne sont ni obligés ni contraints de les mettre en œuvre.

En pratique, un tel suivi n'est pas neutre. Il renforce l'effectivité des actes non obligatoires en ravivant le potentiel des techniques précédentes. Les autorités ne s'y sont pas trompées, en institutionnalisant le procédé, allant parfois jusqu'à rendre l'évaluation obligatoire. A cet effet, elles instaurent des organes ou prévoient des clauses d'évaluation de la mise en œuvre de recommandations, en précisant parfois même qu'il s'agit ainsi de leur donner un « effet pratique »¹⁸²⁶. Un tel mécanisme équivaut à renforcer une recommandation de mise en œuvre. Lorsque l'évaluation est effectuée par des entités sans lien hiérarchique, il peut être qualifié d'examen par les pairs.

Si la méthode peut paraître paradoxale (les autorités évaluent, font ou laissent évaluer la mise en œuvre d'un texte qu'elles ne sont pourtant pas obligées de mettre en œuvre), elle donne une preuve supplémentaire de la fluidité de la frontière entre le droit et le non-droit : « En portant l'attention sur la phase de l'exécution, le contrôle de l'application d'une recommandation fait le pari qu'un texte non obligatoire mis effectivement en œuvre vaut mieux qu'un texte obligatoire qui ne le serait pas, soulevant immanquablement la question de la légitimité du mécanisme. »¹⁸²⁷

Exemples :

- Le *Groupe d'Etats contre la Corruption* (GRECO) est compétent pour adopter des recommandations non seulement par exemple dans le cadre du suivi de la mise en œuvre de la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe¹⁸²⁸ mais, également, pour assurer l'exécution de la Recommandation du Comité des Ministres aux Etats membres sur les règles communes contre la corruption dans le financement

¹⁸²⁴ Cf. ci-dessous ch. 3.6.4.3a.

¹⁸²⁵ Cf. ci-dessous ch. 6.2.3.1.

¹⁸²⁶ Cf. l'exemple du Comité mixte du Conseil de l'Europe ci-dessous.

¹⁸²⁷ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 419.

¹⁸²⁸ Art. 24 de la Convention pénale sur la corruption du 27 janvier 1999 (RS 0.311.55).

des partis politiques et des campagnes électorales du 8 avril 2003¹⁸²⁹. Toujours au sein du *Conseil de l'Europe*, « [l]es conclusions du Comité des Ministres peuvent, s'il y a lieu, revêtir la forme de recommandations aux Gouvernements. Le Comité peut inviter ceux-ci à lui faire connaître la suite donnée par eux aux dites recommandations. »¹⁸³⁰ Le Comité Mixte est l'organe de coordination qui a notamment pour tâche « d'examiner et de susciter les mesures susceptibles de donner un effet pratique aux recommandations » adoptées par le Comité des Ministres ou par l'Assemblée parlementaire¹⁸³¹.

- Le *Groupe d'action financière* (GAFI) dispose d'un Groupe de travail sur les évaluations et la mise en œuvre (WGEI) chargé de contrôler le processus d'évaluation mutuelle de la mise en œuvre de ses recommandations¹⁸³². Il a exposé la méthodologie d'évaluation dans un guide et a élaboré un manuel à cet effet à l'intention des pays et des évaluateurs¹⁸³³.
- Le Forum d'examen des migrations internationales (*International Migration Review Forum*) est prévu par le Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières (*Global compact for safe, orderly and regular migration*)¹⁸³⁴, acte non obligatoire juridiquement, afin d'« examiner l'état d'avancement de l'application du Pacte mondial aux niveaux local, national, régional et mondial »¹⁸³⁵. Il se tiendra tous les quatre ans dès 2022 et « donnera lieu à l'adoption d'une déclaration intergouvernementale sur les progrès réalisés, qui pourra être soumise pour examen au Forum politique de haut niveau pour le développement durable. »¹⁸³⁶ Chaque année, un « espace de débat informel sur la mise en œuvre du Pacte mondial » devrait être organisé afin de « rendre compte au Forum d'examen des migrations internationales des conclusions, meilleures pratiques et stratégies innovantes recensées à l'issue de ce débat. »¹⁸³⁷ Le Pacte a explicitement pour objectif « de renforcer l'efficacité et la cohérence des procédures de suivi et d'examen prévues dans le Pacte mondial. »¹⁸³⁸

¹⁸²⁹ « Le Comité des Ministres [...] charge le « Groupe d'Etats contre la corruption – GRECO » de suivre la mise en œuvre de cette recommandation. » (préambule *i.f.*)

¹⁸³⁰ Art. 15 let. b du Statut du Conseil de l'Europe (RS 0.192.030).

¹⁸³¹ Comité Mixte, ch. i, lit. d de la Résolution statutaire (51) 30 du 3 mai 1951, du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe (RS 0.192.030.12).

¹⁸³² GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE, *Recommandations du GAFI : Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération*, adoptées le 16 février 2012. Sur leur nature juridique de soft law, cf. Ursula CASSANI, « L'internationalisation du droit pénal économique et la politique criminelle de la Suisse : la lutte contre le blanchiment d'argent », in : *Revue de droit suisse*, vol. 2, Bâle, 2008, p. 235 ss.

¹⁸³³ Sur ce processus d'évaluation en détail, cf. CASSANI (2008), p. 249 ss.

¹⁸³⁴ Sur ce pacte, cf. ci-dessous ch. 3.5.4.3.

¹⁸³⁵ § 49 let. d

¹⁸³⁶ § 49 let. d

¹⁸³⁷ § 51.

¹⁸³⁸ § 54.

- Les commissions de surveillance parlementaire sont autorisées en *droit fédéral* à adresser des recommandations aux autorités assujetties à la haute surveillance du parlement. Ces dernières ont l'obligation d'informer les commissions de surveillance parlementaire « de la suite donnée à ces recommandations ». ¹⁸³⁹
- L'*examen d'une cour des comptes par ses pairs* conduit à des recommandations. La « mise en œuvre des résultats et suivis » de celles-ci fait l'objet d'une dernière section du Guide d'examen par les pairs ¹⁸⁴⁰, norme internationale non étatiques de l'Organisation internationale des institutions supérieures de contrôle des finances publiques (INTOSAI). Il est notamment prévu dans cette section que la cour des comptes examinée puisse « inviter l'équipe chargée de l'examen par les pairs à vérifier la mesure dans laquelle les recommandations ont été suivies après un délai convenu (par exemple un, deux ou trois ans), selon l'importance et la signification des recommandations. Après vérification, l'équipe pourrait préparer un autre rapport sur la progression de la mise en œuvre des recommandations et sur la mise à jour des recommandations formulées à l'origine. » ¹⁸⁴¹
- En *droit intercantonal*, « [l]e Conseil suisse de présentation des comptes publics doit observer comment les recommandations sont appliquées. Il établit régulièrement un rapport sur l'état de mise en œuvre des recommandations. » ¹⁸⁴²

Alors qu'elle est en train de s'imposer progressivement pour les lois, *l'évaluation prospective de l'impact probable* peut s'appliquer désormais également aux *projets de recommandations* à l'exemple du droit de l'Union européenne ¹⁸⁴³.

3.3.5.3 Les effets de nature juridique

a. Introduction

Les actes de droit souple ont souvent des effets de nature juridique. Ils ne s'imposent donc pas uniquement par les mécanismes politiques, sociologiques ou psychologiques que nous venons de décrire. Si un tel constat peut surprendre, il démontre tout l'intérêt que les autorités ont à s'approprier d'une telle normativité pour orienter le comportement des individus. Si ces effets peuvent être semi-obligatoires (ch. 3.3.5.3b), ils deviennent, parfois, obligatoires (ch. 3.3.5.3c).

¹⁸³⁹ Art. 158 Loi sur le Parlement. Pour d'autres exemples également, cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 418 s.

¹⁸⁴⁰ *Guide d'examen par les pairs et Annexe : domaines et questions d'un examen par les pairs* (ISSAI 5600-« endossé en 2016 »).

¹⁸⁴¹ Ch. 9.5.

¹⁸⁴² CONFÉRENCE DES DIRECTRICES ET DIRECTEURS CANTONAUX DES FINANCES (FDK/CDF), *Manuel : modèle comptable harmonisé pour les cantons et les communes MCH2*, Berne 2008/2017, p. 6.

¹⁸⁴³ Cf. ci-dessus ch. 2.2.3.3b.

b. Les effets semi-obligatoires

Les actes de droit souple peuvent déployer des effets semi-obligatoires par le détour du juge, du législateur ou d'un rapport contractuel.

Lorsqu'un tribunal a jugé qu'une recommandation spécifique, publique ou privée, devait s'appliquer pour définir les limites de la négligence ou de l'imprudence dans le contexte de la *responsabilité civile, administrative ou pénale*, les destinataires de la recommandation sont liés dans les faits de manière quasiment obligatoire. En droit pur cependant, ces derniers demeurent libres d'adopter un autre comportement et n'auront rien à craindre de la justice aussi longtemps qu'un événement susceptible d'engager leur responsabilité ne se réalise pas¹⁸⁴⁴.

Le fait que le responsable d'un centre aquatique n'a pas fait placer une caméra de vidéosurveillance sous l'eau conformément aux recommandations du Bureau suisse de prévention des accidents a conduit à la noyade d'un adolescent, entraînant la condamnation du responsable pour homicide par négligence¹⁸⁴⁵.

Les actes de droit souple peuvent également être utilisés par les autorités administratives ou les tribunaux pour *interpréter* d'autres *concepts juridiques indéterminés*.

Exemples :

- On peut trouver de nombreux exemples en *droits humains*. Une illustration parmi de multiples¹⁸⁴⁶ : selon la Cour européenne des droits de l'homme, la Roumanie, attaquée pour n'avoir pas fait cesser l'exploitation de minerai d'or, aurait dû tenir compte de la *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement* de juin 1992 – un acte de droit souple qui contient le principe de précaution – afin de respecter le droit à la protection de la vie privée (art. 8 CEDH)¹⁸⁴⁷.
- Selon le Tribunal fédéral, le fait que les Recommandations générales relatives à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) revêtent une nature non contraignante n'implique toutefois pas que celles-ci sont dénuées de signification juridique. Celles-ci constituent en effet une

¹⁸⁴⁴ Cf. ég. ci-dessous ch. 3.4.4.4b.IV et l'exemple historique d'un Code de la route privé ch. 3.4.3.3a. Sur la responsabilité fondée sur la confiance qui découle de l'octroi d'un certificat ISO, cf. ATF 142 III 84, 90 (niée).

¹⁸⁴⁵ Tribunal fédéral, arrêt 6S.358/2004 du 10 novembre 2004, c. 5.3 et 6.2. Cf. l'exemple des directives médico-éthiques de l'Académie Suisse des Sciences Médicales relatives à l'*exercice de la médecine auprès des personnes détenues*, ci-dessous ch. 3.4.4.4b.IV. Sur l'effet des recommandations privées applicables à la pratique du *ski*, cf. Raphael KRAEMER, *Verkehrsregelung auf ausserordentlichen Verkehrsflächen : unter besonderer Berücksichtigung der Geltung des SVG auf Skipisten und Wanderwegen*, Fribourg, 2015, p. 111 ss.

¹⁸⁴⁶ Cf. les textes de Mihaela AILINCAI, Françoise TULKENS/Sébastien VAN DROOGHENBROECK, Isabelle DUPLESSIS et Michèle OLIVIER, ci-dessus dans la note de bas de page 1560.

¹⁸⁴⁷ Cour EDH, Affaire n° 67021/01 du 27 janvier 2009 (*Tatar c. Roumanie*), § 12.

importante source de connaissance (« wichtige Erkenntnisquelle ») pour l'interprétation de la convention¹⁸⁴⁸.

- De manière plus générale, les *recommandations émanant des organes du Conseil de l'Europe* doivent être prises en considération (« berücksichtigt ») par le Tribunal fédéral pour concrétiser les droits fondamentaux garantis tant dans la Constitution fédérale que la CEDH¹⁸⁴⁹.
- Il en va de même pour les *normes privées* qui peuvent être utilisées par les autorités comme instrument d'interprétation de la loi indépendamment d'une clause de renvoi. Nous y reviendrons¹⁸⁵⁰.

Le législateur peut opérer un *renvoi* à des actes de droit souple par le détour de *clauses d'impérativité semi-obligatoires*¹⁸⁵¹ directes ou indirectes¹⁸⁵². Il peut exiger que les écarts éventuels par rapport à une recommandation ne soient admis qu'à la condition d'être *motivés*, ou déclarer que les recommandations servent uniquement de source d'inspiration ou de *base de décision* aux autorités pour adopter une mesure ou délivrer une prestation¹⁸⁵³.

Exemple de base de décision :

- l'Office vétérinaire fédéral « tient compte » des recommandations internationales pour l'établissement des statistiques¹⁸⁵⁴. La nature semi-obligatoire de cette formulation (« tient compte ») ressort de l'ordonnance fédérale sur l'approbation de décisions et de recommandations internationales¹⁸⁵⁵ : « Les recommandations approuvées ne sont pas contraignantes. Les autorités compétentes sont invitées à en tenir compte lors de l'exécution de prescriptions sur la protection de l'environnement. »

Il en va de même des *tribunaux* qui peuvent aussi conférer un effet semi-obligatoire à certains actes en exigeant des *motifs pertinents* pour s'en écarter à l'instar des *expertises* ou des *avis* rendus par des services spécialisés dans l'ad-

¹⁸⁴⁸ ATF 137 I 305, p. 325 s.

¹⁸⁴⁹ ATF 118 Ia 64, p. 70 (réf. cit.).

¹⁸⁵⁰ Cf. ci-dessous ch. 3.4.4.4c.V.

¹⁸⁵¹ FLÜCKIGER (2004), p. 254 s. Pour les plans, cf. ci-dessous ch. 3.5.2.5b ; en matière d'autorégulation, cf. les clauses de renvoi à caractère semi-obligatoire ci-dessous ch. 3.4.4.4b.III.

¹⁸⁵² Cf. ci-dessous ch. 3.5.2.5b.

¹⁸⁵³ Pour les actes privés et concertés, cf. l'exemple du renvoi dynamique indirect et des renvois directs et indirects semi-obligatoires, cf. ci-dessous ch. 3.4.4.4b.III et 3.4.4.4b.IV ; pour les plans, cf. ci-dessous ch. 3.5.2.5b avec une série d'exemples de formulations.

¹⁸⁵⁴ Art. 147 al. 2 de l'ordonnance du 23 avril 2008 sur la protection des animaux (RS 455.1).

¹⁸⁵⁵ Art. 2 al. 2 de l'ordonnance du DETEC (Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication) sur l'approbation de décisions et de recommandations internationales (RS 814.201.81).

ministration¹⁸⁵⁶. L'exigence de motivation peut également être fixée *contractuellement* dans le contexte de mesures d'autorégulation (clause dite « appliquer ou expliquer ») :

En matière de gouvernance d'entreprise, certains codes de gouvernance comportent « une clause *comply or explain* (littéralement « appliquer ou expliquer ») qui leur confère certains effets juridiques : les entreprises qui sont tenues d'appliquer le code en question doivent indiquer chaque année si elles ont respecté ou non les recommandations qui y sont formulées. »¹⁸⁵⁷

Lorsqu'une recommandation est *incorporée dans un acte normatif obligatoire ou un traité*, elle conserve sa nature appréciative. Les destinataires peuvent librement s'en détourner.

Les exemples sont rares en droit interne :

- ordonnance législative : « Sont recommandées pour la culture en Suisse les variétés mentionnées dans l'assortiment des cépages figurant à l'annexe 3 »¹⁸⁵⁸ ; un exemple historique : « les feux de croisement ou les feux de circulation diurne des véhicules automobiles devraient être allumés même de jour. »¹⁸⁵⁹
- loi formelle : « Les zones agricoles [...] devraient être maintenues autant que possible libres de toute construction. »¹⁸⁶⁰

On en trouve en droit international :

- L'accord de Paris sur le climat¹⁸⁶¹, bien qu'instituant un cadre juridiquement obligatoire¹⁸⁶², contient une série de règles exprimées sous forme de recommandations, par exemple : « Les Parties devraient prendre des mesures pour conserver et, le cas échéant, renforcer les puits et réservoirs de gaz à effet de serre. »¹⁸⁶³

Lorsque les actes ne sont juridiquement obligatoires qu'envers les autorités administratives, à l'instar des *ordonnances* administratives et autres directives, circulaires, instructions ou certains plans, les particuliers et les tribunaux sont indirectement liés par ces textes. Leur force normative est *relative*¹⁸⁶⁴.

¹⁸⁵⁶ Tribunal fédéral, arrêt 1 C_589/2014 du 3 février 2016, c. 5 ; ATF 132 II 257, p. 269 ; Pierre MOOR/Etienne POLTIER, *Droit administratif*, vol. 2 : Les actes administratifs et leur contrôle, 3^e éd., Berne, 2011, p. 281.

¹⁸⁵⁷ FF 2009 274.

¹⁸⁵⁸ Art. 3 de l'ordonnance sur les cépages (RS 916.151.7).

¹⁸⁵⁹ Art. 31 al. 5 OCR (Recueil officiel du droit fédéral 2001, 2718). En droit positif : « Les véhicules automobiles en marche doivent être éclairés en permanence » (art. 41 al. 1^{er} de la loi sur la circulation routière [RS 741.01]). Sur cet exemple et le possible effet liant sur les autorités qui sont dans une relation hiérarchique ou de surveillance, cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 413.

¹⁸⁶⁰ Art. 16 al. 1^{er} de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire (RS 700).

¹⁸⁶¹ RS 0.814.012.

¹⁸⁶² FF 2017 296 et 307.

¹⁸⁶³ Art. 5 al. 1^{er} de l'accord de Paris sur le climat.

¹⁸⁶⁴ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 430.

Les tribunaux, bien que n'étant pas juridiquement liés par les ordonnances administratives, les prennent généralement en considération et ne s'en écartent si nécessaire que de manière motivée¹⁸⁶⁵ : « Toutefois, du moment qu'elles tendent à une application uniforme et égale du droit, [les tribunaux] ne s'en écartent que dans la mesure où elles ne restitueraient pas le sens exact de la loi »¹⁸⁶⁶.

On retrouve ce schéma en droit international public, par exemple avec les directives internes de la Banque mondiale dont la doctrine a démontré un effet externe dans le cadre du financement de projets de développement¹⁸⁶⁷.

Le Tribunal fédéral reconnaît le caractère *obligatoire de fait* (« faktische Verbindlichkeit ») d'un référendum consultatif – juridiquement pourtant non obligatoire – dans la mesure où il lie, en fait, les autorités presque autant qu'une votation populaire juridiquement obligatoire dans la mesure où il n'est guère concevable politiquement que les autorités n'en tiennent aucun compte¹⁸⁶⁸. Un tel référendum doit donc reposer sur une base légale¹⁸⁶⁹. On assimilera cette obligatorité en fait à une semi-obligatorité en droit.

Enfin, lorsqu'une autorité ou une loi *menace* un sujet *de l'ouverture d'une procédure formalisée* pouvant aboutir à un acte juridique (réglementation ou décision) lorsqu'un but n'est pas atteint ou qu'une recommandation ou un arrangement informel ne sont pas suivis, la recommandation en question revêt pour son destinataire une nature au minimum semi-obligatoire¹⁸⁷⁰.

Tel est, à notre avis, le cas des recommandations émises par la FINMA dans la procédure dite préalable de surveillance (procédure informelle) lorsqu'elles sont assorties d'une menace d'ouverture d'une procédure d'*enforcement* (procédure administrative à caractère coercitif tendant à assurer le respect de la réglementation financière). Elles ne déploient pas d'effet juridique selon le Tribunal fédéral parce qu'elles ne contiennent pas un commandement de la FINMA, celle-ci ayant uniquement invité l'organisme d'autorégulation recourant – quoique avec une certaine insistance (« mit einer gewissen

¹⁸⁶⁵ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 428.

¹⁸⁶⁶ ATF 138 V 50, p. 54.

¹⁸⁶⁷ Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, « Policy Guidance and Compliance: The World Bank Operational Standards », in : Shelton (éd.), *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*, Oxford etc., 2000, p. 281 ss.

¹⁸⁶⁸ « So lässt sich für diese Auffassung vorab anführen, dass eine Konsultativabstimmung die Behörden faktisch fast ebenso bindet, wie wenn eine rechtlich verbindliche Volksbefragung durchgeführt worden wäre, denn es erscheint politisch kaum denkbar, dass sich die Behörden über das Abstimmungsergebnis hinwegsetzen. » (ATF 104 Ia 226, p. 233).

¹⁸⁶⁹ ATF 104 Ia 226, p. 234.

¹⁸⁷⁰ Le législateur peut formaliser ce mécanisme (cf. ci-dessous ch. 3.4.4.3c). En matière d'arrangements informels, on se référera à ceux conclus en prévention de l'adoption de règles de droit ou de décisions (cf. ci-dessous ch. 3.4.2.3b.II).

Eindringlichkeit ») – à adapter son règlement pour éviter une procédure, sans toutefois l’assortir de la menace d’une sanction administrative¹⁸⁷¹.

c. *Les effets obligatoires*

Phénomène a priori paradoxal, le droit souple peut devenir obligatoire dans certaines circonstances, tout d’abord par le truchement du principe de la *bonne foi* (art. 5 al. 3 et 9 Cst. féd.)¹⁸⁷², de la *coutume*¹⁸⁷³ ou de la *loi* (renvoi dans le cadre de clauses d’impérativité obligatoires).

Prévoir une *clause d’impérativité obligatoire*, directe ou indirecte¹⁸⁷⁴, est une technique législative de renvoi qui permet de conférer un caractère obligatoire à tout texte de droit souple, qu’il soit privé¹⁸⁷⁵, planificateur¹⁸⁷⁶ ou normatif : en droit de la faune, « les installations d’hébergement de ces animaux chez le destinataire doivent être conformes aux recommandations émises par le comité d’experts. »¹⁸⁷⁷

C’est par le biais d’une telle clause d’impérativité obligatoire que le législateur national a pu donner force obligatoire au *droit étranger* dans des domaines spécifiques : « Les obligations des établissements financiers suisses envers l’IRS [Internal Revenue Service]

¹⁸⁷¹ Tribunal fédéral, arrêt 2C_1184/2013 du 17.07.2014, c. 3.4. Cf. Valérie DÉFAGO GAUDIN, « La nature juridique des < recommandations > émises par la FINMA : note sur l’arrêt du tribunal fédéral 2C_1184/2013 du 17 juillet 2014 » in : *La lettre du Conseil de l’Ordre des avocats de Genève*, n° 60, 2015, p. 22 s. qui relève les circonvolutions du Tribunal à refuser de qualifier formellement cet acte de recommandation au motif que, visant à faire modifier le règlement d’un organisme d’autorégulation, l’acte querellé cherche à obtenir un comportement juridique alors que ne pourraient être définis comme recommandations que les actes visant à influencer un comportement non juridique afin de parvenir à un résultat de fait. En réalité, la discussion ne présente qu’un intérêt académique puisque le Tribunal fédéral a dénié à cet acte la qualité de décision juridique, le considérant comme un acte non attaquant, comme s’il s’était agi d’une recommandation... (c. 3.4). En l’espèce, le problème (académique) réside dans le fait que le Tribunal fédéral se fonde sur une définition à notre avis trop restrictive donnée par la doctrine de la recommandation (TSCHANNEN [1999], p. 387 s. ; cf. ci-dessus ch. 3.3.2.2b).

¹⁸⁷² FLÜCKIGER (2004), p. 238 s. En droit international, cf. RICHTER (2018), p. 119 s., avec ég. la référence à la figure de l’*estoppel*.

¹⁸⁷³ La question est essentiellement thématisée en droit international. Cf. par exemple la thèse selon laquelle les normes coutumières seraient produites à partir de résolutions non contraignantes et d’instruments juridiques non obligatoires plutôt que d’une pratique étatique constante (KELLY [2000] ci-dessus ch. 3.3.4.2).

¹⁸⁷⁴ Cf. ci-dessous ch. 3.5.2.5b.

¹⁸⁷⁵ Cf. les différentes techniques de renvoi en matière d’auto- et de corégulation, ci-dessous ch. 3.4.4.4.

¹⁸⁷⁶ Cf. les clauses d’impérativité obligatoire, ci-dessous ch. 3.5.2.5b.

¹⁸⁷⁷ Art. 9 let. b de l’ordonnance sur la circulation des espèces de faune et de flore protégées (RS 453.0).

sont régies par la législation applicable aux Etats-Unis, sauf disposition contraire prévue expressément par l'accord FATCA. »¹⁸⁷⁸

La situation est en revanche moins problématique lorsque le législateur reprend le texte d'un acte de droit souple directement dans le texte de loi (technique de l'*incorporation*¹⁸⁷⁹), puisque l'adoption du texte suit la procédure législative ordinaire. L'effet obligatoire sera ici rattaché à celui de la loi. Le droit souple se cristallise ainsi en droit dur. On reconnaît là la fonction pré-juridique du droit souple¹⁸⁸⁰. On trouve un exemple en matière de *lutte contre le blanchiment*, où le Parlement a adopté une législation fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière (GAFI) modifiant diverses lois dans lesquelles elle incorpore ces recommandations¹⁸⁸¹.

Les *tribunaux* peuvent juger qu'une recommandation spécifique déploie des effets obligatoires et en tirer des conséquences procédurales, par exemple l'ouverture du contrôle juridictionnel.

La Cour de justice de l'Union européenne n'exclut pas qu'une recommandation, acte qui ne « lie » pas (art. 288 TFUE), puisse à titre exceptionnel faire l'objet d'un recours en annulation si, par son contenu, il devait ne pas constituer une « véritable recommandation »¹⁸⁸². Dans une telle hypothèse, la Cour procède à l'analyse concrète du contenu de la recommandation pour déterminer si celle-ci produit des effets de droit obligatoires¹⁸⁸³. Elle prend en particulier en considération la lettre (si la recommandation est « libellée pour l'essentiel, en des termes non impératifs »)¹⁸⁸⁴ et l'intention de l'auteur de conférer de tels effets¹⁸⁸⁵.

Lorsqu'un *contrat* renvoie à des règles de droit souple, par exemple des recommandations ou des normes privées, il peut rendre celles-ci *obligatoires entre les parties*¹⁸⁸⁶.

¹⁸⁷⁸ Art. 2 al. 1^{er} de la loi fédérale sur la mise en œuvre de l'accord FATCA (« Foreign Account Tax Compliance Act ») entre la Suisse et les Etats-Unis (loi FATCA) (RS 672.933.6). Cf. ci-dessous ch. 3.4.4.4b.II, 3.4.4.4b.III et 3.4.4.4b.IV.

¹⁸⁷⁹ Sur cette technique appliquée en matière de corégulation, cf. ci-dessous ch. 3.4.4.4c.II.

¹⁸⁸⁰ Cf. ci-dessus ch. 3.3.4.2.

¹⁸⁸¹ Réf. cit. ci-dessus dans la note de bas de page 1774.

¹⁸⁸² CJUE, arrêt C-16/16 P du 20 février 2018 (*Belgique c. Commission*), point 29.

¹⁸⁸³ *Ibidem*, points 30 et 32.

¹⁸⁸⁴ Sur la normativité des énoncés, cf. ci-dessous ch. 5.2.4.3b.

¹⁸⁸⁵ CJUE, arrêt C-16/16 P du 20 février 2018, points 34 et 35.

¹⁸⁸⁶ Sur l'incorporation des normes privées et autres codes de conduite dans les contrats commerciaux et ses conséquences juridiques, cf. Paul VERBRUGGEN, « Private Regulatory Standards in Commercial Contracts: Questions of Compliance », in : Brownsword/van Gestel/Micklitz (éd.), *Contract and Regulation: A Handbook on New Methods of Law Making in Private Law*, Cheltenham, 2017, p. 284 ss. Un exemple européen portant sur l'exécution d'un contrat de droit privé qui imposait à une partie la fourniture d'un produit de construction conforme à une norme privée harmonisée : CJUE, arrêt C-613/14 du 27 octobre 2016 (*James Elliott Construction Limited c. Irish Asphalt Limited*) (cit. ci-dessous, note de bas de page 2230).

Les autorités sont également *liées* par les *prescriptions de nature formelle en rapport avec l'édition d'actes de droit souple* que pose le cas échéant la loi : définition d'une autorité compétente pour édicter un type de recommandation ; modalités à respecter avant son édition, par exemple la consultation de tiers ; édition d'une recommandation comme une phase préalable obligatoire dans une procédure. Le non-respect de ces conditions formelles constitue un vice procédural susceptible d'être attaqué.

La recommandation déploie un *effet permissif* en ce qu'elle légitime l'action de ceux et celles qui la suivent¹⁸⁸⁷. Cet effet, qui découle du principe de la bonne foi et de l'interdiction de l'arbitraire, protège les destinataires de la recommandation qui ne sauraient commettre une illicéité en respectant scrupuleusement celle-ci. Si ces derniers devaient cependant en commettre, c'est la recommandation elle-même qui serait contraire au droit. Cet argument est de nature à justifier un contrôle juridictionnel de tels actes lorsque leur conformité au droit est mise en doute¹⁸⁸⁸.

3.3.6 La légitimité démocratique des instruments non obligatoires

3.3.6.1 Une légitimité par les résultats obtenus vs par les procédures suivies (« *output vs input legitimacy* »)

Les autorités utilisent volontiers les instruments *non obligatoires* dans la mesure où ils sont *efficaces*. Elles légitiment leur recours par les résultats obtenus (« *output legitimacy* »). Cette efficacité résulte de la souplesse des instruments non obligatoire qui elle-même découle du peu d'exigences formelles posées pour la conception, l'adoption et la mise en œuvre de ceux-ci.

Les *actes juridiques* doivent en revanche suivre des *procédures très formalisées* qui les rendent plus lents, plus rigides, moins réactifs et moins adaptables à des circonstances en mouvance rapide. Le fait de devoir se caler sur de telles exigences formelles les rend en revanche plus légitimes d'un point de vue démocratique, pour autant bien sûr que ces procédures assurent une participation étendue des acteurs concernés tout en leur conférant des garanties formelles et matérielles (« *input legitimacy* »)¹⁸⁸⁹. On notera toutefois que le droit souple peut

¹⁸⁸⁷ Cf. ci-dessus ch. 3.3.2.2b.

¹⁸⁸⁸ FLÜCKIGER (2004), p. 246.

¹⁸⁸⁹ Sur ces notions, cf. par exemple Patricia POPELIER, « Governance and Better Regulation: Dealing with the Legitimacy Paradox », in : *European Public Law*, vol. 17, n° 3, 2011, ch. 3 ; Helen KELLER, « Codes of Conduct and their Implementation: the Question of Legitimacy », in : Wolfrum/Rüdiger, *Legitimacy in International Law*, Berlin, 2008, p. 219 ss ; Fritz SCHARPF, *Problem-Solving Effectiveness and Democratic*

paradoxalement faciliter l'inclusion d'acteurs de la société civile, plus particulièrement en droit international où les privés ne prennent pas forcément part aux procédures de conclusion des traités internationaux, alors que les processus d'adoption de *soft law* leur semblent plus ouverts¹⁸⁹⁰.

Comme la fin ne justifie pas n'importe quel moyen, l'efficacité ne saurait légitimer le droit souple si celui-ci est délibérément utilisé pour *contourner* les lenteurs procédurales administratives ou parlementaires applicables aux actes juridiques obligatoires, plus légitimes sous l'aspect démocratique. Le droit souple ne saurait non plus l'être s'il a pour but d'esquiver l'hostilité de certains courants politiques ou de pallier une absence de compétence d'agir par actes juridiques. Encore moins admissible est le dessein d'éluder certains principes cardinaux de l'Etat de droit comme l'intérêt public, d'écarter la participation de tiers au processus ou d'éviter les feux de la transparence¹⁸⁹¹.

C'est précisément pour prévenir et traiter ces effets indésirables que l'on a pu observer une *formalisation progressive* de ces instruments souples.

3.3.6.2 *Le renforcement de la légitimité par une formalisation adaptée et des contrôles adaptés*

Afin de renforcer la légitimité procédurale des actes de droit souple, la tendance consiste à élever les exigences formelles et à prévoir des modes de contrôle adaptés, juridictionnels ou non¹⁸⁹².

Exigences *matérielles* :

- application modulée des principes de l'Etat de droit (légalité, intérêt public, proportionnalité, égalité de traitement, interdiction de la discrimination, prohibition de l'arbitraire)¹⁸⁹³ ;
- création de bases légales spécifiques et augmentation de la densité normative¹⁸⁹⁴ ;

Accountability in the EU, Reihe Politikwissenschaft/Political Science Series 107, Vienne, 2006.

¹⁸⁹⁰ RICHTER (2018), p. 104 ss et 128 s., laquelle relève également les dangers résultant de potentiels conflits d'intérêts lorsque les lobbies et les entreprises s'immiscent dans les processus de création de droit souple tant que la transparence et les autres moyens de prévenir la corruption n'ont pas été instaurés (p. 107 s.).

¹⁸⁹¹ FLÜCKIGER (2004), p. 173 ss (réf. cit.). Sur le lien entre soft law et démocratie en droit de l'Union européenne, cf. Manuel MEDINA ORTEGA, « Soft law et principes démocratiques », in : Péraldi Leneuf (éd.), *La légistique dans le système de l'Union européenne : Quelle nouvelle approche ?*, Bruxelles, 2012, p. 191 ss.

¹⁸⁹² Alexandre FLÜCKIGER, « Keeping domestic soft law accountable: towards a gradual formalization », in : Pauwelyn/Joost (éd.), *Informal International Lawmaking*, Oxford, 2012, p. 409 ss.

¹⁸⁹³ FLÜCKIGER (2004), p. 269 ss.

- développement de principes spécifiques fondés sur les valeurs d'un Etat de droit démocratique, en particulier transparence et publicité de l'action étatique¹⁸⁹⁵.

Exigences *procédurales*¹⁸⁹⁶ :

- protection juridique¹⁸⁹⁷ ; contentieux ; médiation et conciliation ;
- détermination d'autorités compétentes ;
- participation des parties prenantes (gouvernement, parlement voire peuple¹⁸⁹⁸, destinataires, voisins, concurrents, groupes d'intérêt, consommateurs, etc.) ; consultation ; droit d'être entendu ; qualité de partie ;
- publication et notification ;
- précisions procédurales ; obligation de motivation ;
- évaluation de la mise en œuvre ; étude d'impact¹⁸⁹⁹.

Dans le domaine de *l'autorégulation*, on détaillera plus loin des mesures spécifiques, en particulier les principes de meilleure autorégulation et de corégulation de l'Union européenne ou différentes mesures en matière de normalisation privée¹⁹⁰⁰.

En *droit international*, le Règlement sanitaire international de l'Organisation mondiale de la santé (OMS)¹⁹⁰¹ offre un bel exemple de formalisation en distinguant les recommandations temporaires des permanentes¹⁹⁰².

¹⁸⁹⁴ FLÜCKIGER (2004), p. 262 ss.

¹⁸⁹⁵ FLÜCKIGER (2004), p. 267 ss.

¹⁸⁹⁶ FLÜCKIGER (2004), p. 270 ss.

¹⁸⁹⁷ Sur les voies de contrôle des recommandations en droit fédéral, cf. ATF 144 II 233 (considérées comme actes matériels au sens de l'art. 25a de la loi fédérale sur la procédure administrative [PA, RS 172.021]) ; TURNHERR (2018).

¹⁸⁹⁸ Cf. en *Suisse* les motions parlementaires visant à soumettre au Parlement, le cas échéant sous réserve du référendum, l'approbation du Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières de l'ONU (*Global compact for safe, orderly and regular migration*) (motions 18.4093 du 19.10.2018, 18.4103 du 8.11.2018 et 18.4106 du 12.11.2018). Le Conseil fédéral a rappelé à juste titre, mais sans succès, qu'il était l'autorité compétente pour signer des actes juridiquement non obligatoires sous réserve des droits de participation de l'Assemblée fédérale (art. 184 al. 1^{er} Cst.). Cette dernière a été dûment consultée par l'entremise des commissions parlementaires compétentes comme la loi le prévoit (art. 152 al. 3 et 5 de la loi sur le Parlement) (avis du 21 novembre 2018, motion 18.4093). Sur la crise qui en découla en *Belgique*, cf. ci-dessus ch. 3.3.5.1. Sur ce pacte, cf. ci-dessous ch. 3.5.4.3.

¹⁸⁹⁹ Sur ce dernier point, cf. Alberto ALEMANNO/Anne MEUWESE, « What role for impact assessment in non-legislative rule-making? », in : *European Law Journal*, vol. 19(1), 2013, p. 76 ss. Sur l'analyse d'impact de recommandations en droit de l'Union européenne, cf. ci-dessus ch. 2.2.3.3b.

¹⁹⁰⁰ Cf. ci-dessous ch. 3.4.5.

¹⁹⁰¹ Règlement sanitaire international (2005) (RS 0.818.103). Sur la nature juridique, cf. ERRASS (2017), p. 28.

¹⁹⁰² Art. 15 et 16 du Règlement sanitaire international.

Il précise tout d'abord une série de *critères* à appliquer au moment de formuler, de modifier ou d'annuler ces recommandations : « Lorsqu'il formule, modifie ou annule des recommandations temporaires ou permanentes, le Directeur général tient compte : a) des points de vue des Etats Parties directement concernés ; b) de l'avis du Comité d'urgence ou du Comité d'examen, selon le cas ; c) des principes scientifiques ainsi que des éléments de preuve et des informations scientifiques disponibles ; d) des mesures sanitaires qui, sur la base d'une évaluation des risques adaptée à la situation, n'entravent pas le trafic et le commerce internationaux et ne sont pas plus intrusives pour les personnes que d'autres mesures raisonnablement disponibles qui assureraient la protection sanitaire requise ; e) des normes et instruments internationaux pertinents ; f) des activités menées par les autres organisations intergouvernementales et organismes internationaux compétents ; et g) des autres informations spécifiques et appropriées concernant l'événement. »¹⁹⁰³ Le règlement définit ensuite précisément la *procédure d'édition*, tant pour les recommandations aussi bien temporaires¹⁹⁰⁴ que permanentes¹⁹⁰⁵.

Nous avons suggéré la *formule* suivante à ce propos : plus les actes étatiques non obligatoires portent atteinte à un droit (quel que soit le niveau de celui-ci), et/ou plus leurs effets sont importants, plus l'équivalence de leur traitement avec les actes juridiques doit être assurée¹⁹⁰⁶. Cela signifie qu'à la limite, un acte de droit souple devrait être traité dans l'ordre juridique quasiment de la même manière qu'un acte juridique lorsque ses effets sont quasiment obligatoires, ou très contraignants de fait, et/ou qu'il porte atteinte de manière importante à un droit.

Il n'est dès lors pas possible de tirer de cette formule un régime unique pour ces actes. L'augmentation des garanties procédurales et l'ouverture des voies de recours qui en résultent doivent donc être *modulées*. La difficulté réside dans cette zone grise : si la formalisation est excessive au point de ne presque plus faire de différence entre un acte de droit dur et un acte de droit souple, elle risque d'être contre-productive en termes d'efficacité.

Le Tribunal fédéral l'a reconnu lorsqu'il a jugé que « rendus aussi rigides que les actes juridiques, l'utilité des actes matériels disparaîtrait ». ¹⁹⁰⁷

A l'opposé, l'insuffisance de garanties procédurales ou de voies de droit disponibles est tout aussi problématique en termes de légitimité puisque la recherche de l'efficacité ne saurait tout justifier.

¹⁹⁰³ Art. 17 al. 1^{er} du Règlement sanitaire international.

¹⁹⁰⁴ Art. 48 ss du Règlement sanitaire international.

¹⁹⁰⁵ Art. 53 du Règlement sanitaire international.

¹⁹⁰⁶ FLÜCKIGER (2004), p. 261.

¹⁹⁰⁷ ATF 128 II 156, p. 163.

3.4 Les instruments coopératifs

3.4.1 L'expansion des instruments coopératifs : vers une théorie de la gouvernance en droit public et en droit privé

Pierre-Joseph PROUDHON, nous l'avons vu¹⁹⁰⁸, estimait au milieu du XIX^e siècle que la simplification des lois était impossible. Il en déduisait la nécessité de les remplacer par des contrats.

« La simplification législative nous ramène donc à l'idée de contrat, conséquemment à la négation de l'autorité. »¹⁹⁰⁹ « Ce que nous mettons à la place des lois, ce sont les contrats. – Point de lois votées ni à la majorité ni à l'unanimité; chaque citoyen, chaque commune ou corporation fait la sienne »¹⁹¹⁰.

Aujourd'hui, la loi n'a pas été remplacée mais s'étend au contraire. Son extension ne doit cependant pas occulter le développement croissant et la complexification progressive des contrats et d'autres actes privés ou concertés. Tant les normes primaires que celles de mise en œuvre sont concernées, y compris les mécanismes de gestion des conflits par la médiation et l'arbitrage. Ce phénomène de contractualisation, de privatisation et d'autorégulation a pour conséquence politique d'étendre l'emprise de l'autorité privée au détriment de l'autorité publique comme le souligne l'essayiste Tzvetan TODOROV :

« A un tout autre niveau, on observe depuis quelques décennies dans les démocraties occidentales un changement qui consiste à élargir le domaine des contrats et à diminuer celui des lois, ce qui veut dire en même temps : restreindre le pouvoir du peuple et laisser libre cours à la volonté des individus. »¹⁹¹¹

Or les individus, composants de cette autorité privée, ne jouent pas à armes égales entre eux. La puissance économique d'un nombre limité d'entre eux, personnes physiques ou juridiques, confère à ceux-ci une puissance régulatrice privée telle qu'elle concurrence celle des Etats, et, parfois même, l'emporte sur celle-ci. Le principe cardinal de l'autonomie de la volonté, fondement du droit privé, devient une fiction, offrant au mieux une apparence de liberté face à des conditions générales ou des contrats-types pré-formulés, dans les faits non négociables. Combinés avec les normes privées produites par les organismes de régulation, les arrangements sans force obligatoire, les codes de conduite, les régimes d'autorégulation et autres réseaux de contrats, ces exemples montrent que la

¹⁹⁰⁸ Cf. ci-dessus ch. 1.3.3.4b.III thèse B.

¹⁹⁰⁹ Pierre-Joseph PROUDHON, *Idée générale de la révolution au XIX^e : choix d'études sur la pratique révolutionnaire et industrielle*, Paris, 1851, p. 149 s.

¹⁹¹⁰ *Ibidem*, p. 283 s.

¹⁹¹¹ Tzvetan TODOROV, *Les ennemis intimes de la démocratie*, Paris, 2012, p. 163.

réalité est en décalage avec la théorie classique du droit contractuel¹⁹¹². On voit ainsi émerger une *théorie de la gouvernance et de la régulation en droit privé*¹⁹¹³, et non seulement en droit public¹⁹¹⁴, qui pourrait conduire à terme à une *théorie unifiée* de la gouvernance et de la régulation en droit¹⁹¹⁵.

Concrètement, du point de vue de la *rédaction des textes*, une telle perspective conduit à un changement de perspective : il faudrait désormais concevoir et rédiger ces normes privées d'autorégulation en se fondant par analogie sur la démarche légistique au lieu d'appliquer les principes classiquement applicables à la rédaction des contrats.

¹⁹¹² Sur la nécessité d'un « reality check », à savoir la nécessité d'une étude empirique de la pratique contractuelle par rapport aux préceptes classiques, cf. Roger BROWNSWORD/Rob VAN GESTEL/Hans-W. MICKLITZ, « Introduction – Contract and Regulation: Changing Paradigms » in : Brownsword/van Gestel/Micklitz (éd.), *Contract and regulation: A Handbook on New Methods of Law Making in Private Law*, Cheltenham, 2017, p. 2 ss et 10 s.

¹⁹¹³ Roger BROWNSWORD/Rob VAN GESTEL/Hans-W. MICKLITZ (éd.), *Contract and regulation: A Handbook on New Methods of Law Making in Private Law*, Cheltenham, 2017 ; Carolin Marie ENGLER, *Private Regelungsetzung*, Berlin, 2017 ; Alexander HELLGARDT, *Regulierung und Privatrecht : Staatliche Verhaltenssteuerung mittels Privatrecht und ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsanwendung*, Tübingen, 2016 ; Stefan GRUNDMANN/Florian MÖSLEIN/Karl RIESENHUBER, « Contract Governance: Dimensions in Law and Interdisciplinary Research », in : Grundmann/Möslein/Riesenhuber (éd.), *Contract Governance*, Oxford, 2015, p. 1 ss ; Petra BUCKHEEB/Andreas DIECKMANN, *Selbstregulierung im Privatrecht*, Tübingen, 2010 ; Stefan BECHTOLD, *Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts: Ein rechtsökonomischer Beitrag zu einer Rechtsetzungslehre des Privatrechts*, Tübingen, 2010. Cf. ég. concernant l'émergence d'un droit contractuel social : Marc AMSTUTZ/Andreas ABEGG/Vaios KARAVAS, *Soziales Vertragsrecht, Eine rechtsevolutorische Studie*, Bâle, 2006.

¹⁹¹⁴ Cf. en Suisse Johannes REICH, « Regulierung, Regulierungsrecht und Regulatory State: Rechtsdogmatische Potenziale des Regulierungsbegriffs in verwaltungsrechtsvergleichender, rechtshistorischer und sozialwissenschaftlicher Perspektive », in : *Forum Historiae Iuris*, 22 mai 2013, 17. En Allemagne, cf. le programme du « nouveau droit administratif » proposé par Wolfgang HOFFMANN-RIEM/Eberhard SCHMIDT-ABMANN/Andreas VOßKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. I – III, Munich, 2006 – 2009 (sur les critiques, cf. en dernier lieu Klaus-Ferdinand GÄRDITZ, « Die « Neue Verwaltungsrechtswissenschaft » – Alter Wein in neuen Schläuchen? », in : Burgi (éd.), *Die Verwaltung*, Beiheft 12 : Zur Lage der Verwaltungsrechtswissenschaft, Berlin, 2017, p. 105 ss). En France, cf. Michel BAZEX *et al.* (éd.), *Dictionnaire des régulations 2016*, Paris, 2015 ; Jean-Bernard AUBY, « Régulations et droit administratif », in : *Mélanges offerts à Gérard Timsit*, Bruxelles, 2005, p. 209.

¹⁹¹⁵ Sur la voie vers un « übergreifendes Regulierungsrecht », cf. HELLGARDT (2016), p. 726 ss ainsi qu'un résumé des « Elemente einer rechtswissenschaftlichen Regulierungstheorie », *ibidem*, p. 739 ss. Cf. ég. ci-dessous ch. 3.5.1.

L'Organisation internationale de normalisation (ISO) a ainsi développé ses propres règles légistiques pour la rédaction de ses normes¹⁹¹⁶. La doctrine préconise une telle solution pour la rédaction des mesures d'autorégulation dans le domaine bancaire et financier¹⁹¹⁷.

Nous exposerons d'abord les différents types d'instruments coopératifs en distinguant les normes privées (ch. 3.4.2.2) des normes concertées (ch. 3.4.2.3). Nous examinerons ensuite l'autorégulation (ch. 3.4.3) puis analyserons les différents degrés d'autonomie du secteur privé dans celle-ci (ch. 3.4.4). Enfin nous analyserons les techniques visant à tenter de pallier les défauts de légitimité démocratique de ces instruments (ch. 3.4.5).

3.4.2 Les types d'instruments coopératifs

3.4.2.1 Introduction

Par instruments *coopératifs*, nous entendons les instruments tant *privés* que *concertés*. Les premiers naissent d'un accord entre des personnes privées exclusivement alors que les seconds incluent dans l'accord une entité publique ou semi-publique.

Ils peuvent revêtir une nature tant normative (= B, F, D et H panorama¹⁹¹⁸), matérielle (= J et L panorama) que de coordination (= N et P panorama). Nous nous limiterons à examiner dans ce chapitre les instruments normatifs (normes privées, ch. 3.4.2.2 et normes concertées, ch. 3.4.2.3), *obligatoires* (normes contractuelles [= B et F panorama]) et non *obligatoires* (normes d'arrangements informels [= D et H panorama]), *primaires* (= B et D panorama) et *auxiliaires* (= F et H panorama).

Exemple de normes auxiliaires¹⁹¹⁹ :

- Très souvent, les groupes-cibles vont instaurer des systèmes d'autorégulation intégrés qui comprennent des normes auxiliaires assurant la *mise en œuvre* de leurs propres règles primaires telles que des mesures de contrôle, de surveillance, d'exécution et de sanction¹⁹²⁰. Dans ce cas les groupes-cibles sont leurs propres acteurs de mise en œuvre, expliquant l'effectivité accrue de tels régimes, mais en laissant ouverte la question de leur légitimité et de leur représentativité. Les normes auxiliaires sont déterminantes pour assurer la mise en œuvre dans un cadre contractuel (par exemple les clauses pénales contractuelles¹⁹²¹).

¹⁹¹⁶ Cf. ci-dessous ch. 3.4.3.2b.

¹⁹¹⁷ Pascal ZYSSET, *Selbstregulierung im Finanzmarktrecht: Grundlagen, verwaltungsrechtliche Qualifikationen und rechtsstaatlicher Rahmen*, Zurich, 2017, p. 87 ss.

¹⁹¹⁸ Cf. ci-dessus ch. 3.1.4 Tableau 3-1 – Panorama des instruments d'action de l'Etat, p. 253.

¹⁹¹⁹ Sur cette notion, cf. ci-dessus ch. 3.2.2.3.

¹⁹²⁰ Cf. ci-dessus ch. 3.4.3.4, p. 352.

¹⁹²¹ Art. 160 ss du Code des obligations (CO, RS 220).

3.4.2.2 *Les normes privées*

Les normes juridiques peuvent être créées par accord entre particuliers dans le cadre de l'autonomie de leur volonté. Ces normes privées sont des *contrats* et sont obligatoires pour les seules parties à l'accord¹⁹²².

Les parties peuvent aussi se lier de manière plus lâche par des *arrangements* ou d'autres actes sans force obligatoire, à l'instar de *réseaux coopératifs*¹⁹²³, d'un accord de principe (« memorandum of understanding ») ou d'un engagement sur l'honneur (« gentlemen's agreement ») par exemple¹⁹²⁴.

Les normes privées peuvent aussi comprendre des *actes de nature générale et abstraite*, lesquels peuvent être *dotés de force obligatoire* envers les membres de la corporation, comme les *règlements internes* adoptés par des personnes morales¹⁹²⁵, soit en être *dénués* à l'exemple des *recommandations* adoptées par ces dernières. Les *contrats-types* ainsi que les *conditions générales* contiennent pour leur part des dispositions pré-formulées qui, en uniformisant les relations juridiques dans différents secteurs économiques, agissent *dans les faits* – mais non en droit – *comme* des règles de droit¹⁹²⁶. On peut dire que le contrat contient en effet un *potentiel normatif*¹⁹²⁷.

¹⁹²² Les contrats ne font pas partie des sources du droit au sens étroit, ne formant pas des règles générales et abstraites (Peter FORSTMOSER/Hans-Ueli VOGT, *Einführung in das Recht*, 5^e éd. revue et étendue, Berne, 2012, p. 547. Cf. toutefois Stephan MEDER, « *Ius non scriptum* » : *Traditionen privater Rechtsetzung*, 2^e éd. revue et étendue, Tübingen, 2009, p. 92 ss, sur le contrat comme source du droit discutée depuis le droit romain). On rappellera que nous définissons dans le présent ouvrage la notion de norme de manière plus large que celle de règle de droit, cf. ci-dessus ch. 3.1.4 et 3.2.2.1.

¹⁹²³ Eric TJONG TJIN TAI, « Networks and informal contract law », in : Brownsord/van Gestel/Micklitz (éd.) (2017), p. 235 ss ; Marc AMSTUTZ/Gunther TEUBNER, *Networks: Legal Issues of Multilateral Co-Operation*, Oxford, 2009.

¹⁹²⁴ En détail sur ces actes privés non obligatoires, cf. Nicolas KUONEN, *La responsabilité précontractuelle : analyse historique : étude de la phase précontractuelle et des instruments précontractuels : théorie générale en droit suisse*, Zurich, 2007, p. 289 ss qui ajoute la « punctuation », la lettre d'intention (« letter of intent ») ou la lettre de confort (« letter of awareness »). Cf. aussi Nicolas KUONEN, « Les précontrats ou la renaissance de l'hydre de Lerne », in : *Revue de droit suisse*, vol. 1, Bâle, 2011, p. 313 ss et 320.

¹⁹²⁵ FORSTMOSER/VOGT (2012), p. 125 ss et 223 ss. Sur les règlements internes édictés par les personnes morales, cf. dans le domaine sportif Jérôme JAQUIER, *La qualification juridique des règles autonomes des organisations sportives*, Berne, 2004. Sur leur subordination au droit étatique et la négation de leur qualité de règle de droit, cf. ATF 132 III 285, p. 289.

¹⁹²⁶ « Durch AGB werden stereotype Ordnungen aufgestellt, welche die Rechtsbeziehungen oft branchenweit einheitlich ordnen. [...] Ähnlich [...] wirken Standardverträge. »

Des organismes privés peuvent aussi produire des normes qui sont valables pour leurs membres ou qui sont mises à disposition des entreprises et autres personnes intéressées désireuses de s'y conformer (*normalisation*, normes techniques ou « standards »)¹⁹²⁸. Dans le premier cas, elles lient les membres sur la base du droit des personnes morales ; dans le second, elles peuvent accéder à la juridicité si des clauses d'impérativité contractuelles ou légales ou si les tribunaux le décident¹⁹²⁹.

3.4.2.3 Les normes concertées (public-privé)

a. Les normes concertées obligatoires

Les normes concertées naissent, à l'instar des normes privées, d'un accord de volonté, mais avec la particularité que l'une des parties à l'accord est une collectivité publique ou semi-publique.

Elles peuvent revêtir une force obligatoire à l'image des *contrats de droit administratif* ou de *droit public*¹⁹³⁰ – voire même de *droit privé*¹⁹³¹ –, des *personnes juridiques* réunissant la collectivité avec des privés (association ou fondation, société anonyme ou société d'économie mixte¹⁹³²), des *partenariats*

(FORSTMOSER/VOGT [2012], p. 226 et 551 s.). Sur la figure de la *loi-modèle* par analogie à celle du *contrat-type*, cf. ci-dessus ch. 3.3.3.2k.

1927 Cf. Vanessa MONTEILLET, *La contractualisation du droit de l'environnement*, Paris, 2017, résumé, qui évoque le « potentiel normatif du contrat individuel, qui paraît pleinement se déployer en matière environnementale ».

1928 Cf. ci-dessous ch. 3.4.3.3b.

1929 Cf. ci-dessous ch. 3.4.4.4.

1930 Les deux appellations sont souvent utilisées de manière interchangeable, comme l'indique TANQUEREL (2018), ch. 970. Cet auteur considère que l'expression « contrat de droit public » a une acception plus large et recouvre notamment les contrats entre collectivités publiques, lesquels ressortiraient plus au droit constitutionnel qu'au droit administratif. KNAPP (1991), p. 317, parle de « contrats de droit administratif » pour désigner de tels contrats entre collectivités publiques. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) parlent uniquement de contrats de droit administratif (cf. p. 98), tout comme DUBEY/ZUFFEREY (2014), p. 371 ss.

1931 Lorsque l'autorité conclut des contrats avec des particuliers ne servant qu'indirectement l'exécution d'une tâche publique (TANQUEREL [2018], ch. 978 ss ; MOOR/POLTIER [2011], p. 484 ss ; KNAPP [1991], p. 327 ss).

1932 Pierre MOOR/François BELLANGER/Thierry TANQUEREL, *Droit administratif*, vol. 3 : L'organisation des activités administratives. Les biens de l'Etat, 2^e éd., Berne, 2018, ch. 3.1.1.4 et ch. 4.4.2, qui relèvent une particularité légistiquement digne d'intérêt : une société anonyme d'économie mixte collaborant à des fins de production normative (SwissDRG SA) et dont les actionnaires sont des associations de fournisseurs de prestations et d'assureurs de même que la Conférence suisse des directrices et directeurs cantonaux de la santé.

public-privé, (PPP) tant en droit interne¹⁹³³ qu'en droit international public¹⁹³⁴, ou en être dénuées comme les *arrangements* non obligatoires que nous examinerons dans la section suivante.

On ne vise ici pas les *normes étatiques élaborées avec la participation* des particuliers. Les *lois* en démocratie sont en effet le fruit d'un nécessaire concours entre l'Etat et les citoyens, les experts, les lobbies¹⁹³⁵ et autres personnes concernées¹⁹³⁶.

Quant aux règlements, décisions et plans adoptés par l'administration, si l'on observe une *élaboration* de plus en plus consultative, *participative* et négociée avec les particuliers¹⁹³⁷, ces actes conservent cependant leur nature unilatérale et ne sauraient formellement appartenir au cercle des actes concertés. L'analyse devrait être en revanche plus nuancée si l'on considère le contenu et les personnes – privées – qui l'ont effectivement produit.

On exclura en revanche clairement ici les figures de la *collaboration entre autorités* faisant appel à des contrats, concordats, organisations intercantionales, établissements publics, fondations de droit public, corporations de droit public, associations ou fondations de droit privé comprenant seulement des collectivités et – versant non obligatoire – arrangements conclus entre autorités ou autres cercles de réunion informels¹⁹³⁸. Ces actes naissent certes d'un accord de volonté, mais ne lient que des

¹⁹³³ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018), ch. 3.3.6, qui distinguent entre une forme *institutionnelle* (personne juridique avec parties publiques et privées) et *contractuelle* (relations réglées par un ensemble de contrats) et qui évoquent également celle de la *concession*.

¹⁹³⁴ Ou plus précisément en « droit administratif global », cf. FROMAGEAU (2016), p. 177 ss, à propos des partenariats public-privé dans le domaine de la santé, qualifiés de « structures hybrides ».

¹⁹³⁵ Sur la régulation du lobbying, cf. Felix UHLMANN/Marc WOHLWEND, « Die Regulierung des Lobbying in der Schweiz und im Ausland », in : *LeGes*, 2013/3, p. 665 ss.

¹⁹³⁶ À juste titre Christoph ERRASS, *Kooperative Rechtssetzung*, Zurich, 2010, p. 96 ss, ne comprend pas dans la notion de *législation coopérative* (« Kooperative Rechtsetzung ») les procédures de consultation sur les projets de loi ou l'intervention de commissions d'experts dans les processus législatifs.

¹⁹³⁷ Sur le développement d'une *démocratie administrative*, cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 605 ss. Sur l'évolution participative de l'élaboration des *décisions*, cf. MOOR/POLTIER (2011), p. 207 et 312 ss. Sur le développement de *processus négociés* dans le cadre de l'administration informelle, cf. MOOR/POLTIER (2011), p. 54 ss. Cf. MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018), ch. 3.1.1.3, sur le fait qu'il est impropre de qualifier de *privatisation* (*procédurale* [« Verfahrensprivatisierung »]) comme le suggèrent ZÜND et ERRASS (Andreas ZÜND/Christoph ERRASS, « Privatisierung von Polizeiaufgaben », in : *Sécurité & Droit*, 2012/3, p. 165) la situation dans laquelle les privés doivent accomplir eux-mêmes certains actes dans certaines procédures, à l'exemple du rapport d'impact que le requérant doit lui-même produire (art. 10a al. 2 de la loi fédérale sur la protection de l'environnement [LPE, RS 814.01]).

¹⁹³⁸ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018), ch. 3.3.4 et ch. 4. Pour un exemple de cercles de réunion basés sur du droit souple, cf. Thierry TANQUEREL, « Le cadre institutionnel des agglomérations en Suisse », in : Tanquerel/Bellanger (éd.), *Les agglomérations*, Genève, 2015, p. 21 ss.

entités publiques entre elles. Ces normes de collaboration permettent de faciliter la mise en œuvre.

Dans le cadre de la gouvernance par objectifs¹⁹³⁹, on mentionnera les *contrats* ou *mandats de prestation* et autres *conventions d'objectifs* dans le cadre de la nouvelle gestion publique¹⁹⁴⁰ lorsqu'ils sont conclus avec des entités privées ou semi-publiques.

On précisera que ces contrats de prestation ne sont pas forcément des contrats au sens juridique ; ils peuvent être assimilés à des *actes de planification* administrative et budgétaire ou à des *normes obligatoires envers les autorités* seulement (ordonnances administratives) dans le cas où ils sont conclus au sein même de l'administration centrale, à défaut d'être en présence de parties distinctes notamment¹⁹⁴¹.

De tels contrats peuvent aussi être conclus *entre autorités* seulement dans un cadre hiérarchique ou fédéraliste, à l'exemple des *conventions-programmes*¹⁹⁴².

b. Les normes concertées souples (arrangements informels)

I. Introduction et classification

Les normes concertées entre autorités et particuliers peuvent aussi être dénuées de force obligatoire tout en conservant une pertinence juridique. On les qualifiera d'*arrangements informels*, ou d'« ententes courtoises » (« gentlemen's agreements ») si l'on veut s'inspirer de l'élégante terminologie du droit international public qui désigne ainsi des accords informels entre Etats souverains (appelés aussi « non binding agreements »¹⁹⁴³). Elles peuvent revêtir tant un caractère *primaire* qu'*auxiliaire* (normes d'arrangements informels [= D et H panorama¹⁹⁴⁴]).

Plusieurs *classifications* sont envisageables¹⁹⁴⁵. Dans la mesure où nous retenons ici comme critère principal le degré d'obligatorité, on retiendra ici celle du

¹⁹³⁹ Cf. ci-dessus ch. 3.2.2.2b.

¹⁹⁴⁰ Sur ces « < contrats d'objectifs > dont le pullulement décourage l'inventaire », cf. en droit français SUPLOT (2015), p. 230 ss (réf. cit.). En droit suisse, cf. MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018), ch. 3.3.5 (réf. cit.).

¹⁹⁴¹ TANQUEREL (2018), ch. 987 ; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018), ch. 3.3.5.

¹⁹⁴² Laetitia MATHYS, *Les conventions-programmes : un nouvel outil pour la collaboration verticale en Suisse*, Lausanne, 2016. Pour une aide à la rédaction de ces conventions dans le domaine de l'environnement, cf. OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT, *Manuel sur les conventions-programmes 2016-2019 dans le domaine de l'environnement*, Berne, 2015.

¹⁹⁴³ Nguyen QUOC DINH, *Droit international public*, 7^e éd., Paris, 2002, ch. 250, p. 385.

¹⁹⁴⁴ Cf. ci-dessus ch. 3.1.4 Tableau 3-1 – Panorama des instruments d'action de l'Etat, p. 253.

¹⁹⁴⁵ FLÜCKIGER (2004), p. 206 (réf. cit.).

rapport fonctionnel de l'arrangement avec un acte juridique (norme, décision, contrat, plan) : la prévention, la préparation, l'exécution et le suivi d'un acte juridique. Avec le développement des actes étatiques non obligatoires, une taxinomie analogue pourrait être établie en rapport avec les actes non juridiques.

II. Les arrangements informels en prévention de l'adoption de règles de droit ou de décisions

Alors que la prestation étatique consiste à renoncer à adopter des *règles de droit*, celle des particuliers est de fournir une prestation dont le contenu est de nature à éviter d'adopter cet acte juridique. Ce *substitut à une réglementation* est en principe plus favorable pour les particuliers, expliquant l'intérêt de conclure un tel arrangement¹⁹⁴⁶. La relation entre l'Etat et les particuliers peut être très lâche comme pour les codes de déontologie dont certaines professions se sont très tôt dotées pour éviter un régime de surveillance étatique¹⁹⁴⁷ ainsi que les « gentlemen's agreements » en matière bancaire dès les années 1930¹⁹⁴⁸ ou en matière environnementale dès 1970¹⁹⁴⁹. Plus récemment, selon le mécanisme de cristallisation du droit souple en droit dur que nous avons décrit plus haut¹⁹⁵⁰, la relation verticale entre l'Etat et les particuliers s'est progressivement formalisée au point que, parfois, l'abstention de légiférer conditionnée à l'instauration d'un régime d'autorégulation a pu même être garantie juridiquement dans des lois Damoclès comme on le verra¹⁹⁵¹. Même dans ce stade d'évolution, l'arrangement entre l'Etat et les particuliers dans le cadre de la relation verticale ne se transforme pas en un contrat de droit administratif¹⁹⁵².

La prestation étatique peut aussi être de renoncer à adopter une *décision* à condition que les particuliers négocient un arrangement par lequel ces derniers sont autorisés à poursuivre provisoirement une activité non conforme au droit, l'administration la tolérant (*accord de tolérance*), s'ils s'engagent à fournir des prestations spécifiques voulues par l'autorité¹⁹⁵³. De tels accords ont dû être

¹⁹⁴⁶ FLÜCKIGER (2004), p. 211 ss.

¹⁹⁴⁷ FLÜCKIGER (2004), p. 212.

¹⁹⁴⁸ SANCEY (2015), chap. III ss.

¹⁹⁴⁹ FLÜCKIGER (2004), p. 213 s. Arrangements qui, après avoir fleuri en Allemagne dans les années 1980 et 1990, ont brusquement disparu, cf. Annette Elisabeth TÖLLER, « The Rise and Fall of Voluntary Agreements in German Environmental Policy », in : *German Policy Studies*, vol. 9, n° 2, 2013, p. 49 ss. Dans l'Union européenne, cf. Apolline ROGER, *Les accords environnementaux dans le système juridique de l'Union européenne*, Aix-en-Provence, 2012.

¹⁹⁵⁰ Cf. ci-dessus ch. 3.3.4.2.

¹⁹⁵¹ Cf. ci-dessous ch. 3.4.4.3c.

¹⁹⁵² ERRASS (2010), p. 62 s. (réf. cit.).

¹⁹⁵³ FLÜCKIGER (2004), p. 218.

formalisés afin de ne pas négliger le respect de l'intérêt public, de la légalité, de l'égalité de traitement ou des droits des tiers¹⁹⁵⁴. S'engager à renoncer à décider peut aussi être un moyen pour inciter à *régler un conflit à l'amiable* (médiation ou conciliation). La menace d'une décision unilatérale de l'administration en cas de désaccord peut se révéler un aiguillon puissant pour favoriser un arrangement. Derechef, cette séquence a pu être formalisée¹⁹⁵⁵ : lorsque la conciliation devient une phase pré-juridictionnelle obligée, ce mode souple de résolution des litiges a pour but de prévenir une cascade de procédures décisionnelles formelles¹⁹⁵⁶.

III. Les arrangements informels en préparation de l'adoption d'actes juridiques

Il n'est pas rare que les autorités prennent une décision ou adoptent une planification après avoir négocié des arrangements informels avec les destinataires : pour parler avant une décision ou négociation d'un plan d'urbanisme avec un promoteur par exemple. La doctrine qualifie ces actes d'*arrangements individuels* dont « beaucoup précèdent un acte juridique unilatéral dont ils préparent le contenu (décision, plan) : étant formalisés à ce moment-là, ils ne posent dès lors pas de problème de principe ; ce cas est relativement fréquent, non seulement entre l'autorité et des particuliers, mais aussi entre collectivités »¹⁹⁵⁷. La phase procédurale non contentieuse est très propice à ce type de négociation¹⁹⁵⁸.

¹⁹⁵⁴ FLÜCKIGER (2004), p. 218 s. ; MOOR/POLTIER (2011), p. 63, p. 59 ss. Cf. ci-dessous ch. 3.4.5.

¹⁹⁵⁵ ERRASS (2010), p. 59, avec des exemples, dont voici une formulation : « Si les parties ne parviennent pas à s'entendre dans un délai de trois mois sur l'obligation de diffuser et les conditions de diffusion, [l'autorité] tranche. » (art. 56 al. 1^{er} de la loi fédérale sur la radio et la télévision [RS 784.40]).

¹⁹⁵⁶ Selon la doctrine toutefois, nous serions dans cette hypothèse face à des processus tenant davantage de la conciliation que de la médiation (Christine GUY-ECABERT, *Procédure administrative et médiation: inscription d'un modèle procédural dans un contexte en mutation*, Zurich etc., 2002, p. 201 s.). Sur la médiation administrative, cf. François BELLANGER/Aurélien GAVILLET, « La résolution amiable des différends en matière administrative », in : Mirimanoff (éd.), *La résolution amiable des différends en Suisse : interaction entre procédures traditionnelles et modes consensuels*, Berne, 2016, p. 145 ss.

¹⁹⁵⁷ MOOR/POLTIER (2011), p. 63. Voir cependant un problème de pré-implication dans ce cadre : une éventuelle activité informelle et coopérative de l'autorité compétente en amont de la procédure formelle ne doit pas anticiper sur la décision prise en première instance par cette même autorité (Tribunal fédéral, arrêt 1C_914/2013 du 26 juin 2014, c. 6.2, *ZBl*, 2014 552, p. 557, *RDAF* 2015 I 344, p. 346).

¹⁹⁵⁸ GUY-ECABERT (2002), p. 210 s. Sur la diversité des configurations, cf. FLÜCKIGER (2004), p. 207 s.

La *procédure de consultation* du public précédant l'adoption de textes législatifs¹⁹⁵⁹ offre également un espace à divers arrangements informels¹⁹⁶⁰, par exemple des « tables rondes »¹⁹⁶¹ ou des *conférences citoyennes* qui peuvent déboucher sur des recommandations¹⁹⁶².

IV. Les arrangements informels visant à l'exécution d'actes juridiques

Les arrangements informels peuvent aussi porter sur l'exécution des actes juridiques et leur suivi. Typiquement, l'engagement de l'Etat à diminuer les vérifications en échange de l'engagement de l'entreprise à disposer d'un système d'audit environnemental certifié en est un exemple¹⁹⁶³. A nouveau, les problèmes posés par rapport aux exigences de l'Etat de droit ont conduit à une plus grande formalisation de ce type de situation¹⁹⁶⁴.

V. Les arrangements informels en rapport avec des actes non obligatoires

Divers arrangements peuvent être négociés dans le cadre de processus conduisant à adopter des *actes étatiques non obligatoires*. Une recommandation est ainsi émise si une médiation n'aboutit pas à un arrangement relatif à la transparence d'un document détenu par les autorités¹⁹⁶⁵.

Autre exemple : Avant de fermer un office de poste, la Poste doit consulter les autorités communales concernées et s'efforcer de parvenir à un accord avec celles-ci. Si aucun accord n'est trouvé, les autorités communales peuvent saisir une commission indépendante (Commission de la poste [PostCom]) laquelle émettra une recommandation à l'attention de la Poste. Celle-ci statuera de manière définitive sur la fermeture de l'office de poste « en tenant compte de la recommandation de la PostCom »¹⁹⁶⁶. Cette recommandation n'est pas susceptible de recours direct selon le Tribunal administratif fédéral¹⁹⁶⁷.

¹⁹⁵⁹ Cf. ci-dessous ch. 4.4.4.2.

¹⁹⁶⁰ FLÜCKIGER (2004), p. 208 (réf. cit.).

¹⁹⁶¹ Lucy KELLER, « *Runde Tische* » in *der Gesetzgebung: Eine staatsrechtliche und rechtstheoretische Analyse informeller Verhandlungen im schweizerischen Gesetzgebungsverfahren*, Zurich, 2008.

¹⁹⁶² Cf. ci-dessus p. 143.

¹⁹⁶³ Cf. ci-dessus ch. 3.3.3.3c, en particulier la note de bas de page 1660.

¹⁹⁶⁴ FLÜCKIGER (2004), p. 211. Cf. ci-dessous ch. 3.4.5.

¹⁹⁶⁵ Art. 14 LTrans. Pour un autre exemple en droit de la concurrence, cf. art. 26 et 27 LCart in : FLÜCKIGER (2004), p. 221.

¹⁹⁶⁶ Art. 34 de l'ordonnance sur la poste (OPO ; RS 783.01).

¹⁹⁶⁷ Tribunal administratif fédéral, arrêt A-6351/2017 du 26 avril 2018.

3.4.3 L'autorégulation : une régulation par les groupes-cibles

3.4.3.1 Introduction

La régulation échappe en partie à l'Etat à l'ère du pluralisme normatif¹⁹⁶⁸. De véritables mondes autorégulés se sont constitués en marge ou en complément de l'action étatique (ch. 3.4.3.2). Les associations professionnelles ou les communautés d'intérêt peuvent rédiger elles-mêmes les normes spécifiques ou en confier la tâche à des organismes privés spécialement constitués à cet effet (ch. 3.4.3.3). Ces normes pourront être mises en œuvre et arbitrées de manière privée (ch. 3.4.3.4).

3.4.3.2 Les mondes autorégulés

a. Introduction : le modèle de la *lex mercatoria*

Sur le modèle de la *lex mercatoria* – un corps de règles produit par les marchands dans l'Europe médiévale¹⁹⁶⁹ – un nombre croissant de secteurs s'est développé de manière autonome en marge de la loi ordinaire de l'Etat, créant de manière transnationale¹⁹⁷⁰ des régimes de régulation privés ou, plus souvent, hybrides¹⁹⁷¹. Des « mondes largement autorégulés »¹⁹⁷² sont ainsi apparus : *lex technica*, *electronica*, *informatica*, *digitalis*, *financiaria*, *sportiva*, *medicalis*, etc. On se contentera ici de les survoler très sommairement et sans prétention quelconque à l'exhaustivité. La liste peut en effet être complétée à souhait, par exemple dans le domaine des *organisations de bienfaisance*¹⁹⁷³, celui du *marché de l'art* où l'autorégulation est en pleine émergence¹⁹⁷⁴ et même celui des *Cours des comptes*¹⁹⁷⁵.

¹⁹⁶⁸ Cf. ci-dessus ch. 1.3.3.1 et 3.1.2.1.

¹⁹⁶⁹ Berthold GOLDMAN, « Frontières du droit et < lex mercatoria > », in : *Archives de philosophie du droit*, 1964, p. 177 ss ; BENYEKHELEF (2015), p. 443 ss.

¹⁹⁷⁰ Dennis PATTERSON, « Transnational Lawmaking », in : Brölmann/Radi (éd.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, Cheltenham, 2016, p. 56 ss.

¹⁹⁷¹ Gunther TEUBNER, « Hybrid Laws: Constitutionalizing Private Governance Networks », in : Kagan/Winston (éd.), *Legality and Community*, Berkeley, 2002, p. 311 ss.

¹⁹⁷² François OST/Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002, p. 174.

¹⁹⁷³ Cf. les normes de la fondation Zewo (« Service suisse de certification pour les organisations d'utilité publique collectant des dons », www.zewo.ch).

¹⁹⁷⁴ Cf. les *Art Basel Art Market Principles and Best Practices* adoptés par le Show Management de Art Basel le 1^{er} septembre 2017, les *Art Market Guidelines* de la *Responsible Art Market Initiative* (« RAM ») lancées à Genève en 2015 par la Fondation pour le droit de l'art et le Centre du droit de l'art de la Faculté de droit de l'Université de

b. *Lex technica (normes techniques, « standards »)*¹⁹⁷⁶

Généralement appelées « standards » en anglais, les normes techniques sont « les règles, les lignes directrices ou les caractéristiques sans force obligatoire établies par des organismes de normalisation » (art. 3 let. c LETC¹⁹⁷⁷). Elles sont très variées¹⁹⁷⁸. Si la plupart d'entre elles sont effectivement *techniques* – certaines même très anecdotiques à l'instar de celle qui standardise le degré de cuisson des pâtes (ISO 7304¹⁹⁷⁹), afin d'apporter aux entreprises concernées une « part d'objectivité » à un « débat délicat » gastronomique¹⁹⁸⁰, ou celle qui spécifie une méthode de représentation uniforme des sexes humains pour l'échange d'information (ISO/IEC 5218)¹⁹⁸¹ – d'autres ont une véritable *ambition*

Genève (responsibleartmarket.org) ou le *Code de déontologie de l'ICOM pour les musées* élaboré par le Conseil international des musées (ICOM, icom.museum/fr/ressources/documents).

¹⁹⁷⁵ Cf. ci-dessus ch. 1.3.5.4b.III.

¹⁹⁷⁶ Sur le terme latin, cf. Anne RÖTHEL, « Lex mercatoria, lex sportiva, lex technica – Private Rechtsetzung jenseits des Nationalstaates? », in : *JuristenZeitung*, vol. 62(15/16), 10 août 2007, p. 755 ss. Cf. ég. Jean-Christophe GRAZ, « Global corporations and the governance of standards », in : May/Noelke (éd.), *Handbook on Corporations as Global Players*, Cheltenham, 2018 ; ERRASS (2017), p. 47 ss ; Christian BOCK, « Der Umgang des Staates mit < technischen > Normen », in : Uhlmann (éd.), *Private Normen und staatliches Recht*, Zurich, 2015, p. 21 ss ; Hans W. STUTZ, « Private Normen im Umwelt- und Baurecht » in : Uhlmann (éd.) (2015), p. 71 ss ; Arnaud VAN WAEYENBERGE, « Les normes ISO, CEN et celles issues des consortiums privés : bric à brac ou système pour l'Union européenne ? » in : Frydman/van Waeyenberge (dir.) (2014), p. 93 ss ; Yannick RADI, *La standardisation et le droit international : contours d'une théorie dialectique de la formation du droit*, Bruxelles, 2013 ; Dieter GRAUER, *Die Verweisung im Bundesrecht, insbesondere auf technische Verbandsnormen*, Bâle, 1979, p. 123 ss ; Andreas BRUNNER, « Technische Normen in Rechtsetzung und Rechtsanwendung », Bâle, 1991, p. 11 ss.

¹⁹⁷⁷ RS 946.51.

¹⁹⁷⁸ Gunnar FOLKE SCHUPPERT, *Governance und Rechtsetzung: Grundfragen einer modernen Regelungswissenschaft*, Baden-Baden, 2011, p. 201 ss.

¹⁹⁷⁹ Semoule de blé dur et pâtes alimentaires: appréciation de la qualité de cuisson par analyse sensorielle.

¹⁹⁸⁰ Réf. ci-dessous ch. 1.3.3.4b.III thèse B.

¹⁹⁸¹ *Technologies de l'information – Codes de représentation des sexes humains*. On relèvera que cette norme surprenante, pourtant réexaminée en 2015, ne prend pas en compte l'intersexuation puisqu'elle ne comprend pas le sexe neutre, mais les catégories suivantes (ch. 1) : Inconnu 0 (zéro) ; Masculin 1 (un) ; Féminin 2 (deux) ; Sans objet 9 (neuf). La norme tient à préciser qu'« [a]ucune signification particulière ne doit être attribuée au fait que < masculin > soit codé < 1 > et < féminin > codé < 2 > ». Cette norme a été établie en tenant compte des pratiques prédominantes dans les pays concernés et ne doit donner lieu à aucune interprétation quant à l'importance, la hiérarchie ou quelque autre critère qui pourrait provoquer une discrimination. » (ch. 4). On notera également du point de vue du plurilinguisme que selon cette norme, « < roh > (rhéto-roman) est une

*de politique publique*¹⁹⁸², *environnementale* et *sociale*¹⁹⁸³ à l'instar des normes sur les droits humains et le droit humanitaire (ISO 18788¹⁹⁸⁴), la lutte anti-corruption (ISO 37001¹⁹⁸⁵), la prévention de la criminalité dans l'espace public (CEN/TC 325¹⁹⁸⁶), la responsabilité sociétale des entreprises (ISO 26000¹⁹⁸⁷), l'environnement (ISO 14000)¹⁹⁸⁸, la qualité de la gestion du secteur public,

langue « nationale » mais non « officielle » de la Suisse et est donc exclue de l'ID du tableau « ISO/IEC05218:02 » » (note de bas de page 4), alors que selon la Constitution, le romanche est certes une langue nationale (art. 4 Cst. féd.) mais aussi « langue officielle pour les rapports que la Confédération entretient avec les personnes de langue romanche » (art. 70 al. 1^{er} Cst. féd. ; art. 5 al. 1^{er} de la loi sur les langues du 5 octobre 2007, RS 441.1).

1982 Cette ambition peut aisément être relevée dans les documents de communication publique de l'ISO (cf. par exemple ORGANISATION INTERNATIONALE DE NORMALISATION (ISO), *Using and referencing ISO and IEC standards to support public policy*, Vernier, 2015 ; cf. ég. : « Dans le magazine ISOfocus (édition de mai/juin 2014), vous découvrirez comment des collectivités peuvent regagner des électeurs, éviter les lourdeurs administratives, et gérer le secteur public comme une machine bien huilée. [...] Faut-il pour autant en conclure que les collectivités devraient être gérées comme des entreprises ? Bien sûr que non, nous disons simplement que toute entité qui néglige ces aspects peut finir par « fermer boutique » – au propre et au figuré. » (iso.org/fr/news/2014/05/Ref1839.html).

1983 Sur cette évolution, cf. par exemple Jean-Christophe GRAZ, « Quand les normes font loi : Topologie intégrée et processus différenciés de la normalisation internationale », in : *Études internationales*, vol. 35(2), 2004, p. 246 : « Aujourd'hui, la normalisation internationale est en train de se déployer dans un ensemble toujours plus vaste de normes sociétales, en s'aventurant dans le domaine des services, tel que le traitement des plaintes, et dans celui de la responsabilité sociale des entreprises, qui touche au cœur du rapport salarial. »

1984 Système de management des opérations de sécurité privées – Exigences et lignes directrices pour son utilisation.

1985 Systèmes de management anti-corruption – Exigences et recommandations de mise en œuvre.

1986 Prévention de la malveillance – L'urbanisme et la conception des bâtiments. Sur la genèse de cette norme, cf. Bilel BENBOUZID, *La prévention situationnelle : genèse et développement d'une science pratique (1965-2005)*, Lyon, 2011, p. 223 ss. Cf. ég. FLÜCKIGER (2018).

1987 Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale. Cf. NERI-CASTRACANE (2016), p. 370 ss.

1988 La famille de normes ISO 14000 est consacrée au management environnemental, en particulier l'audit, la communication, l'étiquetage et l'analyse du cycle de vie. Sur la place des normes privées dans le droit de l'environnement, cf. Beatrice WAGNER PFEIFER, « Kooperationsprinzip und internationale Umweltstandards, Mehr oder weniger Staat? » in : *Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag*, Berne, 2015, p. 143 ss ; Ursula BRUNNER, « Regulierung, Deregulierung und Selbstregulierung im Umweltrecht », in : *Revue de droit suisse*, vol. 2, 2004, p. 328 ss.

notamment celle des organismes électoraux¹⁹⁸⁹ et des collectivités locales¹⁹⁹⁰. Cette extension du technique vers le politique se double d'une « évolution singulière », mais somme toute cohérente : celle de la référence des normes privées aux droits humains¹⁹⁹¹. L'organisation compte désormais contribuer aux *Objectifs de développement durable* de l'ONU (ODD) grâce aux normes privées qu'elle édicte¹⁹⁹².

- Sur le *plan international* l'*Organisation internationale de normalisation* (ISO), organisation internationale non gouvernementale fondée en 1947, fédère les organismes nationaux de normalisation. Basée à Genève, elle a pour but de « faciliter la coordination et l'unification internationales des normes industrielles »¹⁹⁹³. Elle a publié à ce jour presque un million de pages de textes de normes¹⁹⁹⁴. La *Commission électrotechnique internationale* (CEI), fondée en 1906 et basée à Genève également, la complète dans le domaine électrique en élaborant des normes internationales dans ce secteur spécifique¹⁹⁹⁵. Enfin, l'*Union internationale des télécommunications* (UIT), fondée en 1865 sous le nom d'Union télégraphique internationale, est une institution spécialisée des Nations Unies pour les technologies de l'information et de la communication. Basée à Genève et fondée dès sa création sur les partenariats public-privé, elle compte 193 pays membres et près de 800 entités du secteur privé et établissements universitaires¹⁹⁹⁶ et élabore des normes internationales appelées Recommandations UIT-T – élément central de l'infrastructure mondiale des technologies de l'information et de la communication¹⁹⁹⁷. Ces trois organisations ont fondé en 2001 le World Standards Cooperation (WSC)¹⁹⁹⁸. Il serait intéressant de vérifier si ces trois institutions, situées sur sol genevois, ne surpassent pas quantitativement la production normative du législateur genevois, voire fédéral. Nous reviendrons plus loin sur la question de leur légitimité¹⁹⁹⁹.

-
- ¹⁹⁸⁹ Norme ISO/TS 17582:2014 (Systèmes de management de la qualité ; Exigences particulières pour l'application de l'ISO 9001:2008 aux organismes électoraux à tous les niveaux du gouvernement [destinée à être remplacée par ISO/DTS 54001]).
- ¹⁹⁹⁰ Norme ISO 18091:2014 (Systèmes de management de la qualité – Lignes directrices pour l'application de l'ISO 9001:2008 à la collectivité locale [destinée à être remplacée par ISO/FDIS 53001]).
- ¹⁹⁹¹ Sur la référence aux droits humains dans les normes techniques, cf. Fabienne PÉRALDI LENEUF, « Réflexion sur une évolution singulière : la référence aux droits de l'homme dans les normes techniques », in : *Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruxelles, 2015, p. 753 ss.
- ¹⁹⁹² ISO, *Contribuer aux Objectifs de développement durable de l'ONU grâce aux normes ISO*, Vernier (Genève), 2018. Sur ces objectifs, cf. ci-dessous ch. 3.5.4.3.
- ¹⁹⁹³ iso.org.
- ¹⁹⁹⁴ 973'914 pages en anglais et en français, selon le *Rapport annuel 2016 « Naviguer dans un monde en transition »* (iso.org/fr/home > L'ISO > Rapports annuels).
- ¹⁹⁹⁵ iec.ch.
- ¹⁹⁹⁶ itu.int > About ITU.
- ¹⁹⁹⁷ itu.int.
- ¹⁹⁹⁸ www.worldstandardscooperation.org.
- ¹⁹⁹⁹ Cf. ci-dessous ch. 3.4.5.

- Le système est complété sur le *plan européen* par le Comité européen de normalisation (CEN), situé à Bruxelles, créé en 1961 afin d’harmoniser les normes techniques élaborées en Europe. Tous ses membres sont également membres de l’Organisation internationale de normalisation (ISO). Le CEN produit des normes européennes (normes EN ou « euronorms »), à l’instar du Comité européen de normalisation électrotechnique (CENELEC)²⁰⁰⁰ et de l’Institut européen des normes de télécommunication (ETSI)²⁰⁰¹ dans leurs domaines respectifs.
- Au niveau *national* on trouve les associations formant la base du système : en *Suisse*, l’Association suisse de normalisation (SNV), association de droit privé sans but lucratif ; en *France*, l’Association française de normalisation (AFNOR), une association régie par la loi de 1901 ; en *Allemagne* le Deutsches Institut für Normung (DIN) association sans but lucratif également ; aux *Etats-Unis*, l’American National Standards Institute (ANSI)²⁰⁰². Dans le domaine *électrotechnique*, l’Association Electrosuisse est la correspondante helvétique du CENELEC et de la CEI²⁰⁰³ et, dans celui des *télécommunications*, l’Association suisse des télécommunications (asut) celle de l’UIT et de l’ETSI²⁰⁰⁴.

c. *Lex electronica, informatica ou digitalis*²⁰⁰⁵

Dans le domaine d’*Internet*, on ne saurait exposer de manière exhaustive la régulation privée. On citera le *World Wide Web Consortium* (W3C), qui est un organisme de standardisation à but non lucratif, fondé en octobre 1994 et chargé de développer des standards ouverts visant à assurer la croissance à long terme du web²⁰⁰⁶, ou l’*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), une organisation à but non lucratif états-unienne fondée en 1998 et

2000 cenelec.eu.

2001 etsi.org.

2002 ansi.org.

2003 electrosuisse.ch.

2004 asut.ch.

2005 Joel R. REIDENBERG, « Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology », in : *Texas Law Review*, 76, 1998, p. 553 ss. Cf. ég. Caroline BRICTEUX, « Préserver l’intégrité de l’Internet », in : Bricteux/Frydman (dir.), *Les défis du droit global*, Bruxelles, 2018, p. 205 ss ; Fiona SAVARY, *Regulierung dominanter Internetplattformen*, Zurich, 2017 ; Boris BARRAUD, *Le renouvellement des sources du droit : Illustrations en droit de la communication par internet*, Aix-en-Provence, 2017 ; Rolf H. WEBER, *Realizing a New Global Cyberspace Framework: Normative Foundations and Guiding Principles*, Berlin etc., 2015, p. 60 ss ; Alexander RUCH, « Regulierungsfragen der Gentechnologie und des Internet », in : *Revue de droit suisse*, vol. 2, 2004, p. 439 ss ; Pierre TRUDEL, « La Lex Electronica », in : Morand (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, 2001, p. 221 ss.

2006 w3.org.

chargée d'administrer les noms de domaine sur Internet et de gérer les conflits²⁰⁰⁷. Un mécanisme de gestion des conflits est également prévu dans le *Code de conduite sur la neutralité des réseaux* qu'ont adopté les opérateurs de réseaux en Suisse : les internautes peuvent saisir un organe de conciliation ad hoc « lorsqu'ils sont d'avis que leur fournisseur d'accès Internet enfreint ces règles de conduite et que les discussions préalables avec lui n'ont pas porté leurs fruits. »²⁰⁰⁸

La doctrine a proposé d'étendre ces modes alternatifs et privés de résolution des conflits à d'autres litiges opposant les internautes aux grandes multinationales du numérique afin de fonder en dehors des Etats une « micro-justice massive en ligne »²⁰⁰⁹.

Les *émoticônes* (emojis) sont des idéogrammes standardisés utilisés dans les communications électroniques. Leur création et leur utilisation sont régulées par un organisme privé sans but lucratif chargé de coordonner le développement du standard Unicode²⁰¹⁰. Un comité sélectionne et valide les propositions de nouveaux émoticônes autorisés²⁰¹¹. Les pressions se sont accentuées ces dernières années pour en améliorer par exemple la représentativité (couleur de peau, orientation religieuse ou de genre, etc.)²⁰¹². Dans le secteur *des jeux vidéo*, Pan European Game Information (PEGI) est une organisation à but non lucratif fondée par les éditeurs de logiciels de loisir chargée de normaliser les âges conseillés pour la protection des mineurs²⁰¹³. En matière de *protection des données* dans la publicité numérique, la Digital Advertising Alliance (DAA) a rédigé différents Principes d'autorégulation (DAA Self-Regulatory Principles)²⁰¹⁴.

*d. Lex finanziaria*²⁰¹⁵

La production de standards par la branche est très fréquente, qu'il s'agisse du *domaine bancaire* ou *financier* proprement dit, où l'autorégulation est très

2007 icann.org.

2008 OFFICE DE CONCILIATION EN MATIÈRE DE NEUTRALITÉ DES RÉSEAUX, *Code de conduite sur la neutralité des réseaux* (s-nn.ch/fr/Startseite > Requête de conciliation > Règles de conduite), p. 4.

2009 Jacques DE WERRA, « Alternative Dispute Resolution in Cyberspace: The Need to Adopt Global ADR Mechanisms for Addressing the Challenges of Massive Online Micro-Justice », in : *Swiss Review of International and European Law*, 2016, p. 289 ss.

2010 unicode.org.

2011 unicode.org > emoji.

2012 Judith DUPORTAIL, « Le gardien du temple des émojis », in : *Le Temps*, édition du 21 juin 2017.

2013 pegi.info.

2014 digitaladvertisingalliance.org.

2015 Johan HORST, « Lex Financiaria. Das transnationale Finanzmarktrecht der International Swaps and Derivatives Association (ISDA) », in : *Archiv des Völkerrechts*, 4/2015, p. 461 ss.

présente²⁰¹⁶, ou *comptable*, pour lequel le Bureau international des normes comptables (International Accounting Standards Board [IASB]), organe désigné par la fondation IFRS (International Financial Reporting Standards), élabore et publie les normes comptables internationales²⁰¹⁷.

On notera cependant une tendance dans les pays de l'Union européenne, au contraire de la Suisse et des Etats-Unis, à se détourner de l'autorégulation dans le domaine bancaire et financier²⁰¹⁸.

e. *Lex sportiva*²⁰¹⁹

Le monde sportif est une illustration particulièrement aboutie d'un réseau de règles privées issues des statuts des organisations sportives internationales et nationales et des règlements que ces dernières produisent. Les statuts associatifs sur lesquels repose la *lex sportiva* sont souvent ancrés dans le droit privé suisse²⁰²⁰. On précisera que le Tribunal fédéral a refusé d'attribuer la qualité de règle de droit aux règlements des associations sportives, renonçant simultanément à les reconnaître au titre d'une « *lex sportiva transnationalis* »²⁰²¹.

Le Tribunal arbitral du sport basé à Lausanne joue un rôle-clé dans cette architecture privée²⁰²². La Cour européenne des droits de l'homme a cependant

²⁰¹⁶ Pascal ZYSSET, *Selbstregulierung im Finanzmarktrecht: Grundlagen, verwaltungsrechtliche Qualifikationen und rechtsstaatlicher Rahmen*, Zurich/Bâle/Genève, 2017 ; Nina REISER, *Durchsetzung heterogener börsengesellschaftsrechtlicher Normen*, Zurich, 2017 ; Christian BOVET/Anne HÉRITIER LACHAT, « Contexte général », in : Bovet (éd.), *Surveillance des marchés financiers*, Bâle, 2016, p. 21 s. Sur la genèse de l'autorégulation bancaire en Suisse, cf. Yves SANCEY, *Quand les banquiers font la loi: aux sources de l'auto-régulation bancaire en Suisse et en Angleterre, de 1914 aux années 1950*, Lausanne, 2015.

²⁰¹⁷ ifrs.org ; cf. ci-dessous ch. 3.4.4.4b.II s'agissant de la technique de renvoi législatif utilisée.

²⁰¹⁸ REISER (2017), p. 12 ; Jean-Baptiste ZUFFEREY, « (Dé-, re-, sur-, auto-, co-, inter-) réglementation en matière bancaire et financière : thèses pour un état des lieux en droit suisse », in : *Revue de droit suisse*, vol. 2, 2004, p. 586 ss.

²⁰¹⁹ Franck LATTY, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Leyde, 2007.

²⁰²⁰ DUVAL (2015), p. 12.

²⁰²¹ ATF 132 III 285, p. 289. Sur les recommandations en matière de ski, cf. ci-dessus note de bas de page 1845.

²⁰²² Antoine DUVAL, *La Lex Sportiva Face au Droit de l'Union Européenne : Guerre et Paix dans l'Espace Juridique Transnational*, Florence, 2015 ; Jean-Loup CHAPPELET, *L'autonomie du sport en Europe*, Strasbourg, 2010 ; OST/VAN DE KERCHOVE (2002), p. 203 ss ; Margareta BADDELEY, *L'association sportive face au droit : les limites de son autonomie*, Bâle etc., 1994. Sur le code mondial anti-dopage, cf. ci-dessous ch. 3.4.3.4.

jugé que les procédures d'arbitrage devant ce dernier devaient offrir toutes les garanties d'un procès équitable (art. 6 al. 1^{er} CEDH)²⁰²³.

*f. Lex medicalis*²⁰²⁴

Le monde médical est également autorégulé en partie, spécialement quant à ses aspects éthiques. Sur le plan international, l'*Association Médicale Mondiale* (AMM), fondée en 1947 juste après le procès de Nuremberg, a adopté un certain nombre de *textes de référence en matière d'éthique* reconnus, en particulier la Déclaration de Genève de 1947, « serment d'Hippocrate moderne », suivie par le Code international d'éthique médicale de 1949, la Déclaration d'Helsinki sur la recherche médicale impliquant des sujets humains de 1964 complétée en 2002 puis en 2016 par la Déclaration de Taipei sur les considérations éthiques concernant les bases de données de santé et les biobanques ainsi que la Déclaration de Tokyo adoptant des directives pour les médecins concernant la torture et d'autres traitements cruels, inhumains ou dégradants ou les châtiments en lien avec la détention et l'emprisonnement de 1975²⁰²⁵. L'Organisation mondiale de la santé (OMS) produit de *nombreux textes de droit souple* dont la doctrine relève que « l'absence de caractère contraignant ne leur interdit pas d'avoir une portée normative réelle. »²⁰²⁶ Elle publie en particulier une *Classification internationale des maladies* (CIM) internationalement reconnue, et régulièrement révisée afin de tenir compte des derniers développements scientifiques et sociétaux²⁰²⁷.

²⁰²³ CourEDH, Affaire n° 40575/10 et 67474/10 du 2 octobre 2018 (*Mutu et Pechstein c. Suisse*) [arrêt de chambre non définitif {état au 10.10.2018}]: la sanction de la requérante pour dopage nécessite la tenue d'une audience publique.

²⁰²⁴ Sur ce terme, cf. Sandrine MALJEAN-DUBOIS (éd.), *La société internationale et les enjeux bioéthiques*, Aix-en-Provence, 2006, p. 106.

²⁰²⁵ wma.net/fr > Ce que nous faisons > Ethique Médicale.

²⁰²⁶ Stéphanie DAGRON, « L'avenir du droit international de la santé », *Revue de droit suisse* II, 2016, p. 71. Cf. RICHTER (2018), p. 112 s. et 266, qui, après une analyse approfondie du *Code de pratique mondial pour le recrutement international des personnels de santé*, conclut que « despite certain weaknesses, soft law instruments issued by the WHO have been unjustly deemed as being weak and toothless. »

²⁰²⁷ DAGRON (2016), p. 60. La prochaine édition (CIM-11) devrait ainsi comporter un nouveau chapitre sur la médecine traditionnelle ainsi que sur la santé sexuelle, permettant d'y transférer l'incongruence de genre, classée jusqu'alors dans le chapitre des troubles mentaux, afin de prendre en compte la dignité des personnes transgenres (OMS, Communiqué de presse du 18 juin 2018 [who.int > centre des médias]). On retrouve une problématique analogue avec le « Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders » (DSM) publié par l'*American Psychiatric Association* (APA).

Sur le plan suisse, l'*Académie Suisse des Sciences Médicales* (ASSM) a édicté de nombreuses directives médico-éthiques²⁰²⁸. Dans ce domaine la jurisprudence du Tribunal fédéral est analogue à celle du secteur sportif. La Haute Cour a ainsi jugé, par exemple, que les directives médico-éthiques relatives à l'exercice de la médecine auprès des *personnes détenues* sont des « règles établies par une fondation qui n'exerce pas de puissance publique » qui « n'ont pas force de loi. Elles ne constituent en principe qu'une source matérielle du droit, en ce sens qu'il peut être opportun que le Parlement s'en inspire, ou au moins en tienne compte, lorsqu'il légifère sur une question médicale. Mais elles ne créent pas par elles-mêmes de véritables normes juridiques »²⁰²⁹.

Le Tribunal fédéral a souvent pris en compte ces directives médico-éthiques, par exemple pour déterminer le moment de la *mort*²⁰³⁰, en *procréation médicale assistée*²⁰³¹ et en matière de *transplantation d'organes*²⁰³². En matière *d'assistance au suicide* en revanche le Tribunal fédéral a simplement précisé qu'à défaut de renvoi direct aux directives topiques, « [s]'agissant d'un domaine sensible, le regard des professionnels et de leur commission d'éthique est néanmoins important. »²⁰³³

Plus loin dans le temps, on relèvera l'histoire de la *Pharmacopée helvétique*, recueil pour la préparation des médicaments, fruit de la Société suisse des pharmaciens dès 1857. Dès la première publication de la pharmacopée en 1865, cette société « convie ses membres à entreprendre toutes les démarches nécessaires pour lui faire obtenir un poids législatif au sein des cantons. » Quelques cantons l'adoptent et s'y réfèrent, ainsi que le Département militaire fédéral dans le service de santé de l'armée²⁰³⁴.

²⁰²⁸ Natassia GILI, *Staatlich gesteuerte Selbstregulierung: am Beispiel der medizinisch-ethischen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW)*, Zurich, 2017, p. 60 ss ; Margrit LEUTHOLD, « Die medizinisch-ethischen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) », in : *LeGes*, 2006/3, p. 13 ss.

²⁰²⁹ ATF 136 IV 97, p. 112.

²⁰³⁰ ATF 98 Ia 508.

²⁰³¹ ATF 115 Ia 234, p. 242 ; ATF 119 Ia 460, p. 470.

²⁰³² ATF 123 I 112, p. 127.

²⁰³³ ATF 142 I 195, p. 199.

²⁰³⁴ Alessandro CAMPANELLI, *L'émergence de l'État helvétique entre unité et fédéralisme : l'exemple des législations médicales et pharmaceutiques*, Lausanne, 2018, p. 246s.

3.4.3.3 Les auteurs des normes d'autorégulation

a. Les associations professionnelles et les communautés d'intérêt

Les membres d'une association professionnelle ou d'une communauté d'intérêt peuvent *produire eux-mêmes* des normes, obligatoires ou non, primaires ou auxiliaires, à l'attention de leurs membres ou destinées à des entreprises extérieures privées ou même publiques.

L'illustration typique est celle des *codes de déontologie* des associations professionnelles, par exemple les avocats au sein de leurs barreaux, qui déploient un effet juridique à l'égard des membres seulement sur la base du droit privé²⁰³⁵.

Une association représentant une communauté d'intérêt privée peut également se constituer dans le but de rédiger et de diffuser une charte à soumettre à l'approbation volontaire d'entreprises extérieures non membres de l'association. L'*association Charte suisse de la diversité*, à but idéal, s'est ainsi constituée en 2007 autour de la communauté homosexuelle avec but de « donner connaissance de la charte, de l'explicitier et de la diffuser afin d'en favoriser la connaissance et la signature par les entreprises en Suisse »²⁰³⁶. Cette charte vise à « aider les entreprises à lutter contre toutes les formes de discrimination, qu'elles soient, notamment, fondées sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge, l'état civil, et l'orientation sexuelle. »²⁰³⁷ Elle a également été signée par des autorités publiques, par exemple par le canton de Genève en 2017²⁰³⁸.

Un exemple historique particulièrement éclairant sur la genèse de la législation dans les nouvelles technologies est celui de l'*automobile* où le Code de la route a été précédé par un *Code de la route privé*.

Code de la route privé – Les associations d'automobilistes ont adopté en France un code de la route privé rédigé par le président d'une association régionale dans les premières années du XX^e siècle : le « Code de la route de M. J. PERRIGOT [...] adopté par l'ACF, l'AGA, la Ligue des chauffeurs, le Touring-Club, l'AC d'Alsace-Lorraine, la Fédération des AC régionaux, le Moto-Club de Belgique, etc. etc. »²⁰³⁹ Un avocat parisien spécialiste des nouvelles technologies de l'époque, Joseph IMBRECQ, dans une chronique de

²⁰³⁵ Ces règles déontologiques peuvent également déployer des effets juridiques par le biais de l'interprétation des tribunaux et des autorités. Le Tribunal fédéral juge qu'elles « conservent, néanmoins, une portée juridique dans la mesure où elles peuvent servir à interpréter et à préciser les règles professionnelles [...] et qu'elles expriment une conception largement répandue au plan national » (ATF 136 III 296, p. 300).

²⁰³⁶ charte-diversite.ch.

²⁰³⁷ *Ibidem*.

²⁰³⁸ La charte a été signée pour le canton de Genève par deux conseillers d'Etat sur la base d'une recommandation d'un rapport administratif sur les discriminations en raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre ainsi que du plan d'action de l'égalité (Conseil d'Etat, Point presse du 13 septembre 2017).

²⁰³⁹ MANUFACTURE FRANÇAISE DES PNEUMATIQUES MICHELIN, *Guide Michelin pour l'Algérie et la Tunisie*, Paris, 1907, p. 98 ss.

vulgarisation intitulée « Le droit pratique du chauffeur », relevait que l'effet juridique de ce code privé résidait dans l'usage que les juges devraient en faire pour juger de la responsabilité du chauffeur en cas d'accident : « Le *Code de la route* [...] n'a pas encore force de loi. J'estime néanmoins que, du moins lorsqu'un conflit a lieu entre deux automobilistes, les juges doivent s'en inspirer, et que celui qui aurait causé un accident en manquant à l'une des sages prescriptions de ce Code pourrait être, dans une certaine mesure, taxé d'imprudence. »²⁰⁴⁰

L'exemple historique de ce code de la route peut aisément être transposé aujourd'hui au *développement de toutes les nouvelles technologies*, en particulier celles du numérique. L'exemple montre une phase initiale de tâtonnements, essentiellement régulée par les milieux privés directement concernés ; l'esprit y est euphorique. A l'enthousiasme des pionniers va succéder le réalisme de l'usage quotidien ; la banalisation de l'innovation mettra en évidence la face sombre de ses effets. Ainsi dès que la nouveauté devient routine, la régulation se fera progressivement étatique. La loi se forme par *cristallisation progressive*, ainsi que nous l'avons déjà observé²⁰⁴¹.

b. Les organismes privés de régulation

Les membres d'une association professionnelle ou d'une communauté d'intérêt peuvent également confier la tâche de conception et de rédaction normative à des *organismes privés* spécialement créés à cet effet. Dans ce cas de figure, ils ne sont pas automatiquement juridiquement liés, car ces organismes producteurs de normes (souvent appelées « standards » en anglais lorsqu'il s'agit de normes techniques) sont en général des personnes morales indépendantes. Les milieux concernés auront cependant tout loisir de se référer à leurs textes soit dans un cadre contractuel classique, soit, plus soupagement, en adhérant à diverses chartes ou codes de conduite. Ils pourront également y être incités, voire contraints par l'Etat, à des degrés divers²⁰⁴².

Contrôle des chaudières à vapeur – Un bon exemple historique est celui du contrôle des chaudières à vapeur. En 1881, la Fédération allemande des associations de contrôle des chaudières à vapeur a publié des directives à cet effet ne valant que pour les entreprises membres. L'administration prussienne en a ensuite étendu le champ d'application en prenant ces dernières comme référence dans ses règlements sur la sécurité industrielle. Le développement de ces normes techniques a été confié à la Commission allemande des

²⁰⁴⁰ *Ibidem*. Sur l'histoire du code de la route en France, cf. Anne KLETZLEN, *L'Automobile et la Loi : Comment est né le code de la route ?*, Paris, 2000. Sur l'effet juridique découlant de la responsabilité, cf. ci-dessus ch. 3.3.5.3b.

²⁰⁴¹ Cf. ci-dessus ch. 3.3.4.2.

²⁰⁴² Cf. ci-dessous ch. 3.4.4.1b.

normes pour les chaudières à vapeur composée essentiellement de représentants de l'industrie²⁰⁴³.

Cette démarche, qui a pris aujourd'hui un essor remarquable, est loin d'être nouvelle. Le progrès technique associé à l'essor du libre-échange ont en effet très tôt conduit les milieux économiques et industriels à charger des organismes privés composés de techniciens de développer des standards à leur intention. Le principe consiste pour les entreprises à limiter de manière consensuelle leur liberté de produire selon leurs propres règles en respectant des standards communs dans le but de faciliter les échanges et d'augmenter ainsi leur profit. L'uniformisation résultant de la standardisation assure l'interchangeabilité des produits et des services, gage de rationalisation et d'efficience accrues ainsi que d'ouverture à de nouveaux marchés²⁰⁴⁴.

Filetage des boulons et écrous – Pour illustrer cette fonction de la normalisation, l'exemple de l'ingénieur anglais Joseph WITHWORTH est éclairant. Celui-ci a proposé en 1841 à l'Institution of Civil Engineers d'adopter un système standardisé national pour le filetage des boulons et écrous. Les compagnies de chemin de fer l'ont ensuite adopté de manière universelle : le « British Standard Whitworth » (BSW). Selon lui, « Great inconvenience is found to arise from the variety of threads adopted by different manufacturers. The general provision for repairs is rendered at once expensive and imperfect. [...] The economy and manifold advantages resulting from uniformity in this instance, would be sufficiently obvious. Supposing the same principle extended throughout engineering and other establishments until its application became general, the advantage would be proportionally greater, and would assume a character of public importance. »²⁰⁴⁵

Les régulateurs ne sont dans ce modèle ni l'Etat ni, directement, les groupes-cibles visés mais des *organismes privés* composés de spécialistes et de représentants des secteurs concernés²⁰⁴⁶. L'intrication toutefois entre ces organismes et la branche concernée, en particulier lorsque les premiers sont créés par la seconde ou qu'ils ne comprennent que des représentants du domaine visé, montre que ces organismes ne sont pas indépendants des groupes d'intérêt. Ils sont chargés de combler par eux-mêmes et dans leur propre intérêt privé ce besoin

²⁰⁴³ Peter COLLIN/Sabine RUDISCHHAUSER, « Autorégulation régulée. Analyses historiques de structures de régulations hybrides », in : *Trivium*, n° 21, 2016, § 1, se référant à Ina VOM FELD, *Staatsentlastung im Technikrecht. Dampfkesselgesetzgebung und -Überwachung in Preußen 1831-1914*, 2007, p. 204 s.

²⁰⁴⁴ Miloš VEC, *Recht und Normierung in der Industriellen Revolution*, Francfort-sur-le-Main, 2006, p. 382 s.

²⁰⁴⁵ Joseph WITHWORTH, « A Paper on an Uniform System of Screw Threads, read at the Institution of Civil Engineers, in 1841 », in : *Miscellaneous Papers On Mechanical Subjects*, Londres, 1858, p. 23 ss. Cf. VEC (2006), p. 303 s. (cit. in : FOLKE SCHUPPERT [2011], p. 218 s.).

²⁰⁴⁶ VEC (2006), p. 382 ; Anne PETERS/Lucy KOECHLIN/Till FÖRSTER/Gretta FENNER ZINKERNAGEL, *Non-State Actors as Standard Setters*, Cambridge, 2009.

normatif croissant que nous avons postulé plus haut, en espérant ainsi devancer l'intervention de l'Etat, garant de l'intérêt public.

Par la suite, et très tôt, le modèle s'est étendu en direction des *organisations internationales*²⁰⁴⁷ qui, avec le concours des particuliers le cas échéant, ont élaboré elles aussi des normes, non obligatoires, en marge du droit conventionnel, à la disposition des Etats et des milieux concernés.

Un exemple parmi tant d'autres : l'Union internationale des télécommunications (UIT), institution spécialisée des Nations Unies fondée dès sa création sur des partenariats public-privé que nous évoquerons ci-dessous.

c. Les directives de rédaction de normes privées

La *conception* et la *rédaction des normes privées* font parfois l'objet de véritables directives qui précisent tant la procédure « normative » que les règles rédactionnelles. L'ISO a par exemple publié de véritables *guides de législation et de rédaction* pour l'élaboration de ses propres normes²⁰⁴⁸.

L'ISO a codifié la procédure « normative »²⁰⁴⁹ ainsi que la structuration et la rédaction des normes²⁰⁵⁰. Elle a également produit d'autres documents en rapport avec le processus d'élaboration des normes²⁰⁵¹.

²⁰⁴⁷ Laurence BOISSON DE CHAZOURNE, « Standards, régulation internationale et organisations internationales », in : Frydman/van Waeyenberge (dir.) (2014), p. 69 ss.

²⁰⁴⁸ Sur la procédure « normative », cf. ORGANISATION INTERNATIONALE DE NORMALISATION (ISO), *Directives ISO/IEC, Partie 1 et Supplément ISO consolidé – Procédures spécifiques à l'ISO* (iso.org/fr/home > Participer > Ressources > Directives et politiques), 9^e éd., Vernier, 2018. Sur la structuration et la rédaction des normes, cf. ISO, *Directives ISO/IEC, Partie 2* (iso.org/fr/home > Participer > Ressources > Directives et politiques), 8^e éd., Vernier, 2018 ; ISO, *Comment rédiger une norme* (iso.org/fr/home > Store > Publications et produits), Vernier, 2016. Pour d'autres documents en rapport avec le processus d'élaboration des normes, cf. iso.org/fr/home > Participer > Ressources > Directives et politiques.

²⁰⁴⁹ ISO (Partie 1 et Supplément ISO consolidé).

²⁰⁵⁰ ISO (Directives ISO/IEC, Partie 2) ; ISO (Comment rédiger une norme).

²⁰⁵¹ iso.org/fr/home > Participer > Ressources > Directives et politiques.

3.4.3.4 *La mise en œuvre par les groupes-cibles (arbitrage, certification, médiation)*

Les normes produites dans le contexte de l'autorégulation peuvent être *mises en œuvre et arbitrées*²⁰⁵² de manière privée.

S'agissant des normes techniques par exemple, des procédures d'*évaluation de la conformité* (« conformity assessment ») sont prévues. Parmi les principaux modes d'évaluation de la conformité on trouve la *certification*²⁰⁵³, définie comme l'« assurance écrite (sous la forme d'un certificat) donnée par une tierce partie qu'un produit, service ou système est conforme à des exigences spécifiques »²⁰⁵⁴. Ce *certificat* est délivré par un *organisme de certification*. Une procédure spécifique dite d'*accréditation* permet de vérifier les compétences et l'impartialité d'un tel organisme. Elle est effectuée par un *organisme d'accréditation*²⁰⁵⁵.

L'ISO ne met pas en œuvre ses propres normes, n'étant ni un organisme de certification, ni d'accréditation. Elle produit cependant un certain nombre de normes auxiliaires de mise en œuvre par le biais de son Comité pour l'évaluation de la conformité (ISO/CASCO) par lesquelles elle précise l'organisation et les procédures liées à l'évaluation de la conformité, expliquant même à l'intention des rédacteurs de normes comment procéder²⁰⁵⁶.

Hors du système des normes techniques, chaque régime d'autorégulation dispose de son *propre système de mise en œuvre*, d'interprétation, de médiation et d'arbitrage en cas de conflit.

Exemples :

- Pour la protection des jeunes en matière de *jeux vidéo* par exemple, un organisme international (PEGI) édicte, nous l'avons vu, des règles relatives aux âges conseillés. Le contrôle de l'âge aux points de vente est mis en œuvre sous l'égide de la Swiss Interactive Entertainment Association (SIEA) qui a élaboré un « Code de Conduite SIEA/PEGI pour la protection des Jeunes ». Ce code est signé par les membres de la SIEA et par d'autres fabricants, détaillants, importateurs et distributeurs qui s'engagent en cas de non-respect à subir des sanctions conventionnelles allant de

²⁰⁵² Sur la place de l'arbitrage international dans ce droit « hors Etat », cf. Thomas SCHULTZ, *Transnational Legality: Stateless Law and International Arbitration*, Oxford, 2014.

²⁰⁵³ Les autres modes principaux sont les essais et l'inspection, cf. iso.org/fr/home > Normes > Certification & conformité.

²⁰⁵⁴ iso.org/fr/home > Normes > Certification & conformité > Certification.

²⁰⁵⁵ Cf. le Forum international de l'accréditation (IAF) : iaf.nu. Sur la responsabilité qui découle de l'octroi d'un certificat ISO, cf. ATF 142 III 84, 90.

²⁰⁵⁶ ISO, *Conformity assessment for standards writers – do's and don'ts* (iso.org/fr/home > Store > Publications et produits), Vernier, 2016 ; ISO, ISO/IEC 17007, *Évaluation de la conformité : Directives pour la rédaction de documents normatifs appropriés pour l'évaluation de la conformité*, Vernier, 2009.

l'avertissement à l'exclusion de l'association, en passant par des sanctions pécuniaires et l'interruption de la livraison des produits²⁰⁵⁷.

- Le *Code mondial anti-dopage* de l'Agence mondiale antidopage (AMA) – fondation de droit privé suisse composée à parts égales de représentants du mouvement olympique et d'Etats dont le siège est à Montréal²⁰⁵⁸ – est mis en œuvre par le droit privé sur la base d'une délégation législative²⁰⁵⁹ : le Statut concernant le dopage 2015 adopté par le Parlement sportif de Swiss Olympic ; le Règlement de procédure pour la révision administrative en cas de manquements aux obligations en matière de localisation ; les Prescriptions d'exécution relatives aux contrôles et aux enquêtes ; le Règlement de procédure devant la Chambre disciplinaire pour les cas de dopage²⁰⁶⁰.

3.4.4 Les différents degrés d'autonomie du secteur privé dans l'autorégulation

3.4.4.1 Introduction : de l'autorégulation à la corégulation

a. L'autorégulation

L'*autorégulation* est un système de régulation dans lequel les groupes-cibles sont leurs propres régulateurs. Les groupes-cibles n'instaurent pas seulement des normes primaires visant à modifier leur propre comportement mais également des instruments de mise en œuvre privés pour en garantir l'effectivité²⁰⁶¹.

²⁰⁵⁷ siea.ch. Sur les différentes initiatives en matière d'autorégulation et leur évaluation, cf. Michael LATZER *et al.*, « Protection de la jeunesse face aux médias : analyse de l'autorégulation en Suisse », in : *Sécurité sociale*, n° 4, Berne, 2015, p. 220 ss.

²⁰⁵⁸ Considérée comme une institution de droit administratif global, cf. FROMAGEAU (2016), p. 189 ss.

²⁰⁵⁹ « Le Conseil fédéral peut déléguer entièrement ou partiellement la compétence de prendre des mesures antidopage à une agence nationale de lutte contre le dopage. Celle-ci arrête les décisions nécessaires. » (art. 19 al. 2 de la loi sur l'encouragement du sport, RS 415.0 ; art. 73 ss de l'ordonnance sur l'encouragement du sport, RS 415.01).

²⁰⁶⁰ antidoping.ch/fr > Lois et règlements > Droit privé suisse.

²⁰⁶¹ Sur l'autorégulation en général, cf. BENYEKHELF (2015), p. 740 ss ; Peter HETTICH, *Kooperative Risikovorsorge – Regulierte Selbstregulierung im Recht der operationellen und technischen Risiken*, Zurich, 2014, N. 512 ss, p. 269 ss ; Stéphane BRACQ, « L'autorégulation au cœur de la légistique dans l'Union européenne », in : Péraldi Leneuf (éd.), *La légistique dans le système de l'Union européenne : Quelle nouvelle approche ?*, Bruxelles, 2012, p. 65 ss ; Myriam SENN, *Non-State Regulatory Regimes*, Heidelberg etc., 2011 ; ERRASS (2010), p. 77 ss ; Anne PETERS, « Privatisierung, Globalisierung und die Resistenz des Verfassungsstaates », in : Mastronardi/Taubert (éd.), *Staats- und Verfassungstheorie im Spannungsfeld der Disziplinen*, Stuttgart, 2006, p. 109 ss ; MADER (2004), p. 86 ss ; Ursula BRUNNER (2004), p. 324 ss ; ZUFFEREY (2004), p. 588 ss ; Arnold MARTI, « Selbstregulierung anstelle staatlicher Gesetzgebung? », in : *ZBl*, 2000, p. 561 ss ; Ulrich HÄFELIN/Georg MÜLLER/Felix UHLMANN,

La notion d'autorégulation est préférable à celle d'autoréglementation en ce que, plus globale, elle permet de comprendre l'ensemble des instruments d'action, réglementaires ou non, publics ou non²⁰⁶².

L'autorégulation est *autonome et spontanée* si les milieux privés l'instaurent de leur plein gré, sans influence ni intervention de l'Etat. Les exemples sont devenus rares²⁰⁶³.

b. La corégulation

Il est bien plus fréquent que l'Etat intervienne activement pour modeler une régulation privée dans un secteur précis. On parle dans cette hypothèse d'une *corégulation* (« co-regulation »²⁰⁶⁴ ; « Koregulierung »²⁰⁶⁵), c'est-à-dire une régulation coproduite entre l'Etat et les milieux privés, ou d'*autorégulation contrôlée* [par l'Etat] (« autoréglementation contrôlée »²⁰⁶⁶ ; « [staatlich] gesteuerte Selbstregulierung »²⁰⁶⁷ ; « regulierte Selbstregulierung »²⁰⁶⁸). Par ce moyen la législation devient *coopérative*²⁰⁶⁹.

La corégulation trouve sa niche entre les deux extrêmes de l'autorégulation spontanée et de la régulation étatique. Elle comprend tous les degrés intermédiaires allant de l'autorégulation facilitée, incitée, provoquée ou imposée par l'Etat à l'autorégulation déléguée ou reprise par le législateur.

Allgemeines Verwaltungsrecht, 6^e éd., Zurich etc., 2010, N. 160a s. ; Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 3^e éd., Zurich, 2013, N. 485 ss.

²⁰⁶² MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 267.

²⁰⁶³ Cf. ci-dessous ch. 3.4.4.2.

²⁰⁶⁴ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines* (2017), p. 22 ; WINDHOLZ (2018), p. 162 ss ; BENYEKHELF (2015), p. 743 ss ; Fabienne PÉRALDI LENEUF, « Vers une externalisation de la production du droit de l'union européenne. L'exemple de la corégulation (policy cooperation) », in : Péraldi Leneuf/de la Rosa (dir.), *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, Paris, 2013, p. 191 ss.

²⁰⁶⁵ Urs ZULAUF, « Koregulierung statt Selbstregulierung: Erfahrungen mit der Selbstregulierung im Schweizer Finanzmarktrecht seit der Finanzkrise von 2007 », in : Jung *et al.* (éd.), *Finanzmarktregulierung in der Krise*, Tübingen, 2014, p. 83 ss.

²⁰⁶⁶ ISSALYS (2000), p. 72 ss.

²⁰⁶⁷ Natassia GILI, *Staatlich gesteuerte Selbstregulierung: am Beispiel der medizinisch-ethischen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW)*, Zurich, 2017 ; MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 307 s. (avec réf. bibliographiques allemandes à la note de bas de page 1233).

²⁰⁶⁸ ATF 143 II 518, p. 550 ; COLLIN/RUDISCHHAUSER (2016) ; ERRASS (2010), p. 317 ss ; HETTICH (2014), N. 515 ; SECKELMANN (2018), p. 212 ss.

²⁰⁶⁹ Sur la législation coopérative, cf. ERRASS (2010) ; sur l'application à l'énergie, cf. Simone WALTHER, *Kooperative Steuerungsinstrumente im schweizerischen Stromversorgungsrecht*, Zurich/Saint-Gall, 2014. Cf. ég. FOLKE SCHUPPERT (2011), p. 60 ss.

Il n'est toutefois pas évident de déterminer à partir de quel moment exactement on se trouve dans une telle configuration. Ainsi lorsque les milieux privés décident de s'autoréguler sur la base d'une pression diffuse de l'opinion publique ou de leur clientèle, le spectre de l'Etat n'est jamais très loin puisque l'individu peut troquer à tout moment sa casquette de consommateur pour celle de citoyen. La situation devient en revanche plus claire dès que l'Etat incite, provoque ou impose une autorégulation. Il s'agit alors clairement de corégulation. Avec l'autorégulation imposée, on entre carrément dans la régulation étatique : même si elle peut présenter les traits de l'autorégulation, vue de l'extérieur, la volonté subjective de se réguler entre pairs dans le cadre de l'autonomie de la volonté fait clairement défaut.

De cette difficulté découle celle du régime juridique applicable. Si l'autorégulation spontanée relève clairement du droit civil, la réponse n'est pas nécessairement toute faite pour les diverses formes de corégulation qui peuvent le cas échéant relever du droit public²⁰⁷⁰.

Dans le contexte de la corégulation, les milieux privés sont les *groupes-cibles* dont l'Etat a pour but de modifier les comportements et, souvent même, leurs propres *acteurs de mise en œuvre*. Le modèle peut s'étendre aux *bénéficiaires* afin d'en renforcer la légitimité (par exemple les patients dans les exemples d'autorégulation médicale). Cette extension permet de répliquer à l'objection la plus commune adressée à l'encontre des régimes d'auto- ou de corégulation : celle de favoriser l'intérêt privé au détriment de l'intérêt public.

Le modèle peut être complexifié à souhait²⁰⁷¹, en incluant par exemple des *acteurs chargés de la mise en œuvre* pris hors des trois catégories précédentes, à l'exemple des organismes de certification, des agences de notation, des organisations non gouvernementales ou hybrides ou des médecins privés chargés de véhiculer des messages anti-tabac ou de distribuer des dispositifs anti-addiction. Ces agents, qui s'insèrent dans le schéma régulateur entre les régulateurs et les groupes-cibles, sont qualifiées d'*intermédiaires de mise en œuvre* (« regulatory intermediaries [...] that figure in the implementation, monitoring, and enforcement of rules »)²⁰⁷².

²⁰⁷⁰ ZYSSET (2017), p. 126 ss.

²⁰⁷¹ Par exemple le modèle australien du régime de régulation du tabac (WINDHOLZ [2018], p. 71 ss et 165).

²⁰⁷² Kenneth W. ABBOTT/David LEVI-FAUR/Duncan SNIDAL, « Theorizing Regulatory Intermediaries », in : *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 670(1), 2017, p. 16.

Contrairement aux fonctionnaires étatiques censés agir dans le seul intérêt public, les *intermédiaires privés ayant un rôle de mise en œuvre et de contrôle* (« private implementing agents » ou « for-profit street-level bureaucrats »²⁰⁷³) se trouveront plus souvent en *porte-à-faux entre la poursuite de leurs intérêts purement privés et la défense de l'intérêt public* : « Under certain circumstances, for-profit streetlevel bureaucrats have particular difficulties reconciling rule pressure with market incentives and client demands », reconnaissent les auteurs d'une étude sur le rôle des vétérinaires privés dans le régime de mise en œuvre hybride prévu dans l'ordonnance sur les médicaments vétérinaires²⁰⁷⁴. Ils concluent que « [r]esearch consistently shows that the delegation of regulatory tasks to market actors fails to deliver the expected results. Indeed, market elements in policy implementation can worsen output performance instead of improving it. [...] Arrangements in which implementing agents economically depend upon the target group they control, without adequate monitoring, are not promising. »²⁰⁷⁵

On rappellera ici les efforts développés par l'Union européenne pour renforcer la légitimité de ces instruments par la rédaction de *principes de meilleure autorégulation et de corégulation* (« Principles for better self- and co-regulation »)²⁰⁷⁶.

c. *Le degré d'autonomie variable du secteur privé*

Le secteur privé s'autorégule selon un degré de spontanéité et d'autonomie très nuancé. Entre l'autorégulation *autonome* et *spontanée* (ch. 3.4.4.2) d'un côté du spectre et la régulation étatique de l'autre, on distinguera ci-dessous l'autorégulation *facilitée* (ch. 3.4.4.3), *incitée* (ch. 3.4.4.3b), *provoquée* (ch. 3.4.4.3c), *imposée* (ch. 3.4.4.3d), *déléguée* (ch. 3.4.4.4) et *reprise* (ch. 3.4.4.4c) en fonction du rôle de l'Etat et de l'autonomie que celui-ci veut bien laisser au secteur privé dans la conception et la mise en œuvre des politiques publiques.

²⁰⁷³ Eva THOMANN/Peter HUPE/Fritz SAGER, « Serving many masters: Public accountability in private policy implementation », in : *Governance*, vol. 31(2), 2017, p. 1 ss.

²⁰⁷⁴ RS 812.212.27.

²⁰⁷⁵ THOMANN/HUPE/SAGER (2017), p. 16 s. Dans le domaine pharmaceutique, cf. Martino MAGGETTI/Christian EWERT/Philipp TREIN, « Not Quite the Same: Regulatory Intermediaries in the Governance of Pharmaceuticals and Medical Devices », in : *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 670(1), 2017, p. 152 ss.

²⁰⁷⁶ Cf. ci-dessous ch. 3.4.5.

Tableau 3-4 – Degrés d'autonomie du secteur privé dans l'autorégulation

Réglementation étatique	
Autorégulation reprise	Corégulation
Autorégulation déléguée	
Autorégulation imposée	
Autorégulation provoquée	
Autorégulation incitée	
Autorégulation facilitée	
Autorégulation autonome et spontanée	

3.4.4.2 L'autorégulation autonome et spontanée

L'autorégulation *spontanée*, sans pression externe apparente et exercée en toute autonomie, appelée parfois autorégulation *pure, purement volontaire, intégrale*²⁰⁷⁷, voire *tacite*²⁰⁷⁸, s'exerce sans intervention active de l'Etat. Les particuliers s'imposent mutuellement des droits et des obligations à des fins qui leurs sont propres. Dans le plus pur esprit libéral, l'Etat se borne à assurer aux particuliers un cadre juridique minimal leur permettant d'assurer leurs transactions (essentiellement la garantie de la propriété, la liberté économique et les instruments de droit privé ainsi que l'infrastructure administrative, judiciaire et pénale qui en garantit l'effectivité). Si le système fonctionne à satisfaction de tous et toutes, l'intervention étatique est superflue à défaut de problème public à résoudre.

La pratique n'offre aujourd'hui que peu d'exemples, car il faudrait imaginer des mesures que prendraient spontanément les milieux privés, sans lien quelconque avec un problème public que le politique aurait à résoudre. Rares en effet sont les mesures d'autorégulation qui ne peuvent s'inscrire d'une manière ou d'une autre dans le cadre d'une politique publique contemporaine.

Exemples :

- Il suffit de songer aux associations sportives lorsqu'elles adoptent un code et des standards internationaux *anti-dopage* ou aux associations médicales lorsqu'elles promulguent des codes d'éthiques expliquant aux personnel médical le comportement à adopter en matière de *suicide assisté*. Les limitations que s'imposent les entreprises en matière de *normalisation technique* afin de faciliter la libre circulation internationale des biens et des services se sont très tôt inscrites dans les *politiques publiques de libre-échange*.

²⁰⁷⁷ ISSALYS (2000), p. 178 ss.

²⁰⁷⁸ WINDHOLZ (2018), p. 161.

- La fixation de *tarifs différenciés de primes* par les assurances pour défavoriser certains groupes à risques tels que les fumeurs, les chauffards, les sédentaires ou les amateurs de bonne chère peut être décidée spontanément, en totale liberté, par les assureurs privés dans leur propre intérêt économique. Ces mesures s'inscrivent pourtant directement dans les *politiques publiques de prévention en matière de santé et de sécurité publiques*. L'Etat aura plutôt ici pour rôle d'arbitrer les limites découlant par exemple de l'interdiction de la discrimination.
- Lorsqu'une branche s'autorégule pour *améliorer son image* auprès des consommateurs en adoptant des codes d'éthique, en adhérant à des chartes de bonne gouvernance ou en se conformant à des standards de responsabilité sociale ou environnementale, l'autorégulation peut paraître comme spontanée si la seule pression des clients agit comme un aiguillon²⁰⁷⁹. Or en pratique la pression de l'opinion publique n'est jamais très éloignée d'une intervention politique. Si la branche s'exécute de peur qu'une inaction rappelle au consommateur qu'il est aussi citoyen, la crainte diffuse d'une intervention politique ôtera tout caractère purement autonome et spontané à une telle autorégulation.

Les exemples historiques d'autorégulation spontanée et autonome détachée de toute pression étatique ont été les *ententes sur les prix et les conditions du marché*²⁰⁸⁰. Le moteur étant d'assurer aux membres du cartel un avantage compétitif et de maximiser leur profit au détriment du libre marché, l'autorégulation sera rattrapée dans ce cas par le droit de la concurrence.

3.4.4.3 Les figures de la corégulation

a. L'autorégulation facilitée par l'Etat

L'autorégulation est *facilitée* lorsque la collectivité publique met son expertise et son savoir-faire au service de la confection, de l'administration ou de la mise en œuvre de normes privées²⁰⁸¹. Pendant de la participation des privés aux procédures publiques d'édiction et de mise en œuvre des réglementations, l'Etat participe aux procédures privées de régulation. Il peut ainsi influencer très tôt la norme privée, de manière parfois déterminante, sans qu'il ne dispose nécessairement d'une compétence de légiférer en la matière.

²⁰⁷⁹ Un exemple parmi de multiples : le label, la certification et les normes de la fondation Zewo (Service suisse de certification pour les organisations d'utilité publique collectant des dons) permettent de renforcer la crédibilité des *organisations de bienfaisance* dans l'intérêt du fonctionnement même de la branche (réf. ci-dessous note de bas de page 1973).

²⁰⁸⁰ Vincent MARTENET, « La liberté contractuelle saisie par le droit de la concurrence », in : Braun (éd.), *Actualités du droit des contrats : Le contrat à la croisée des chemins*, Lausanne, 2008, p. 98 ; concernant les motifs conduisant à un comportement collusif, cf. Vincent MARTENET/Christian BOVET/Pierre TERCIER (éd.), *Droit de la concurrence*, 2^e éd., Bâle, 2013, p. 442 s.

²⁰⁸¹ WINDHOLZ (2018), p. 163.

Exemples :

- Un exemple, déjà ancien, avait permis à la Confédération de contribuer à *harmoniser, par le détour de normes privées, les règles de droit cantonales en matière énergétique* dans des secteurs où elle ne disposait pas d'une compétence de légiférer²⁰⁸². Le Conseil fédéral l'exposait de manière très transparente : « Depuis une quinzaine d'années, la Confédération a fourni des apports intéressants dans ce domaine [consommation d'énergie dans le bâtiment] : en 1988 a été publiée la recommandation de la Société suisse des ingénieurs et des architectes (SIA) « L'énergie dans le bâtiment » (recommandation SIA 380/1), à l'élaboration de laquelle l'[Office fédéral de l'énergie] a largement contribué sur les plans personnel et financier. Dans l'intervalle, le Comité Européen de Normalisation (CEN) a repris l'essentiel de cet ouvrage remarquable. [...] A l'automne de 1995 est parue la recommandation SIA 380/4 « L'énergie électrique dans le bâtiment », elle aussi très innovatrice. Là encore, la Confédération a largement participé à l'élaboration : d'une part, elle a fait faire des travaux qui ont fourni des données essentielles pour fixer des valeurs limites et des valeurs-cibles ; d'autre part, l'OFEN a fait en sorte que lesdites valeurs soient de nature à provoquer un effet d'annonce »²⁰⁸³.
- Le procédé peut être institutionnalisé : selon la loi fédérale sur les entraves techniques au commerce (LETC)²⁰⁸⁴, en cas de renvoi à des normes techniques, le Conseil fédéral peut, en prévision de l'élaboration de celles-ci « décider que la Suisse participe, par une contribution financière ou autre, à des mandats donnés à des organisations internationales de normalisation ou à des organisations prenant part au processus d'élaboration des normes [ou] charger des organismes nationaux de normalisation de défendre les intérêts suisses au sein des organes directeurs d'organismes internationaux de normalisation et prévoir une rémunération à ce titre. » (art. 11 LETC).

b. L'autorégulation incitée par l'Etat

L'Etat peut également *inciter* les acteurs privés à s'autoréguler par une menace ou la promesse d'avantages, dont l'intensité peut varier, selon le mot d'ordre « régule-toi toi-même si tu ne veux pas être régulé par autrui ! »

Exemples :

- Selon une étude comparative sur le blocage, le filtrage et le retrait de *contenus illégaux sur internet* dans les 47 États membres du Conseil de l'Europe, « [d]e nombreuses juridictions ont encouragé le secteur privé à adopter et mettre en œuvre des codes de conduite pour Internet »²⁰⁸⁵. Selon la recommandation du Comité des Ministres sur la libre circulation transfrontière des informations sur Internet, cette autorégulation doit respecter les droits fondamentaux : « Les États devraient encourager, faciliter et soutenir l'élaboration de codes d'autorégulation appropriés, de

²⁰⁸² FLÜCKIGER (2016, « La transition énergétique »), p. 53.

²⁰⁸³ FF 1996 IV 1114.

²⁰⁸⁴ RS 946.51.

²⁰⁸⁵ CONSEIL DE L'EUROPE, Étude comparative sur le blocage, le filtrage et le retrait de contenus illégaux sur internet, Strasbourg, 2017, p. 13.

façon à ce que tous les acteurs respectent le droit à la vie privée et familiale, le droit à la liberté d'expression et le droit à la liberté de réunion et d'association, dans le plein respect des articles 8, 10 et 11 de la CEDH, notamment en ce qui concerne la libre circulation du trafic internet. »²⁰⁸⁶

- Le Parlement fédéral a classé une motion demandant d'interdire la distribution des *sacs plastiques* dans les commerces avec l'incitation politique implicite de conclure un accord de branche²⁰⁸⁷. L'accord le précise clairement²⁰⁸⁸ et énonce explicitement dans son préambule que « [s]i le but du présent accord n'est pas atteint, la mise en place d'une contrainte légale pourrait être envisagée. » L'accord se calque expressément sur les objectifs de réduction de l'Union européenne en la matière²⁰⁸⁹.
- La Commission européenne a quant à elle conçu de concert avec les grandes plateformes de médias sociaux (Facebook, Twitter, YouTube et Microsoft) un *code de conduite relatif aux discours haineux illégaux diffusés en ligne*²⁰⁹⁰. Elle surveille la mise en œuvre du code de conduite avec l'aide des organisations de la société civile²⁰⁹¹. L'autorité s'immisce ainsi directement et activement tant dans la conception du code que dans sa mise en œuvre. Dans cet exemple, la part d'autorégulation paraît congrue. La distinction entre autorégulation facilitée et provoquée n'est donc pas aisée.
- L'exemple suivant est également à cheval. Le Conseil fédéral et le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) ont lancé une initiative multipartite dans l'objectif d'énoncer les responsabilités incombant aux *entreprises de sécurité privées en matière de respect des droits humains*. La Suisse a réuni à cet effet des entreprises de sécurité privées, des États, des organisations de la société civile et des scientifiques, réunion qui a abouti à une déclaration intergouvernementale en 2008 : le *Document de Montreux sur les obligations juridiques pertinentes et les bonnes pratiques pour les États en ce qui concerne les opérations des entreprises militaires et de sécurité privées opérant pendant les conflits armés* énonce des règles, sous forme de *déclarations*, et de *bonnes pratiques*²⁰⁹². Ce document s'adresse notamment aux parlementaires nationaux en les termes suivants : « Le Document de Montreux fournit des lignes directrices qui vous aideront à évaluer dans quelle mesure votre cadre juridique et stratégique national est adéquat. Les bonnes pratiques qui y sont consignées fournissent des orientations pour d'éventuelles (autres) mesures

²⁰⁸⁶ CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation CM/Rec(2015)6 du Comité des Ministres aux États membres sur la libre circulation transfrontière des informations sur internet, Strasbourg, 2015, point 3 (valeur de l'autorégulation).

²⁰⁸⁷ *Accord de branche visant à réduire l'utilisation de sacs plastiques jetables*, conclue entre SWISS RETAIL FEDERATION et la COMMUNAUTÉ D'INTÉRÊTS DU COMMERCE DE DÉTAIL SUISSE, octobre 2016.

²⁰⁸⁸ « Les Chambres fédérales ont classé cette motion [10.3850 de Buman] au motif que le présent accord donne les moyens à Swiss Retail et la CI CDS de garantir la réalisation de cet objectif. »

²⁰⁸⁹ Préambule et art. 1^{er}.

²⁰⁹⁰ COMMISSION EUROPÉENNE, *Code of conduct on countering illegal hate speech online*, Bruxelles, 2016.

²⁰⁹¹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Code of Conduct on countering illegal online hate speech*, 2nd monitoring, Bruxelles, 2017.

²⁰⁹² DFAE/CICR, *Document de Montreux*, Montreux, 2008, p. 32 ss.

réglementaires visant à encourager un respect accru du droit international humanitaire et du droit des droits de l'homme par les [entreprises militaires et de sécurité privées], en particulier en renforçant le contrôle public sur les activités de ces entreprises. »²⁰⁹³ Sur cette base, un *Code de conduite international des entreprises de sécurité privées* a été adopté en 2010 et a été signé par plusieurs centaines d'entreprises de sécurité. Une association de droit suisse sans but lucratif, dont les membres sont tant les entreprises régulées que des Etats et des membres de la société civile, en chapeaute la gouvernance²⁰⁹⁴. En Suisse une loi spécifique entrée en vigueur en 2015 s'y réfère et confère à ce code une force obligatoire²⁰⁹⁵.

Le législateur peut *formaliser* cette incitation. La pression est souple lorsque la loi se limite à fixer des objectifs tout en laissant les particuliers libres des moyens. La loi peut également recommander à la collectivité publique de prendre en compte l'existence de l'autorégulation ou d'en évaluer l'impact au moment où celle-ci compterait légiférer. Dans de telles hypothèses, les milieux privés n'ont pas la garantie absolue que l'Etat s'abstiendra de légiférer.

Exemples :

- A titre d'exemple en matière de collaboration avec les organisations économiques, la loi fédérale sur la protection de l'environnement (LPE)²⁰⁹⁶ prévoit que la Confédération et les cantons « peuvent favoriser la conclusion d'accords sectoriels en indiquant des objectifs et des délais. Avant d'édicter des prescriptions d'exécution, ils examinent les mesures que l'économie a prises de son plein gré. Si possible et si nécessaire, ils reprennent, partiellement ou totalement, des accords sectoriels dans le droit d'exécution. » (art. 41a LPE)²⁰⁹⁷.
- Dans le domaine financier, l'autorité chargée de surveiller les marchés financiers (FINMA) « soutient l'autorégulation; elle peut lui reconnaître une valeur de standard minimal et la transposer dans ses règles de surveillance. »²⁰⁹⁸
- Certains auteurs estiment que les lois cadres (« Rahmengesetz ») joueraient le même rôle incitateur²⁰⁹⁹. C'est à notre sens exact, mais pour autant que la loi laisse effectivement la concrétisation des détails à l'initiative privée²¹⁰⁰.

²⁰⁹³ DFAE/CICR (*Document de Montreux*), p. 44.

²⁰⁹⁴ icoca.ch.

²⁰⁹⁵ Art. 7 de la loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger (LPSP, RS 935.41) ; cf. ci-dessous ch. 3.4.4.4b.II.

²⁰⁹⁶ RS 814.01.

²⁰⁹⁷ Pour d'autres exemples, cf. ERRASS (2010), p. 58 ; MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 316 ss.

²⁰⁹⁸ Art. 7 al. 3 de la loi sur la surveillance des marchés financiers (RS 956.1). Sur l'autorégulation en matière financière, cf. ZYSSET (2017) ; Aline DARBELLAY, *Regulating ratings*, Zurich etc., 2011, p. 56 ss.

²⁰⁹⁹ Sur les différentes opinions, cf. ERRASS (2010), p. 57, note de bas de page 320, et 317.

En faveur d'une catégorie spécifique, cf. ZYSSET (2017), p. 207 s.

²¹⁰⁰ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018), ch. 3.3.3.2/a.

c. *L'autorégulation provoquée par l'Etat*

Dans la gradation, l'Etat peut faire un pas supplémentaire en adoptant de manière anticipée la *compétence d'édicter une réglementation de substitution*, voire la *réglementation de substitution elle-même*, par exemple une taxe ou une compétence décisionnelle, qui entrera en vigueur en cas d'échec d'un régime d'autorégulation efficace. Les milieux privés ont dans ce cas de figure la garantie juridique que l'Etat s'abstiendra de légiférer ou de rendre une décision en cas de succès de l'autorégulation. La menace, concrète, d'intervention publique est brandie comme une épée de Damoclès. L'action du secteur privé dans un tel contexte n'est pas vraiment un choix « volontaire » mais bien forcé²¹⁰¹ : l'autorégulation est *provoquée* sous la contrainte d'une loi que l'on peut qualifier de « Damoclès » (« Androhungsgesetz »)²¹⁰² (« coerced self-regulation »)²¹⁰³. Dans tous ces cas, la réglementation mise en place reste privée ; elle n'acquiert pas la qualité de norme étatique²¹⁰⁴.

La *loi Damoclès* fixe des objectifs à atteindre, définit des règles précises directement applicables en cas d'échec de l'autorégulation et en spécifie les conditions de déclenchement ainsi qu'explicite, si besoin, une procédure d'évaluation de la mise œuvre et de l'impact des mesures d'autorégulation²¹⁰⁵. Dans les cas où le mécanisme d'évaluation n'est pas précisé, l'exigence d'évaluation est implicite.

Exemples :

- *Emballages pour boissons* – prélèvement d'une consigne sur les emballages perdus (verre, PET, aluminium) si le taux de recyclage devait être inférieur à 75%²¹⁰⁶.
- *Cinéma suisse* – prélèvement d'une taxe de 2.- CHF maximum par entrée si la diversité de l'offre cinématographique n'est pas respectée notamment par des mesures concertées au sein de la branche cinématographique, c'est-à-dire des « accords par lesquels les entreprises de distribution ou de projection, ou les associations qui les représentent, s'engagent à assurer, dans la mesure du possible, la diversité et la qualité de la programmation dans une région donnée. »²¹⁰⁷.
- *Crédit à la consommation* – définition de la notion de publicité agressive par ordonnance du Conseil fédéral si les prêteurs n'ont pas défini celle-ci dans une convention de droit privé dans un délai raisonnable ou ne l'ont définie que de

²¹⁰¹ Alexandre FLÜCKIGER, « La loi Damoclès », in : Mélanges en l'honneur de Pierre Moor : théorie du droit, droit administratif, organisation du territoire, Berne, 2005, p. 244 (réf. cit.).

²¹⁰² FLÜCKIGER (2005, « La loi Damoclès »), p. 234 ; ERRASS (2010), p. 59 et 316 ss.

²¹⁰³ WINDHOLZ (2018), p. 161 s.

²¹⁰⁴ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018), ch. 3.3.3.2/a.

²¹⁰⁵ FLÜCKIGER (2005, « La loi Damoclès »), p. 241 ss.

²¹⁰⁶ Art. 8 de l'ordonnance sur les emballages pour boissons (OEB, RS 814.621).

²¹⁰⁷ Art. 17 ss de la loi fédérale sur le cinéma (LCin, RS 443.1).

manière insuffisante²¹⁰⁸ ; fixation par le Conseil fédéral d'un délai aux organismes prêteurs pour créer un centre de renseignements ; si cet organe n'est pas créé ou est dissout ultérieurement, le Conseil fédéral l'institue²¹⁰⁹.

- *Information des consommateurs et consommatrices* – fixation par ordonnance du Conseil fédéral de la forme et du contenu de la déclaration relative aux caractéristiques essentielles des biens et services si aucune entente n'est intervenue en temps utile entre les milieux économiques concernés et les organisations de consommateurs et de consommatrices par des conventions de droit privé ou si les termes de l'entente ne sont pas respectés de manière satisfaisante²¹¹⁰.
- *Assurance maladie* – fixation par le gouvernement cantonal du tarif si aucune convention tarifaire ne peut être conclue entre les fournisseurs de prestations et les assureurs²¹¹¹.
- *Réchauffement climatique* – perception d'une taxe d'incitation sur les agents fossiles (taxe sur le CO₂) si les mesures librement consenties par les milieux économiques ne permettent pas, à elles seules, d'atteindre les objectifs fixés (réduire d'ici à l'an 2010 les émissions de CO₂ dues à l'utilisation des énergies fossiles de 10% par rapport au niveau de 1990)²¹¹². En l'espèce, la menace a été mise à exécution puisque la taxe sur le CO₂ a été introduite par l'ordonnance du 8 juin 2007 sur la taxe sur le CO₂²¹¹³, puis dans la nouvelle loi du 23 décembre 2011²¹¹⁴.
- *Sécurité aérienne* (contre-exemple : le législateur n'a pas adopté ici de règles subsidiaires) – « im Gegensatz zu anderen Rechtsgebieten hat es der Gesetz- bzw. Verordnungsgeber *im Bereich der aircraft security search und der aircraft protection* unterlassen, staatliche Interventionsvorschriften zu implementieren, welche dann vom Staat angerufen werden können, wenn die Selbstregulierung nicht die Erreichung des Ziels (in jedem Fall) garantiert »²¹¹⁵.

On relèvera – en passant – que la *Constitution fédérale* recourt à ce même mécanisme pour pousser les *cantons* à coordonner leurs législations scolaires et universitaires²¹¹⁶.

²¹⁰⁸ Art. 36a de loi fédérale sur le crédit à la consommation (LCC, RS 221.214.1).

²¹⁰⁹ Art. 23 al. 5 LCC.

²¹¹⁰ Art. 2 ss de la loi fédérale sur l'information des consommatrices et des consommateurs (LIC, RS 944.0).

²¹¹¹ Art. 47 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal, RS 832.10). Mécanisme analogue pour les conventions tarifaires avec les associations de médecins (art. 48 al. 3 LAMal) et avec les hôpitaux (art. 49 al. 2 LAMal).

²¹¹² Art. 3 de la loi fédérale sur la réduction des émissions de CO₂ (ancienne version, du 8 octobre 1999, Recueil officiel du droit fédéral 2000 979).

²¹¹³ Recueil officiel du droit fédéral 2007 2915.

²¹¹⁴ RS 641.71. L'art. 29 al. 1^{er} prévoit que la Confédération perçoit une taxe de 36.- CHF par tonne de CO₂ frappant la production, l'extraction et l'importation des combustibles (art. 29 al. 1^{er} de la loi sur le CO₂). Le montant peut être porté à 120.- CHF si les objectifs intermédiaires concernant les combustibles ne sont pas atteints (art. 29 al. 2 de la loi sur le CO₂).

²¹¹⁵ Tribunal fédéral, arrêt 2C_950/2012 du 8 août 2013, c. 4.3.2.

²¹¹⁶ Art. 62 al. 4 et 63a al. 5 Cst. féd.

L'Etat peut faire un pas supplémentaire en adoptant une *règle obligatoire entrant immédiatement en vigueur* mais tout en *s'obligeant juridiquement à y apporter des exceptions* à la condition expresse que les milieux s'autorégulent. Contrairement aux lois Damoclès, la réglementation étatique que les milieux privés redoutent fait alors déjà partie intégrante du droit positif dans cette hypothèse.

Exemple :

- Le projet de révision de la loi sur la protection des données propose « aux milieux concernés d'être eux-mêmes actifs en participant à la régulation d'un secteur [...] [en favorisant] l'émergence de solutions de branches, concertées et largement acceptées. Il propose [...], afin d'inciter à l'autorégulation, que les responsables du traitement qui se soumettent à des codes de conduite puissent, à certaines conditions, renoncer à effectuer une analyse d'impact relative à la protection des données »²¹¹⁷.

d. L'autorégulation imposée par l'Etat

Stade ultime dans la gradation, la loi peut *imposer* à un secteur de se réguler.

Il peut par exemple prévoir à cet effet une *obligation de contracter* dont la mise en œuvre peut être garantie par une sanction administrative ou même pénale. Contrairement à l'autorégulation provoquée, qui laisse aux groupes-cibles le choix de moyens alternatifs leur permettant d'instaurer par eux-mêmes un régime régulateur, le choix est contraint. Les groupes-cibles n'auront d'autre option que de se lier par un réseau de contrats, le cas échéant avec les bénéficiaires et acteurs de mise en œuvre tiers. L'autorégulation ainsi imposée est aux antipodes de l'autorégulation spontanée, si bien que l'expression devient un oxymore.

Exemple :

- Le droit français offre un exemple récent dans la politique de lutte contre le *gaspillage alimentaire*. Les commerces de détail alimentaires dont la surface de vente est supérieure à 400 m² « proposent à une ou plusieurs associations [d'aide alimentaire] de conclure une convention précisant les modalités selon lesquelles les denrées alimentaires leur sont cédées à titre gratuit. [...] Le non-respect de l'obligation prévue au I est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la troisième classe. »²¹¹⁸ Un *modèle de convention* a été rédigé à cet effet par les ministères en charge de l'agriculture, de l'environnement et des finances avec les entreprises de la grande distribution et les principales associations d'aide alimentaire²¹¹⁹.

²¹¹⁷ FF 2017 6654. Cf. COSSALI SAUVAIN/DUBOIS (2018).

²¹¹⁸ Art. L. 541-15-6 I et II de la loi n° 2016-138 du 11 février 2016 relative à la lutte contre le gaspillage alimentaire.

²¹¹⁹ agriculture.gouv.fr/don-alimentaire-un-modele-de-convention-entre-distributeurs-et-associations.

3.4.4.4 *La corégulation par délégation et reprise*

a. *Introduction*

I. Les techniques légistiques d'attribution d'impérativité aux normes privées

Les normes privées adoptées dans les cadres précédents de corégulation peuvent certes être obligatoires, mais entre les parties seulement. Elle ne deviennent pas des règles de droit²¹²⁰. Le législateur peut cependant leur conférer une telle qualité par certaines techniques légistiques que nous examinerons dans cette section (délégation) ainsi que la suivante (reprise).

Il peut également leur donner une nature de droit souple seulement, en prévoyant des clauses attribuant à ces normes privées un degré d'impérativité variable. Le tableau suivant récapitule les différentes clauses dont nous analyserons les principales.

Nous ne développerons ni la déclaration de force semi-obligatoire, ni l'incorporation dans un acte étatique de droit souple, ni la délégation recommandationnelle proprement dite, pour lesquelles on peut renvoyer par analogie à leurs figures cousines obligatoires (la déclaration de force obligatoire, l'incorporation dans un acte législatif et la délégation normative proprement dite).

Tableau 3-5 – *Clauses d'impérativité en cas de corégulation (délégation et reprise)*

Clauses d'impérativité	Effet juridique
Délégation normative proprement dite (<i>délégation</i> – ch. 3.4.4.4b.I) Incorporation dans un acte législatif (<i>reprise</i> – ch. 3.4.4.4c.II) Déclaration de force obligatoire ou de reconnaissance juridique (<i>reprise</i> – ch. 3.4.4.4c.III)	obligatoire
Renvoi statique (<i>reprise</i> – ch. 3.4.4.4c.IV) Renvoi dynamique direct obligatoire (<i>délégation</i> – ch. 3.4.4.4b.II)	
Délégation recommandationnelle proprement dite (<i>délégation</i>) Incorporation dans un acte étatique de droit souple (<i>reprise</i>) Déclaration de force semi-obligatoire (<i>reprise</i>)	semi-obligatoire
Renvoi dynamique direct semi-obligatoire (<i>délégation</i> – ch. 3.4.4.4b.III) Renvoi dynamique indirect ou non spécifié et renvoi implicite (<i>délégation</i> – ch. 3.4.4.4b.IV)	

²¹²⁰ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 268.

II. La figure de la délégation

Dans l'hypothèse de la délégation, le législateur n'exerce pas une pression mais délègue formellement à des particuliers la compétence de légiférer, de mettre en œuvre ou de contrôler une régulation.

La délégation peut être explicite ou implicite. Dans le premier cas on trouve la délégation normative proprement dite (ch. 3.4.4.4b.I) ; dans le second le renvoi dynamique direct. Ce dernier peut conférer un caractère obligatoire (ch. 3.4.4.4b.II) ou non (ch. 3.4.4.4b.III). Le renvoi dynamique indirect ne confère qu'un caractère semi-obligatoire (ch. 3.4.4.4b.IV).

La délégation peut également porter sur des tâches de mise en œuvre, de surveillance ou de recours (ch. 3.4.4.4b.V).

b. L'autorégulation déléguée par l'Etat

I. La délégation normative proprement dite

La *délégation de compétences normatives* à des privés est discutée. La doctrine majoritaire l'admet tout en posant des conditions strictes, car les normes produites sont des règles de droit²¹²¹. Le législateur fédéral

²¹²¹ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018), ch. 3.3.3.2/b ; Judith WYTENBACH/Karl-Marc WYSS, « Art. 164 », in : Waldmann/Belser/Epiney (éd.), *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Bâle, 2015, N. 41 ; MÜLLER/UHLMANN (2013), N. 489 ss ; Pierre TSCHANNEN, « Art. 164 », in : Ehrenzeller *et al.* (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung : St. Galler Kommentar*, 3^e éd., Zurich, 2014, N. 33 ; Giovanni BIAGGINI, « Art. 178 », in : Ehrenzeller *et al.* (éd.) (2014), N. 29 ; René RHINOW/Markus SCHEFER/Peter UEBERSAX, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 2^e éd., Bâle, 2009, N. 2739 ss ; ERRASS (2010), p. 232 et 254, bien que réticent sur le principe, admet la délégation de normes qui feraient l'objet d'une ordonnance d'exécution. Enfin l'Office fédéral de la justice l'admet en présence d'une base constitutionnelle et par habilitation exceptionnelle dans une loi formelle « lorsque la mise en œuvre d'une tâche fédérale par des particuliers ne peut être réalisée autrement » (OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* [2019], ch. 963). *Contra* : Jean-François AUBERT, « Art. 164 », in : Aubert/Mahon (éd.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich etc., 2003, N. 40 ; Ursula BRUNNER, *Rechtsetzung durch Private : private Organisationen als Verordnungsgeber*, Zurich, 1982, p. 149. Comme le reconnaissent à juste titre MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018), ch. 3.3.3.2/b, ceux qui exigent que la norme privée déléguée fasse l'objet d'une approbation constitutive ultérieure excluent en réalité la possibilité d'une véritable délégation : seule la préparation est déléguée et non son adoption comme règle de droit (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN [2010], N. 1839 ; Ulrich HÄFELIN/Walter HALLER/Helen KELLER/Daniela THURNHERR, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zurich, 2016, N. 1890) ; il en va de même pour ceux qui n'admettent une délégation que pour les

conditionne souvent les normes privées ainsi déléguées à l'*approbation* d'une autorité²¹²².

Exemples :

- En matière de lutte contre le *blanchiment d'argent*, les organismes d'autorégulation édictent un règlement²¹²³ qui doit toutefois être soumis à l'approbation de l'autorité de surveillance (FINMA) y compris les modifications ultérieures²¹²⁴. Ce règlement contient des règles de droit²¹²⁵.
- En matière de *formation professionnelle*, les organisations du monde du travail sont compétentes pour définir un certain nombre de prescriptions quant aux conditions d'admission et aux titres décernés notamment ; prescriptions qui sont soumises à l'approbation du Secrétariat d'Etat à la formation²¹²⁶.
- En matière de *subventionnement de la recherche*, les institutions chargées d'encourager la recherche édictent des dispositions en la matière dans leurs statuts et règlements. Une approbation du Conseil fédéral est requise pour les règles relatives à des tâches nécessitant des moyens fédéraux. Une sous-délégation à des organes subordonnés est admise pour l'édition de dispositions d'exécution de portée mineure mais seulement sur les statuts et règlements soumis à approbation. Dans ce cas une approbation du Conseil fédéral n'est pas requise²¹²⁷.

II. Le renvoi dynamique direct obligatoire

La délégation normative est *implicite* en présence d'un *renvoi dynamique direct* dans le texte de loi²¹²⁸. Le renvoi est *dynamique* – et non statique – si les normes ne sont pas déclarées obligatoires dans une version spécifique et datée. La norme à laquelle il est renvoyé peut dès lors être valablement révisée par son auteur sans l'intervention de l'autorité ayant adopté la norme de renvoi²¹²⁹. Un tel renvoi englobe automatiquement les modifications de

dispositions relevant de l'ordonnance administrative (Felix UHLMANN/Natassia GILI, « Private Normen und staatliches Recht », in : Uhlmann (éd.), *Private Normen und staatliches Recht*, Zurich etc., 2015, p. 11 s.) puisque de telles dispositions ne sont pas considérées comme des règles de droit (MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET [2012], p. 421 et 424).

²¹²² Sur la nature constitutive ou déclarative d'une telle approbation, cf. la note précédente.

²¹²³ Art. 25 al. 1^{er} de la loi fédérale sur le blanchiment d'argent (LBA, RS 955.0).

²¹²⁴ Art. 18 al. 1^{er} let. c LBA.

²¹²⁵ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), ch. 2.5.6.2.

²¹²⁶ Art. 28 al. 2 de la loi fédérale sur la formation professionnelle (RS 412.10).

²¹²⁷ Art. 9 al. 3 de la loi fédérale sur l'encouragement de la recherche et de l'innovation (RS 420.1).

²¹²⁸ ERRASS (2010), p. 255.

²¹²⁹ « Dynamisch ist dagegen die Verweisung, wenn Normen nicht in einer bestimmten, sondern in der jeweils geltenden Fassung als anwendbar erklärt werden. Das bedeutet, dass sich die Norm, auf die verwiesen wird, ohne Zutun des verweisenden Organs ändern kann » (ATF 136 I 316, p. 320).

la norme qui interviendraient ultérieurement. Il équivaut en d'autres termes à une *délégation de compétence normative*²¹³⁰. On sera ainsi en présence d'un renvoi dynamique chaque fois que la loi renvoie à une norme privée sans en indiquer la version déterminée ni sa teneur à une date spécifiée, ou, de manière plus précise, en se référant aux « normes en vigueur » de l'association X.

Il n'est cependant pas toujours aisé de déterminer dans un cas d'espèce si le renvoi est dynamique ou, au contraire, statique. La question doit être tranchée par interprétation²¹³¹. Si le juge conclut à la nature dynamique, le changement de norme privée qui interviendrait possiblement depuis l'entrée en vigueur de la clause de renvoi doit être pris en compte²¹³². Plus généralement, un effort de rédaction législative permettrait de gagner en compréhensibilité²¹³³.

Ce type de renvoi confère un caractère *obligatoire* à la norme privée. Le législateur oblige les destinataires à respecter la norme à laquelle il renvoie. Il emploie à cet effet la technique rédactionnelle des clauses d'impérativité à effet obligatoire que nous examinerons plus en détail pour les plans (« conformément à la norme », « selon la norme », etc.)²¹³⁴.

Derechef, il importe *d'interpréter ces formulations* de cas en cas pour déterminer leur portée normative exacte. Il arrive ainsi que la loi assouplisse le caractère contraignant des renvois, par exemple en précisant le droit de s'en écarter à l'instar du droit zurichois de la construction : « können private Normen als Standard vorgegeben werden, doch darf man von ihnen nach § 360 Absatz 3 des Planungs- und Baugesetzes « aus wichtigen Gründen » abweichen. »²¹³⁵

Le guide de légistique formelle de l'Union européenne demande pourtant aux légistes de *préférer si possible la technique de l'incorporation* pour rendre obligatoire un acte qui ne l'est pas : « Si les rédacteurs souhaitent rendre contraignant tout ou partie du contenu de l'acte non contraignant, il convient d'en reproduire, autant que possible, le texte comme

²¹³⁰ « bei der dynamischen Verweisung auf private Normen [handelt es sich] um eine Rechtssetzungsdelegation » (ATF 136 I 316, p. 320). Dans ce sens, appliqué non aux normes privées mais au *droit de l'Union européenne*, cf. MADER/KROPF (2015), p. 100 ss.

²¹³¹ ATF 136 I 316, p. 320 ss : renvoi dans un règlement communal à une norme privée (SIA) ayant changé entretemps (à propos d'une taxe de raccordement calculée sur la base du volume du bâtiment à calculer selon ladite norme qui, dans sa nouvelle version, a eu pour conséquence de réduire de 10% le volume des bâtiments en mètres cubes en moyenne).

²¹³² ZUFFEREY (2016), p. 78, avec réf. à la jurisprudence cantonale.

²¹³³ Stefan HÖFLER, « Die Redaktion von Verweisen unter dem Aspekt der Verständlichkeit », in : *LeGes*, 2015/2, p. 325 ss.

²¹³⁴ Cf. ci-dessous ch. 3.5.2.5b.

²¹³⁵ Exemple discuté par Felix UHLMANN, « « Die Normen können bei ... bezogen werden » : Gedanken zur Publikation und Verbindlichkeit privater Normen », in : *LeGes*, 2013/1, p. 97.

partie de l'acte contraignant. »²¹³⁶ S'il est « trop onéreux de reproduire un volumineux acte non contraignant [...] on renvoie simplement à l'acte en question. Exemple : [...] L'exactitude des mentions portées sur les paquets [de cigarettes] est vérifiée conformément à la norme ISO 8243. » Il ressort ici clairement du contexte que le législateur a l'intention de rendre contraignante la norme visée. »²¹³⁷

Enfin, ce renvoi est *direct*, car il a pour objet des prescriptions figurant dans un texte spécifié (par exemple la norme X) ou émises par une organisation déterminée (par exemple les normes de l'organisme Y)²¹³⁸.

Exemples :

- En *droit de l'environnement*, l'isolation acoustique des nouveaux bâtiments doit dans certaines configurations « satisfaire aux règles reconnues de la construction »²¹³⁹. Ce cadre posé, « [s]ont notamment applicables [...] les exigences minimales selon la norme SIA 181 de l'Association suisse des ingénieurs et architectes. »²¹⁴⁰
- En *droit comptable*, un certain nombre d'entreprises sont tenues de dresser des états financiers « selon une norme reconnue »²¹⁴¹. Le Conseil fédéral désigne les normes reconnues et peut fixer les conditions à remplir pour choisir une norme ou pour en changer²¹⁴². Dans l'ordonnance sur les normes comptables reconnues (ONCR)²¹⁴³, il dresse une liste dans laquelle il désigne les normes et leurs auteurs de manière générale sans date ni autre précision que le site web de l'organisme en question : « sont réputées reconnues [...] les « International Financial Reporting Standards (IFRS) » de l'International Accounting Standards Board (IASB) [en note de bas de page : www.ifrs.org] [...] »²¹⁴⁴. Avant l'introduction de ces renvois, le Tribunal fédéral avait déjà constaté que « [l]es normes IFRS exprimaient des principes comptables reconnus internationalement qui s'imposent déjà en Suisse dans de nombreux cas »²¹⁴⁵. Il en avait conclu que les autorités fiscales pouvaient licitement s'en « inspirer » : « [c]omme le droit comptable suisse actuel est sommaire, on ne peut reprocher aux autorités fiscales de s'inspirer des normes IFRS lors de l'établissement de l'impôt sur le bénéfice [...], puisque ces normes expriment les principes généralement admis dans le commerce. Encore faut-il que la solution concrète résultant de l'application d'une norme IFRS n'aille pas à l'encontre de l'ordre juridique suisse. »²¹⁴⁶

²¹³⁶ *Guide pratique commun du Parlement européen, du Conseil et de la Commission à l'intention des personnes qui contribuent à la rédaction des textes législatifs de l'Union européenne*, Luxembourg, 2015, ch. 17.

²¹³⁷ *Ibidem*, ch. 17.2.

²¹³⁸ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018), ch. 3.3.3.3/a.

²¹³⁹ Art. 32 al. 1^{er} 1^{re} phr. de l'ordonnance fédérale sur la protection contre le bruit (OPB, RS 814.41).

²¹⁴⁰ Art. 32 al. 1^{er} 2^e phr. OPB.

²¹⁴¹ Art. 962 du Code des obligation (CO).

²¹⁴² Art. 962a al. 5 CO.

²¹⁴³ RS 221.432.

²¹⁴⁴ Art. 1^{er} al. 1^{er} let. a ONCR. Sur cet exemple, cf. UHLMANN (*LeGes* 2013), p. 99.

²¹⁴⁵ ATF 136 II 88, p. 93.

²¹⁴⁶ ATF 136 II 88, p. 94.

Le renvoi dynamique obligatoire équivalant à une *délégation normative* à des privés, le Tribunal fédéral ne l'admet qu'aux *conditions restrictives suivantes* : elle porte sur des dispositions de moindre importance ; la compétence constitutionnelle permet aux privés de légiférer ; la délégation doit être prévue dans une loi formelle. Pour les normes si modestes qu'elles pourraient faire l'objet d'une ordonnance d'exécution, on entre dans le domaine de la délégation de tâches administratives à des privés, expressément autorisée en vertu de l'article 178 al. 3 Cst. féd.²¹⁴⁷

Une *variante combinée* consiste à opérer un *renvoi statique* tout en *déléguant* au gouvernement ou à une autorité subordonnée la compétence de *valider une révision ultérieure* de la norme privée. Pour être admissible, un tel mécanisme devrait à notre avis répondre aux mêmes conditions de délégation qu'exposées précédemment s'agissant de la révision ultérieure. Si la validation ultérieure de l'autorité devait déployer un effet constitutif, le procédé deviendrait singulier du point de vue du parallélisme des formes. En effet, dans la mesure où l'on admet que le renvoi statique s'apparente à une incorporation des normes privées dans la loi, le législateur déléguerait la révision de sa propre loi au gouvernement ou à une autorité administrative inférieure. Si elle devait déployer au contraire un effet déclaratif, on se retrouverait dans l'hypothèse du renvoi dynamique dont il faut respecter les conditions à chaque modification de la norme privée.

Tel nous semble être le cas dans l'exemple suivant des entreprises de sécurité, du point de vue littéral du moins²¹⁴⁸ ; le département étant compétent pour déclarer « applicable » (« anwendbar ») toute modification ultérieure d'un *code de conduite* auquel la loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger (LPSP)²¹⁴⁹ renvoie de manière statique. Les entreprises de sécurité sont en effet « tenues d'adhérer au Code de conduite international des entreprises de sécurité privées (code de conduite) dans sa teneur du 9 novembre 2010. Le département auquel l'autorité compétente est subordonnée peut décider qu'une modification du code de conduite est applicable aux faits régis par la présente loi pour autant que cette modification ne lui contrevienne pas. »²¹⁵⁰ L'adhésion implique « de respecter intégralement les dispositions du code de conduite. »²¹⁵¹ Toute violation du code privé est soumise à une sanction administrative : « L'autorité

²¹⁴⁷ ATF 136 I 316, p. 320. Cf. MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018), ch. 3.3.3.2/c, qui critique la position de UHLMANN/GILI (2015), p. 11 s., interprétant la référence du Tribunal fédéral aux normes d'exécution comme ne comprenant que des ordonnances administratives. Cf. ég. ATF 137 III 37 (à propos du règlement de cotation d'une bourse déclaré non contraignant). Sur la problématique en droit *canadien*, cf. ISSALYS (2000), p. 113.

²¹⁴⁸ Sur l'interprétation de cette formulation, cf. le débat ci-dessous ch. 3.4.4.4c.III.

²¹⁴⁹ RS 935.41.

²¹⁵⁰ Art. 7 al. 1^{er} et 2 LPSP.

²¹⁵¹ FF 2013 1618.

compétente interdit tout ou partie d'une activité si l'entreprise [...] ne respecte pas le code de conduite. »²¹⁵²

Pour que le procédé soit admissible, il faudrait à notre avis s'éloigner de la lettre et interpréter la décision d'applicabilité comme un constat déclaratif de conformité de la modification du code à la loi. En d'autres termes, si la modification est conforme à la loi, elle est déjà « applicable » avant même la décision du département. Il aurait donc fallu par exemple écrire qu'en cas de révision du code, le département en certifie la légalité. Il faudrait cependant encore vérifier dans cet exemple que les modifications ne portent que sur des dispositions de peu d'importance et que les privés disposent effectivement de la compétence constitutionnelle de légiférer ; ce qui n'est pas d'emblée certain dans le domaine en question, celui de la sécurité.

Les normes privées doivent en outre être *publiées* et *accessibles*²¹⁵³. Un système de surveillance voire d'approbation déclarative serait souhaitable à titre préventif même s'il faut rappeler que les normes édictées en vertu de la délégation pourront toujours faire l'objet d'un contrôle judiciaire²¹⁵⁴.

Les organismes et personnes privés peuvent en revanche librement édicter des dispositions générales et abstraites en tant qu'*ordonnances administratives* chaque fois qu'ils disposent d'une compétence de prendre des décisions unilatérales et qu'ils jouissent d'un pouvoir de puissance publique à l'égard de tiers en vertu d'une base légale formelle. Il s'agit d'une compétence implicite, résultant de la faculté de déterminer les orientations de leur pratique, et non d'une délégation²¹⁵⁵.

III. Le renvoi dynamique direct semi-obligatoire

Le *renvoi dynamique direct semi-obligatoire* diffère du renvoi précédent en ce sens que le législateur peut se limiter à prier les destinataires d'utiliser la norme comme simple *source d'inspiration* ou comme *base de décision*, admettant des écarts éventuels, le cas échéant motivés. Le renvoi confère à la norme un caractère *semi-obligatoire* par les formules suivantes (qui demandent à être interprétée dans leur contexte respectif) : « prendre en compte la norme » ; « prendre en considération la norme », « être examiné à la lumière de la norme », « s'inspirer de », etc.²¹⁵⁶

²¹⁵² Art. 12 al. 2 let. c LPSP.

²¹⁵³ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018), ch. 3.3.3.2/c ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2010), N. 1839. Cf. ci-dessous ch. 3.4.5.

²¹⁵⁴ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018), ch. 3.3.3.2/c *i.f.*

²¹⁵⁵ *Ibidem*, ch. 3.3.3.2/ d

²¹⁵⁶ C'est l'hypothèse des clauses d'impérativité semi-obligatoires pour les plans (pour un aperçu des différentes formulations rédactionnelles possibles, cf. ci-dessous ch. 3.5.2.5b). Cf. é.g. ci-dessous ch. 3.4.4.4c.IV *i.f.* pour les recommandations en général.

En revanche, pareillement à l'exemple précédent, ce renvoi est *dynamique*, car le législateur ne renvoie pas à une version déterminée d'une norme ni à une teneur à une date spécifiée. Il équivaut donc à une *délégation*, non pas normative comme dans l'exemple précédent, mais *recommandationnelle*. La norme à laquelle il est renvoyé revêt la nature de simple recommandation à suivre, la rendant admissible aux conditions applicables aux actes non obligatoires, c'est-à-dire très largement²¹⁵⁷. S'inscrivant dans le cadre de l'exercice d'un pouvoir d'appréciation, un tel renvoi sera couvert par la base légale du pouvoir d'appréciation²¹⁵⁸.

Au moment d'émettre des directives sur les exigences minimales qu'un système de gestion de la protection des données doit remplir, le préposé fédéral « tient compte » des critères internationaux pertinents figurant en particulier dans les normes ISO 9001 et 27001 [sans précision ni de date ni de version]²¹⁵⁹.

IV. Le renvoi dynamique indirect ou non spécifié et le renvoi implicite

Le *renvoi dynamique* est *indirect* ou *non spécifié*²¹⁶⁰ lorsqu'il se réfère aux règles de l'art, à l'état de la technique ou à celui des connaissances scientifiques, dont les normes privées ne sont que le reflet selon l'expression du Tribunal fédéral²¹⁶¹, ou lorsqu'il renvoie abstraitement à des normes émises par des organisations privées définies de manière générale seulement²¹⁶². Aucun délégataire n'étant précisément désigné, on n'est pas en présence d'une délégation normative²¹⁶³.

Ce type de clause encourage le recours aux normes privées comme *aide à l'interprétation* ou comme modalité de *motivation* d'une décision²¹⁶⁴. Les normes privées conservent dans cette hypothèse une nature de droit souple ; elles ne deviennent pas juridiquement obligatoires.

²¹⁵⁷ Cf. ci-dessous ch. 3.4.5.

²¹⁵⁸ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018), ch. 3.3.3.3/c.

²¹⁵⁹ Art. 4 al. 3 de l'ordonnance sur les certifications en matière de protection des données (RS 235.13) ; art. 11 al. 2 LPD (RS 235).

²¹⁶⁰ ERRASS (2010), p. 61, 258 et 281 ; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018), ch. 3.3.3.3/c.

²¹⁶¹ « La loi peut aussi opérer un renvoi indirect lorsqu'elle recourt aux notions de « standards actuels » (tel l'état de la science et de la technique), dont les règles privées ne sont alors que le reflet. » (ATF 123 I 112, p. 129).

²¹⁶² MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018), ch. 3.3.3.3/c. Cf. par exemple ATF 123 I 112, p. 130) : « En l'espèce, la loi contestée contient un renvoi indirect (art. 2 al. 1^{er} « établissements médicaux ... qui satisfont aux exigences des organismes faïtiers suisses tant de la transplantation que de l'éthique médicale ») »

²¹⁶³ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018), ch. 3.3.3.3/c.

²¹⁶⁴ *Ibidem*, ch. 3.3.3.2/a.

Exemples :

- En matière de *procréation médicalement assistée*, les médecins doivent garantir que les gamètes, les ovules imprégnés et les embryons in vitro seront conservés « conformément à l'état des connaissances scientifiques et techniques. »²¹⁶⁵
- En matière *bancaire*, « [l]a banque ne peut accorder des crédits aux membres de ses organes, aux principaux actionnaires ainsi qu'aux personnes et sociétés qui leur sont proches qu'en vertu des principes généralement reconnus dans la branche. »²¹⁶⁶

La souplesse peut être accrue d'un cran en cas de *renvoi dynamique indirect explicitement recommandationnel*. Au lieu d'*obliger* les destinataires à se référer à l'état des connaissances comme dans les exemples ci-dessus, le législateur peut simplement leur *recommander* de s'y référer. La nature des normes privées est dans ce cas de figure encore plus souple.

Exemple :

- En matière de *marchés publics* par exemple, l'adjudicateur dans la procédure de concours « peut s'inspirer des règles appliquées par les organisations professionnelles en la matière si ces règles ne sont pas contraires aux dispositions de la présente ordonnance. »²¹⁶⁷ ; l'adjudicateur « tient compte dans la mesure du possible des normes internationales ou des normes nationales qui concrétisent des normes internationales » lorsqu'il « établit les spécifications techniques nécessaires dans les documents concernant l'appel d'offres et l'adjudication ainsi que dans les contrats »²¹⁶⁸.

Lors de l'interprétation d'une *notion juridique indéterminée classique* telle que la négligence en droit pénal²¹⁶⁹ ou en droit civil dans le cadre de la responsabilité²¹⁷⁰, les juges peuvent reconnaître un *renvoi implicite à des normes privées*²¹⁷¹. Ces dernières n'auront toutefois pas la préséance sur les règles de droit. Un tel renvoi jurisprudentiel ne leur confère donc pas un caractère obligatoire.

Selon le Tribunal fédéral, les directives médico-éthiques de l'Académie Suisse des Sciences Médicales (ASSM) relatives à l'exercice de la médecine auprès des personnes détenues appartiennent « à la catégorie des règles de sécurité privées dont la valeur est généralement reconnue par les praticiens. Dès lors, en vertu d'un renvoi implicite des art. 12 CP et 41 CO à cette catégorie de règles de sécurité, les directives peuvent servir à déterminer le contenu du devoir de prudence ou de diligence dans un procès pénal ou en responsabilité civile. Mais en cas de divergence entre une règle de droit et l'éthique

²¹⁶⁵ Art. 10 al. 2 let. c de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (RS 810.11).

²¹⁶⁶ Art. 4^{ter} de la loi sur les banques (RS 952.0).

²¹⁶⁷ Art. 41 de l'ordonnance sur les marchés publics (OMP, RS 172.056.11).

²¹⁶⁸ Art. 12 de la loi fédérale sur les marchés publics (RS 172.056.1).

²¹⁶⁹ Art. 12 du Code pénal suisse (CP).

²¹⁷⁰ Art. 41 du Code des obligations (CO).

²¹⁷¹ Cf. ci-dessus ch. 3.3.5.3b.

médicale telle qu'elle est conçue par les directives, les médecins ne peuvent exciper de ces dernières pour se soustraire à l'accomplissement de leur obligation juridique. Partant, les directives de l'ASSM ne sauraient empêcher les autorités cantonales d'ordonner l'alimentation forcée du recourant, ni dispenser les médecins requis d'y procéder, si les conditions juridiques d'une telle mesure sont remplies. »²¹⁷²

V. La délégation de la mise en œuvre, de la surveillance, de la police et du contentieux – le cas de la compliance

La délégation peut également porter sur des tâches de *mise en œuvre*, de *surveillance*, de *police* ou de *contentieux*²¹⁷³.

Exemple :

- La bourse doit instituer « son propre organisme de régulation et de surveillance » en vertu de l'article 27 de la loi sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF)²¹⁷⁴. La loi précise les modalités de surveillance (art. 31 et 32 LIMF) et demande que la plate-forme de négociation institue une instance de recours indépendante en lui confiant l'organisation de l'instance de recours et la procédure (art. 37 LIMF).

Une modalité de *déléguer le contrôle aux entreprises de manière plus souple* réside dans le mécanisme de la *compliance* (conformité) visant à y internaliser le processus de contrôle et de sanction dans une formule hybride combinant des règles étatiques et privées, obligatoires et souples²¹⁷⁵. La conformité met en œuvre des règles privées internes à l'entreprise – telles que des codes de bonne conduite, des chartes de déontologie, des principes éthiques ou des règles de contrôle interne – ou à l'extérieur de celle-ci élaborées par secteur ou profession²¹⁷⁶. Elle suppose la présence d'une autorité administrative, car ce processus, qui se développe à l'intérieur de l'entreprise, « lui est largement imposé de l'extérieur, notamment parce que son objectif n'est pas défini par la firme elle-même, mais par la puissance publique. »²¹⁷⁷ Les systèmes de gestion de la conformité font l'objet de lignes directrices (ISO 19600, systèmes de management de la compliance).

²¹⁷² ATF 136 IV 97, p. 112 s.

²¹⁷³ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018), ch. 3.3.3.5/b. En droit *canadien*, cf. ISSALYS (2000), p. 123 ss.

²¹⁷⁴ RS 958.1.

²¹⁷⁵ Bertrand DU MARAIS, « Compliance et conformité », in : Bazex *et al.* (éd.) (2015), Fiche 20, n. 399 ; Monika NAMYSŁOWSKA, « Monitoring compliance with contracts and regulations: between private and public law », in : Brownsword/van Gestel/Micklitz (éd.) (2017), p. 276 s.

²¹⁷⁶ DU MARAIS (2016), n. 418.

²¹⁷⁷ DU MARAIS (2016), n. 427.

Exemples :

- Visant à l’origine le *secteur bancaire et financier*²¹⁷⁸, la démarche de conformité s’est étendue à l’ensemble de l’économie par le biais de la lutte contre la corruption. La recommandation de l’OCDE visant à renforcer la *lutte contre la corruption* d’agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales du 26 novembre 2009 incite les Etats membres à faire instaurer la démarche de conformité au sein des entreprises en s’inspirant du Guide de bonnes pratiques pour les contrôles internes, la déontologie et la conformité contenu en annexe de la recommandation²¹⁷⁹.
- On la retrouve dans la *protection des données personnelles* avec le « compliance officer » (conseiller à la protection des données personnelles en droit fédéral) chargé de veiller au respect des prescriptions de protection des données au sein d’une entreprise ou d’une administration²¹⁸⁰ ainsi qu’en *droit de la concurrence* où les entreprises sont incitées à se doter de programmes de conformité²¹⁸¹ et en matière de *protection de l’environnement*²¹⁸².

c. *L’autorégulation reprise par l’Etat*

I. Introduction

La norme privée peut être *reprise* (« Übernahme »)²¹⁸³ par le législateur par *incorporation* (ch. 3.4.4.4c.II), *déclaration de force obligatoire* (ch. 3.4.4.4c.III) ou *renvoi statique à caractère obligatoire* ou *non* (ch. 3.4.4.4c.IV). Dans ces cas de figure, l’Etat ne force pas les particuliers à légiférer à sa place. Il se borne à reprendre à son compte des normes privées dont il étend de manière juridiquement obligatoire le champ d’application.

II. L’incorporation dans un acte législatif

L’*incorporation* (ou intégration) dans un acte législatif consiste à retranscrire une norme externe dans un acte législatif. La norme externe, devenant ainsi partie intégrante de cet acte, suit la procédure législative applicable à ce dernier tout en en revêtant la force obligatoire²¹⁸⁴.

²¹⁷⁸ DU MARAIS (2016), n. 406.

²¹⁷⁹ DU MARAIS (2016), n. 410.

²¹⁸⁰ Obligatoire en droit européen, il est facultatif pour les entreprises en droit suisse selon le projet de révision de la loi sur la protection des données (FF 2017 6652).

²¹⁸¹ DU MARAIS (2016), n. 413.

²¹⁸² DU MARAIS (2016), n. 415.

²¹⁸³ ERRASS (2010), p. 52 ss et 274 ss.

²¹⁸⁴ ERRASS (2010), p. 279.

Exemple :

- La Confédération et les cantons, « si possible et si nécessaire, reprennent, partiellement ou totalement, des accords sectoriels [conclus avec les organisations économiques dans le domaine de la protection de l'environnement] dans le droit d'exécution. »²¹⁸⁵

III. La déclaration de force obligatoire ou de reconnaissance juridique

Le texte législatif peut conférer à une norme privée une juridicité par une *déclaration de force obligatoire*²¹⁸⁶. Lorsque la règle d'origine émane d'un organisme privé en exécution d'une tâche publique, elle devient une règle de droit public²¹⁸⁷.

Exemple :

- Dans le contexte de l'extension du champ d'application des conventions collectives de travail (art. 110 Cst. féd.) et des contrats-cadres de bail (art. 109 Cst. féd.) dont la déclaration de force obligatoire trouve son fondement dans la Constitution fédérale, les règles conventionnelles déclarées obligatoires renferment du droit fédéral²¹⁸⁸.

Le *renvoi* subordonnant le caractère obligatoire d'une norme spécifique, révisions ultérieures comprises, à une déclaration de *reconnaissance juridique* (« Anerkennung ») par une autorité étatique est assimilable au renvoi statique obligatoire²¹⁸⁹. Lorsque la loi confère au Conseil fédéral la compétence de « reconnaître » ou de « déclarer applicables » des normes émanant d'organisations privées, une telle clause équivaut généralement à une forme de réception qui lui attribue une force obligatoire au même titre qu'un renvoi ou une incorporation²¹⁹⁰. La question est disputée, mais il s'agit d'une question d'interprétation de la clause en cause²¹⁹¹.

²¹⁸⁵ Art. 41 a al. 3 de la loi fédérale sur la protection de l'environnement (LPE, RS 814.01). Pour d'autres exemples, cf. Luzian ODERMATT, « Gesetzgebungsmethodische Strategien der Übernahme privater Normen », in : *LeGes*, 2006/3, p. 85 ss ; MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 319 s.

²¹⁸⁶ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018), ch. 3.3.3.2/a ; MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 319 ; ERRASS (2010), p. 283 ss et 303 ss ; Arnold MARTI, « Aufgabenteilung zwischen Staat und Privaten auf dem Gebiet der Rechtsetzung : Ende des staatlichen Rechtsetzungsmonopols ? », in : *Pratique juridique actuelle (PJA)*, n° 10, 2002, p. 1159 s. ; BRUNNER (1982), p. 13 s., 67 ss et 124 ss.

²¹⁸⁷ ATF 137 II 399, p. 404 s., à propos de la contribution à un fonds de formation professionnelle déclarée obligatoire par le Conseil fédéral en vertu de l'article 60 al. 3 de la loi fédérale sur la formation professionnelle (LFPr, RS 412.10).

²¹⁸⁸ ATF 137 II 399, p. 403 ; 118 II 528, p. 531.

²¹⁸⁹ ERRASS (2010), p. 286 s.

²¹⁹⁰ ERRASS (2010), p. 287.

²¹⁹¹ Dans ce sens, cf. à juste titre ERRASS (2010), p. 286 s. *Contra* : ODERMATT (2006), p. 95.

Par exemple le Conseil fédéral:

- « peut reconnaître les directives des organisations » (« anerkennen »)²¹⁹² ;
- « peut déclarer applicables des dispositions et des normes techniques harmonisées sur le plan international » (« für anwendbar erklären »)²¹⁹³.

La doctrine évoque également le cas de figure de l'*approbation* (« Genehmigung »), qui pourrait être susceptible selon les circonstances d'équivaloir à un renvoi statique ou à une incorporation²¹⁹⁴.

IV. Le renvoi statique

Le texte législatif peut également renvoyer – la technique en soi n'est pas nouvelle²¹⁹⁵ – à une norme privée dans une teneur déterminée à une date spécifiée (clause de *renvoi statique*)²¹⁹⁶. Au lieu de recopier la norme privée dans le texte de loi comme dans la technique précédente de l'incorporation, il est simplement renvoyé à celle-ci. Un tel renvoi est *direct* puisqu'il désigne par définition une règle spécifique.

Exemples :

- Les exigences afférentes à la construction et aux caractéristiques métrologiques des *instruments mesureurs de fumée de diesel* [...] sont satisfaites si les instruments répondent aux exigences de la norme ISO 11614 [en note de bas de page : « Norme internationale ISO11614, « Moteurs alternatifs à combustion interne à allumage par compression – Appareillage de mesure de l'opacité et du coefficient d'absorption de la lumière des gaz d'échappement », édition 1999-09-01. »]²¹⁹⁷.
- Les *éthylomètres anti-démarrage* « doivent répondre aux exigences de la norme SN EN 50436-1 [en note : Norme européenne SN EN 50436-1: 2014, Alcool interlocks – Méthodes d'essais et exigences de performance – Partie 1: Appareils pour des programmes pour conducteurs en état d'ivresse.] »²¹⁹⁸.

²¹⁹² Art. 15 al. 3 de la loi fédérale sur l'agriculture (RS 910.1).

²¹⁹³ Art. 39 al. 2 de la loi fédérale sur les produits chimiques (LChim, RS 813.1).

²¹⁹⁴ ERRASS (2010), p. 285 s. se référant à l'ATF 110 Ib 166, p. 170.

²¹⁹⁵ GRAUER (1979).

²¹⁹⁶ « le renvoi direct – c'est-à-dire la référence à des règles émanant d'un organisme clairement désigné –, qui peut être statique lorsqu'il est fait référence à une version déterminée de ces règles » (ATF 123 I 112, p. 129). Cf. MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018), ch. 3.3.3.3/b.

²¹⁹⁷ Annexe 2 ch. 1.2 de l'ordonnance du Département fédéral de justice et police sur les instruments mesureurs des gaz d'échappement des moteurs à combustion (OIGE, RS 941.242).

²¹⁹⁸ Art. 3 let. e et art. 12 ss de l'ordonnance du DFJP sur les instruments de mesure d'alcool dans l'air expiré (OIAA, RS 941.210.4).

- Afin de garantir la conservation de *reproductions photographiques de sécurité de biens culturels* en cas de conflit armé, de catastrophe ou de situation d'urgence, une ordonnance fixe les exigences techniques concernant les données numériques en exigeant notamment que « le format de fichier utilisé doit être largement répandu (PDF/A, TIFF, JPEG selon la norme ISO/CEI 10918-1, 1994 ou JPEG2000 selon la norme ISO/CEI 15444-1, 2004) »²¹⁹⁹.

Une *variante* destinée à assouplir le mécanisme consiste à opérer un renvoi statique tout en déléguant à une autorité la compétence de valider une révision ultérieure de la norme privée pour l'appliquer. On a discuté ce procédé singulier plus haut²²⁰⁰.

Les normes privées revêtent par le renvoi statique la même nature juridique de *règle de droit* que le texte de loi contenant la clause de renvoi selon le Tribunal fédéral²²⁰¹. Dès lors, contrairement au renvoi dynamique que nous avons examiné plus haut, l'admissibilité du renvoi statique doit s'analyser en fonction du contenu du texte de la norme à laquelle il est renvoyé et non selon les principes applicables à la délégation. Le renvoi statique ne constitue en effet pas une clause de délégation²²⁰², car le texte normatif auquel il est renvoyé est présumé connu ; l'autorité opérant le renvoi doit connaître le contenu de la norme privée, et le contenu de la norme à laquelle il est renvoyé n'est pas modifié sans le consentement de l'autorité de renvoi²²⁰³. La technique s'apparente donc à celle de l'incorporation.

Lorsqu'un texte de niveau réglementaire prévoit un renvoi statique, la norme privée en cause doit bien évidemment respecter le *cadre de la clause de délégation* contenue dans la loi au sens formelle et ne pas éluder les exigences de densité normative applicables au texte contenant la clause de renvoi²²⁰⁴.

²¹⁹⁹ Art. 3 al. 1^{er} let. b de l'ordonnance sur l'établissement de documentations de sécurité et de reproductions photographiques de sécurité (RS 520.311).

²²⁰⁰ Cf. ci-dessus ch. 3.4.4.4b.II l'exemple des entreprises de sécurité tenues d'adhérer au Code de conduite international des entreprises de sécurité privées.

²²⁰¹ Selon le Tribunal fédéral : « bei statischen Verweisungen [werden] private Normen zu staatlich gesetztem Recht » (ATF 136 I 316, p. 320). cf. MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018), ch. 3.3.3.3/c ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), ch. 2.5.6.2 ; ERRASS (2010), p. 279.

²²⁰² ATF 136 I 316, p. 320 ; Anne-Christine FAVRE, « La délégation d'activités non économiques ou « à caractère ministériel » », in : Favre/Martenet/Poltier (éd.), *La délégation d'activités étatiques au secteur privé*, Genève, 2016, p. 158 ; MÜLLER/UHLMANN 2013, p. 319s. ; ERRASS 2010, p. 279 avec réf. au débat sur la question.

²²⁰³ « Eine statische Verweisung liegt vor, wenn das Verweisungsobjekt eine bestehende Regelung ist, die in einer ganz bestimmten Fassung Anwendung finden soll. Das verweisende Organ kennt den Inhalt der Norm, auf die verwiesen wird, und dieser verändert sich nicht ohne Zustimmung des für die Verweisung zuständigen Organs » (ATF 136 I 316, p. 319 s.).

²²⁰⁴ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018), ch. 3.3.3.3/c

On notera que la *Cour européenne des droits de l'homme* admet un renvoi de la loi à d'autres actes, en particulier lorsque le domaine à réglementer revêt un caractère technique²²⁰⁵.

Prenant la nature de règles de droit, les normes privées auxquelles il est renvoyé doivent être *publiées* et rendues accessibles aux mêmes conditions que celles applicables aux règles de droit, en particulier être gratuites et traduites, ce qui n'est guère suivi en pratique²²⁰⁶.

Enfin, d'un point de vue théorique du moins, on pourrait également concevoir le concept de *renvoi statique semi-obligatoire*. La loi demanderait alors de « tenir compte », de « prendre en considération » ou comme « source d'inspiration » une norme privée spécifique dans une version déterminée. En pratique, cette configuration n'a pas grand sens : si l'on comprend facilement l'intérêt de renvoyer à la version précise d'une norme privée déterminée pour éviter que l'auteur de cette dernière puisse la modifier ultérieurement sans contrôle du législateur, une telle précaution n'apporterait juridiquement qu'une faible valeur ajoutée lorsque la norme privée n'a qu'une valeur de recommandation.

V. Le cas de la référence aux normes privées par les autorités administratives ou judiciaires

De même que les autorités administratives ou judiciaires se réfèrent fréquemment à diverses recommandations dans le cadre de l'interprétation des règles de droit²²⁰⁷, elles peuvent également utiliser les normes privées dans leurs décisions et arrêts comme instruments d'interprétation de la loi indépendamment d'une clause de délégation ou de renvoi²²⁰⁸.

Le Tribunal fédéral admet utiliser des normes privées pour définir la *responsabilité civile* ou *pénale*²²⁰⁹, par exemple pour définir la notion de négligence²²¹⁰ :

« Lorsque des prescriptions légales ou administratives ont été édictées dans un but de prévention des accidents, ou lorsque des règles analogues émanant d'associations

²²⁰⁵ Rappelé in ATF 142 I 195, p. 199, se référant à l'arrêt de la CourEDH, Affaire n° 10890/84 du 28 mars 1990 (*Groppera Radio AG contre Suisse*), p. 25 s. et 65 ss.

²²⁰⁶ Cf. ci-dessous ch. 3.4.5.

²²⁰⁷ Cf. ci-dessus ch. 3.3.5.3b et s.

²²⁰⁸ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018), ch. 3.3.3.2a, p. 225 s.

²²⁰⁹ Theodor BÜHLER, « Bedeutung der technischen Vorschriften und Normen für das Haftpflicht- und das Strafrecht », in: *Pratique juridique actuelle*, 2018, p. 1186 ss.

²²¹⁰ Art. 13 al. 2 du Code pénal (CP).

spécialisées sont généralement reconnues, leur violation fait présumer la violation du devoir général de prudence »²²¹¹.

3.4.5 Les techniques de renforcement de la légitimité des instruments coopératifs

Les instruments privés et coopératifs sont très prisés dans la régulation en raison de leur efficacité, leur flexibilité et l'expertise qu'ils apportent dans des domaines spécialisés.

Leur *efficacité* semble en revanche être tendancielle *moindre* que celle des instruments publics dans le domaine du droit social et du travail. Les éditeurs d'une série d'articles consacrés aux relations entre les normes publiques et privées, notamment la responsabilité sociétale des entreprises (RSE), les normes volontaires de durabilité et les programmes volontaires de conformité sociale, concluent ainsi : « The evidence from the Special Issue's articles leads to a set of generic propositions, describing how public interventions tend to strengthen private labor policy, while private interventions tend to either modestly substitute for or have little effect upon public labor and social protections. »²²¹²

Revers de la médaille, l'*intérêt public*, la *participation* des tiers, l'*ouverture démocratique*, la *transparence*, le *contrôle* tant politique que judiciaire ne sont pas toujours assurés²²¹³. Le Tribunal fédéral a relevé que l'activité administrative coopérative informelle²²¹⁴ comportait un risque particulièrement élevé que les intérêts des tiers non impliqués ou du grand public ne soient pas suffisamment pris en compte²²¹⁵.

Répondant à la question « est-ce que le droit étatique peut renvoyer à l'application de normes privées ? », un professeur de droit administratif est allé jusqu'à évoquer « un risque de « prostitution » – le mot est fort – de l'Etat face à l'industrie » en raison de la

²²¹¹ ATF 134 IV 255, 262.

²²¹² Luc FRANSEN/Brian BURGOON, « Introduction to the Special Issue: Public and Private Labor Standards Policy in the Global Economy », in : Global Policy, vol. 8, mai 2017, p. 5 ss. Dans le même sens, cf. Tim BARTLEY, *Rules without Rights : Land, Labor, and Private Authority in the Global Economy*, Oxford, 2018, p. 258: « More generally, the evidence presented in this book suggests that transnational private regulation has failed to resolve pressing concerns about land and labour in the global economy. » Cf. ég. ci-dessus ch. 3.3.4.2.

²²¹³ Sur ces avantages et inconvénients, cf. par exemple MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 318.

²²¹⁴ Cf. ci-dessus ch. 3.4.2.3b. Cf. ég. ATF 133 II 120, p. 124 ss.

²²¹⁵ Tribunal fédéral, arrêt 1C_914/2013 du 26 juin 2014, *ZBl*, 2014 552, p. 557, *RDAF* 2015 I 344. A propos de la rédaction des *codes de conduite des entreprises* menée comme une affaire privée qui exclut les tiers potentiellement intéressés ou touchés, cf. Marie-Claire MENTING, « Industry codes of conduct, the foundations of contract law and regulation: a bottom-up perspective », in : Brownsword/van Gestel/Micklitz (éd.) (2017), p. 49 s.

présence des groupes d'intérêt ainsi que de distorsion de concurrence où l'organisme de normalisation introduit des restrictions à l'accès au marché et de nivellement des règles vers le bas (« *race to the bottom* » : ledit organisme veut être compétitif [afin de conserver ses membres] et il adopte des normes qui protègent leurs intérêts avant tout. »)²²¹⁶

Les divers procédés de *corégulation* que nous avons examinés ci-dessus²²¹⁷ sont des tentatives de réponses. Ces cauteles permettent au législateur et aux autorités publiques plus généralement de retrouver une certaine capacité de pilotage et de contrôle. Les tribunaux ont pu exiger que les autorités d'application vérifient que les normes émanent d'associations suffisamment représentatives et qu'elles ne soient pas la seule expression d'intérêts particuliers²²¹⁸. L'esprit consiste à *renforcer la légitimité procédurale* (« input legitimacy ») de ces instruments en formulant des standards procéduraux minimaux, par exemple en assurant l'indépendance des organismes de régulation s'agissant de leur composition et de leur financement, en exigeant leur transparence et en réclamant des modalités de consultation, de participation, de vote et de décision adaptées²²¹⁹. On rappellera ici les suggestions à cet effet relatives aux instruments non obligatoires en général que nous avons examinées plus haut²²²⁰.

La *Cour européenne des droits de l'homme* a jugé à ce propos que l'Etat ne peut pas se soustraire à sa responsabilité en déléguant ses obligations à des organismes privés ou des particuliers²²²¹. En particulier, les organismes privés auxquels un pouvoir législatif ou réglementaire est conféré doivent rendre compte de leurs activités (« *are held accountable* »), ce qui implique notamment une exigence de transparence²²²².

²²¹⁶ ZUFFEREY (2016), p. 79.

²²¹⁷ Cf. ci-dessus ch. 3.4.4.

²²¹⁸ L'autorité peut se référer à des « fachlich genügend abgestützte private Grenzwertrichtlinien » pour déterminer les valeurs limites d'immissions pour les rayons électromagnétiques selon l'article 12 al. 2 de la loi fédérale sur la protection de l'environnement (ATF 117 Ib 28, p. 32).

²²¹⁹ Lothar MICHAEL, « Private Standardsetter und demokratisch legitimierte Rechtsetzung », in : Bauer/Huber/Sommermann (éd.), *Demokratie in Europa*, Tübingen, 2005, p. 449 s. ; Luc THÉVENOZ, « Pas d'autoréglementation sans consultation », in : Héritier Lachat/Hirsch (éd.), *De lege ferenda. Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du professeur Alain Hirsch*, Genève, 2004, p. 300 ss.

²²²⁰ Cf. ci-dessus ch. 3.3.6.2.

²²²¹ CourEDH, Affaire n° 13134/87 du 25 mars 1993 (*Costello-Roberts c. Royaume-Uni*), § 27 ; CourEDH, Affaire n° 54522/00 du 4 mai 2006 (*Kotov c. Russie*), § 92.

²²²² CourEDH, Affaire n° 75252/01 du 13 février 2007 (*Evaldsson and others v. Sweden*), § 63 s. (à propos d'une convention collective de travail). Cf. ég. CourEDH, Affaire n° 42430/05 du 2 février 2010 (*Aizpurua Ortiz et autres. c. Espagne*), cit. in : Patricia POPELIER, « A fundamental right to rational law making? », in : *The quality of legal acts and its importance in contemporary legal space*, Riga, 2012, p. 32.

Récemment l'Union européenne a développé dans ce sens des *principes de meilleure autorégulation et de corégulation* (« Principles for better self- and co-regulation ») dans le cadre de la « Community of Practice for better self- and co-regulation (CoP) »²²²³.

Ces principes sont articulés en deux catégories selon qu'ils visent la phase de conception ou celle de mise en œuvre. Pour la première :

- participation des acteurs ;
- ouverture et transparence ;
- bonne foi ;
- clarté des objectifs et de leurs indicateurs ;
- légalité.

Pour la seconde :

- améliorations à apporter de manière itérative ;
- suivi ;
- évaluation ;
- mécanismes de résolution des conflits ;
- garantie de financement.

En matière de *normalisation technique*, l'Union européenne avait déjà renouvelé son concept il y a plus de trente ans afin de mettre fin aux entraves techniques à la libre circulation des marchandises. Elle avait alors adopté une « nouvelle approche »²²²⁴ dans laquelle l'autorité prenait désormais un rôle stratégique tout en laissant aux organismes de normalisation l'activité de production normative privée²²²⁵.

Le Conseil est chargé d'établir les *principes fondamentaux* :

- une harmonisation législative limitée à des exigences essentielles d'intérêt public ;
- le respect de l'état de la technique ;
- la nature privée et volontaire des normes ;
- une présomption de conformité pour les produits fabriqués conformément aux normes harmonisées.

La Commission confie alors des *mandats de normalisation* aux organismes européens de normalisation. Des procédures sont prévues pour contester la conformité d'un produit ou la qualité d'une norme.

En 2012, l'Union a adopté un *nouveau cadre* visant à élaborer les normes plus rapidement, à assurer une plus grande transparence des normes et des programmes de travail des organismes de régulation, à garantir une meilleure représentativité des parties

²²²³ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox*, Bruxelles, 2017, Tool #18 (The Choice of Policy Instruments), annexe (publié également sous ec.europa.eu/digital-single-market/cop-principles-better-self-and-co-regulation).

²²²⁴ Résolution du Conseil 85/C 136/01 du 7 mai 1985, concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation.

²²²⁵ Pour plus de détails, cf. newapproach.org. La littérature sur le sujet est abondante ; cf. par exemple VAN WAEYENBERGE (2015), p. 148 ss et 182 ss.

prenantes, en particulier des petites et moyennes entreprises (PME) et à étendre les normes harmonisées aux services²²²⁶. La Commission a initié depuis une *initiative conjointe sur la normalisation*, volontaire et sans force obligatoire, encourageant le partenariat public-privé dans la normalisation européenne²²²⁷.

Un certain nombre de *voix critiques* mettent en cause le défaut de légitimité du système européen tel qu'il est mis en œuvre en pratique : « the lack of judicial control is not compensated by a sufficient degree of ex ante legitimacy: participation by societal stakeholders only seems to work on paper, while the reality depicts a much more < elitist > system, in which consumer or environmental interests hardly have a voice. Similarly, while the Commission's control over the process seems to resemble a < paper tiger >, safeguards measures are not at the disposal of affected persons. »²²²⁸ Certains évoquent même une « capitulation » du législateur européen²²²⁹.

D'un point de vue juridique, la *Cour de justice* de l'Union européenne est compétente pour interpréter à titre préjudiciel une norme harmonisée dont les références ont été publiées au Journal officiel de l'Union européenne.

En l'espèce, la contestation portait sur l'exécution d'un *contrat de droit privé* imposant à une partie de fournir un produit de construction conforme à une norme nationale transposant cette *norme harmonisée*²²³⁰. Cet arrêt a été critiqué dans la mesure où « [a]s such, the decision in James Elliot seems to pave the way only to preliminary questions of interpretation under Article 267 TFEU, but not to questions of validity. »²²³¹

En Suisse, le *Tribunal fédéral* a rappelé que les déclarations de conformité aux normes harmonisées doivent être réciproquement reconnues dans les domaines de réglementation considérés comme équivalents. Il est alors exclu d'exiger en Suisse un niveau de protection plus élevé que dans l'Union européenne²²³².

²²²⁶ Art. 3 ss du Règlement (UE) n° 1025/2012 du 25 octobre 2012 relatif à la normalisation européenne [...]. Pour une critique sur la capacité de ce règlement à contribuer à une participation effective des parties prenantes, cf. Carlo COLOMBO/Mariolina ELIANTONIO, « Harmonized technical standards as part of EU law: Juridification with a number of unresolved legitimacy concerns? », in : *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 24(2), 2017, p. 337 (réf. cit.).

²²²⁷ *Joint Initiative on Standardisation*, 13 juin 2016.

²²²⁸ COLOMBO/ELIANTONIO (2017), p. 340.

²²²⁹ ERRASS (2017), p. 48, se référant à Udo DI FABIO notamment.

²²³⁰ CJUE, arrêt C-613/14 du 27 octobre 2016 (James Elliott Construction Limited c. Irish Asphalt Limited), § 47.

²²³¹ COLOMBO/ELIANTONIO (2017), p. 332. Cf. ég. Rob VAN GESTEL/Hans-W. MICKLITZ, « European integration through standardization: How judicial review is breaking down the club house of private standardization bodies », in : *Common Market Law Review*, vol. 50, iss. 1, 2013, p. 145 ss.

²²³² ATF 143 II 518. Cf. ég. BÜHLER (2018), p. 1186 ss.

En cas de renvoi de la loi à des normes techniques, le Conseil fédéral peut veiller à ce que la Suisse *participe à des mandats* donnés à des organisations de normalisation ou défende ses intérêts au sein des organes directeurs d'organismes internationaux de normalisation²²³³.

Alors que l'ISO a constitué dès 1978 un comité consultatif pour assurer la *représentation des consommateurs* (« Consumer Policy Committee » [COPOLCO])²²³⁴, l'Union européenne promeut depuis 1987 l'implication des consommateurs dans la normalisation²²³⁵.

Les normes privées ne sont pas *accessibles* de la même manière que le droit étatique, car elles ne sont pas nécessairement *publiées* dans les *langues* vernaculaires, accessibles *gratuitement* et sans *droit d'auteur* dans des recueils officiels²²³⁶. Elles devraient pourtant l'être chaque fois qu'elles revêtent un caractère juridiquement obligatoire²²³⁷. La pratique est pourtant loin de suivre la théorie sur ce point, sans que l'on ait trouvé à ce jour une solution satisfaisante²²³⁸. Le législateur ne fait souvent qu'entériner ces problèmes lorsqu'il publie les normes privées sous forme de renvoi²²³⁹.

Coût :

- Dans le cas du renvoi, le texte n'est pas directement disponible dans le *recueil officiel* et son obtention peut être soumise à *paiement* : « L'Office fédéral de la communica-

²²³³ Art. 11 LETC. cf. ci-dessus ch. 3.4.4.3.

²²³⁴ Christophe HAUERT/Marc AUDÉTAT/Danielle BÜTSCHI/Alain KAUFMANN/Jean-Christophe GRAZ, « Les arènes de la normalisation internationale à l'épreuve de la participation : le projet INTERNORM », in : *Participations*, vol. 14, 2016, p. 216 s.

²²³⁵ Résolution du Conseil 88/C 293/01 du 4 novembre 1988 concernant le renforcement de la participation des consommateurs à la normalisation ; Recommandation de la Commission 88/41/CEE du 10 décembre 1987 concernant la participation et l'amélioration de la participation des consommateurs à la normalisation. Sur ce thème, cf. Christophe HAUERT, *La participation des consommateurs à la construction de l'autorité des normes internationales : vers une économie politique internationale de la traduction*, Lausanne, 2014.

²²³⁶ Sur les exigences de publication relatives aux normes privées en droit fédéral, cf. Marius ROTH, *Die Veröffentlichung von Rechtsnormen in der Schweiz*, Zurich/Saint-Gall, 2011, p. 124 s. et 189 ; sur les obligations de publication en matière d'autorégulation financière, cf. ZYSSET (2017), p. 275 ss. Cf. ég. Daniel KETTIGER/Thomas SÄGESSER (éd.), *Kommentar zum Publikationsgesetz des Bundes*, Berne, 2011 ainsi que les contributions de divers auteurs in : *LeGes 2013/1*

²²³⁷ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018), ch. 3.3.3.3/d pour lesquels à défaut le renvoi devrait être déclaré inopérant ; Felix UHLMANN, « Le droit étatique peut-il renvoyer à des normes privées ? », in : *Plaidoyer*, 2/2015, p. 9 ; MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 320.

²²³⁸ Sur la problématique, cf. par exemple UHLMANN (*LeGes 2013/1*), p. 89 ss, qui demande au législateur de mieux prendre en compte l'incidence des normes privées pour la pratique.

²²³⁹ Cf. art. 5 de la loi sur les publications officielles (RS 170.512). Sur les problèmes posés par cette pratique, cf. UHLMANN (*LeGes 2013/1*), p. 89 ss.

tion [...] publiée dans la Feuille fédérale sous forme de renvoi les normes techniques désignées. » [en note de bas de page : « Les normes peuvent être consultées ou obtenues contre paiement auprès de l'Association suisse de normalisation, Bürglistrasse 29, 8400 Winterthur, www.snv.ch »]²²⁴⁰.

- L'ordonnance sur l'établissement de documentations de sécurité et de reproductions photographiques de sécurité²²⁴¹ précise en note de bas de page à l'article 3 que « [l]es normes mentionnées peuvent être obtenues contre paiement à l'adresse suivante: www.iso.org > store. »

Langue :

- Les normes ne sont pas nécessairement *traduites dans les langues officielles*. Le législateur peut laisser aux organismes privés le choix de la version déterminante : « L'organisme qui édite la norme détermine les versions linguistiques autorisées. »²²⁴²
- Le législateur peut aussi décider de renoncer à une traduction dans les langues officielles : la loi fédérale sur les produits chimiques²²⁴³ autorise le Conseil fédéral à « exceptionnellement fixer un mode de publication particulier des dispositions et des normes déclarées applicables et décider de renoncer à une traduction dans les langues officielles. »²²⁴⁴

Propriété intellectuelle :

- Les normes privées, dotées par renvoi d'une force obligatoire, devraient perdre la protection du *droit d'auteur* dont la norme privée bénéficie par défaut²²⁴⁵.

On rappellera enfin que la conception et la rédaction des normes privées peut faire l'objet de *guides de légistique*²²⁴⁶.

²²⁴⁰ Art. 5 al. 4 de l'ordonnance sur la compatibilité électromagnétique (RS 734.5).

²²⁴¹ Ordonnance du DDPS sur l'établissement de documentations de sécurité et de reproductions photographiques de sécurité (RS 520.311).

²²⁴² Art. 1^{er} al. 2 de l'ordonnance sur les normes comptables reconnues (RS 221.432).

²²⁴³ Loi fédérale sur les produits chimiques (LChim, RS 813.1).

²²⁴⁴ Art. 38 al. 3 LChim.

²²⁴⁵ Art. 5 al. 1^{er} de la loi fédérale sur le droit d'auteur (RS 231.1). Cf. MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 320 et 313 s. Cf. à propos du copyright sur les normes privées VAN GESTEL/MICKLITZ (2013), p. 145 ss.

²²⁴⁶ Cf. ci-dessus ch. 3.4.3.3c.

3.5 Les instruments de coordination

3.5.1 Introduction : coordination et gouvernance

Edicter des règles de droit, rendre une décision ou un jugement, conclure des contrats pouvait peut-être suffire dans un Etat minimal visant essentiellement le maintien de l'ordre public et le déroulement libéral de la vie économique. Avec le développement au cours du XX^e siècle d'un Etat proactif dans tous les domaines socio-économiques, les Etats doivent désormais réunir de manière cohérente tout un éventail de mesures propres à atteindre des objectifs d'autant plus ambitieux que les moyens pour les atteindre nécessitent de plus en plus souvent de faire appel à des compétences qui leur échappent en raison de l'essor de la mondialisation notamment. L'Etat doit coordonner, gérer et planifier des mesures hétérogènes – privées et publiques, obligatoires et souples, formelles et informelles, normatives et matérielles – et enchevêtrées entre différents niveaux et réseaux d'acteurs :

« Mais se voyant, au cours du XX^e siècle, attribuer une responsabilité croissante dans le déroulement des événements socio-économiques, ses attributions se sont multipliées et diversifiées : il n'y a plus seulement juxtaposition de compétences, mais entrecroisement, compénétration, enchevêtrement. Ce que fait l'administration dans un domaine a des répercussions dans un autre ; pour atteindre un objectif, elle peut cumuler plusieurs compétences, ou doit veiller à ne pas les utiliser en annulant réciproquement les effets. Il faut aussi qu'elle prévienne, pour intervenir à temps. En trois mots : elle doit *coordonner, gérer et planifier*. »²²⁴⁷

Dans ce nouveau contexte s'est forgée la notion politico-économique de *gouvernance* complétant, sans toutefois l'éluder, la notion classique de *gouvernement* bien connue en droit public²²⁴⁸ que l'on peut définir à la suite de Patrick LE GALÈS comme « un processus de coordination d'acteurs, de groupes sociaux et institutions, en vue d'atteindre des objectifs définis et discutés collectivement »²²⁴⁹. Elle permet d'appréhender plus sûrement les problèmes que pose la *coordination* publique aujourd'hui :

²²⁴⁷ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 9.

²²⁴⁸ VAN WAEYENBERGE (2015), p. 21 ss. Pour Carmelo ROSITANO, « [l]a gouvernance n'exclut point l'idée de gouvernement puisqu'elle en est une émanation dans le sens où elle « a élargi la manière de concevoir le gouvernement en y adjoignant des acteurs non étatiques ». [...] Les rapports entre la notion de gouvernance et l'idée de gouvernement relèvent donc davantage d'une logique de la complémentarité que d'opposition » (Carmelo ROSITANO, *Recherche sur le concept de gouvernement*, Paris, 2016, p. 196 s.). Sur ce développement, cf. ci-dessus 3.4.1.

²²⁴⁹ Réf. in : VAN WAEYENBERGE (2015), p. 23. Pour une analyse fouillée et critique de la notion, cf. ROSITANO (2016), p. 173 ss.

« L'intérêt de ce concept [la gouvernance] réside donc dans sa capacité à appréhender de nombreuses difficultés soulevées par la coordination publique dans la mesure où il apparaît en phase avec un certain nombre de mutations et enjeux contemporains dont il entend rendre compte (crise de l'autorité, inefficience avancée des cadres juridiques hiérarchiques et linéaires...). »²²⁵⁰

Dans ce contexte, les instruments normatifs classiques que sont les règles de droit et leurs décisions d'application deviennent insuffisants. Les *instruments de coordination* et de *gouvernance* prennent le relais. Ils se distinguent des normes en ce sens qu'ils intègrent dans un cadre processuel commun un ensemble de mesures diverses si bien qu'il est très difficile de les rattacher à la catégorie des normes, générales et abstraites, ou des décisions, individuelles et concrètes.

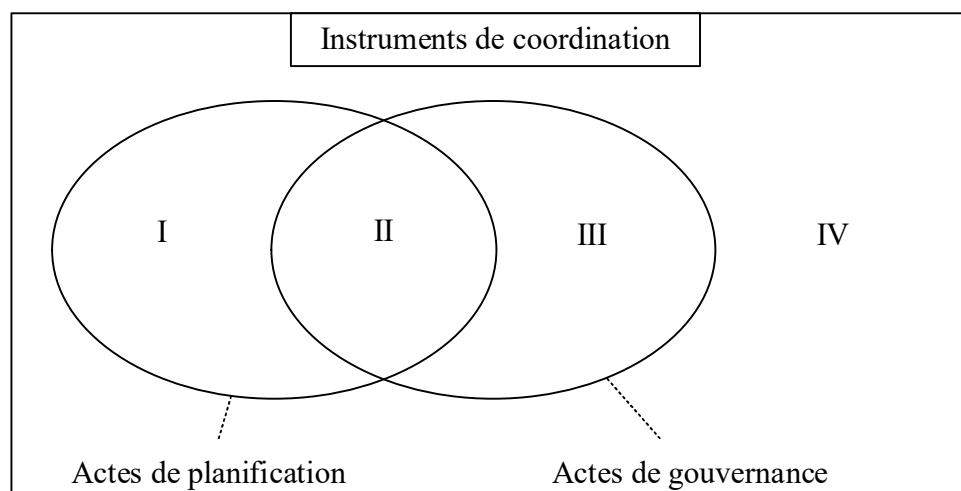
Ils sont tout à la fois et sans distinction généraux et/ou individuels, abstraits et/ou concrets. Il peuvent être obligatoires (= M et N panorama²²⁵¹) ou non (= O et P panorama), unilatéraux (= M et O panorama) ou coopératifs (= N et P panorama).

On examinera tout d'abord les *actes de planification* (ch. 3.5.2). Ceux-ci comprennent les *plans-programmes* (II, dans le tableau ci-dessous) – qui sont tout à la fois actes de planification et de gouvernance – et les *plans territoriaux* (I, dans le tableau ci-dessous) (ch. 3.5.2.2). On étudiera ensuite les *études d'impact* (IV, dans le tableau ci-dessous), actes de coordination dont certaines variantes ne sont ni des actes de planification à proprement parler, ni véritablement des actes de gouvernance (ch. 3.5.3). On conclura avec les *actes de gouvernance* (II et III, dans le tableau ci-dessous), une catégorie qui matérialise spécifiquement les nouvelles méthodes de gestion de la chose publique à l'ère de la gouvernance. Il s'agit d'actes ayant spécifiquement pour fonction de coordonner des acteurs, des groupes sociaux et des institutions en vue d'atteindre des objectifs définis et discutés collectivement, au sens de la définition précédente. Au sein des actes de gouvernance on trouve le *plan-programme* ainsi que de *nouveaux instruments d'action* à l'instar de différentes variantes de la méthode ouverte de coordination ou de l'approche intégrée (ch. 3.5.4).

²²⁵⁰ VAN WAEYENBERGE (2015), p. 23.

²²⁵¹ Cf. ci-dessus ch. 3.1.4 Tableau 3-1 – Panorama des instruments d'action de l'Etat, p. 253.

Tableau 3-6 – Typologie des instruments de coordination



3.5.2 Les actes de planification

3.5.2.1 *Grandeur et disgrâce de la planification*

Le XX^e siècle aura été autant celui de la grandeur que de la disgrâce de la planification. Symbole de la rationalité instrumentale, figure tutélaire d'une maîtrise si espérée du futur, outil de gestion et de coordination des activités humaines, instrument tant militaire qu'économique, la planification aura été aussi adulée qu'honnie.

Si le sort de la planification économique est bien connu à la suite de l'expérience communiste (le premier plan quinquennal soviétique date de 1928 et la Chine vit actuellement sous l'empire de son 13^e plan quinquennal [2016-2020]²²⁵²), le rôle de la planification, tant économique que militaire, de l'Allemagne nazie l'est moins. N'est-il pas troublant de relire aujourd'hui les auteurs d'après-guerre la citant comme modèle : « Rappelons qu'avant et pendant la seconde guerre mondiale, les succès du III^e Reich, aussi bien du point de vue économique que du point de vue militaire, ont été obtenus grâce à la planification. En janvier 1933, il existait en Allemagne plus de 6 millions de chômeurs. Après la planification introduite par les nationaux-socialistes, le chômage baissa rapidement pour n'être plus, en juin 1939, que de 48'840 personnes. »²²⁵³ Grâce à la planification, « Hitler redressait une situation économique, sociale et politique presque désespérée. »²²⁵⁴

²²⁵² Michel AGLIETTA/Guo BAI, « China's 13th Five-Year Plan: In Pursuit of a < Moderately Prosperous Society > », in : *Centre d'Etudes Prospectives et d'Informations Internationales, Policy Brief*, n° 12, Paris, 2016.

²²⁵³ Henri ROH, *Planification, aménagement, développement*, Tome 1 : La planification, Sion, 1965, p. 49.

²²⁵⁴ Marie-Louise RAÏSSIS, *Les investissements et la planification*, thèse (HEC Lausanne), Nice, 1968, p. 252 ss et 437.

La planification est à l'exact opposé du libéralisme. Instrument symbolique de l'Etat-Providence qui lui permet d'agir dans le domaine économique, social et écologique, la planification ne s'est imposée que tardivement dans l'ordre constitutionnel suisse. Le Conseil fédéral écrivait en 1985 que « tout récemment », programme et planification couraient le risque d'être qualifiées d'anticonstitutionnelles :

« L'ancienne conception libérale qui, durant la première moitié de ce siècle, déterminait encore dans une large mesure la pensée constitutionnelle, refusait, par principe, l'idée d'une définition et d'une conduite planifiées, par l'Etat, des processus sociaux et économiques. [...] Jusque tout récemment, la notion de programme et celle de planification couraient même le risque d'être qualifiées d'anticonstitutionnelles »²²⁵⁵.

Aujourd'hui, le Conseil fédéral reconnaît que la planification des activités de l'Etat est « une mission constitutionnelle qui incombe conjointement à l'Assemblée fédérale et au Conseil fédéral »²²⁵⁶. L'Assemblée fédérale participe dès lors aux planifications importantes des activités de l'Etat en prenant notamment des *décisions de principe et de planification*²²⁵⁷.

Ces documents sont des décisions préliminaires fixant des objectifs à atteindre, des principes ou critères à respecter ou des mesures à prévoir²²⁵⁸.

En plus des planifications prévues par la loi (à l'instar du plan financier²²⁵⁹ ou du programme de la législature²²⁶⁰), le Conseil fédéral peut adresser *d'autres planifications* à l'Assemblée fédérale pour information ou pour qu'elle en prenne acte²²⁶¹, par exemple le plan directeur de l'armée, le rapport sur l'intégration ou la conception globale des transports²²⁶².

En droit suisse fédéral, nous dénombrons en 1995 plusieurs centaines d'exemples d'actes de planification²²⁶³. Certains plans ont toutefois été refusés par le Parlement comme la *planification des mesures destinées à limiter les risques pour l'économie nationale inhérents aux grandes entreprises* (« too big to fail »)²²⁶⁴ que le Conseil fédéral comptait transformer en planification contraignante sous la forme d'un arrêté fédéral simple²²⁶⁵.

²²⁵⁵ FF 1985 III 111

²²⁵⁶ En vertu des articles 173 al. 1^{er} let. g et 180 al. 1^{er} Cst. féd. (FF 2010 3050).

²²⁵⁷ Art. 28 Loi sur le Parlement (RS 171.10).

²²⁵⁸ Art. 28 al. 2 Loi sur le Parlement.

²²⁵⁹ Art. 143 Loi sur le Parlement.

²²⁶⁰ Art. 146 Loi sur le Parlement.

²²⁶¹ Art. 148 Loi sur le Parlement.

²²⁶² FF 2010 3050.

²²⁶³ Exemples recensés in FLÜCKIGER (1996, *Le régime juridique des plans*), p. 475 ss.

²²⁶⁴ FF 2010 3047 ss.

²²⁶⁵ Conformément à l'article 28 al. 3 Loi sur le Parlement (FF 2010 3050). Décision de non-entrée en matière (Conseil des Etats : 3 juin 2010 ; Conseil national : 7 juin 2010).

En pratique cependant, l'engouement dépassera les clivages politico-philosophiques : la méthode s'est développée aussi bien aux Etats-Unis qu'en Suisse, tant au sein de l'administration publique que des entreprises²²⁶⁶.

La planification est très présente dans l'*Union européenne* sous la forme de programmes, d'orientations, de stratégies ou de divers « livres », verts et blancs.

Les *livres verts* et *blancs* sont des documents de consultation de la Commission européenne (art. 1^{er} du protocole n° 1 au TFUE sur le rôle des parlements nationaux dans l'Union européenne). Il s'agit plus précisément de « documents contenant les propositions d'action de l'Union européenne (UE) dans un domaine donné » dont l'objectif est « d'ouvrir un débat avec le public, les parties prenantes, le Parlement européen et le Conseil afin de parvenir à un consensus politique. »²²⁶⁷ Préparant la législation future, ils revêtent une fonction de « pré-droit » (« pre-law »)²²⁶⁸.

La Commission planifie ses travaux selon un « cycle de planification stratégique et de programmation ». La stratégie est mise en œuvre dans un plan d'action annuel appelé « programme de travail de la Commission ». Les services de la Commission adoptent des plans stratégiques quinquennaux (« strategic plans ») et des plans de gestion (« management plans ») et préparent une analyse d'impact pour évaluer les conséquences probables des propositions sur les plans économique, social et environnemental²²⁶⁹.

Partout, on la retrouve généralisée dans le domaine urbanistique et environnemental. Pourtant, à l'exception de ces deux domaines, la planification avance masquée sous d'autres dénominations. Les exemples fourmillent : stratégies, programmes, concepts, orientations stratégiques, lignes directrices, schémas directeurs, feuilles de route, campagnes, projets, agenda, objectifs, livres, blueprints, etc.²²⁷⁰ On évite souvent le mot mais on conserve la substance :

« Le vocabulaire du politicien, du fonctionnaire et du scientifique évite le mot « planification ». Cela n'empêche pas l'utilisation de plus en plus fréquente des instruments de la planification et ce, dans de nombreux domaines. »²²⁷¹

²²⁶⁶ Henry MINTZBERG, *Grandeur et décadence de la planification stratégique* (trad. Pierre ROMELAER), Paris, 1994. p. 413.

²²⁶⁷ eur-lex.europa.eu > Accès au droit de l'Union européenne > Synthèses de la législation de l'UE > Glossaire des synthèses > Livre blanc, avec référence à la liste des différents livres.

²²⁶⁸ SENDEN (2004), p. 124 ss et 221 ss. Sur la fonction pré-juridique du droit souple, cf. ci-dessus ch. 3.3.4.2.

²²⁶⁹ On trouvera toutes les références sous ec.europa.eu > français > Politiques, informations et services > Stratégie > Comment les priorités sont fixées. Cf. ég. ci-dessus ch. 2.2.2 et 2.2.3.

²²⁷⁰ FLÜCKIGER (1996, *Le régime juridique des plans*), p. 17 ss.

²²⁷¹ Wolf LINDER, « La planification en tant que processus social », in : Morand (éd.), *Les instruments d'action de l'Etat*, Bâle etc., 1991, p. 7 ss et 18.

3.5.2.2 *La planification : plan-programme et plan territorial*

La *planification* est un processus et une méthode de gestion qui a pour but de produire un résultat articulé sous la forme d'un système intégré de décisions²²⁷². Elle se traduit en actes appelés *plans* dont on distinguera deux grandes familles : les *plans-programmes* et les *plans territoriaux*.

Le *plan-programme* concrétise un processus de planification qui peut être décomposé en phases-types, correspondant elles-mêmes aux éléments-types du plan-programme²²⁷³ :

- l'analyse de la *situation*, rétrospective, présente et prospective ;
- la définition des *buts* ;
- le catalogue des *mesures* à prendre pour atteindre les buts fixés ;
- la définition d'un processus de *mise en œuvre* ;
- l'instauration d'un mécanisme d'*évaluation*.

Ces phases ne se succèdent pas nécessairement de manière linéaire. Le processus présente dans les faits un caractère récursif sur lequel les théoriciens du plan s'accordent²²⁷⁴. La prise de conscience progressive des limites de la planification – découlant notamment de l'impossibilité de prévoir précisément l'évolution future²²⁷⁵ – conduit à devoir considérer plus modestement le processus comme un outil d'intégration progressive et itérative d'une évolution en train d'émerger et non pas comme un instrument permettant de diriger délibérément, de manière directrice et centralisée, une évolution vers les buts visés (*planification émergente* et décentralisée *vs planification délibérée*, directrice et centralisée)²²⁷⁶.

²²⁷² La définition est reprise de MINTZBERG (1994), p. 28. Sur la distinction entre plans-programmes et plans territoriaux, cf. FLÜCKIGER (1996, *Le régime juridique des plans*), p. 14 ss et 21 ss. Sur une proposition de systématique juridique de la planification, cf. MOOR/POLTIER (2011), ch. 4.4.

²²⁷³ FLÜCKIGER (1996, *Le régime juridique des plans*), ch. 1.1.2.1.

²²⁷⁴ FLÜCKIGER (1996, *Le régime juridique des plans*), ch. 1.1 et 7.1.3.1.

²²⁷⁵ Nous reviendrons plus loin sur ce point, cf. ci-dessous ch. 3.5.3.

²²⁷⁶ Sur la notion de planification émergente ; cf. Alexandre FLÜCKIGER, « Management territorial et droit < postmoderne > : la planification < émergente > », in : Decoutère/Ruegg/Joye (éd.), *Le management territorial : pour une prise en compte des territoires dans la nouvelle gestion publique*, Lausanne, 1996, p. 254 ss. On se fonde sur la notion de stratégie émergente proposée par MINTZBERG (1994), p. 39 ss et 359.

On trouve de multiples exemples de plans-programmes dans tous les domaines étatiques²²⁷⁷ : planification politique²²⁷⁸, financière et budgétaire, urbanistique, environnementale, universitaire, militaire, hospitalière et de santé²²⁷⁹, en matière de discrimination²²⁸⁰, etc.

Le *plan territorial* est une représentation particulière d'un territoire ou d'une entité territorialisée, généralement sous forme graphique (carte)²²⁸¹. On en distingue deux types : i) les plans délimitant le champ d'application d'une réglementation ou renvoyant à un statut posé par la loi et ii) les plans décrivant une situation de fait territorialisée.

Dans le premier cas de figure, le plan délimite des zones afin de circonscrire le *champ d'application* de normes spécifiques à celles-ci²²⁸² ou de renvoyer une entité territoriale, un objet déterminable spatialement ou une personne localisable géographiquement à un *statut* défini par la loi²²⁸³. Le plan est ici une manière de représenter graphiquement une série de champs d'application de normes, souvent en matière de constructions.

Dans le second cas, le plan décrit une *situation de fait territorialisée*, par exemple les immissions de bruit consignées dans des cadastres de bruit²²⁸⁴, sans toutefois directement délimiter le champ d'application de normes spécifiques ou renvoyer à un statut juridique précis.

²²⁷⁷ Cf. FLÜCKIGER (1996, *Le régime juridique des plans*), p. 475 ss pour le droit suisse fédéral. En droit *canadien*, cf. ISSALYS (2000), p. 226 ss (énoncés de politique, programmes).

²²⁷⁸ Cf. ci-dessus ch. 2.2.2.

²²⁷⁹ Cf. par exemple la *Stratégie suisse de nutrition*, la *Stratégie Chaîne agroalimentaire*, la *Stratégie Santé animale en Suisse* ou la *Stratégie Antibiorésistance* (StAR) (www.blv.admin.ch > L'OSAV > Stratégies).

²²⁸⁰ Cf. par exemple en matière de lutte contre les discrimination liées au sexe et au genre : canton de Zoug (plan de mesure pour favoriser l'égalité des sexes, Tribunal fédéral, arrêt 1C_504/2016 du 19 octobre 2017, c. 2.2 et 2.3) ; canton de Genève (plan d'action pour promouvoir l'égalité entre femmes et hommes au sein de l'administration cantonale, concrétisé par la signature de la charte suisse de la diversité en entreprise [cf. ci-dessus ch. 3.3.3.2g] ainsi que l'adoption d'un règlement pour l'égalité et la prévention des discriminations en raison du sexe, de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre, (Conseil d'Etat, Point presse du 13 septembre 2017 et du 11 novembre 2015).

²²⁸¹ FLÜCKIGER (1996, *Le régime juridique des plans*), ch. 1.1.3.1.

²²⁸² Exemple de plan : territoire au voisinage d'une installation nucléaire divisé en *zones de danger* (art. 3 et annexe 2 de l'ordonnance sur la protection d'urgence [OPU], RS 732.33). Exemple de norme applicable : en cas d'accident, les cantons ayant des communes en zone de danger 1 et 2 doivent alarmer la population (art. 13 let. b OPU).

²²⁸³ Par exemple à celui de « monument historique ». Ce cas de figure rejoint le précédent puisque l'entité, l'objet ou la personne visés par le plan seront soumis à des normes spécifiques en fonction de leur localisation sur le plan.

²²⁸⁴ Art. 37 de l'ordonnance sur la protection contre le bruit (OPB, RS 814.41).

3.5.2.3 *Fonction et forme des plans*

Les différents plans se rejoignent sur un point quant à leur fonction principale : celle de *coordonner* en un tout *cohérent* un ensemble d'entités diverses ou de mesures hétérogènes relevant de compétences éclatées²²⁸⁵. Les plans-programmes ont clairement une fonction de *direction*, de *gestion*, de *rationalisation*, de *prévisibilité* et de *contrôle*. Cette fonction de guidage est utilisée d'un point de vue légistique pour orienter les compétences discrétionnaires des autorités lorsque la loi laisse une liberté d'appréciation à l'autorité ou qu'elle contient des notions juridiques imprécises ainsi que des dispositions finalisées.

De telles caractéristiques les rendent particulièrement désirables aux yeux de toute autorité, en particulier lorsqu'il s'agit de conduire la société vers un but précis alors que le contexte est imprévisible, mouvant, complexe et non contrôlable. Or la planification est un mode de gestion caractérisé par une attention particulièrement portée sur le contrôle, la surveillance et l'évaluation comme le souligne Henry MINTZBERG :

« Le thème qui apparaît peut-être le plus clairement dans la littérature sur la planification est son obsession du contrôle : contrôle des décisions et des stratégies, du présent et du futur, des pensées et des actions, des exécutants et des cadres, des marchés et des consommateurs. »²²⁸⁶

La hauteur des attentes que les plans suscitent sur ce point se mesurera au gouffre des déceptions qu'ils vont générer, précisément dans des contextes imprévisibles et difficilement contrôlables. La planification risque de ne donner qu'une maîtrise apparente de la réalité. Elle court le danger de n'être qu'« une façade destinée à impressionner l'extérieur »²²⁸⁷, « un média destiné à montrer que, nonobstant les caprices de la réalité, celle-ci peut être comprise, donnant ainsi l'illusion d'être dominée au lieu d'être subie. »²²⁸⁸ Le plan devient un piège, car la réduction de l'incertitude est artificielle dans ce contexte. Le problème est intensifié par le fait que la plupart des gens surestiment leurs propres capacités à façonner l'avenir, sous-estimant systématiquement les ressources et le temps nécessaire à atteindre un objectif. Le *biais d'optimisme* qui affecte nos comportements serait à l'origine de nos erreurs de planification (« planning fallacy »)²²⁸⁹.

²²⁸⁵ En détail sur les fonctions des plans, cf. FLÜCKIGER (1996, *Le régime juridique des plans*), ch. 1.2.

²²⁸⁶ MINTZBERG (1994), p. 211, ainsi que p. 118, 123, 208 et 354 ss.

²²⁸⁷ MINTZBERG (1994), p. 226.

²²⁸⁸ FLÜCKIGER (1996, *Le régime juridique des plans*), ch. 1.2.1.1 n° 1 *i.f.*

²²⁸⁹ Daniel KAHNEMAN/Amos TVERSKY, « Intuitive prediction: Biases and corrective procedures », in : *TIMS Studies in Management Science*, 12, 1979, p. 313 ss.

Les plans sont susceptibles de revêtir les *formes* les plus diverses, y compris celle de la loi (loi-plan; « Plangesetz »)²²⁹⁰ – à l'exemple du plan Marshall²²⁹¹ – voire celle de la Constitution, sans oublier l'ordonnance gouvernementale (législative et administrative), l'accord intercantonal ou international, la décision et divers actes de droit souple²²⁹².

Selon une définition extensive, on pourrait considérer que *toutes les législations modernes* comprenant, dans une perspective légistique, de multiples mesures destinées à atteindre un objectif pour résoudre un problème de société et soumises à un processus d'évaluation et de rétroaction, sont semblables à des actes de planification²²⁹³ (et peut-être même les plus anciennes : le philosophe et juriste Pierre CHARRON, ami de Montaigne, expliquait en 1601 que « la plupart des législateurs font des plans de gouvernements, qui sont inexécutables, dont l'essai serait quelquefois dangereux. »)²²⁹⁴

On peut faire un pas de plus et reconnaître la *Constitution* elle-même comme un plan-programme : Jean-Jacques ROUSSEAU ne débute-t-il en avant-propos de son *Projet de constitution pour la Corse* (1765) par la phrase suivante qui exprime les termes de son mandat : « On demande un Plan de Gouvernement bon pour la Corse. »²²⁹⁵ Dans tous les cas de figure, les *dispositions programmatiques* peuvent être comprises comme des éléments des plans-programmes.

Un philosophe du droit américain va jusqu'à considérer le *droit* lui-même (« law ») comme une planification : « The main idea behind what I call the « Planning Theory of Law » is that legal activity (i.e., the exercise of legal power) is the activity of social planning. Legal institutions plan for the communities over whom they claim authority, both in the sense of telling their members what they may or may not do, as well as authorizing some of these members to plan for others. Call this idea the « Planning Thesis. » Planning Thesis: Legal activity is an activity of social planning. »²²⁹⁶

²²⁹⁰ Georg MÜLLER, *Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung*, Bâle/Stuttgart, 1979, p. 42 et 155 s. ; FLÜCKIGER (1996, *Le régime juridique des plans*), ch. 1.6.1.1 n° 1 et 5.1.1.1.

²²⁹¹ Loi intitulée « An Act to promote world peace and the general welfare, national interest, and foreign policy of the United States through economic, financial, and other measures necessary to the maintenance of conditions abroad in which free institutions may survive and consistent with the maintenance of the strength and stability of the United States » (Josef KÖLBE, « Pläne im Bundesmaßstab oder auf bundesrechtlicher Grundlage », in : Kaiser (éd.), *Planung I*, Baden-Baden, 1965, p. 93 ss).

²²⁹² On trouvera des illustrations in FLÜCKIGER (1996, *Le régime juridique des plans*), p. 77 ss.

²²⁹³ FLÜCKIGER (1996, *Le régime juridique des plans*), ch. 1.4.4.2, 1.2.1.2 *i. f.* et 5.1.1.1.

²²⁹⁴ Pierre CHARRON, *De la sagesse*, Bordeaux, 1601, [éd. Rapilly, Paris, 1827, T. 1, p. 392 ss].

²²⁹⁵ L'exemple est rapporté in : Jean-François AUBERT, « La Constitution, son contenu, son usage », in : *Revue de droit suisse*, vol. 2, 1991, p. 17.

²²⁹⁶ Scott SHAPIRO, « The Planning Theory of Law », in : *Yale Law School, Public Law Research Paper*, n° 600, 2017, ch. 1.

Les actes de planification peuvent également être *privés* ou *concertés* (public-privé)²²⁹⁷.

Ils peuvent revêtir une nature *contractuelle* à l'exemple de planifications urbanistiques en partenariat public-privé ou des mandats de prestation dans le contexte de la nouvelle gestion publique²²⁹⁸.

Le Tribunal fédéral a pu parfois qualifier les *gentlemen's agreements* d'actes de « planification indicative consensuelle »²²⁹⁹.

La loi peut conférer des effets juridiques à des *plans d'équipement privés* si la collectivité n'équipe pas en temps utile les zones à bâtir (art. 19 al. 3 LAT)²³⁰⁰.

3.5.2.4 La diversité des mesures prévues par le plan-programme

a. Introduction

Le grand intérêt légistique du plan-programme découle de sa fonction : la coordination et la planification d'un éventail de mesures diverses, échappant possiblement au champ de compétence du planificateur, soulevant par là d'ailleurs la question de sa légitimité.

On distinguera les mesures immédiates des mesures projetées (ch. 3.5.2.4b) que nous croiserons avec les mesures primaires et auxiliaires (ch. 3.5.2.4c) avant de relever le cas particulier des mesures échappant à la compétence du planificateur (ch. 3.5.2.4d).

Tableau 3-7 – Typologie des mesures des plans-programmes

	Mesures immédiates	Mesures projetées
Mesures primaires	Mesures <i>prises</i>	Mesures <i>à</i> mettre en œuvre
Mesures auxiliaires	Mesures <i>de</i> mise en œuvre <i>prises</i>	Mesures <i>de</i> mise en œuvre <i>à</i> mettre en œuvre

²²⁹⁷ FLÜCKIGER (1996, *Le régime juridique des plans*), ch. 1.6.1.5.

²²⁹⁸ Cf. ci-dessus ch. 3.4.2.3a. Cf. ég. art. 28 al. 1^{bis} Loi sur le Parlement.

²²⁹⁹ ATF 118 Ib 380 à propos de l'accord de 1985 (non publié) passé par l'Office fédéral de la protection de l'environnement sous l'égide de l'organisation faîtière de l'industrie des matières plastiques en vue de la réduction progressive du PVC dans les matériaux d'emballage (ATF 118 Ib 376, p. 376 et 379). Cf. FLÜCKIGER (1996, *Le régime juridique des plans*), ch. 5.3.2.

²³⁰⁰ FLÜCKIGER (1996, *Le régime juridique des plans*), ch. 1.6.1.5 avec d'autres exemples.

b. Les mesures immédiates et les mesures projetées

On distinguera tout d'abord les mesures prévues *immédiatement* par le plan de celles *projetées* par le plan²³⁰¹ :

Les *mesures immédiates* (ou mesures *prises*) sont des mesures contenues dans le plan qui n'ont pas besoin d'être concrétisées dans une procédure parallèle ou ultérieure à celle de la planification pour déployer leurs effets, qui seront identiques à ceux du plan lui-même.

Les *mesures projetées* (ou mesures *à mettre en œuvre*) par le plan sont à concrétiser dans une procédure spécifique parallèle ou ultérieure à celle de la planification. Le plan peut ainsi être au fondement de tous les instruments d'action tant étatiques que privés, sans égard à leur nature, leurs effets ou leurs compétences.

On les qualifie de *mesures projetées d'exécution* lorsqu'elles demandent d'exécuter les mesures projetées. Elles sont typiques de la fonction incitative du plan : celle de susciter un ensemble cohérent de mesures hétérogènes dans un but commun.

On a cependant montré que le plan ne pouvait plus aussi facilement diriger une évolution de manière centralisée et délibérée, devant s'ouvrir aux mesures en émergence (planification émergente)²³⁰². Le plan contiendra dans ce contexte des dispositions qui reprennent des mesures en cours ou qui ont été prévues originellement hors du plan dans l'intention de les coordonner, sans nécessairement en exiger formellement l'exécution. On les qualifiera de *mesures projetées d'intégration directrice*.

c. Les mesures primaires et les mesures auxiliaires

Nous avons vu plus haut que le plan échappait à la dichotomie entre la norme et son application. La particularité du plan est qu'il contient tant des mesures s'adressant directement aux groupes-cibles pour orienter leurs comportements (*mesures primaires*, par analogie à la terminologie de Herbert HART relative à la classification des normes²³⁰³) que des mesures qui viennent seconder les précédentes par des dispositions organisationnelles, de mise en œuvre ou d'évaluation (*mesures secondaires* ou *auxiliaires*²³⁰⁴)²³⁰⁵.

Tant les mesures primaires qu'auxiliaires peuvent être immédiates ou projetées. Les mesures *de* mise en œuvre (mesures auxiliaires) ne doivent en effet pas être confondues avec les mesures *à* mettre en œuvre (mesures projetées). Le plan peut

²³⁰¹ FLÜCKIGER (1996, *Le régime juridique des plans*), ch. 1.6.3.1 et 4.3.1.2.

²³⁰² Cf. ci-dessus ch. 3.5.2.2.

²³⁰³ Cf. ci-dessus ch. 3.2.2.2 vs 3.2.2.3.

²³⁰⁴ Cf. ci-dessus ch. 3.2.2.3 et 3.3.3.1.

²³⁰⁵ FLÜCKIGER (1996, *Le régime juridique des plans*), ch. 4.3.1.1.

en effet prévoir de prendre tant des mesures de mise en œuvre (mesures auxiliaires) que des mesures visant directement à orienter le comportement des groupes-cible (mesures primaires).

d. *Le cas des mesures échappant à la compétence du planificateur : un intérêt pour la légistique multi-niveaux*

Une catégorie de *mesures projetées* particulièrement utiles dans le cadre d'une *légistique multi-niveaux*²³⁰⁶ est celle des *mesures échappant à la compétence du planificateur*²³⁰⁷. Les mesures ressortissant à la compétence des entités fédérées dans un Etat fédéral ou des Etats au sein de l'Union européenne ne sont souvent pas suffisantes pour atteindre les objectifs visés ; des mesures de la compétence d'une autorité parallèle ou supérieure s'imposent alors. Une telle configuration est le corollaire d'un système de planification décentralisé et faiblement hiérarchisé.

La législation et la pratique les ont concrétisées dans les plans sous la forme des mesures suivantes que nous qualifions de *mesures intermédiaires*. Contrairement aux mesures échappant à la compétence du planificateur qui ne peuvent être par définition que projetées, les mesures intermédiaires peuvent être soit *immédiates* (si le planificateur formule la demande dans le plan lui-même), soit *projetées* (si le planificateur prévoit dans le plan de formuler la demande ultérieurement)²³⁰⁸ :

- La *demande* (« Antrag ») est adressée à l'autorité supérieure par le planificateur ou l'autorité de mise en œuvre du plan. Le législateur peut explicitement formaliser une telle technique : « Si le plan [de mesures relatif aux pollutions atmosphériques] prévoit des mesures de la compétence de la Confédération, les cantons présenteront leurs propositions au Conseil fédéral. »²³⁰⁹. L'exigence corrélative de *réponse* se fonde dans un Etat fédéral comme la Suisse sur le principe de la *fidélité confédérale* (art. 44 Cst. féd.) dont la doctrine estime à juste titre qu'il comprend « le devoir de collaboration lors de la planification », doctrine qui relève qu'« à cet égard, les procédures et instruments appropriés sont encore à peine développés »²³¹⁰.
- Le *soutien* est une mesure intermédiaire immédiate dans la plupart des cas. Le planificateur cantonal déclare par exemple soutenir une disposition fédérale. Le soutien peut également être prévu dans un cadre différent, celui d'une procédure de consultation d'un projet de loi fédérale par exemple ; le plan peut ainsi exposer par anticipation les grands traits de la réponse que le canton donnera le jour où la consultation sera organisée. Dans ce cas, la mesure est projetée.

²³⁰⁶ Cf. ci-dessus ch. 1.3.3.1c.

²³⁰⁷ FLÜCKIGER (1996, *Le régime juridique des plans*), ch. 4.3.2.

²³⁰⁸ FLÜCKIGER (1996, *Le régime juridique des plans*), ch. 4.3.2. et 4.3.2.1.

²³⁰⁹ Art. 44a al. 3 de la loi fédérale sur la protection de l'environnement (LPE, RS 814.01).

²³¹⁰ Peter SALADIN, cit. in : FLÜCKIGER (1996, *Le régime juridique des plans*), ch. 4.3.2.1 n° I.2.

- La *discussion avec les organes fédéraux compétents* est une mesure intermédiaire projetée que le plan suscite afin de débattre de la mesure avec les autorités compétentes.
- L'*organisation de la coordination avec les entités voisines et/ou la collectivité supérieure* est un autre exemple de mesure intermédiaire projetée destinée à faire adopter ou modifier des mesures de manière coordonnée. Pour une plus grande efficacité, le plan peut par exemple désigner un organe spécifique chargé de cette tâche.
- Le planificateur peut enfin formuler ses souhaits à l'autorité supérieure sous la forme d'un simple *vœu*.

3.5.2.5 L'effectivité des plans

a. Une diversité des effets normatifs

Aucune unité ne peut être trouvée dans les effets produits par les plans. Certains plans sont obligatoires, parfois uniquement envers les autorités ; d'autres ne le sont pas mais déploient des effets politiques quasi-impératifs²³¹¹.

L'analyse de l'effet de certains plans sur la genèse de la loi met en évidence un phénomène d'*inversion hiérarchique normative* lorsque ceux-ci ont politiquement façonné de manière déterminante une loi²³¹². Cette dernière naît ainsi de ce processus de cristallisation que nous avons décrit plus haut²³¹³.

La situation peut être illustrée par la nouvelle (à l'époque) politique de gestion des déchets, adoptée par le législateur fédéral en 1995, qui ne s'est pas construite sur le modèle pyramidal idéal cher à Kelsen. Les principes d'un plan-programme – les Lignes directrices pour la gestion des déchets en Suisse élaborées en 1986 par une commission fédérale d'experts – ont été concrétisés dans une ordonnance du Conseil fédéral en 1991 pour être finalement ancrés en toute fin du processus dans la loi fédérale sur la protection de l'environnement en 1995. Entre-temps, les législateurs et planificateurs cantonaux avaient déjà anticipé la révision de la loi fédérale en s'appuyant directement sur les lignes directrices. En résumé « [l]a planification de 1986, pourtant non impérative, a créé en une décennie des faits accomplis que le Parlement a finalement entérinés. »²³¹⁴

En réalité, la question de l'effectivité des actes de planification est assez identique à celle des actes non obligatoires que nous avons examinée plus haut²³¹⁵ (les plans peuvent être politiquement impératifs²³¹⁶ ou déployer divers effets de nature

²³¹¹ FLÜCKIGER (1996, *Le régime juridique des plans*), ch. 2.1.2.

²³¹² Cf. ci-dessus ch. 3.1.2.1.

²³¹³ Cf. ci-dessus ch. 3.3.4.2.

²³¹⁴ FLÜCKIGER (1996, *Le régime juridique des plans*), ch. 4.1.2.2 *i.f.* et 5.1.1.1.

²³¹⁵ Cf. ci-dessus ch. 3.3.5.

²³¹⁶ Exemples in FLÜCKIGER (1996, *Le régime juridique des plans*), ch. 2.1.5.2.

juridique selon que la loi, le contrat ou le juge le prévoit²³¹⁷), avec toutefois une différence résultant de leur caractéristique de coordination qui implique de devoir analyser la question soit du point de vue du plan dans son ensemble, soit de celui de chacune des diverses mesures prévues :

« La question des effets que peuvent avoir le plan dans son ensemble et/ou les différentes mesures incluses dans la planification, et de l'autorité compétente pour en décider, se pose différemment : la réponse ne découle pas de la compétence à planifier, mais des exigences de base légale propres à ces effets. Il faudra donc analyser le droit applicable, soit au plan dans son ensemble (la loi pouvant lui conférer directement force contraignante), soit à chacune des mesures prévues, afin de déterminer l'effet que l'ordre juridique permet de faire découler des dispositions d'un acte de planification. »²³¹⁸

Même si la loi prévoit un effet juridique global pour un plan, il faut nuancer l'effet obligatoire des plans-programmes en fonction de chaque composant-type (dispositions directrices et normes-programmes, éléments analytiques rétrospectifs et prospectifs, mesures immédiates et projetées, mesures d'organisation et de mise en œuvre, mécanisme d'évaluation de la planification)²³¹⁹.

b. Les techniques légistiques d'attribution d'impérativité aux plans

D'un point de vue légistique, on examinera les différentes *techniques légistiques* conférant à un plan son impérativité : les *clauses législatives d'impérativité*²³²⁰, c'est-à-dire les dispositions prévues dans la loi qui attribuent des effets juridiques aux plans (règles de *reconnaissance* au sens hartien²³²¹) par les techniques de *renvoi* et de *délégation* que nous avons examinées plus haut²³²². On distinguera les clauses directes des indirectes.

Les clauses d'impérativité directe – L'impérativité est *directe* lorsque la clause attribue directement au plan l'effet juridique voulu de manière globale.

Exemple :

- la loi précise que le plan X a force obligatoire envers les autorités dans toutes leurs mesures d'urbanisme.

²³¹⁷ FLÜCKIGER (1996, *Le régime juridique des plans*), ch. 2 ; MOOR/POLTIER (2011), ch. 4.4.1.2.

²³¹⁸ MOOR/POLTIER (2011), p. 585.

²³¹⁹ FLÜCKIGER (1996, *Le régime juridique des plans*), ch. 2.2.1.1 n° IV.1.

²³²⁰ FLÜCKIGER (1996, *Le régime juridique des plans*), ch. 2.1.3.

²³²¹ Cf. ci-dessus ch. 3.2.2.3.

²³²² Cf. ci-dessus ch. 3.4.4.4. cf. ég. ch. 3.3.5.3b pour les clauses semi-obligatoires et ch. 3.3.5.3c pour les clauses obligatoires.

Les *clauses d'impérativité indirecte* – L'impérativité est *indirecte* lorsque la clause vise un cas d'espèce (souvent une décision) qu'il s'agit d'intégrer dans le contexte d'une planification. La loi, dans ce cas, ne confère pas directement un effet juridique au plan comme dans l'hypothèse précédente. Elle érige l'existence, le respect, la conformité ou la prise en considération du plan en condition de délivrance d'une autorisation ou d'obtention d'une prestation. La personne requérante sera indirectement liée par le plan, à un degré que la clause détermine, par le détour des conditions posées dans la loi à la délivrance de la prestation.

Exemple :

- la loi précise que l'autorité A ne peut subventionner un projet P qu'à la condition que celui-ci soit conforme au plan B (exigence de conformité au plan).

Les clauses d'impérativité, directes ou indirectes, peuvent conférer un effet *obligatoire* ou *appréciatif (semi-obligatoire)* envers les particuliers. On précisera que les clauses à effet *semi-obligatoire* envers les particuliers ont généralement un effet *obligatoire* envers les autorités. De telles clauses obligent au minimum l'autorité à *utiliser* le plan dans la procédure de décision sans que celle-ci soit *tenue de s'y conformer*. Elle peut donc s'en écarter mais à condition de prouver qu'elle en a fait usage comme la clause le prescrit.

La classification des formulations suivantes en termes d'effets juridiques l'est à titre indicatif. Elle est sujette à interprétation, car la formulation utilisée ne permet pas toujours de déterminer sûrement la portée de l'effet²³²³. Il reviendra à l'équipe de rédaction de préciser le cas échéant la portée escomptée dans les travaux préparatoires et aux autorités administratives ou judiciaires de trancher la question. Il n'est donc pas exclu qu'une même formulation puisse selon le contexte être comprise comme ayant tantôt un effet obligatoire, tantôt un effet appréciatif. On est confronté à la même problématique pour les clauses de *renvoi aux normes privées* qui fonctionnent selon le même schéma²³²⁴.

²³²³ Cf. par exemple en droit français de l'urbanisme la distinction entre « compatibilité » et « conformité » : le premier terme tolère un écart avec la norme de référence alors que le second exige une adéquation parfaite (CONSEIL D'ÉTAT/SECÉTARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT, *Guide de légistique*, 3^e éd. mise à jour, Paris 2017, p. 297).

²³²⁴ Cf. ci-dessus ch. 3.4.4.4b.II.

Tableau 3-8 – *Clauses d'impérativité directe (actes de planification)*²³²⁵

	Effet obligatoire	Effet semi-obligatoire
Clauses directes	Attribution générale d'une force obligatoire - le plan a force obligatoire (pour les autorités et/ou les particuliers) - le plan est contraignant (pour les autorités et/ou les particuliers) - le plan lie (pour les autorités et/ou les particuliers) - les mesures prévues par le plan doivent être mises en œuvre (dans un délai X) - formulation de sanctions pénales ou administratives en cas de violation du plan	Attribution générale d'un effet appréciatif - le plan sert de base/ de critère de décision (pour les mesures prises en application de la loi) - le plan sert de référence/ d'instrument de travail pour les autorités
	Renvoi à un statut ou aux effets d'un autre instrument - le plan vaut loi - le plan a valeur de décision	Renvoi à un statut ou aux effets d'un autre instrument - le plan a valeur de recommandation

Tableau 3-9 – *Clauses d'impérativité indirecte (actes de planification)*

	Effet obligatoire	Effet semi-obligatoire
Clauses indirectes	Exigence de <i>conformité</i> au plan L'autorisation/la prestation/la subvention est délivrée : - conformément au plan/si elle est conforme au plan/en conformité avec le plan - si elle concorde avec le plan - comme le plan l'exige - selon/d'après le plan - en vertu/du fait du plan - si le plan prouve le besoin L'autorisation/la prestation/la subvention n'est pas délivrée si elle : - ne répond pas/ne correspond pas au plan - va à l'encontre du plan - compromet le plan - met en cause le plan	Exigence d'utiliser le plan comme <i>base de décision</i> L'autorisation/la prestation/la subvention est délivrée : - sur la base/dans le cadre/à la lumière/dans l'optique/si elle s'inspire/en fonction du plan - si elle est en harmonie/compatible/coordonnée avec le plan - si elle tient compte/découle/entre dans les objectifs du plan - si elle est proposée par le plan - si elle se fonde sur le plan - si le plan est pris en considération Le plan : - sert à délivrer l'autorisation/la prestation/la subvention - est utilisé/contient les indications nécessaires aux autorités pour délivrer l'autorisation/la prestation/la subvention
	Exigence de <i>mention</i> dans le plan L'autorisation/la prestation/la subvention est délivrée si elle : - est mentionnée/contenue/prévue/indiquée/désignée/localisée dans le plan - figure/s'intègre dans le plan - fait partie/est partie intégrante du plan	Exigence de <i>motiver les dérogations</i> au plan L'autorité : - justifie/fonde/explique les dérogation/écarts au plan/les projets non prévus par le plan
		Exigence de <i>l'existence</i> formelle d'un plan L'autorisation/la prestation/la subvention est délivrée à la condition que : - le plan existe - le plan soit achevé/approuvé - l'autorisation/la prestation/la subvention soit planifiée - le plan soit présenté/joint à la demande d'autorisation/de prestation/de subvention

²³²⁵ Les exemples suivants sont tirés du droit fédéral et, parfois, cantonal (réf. cit. in : FLÜCKIGER [1996, *Le régime juridique des plans*], ch. 2.2 et 2.3).

3.5.3 Les études d'impact

Les *études d'impact* sont des actes de coordination. Leur fonction est d'aider à prendre une décision complexe par l'identification des impacts possibles de celle-ci en proposant de manière coordonnée différentes mesures possibles pour en minimiser ou corriger les effets négatifs éventuellement repérés. S'il n'est pas exclu de les considérer comme des actes de gouvernance, certaines études d'impact sont devenues de véritables actes de planification complets, à l'instar de l'analyse d'impact de la réglementation en droit de l'Union européenne.

Exemples :

- L'*étude d'impact sur l'environnement* doit être menée lorsqu'un projet de planification ou de construction risque d'affecter sensiblement l'environnement au point que le respect de la loi exigera de prendre différentes mesures spécifiques au projet ou au site²³²⁶.
- L'*analyse d'impact relative à la protection des données personnelles* doit être conduite lorsqu'un traitement comporte un risque élevé d'affecter les droits fondamentaux des personnes concernées. Elle prévoit des mesures de protection permettant de faire face à ce risque et de respecter les exigences légales²³²⁷.
- L'*analyse d'impact de la réglementation* peut être comprise comme un plan-programme selon l'étendue qu'on veut bien lui conférer : lorsque, à l'instar de la pratique dans l'Union européenne, elle est l'instrument incarnant la démarche complète de la légistique matérielle, elle doit être considérée comme un véritable acte de planification²³²⁸. Si elle se limite en revanche à un domaine spécifique, par exemple les impacts en matière *économique* ou d'*égalité des sexes* et les mesures à coordonner pour respecter le principe²³²⁹, l'analyse d'impact est un simple acte de coordination.

3.5.4 Les actes de gouvernance

3.5.4.1 Introduction

Les *actes de gouvernance* ont spécifiquement pour fonction de coordonner des acteurs, des groupes sociaux et des institutions en vue d'atteindre des objectifs définis et discutés collectivement, comme nous l'avons vu plus haut²³³⁰. Ils sont nés dans le contexte de la mondialisation et de la perte de pouvoir corrélatrice des Etats-nations en concurrence avec des acteurs privés de plus en

²³²⁶ Cf. en droit fédéral art. 10a ss de la loi fédérale sur la protection de l'environnement (LPE, RS 814.01).

²³²⁷ Cf. art. 20 nLPE (projet, FF 2017 6676). En droit de l'Union européenne, cf. art. 35 du règlement général sur la protection des données du 27 avril 2016.

²³²⁸ Cf. ci-dessus ch. 2.2.3.1.

²³²⁹ Cf. ci-dessus ch. 4.3.

²³³⁰ Cf. ci-dessus ch. 3.5.1.

plus influents. Ils sont les instruments phares d'une légistique multi-niveaux mêlant acteurs et instruments tant publics que privés, obligatoires et souples, internationaux et locaux.

Certains auteurs, sceptiques face à cette évolution en rapport avec la lutte contre le réchauffement climatique, qualifient ce phénomène de « gouvernance incantatoire » en en discernant les trois caractéristiques suivantes : « passage d'une gouvernance productrice de régulations de type *command and control* qui s'imposeraient aux États, à ce qu'on pourrait appeler une *gouvernance incantatoire*, qui se fonde sur un triptyque : des objectifs ambitieux et globaux présentés comme consensuels ; des instruments souples et néo-managériaux pour les atteindre ; et un récit enchanteur pour mobiliser l'ensemble de la « communauté internationale » »²³³¹.

La « *nouvelle méthode communautaire* » telle que synthétisée par Arnaud VAN WAEYENBERGE²³³² fait à notre sens largement appel à ce type d'outils²³³³. Elle présente selon cet auteur les trois traits caractéristiques suivants :

- un renforcement de la place des acteurs privés et de la société civile au détriment du parlement et du juge ;
- une utilisation abondante d'instruments incitatifs et coopératifs ;
- une pénalité non judiciaire mais un contrôle par la transparence et une sanction par l'image résultant de systèmes d'indicateurs, de comparaison, de notation et de classement (« benchmarking » et « ranking »)²³³⁴.

Ce procédé conduit à la création de *plateformes d'échange multi-instrumentales, multi-niveaux* et *multi-acteurs* fonctionnant plutôt par émulation réciproque sur un fondement de transparence.

3.5.4.2 Les illustrations

a. Introduction

L'exemple archétypique des actes de gouvernance est à notre sens la *méthode ouverte de coordination* (ch. 3.5.4.2b). L'*approche intégrée* ou

²³³¹ AYKUT (2017).

²³³² VAN WAEYENBERGE (2015), *passim*.

²³³³ Sur la gouvernance dans l'Union européenne et ses limites en termes de réalisation, cf. DAWSON (2018), p. 106 ss ; ROSITANO (2016), p. 184 ss (réf. cit.). Sur les instruments de nouvelle gouvernance, avec une orientation américaine, cf. l'ouvrage classique de Lester SALAMON (éd.), *The Tools of Government: A Guide to the New Governance*, New York, 2002.

²³³⁴ VAN WAEYENBERGE (2015), p. 291 s.

l'intégration d'une thématique (« mainstreaming », ch. 3.5.4.2c) pourrait en constituer une autre. Ces illustrations ne sont pas exhaustives²³³⁵.

b. La méthode ouverte de coordination

La *méthode ouverte de coordination* (MOC) de l'Union européenne (UE) est une « technique de production normative » adoptée lors du Conseil européen de Lisbonne (2000) visant à encourager la convergence entre États membres des réglementations qui relèvent de leur compétence tels que l'emploi, la protection sociale, l'inclusion sociale, l'éducation, la jeunesse et la formation professionnelle²³³⁶. Elle relève du droit souple, car elle ne « débouche pas sur des mesures législatives contraignantes européennes » et « n'exige pas que les pays de l'UE introduisent de nouvelles lois ou modifient leurs lois »²³³⁷.

Elle se fonde sur les trois piliers suivants²³³⁸ qui s'organisent en différents cycles répétitifs d'évaluation et d'apprentissage jusqu'à obtenir l'effet de convergence voulu²³³⁹ :

- identification et définition en commun d'objectifs à remplir, adoptés par le Conseil ;
- instruments de mesure définis en commun tels que des statistiques, des indicateurs et des lignes directrices ;
- la comparaison des performances des pays de l'UE et l'échange des meilleures pratiques (« best practices » et « benchmarking »), sous la surveillance de la Commission.

Cette méthode est clairement un « outil de gouvernance »²³⁴⁰. Elle ressemble à s'y méprendre à un *processus de planification itérative souple* dont elle reprend à notre avis tous les éléments caractéristiques. Elle a en effet trouvé sa première expression dans la *Stratégie européenne pour l'emploi* datant de 1997²³⁴¹, reprise aujourd'hui dans la *Stratégie Europe 2020*, qui est le programme de l'Union européenne en faveur de la croissance et de l'emploi²³⁴². Comme toute planification, elle fait appel à de nombreux instruments. Elle se distingue en l'espèce par un accent spécialement porté sur les actes de droit souple tels que des communications, des recommandations, des avis, des lignes directrices ou des

²³³⁵ Cf. les références dans la section précédente relatives à la « nouvelle méthode communautaire ».

²³³⁶ VAN WAEYENBERGE (2015), p. 64 s. (réf. cit.).

²³³⁷ eur-lex.europa.eu > Accès au droit de l'Union européenne > Synthèses de la législation de l'UE > Glossaire des synthèses > Méthode ouverte de coordination.

²³³⁸ *Ibidem*.

²³³⁹ VAN WAEYENBERGE (2015), p. 68.

²³⁴⁰ VAN WAEYENBERGE (2015), p. 64.

²³⁴¹ VAN WAEYENBERGE (2015), p. 64.

²³⁴² OFFICE DES PUBLICATIONS DE L'UNION EUROPÉENNE, *Europe 2020 : une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive*, Bruxelles, 2010 (COM [2010] 2020 final).

plans d'action²³⁴³. Son originalité porte sur l'instrument de mise en œuvre : un mécanisme de comparaison dont l'effet d'émulation est censé faire progresser les destinataires vers l'atteinte des buts communs (« benchmarking »)²³⁴⁴. Cette comparaison repose sur la définition d'*indicateurs*, destinés à mesurer les performances, et le *rapportage* (échange d'informations ou « reporting »), qui permet d'obtenir les données nécessaires à la comparaison et d'établir une notation (« rating ») et un classement (« ranking ») destiné à mettre une pression mutuelle commune (« peer pressure »)²³⁴⁵. L'effectivité de cet outil de mise en œuvre souple (« soft enforcement ») repose sur le contrôle par la transparence et la sanction par l'image²³⁴⁶.

La méthode ouverte de coordination n'est cependant pas monolithique (on devrait plus précisément parler *des* méthodes ouvertes de coordination), car elle comprend de nombreuses variantes selon les domaines visés qui peuvent être synthétisées schématiquement dans les trois types suivants²³⁴⁷ :

- un simple échange de bonnes pratiques au sein de comités spécifiques ;
- la formulation d'objectifs généraux mis en œuvre dans le cadre d'un « benchmarking » ;
- la formulation d'objectifs, le « benchmarking » suivi par l'échange et la présentation de stratégies et de rapports nationaux avec des recommandations possibles du Conseil.

Si la troisième variante, voire la deuxième, entrent clairement dans la définition de la planification, on peut hésiter sur la qualification de la première. La catégorie d'acte de gouvernance est ici très utile pour appréhender ce type d'outil.

c. L'approche intégrée ou l'intégration (« mainstreaming »)

L'*approche intégrée* ou *l'intégration* d'une thématique (« mainstreaming »)²³⁴⁸, comme l'égalité des sexes ou le genre²³⁴⁹, l'environnement²³⁵⁰ ou

²³⁴³ VAN WAEYENBERGE (2015), p. 71 ss ; Stéphane DE LA ROSA, *La méthode ouverte de coordination dans le système juridique communautaire*, Bruxelles, 2007, p. 294 ss.

²³⁴⁴ VAN WAEYENBERGE (2015), p. 73 ss et 151 ss. Cf. ci-dessus ch. 3.3.3.3f.

²³⁴⁵ VAN WAEYENBERGE (2015), p. 151 s.

²³⁴⁶ VAN WAEYENBERGE (2015), p. 162 ss. Cf. ci-dessous ch. 3.3.5.2d.

²³⁴⁷ VAN WAEYENBERGE (2015), p. 68 s.

²³⁴⁸ Cf. par exemple Charlotte HALPERN/Sophie JACQUOT/Patrick LE GALÈS, « Mainstreaming: a hero of lost causes? Diffusion and transfer of a policy instrument in the European environmental, gender and urban policies », in : *Congrès de l'Association Française de Science Politique, Section 20, Transferts institutionnels et convergences étatiques*, Grenoble, 2009 ; Nicolas EMERIC, *Penser les flux normatifs: essai sur le droit fluide*, Paris, 2018, p. 148 ss.

les droits humains²³⁵¹ peut à notre avis être mieux appréhendée si on la considère comme un acte de gouvernance. Les contours liquides de sa définition²³⁵² s'accordent parfaitement avec la fluidité de la notion d'acte de gouvernance.

Exemples :

- En matière *d'égalité des sexes*, le Conseil de l'Europe propose la définition suivante : « L'approche intégrée consiste en la (ré)organisation, l'amélioration, l'évolution et l'évaluation des processus de prise de décision, aux fins d'incorporer la perspective de l'égalité entre les femmes et les hommes dans tous les domaines et à tous les niveaux, par les acteurs généralement impliqués dans la mise en place des politiques. »²³⁵³
- En matière *environnementale*, elle peut être définie comme « the incorporation of environmental objectives into all stages of policy-making in non-environmental policy sectors, with a specific recognition of this goal as a guiding principle for the planning and execution of policy »²³⁵⁴.

Dans ses grands traits, l'approche intégrée est une méthode visant à diffuser et à implanter les objectifs d'une politique publique spécifique de manière transversale dans l'ensemble des autres politiques publiques et à toutes les étapes de celles-ci (de leur conception à l'évaluation de leur mise en œuvre). Elle fait

²³⁴⁹ CONSEIL DE L'EUROPE, *L'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes : Cadre conceptuel, méthodologie et présentation des « bonnes pratiques »*, Strasbourg, 2004.

²³⁵⁰ William LAFFERTY/Eivind HOVDEN, « Environmental policy integration: towards an analytical framework », in : *Environmental Politics*, vol. 12(3), 2003, p. 1 ss.

²³⁵¹ Cf. la résolution de l'Assemblée générale de l'ONU lors du Sommet mondial de 2005 (A/RES/60/1) par laquelle elle demande « d'intégrer la promotion et la protection des droits de l'homme aux politiques nationales et de favoriser une intégration plus complète des droits de l'homme aux activités menées dans tout le système des Nations Unies » (« integrate the promotion and protection of human rights into national policies and to support the further mainstreaming of human rights. ») (ch. 126). Plus concrètement le *Mécanisme d'intégration des droits de l'homme* (« Human Rights Mainstreaming Mechanism » [UNDG-HRM]) du Groupe des Nations Unies pour le développement (GNUD) a pour objectif d'« institutionnaliser l'intégration des droits de l'homme dans les travaux des Nations Unies dans le domaine du développement. » (GROUPE DES NATIONS UNIES POUR LE DÉVELOPPEMENT, *Intégrer les droits de l'homme dans le développement : recueil de pratiques du terrain*, New York, 2013, p. 54).

²³⁵² Pour une synthèse critique des diverses tentatives de définition, cf. CONSEIL DE L'EUROPE (2004), p. 12 s.

²³⁵³ CONSEIL DE L'EUROPE (2004), p. 13.

²³⁵⁴ LAFFERTY/HOVDEN (2003), p. 9. La Déclaration finale de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement de Stockholm de 1972 prévoyait déjà ce concept : « Afin de rationaliser la gestion des ressources et ainsi d'améliorer l'environnement, les Etats devraient adopter une conception intégrée et coordonnée de leur planification du développement, de façon que leur développement soit compatible avec la nécessité de protéger et d'améliorer l'environnement dans l'intérêt de leur population. » (principe 13).

appel à tous les acteurs concernés émanant tant de la sphère publique que de la société civile et à de multiples instruments, notamment analytiques, planificateurs, informationnels et éducatifs. Cette approche est d'ordinaire mise en œuvre par une combinaison de moyens souples et d'incitations peu puissantes si bien que les résultats obtenus sont très *mitigés* :

« mainstreaming is usually implemented using soft and persuasive policy instruments, such as the training of officials, internal guidelines, the appointment of officials with < mainstreaming responsibilities > (often weakly defined), the creation of meeting groups (often low-profile and with weakly structured agendas), and soft communications intended for policy actors involved in implementation. [...]. This mixture of soft policy and weak incentives has proven a challenge in terms of implementation, and is surely in large part responsible for the patchy success of the longer standing mainstreaming agendas. »²³⁵⁵

3.5.4.3 *Les actes de gouvernance : des actes de planification émergente ?*

Les actes de gouvernance forment une constellation encore difficile à cartographier précisément. Ce constat découle directement du fait que la notion même de gouvernance « n'est pas une notion claire »²³⁵⁶. Ces actes sont dans les faits assez *proches des actes de planification* – non pas dans l'ancienne conception directrice et centralisée de ceux-ci, mais dans leur perspective émergente, décentralisée, réticulaire, souple, itérative et participative²³⁵⁷. Devrions-nous dès lors réserver le terme d'acte de planification à la première conception et celui d'acte de gouvernance à la seconde ?

Exemples :

- Un exemple de la difficulté de tracer la limite est illustrée par le *Pacte mondial* (« Global Compact ») des Nations Unies, lancé en 1999 au Forum de Davos, auquel les entreprises et les organisations non gouvernementales peuvent adhérer volontairement. Le but est d'inciter progressivement et de manière non directrice à traduire dans les faits la *responsabilité sociétale des entreprises* (RSE)²³⁵⁸. Les entreprises ayant souscrit au Pacte mondial doivent progresser dans la mise en œuvre de ses dix principes dans le domaine des droits humains, des droits internationaux du travail, de la protection de l'environnement et de la lutte contre la corruption. Elles ont en outre l'obligation formelle de remettre un rapport annuel (communication sur le progrès [« Communication on Progress », COP]) exposant les progrès réalisés et peuvent utiliser un label à certaines conditions (logo Global Compact). Structuré autour d'une stratégie, basé sur des objectifs, instaurant un mécanisme de mise en

²³⁵⁵ Stijn SMISMANS/Rachel MINTO, « Are integrated impact assessments the way forward for mainstreaming in the European Union? », in : *Regulation & Governance*, 2017, p. 233.

²³⁵⁶ ROSITANO (2016), p. 188.

²³⁵⁷ Sur cette évolution de la planification, cf. ci-dessus ch. 3.5.2.2.

²³⁵⁸ NERI-CASTRACANE (2016), p. 370 ss.

œuvre et d'évaluation, ce projet peut être également analysé comme une planification souple, émergente et réticulaire dont il reprend les éléments-types.

- Le Pacte mondial s'inscrit lui-même dans un autre processus fondé clairement sur un acte de planification : les *Objectifs du développement durable (ODD)* (« Sustainable Development Goals »), adoptés en 2015 par les Nations Unies, qui fixent 17 objectifs et 169 cibles dans les secteurs sociaux, économiques, environnementaux et sanitaires²³⁵⁹. Ces objectifs sont mis en œuvre dans un plan-programme : le *Programme de développement durable à l'horizon 2030*²³⁶⁰. Ils s'inscrivent dans le prolongement des objectifs du *Millénaire pour le développement* (« Millenium Goals »)²³⁶¹, visant « à réaliser ce que ceux-ci n'ont pas permis de faire. »²³⁶² Un « cadre de suivi et d'examen solide, volontaire, efficace, participatif, transparent et intégré » est prévu pour permettre de « procéder à un suivi et un examen systématiques de la mise en œuvre du Programme au cours des quinze prochaines années »²³⁶³. La mise en œuvre des objectifs sera évaluée sur la base d'indicateurs mondiaux et régionaux²³⁶⁴. Non seulement les Etats mais également les *organismes de normalisation privés* prétendent contribuer à l'atteinte de ces objectifs²³⁶⁵.
- Le terme anglais de « compact », à la place de « pact », utilisé pour désigner des actes de gouvernance, semble essaimer à l'instar du *Global compact for safe, orderly and regular migration* (« Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières »)²³⁶⁶ ou du *Global compact on refugees* (« Pacte mondial sur les réfugiés »), actes de droit souple faisant suite à la Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants²³⁶⁷. Selon la doctrine, l'origine de cette substitution est une allusion au Global Compact des Nations Unies, signalant ainsi la même intention de gouvernance en réseau, souple, multi-acteurs et publique-privée : « It may be that

²³⁵⁹ un.org/fr > Objectifs de développement durable.

²³⁶⁰ ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030*, Résolution finale A/RES/70/1 du 25 septembre 2015.

²³⁶¹ un.org/fr > Notre action > Promouvoir le développement durable > Objectifs du Millénaire pour le développement.

²³⁶² ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES (*Transformer notre monde*), § 16.

²³⁶³ *Ibidem*, § 72.

²³⁶⁴ *Ibidem*, § 75.

²³⁶⁵ Cf. la position de l'ISO ci-dessus ch. 3.4.3.2b.

²³⁶⁶ ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Projet de document final de la Conférence de Marrakech des 10 et 11 décembre 2018* (A/CONF.231/3). L'Assemblée générale a approuvé le 19 décembre 2018 par 152 Etats pour, 5 contre (États-Unis, Hongrie, Israël, Pologne et République Tchèque) et 12 abstentions une résolution par laquelle elle « fait sien » ledit pacte (A/73/L.66). Sur les propositions de soumettre en Suisse l'adhésion à ce pacte à l'*approbation parlementaire* préalable, voire au peuple, cf. ci-dessus note de bas de page 1898. Sur la crise qui s'ensuivit en Belgique, cf. ci-dessus ch. 3.3.5.1. Sur le mécanisme de *suivi de la mise en œuvre*, avec notamment l'information mutuelle sur les meilleures pratiques, cf. ci-dessus ch. 3.3.5.2d, p. 315.

²³⁶⁷ HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, *Vers l'élaboration d'un Pacte mondial sur les réfugiés: Feuille de route*, Genève, 17 mai 2017.

using the word ‘compact’ rather than pact signals an intention to bring this sort of networked governance to bear on migration. »²³⁶⁸

- L’*approche intégrée* (« mainstreaming ») est d’abord mise en œuvre par diverses planifications ainsi que par des études d’impact²³⁶⁹, brouillant également les pistes et montrant la perméabilité conceptuelle des catégories que nous proposons.
- La lutte contre le réchauffement climatique illustre également la difficulté « taxinomique », cette fois-ci avec un traité, car l’*Accord de Paris sur le climat* présente certaines caractéristiques clefs d’un acte de gouvernance (normes souples²³⁷⁰, mécanismes de transparence et de réputation par une pression des pairs et de la société civile à titre de mécanisme de contrôle et de sanction²³⁷¹). Ce constat ne remet toutefois à notre avis pas en cause le concept même d’acte de gouvernance, car, de manière analogue aux actes de planification qui peuvent s’habiller de multiples formes²³⁷², les actes de gouvernance peuvent revêtir des costumes encore plus fluides et mouvants.

3.5.4.4 La légitimité et l’efficacité des actes de gouvernance

La double question de la légitimité et de l’efficacité des actes de gouvernance se pose en des termes analogues à celle qui se rapporte aux instruments non obligatoires plus généralement²³⁷³. Les actes de gouvernance sont utilisés là où les instruments contraignants sont voués à l’échec par impuissance ou exclus par défaut de compétence. Leur efficacité, qui n’est souvent pas palpable à court terme, fait l’objet d’interprétations diverses. La nostalgie envers des mesures fortes et des instruments plus contraignants se fait sentir auprès des partisans d’un changement rapide qui n’y voient aucune efficacité concrète, et l’espoir d’une transformation à long terme par une action symbolique sur les consciences rassure les réalistes, conscients de l’inéluctable inertie des rapports de force géopolitiques²³⁷⁴.

²³⁶⁸ Thomas GAMMELTOFT-HANSEN et al., *What is a Compact? Migrants’ Rights and State Responsibilities Regarding the Design of the UN Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, RWI Working Paper, 2017, p. 12.

²³⁶⁹ Cf. la thèse selon laquelle il conviendrait de considérer plus sérieusement l’étude d’impact intégrée (« integrated impact assessment ») comme un outil effectif de « mainstreaming », même si les auteurs concluent qu’il ne s’agit pas d’une panacée (SMISMANS/MINTO [2017], p. 231 ss).

²³⁷⁰ Cf. ci-dessus ch. 3.3.5.3b *i.f.*

²³⁷¹ Arnaud VAN WAEYENBERGE, « Lutter contre le réchauffement climatique : le cas des marchés du carbone », in : Bricteux/Frydman (dir.), *Les défis du droit global*, Bruxelles, 2018, p. 128.

²³⁷² Cf. ci-dessus ch. 3.5.2.1 et 3.5.2.2, et FLÜCKIGER (1996, *Le régime juridique des plans*) ch. 1.6.3.4.

²³⁷³ Cf. ci-dessus ch. 3.3.6, respectivement 3.3.5.

²³⁷⁴ Cf. AYKUT (2017), cit. ci-dessus ch. 3.1.2.1.

Ces instruments parient en effet sur une *efficacité d'ordre symbolique*²³⁷⁵ dans l'espoir d'instiller progressivement les nouveaux modèles à atteindre au niveau des représentations et des consciences avant de les inscrire dans les comportements effectifs, car « la dimension narrative et symbolique fait partie intégrante de la nouvelle gouvernance »²³⁷⁶.

Cet effet symbolique peut selon les cas de figure se transformer en *effet réel*, posant la question de la légitimité des actes de gouvernance.

Après avoir examiné ces nouveaux instruments dans différentes politiques publiques européennes (emploi, eau, comptabilité, climat et produits chimiques), Arnaud VAN WAEYENBERGE conclut à leur efficacité : il faut « admettre que ces instruments d'action publique, bien que n'empruntant pas les standards de la production normative, produisent des effets juridiques et que les destinataires les emploient et suivent leurs prescrits. »²³⁷⁷ La question est cependant discutée²³⁷⁸.

Le débat qu'a suscité l'adoption du *Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières*²³⁷⁹ est probablement l'expression d'une crainte diffuse auprès des opposants que l'effet symbolique d'un engagement non juridiquement obligatoire est capable de générer à terme des effets réels.

Faut-il alors formaliser ces actes, renforcer la participation des parlements, ouvrir le contrôle judiciaire ou favoriser des modes alternatifs tels que la médiation ?²³⁸⁰ Comme pour les instruments non obligatoires en général²³⁸¹, la réponse est à trouver dans un équilibre entre un bon degré de souplesse qui puisse garantir leur efficacité et une formalisation qui, si elle est excessive, neutraliserait leurs effets.

²³⁷⁵ Sur l'efficacité symbolique, cf. ci-dessus ch. 2.1.2.1c.

²³⁷⁶ AYKUT (2017).

²³⁷⁷ VAN WAEYENBERGE (2015), p. 274.

²³⁷⁸ Cf. DAWSON (2018), p. 106 et 112, qui rapporte un bilan mitigé de la méthode ouverte de coordination notamment.

²³⁷⁹ Cf. ci-dessus ch. 3.5.4.3.

²³⁸⁰ En faveur d'un contrôle juridictionnel accru de la part de la Cour de justice de l'Union européenne de ces nouveaux instruments juridiques, cf. VAN WAEYENBERGE (2015), p. 275 ss. Sur le renforcement de la légitimité des actes non obligatoires en général, cf. ci-dessus note de bas de page 1898.

²³⁸¹ Cf. ci-dessus ch. 3.3.6.2.

3.6 Les instruments matériels

3.6.1 Introduction

Derniers éléments de notre panorama, les instruments matériels nous font quitter le monde des normes pour celui des faits. Nous en proposerons une définition et exposerons la typologie (ch. 3.6.2) avant de nous concentrer sur la part d'entre eux la plus profitable légistiquement, les actes matériels de mise en œuvre proprement dits (ch. 3.6.3). Ces derniers contribuent en effet à renforcer l'impact de l'ensemble des instruments d'action lorsqu'on les regroupe en diverses architectures de mise en œuvre (ch. 3.6.4).

3.6.2 Définition et typologie

Les *actes matériels* (actes réels en allemand [« Realakte »]) forment une catégorie résiduelle, celle des *actes non juridiques*. Ainsi définis de manière *négative*, leur existence témoigne de la conception dichotomique de la normativité : un acte est juridique ou ne l'est pas²³⁸². De manière *positive*, leur définition est souvent donnée en rapport avec leur but qui est, essentiellement, celui de modifier un état de fait ou de susciter un effet de fait²³⁸³. Nous rajoutons ici à dessein l'adverbe « essentiellement » pour bien préciser que les actes matériels peuvent, selon le contexte, contribuer à modifier des actes juridiques ou produire des effets de nature juridique, engendrés souvent de manière secondaire²³⁸⁴.

Lorsque par certaines techniques légistiques, en particulier celles des renvois à caractère obligatoire²³⁸⁵, les actes initialement non juridiques prennent la nature de règles de droit, ces derniers perdent leur nature d'acte matériel.

Les juristes distinguent en droit public deux catégories principales d'actes matériels selon leur *contenu*. Celui-ci peut être soit *déclaratif*, communiquant une norme souple à son destinataire par des signes (généralement un texte ou un discours), soit *matériel* au sens d'une activité de fait, réelle, concrète, palpable et

²³⁸² Cf. ci-dessus ch. 3.3.5.1.

²³⁸³ Alexandre FLÜCKIGER, *L'extension du contrôle juridictionnel des activités de l'administration : un examen généralisé des actes matériels sur le modèle allemand*, Berne, 1998, p. 5 s. (droit suisse et droit allemand) ; MOOR/POLTIER (2011), p. 28.

²³⁸⁴ Cf. FLÜCKIGER (2004), p. 183. Cette précision permet nous semble-t-il de rendre sans objet la dispute sur la définition du terme *recommandation* soulevée par le Tribunal fédéral et relevée par Valérie DÉFAGO GAUDIN (cf. ci-dessus note de bas de page 1871).

²³⁸⁵ Cf. ci-dessus Tableau 3-5 – Clauses d'impérativité en cas de corégulation (délégation et reprise), p. 366.

tangible. Nous qualifions les premiers d'*actes non obligatoires de déclaration*²³⁸⁶ (actes à contenu informatif²³⁸⁷ ou *actes matériels au sens large*).

Ce sont les instruments non obligatoires que nous avons examinés dans les chapitres précédents (normes souples [C, D, G et H panorama²³⁸⁸] et actes de coordination souples [O et P panorama]) (cf. ch. III Tableau 3-10 – Typologie des actes matériels selon leur visée comportementale).

Les seconds sont les *actes matériels proprement dits* (« Tathandlungen », « tatsächliche Verrichtungen », activités matérielles, actes matériels au sens étroit²³⁸⁹).

Dès que l'on aborde la question de leur classification, on rencontre dans la doctrine juridique une diversité taxinomique probablement aussi grande que celle qui règne chez les politologues chargés de catégoriser les instruments d'action de l'Etat²³⁹⁰. Les typologies les plus prometteuses *en droit* sont celles desquelles il est possible de tirer des conséquences *en droit*. Aussi fait-il sens, en droit administratif par exemple, de tenter de regrouper les actes matériels selon les relations que ceux-ci entretiennent avec la figure de la décision ou celle du règlement afin de préciser le régime contentieux et les exigences procédurales à respecter le cas échéant²³⁹¹.

Dans une *perspective légistique* en revanche, la finalité de concevoir des normes susceptibles d'être effectivement mises en œuvre et de produire un impact optimal domine, s'agissant de la légistique matérielle et, en légistique formelle, celle de rédiger les clauses législatives éventuellement exigées par le principe de la légalité. Les trois critères suivants nous semblent ainsi déterminants :

- la capacité d'un acte à *modifier le comportement* des destinataires ;
- le *degré de contrainte effectif* sur ces comportements ;

²³⁸⁶ FLÜCKIGER (2004), p. 184 et 189 ss.

²³⁸⁷ MOOR/POLTIER (2011), p. 28.

²³⁸⁸ Cf. ci-dessus ch. 3.3.3 et ch. 3.1.4 Tableau 3-1 – Panorama des instruments d'action de l'Etat, p. 253. En droit administratif helvétique, ces actes sont qualifiés d'actes matériels (par exemple une campagne d'information, ATF 144 II 233).

²³⁸⁹ MOOR/POLTIER (2011), p. 28 ; FLÜCKIGER (2004), p. 183.

²³⁹⁰ Cf. ci-dessus ch. 3.1.4.

²³⁹¹ Cf. par exemple MOOR/POLTIER (2011), p. 28 ss : actes matériels en relation fonctionnelle avec une décision/nécessitant une procédure préalable/au sens propre. Pour une analyse minutieuse dans ce sens, cf. Daniela THURNHERR, *Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandlungen: Die verfassungsrechtlichen Mindestgarantien prozeduraler Gerechtigkeit unter den Bedingungen der Diversität administrativer Handlungsmodalitäten*, Zurich/Saint-Gall, 2013, p. 453 ss et 567 ss ; Markus MÜLLER, « Rechtsschutz gegen Verwaltungsrealakte », in : *Berner Tage für die juristische Praxis (BTJP)* 2006, Berne, 2007, p. 313 ss.

- le rapport au *principe de la légalité* afin de déterminer dans quelle mesure le législateur doit ancrer l'acte dans ses textes.

De ce point de vue, l'examen des actes matériels visant principalement à influencer le comportement des destinataires (*actes matériels à visée comportementale*) pour *mettre en œuvre* une loi ou une politique publique nous paraît plus fructueux que l'étude de ceux qui sont privés de visée comportementale. Ils font appel à une caractéristique souvent inexprimée, mais à la réflexion évidente, celle des choses et des techniques de posséder des propriétés politiques :

« In controversies about technology and society, there is no idea more provocative than the notion that technical things have political qualities. At issue is the claim that the machines, structures, and systems of modern material culture can be accurately judged not only for their contributions of efficiency and productivity, not merely for their positive and negative environmental side effects, but also for the ways in which they can embody specific forms of power and authority. »²³⁹²

On soulignera sur ce dernier point que tant les actes matériels au sens large qu'au sens étroit peuvent tout aussi bien être dépourvus d'une telle visée (*actes matériels sans visée comportementale* [cf. quadrants II et IV Tableau 3-10]). Nous les laisserons de côté, même si la délimitation n'est pas aussi tranchée qu'il y paraît de prime abord comme nous l'expliquerons ci-après.

Tableau 3-10 – Typologie des actes matériels selon leur visée comportementale

Acte matériel	à visée comportementale	sans visée comportementale
proprement dit	I) actes matériels – proprement dits – de mise en œuvre d'une norme sous-jacente explicite ou implicite (ch. 3.6.3)	II) entretien des rues ; fournitures de bureau
au sens large	III) normes souples (C, D, G et H panorama) ; actes de coordination souples (O et P panorama)	IV) informations simples ; simples renseignements

Exemples :

- Les *informations simples* ou de *simples renseignements*²³⁹³ donnés par les autorités (cf. quadrant IV du tableau) illustrent la famille des actes matériels au sens large sans visée comportementale. Lorsqu'un étudiant ou une étudiante s'informe sur le nombre de crédits académiques nécessaire pour obtenir un diplôme précis, la réponse de l'autorité universitaire l'influencera certainement dans le choix de ses futures études. La visée n'est cependant pas analogue à celle d'une campagne de sensibilisation des filles aux études techniques par exemple²³⁹⁴. Un tel acte provoque bien un *effet* comportemental mais sans que cette conséquence soit délibérément *visée* et utilisée à cette fin. En revanche si cet effet est intentionnel, on tombe dans le genre des énoncés

²³⁹² Langdon WINNER, « Do Artifacts Have Politics? », in : *Daedalus*, vol. 109, n° 1, janvier 1980, p. 121 ss.

²³⁹³ Sur les renseignements incitateurs, cf. ci-dessus ch. 3.3.3.2h.

²³⁹⁴ Cf. FLÜCKIGER (2004), p. 204.

informatifs qui visent sciemment à orienter le comportement des groupes cibles (description incitatrice)²³⁹⁵.

- La problématique est analogue avec l'utilisation à des fins comportementales du *comportement modèle des autorités*²³⁹⁶ ou avec la création d'*architectures de mise en œuvre*²³⁹⁷. Certains éléments urbains peuvent en effet avoir été délibérément disposés de sorte à provoquer un comportement déterminé, de même que l'éclairage ou l'entretien des rues (cf. quadrant II du tableau ci-dessus) ont un effet sur l'inclusion ou l'exclusion des femmes sur le domaine public (urbanisme comportemental)²³⁹⁸.

Quant à l'aspect de mise en œuvre, nous mettrons dans la suite de ce chapitre l'accent sur les *instruments matériels de mise en œuvre proprement dits* puisque nous avons amplement analysé plus haut les instruments de mise en œuvre souples normatifs et de coordination.

3.6.3 Les actes matériels de mise en œuvre proprement dits

3.6.3.1 Introduction

Les actes matériels de mise en œuvre proprement dits sont des actes concrets qui ont une visée comportementale. Ils aspirent à modifier le comportement de leurs destinataires en produisant essentiellement une influence de fait. La norme sous-jacente qu'ils concrétisent peut être explicitement rappelée ou en découler implicitement et revêtir un habit obligatoire ou souple (ch. 3.6.3.2). Le degré de contrainte exercé par l'acte peut varier, mettant en évidence la différence entre les effets obligatoires et ceux contraignants de fait (ch. 3.6.3.3).

3.6.3.2 La mise en œuvre d'une norme sous-jacente explicite ou implicite, obligatoire ou souple

Les actes matériels de mise en œuvre sont les outils d'exécution concrète d'une *norme sous-jacente*. Celle-ci est *explicite* lorsque l'acte matériel exécute expressément une norme (virement bancaire sur la base d'une décision de subvention ; exécution forcée en cas d'inaction telle que l'exécution par substitution ou la contrainte directe sur la base d'un titre juridique précis). Elle est en revanche *implicite* si elle n'apparaît que de manière *tacite*, sans être ni formalisée, ni explicitée. Dans ce cas, l'acte matériel non seulement communique implicitement le message normatif dissimulé mais *auto-exécute* en quelque sorte la norme qu'il a pour ainsi dire incorporée.

²³⁹⁵ Cf. ci-dessus ch. 3.3.3.3b.

²³⁹⁶ Cf. ci-dessus ch. 3.3.3.3i.

²³⁹⁷ Cf. ci-dessous ch. 3.6.4.

²³⁹⁸ Cf. ci-dessous ch. 3.6.4.2.

Une norme limitant la vitesse se cache ainsi derrière l'aménagement d'un seuil de ralentissement sur la chaussée ou le port obligatoire de la ceinture de sécurité derrière le dispositif empêchant le démarrage du véhicule si celle-ci n'est pas attachée.

On retrouve ce même schéma derrière la figure de la *décision informelle* en droit administratif. L'acte matériel incorpore une décision à l'instar des actes d'exécution forcée immédiate tels que les signes des agents de la circulation par exemple²³⁹⁹. On aperçoit également ce mécanisme derrière de nombreuses *recommandations implicites*²⁴⁰⁰ telles que la remise d'un prix, l'instauration d'un label, la publication d'un classement, la fourniture d'appareils pour lutter contre une addiction ou la pose d'une plaque commémorative par exemple. Ces actes non seulement rappellent implicitement une recommandation mais contribuent à leur mise en œuvre mieux qu'une simple forme déclaratoire. Il en va de même des « nudges » qui sont des procédés psychologiques de soutien à la mise en œuvre doublement implicites puisque la méthode psychologique vise l'inconscient des destinataires²⁴⁰¹.

Ces exemples montrent que la norme sous-jacente peut être *obligatoire* ou *souple*. Elle est obligatoire dans l'exemple de la décision informelle ou des « gendarmes couchés » (seuils de ralentissement sur la chaussée). Elle est souple dans celui des recommandations implicites. Les actes mettant en œuvre une norme obligatoire ne sont donc pas nécessairement contraignants de fait et vice-versa.

3.6.3.3 L'acte contraignant de fait vs l'acte obligatoire

L'acte matériel nous offre l'occasion de préciser la différence entre l'acte contraignant (de fait) et l'acte obligatoire. Le terme allemand utilisé pour traduire l'acte matériel permet d'en saisir intuitivement l'esprit : l'acte *réel* (« Realakt ») montre par opposition la part foncièrement *virtuelle* de l'acte juridique. La règle n'est en effet qu'un félin de papier : un chat d'appartement qui a besoin de griffes s'il veut devenir tigre du Bengale. Différencier l'obligation de la contrainte de fait, c'est opposer le « devoir faire » au « pouvoir faire », opposer la norme à la contrainte disciplinaire ou sécuritaire, opposer la liberté de

²³⁹⁹ MOOR/POLTIER (2011), p. 30 et 181, citent encore l'exemple des actes concludants et des prestations considérées comme décisions si l'administré les accepte. Sur l'exemple, l'article 67 de l'ordonnance sur la signalisation routière (OSR, RS 741.21) définissant l'obligation pour les usagers de la route « de se conformer aux signes et instructions donnés » est une règle concrétisant la notion de « force obligatoire des signes et instructions » mise en exergue en note marginale de l'article précité. On peut dire que la décision est notifiée de manière matérielle.

²⁴⁰⁰ Cf. ci-dessus ch. 3.3.3.3c.

²⁴⁰¹ Cf. ci-dessous ch. 3.6.4.3a.

l'individu de violer la règle sous condition qu'il en accepte les conséquences à la contrainte réelle sur la personne qui prive d'office celle-ci de toute liberté²⁴⁰².

Même contraignants de fait, les actes matériels proprement dits ne revêtent pas un caractère obligatoire, hormis l'hypothèse de la décision informelle. Il ne faut en effet pas confondre la norme implicite qu'ils incorporent, qui peut être obligatoire, avec la force de coercition – variable certes – qu'ils présentent, relevant de la nécessité des faits.

L'exemple d'un acte matériel particulièrement contraignant à l'instar d'un mur en béton l'illustre : « Si une interdiction de passer est remplacée par un muret en béton, l'automobiliste devra *nécessairement* contourner l'obstacle. Si seule une interdiction de circuler est apposée, l'automobiliste devra *obligatoirement* changer de direction, c'est-à-dire qu'il conservera toujours la liberté de violer la règle en prenant le risque des conséquences juridiques qui en résultent, alors que cette liberté est plus limitée, voire lui échappe totalement dans l'hypothèse de l'acte matériel. »²⁴⁰³

On précisera que la force coercitive des faits est susceptible de *gradation* (cf. la distinction dans la section suivante entre les *actes matériels souples* et les *actes matériels contraignants*).

La confusion entre nécessité et obligation est pourtant fréquente²⁴⁰⁴. La loi ne cesse en effet *d'intégrer la possibilité de sa propre transgression* rappelle Alain PAPAUX²⁴⁰⁵. Pour François OST et Michel van de KERCHOVE, les règles font le pari de la liberté en s'offrant au libre arbitre des individus, contrairement aux pratiques disciplinaires qui exercent une contrainte corporelle directe :

« Le registre normatif (la loi juridique, éthique, religieuse) s'adresse à l'homme en tant qu'être doué de raison et de libre arbitre, capable donc de déterminer sa conduite en conscience et librement, et susceptible, à ce titre, autant d'obéissance que de désobéissance. Régler la conduite humaine par des règles est donc faire le pari (ou prendre le risque) de la liberté. Cette option, qui est notamment celle des démocraties, est cependant parfois écartée au profit de politiques dites « sécuritaires » ou de pratiques « disciplinaires » qui exercent une contrainte directe sur les corps. »²⁴⁰⁶

²⁴⁰² Cf. ci-dessous ch. 5.2.1.

²⁴⁰³ FLÜCKIGER (2004), p. 184.

²⁴⁰⁴ Cf. LALANDE (1993), sous l'entrée « obligation ».

²⁴⁰⁵ Et contrairement aux lois scientifiques, cf. sur ce développement Alain PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, Bruxelles, 2006, p. 146 ss ; OST (2016), p. 282 ss. Cf. ég. DE SUTTER (2018) cit. en introduction ci-dessus p. IX.

²⁴⁰⁶ OST/VAN DE KERCHOVE (2002), p. 367 ; OST (2016), p. 298 ss.

Fort perspicace, Charles-Albert MORAND a proposé de renverser la formule d'AUSTIN « quand dire c'est faire » en « quand faire c'est dire »²⁴⁰⁷, montrant dans l'acte matériel l'intention normative illocutoire de celui qui l'accomplit²⁴⁰⁸. De manière clairvoyante, François OST et Jacques LENOBLE en anticipaient l'essor en 1980 déjà :

« Déclin de la juridicité dont il nous est déjà présentement fourni les premiers signes, au droit succédant d'autres modèles de contrôle social plus efficaces, plus individualisés, plus contraignants. D'autres mythologies se mettent alors en place, infiniment plus difficiles à questionner que celles du bien commun, de la volonté générale et du législateur rationnel mises à l'honneur par les révolutionnaires français de 1789. Mais laissons là ces anticipations. »²⁴⁰⁹

3.6.3.4 *Un degré de contrainte graduel : la force exécutoire des actes matériels en rapport avec la force normative des normes sous-jacentes*

Le degré de contrainte des actes matériels de mise en œuvre proprement dits – c'est-à-dire leur *force exécutoire* – est variable. La contrainte sur le comportement est la plus radicale lorsque l'acte matériel est un acte physique ou technique comme nous l'illustrerons plus bas²⁴¹⁰. On trouve là un parallèle avec la *force normative*²⁴¹¹, graduelle elle aussi, comme nous l'avons montré plus haut²⁴¹².

Rappelons qu'impérative la force normative devient force obligatoire alors que la force exécutoire devient force contraignante de fait²⁴¹³.

Ce constat conduit à deux doubles dimensions (acte matériel de mise en œuvre proprement dit et sa norme sous-jacente/ degré de contrainte de fait et d'obligatorité) dont la matrice suivante illustre la combinaison en croisant les degrés de contrainte des actes matériels avec les degrés d'obligatorité des normes. Ce tableau est bien évidemment réducteur puisque tant les degrés de contrainte que d'obligatorité sont à placer sur une *échelle de gradation*, témoin d'une réalité plus bigarrée.

²⁴⁰⁷ MORAND (*Le droit néo-moderne*), p. 176 s.

²⁴⁰⁸ MORAND (*Le droit néo-moderne*), p. 176 s.

²⁴⁰⁹ OST/LENOBLE (1980), p. 148.

²⁴¹⁰ Cf. ci-dessous ch. 3.6.4.2.

²⁴¹¹ Sur cette notion, cf. THIBIERGE (2016).

²⁴¹² Cf. ci-dessus ch. 3.3.5.1.

²⁴¹³ Cf. ci-dessus ch. 3.1.4, note de bas de page 1455.

Tableau 3-11 – Typologie des degrés de contrainte des actes matériels de mise en œuvre proprement dits en rapport avec les degrés d'obligatorité des normes sous-jacentes

acte matériel norme sous-jacente	souple	contraignant
obligatoire	I) Mise en œuvre souple d'une norme obligatoire, implicite ou explicite	II) Mise en œuvre contraignante d'une norme obligatoire, implicite ou explicite
souple	III) Mise en œuvre souple d'une norme souple, implicite ou explicite	IV) Mise en œuvre contraignante d'une norme souple, implicite ou explicite

Les trois premiers quadrants ne posent pas de problème particulier en termes de *légitimité* des instruments d'action pour autant qu'ils respectent les principes de l'Etat de droit, en particulier celui de la légalité comme nous le verrons²⁴¹⁴.

- I. Exemple de mise en œuvre souple d'une norme obligatoire : incitation des contribuables par des procédés psychologiques à s'acquitter dans les délais de leurs obligations fiscales²⁴¹⁵.
- II. Exemple de mise en œuvre contraignante d'une norme obligatoire : décision informelle ou éthylo-mètre bloquant le démarrage d'un véhicule en cas d'alcoolémie excessive de son chauffeur²⁴¹⁶.
- III. Exemple de mise en œuvre souple d'une norme souple : emplacement facilement accessible des mets sains dans une cafétéria en libre-service pour inciter à respecter la recommandation de manger une portion quotidienne suffisante de fruits et légumes²⁴¹⁷.

La dernière hypothèse est potentiellement la plus problématique. Mettre en œuvre de manière coercitive par un acte de pur fait une simple recommandation (IV) revient à conférer à cette dernière une nature impérative.

- IV. La mesure est plus ou moins problématique selon les configurations. Une illustration est celle du mobilier urbain aménagé pour dissuader les sans-abri de stationner sur le domaine public (par exemple des piques)²⁴¹⁸ dans les cas de figure où aucune interdiction en ce sens n'est statuée. Une autre, moins discutable, est celle du dispositif d'enclenchement automatique des phares à une époque où l'enclenchement des feux diurnes des véhicules ne faisait que l'objet d'une recommandation²⁴¹⁹.

²⁴¹⁴ Cf. ci-dessous ch. 3.6.4.2 *i.f.* et 3.6.4.3a *i.f.*

²⁴¹⁵ Cf. ci-dessus ch. 3.3.3.3b, p. 286.

²⁴¹⁶ Cf. ci-dessous ch. 3.6.4.2, p. 422.

²⁴¹⁷ Cf. ci-dessous ch. 3.6.4.3, p. 428.

²⁴¹⁸ Cf. ci-dessous ch. 3.6.4.2, p. 422.

²⁴¹⁹ Cf. ci-dessus ch. 3.3.2.2b, p. 274.

Enfin, comme les autres instruments d'action, les actes matériels peuvent être décidés *unilatéralement* par les autorités étatiques – qu'il s'agisse d'actes *contraignants de fait* (contrainte directe sur les personnes et les biens dans l'exécution forcée [= I panorama²⁴²⁰]) ou *souples* (motifs géométriques sur la chaussée incitant, par illusion d'optique, à ralentir [= K panorama]) – ou être prévus dans des actes *coopératifs* tant *contraignants de fait* (exemple des normes privées relatives à la « prévention technique » du crime sur la solidité des murets de protection contre l'utilisation malveillante de véhicules²⁴²¹ [= J panorama]) que *souples* (partenariat public-privé pour mettre en œuvre une architecture incitatrice destinée à prévenir la criminalité urbaine²⁴²² [= L panorama]).

3.6.4 La création d'architectures de mise en œuvre au moyen d'actes matériels

3.6.4.1 D'une architecture de contrôle des comportements (mise en œuvre contraignante) à un environnement comportemental incitateur (mise en œuvre souple)

La métaphore architecturale s'impose tout naturellement en présence d'actes aussi tangibles que les instruments matériels. Plusieurs auteurs ont proposé de la filer dans le domaine de la gouvernance. A l'image d'un réseau de rues, d'escaliers, de couloirs, de passages, de ponts, de murets, d'impasses, d'obstacles et autres barrières qui balisent le parcours de tout piéton, elle permet de comprendre que les autorités chargées de l'exécution construisent des cadres guidant concrètement les individus dans leurs choix de comportement. L'acte matériel, « outil physique », relègue à l'arrière-plan la norme juridique, simple « outil mental »²⁴²³.

Jérémy BENTHAM l'avait anticipé dans son *dispositif panoptique* pour la prison ou les maisons des pauvres. Selon Denis BARANGER, « [i]l s'agit de supprimer la médieté, l'écart entre le gouvernant et le gouverné. Il ne consiste pas, du moins pas au premier chef, dans des décisions, ni même à proprement parler dans des actes, mais dans des dispositifs. Pour reprendre le vocabulaire de Montesquieu, Bentham vise toujours à créer

²⁴²⁰ Cf. ci-dessus ch. 3.1.4 Tableau 3-1 – Panorama des instruments d'action de l'Etat, p. 253.

²⁴²¹ Cf. ci-dessous ch. 3.6.4.2.

²⁴²² Cf. FLÜCKIGER (2018), p. 222, se référant à des recommandations du Conseil de l'Europe (par exemple « garantir l'égalité d'usage de l'espace public à toutes les composantes de la population sans distinction d'âge, de sexe, de race ou de handicap, dans le but de favoriser une fréquentation mixte ou équilibrée » [CONSEIL DE L'EUROPE, *La prévention de la criminalité urbaine : Un guide pour les pouvoirs locaux*, Strasbourg, 2002, p. 33]).

²⁴²³ Cf. AMSELEK (1991), p. 145 ss.

une sorte de « disposition des choses » utilitariste. Dans toutes ses applications, le dispositif panoptique est « mécanique par sa source, moral dans son application ». Le panoptique est, selon le mot de Bentham lui-même, avant tout une architecture, une disposition matérielle des choses. »²⁴²⁴

L'influence de fait qu'exercent les actes matériels de mise en œuvre est *graduée* comme nous l'avons montré dans la section précédente, à l'image des normes, qui peuvent être obligatoires ou souples avec un large éventail de nuances intermédiaires. Forte, l'influence établit une véritable *architecture de contrôle des comportements* (« hard implementation » ; mise en œuvre contraignante) ; faible, elle crée un simple *environnement comportemental incitateur* (« soft implementation », mise en œuvre souple)²⁴²⁵. En pratique, une politique publique sera rarement mise en œuvre de manière aussi polarisée, mais selon des degrés nuancés entre ces deux pôles extrêmes.

Tableau 3-12 – Typologie des architectures de mise en œuvre

Acte	impératif	appréciatif
normatif	droit (dur)	droit (souple)
matériel de mise en œuvre	architecture de contrôle des comportements	environnement comportemental incitateur

3.6.4.2 La contrainte physico-technique

Le pouvoir de coercition de fait sur les comportements est le plus élevé lorsque l'instrument matériel est un acte de contrainte *physique* (usage de la force et des choses)²⁴²⁶. L'*exécution dite forcée* permet de contraindre matériellement les destinataires récalcitrants. Elle peut intervenir *rétrospectivement*, afin de forcer celles et ceux qui refusent d'exécuter les obligations qui leur incombent. Elle peut aussi intervenir *préventivement* en empêchant de manière concrète les destinataires d'enfreindre leurs obligations (que l'on pourrait qualifier d'*exécution forcée préventive*).

On retrouve l'*exécution forcée* par la puissance publique :

- en droit *public* (par exemple l'exécution par substitution où l'administration procède elle-même à la place du destinataire de l'obligation ou la contrainte directe sur les personnes ou les biens)²⁴²⁷ ;

²⁴²⁴ BARANGER (2018), p. 248.

²⁴²⁵ Cf. FLÜCKIGER (2018), p. 214 ss.

²⁴²⁶ Cf. ci-dessus ch. 3.6.3.4.

²⁴²⁷ MOOR/POLTIER (2011), p. 112 ss ; KNAPP (1991), p. 336 ss ; DUBEY/ZUFFEREY (2014), p. 772 ss ; TANQUEREL (2018), ch. 1184 ss. Sur l'exécution du droit par des moyens militaires, cf. Uwe KISCHEL /Sebastian GRAF VON KIELMANSEGG, *Rechtsdurchsetzung mit militärischen Mitteln Inlandseinsätze der Armee und Militarisierung der Polizei*, Tübingen, 2018.

- en droit *pénal* (force policière, exécution des peines et mesures)²⁴²⁸ ;
- en droit *privé* (contrainte directe dans le recouvrement des créances)²⁴²⁹.

Exemples de mesures *préventives* :

- construction d'un mur pour empêcher le passage d'une frontière ;
- installation d'un barrage routier ;
- pose de potelets pour empêcher le passage de charriots sur les escaliers mécaniques ;
- aménagement de seuils de ralentissement du trafic (« gendarmes couchés » ; « speed bumps »)²⁴³⁰ ;
- rétrécissement des chaussées pour modérer le trafic ;
- pose de paravents lors des auditions d'orchestre, empêchant physiquement de voir les instrumentistes afin de prévenir le biais de stéréotype de race ou de genre (lutte contre la discrimination *by design*)²⁴³¹ ;
- pose de panneaux vitrés pour empêcher les amoureux de fixer des cadenas sur les barrières des ponts afin d'en prévenir l'effondrement²⁴³² ;
- castration chimique d'un pédophile pour prévenir une récidive.

La contrainte peut être de nature *technique* (usage des technologies et des automatismes à des fins régulatoire [techno-régulation²⁴³³ ; « regulation by design »²⁴³⁴]). Lawrence LESSIG a théorisé cet aspect en 1999 en proposant de recourir à l'architecture technique pour réguler Internet (« architecting for control »²⁴³⁵ ; « code based regulation »²⁴³⁶). Le droit serait désormais dans le code²⁴³⁷.

²⁴²⁸ Art. 123 al. 2 et 3 Cst. féd.

²⁴²⁹ Michel OCHSNER/Benoît ROULIN, « L'usage de la force dans l'exécution forcée », in : *Journal des tribunaux, 2 : Droit civil, poursuite pour dettes et faillites et procédure civile*, vol. 165, n° 1, Lausanne, 2017, p. 86 ss.

²⁴³⁰ Acte matériel requalifié en « décision collective » « wegen ihres objektives Erklärungswertes » (Tribunal administratif de Zurich, arrêt du 2 octobre 1984, *ZBI*, 1985, p. 82 ss) ; Lawrence LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999, p. 252.

²⁴³¹ Iris BOHNET, *What works: gender equality by design*, Cambridge, 2016.

²⁴³² « C'en est fini des « cadenas d'amour » du pont des Arts », in : *Le Monde*, édition du 1^{er} juin 2015.

²⁴³³ Ronald LEENES, « Framing Techno-Regulation: An Exploration of State and Non-State Regulation by Technology », *Legisprudence* 2011, p. 143 ss.

²⁴³⁴ Karen YEUNG, « Towards an Understanding of Regulation by Design », in: Brownsword/Yeung (éd.), *Regulating Technologies: Legal Futures, Regulatory Frames and Technological Fixes*, Portland, 2008, p. 79 ss.

²⁴³⁵ Lawrence LESSIG, *Architecting for Control*, Draft 1.0 (cyber.harvard.edu/works/lessig/camkey.pdf), [s. l.], 2000.

²⁴³⁶ LESSIG (1999), p. 86 ss.

²⁴³⁷ Cf. GARAPON/LASSÈGUE (2018), p. 13, en référence au « Code is Law » de LESSIG.

Exemples :

- mesures techniques de protection de la propriété intellectuelle sur les supports numériques (« digital rights management ») et blocages techniques d'accès aux sites Internet (blocages de réseau)²⁴³⁸ ;
- systèmes de protection structurelle des données personnelles (« privacy by design »)²⁴³⁹ ;
- installation dans les voitures d'un éthylomètre anti-démarrage²⁴⁴⁰ (« Alkohol-Wegfahrsperrren » ; « Ignition Interlock Devices ») ;
- sonnerie de rappel si la ceinture de sécurité n'est pas bouclée ;
- composition automatique par le véhicule du numéro d'urgence européen en cas d'accident (« eCall »)²⁴⁴¹ ;
- dispositif d'arrêt automatique du moteur lorsque le véhicule est à l'arrêt²⁴⁴² ;
- fixation directe à distance de la vitesse par le biais de normes dynamiques personnalisées²⁴⁴³.

Ces mesures d'exécution peuvent aussi relever du *droit privé* à l'instar des contrats dits intelligents (« smart contracts »)²⁴⁴⁴.

Dans de tels contrats²⁴⁴⁵, les décisions d'exécution sont accomplies automatiquement selon les conditions définies lors de la conclusion (exemple de la tour Burj Khalifa à Dubaï, où le propriétaire ferait automatiquement déconnecter l'accès aux ascenseurs pour

²⁴³⁸ UHLMANN Felix/STALDER Beat, « « Unverhältnismässig, weil unwirksam »? Zur Verhältnismässigkeit von Zugangssperren im Internet », in: *sic!*, 2018, p. 366 s. (avec d'autres exemples).

²⁴³⁹ Sur la protection par défaut, cf. ci-dessous ch. 3.6.4.3a.

²⁴⁴⁰ Défini comme un « instrument de mesure qui détermine la concentration massique d'alcool dans l'air expiré afin d'empêcher le démarrage du véhicule qui en est équipé en cas de dépassement de la concentration massique prescrite » (art. 3 let. e et art. 12 ss de l'ordonnance du DFJP sur les instruments de mesure d'alcool dans l'air expiré [OIAA, RS 941.210.4]). Cf. la réflexion de GARAPON/LASSÈGUE (2018), p. 305, relative à l'« ineffectivité endémique » du droit, autour de l'accidentalité du samedi soir.

²⁴⁴¹ Règlement (UE) n° 2015/758 du 29 avril 2015 concernant les exigences en matière de réception par type pour le déploiement du système eCall embarqué fondé sur le service 112.

²⁴⁴² Cf. la réponse du Conseil fédéral du 16 mai 2007 à l'interpellation 07.3248 de Pascale BRUDERER WYSS, « Couper le moteur lorsque la voiture est à l'arrêt. Avantages écologiques et économiques ».

²⁴⁴³ Cf. ci-dessus ch. 3.2.2.4.

²⁴⁴⁴ Andreas FURRER, « Die Einbettung von Smart Contracts in das schweizerische Privatrecht », in : *Anwaltsrevue*, 2018, p. 103 ss ; Jana ESSEBIER/Dominic A. WYSS, « Von der Blockchain zu Smart Contracts », in : *Jusletter*, 24 avril 2017 ; Markus WINKLER, « Einheit oder Harmonie der Rechtsordnung », in : *Revue de droit suisse*, vol. 1, 2017, p. 173 et 181 ss. Une analyse d'impact du DFF mentionne également les « smart contracts » (DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES FINANCES, *Analyse d'impact de la réglementation, modification de l'ordonnance sur les banques (FinTech)*, 5 juillet 2017, p. 6).

²⁴⁴⁵ Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.2b.VI et ci-dessous ch. 5.2.1.

les locataires en demeure de s'acquitter de leurs loyers en retard)²⁴⁴⁶. « Il y a là, mettent en garde Antoine GARAPON et Jean LASSEGUE, une confusion entre formulation et exécution du droit, un pas supplémentaire dans ce qui serait l'émancipation aussi bien du langage que des institutions et de l'Etat : le droit se confondrait avec l'effectivité. [...] Mais ce serait oublier que « tout n'est pas contractuel dans le contrat », comme le rappelle Durkheim. »²⁴⁴⁷ Ces auteurs alertent contre la radicalité de la norme technique numérique²⁴⁴⁸ : « La valeur d'une règle dépend [...] de la capacité de la suspendre, d'y déroger pour des motifs supérieurs d'intérêt général ou de respect des droits fondamentaux. Un droit entièrement déterminant devient inhumain et antipolitique. »²⁴⁴⁹ La lecture de la jurisprudence relative aux différends résultant des mesures d'exécution (des contrats classiques) permet de s'en convaincre²⁴⁵⁰. Tout comme la loi, le contrat, fût-il *smart*, contiendra toujours des lacunes potentielles que ses auteurs n'ont pas pu ou voulu prévoir²⁴⁵¹. La clairvoyance étant de le comprendre, on conclura que l'intelligence de tels contrats est très artificielle...

On retrouve cette contribution directe de l'architecture à la normalisation de nos comportements dès les années 1960 déjà. Des urbanistes et des criminologues ont formalisé l'usage de mesures architecturales et urbanistiques, tant contraignantes qu'incitatives, pour prévenir « techniquement » les comportements déviants dans l'espace public, qu'il s'agisse de criminalité ou de simples incivilités (sous l'appellation de prévention technique du crime, design environnemental ou urbanistique, prévention ou analyse situationnelle²⁴⁵²).

Exemples :

- La prévention technique du crime a fait l'objet depuis 2005 de *normes privées* européennes²⁴⁵³ ; par exemple la norme CEN/TR 14383-8:2009 *Protection des*

²⁴⁴⁶ « Des contrats intelligents qui connectent le digital au réel », in : *Le Temps*, édition du 14 mai 2017.

²⁴⁴⁷ GARAPON/LASSEGUE (2018), p. 162. Cf. ég. p. 145 ss.

²⁴⁴⁸ *Ibidem*, p. 158 ss.

²⁴⁴⁹ *Ibidem*, p. 160.

²⁴⁵⁰ Cf. par exemple réf. citée ci-dessous, note de bas de page 2467.

²⁴⁵¹ Et cela même en toute rationalité, cf. la théorie de l'incomplétude rationnelle ci-dessous ch. 5.2.1.

²⁴⁵² Clarence Ray JEFFERY, *Crime prevention through environmental design*, Beverly Hills, 1971 ; Oscar NEWMAN, *Defensible space: crime prevention through urban design*, New York, 1972 ; Paul Michael COZENS/Greg SAVILLE/David HILLIER, « Crime prevention through environmental design (CPTED): a review and modern bibliography », in : *Property Management*, vol. 23, iss. 5, 2005, p. 328 ss ; Margit AVERDIJ *et al.*, *Prévention de la violence : état actuel du savoir sur l'efficacité des approches*, Berne, 2014, p. 250 ss ; Pierre BERTHELET, *Crimes et châtements dans l'Etat de sécurité : Traité de criminologie politique*, Paris, 2015, p. 239 ss ; Daniel MOECKLI, *Exclusion from Public Space: A Comparative Constitutional Analysis*, Cambridge, 2016, p. 62 ss et 101s. Réf. supplémentaires in FLÜCKIGER (2018), p. 206.

²⁴⁵³ BENBOUZID (2011), p. 223 ss ; Norme CEN/TC 325, *Crime prevention through building, facility and area design (=Prévention de la malveillance – L'urbanisme et la conception des bâtiments)*, 2005-2010.

bâtiments et des sites contre l'utilisation malveillante de véhicules, dont le but est de décrire les conséquences et les risques d'une telle utilisation afin de mieux apprécier les menaces et de réaliser une analyse de sûreté.

- En droit français, la loi d'orientation et de programmation pour la sécurité du 21 janvier 1995 (« loi Pasqua ») a introduit une disposition dans le code de l'urbanisme afin de mener des « études de sécurité publique » dans les projets d'aménagement et de construction²⁴⁵⁴.

Le procédé est en réalité probablement aussi ancien que l'urbanisation elle-même. On en trouve en tous les cas une trace documentée dans le Paris du XIX^e siècle dont la reconstruction plus ouverte des rues devait prévenir les émeutes.

Le préfet HAUSSMANN, responsable des travaux, estimait plutôt qu'il s'agissait d'une « très heureuse conséquence » que d'une cause : « L'exécution des diverses opérations [d'urbanisme] ci-dessus n'exigea pas moins de cinq années, de 1855 à 1859. C'était l'éventrement du Vieux Paris, du quartier des émeutes, des barricades, par une large voie centrale, perçant, de part en part, ce dédale presque impraticable, accostée de communications transversales, dont la continuation devait compléter l'œuvre ainsi commencée. [...] Assurément, l'Empereur, en traçant le boulevard de Strasbourg et son prolongement jusqu'à la Seine et au-delà, n'avait pas plus en vue l'utilité stratégique de ce prolongement, que de tant d'autres grandes voies, comme la Rue de Rivoli, par exemple, dont l'alignement droit ne se prêtait pas à la tactique habituelle des insurrections locales. Mais, s'il n'a pas cherché, par-dessus tout, ce résultat, comme l'Opposition le lui reprochait, on ne peut nier que ce fut la très heureuse conséquence de tous les grands percements conçus par Sa Majesté pour améliorer et pour assainir l'ancienne ville. »²⁴⁵⁵

L'urbanisme illustre comment la contrainte est *graduée* dans ses effets, d'une architecture de strict contrôle à un simple environnement incitateur²⁴⁵⁶.

Mobilier urbain et sans-abri :

- piques à l'avant d'une vitrine (contrainte forte) ;
- chaises accolées au lieu d'un banc plat (contrainte moyenne) ;
- aménagement d'espaces conviviaux pour inciter à y regrouper les sans-abri (contrainte faible).

Prévention de la criminalité, des incivilités ou du harcèlement sexuel :

- parapets en béton pour prévenir une attaque par camion-suicide (contrainte forte) ;
- élargissement des rues pour prévenir les émeutes, plan panoptique pour faciliter leur surveillance (« défensible space ») ou vidéosurveillance (contrainte moyenne) ;
- éclairage des rues (contrainte faible).

²⁴⁵⁴ Réf. supplémentaires in : FLÜCKIGER (2018), p. 207.

²⁴⁵⁵ Georges Eugène HAUSSMANN, *Mémoires du Baron Haussmann*, Paris, 1893, p. 54 s.

²⁴⁵⁶ Illustrations tirées de FLÜCKIGER (2018), p. 221, avec d'autres exemples.

L'autorité publique devient ainsi l'« architecte des choix » des individus (« choice architect ») selon l'expression de Cass SUNSTEIN et de Richard THALER²⁴⁵⁷ :

« The goal of this essay is to develop the same idea for people who create the environments in which we make decisions: choice architects. If you indirectly influence the choice other people make, you have earned the title »²⁴⁵⁸.

Ces auteurs reconnaissent avoir trouvé l'idée chez un *designer*, Donald NORMAN²⁴⁵⁹, qui montre la force potentiellement coercitive du design des choses et les conditions de son effectivité :

« If a forcing function is really desired, it is usually possible to find one, although at some cost for normal behaviour. It is important to think through the implications of that cost – to decide whether people will deliberately disable the forcing function [...] It isn't easy to force unwanted behaviour onto people. And if you are going to use a forcing function, make sure it works right, is reliable, and distinguishes legitimate violations from illegitimate ones. »²⁴⁶⁰

Les autorités sont autorisées à instaurer ces actes de contrainte si elles *respectent les principes du droit public*, en particulier la base légale, l'intérêt public et la proportionnalité²⁴⁶¹. Pourtant la tentation administrative de passer outre par souci d'efficacité est parfois grande²⁴⁶² :

« In addition to efficacy and fairness, regulators are attracted to architecture because it does not necessarily have to pass through a political process. No law needs to be proposed, debated, voted upon, or passed in order to make public stairs narrower so that teenagers do not hang on them (or to add an annoying high pitched sound to environments that only teenagers can hear). »²⁴⁶³

Exemples:

- Des adolescents turbulents ne sauraient être éloignés de certains endroits publics par la *diffusion ciblée d'ultrasons*, audibles uniquement jusqu'à un certain âge. Le

²⁴⁵⁷ Cf. ci-dessous ch. 3.6.4.3a.

²⁴⁵⁸ Richard H. THALER/Cass SUNSTEIN/John P. BALZ, « Choice architecture », in : Shafir (éd.), *The Behavioral Foundations of Public Policy*, Princeton/Oxford, 2013, p. 429.

²⁴⁵⁹ Donald NORMAN, *The Design of Everyday Things*, New York, 2002 (1^{re} parution à New York en 1988 sous le titre *The Psychology of Everyday Things*).

²⁴⁶⁰ NORMAN (2002), p. 132 ss.

²⁴⁶¹ Cf. par analogie ci-dessous ch. 3.6.4.3a *in fine*. Sur les exigences dans l'exécution forcée en droit public, cf. les références ci-dessus aux notes de bas de page 2427 et 2429. Sur la proportionnalité des blocages techniques d'accès aux sites Internet, cf. UHLMANN/STALDER (2018), p. 371, qui mettent en garde contre le blocage excessif («overblocking») où les effets peuvent aller au-delà du but recherché.

²⁴⁶² MOECKLI (2016), p. 102.

²⁴⁶³ Ryan CALO, « Code, Nudge, or Notice? », in : *Iowa Law Review*, vol. 99, n° 2, 2014, p. 781.

Conseil d'Etat du canton de Genève, par exemple, a interdit de tels appareils en raison notamment d'un « traitement discriminatoire à l'égard de la jeunesse. »²⁴⁶⁴

- Ils ne pourraient pas non plus l'être par la *projection de lumière rose* qui met en évidence les boutons d'acné²⁴⁶⁵. La force de contrainte dans ce dernier cas n'est certes pas très importante, mais l'atteinte à la dignité et à l'interdiction de discrimination est patente. On laissera ouverte la question de la diffusion de musique classique sur les quais de gare lorsqu'elle est utilisée à ces mêmes fins...²⁴⁶⁶
- La *coupure*, par les services industriels d'un canton, de l'électricité qui alimente un ascenseur et la chaudière d'un immeuble locatif à la suite de retards de paiement par le locataire est un acte matériel dont la mise en œuvre nécessite une décision préalable et un droit d'être entendu des personnes concernées²⁴⁶⁷.

3.6.4.3 L'influence psycho-comportementale

a. Les incitations comportementales : la création d'environnements comportementaux incitateurs (« nudges »)

Nous avons montré plus haut comment certains auteurs, en particulier Cass SUNSTEIN et Richard THALER, ont proposé, avec succès, d'appliquer au droit et aux politiques publiques les résultats des recherches expérimentales en matière d'économie comportementale démontrant que nos décisions étaient influencées par une série de biais cognitifs. Ces éléments doivent dorénavant être pris en compte dans les analyses d'impact législatives dans l'Union européenne notamment²⁴⁶⁸.

Le concept consiste à instrumentaliser ces failles de notre rationalité avec l'espoir que les autorités puissent dorénavant orienter nos comportements de manière plus performante qu'avec les outils classiques du pouvoir. Il propose des techniques

²⁴⁶⁴ Conseil d'Etat du canton de Genève, Département des institutions, arrêté du 11 mai 2007 concernant la pose d'appareils à ondes répulsives ; Tribunal administratif du canton des Grisons, arrêt du 8 janvier 2008 confirmant l'interdiction de la pose d'appareils à ondes répulsives par un hôtel à Coire.

²⁴⁶⁵ Brigitte AXELRAD, « Le Mosquito, Beethoven et la lumière rose, ou comment chasser les ados... », in : *Science... et pseudo-sciences*, n° 286, Paris, 2009.

²⁴⁶⁶ *Ibidem*.

²⁴⁶⁷ ATF 137 I 120, p. 125 s.

²⁴⁶⁸ « Regulations can be designed in ways that recognise these behavioural traits and de-bias decision makers and promote better decisions (and using less intense measures such as < nudging > behaviour in the desired direction » (COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox*, Bruxelles, 2017, Tool #14 [How to Analyse Problems]). Sur la demande de procéder à une telle analyse d'impact (« cognitive-based regulatory impact assessment ») pour les mesures en matière de lutte contre la corruption, cf. Nicoletta RANGONE, « A behavioural approach to administrative corruption prevention », in : Cerrillo i Martínez/Ponce (éd.), *Preventing Corruption and Promoting Good Government and Public Integrity*, Bruxelles, 2017, p. 75 s.

qui visent la partie inconsciente de nos psychés pour influencer sur nos comportements en amont, de manière préventive en quelque sorte, sans intervention de notre libre arbitre. Ces mécanismes visent à pré-contraindre nos comportements par une manipulation de notre environnement décisionnel²⁴⁶⁹. Les collectivités publiques sont invitées à créer une « architecture du choix » afin de pousser leurs sujets à respecter les politiques publiques qu'elles mettent en place sans contrainte apparente, automatiquement en quelque sorte et donc sans opposition. Il suffirait pour cela de donner des « coups de pouce » aux citoyennes et aux citoyens (« nudges »), incitations d'autant plus légères que leurs destinataires n'en sont pas forcément conscients.

SUNSTEIN et THALER définissent ainsi le « nudge » : « any aspect of the choice architecture that alters people's behaviour in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives »²⁴⁷⁰. Le mécanisme réside dans la conception d'une « architecture du choix » (« choice architecture ») par l'administration publique qui devient l'« architecte du choix » (« choice architect »). Ils recensent six techniques à cet effet : opter par défaut, anticiper les erreurs, établir des repères, rétroagir, restructurer des choix complexes et créer des incitations²⁴⁷¹.

Exemples :

- options par défaut (systèmes de protection des données par défaut sur Internet [*privacy by default*]²⁴⁷², don d'organe par défaut²⁴⁷³, déduction automatique volontaire du salaire de l'impôt sur le revenu²⁴⁷⁴, photocopies en noir et blanc par défaut, cocktails servis par défaut sans paille en plastique) ;
- communication d'une norme sociale (« 98% des skieurs gardent leurs déchets sur eux » ; « 9 contribuables sur 10 paient leurs impôts dans les délais »)²⁴⁷⁵ ;
- repositionnement défavorable des mets trop gras, trop salés et trop sucrés dans une cafétéria en libre-service pour favoriser les nourritures plus saines²⁴⁷⁶ ;

²⁴⁶⁹ FLÜCKIGER (2018), p. 202 s.

²⁴⁷⁰ Richard H. THALER/Cass SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, New Haven/Londres, 2008, p. 6.

²⁴⁷¹ FLÜCKIGER (2018), p. 205. Cf. ég. ZAMIR/TEICHMAN (2018), p. 177 ss.

²⁴⁷² Eoin CAROLAN/Alessandro SPINA, « Behavioural Sciences and EU Data Protection Law: Challenges and Opportunities », in : Alemanno/Sibony (éd.), *Nudge and the Law: A European Perspective*, Oxford/Portland, 2015, p. 161 ss ; Frederik ZUIDERVEEN BORGESIU, « Behavioural Sciences and the Regulation of Privacy on the Internet », in : Alemanno/Sibony (éd.), *Nudge and the Law: A European Perspective*, Oxford/Portland, 2015, p. 179 ss ; FLÜCKIGER (2013), p. 852.

²⁴⁷³ ATF 123 I 112.

²⁴⁷⁴ Sur cette proposition, cf. Marcus VEIT/Alain KAMM/Eva GÜNTHER, *Der freiwillige Direktabzug der Einkommenssteuer im Kanton Basel-Stadt: Ein verhaltensökonomisches Gutachten*, Zurich, 2016. Plus généralement en droit fiscal, cf. ZAMIR/TEICHMAN (2018), p. 465 ss.

²⁴⁷⁵ Cf. ci-dessus ch. 3.3.3.3b (« normes descriptives »).

- autocollants de mouches collés dans les urinoirs pour améliorer la propreté en augmentant la concentration de leurs utilisateurs²⁴⁷⁷ ;
- image d’yeux exposée au-dessus d’une machine à café, de préférence à un poster de fleurs, pour augmenter le rendement de la tirelire destinée au paiement des boissons²⁴⁷⁸ ;
- motifs géométriques créant une illusion d’optique de vitesse incitant à ralentir²⁴⁷⁹, etc.

Même si de nombreux exemples de « nudges » paraissent anecdotiques, il faut à notre avis prendre au sérieux la critique selon laquelle cette technique est l’expression d’une *certaine contrainte* en dépit de ce qu’affirment leurs promoteurs. Selon ces derniers, les individus demeureraient « libres » puisqu’ils ne sont pas « forcés » :

« If choice architects coerce people, they are no longer merely nudging »²⁴⁸⁰.

Pourtant selon Malik BOZZO-REY, Anne BRUNON-ERNST et Arnaud VAN WAEYENBERGE, « le *nudge* n’est pas sans lien avec les enseignements de Michel Foucault sur la biopolitique qui, reprenant le Panoptique de Bentham, met en lumière la recherche de pouvoir et de contrôle social qui se cache derrière ces nouvelles pratiques régulatrices. En particulier, le *nudge* n’est pas exempt de contrainte mais celle-ci s’y exprime différemment. Bien qu’a priori non-contraindantes et laissant toujours formellement le choix aux destinataires de l’utilisation des normes s’appuyant sur les sciences comportementales, on constate que ces pratiques s’imposent peu à peu aux particuliers au point de devenir incontournables. »²⁴⁸¹ L’expérience suivante nous paraît illustrer la critique :

Des chercheurs ont proposé d’utiliser de manière stratégique le *biais d’aversion à la perte*, étudié par KAHNEMAN et TVERSKY²⁴⁸², en changeant la perception de ce qui, objectivement parlant, reste une incitation, mais qui, par ce *nudge*, est dorénavant psychologiquement perçu comme une punition : au lieu d’octroyer comme d’ordinaire en fin d’année une prime salariale optionnelle incitative, la verser d’office en début d’année dans son intégralité à tous les employés et en exiger le remboursement à la fin de l’année

²⁴⁷⁶ THALER/SUNSTEIN (2008), p. 1 s.

²⁴⁷⁷ THALER/SUNSTEIN (2008), p. 3 s.

²⁴⁷⁸ Melissa BATESON/Daniel NETTLE/Gilbert ROBERTS, « Cues of being watched enhance cooperation in a real-world setting », in : *Biology Letters*, vol. 2(3), publié en ligne le 27 juin 2006.

²⁴⁷⁹ THALER/SUNSTEIN (2008), p. 37 ss.

²⁴⁸⁰ Cass SUNSTEIN, « Nudging and Choice Architecture: Ethical Considerations », in : *Yale Journal on Regulation – Harvard John M. Olin Discussion Paper Series*, Discussion Paper n° 809, janvier 2015, N. 92.

²⁴⁸¹ Malik BOZZO-REY/Anne BRUNON-ERNST/Arnaud VAN WAEYENBERGE, « Nudges: Better choices? Introduction », in : *The Tocqueville Review/La revue Tocqueville*, vol. 37, n° 1, 2016, p. 17.

²⁴⁸² Daniel KAHNEMAN/Amos TVERSKY, « Choices, Values, and Frames », in : *American Psychologist*, 39 (4), 1984, p. 341 ss.

en proportion des performances accomplies a démontré un effet sur l'amélioration des prestations²⁴⁸³.

La problématique est désormais exacerbée par les développements technologiques en matière de données personnelles produisant des informations en masse (« Big data »). Les architectes comportementaux s'appuieront dorénavant sur l'analyse de telles données pour produire des *environnements comportementaux incitatifs dynamiques*, et non plus simplement statiques, permettant de modifier les comportements de manière plus intrusive encore en s'adaptant continuellement aux traits des personnes à influencer par le croisement de multiples informations produites de toutes parts en temps réel. La norme qu'un tel environnement met en œuvre présente une nature spécifique : au lieu d'être générale et abstraite, elle devient *personnalisée*, comme on l'a montré²⁴⁸⁴. Du nudge on passe ainsi à l'*hypernudge* :

« unlike the static Nudges popularised by Thaler and Sunstein [...] such as placing the salad in front of the lasagne to encourage healthy eating, Big Data analytic nudges are extremely powerful and potent due to their networked, continuously updated, dynamic and pervasive nature (hence 'hypernudge'). »²⁴⁸⁵

Nous proposons dans ce contexte de traduire « choice architect » par *architecte comportemental* étant donné que le choix est précontraint, et « choice architecture » par *environnement comportemental*. Le terme de « nudge » peut ainsi être facilement traduit par le concept d'*environnement comportemental incitateur* que nous avons montré plus haut, regroupant l'architecture, le design et le contexte psychologique dans lesquels l'individu interagit²⁴⁸⁶. Recourir ainsi à un « nudge » revient à donner la compétence à un *architecte du comportement* de créer un *environnement comportemental incitateur* offrant un contexte propice à l'adoption d'un comportement déterminé sans contrainte apparente²⁴⁸⁷.

Les environnements comportementaux incitateurs, s'ils peuvent être diversement contraignants, ne sont en revanche selon leurs auteurs, par définition, *jamais impératifs*²⁴⁸⁸. Selon SUNSTEIN et THALER, le « nudge » simple (« mere nudge »)

²⁴⁸³ Roland G. FRYER, Jr./Steven D. LEVITT/John LIST/Sally SADOFF, *Enhancing the efficacy of teacher incentives through loss aversion: A field experiment* – NBER Working Paper n° 18237, Cambridge, 2012.

²⁴⁸⁴ Cf. ci-dessus ch. 3.2.2.4.

²⁴⁸⁵ Karen YEUNG, « Hypernudge: Big Data as a Mode of Regulation by Design », in : *Information, Communication & Society*, vol. 20, 2017, p. 118, analysant les « Big Data-driven decision-guidance techniques » (p. 121).

²⁴⁸⁶ FLÜCKIGER (2018), p. 214 ss.

²⁴⁸⁷ FLÜCKIGER (2018), p. 226.

²⁴⁸⁸ Sur la gradation de la force exécutoire des actes matériels, cf. ci-dessus ch. 3.6.3.4.

reste purement incitatif²⁴⁸⁹. C'est plutôt le spectre de la *manipulation* qui hante la théorie des coups de pouce en raison de cette approche sournoise de nos esprits. Anne VAN AAKEN met ainsi *en garde contre une possible dystopie, celle d'un « Brave New World of Nudges »*²⁴⁹⁰, où l'architecte du comportement donnerait en réalité des coups de griffes à notre cerveau, opérant un coup bas en contournant notre libre arbitre²⁴⁹¹. SUNSTEIN et THALER reconnaissent l'existence de « *bad nudges* »²⁴⁹² :

« There is ample room for ethical objections in the case of well-motivated but manipulative interventions, certainly if people have not consented to them; such nudges can undermine autonomy and dignity. It follows that both the concept and the practice of manipulation deserve careful attention. »²⁴⁹³

Exemples :

- Utilisation de la *tromperie* pure et simple (« outright deception ») dans l'exemple de tests auprès de chômeurs dont les résultats sont artificiellement améliorés et qui, par cette ruse, conduisent ces derniers à retrouver plus rapidement un emploi en raison d'une plus grande confiance en eux²⁴⁹⁴.
- Technique du *cadrage* (« framing ») : « 90% sans matière grasse » est connoté plus positivement que « contient 10% de matières grasses ». Ce procédé a été utilisé pour convaincre des femmes de plus de 50 ans de procéder à une mammographie pour un dépistage du cancer du sein²⁴⁹⁵.

²⁴⁸⁹ « A nudge, as we will use the term, is any aspect of the choice architecture that alters people's behavior in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives. To count as a mere nudge, the intervention must be easy and cheap to avoid. » (THALER/SUNSTEIN [2008], p. 6).

²⁴⁹⁰ Anne VAN AAKEN, « Constitutional Limits to Paternalistic Nudging: A Proportionality Assessment », in : Kemmerer/Möllers/Steinbeis/Wagner (éd.), *Choice Architecture in Democracies. Exploring the Legitimacy of Nudging*, Baden-Baden, 2016, p. 195.

²⁴⁹¹ FLÜCKIGER (2018), p. 215 ss.

²⁴⁹² THALER/SUNSTEIN (2008), p. 239 ss.

²⁴⁹³ SUNSTEIN (2015), p. 1 s.

²⁴⁹⁴ Christopher MCCRUDDEN/Jeff KING, « The Dark Side of Nudging: The Ethics, Political Economy, and Law of Libertarian Paternalism », in : Kemmerer *et al.* (éd.), *Choice Architecture in Democracies. Exploring the Legitimacy of Nudging*, Baden-Baden, 2016, p. 117 s.

²⁴⁹⁵ MCCRUDDEN/KING (2016), p. 118 s.

Tous les « nudges » ne sont cependant pas manipulateurs. Ils ne le sont en particulier pas s'ils sont *transparents* et s'ils ne s'adressent pas directement à notre système de pensée intuitif (système 1) mais à notre *raisonnement* (système 2)²⁴⁹⁶.

Exemples :

- Les mesures de *feedback* sur les conséquences de notre comportement²⁴⁹⁷, tel le compteur placé sur un pommeau de douche qui informe sur la quantité d'eau, la température et la quantité d'énergie utilisées pour se doucher²⁴⁹⁸ n'est pas manipulateur, car l'indication est donnée en toute transparence²⁴⁹⁹.
- Il en va de même des *labels d'efficacité énergétique* (« [a] calorie label and an energy efficiency label are not ordinarily counted as forms of manipulation. »²⁵⁰⁰).
- Les *options par défaut* sont admissibles si certaines conditions de transparence (obligation d'information active de la part des autorités) sont remplies. Le Tribunal fédéral l'a précisé en 1997 déjà à propos du don d'organe par défaut que le canton de Genève avait instauré²⁵⁰¹.

On notera toutefois que la transparence ne guérit pas forcément du grief de manipulation. Cass SUNSTEIN est le premier à le reconnaître :

« Does transparency rebut the charge of manipulation? Probably not. If government engages in egregious forms of manipulation, transparency is not a defense. A genuine insult to autonomy and dignity, in the form of a subversion of people's decisionmaking capacities, does not become acceptable merely because people are allowed to know about it. »²⁵⁰²

L'exemple le plus troublant est probablement celui des techniques de manipulation exposées par JOULE et BEAUVOIS selon lesquelles le sentiment même de liberté est une « une élégante technique de manipulation »²⁵⁰³. Les autres procédés de manipulation que ceux-ci évoquent (pied-dans-la-porte, porte-au-nez, amorçage, leurre)²⁵⁰⁴ ne relèvent en revanche pas du même raffinement.

²⁴⁹⁶ JOHN (2018), p. 134, plaçant dans ce sens pour un « nudge plus » appelant plus à la réflexion individuelle (cf. ci-dessous note de bas de page 2512) ; Pelle Guldberg HANSEN/Andreas Maaløe JESPERSEN, « Nudge and the Manipulation of Choice: A Framework for the Responsible Use of the Nudge Approach to Behaviour Change in Public Policy », in : *European Journal of Risk Regulation*, 4(1), 2013, p. 20 et 23. Sur ces deux systèmes, cf. Daniel KAHNEMAN, *Thinking fast and slow*, New York, 2011, p. 20, admettant avoir emprunté l'idée à STANOVICH et WEST.

²⁴⁹⁷ Mark SCHWEIZER, « Nudging and the principle of proportionality – Obligated to nudge? », in Mathis/Tor (éd.), *Nudging – possibilities, limitations and applications in European law and economics*, Cham, 2016, p. 99 ; VAN AAKEN (2015), p. 13.

²⁴⁹⁸ energie-environnement.ch > Economiser l'eau > Investir pour économiser.

²⁴⁹⁹ FLÜCKIGER (2018), p. 218.

²⁵⁰⁰ SUNSTEIN (2015), N. 107.

²⁵⁰¹ ATF 123 I 112.

²⁵⁰² SUNSTEIN (2015), N. 121.

²⁵⁰³ Cf. ci-dessus ch. 3.3.5.2c.II.

²⁵⁰⁴ Cf. ci-dessus ch. 3.3.5.2c.II.

La question du *libre arbitre* reste cependant ouverte. L'être humain n'est plus « le conducteur de lui-même, de cette espèce de véhicule vivant et donc naturellement en marche qu'est sa propre personne » pour reprendre la définition de la liberté par Paul AMSELEK²⁵⁰⁵. Ne retrouve-t-on pas là Jean-Jacques ROUSSEAU qui exposait que « le plus grand talent des chefs est de déguiser leur pouvoir pour le rendre moins odieux, & de conduire l'état si paisiblement qu'il semble n'avoir pas besoin de conducteurs »²⁵⁰⁶ ? Toutefois la décision pleinement libre et éclairée ne serait qu'illusion si l'on prend au sérieux les psychologues :

« les pratiques d'engagement peuvent scandaliser celles et ceux qui sont intimement convaincus que toute l'activité humaine est réductible à une activité de libre décision, éclairée par un ensemble d'arguments que le décideur aurait accepté de recevoir, qu'il aurait traité dans la plénitude de son intelligence, ou qu'il aurait élaboré en lui-même en l'absence de toute influence [...] Près d'un siècle de psychologie scientifique nous conduit à refuser cette trop belle image de l'activité humaine et à dénoncer les effets pervers de sa promotion idéologique. »²⁵⁰⁷

En prenant un peu de recul cependant, on remarque que, comme Monsieur Jourdain faisait de la prose sans le savoir, nos législateurs n'ont pas attendu ces théories pour exploiter des biais psychologiques. Le « nudge » de l'*option par défaut* qui a pour effet de favoriser de fait la variante où le destinataire n'a pas besoin de se montrer actif, est un grand classique de nos ordres juridiques.

Exemples :

- Le *droit dispositif* en droit privé peut être interprété comme une recommandation de choisir la solution par défaut prévue par le Code civil²⁵⁰⁸ ; on a pu empiriquement démontrer que les parties avaient tendance à conserver une règle dispositive par défaut même contraire à leurs intérêts²⁵⁰⁹.
- Les prestations sociales qui ne sont pas délivrées par défaut aux bénéficiaires potentiels ne sont souvent pas demandées par ceux-ci (problématique du *non-recours aux droits sociaux*, « non take-up of social benefits »)²⁵¹⁰.
- L'*effet cliquet en droit du bail* conduit à une augmentation disproportionnée des loyers en Suisse, car les locataires doivent expressément exiger une baisse de loyer si les conditions sont remplies²⁵¹¹.

²⁵⁰⁵ AMSELEK (2008) ; Paul AMSELEK, « L'idée de technique : sésame de l'expérience juridique », in : Desrameaux/Colonna d'Istria (dir.), *Penser la technique juridique*, Paris, 2018, p. 10.

²⁵⁰⁶ Jean-Jacques ROUSSEAU, « Economie ou Œconomie », in : Diderot/d'Alembert (dir.), *L'Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, tome 5, Paris, 1755.

²⁵⁰⁷ JOULE/BEAUVOIS (2006), p. 207. Cf. FLÜCKIGER (2018), p. 217.

²⁵⁰⁸ HELLGARDT (2016), p. 88 s. et 453.

²⁵⁰⁹ *Ibidem*, p. 88 (réf. cit.).

²⁵¹⁰ Philippe WARIN, *Le non-recours aux politiques sociales*, Grenoble, 2016. Cf. ci-dessus ch. 1.3.3.4b, p. 92.

²⁵¹¹ Cf. FLÜCKIGER (2018), p. 211.

On conclura que les autorités sont autorisées à instaurer des environnements comportementaux incitateurs aux *mêmes conditions que celles qui prévalent pour toute activité étatique* : ne pas s'attaquer à l'essence des libertés, être fondées sur une base légale, viser un intérêt public, être proportionnées, se conformer à la bonne foi, être transparentes et non discriminatoires²⁵¹². On n'oubliera pas par la même occasion d'analyser la conformité à ces principes de l'acte normatif sous-jacent que ces actes matériels mettent en œuvre²⁵¹³.

b. Les incitations psychologiques : le recours aux émotions et aux sentiments

Au lieu de manipuler l'environnement comportemental à l'instar des cas de figures précédents, les autorités cherchent à influencer le comportement en suscitant stratégiquement des émotions et des sentiments. La limite entre les deux méthodes est toutefois ténue comme nous l'avons vu avec l'exemple de la propagande²⁵¹⁴. Les collectivités publiques peuvent *renforcer l'impact* des instruments, obligatoires ou souples, par divers procédés que nous avons explorés plus haut²⁵¹⁵.

3.6.4.4 Les incitations économiques

Les instruments économiques destinés à orienter le comportement des groupes cibles (on laissera de côté ceux dont la portée est exclusivement fiscale) sont très prisés dans le cadre de la gouvernance. Classiquement utilisés dans tous les domaines du droit par le biais des *sanctions pécuniaires* tant pénales qu'administratives ou civiles, ils ont également investi des champs plus originaux à l'exemple de la fiscalité incitative ou de la création de nouveaux droits de propriété et de marchés. Si leur analyse peut être faite tant sous l'angle des

²⁵¹² FLÜCKIGER (2018), p. 227 ; sur la légitimité des « nudges » plus généralement, cf. le recueil de textes in Alexandra KEMMERER *et al.* (éd.), *Choice Architecture in Democracies: Exploring the Legitimacy of Nudging*, Baden-Baden, 2016. Cf. ég. Peter JOHN, *How far to nudge? : assessing behavioural public policy*, Cheltenham/Northampton, 2018, p. 122ss, qui plaide pour un « nudge plus », appelant les citoyens à la réflexion, et non seulement à leur système subliminal : « This stimulation of thinking is desirable so as to move beyond the more technocratic considerations of the nudge agenda as currently practised. Nudge plus amplifies nudges and makes them more democratic. » (p. 13).

²⁵¹³ FLÜCKIGER (2018), p. 223.

²⁵¹⁴ Cf. ci-dessus ch. 1.2.1.2a *i.f.*

²⁵¹⁵ Cf. ci-dessus ch. 3.3.5.2a.

instruments obligatoires que souples²⁵¹⁶, ils se traduisent finalement en *actes matériels* (prestations financières). Ces instruments économiques sont à comprendre au sein des instruments de *mise en œuvre* dans la mesure où derrière ceux-ci se cachent des normes de comportement sous-jacentes, obligatoires ou souples, qu'ils contribuent à exécuter²⁵¹⁷. Leur *degré d'influence* sur la conduite de leurs destinataires est extrêmement large, allant de la simple incitation à une contrainte très forte selon les montants en jeu et le contexte²⁵¹⁸.

L'influence peut s'exercer soit de manière négative sous forme de diminution de patrimoine (fiscalité incitatrice), soit de manière positive par une augmentation de celui-ci (subventionnement), soit de façon combinée (création de marchés d'échange)²⁵¹⁹.

²⁵¹⁶ Cf. ci-dessus ch. 3.2.3.

²⁵¹⁷ Cf. ci-dessus ch. 3.2.3.

²⁵¹⁸ Cf. ci-dessus note de bas de page 1535.

²⁵¹⁹ Cf. ci-dessus ch. 3.2.3 (réf. cit.).

4 La loi efficace

4.1 La combinaison stratégique des instruments d'action

4.1.1 La fonction d'aide au choix

Nous avons montré dans le chapitre précédent l'ampleur de l'éventail des instruments d'action à disposition de l'Etat. Afin que le législateur puisse en exprimer tout le potentiel stratégique, il doit proposer les instruments adéquats pour suggérer des options alternatives susceptibles d'être évaluées et comparées entre elles.

Cette étape n'a pas pour but de décider du contenu final de la loi, puisqu'une telle décision ressortit au politique. On retrouve ici la fonction de rationalité communicationnelle de la légistique²⁵²⁰ : cette phase consiste exclusivement à *éclairer* le législateur dans ses choix en lui proposant diverses options stratégiques ouvertes mais dont les impacts possibles auront été préalablement évalués.

Les autorités politiques disposeront ainsi d'une base de décision les aidant à contrebalancer, en toute connaissance de cause, les avantages et les inconvénients des différentes solutions envisageables avant de trancher. Les conclusions des analyses d'impact n'ont qu'un caractère de recommandation²⁵²¹.

Dans l'Union européenne par exemple, l'Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 13 avril 2016 le précise explicitement : les analyses d'impact « ne remplacent pas les décisions politiques prises dans le cadre du processus décisionnel démocratique » mais visent « à aider les trois institutions à statuer en connaissance de cause »²⁵²².

4.1.2 La liberté de choix de principe du législateur

Le législateur dispose d'une *grande liberté de choix* dans l'élaboration des lois. Le *Tribunal fédéral* le reconnaît et refuse de revoir l'opportunité des choix législatifs cantonaux :

« Le législateur cantonal, organe politique soumis à un contrôle démocratique, doit se voir reconnaître une grande liberté dans l'élaboration des lois [...²⁵²³]. Il dispose d'un pouvoir formateur étendu, en particulier dans les domaines qui dépendent très largement de

²⁵²⁰ Cf. ci-dessus ch. 1.2.1.2b.

²⁵²¹ Cf. ci-dessus ch. 3.3.3.2g.

²⁵²² PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 13 avril 2016*, ch. 12.

²⁵²³ ATF 135 I 130 consid. 6.2 p. 138 et les arrêts cités.

facteurs politiques [...²⁵²⁴]. Le Tribunal fédéral n'a pas à revoir l'opportunité des choix effectués dans ce cadre. Il n'annulera pas une disposition légale au motif que d'autres solutions lui paraîtraient envisageables, voire même préférables [...²⁵²⁵]. »²⁵²⁶

La *Cour de justice de l'Union européenne* suit la même jurisprudence à propos du contrôle juridictionnel du principe de proportionnalité²⁵²⁷. Le législateur de l'Union dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans les choix de nature politique, économique et sociale où il est appelé à effectuer des appréciations complexes. La Cour n'introduit que deux exceptions à ce principe : un choix normatif manifestement erroné ou une disproportion sans commune mesure pour certains acteurs économiques.

« il convient de rappeler que le principe de proportionnalité fait partie des principes généraux du droit de l'Union et exige que les moyens mis en œuvre par une disposition du droit de l'Union soient aptes à réaliser les objectifs légitimes poursuivis par la réglementation concernée et n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour les atteindre [...]. En ce qui concerne le contrôle juridictionnel de ces conditions, il y a lieu toutefois de reconnaître au législateur de l'Union un large pouvoir d'appréciation lorsqu'il est amené à intervenir dans un domaine impliquant, de sa part, des choix de nature politique, économique et sociale, et dans lequel il est appelé à effectuer des appréciations complexes. Ainsi, dans son contrôle juridictionnel de l'exercice d'une telle compétence, la Cour ne saurait substituer son appréciation à celle du législateur de l'Union. Elle ne pourrait tout au plus censurer son choix normatif que s'il paraissait manifestement erroné ou si les inconvénients qui en résultent pour certains acteurs économiques étaient sans commune mesure avec les avantages qu'il présente par ailleurs. »²⁵²⁸

Quant au choix de l'acte lui-même, les institutions le sélectionnent « au cas par cas, dans le respect des procédures applicables et du principe de proportionnalité » si les traités ne prévoient pas le type d'acte à adopter²⁵²⁹.

La *Cour européenne des droits de l'homme* laisse également une marge d'appréciation importante aux Etats dans leurs choix législatifs²⁵³⁰. Dans l'examen de la proportionnalité d'une mesure générale, elle tend à conférer une place essentielle à

²⁵²⁴ ATF 131 I 1 consid. 4.2 p. 7; ATF 111 Ia 86 consid. 3a p. 91.

²⁵²⁵ ATF 134 I 140 consid. 5.4 p. 148; ATF 133 I 149 consid. 3.1 p. 153; ATF 132 I 13 consid. 5.1 p. 17.

²⁵²⁶ ATF 136 I 241, p. 251.

²⁵²⁷ Cf. par exemple DELILLE, *L'analyse d'impact des réglementations dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, 2013, p. 425 ss.

²⁵²⁸ CJUE, arrêt C-203/12 du 17 octobre 2013 (*Billerud Karlsborg et Billerud Skärblacka*), § 34 et 35.

²⁵²⁹ Art. 296 al. 1^{er} TFUE.

²⁵³⁰ COURED'H, Garib c. Pays-Bas, arrêt du 6 novembre 2017, § 138 : « La marge d'appréciation du législateur s'applique en principe tant à la décision de légiférer ou non sur un sujet donné que, le cas échéant, aux règles détaillées édictées pour ménager un équilibre entre les intérêts publics et les intérêts privés en conflit. Les choix opérés par le législateur en la matière n'échappent pas pour autant au contrôle de la Cour. » ; COURED'H, Correia de Matos c. Portugal, arrêt du 4 avril 2018, § 117.

la *qualité du travail légistique* effectué en amont par les Etats pour évaluer la nécessité de l'instrument retenu, déterminant par-là la marge même d'appréciation pertinente²⁵³¹. Dans une affaire-clé, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, que la doctrine qualifie de « tournant jurisprudentiel possible »²⁵³², et que nous proposons de désigner pour notre part de *tournant légistique*²⁵³³, la Cour a fait le point sur sa jurisprudence passée, qu'elle synthétise de la manière suivante :

« Il ressort de cette jurisprudence que, pour déterminer la proportionnalité d'une mesure générale, la Cour doit commencer par étudier les choix législatifs à l'origine de la mesure [...]. La qualité de l'examen parlementaire et judiciaire de la nécessité de la mesure réalisé au niveau national revêt une importance particulière à cet égard, y compris pour ce qui est de l'application de la marge d'appréciation pertinente »²⁵³⁴.

Dans cette affaire, la Cour n'a pas recherché elle-même si le législateur aurait dû adopter des règles moins restrictives ou aurait dû apporter la preuve que l'objectif n'aurait pas pu être atteint sans la mesure litigieuse. Elle s'est limitée à vérifier si le législateur est resté dans le cadre de sa marge d'appréciation au moment où, arbitrant entre les intérêts en présence, celui-ci a adopté la mesure litigieuse.

« contrairement à ce que soutient la requérante, la question centrale s'agissant de telles mesures n'est pas de savoir s'il aurait fallu adopter des règles moins restrictives, ni même de savoir si l'Etat peut prouver que sans l'interdiction l'objectif légitime visé ne pourrait être atteint. Il s'agit plutôt de déterminer si, lorsqu'il a adopté la mesure générale litigieuse et arbitré entre les intérêts en présence, le législateur a agi dans le cadre de sa marge d'appréciation ».²⁵³⁵

En l'espèce, la Cour a jugé que la mesure litigieuse (interdiction de la publicité politique payante) était « l'aboutissement d'un examen exceptionnel, effectué par les organes parlementaires, de tous les aspects culturels, politiques et juridiques de cette mesure, qui s'inscrivait dans le cadre plus large de la réglementation de la

²⁵³¹ Cf. ci-dessus ch. 1.3.4.3.

²⁵³² « *Animal Defenders International* case as a possible turn in the Court's practice on procedural rationality review when general Acts of Parliament are involved » (Patricia POPELIER/Catherine VAN DE HEYNING, « Subsidiarity Post-Brighton: Procedural Rationality as Answer? », in : *Leiden Journal of International Law*, 2017, p 5 ss, 15 s.).

²⁵³³ En nous inspirant de la formule de Daniel OLIVER-LALANA et Klaus MEßERSCHMIDT (« Legsprudential Turn »), citée ci-dessus ch. 1.3.4.3.

²⁵³⁴ COURED'H, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, arrêt du 22 avril 2013, § 108 ; COURED'H, *Correia de Matos c. Portugal*, arrêt du 4 avril 2018, § 129. Cf. ég. Garib c. Pays-Bas, arrêt du 6 novembre 2017, § 138 : « Il incombe à [la Cour] d'examiner attentivement les arguments dont le législateur a tenu compte pour parvenir aux solutions qu'il a retenues et de rechercher si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts de l'État et ceux des individus directement touchés par les solutions en question ».

²⁵³⁵ *Ibid*, § 110.

liberté d'expression sur des sujets d'intérêt public à la radio et à la télévision au Royaume-Uni [...]. C'est par cette compétence particulière du Parlement et par l'ampleur de la consultation prélegislative menée sur la compatibilité de l'interdiction avec la Convention que s'explique le degré de déférence dont les juridictions internes ont fait preuve à l'égard du choix du législateur d'adopter l'interdiction. »²⁵³⁶

Cette jurisprudence est une expression du *principe de subsidiarité* dont l'ajout explicite dans le Préambule de la Convention, avec la doctrine de la marge d'appréciation, est prévu par le protocole N° 15²⁵³⁷. Dès lors que la Cour offre une *large marge d'appréciation* à l'Etat défendeur *en contrepartie de la qualité du processus législatif*, les législateurs sont, indirectement, très fortement incités à améliorer ce dernier. La rationalité procédurale qu'offre une démarche légistique complète, tant matérielle que formelle, garantit le mieux cette qualité législative²⁵³⁸. Le caractère interdisciplinaire de la légistique²⁵³⁹ permet plus particulièrement de prendre en considération l'ensemble des « aspects culturels, politiques et juridiques » des mesures législatives tel que la Cour l'a souligné.

Si une telle ligne jurisprudentielle devait se consolider dans le futur, elle n'échapperait pourtant pas à la critique de l'émergence d'un « double standard » résultant de l'absence de contrôle substantiel des mesures ; une même mesure pouvant être acceptée dans un Etat et rejetée dans un autre puisque la Cour analyse l'affaire sous l'angle du processus décisionnel²⁵⁴⁰. Elle soulève également la question de la capacité des juges d'évaluer la qualité légistique des mesures législatives dans la mesure où ceux-ci semblent peu enclins à s'engager sur le terrain du débat méthodologique²⁵⁴¹.

4.1.3 La démarche méthodique

La présente phase de choix des instruments est la dernière étape de l'analyse d'impact prospective (ch. 2.2.3). La phase de choix des instruments a en réalité déjà débuté dans le chapitre précédent (la loi stratégique – ch. 3) avec lequel elle s'articule. Elle comprenait, on le rappelle, (I) la synthèse des mesures existantes permettant de formuler le *scénario de référence* ainsi que (II) l'*inventaire des différents instruments possibles* pour compléter l'instrumentaire en vigueur (ch. 3.1). Elle se poursuit ici par (III-i) l'*évaluation préliminaire des*

²⁵³⁶ *Ibid*, § 114 s.

²⁵³⁷ STCE n°213.

²⁵³⁸ Cf. dans ce sens POPELIER/VAN DE HEYNING (2017), p. 5 ss.

²⁵³⁹ Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.4.

²⁵⁴⁰ POPELIER/VAN DE HEYNING (2017), p. 18 s.

²⁵⁴¹ POPELIER/VAN DE HEYNING (2017), p. 21.

options stratégiques (ch. 4.2) qui ne retiendra qu'un nombre restreint de variantes en vue de (III-ii) l'*évaluation approfondie* de leurs impacts (ch. 4.3), au moyen de *diverses méthodes* (ch. 4.4). L'option législative préférable pourra (IV) être alors *choisie* (ch. 4.5). Nous tirerons en conclusion le bilan de cette démarche (ch. 4.6).

Figure 4-1 – Phases de l'analyse d'impact prospective (phase stratégique III et IV)²⁵⁴²



²⁵⁴²

Pour consulter la *phase précédente*, cf. ci-dessus Figure 3-1 – Phases de l'analyse d'impact prospective (phase stratégique I et II), p. 240 ; pour le *phase suivante*, cf. Figure 5-1 – Phases de la légistique formelle, p. 530 ; pour le *schéma général*, cf. ci-dessus Figure 1-1 – Cycle légistique, p. 38.

4.2 L'évaluation préliminaire des options stratégiques

4.2.1 La démarche méthodique

La présente phase vise à évaluer de manière préliminaire les *instruments les plus appropriés* (ch. 4.2.2) et à *proposer un jeu d'options stratégiques* (ch. 4.2.3) qu'il s'agira d'évaluer de manière plus approfondie dans une seconde phase.

4.2.2 L'évaluation préalable des instruments les plus appropriés

Après avoir inventorié tous les instruments possibles pour atteindre les objectifs visés, cette étape vise à *écarter d'emblée* ceux qui ne sont manifestement pas susceptibles d'être retenus pour des motifs évidents.

Les *critères* pour procéder à cette évaluation préliminaire sont analogues à ceux qui présideront au choix définitif : manifestement contraires au droit, manifestement non pertinents, indiscutablement impossibles à mettre en œuvre, indubitablement inefficaces ou inefficients, manifestement inenvisageables politiquement. La différence avec l'évaluation ultérieure des impacts tient à la justification des motifs : la raison de les écarter doit être *manifeste*, c'est-à-dire non controversée.

L'évaluation restera donc *sommaire* à ce stade.

« Excluding options at this stage should be easy to justify. Reasons should be as clear, self-evident and incontrovertible as possible. »²⁵⁴³

Les guides suisse et européen le précisent ainsi :

Suisse – « Un examen sommaire permet, généralement, d'écarter certaines solutions, notamment parce qu'elles sont disproportionnées (il existe d'autres solutions idoines qui auraient des répercussions moins lourdes pour les particuliers), apparaissent moins efficaces, sont trop onéreuses, posent d'épineux problèmes sous l'angle juridique (incompatibilité avec d'autres solutions déjà en vigueur, nécessité de réviser la Constitution, par exemple), ou ont peu de chances d'obtenir un consensus. »²⁵⁴⁴

Union européenne – « In many cases, little analysis will be needed to justify discarding some alternatives (e.g. those not technically feasible, not legally viable, difficult to implement, disrespecting fundamental rights or with other unacceptable or disproportionate impacts). Options that clearly go beyond what is needed to achieve the

²⁵⁴³ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox*, Bruxelles, 2017, Tool #17 (How to identify policy options), Box III.

²⁵⁴⁴ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 148.

objectives satisfactorily should also be abandoned early on (as they would fail to respect the principle of proportionality). »²⁵⁴⁵

4.2.3 L'esquisse d'un jeu d'options stratégiques combinant des variantes

Les instruments pouvant entrer en ligne de compte sont en principe à combiner en un jeu d'options stratégiques présentant différentes variantes.

Suisse – Le message exposant les motifs d'un projet de loi fédérale doit exposer « les points de vue et variantes discutés au stade préliminaire de la procédure législative et leur appréciation par le Conseil fédéral »²⁵⁴⁶. Le Guide de législation demande de « [c]ombiner les solutions lorsqu'elles s'y prêtent et développer des variantes »²⁵⁴⁷. Ces variantes peuvent être regroupées en ensembles homogènes, en alternatives opposées ou rassemblés en sous-variantes²⁵⁴⁸.

Union européenne – Selon l'Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer », « [l]es analyses d'impact [...] devraient exposer différentes solutions. »²⁵⁴⁹ Les Lignes directrices « Mieux légiférer » de la Commission demande de retenir les options les plus pertinentes, ensemble avec le scénario de référence, pour un examen plus approfondi²⁵⁵⁰.

Les options doivent être exposées de manière objective et non trompeuse. Les *effets de contexte* (contraste et compromis) peuvent en effet être utilisés de manière manipulatoire pour orienter le comportement des destinataires en exploitant leurs biais cognitifs²⁵⁵¹.

Effet de contraste : la même option est évaluée plus positivement en présence de solutions alternatives similaires moins favorables qu'en leur absence.

²⁵⁴⁵ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines*, Bruxelles, 2017, chap. III, section 2.4, question 4, ch. 2. Ces critères sont précisés dans un tableau sous COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #17 (How to identify policy options), Box III.

²⁵⁴⁶ Art. 141 al. 2 let. c Loi sur le Parlement.

²⁵⁴⁷ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 149.

²⁵⁴⁸ *Ibidem*.

²⁵⁴⁹ PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 13 avril 2016*, ch. 12.

²⁵⁵⁰ « Having screened the options, the most relevant ones should be retained, together with the baseline, for further detailed examination. » (COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines* (2017), chap. III, section 2.4, question 4, ch. 3).

²⁵⁵¹ Sur l'application de ces techniques non seulement en marketing mais également dans le domaine juridique afin d'orienter « souplement » le comportement, cf. Alexandre FLÜCKIGER, « Pourquoi respectons-nous la soft law ? », in : *Revue européenne des sciences sociales*, vol. 57, n° 144, 2009, p. 100 ss (réf. cit.).

Effet de compromis : une même option est évaluée plus favorablement si elle est perçue comme étant intermédiaire dans un groupe de solutions alternatives que lorsqu'elle est présentée comme extrême.

Les lignes directrices « Mieux légiférer » mettent en garde contre la formulation d'*options prétextes* (« straw man options »), c'est-à-dire des options clairement plus coûteuses ou nettement moins efficaces qui ne seraient retenues que pour souligner les avantages de l'option préférée. En effet de telles variantes sont de nature à compromettre la crédibilité de l'analyse d'impact²⁵⁵². Les lignes directrices demandent d'identifier *au moins deux solutions alternatives crédibles* en plus du scénario de référence. Si c'est impossible, elles suggèrent de se concentrer sur la conception détaillée de l'option retenue en examinant la possibilité d'imaginer des *sous-options* relatives à certains points de la proposition ou à des modes de mise en œuvre alternatifs²⁵⁵³. Si une seule option est retenue pour une évaluation approfondie, la Commission recommande d'en étayer solidement la justification :

« A particularly strong justification should be provided when, exceptionally, only one option is retained for full assessment against the baseline. »²⁵⁵⁴ « If you are having difficulty identifying even two credible alternatives to the baseline, think harder or consider a different level of option aggregation (sub-options, alternative detailed parameters, implementation modes, etc. – see below). Alternatively, provide a strong justification for the fact that only the baseline and an alternative option are retained for in-depth analysis. »²⁵⁵⁵

Hormis le cas exceptionnel de l'option unique, l'analyse d'impact n'a pas besoin de décrire en détail ce processus de sélection. Il suffit de démontrer que toutes les options pertinentes ont été examinées en tenant compte des points de vue des parties prenantes et en justifiant les raisons pour lesquelles certaines options ont été écartées sans qu'une évaluation complète de leurs impacts ait été exécutée²⁵⁵⁶.

Afin de faciliter l'analyse des impacts et de donner un aperçu plus concret des éléments-clés en vue du choix politique, les options retenues *devraient être esquissées de manière plus approfondie*. La Commission recommande de ne pas les exprimer de manière trop vague. Il faudrait déjà clarifier à ce stade les éléments d'exécution, de surveillance et de délai afin d'assurer une mise en œuvre effective. Exprimer les options en termes d'actions spécifiques à entreprendre par

²⁵⁵² COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines* (2017), chap. III, section 2.4, question 4, ch. 3. Sur la critique d'une telle pratique en France, cf. ci-dessous ch. 4.6.

²⁵⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁵⁴ *Ibidem*.

²⁵⁵⁵ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #17 (How to identify policy options), box IV. Cf. ég. COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #12 (Format of the impact assessment report), ch. 3, sct. 5.

²⁵⁵⁶ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines* (2017), chap. III, section 2.4, question 4, ch. 3.

les différentes parties prenantes permet également d'évaluer de manière plus tangible l'impact probable des options stratégiques²⁵⁵⁷. Les mesures n'ont toutefois pas à être rédigées de toutes pièces sous forme d'article législatif. Le Guide de législation fédéral le précise, mais au niveau de l'évaluation prospective sommaire seulement :

« A ce stade [évaluation prospective sommaire], les solutions qui ont été sélectionnées ne sont pas encore rédigées sous forme de normes législatives. Cette opération n'interviendra que lors de la phase suivante (avant-projet et rapport explicatif) »²⁵⁵⁸.

L'esquisse des solutions n'est pas nécessairement un processus linéaire. Après une première évaluation des impacts, il peut être nécessaire de revenir à l'étape de sélection des options stratégiques pour tenter de leur apporter des améliorations dans un *développement incrémental*.

Suisse – Le Guide de législation préconise de procéder en deux temps. Tout d'abord une *évaluation prospective sommaire* avant la rédaction de l'avant-projet de loi²⁵⁵⁹ puis une *évaluation prospective détaillée* en présence de l'avant-projet rédigé²⁵⁶⁰. Chacune de ces évaluations comporte un mécanisme de rétroaction.

- Pour la première : « A la lumière des résultats de la première évaluation, il est possible d'affiner et d'amender les solutions qui semblent les plus prometteuses ou de revoir les combinaisons de solutions pour les améliorer. Si nécessaire, on peut également créer des sous-variantes. »²⁵⁶¹
- Pour la seconde : « S'il est prévisible que l'acte législatif aura des effets insatisfaisants, il convient de remanier l'avant-projet. Si le résultat de l'évaluation des effets laisse présager que les mesures prévues ne permettront pas d'atteindre les objectifs fixés, il faut soit choisir des mesures plus incisives, soit « baisser la barre », cette dernière solution obligeant à modifier l'article consacré au but de l'acte législatif et le commentaire de l'avant-projet. »²⁵⁶²

Union européenne – « After a first assessment of impacts, it may be necessary to go back to the drawing board and experiment with modifications to the original alternatives to improve them further. This will typically be the case when options fail to meet the objectives in a satisfactory way or when they are likely to lead to disproportionate negative effects (of any type, for instance, on fundamental rights, SMEs, competitiveness and innovation, trade partners, regions, developing countries, etc.). An option should not be judged inferior before having reviewed possible improvements and/or mitigating measures to reduce its negative impacts. »²⁵⁶³

²⁵⁵⁷ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #17 (How to identify policy options), box V.

²⁵⁵⁸ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 152.

²⁵⁵⁹ *Ibidem*, ch. 151 ss.

²⁵⁶⁰ *Ibidem*, ch. 179 ss.

²⁵⁶¹ *Ibidem*, ch. 160.

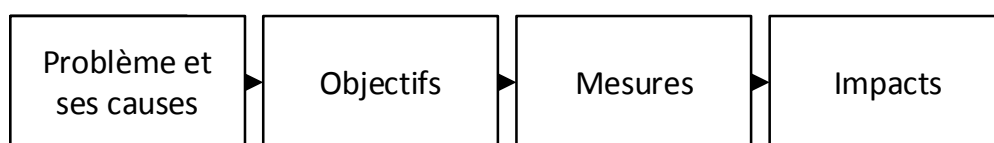
²⁵⁶² *Ibidem*, ch. 190.

²⁵⁶³ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines* (2017), chap. III, section 2.4, question 4, ch. 3.

4.2.4 La modélisation des options stratégiques dans le diagramme d'intervention logique

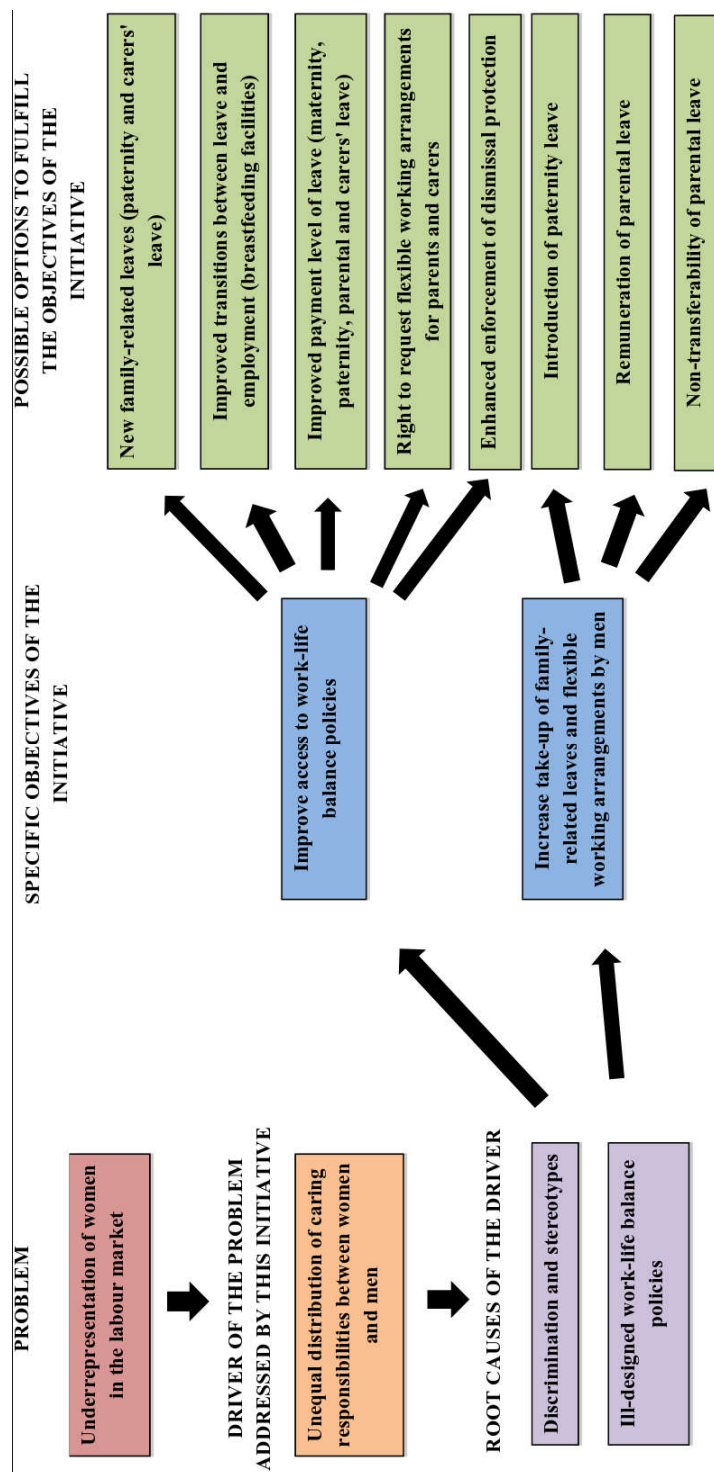
Pour présenter de manière plus claire les différentes options stratégiques, les directives recommandent de les insérer dans un *diagramme d'intervention logique*. Un tel schéma, nous l'avons vu²⁵⁶⁴, permet de mettre en relation cohérente les mesures dans leur contexte légistique de causalité puisqu'il reprend de manière synthétique les mesures depuis le fondement du problème, de ses causes et des objectifs pour y remédier.

Figure 4-2 – Diagramme d'intervention logique – schéma général²⁵⁶⁵



²⁵⁶⁴ Cf. ci-dessus Figure 2-1 – Diagramme d'intervention logique – Evaluation de la pertinence du problème et des objectifs, p. 147.

²⁵⁶⁵ Cf. ég. le schéma complet ci-dessous ch. 4.3.3.5 Figure 4-5 – Diagramme d'intervention logique – modèle d'impacts.

Figure 4-3 – Diagramme d'intervention logique – options stratégiques (exemple)²⁵⁶⁶

2566

COMMISSION EUROPÉENNE, Impact assessment accompanying the document « Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on work-life balance for parents and carers and repealing Council Directive 2010/18/EU », Bruxelles, 26 avril 2017, fig. 7.3, p. 70. Pour une illustration du problème et des objectifs dans le diagramme d'intervention logique, cf. ci-dessus Figure 2-14 – Diagramme d'intervention logique – problème et objectifs (exemple), p. 228.

4.3 L'évaluation approfondie des impacts (analyse d'impact au sens étroit)

4.3.1 Introduction

Jean-François AUBERT écrivait dans son commentaire relatif à la disposition constitutionnelle fédérale prévoyant l'évaluation de l'efficacité des mesures prises par la Confédération²⁵⁶⁷ qu'« 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. »²⁵⁶⁸ Evaluer les impacts probables d'un projet de loi est une tâche incontestablement ardue, non seulement parce que les pronostics sur le futur comprennent invariablement une part de pari, mais surtout parce que cette activité fait appel à des compétences interdisciplinaires dépassant de loin les simples compétences juridiques. L'exercice est difficile. Jean CARBONNIER par exemple affichait son scepticisme sur la possibilité d'anticiper les « phénomènes d'incidence [...] enchevêtrés, multi-formes et de surcroît volontaires »²⁵⁶⁹.

Cette phase est habituellement qualifiée d'*analyse* ou d'*étude d'impact législative*. On l'appellera *analyse d'impact au sens étroit* afin de la distinguer de l'*analyse d'impact au sens large* ; cette dernière comprenant en plus les phases de l'analyse du problème et la détermination des objectifs, soit l'ensemble de la démarche légistique²⁵⁷⁰.

Dans un premier temps, il s'agit d'évaluer *l'ensemble des impacts potentiels économiques, environnementaux et sociaux* (ch. 4.3.2) puis, ensuite, les impacts par rapport à leur *efficacité, effectivité et efficience* (ch. 4.3.3).

²⁵⁶⁷ Art. 170 Cst. féd.

²⁵⁶⁸ Jean-François AUBERT, « Art. 170 », in : Aubert/Mahon (éd.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich etc., 2003, p. 1291, n^{os} 6 et 7.

²⁵⁶⁹ Jean CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., Paris, 2001 (1^{re} parution en 1969), p. 153, tel que cité par Bertrand-Léo COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, Paris, 2017, p. 363.

²⁵⁷⁰ Cf. ci-dessus ch. 2.2.3.

4.3.2 L'évaluation de l'ensemble des impacts potentiels économiques, environnementaux et sociaux

4.3.2.1 *La nécessité d'une analyse d'impact intégrée de l'ensemble des composantes d'un développement durable*

Dans l'Union européenne, l'Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » conçoit l'analyse d'impact comme une *analyse intégrée* évaluant de manière équilibrée les incidences sur l'ensemble des composantes du développement durable (économiques, environnementales et sociales)²⁵⁷¹ ainsi que sur les droits fondamentaux. Introduite dès 2002²⁵⁷², le Parlement a pourtant critiqué une décennie plus tard le poids apporté à l'une des parts : le législateur ne devait pas se limiter à se référer à une analyse des impacts économiques « pour être mieux à même d'évaluer les conséquences économiques, sociales, environnementales et sanitaires des options qui s'offrent à lui, ainsi que leur incidence sur les droits fondamentaux des citoyens, en gardant à l'esprit le fait qu'une analyse du rapport coûts/avantages ne représente qu'un critère parmi d'autres »²⁵⁷³.

On retrouve la nécessité d'une analyse d'impact intégrée tant dans les recommandations de l'OCDE qu'en droit suisse.

OCDE – Selon les Recommandations concernant la politique et la gouvernance réglementaires, « [l]orsqu'ils réalisent une évaluation, les responsables devraient [...] évaluer les conséquences économiques, sociales et environnementales, si possible en termes quantitatifs et financiers, en tenant compte des effets possibles à long terme et en fonction de considérations géographiques »²⁵⁷⁴.

Union européenne – Selon l'Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer », « [l]es analyses d'impact [...] devraient exposer [...], lorsque c'est possible, les coûts et avantages éventuels à court terme et à long terme, en évaluant les incidences économiques, environnementales et sociales d'une manière intégrée et équilibrée, sur la base d'analyses tant qualitatives que quantitatives. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité devraient être pleinement respectés, de même que les droits fondamentaux. Les analyses d'impact devraient également examiner, chaque fois que c'est possible, le « coût de la non-Europe » et l'incidence des différentes options en termes de compétitivité ainsi que les lourdeurs administratives qu'elles supposent, en tenant

²⁵⁷¹ Cf. par exemple Robert HOPPE, « Ex Ante Evaluation of Legislation: Between Puzzling and Powering » in : Verschuuren (éd.), *The Impact of Legislation: A Critical Analysis of Ex Ante Evaluation*, Leyde, 2009, p. 83 : « *Integrated or Sustainability Impact Assessment* ».

²⁵⁷² Andrea RENDA, « European Union », in : Dunlop/Radaelli (éd.), *Handbook of regulatory impact assessment*, Cheltenham, 2016, p. 304 ss.

²⁵⁷³ PARLEMENT EUROPÉEN, *Résolution du Parlement européen du 8 juin 2011 sur la garantie de l'indépendance des études d'impact*, Strasbourg, 8 juin 2011, ch. 1.

²⁵⁷⁴ OCDE, *Recommandation du Conseil concernant la politique et la gouvernance réglementaires*, Paris, 2012, ch. 4.7.

compte en particulier des PME (selon le principe « penser en priorité aux PME »), des aspects numériques et de l'impact territorial. »²⁵⁷⁵ Le Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité prévoit que tout projet d'acte législatif doit être accompagné par une fiche relative au respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité permettant d'évaluer l'impact financier et rappelant la nécessité d'une action efficiente²⁵⁷⁶.

Suisse – Les messages accompagnant les projets de loi doivent évaluer « les conséquences économiques, sociales et environnementales du projet ainsi que ses conséquences pour les générations futures »²⁵⁷⁷, en particulier « les effets sur les droits fondamentaux »²⁵⁷⁸ et plus spécifiquement « les conséquences que le projet aura sous l'angle de l'égalité entre hommes et femmes »²⁵⁷⁹ et les Suisse de l'étranger²⁵⁸⁰ ainsi qu'en matière économique « l'adéquation des tâches et des moyens financiers à disposition »²⁵⁸¹, « les conséquences que le projet et sa mise en œuvre entraînent sur les finances et l'état du personnel de la Confédération, des cantons, des communes, les modalités de son financement, enfin le rapport coût-utilité des mesures proposées »²⁵⁸², les conséquences et les frais sur les « besoins en matière de technologie de l'information et de la communication »²⁵⁸³ ainsi que les relations avec le plan financier²⁵⁸⁴. Enfin, le message doit faire le point sur « 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 »²⁵⁸⁵.

4.3.2.2 *La démarche méthodique*

a. Introduction

Un ensemble d'options stratégiques comprenant des variantes ayant été formulées, l'évaluation approfondie de l'ensemble de leurs impacts potentiels peut être entreprise. La démarche consiste à *identifier l'ensemble des impacts*

²⁵⁷⁵ PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 13 avril 2016*, ch. 12.

²⁵⁷⁶ Art. 5 du Protocole (n° 2) sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

²⁵⁷⁷ Art. 141 al. 2 let. g Loi sur le Parlement.

²⁵⁷⁸ Art. 141 al. 2 let. a Loi sur le Parlement.

²⁵⁷⁹ Art. 141 al. 2 let. i Loi sur le Parlement.

²⁵⁸⁰ Art. 141 al. 2 let. j Loi sur le Parlement.

²⁵⁸¹ Art. 141 al. 2 let. e Loi sur le Parlement.

²⁵⁸² Art. 141 al. 2 let. f Loi sur le Parlement.

²⁵⁸³ Art. 141 al. 2 let. g^{ter} Loi sur le Parlement.

²⁵⁸⁴ Art. 141 al. 2 let. h Loi sur le Parlement.

²⁵⁸⁵ Art. 141 al. 2 let. d Loi sur le Parlement.

potentiels (ch. 4.3.2.2b), à *sélectionner* les impacts à évaluer plus spécifiquement (ch. 4.3.2.2c) et à *évaluer* ces derniers (ch. 4.3.2.2d)²⁵⁸⁶.

b. L'identification de l'ensemble des impacts potentiels

Pour aider à identifier l'ensemble des impacts potentiels, il faut commencer par prendre en compte le *changement de comportement* qu'induirait la mesure tant auprès des groupes-cibles, des bénéficiaires que des entités chargées de la mise en œuvre²⁵⁸⁷.

Il importe d'envisager également les impacts découlant *incidemment* du changement de comportement. Un nouveau système d'étiquetage indiquant la consommation énergétique des appareils électriques permettra désormais aux utilisateurs de comparer plus facilement les produits (impact direct de la mesure sur le comportement). La consommation de produits économes en énergie devrait augmenter par voie de conséquence (impact indirect de la mesure)²⁵⁸⁸.

Les impacts, à *court terme* et à *long terme*, *positifs* et *négatifs*, doivent être recensés, en distinguant sur ce dernier point selon les différentes personnes ou entités puisque les coûts des uns constituent possiblement les bénéfices des autres²⁵⁸⁹.

Les *effets intentionnels* devront également être opposés, non pas aux effets imprévus (ce qui serait illogique à ce stade du processus), mais au *risque d'effets imprévus* ainsi qu'aux effets non voulus mais prévisibles²⁵⁹⁰ (effets collatéraux positifs ou, s'ils sont négatifs, indésirables ou pervers et sur lesquels nous reviendrons au chapitre de l'évaluation rétrospective)²⁵⁹¹.

²⁵⁸⁶ Dans ce sens, cf. COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines* (2017), chap. III, ch. 2.5 ; COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #19 (Identification/screening of impacts). En droit fédéral, cf. OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 151 ss et 179 ss.

²⁵⁸⁷ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #19 (Identification/screening of impacts), ch. 1 let. A. Sur ces trois catégories de personnes, cf. le « triangle des acteurs » ci-dessous ch. 2.3.5.4b.

²⁵⁸⁸ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #19 (Identification/screening of impacts), ch. 1 let. B ; COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines* (2017), chap. III, ch. 2.5.1.

²⁵⁸⁹ *Ibidem*, chap. III, ch. 2.5.1.

²⁵⁹⁰ *Ibidem*, chap. III, ch. 2.5 et 2.5.1.

²⁵⁹¹ Cf. ci-dessous ch. 6.2.2.2.

En droit fédéral, le Guide de législation demande d'y porter attention tant dans la première que la seconde phase de l'évaluation prospective :

- Evaluation prospective sommaire : « Cette prise en compte permet également d'identifier les effets collatéraux (qu'ils soient positifs ou négatifs) des différentes solutions. »²⁵⁹²
- Evaluation prospective détaillée : « Lors de l'évaluation des effets, il importe de veiller à ce que le modèle d'impact ne soit pas seulement axé sur une situation idéale dessinée par l'office compétent. En d'autres termes, il y a lieu de prendre aussi en compte le point de vue et les intérêts spécifiques des autorités d'exécution, des destinataires des normes et des autres acteurs concernés. Cette façon de procéder permet de juger de la manière dont ils réagiront et des changements de comportement indésirables provoqués par la norme, susceptibles, selon les circonstances, de compromettre l'impact de l'acte législatif. »²⁵⁹³

Les *tribunaux* tiennent parfois compte des effets indésirables dans le contrôle abstrait des lois.

Saisi d'un recours contre la loi genevoise sur la prostitution, le Tribunal fédéral a évoqué l'argument des effets indésirables (qu'il qualifie en l'espèce d'« effets inverses ») dans l'analyse du grief de la proportionnalité. L'exigence imposée par la loi au responsable d'un salon de prostitution ou d'une agence d'escorte d'obtenir l'accord préalable du propriétaire de l'immeuble pour y exploiter son établissement « peut, tel que cela avait été débattu durant les travaux préparatoires, conduire à des effets inverses à ceux visés par la loi. Certaines personnes se prostituant risquent en effet, pour ne pas se retrouver à la rue et pour continuer à exercer leur profession, de faire appel à un proxénète afin qu'il mette des locaux à leur disposition [...]. Il pourrait aussi arriver qu'un propriétaire-bailleur peu scrupuleux conditionne son accord écrit au paiement de loyers usuriers. »²⁵⁹⁴

A ce stade, *tous les impacts potentiellement importants* doivent être identifiés, que leur évaluation précise soit possible ou non.

Union européenne – « All potentially important impacts should be identified regardless of whether or not it will be possible to assess them precisely. Failure to identify a significant impact may affect the overall comparison of options or weaken the case for the Commission's proposal later on. »²⁵⁹⁵

Suisse – « Il y a lieu de veiller à ce que cette évaluation prenne en compte, dans toute la mesure du possible, tous les facteurs pertinents, y compris ceux qui ont une portée générale (notamment, la nécessité, la proportionnalité, l'efficacité, l'efficience, l'aptitude à la mise en œuvre, l'acceptabilité politique, les incidences sur les droits fondamentaux) et des principes généraux (notamment la nécessité, la proportionnalité, les incidences sur les droits fondamentaux [art. 35 Cst. féd.], les conséquences du projet, les coûts, les

²⁵⁹² OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 155 *i.f.*

²⁵⁹³ *Ibidem*, ch. 187.

²⁵⁹⁴ ATF 137 I 167, p. 177 s.

²⁵⁹⁵ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines* (2017), chap. III, ch. 2.5.1.

incidences sur l'effectif du personnel, la charge administrative, la subsidiarité, l'accessibilité pour le citoyen, etc.). Il importe également de prendre en considération les impératifs de l'économie (notamment des PME, auxquelles il convient d'imposer des charges administratives et des restrictions à la liberté d'entreprendre aussi restreintes que possible), de la société (renforcement de l'intégration sociale, améliorations de la santé et de la sécurité publiques, renforcement de la solidarité intra- et intergénérationnelle, etc.) et de l'écologie (réduction des nuisances) ainsi que d'autres aspects, tels que l'égalité entre femmes et hommes. »²⁵⁹⁶

Les impacts peuvent être de nature *factuelle* ou *juridique*. La triade du développement durable permet d'explicitier plus clairement les différents impacts de fait.

La Commission donne les exemples suivants dans sa « boîte à outils »²⁵⁹⁷ :

Impacts économiques

- Environnement macroéconomique
- Compétitivité, échanges et flux d'investissement
- Fonctionnement et conduite des PME [petites et moyennes entreprises]
- Charge administrative pour les entreprises
- Innovation et recherche
- Développement technologique et économie numérique
- Pays tiers et relations internationales
- Fonctionnement du marché intérieur et de la concurrence
- Indépendance énergétique
- Union économique et monétaire (approfondissement et équité)
- Consommateurs et ménages
- Droits de propriété
- Autorités publiques et budgets

Impacts *sociaux*

- Emploi
- Conditions de travail
- Répartition des revenus, protection sociale et inclusion sociale (de groupes spécifiques)
- Systèmes de santé publique
- Normes et qualité en matière de travail
- Education et formation
- Crime, terrorisme et sécurité
- Bien-être animal
- Patrimoine culturel et multilinguisme
- Gouvernance et bonne administration

²⁵⁹⁶ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 155.

²⁵⁹⁷ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #19 (Identification/screening of impacts), ch. 2, avec une référence aux ressources complémentaires suivantes : liaise-kit.eu > Knowledge for IA > Impact areas.

Impacts environnementaux

- Climat
- Utilisation efficiente des ressources (renouvelables et non renouvelables)
- Qualité des ressources naturelles et lutte contre la pollution (eau, sol, air, etc.)
- Biodiversité, y compris la flore, la faune, les écosystèmes et leurs services ainsi que les paysages
- Réduction et gestion des déchets
- Risques environnementaux
- Impacts environnementaux internationaux

Les domaines suivants sont donnés à titre *transversal* :

- Cohésion économique et sociale (régions et secteurs spécifiques)
- Impacts dans les pays en développement
- Développement durable

La liste pourrait être étendue. En France, une obligation d'évaluer les conséquences sur le *bonheur collectif* a été proposée sans succès lors des débats à l'Assemblée nationale en 2009²⁵⁹⁸. La question de la faisabilité d'une évaluation du critère du « *bien-être* » reste pourtant intéressante, avec toutes les difficultés que suppose un critère aussi polysémique :

« Mais de quel bien-être s'agit-il ? On pressent toute la richesse et la difficulté de cette notion polysémique qui associe le possible exercice de la liberté du choix individuel pour accéder au bien-être souhaité et qui revêt toute la gamme des formes et des ressources matérielles et immatérielles, visibles ou non visibles, individuelles ou collectives, marchandes et non marchandes qui constituent la vie en société. »²⁵⁹⁹

Une seconde série d'impacts doit être identifiée regroupant les *effets juridiques* des mesures envisagées. On relèvera cependant que la frontière entre impacts de fait et de droit n'est pas toujours imperméable, car les premiers peuvent avoir par ricochet un impact sur les seconds, à l'instar de la problématique des *effets indirects* en droits fondamentaux²⁶⁰⁰. Cette identification constitue le premier pas des procédures de *contrôle juridique préventif de la réglementation*. Ce contrôle préventif est effectué par l'administration avec le concours possible des tribunaux dans le contexte des procédures dites de contrôle abstrait des normes²⁶⁰¹.

²⁵⁹⁸ COMBRADE (2017), p. 362.

²⁵⁹⁹ Claudine OFFREDI/Michel LAFFUT, « Le bien-être peut-il être un critère d'évaluation de l'action publique ? », in : *Revue française d'administration publique*, n° 148(4), 2013, p. 1004.

²⁶⁰⁰ Cf. ci-dessus la problématique des discriminations indirectes ch. 1.3.4.4d.

²⁶⁰¹ Pierre MOOR/Alexandre FLÜCKIGER/Vincent MARTENET, *Droit administratif*, vol. 1 : Les fondements, 3^e éd., Berne, 2012, p. 322 ss ; Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I : L'Etat, 3^e éd., Berne, 2013, p. 642 ss.

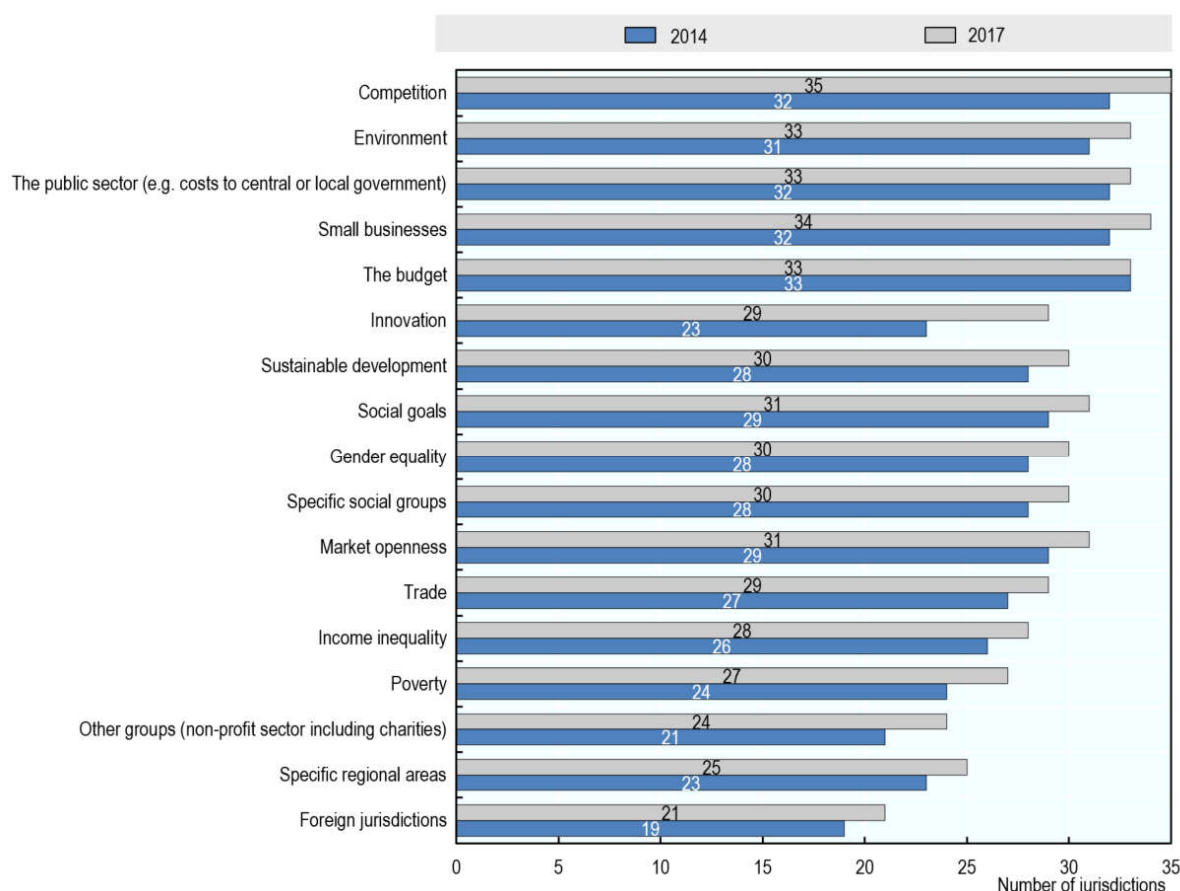
En droit fédéral, « [d]ans son message, le Conseil fédéral [...] fait notamment le point sur les bases légales ou constitutionnelles sur lesquelles le projet se fonde, ses effets sur les droits fondamentaux, sa compatibilité avec le droit de rang supérieur et ses relations avec le droit européen »²⁶⁰², sur « l'usage de la marge de manœuvre dont la Suisse dispose lorsqu'elle reprend le droit international »²⁶⁰³ et sur « le respect du principe de subsidiarité dans l'attribution et l'accomplissement de tâches étatiques et les conséquences que le projet aura pour les communes, les villes, les agglomérations urbaines et les régions de montagne »²⁶⁰⁴.

Concrètement, le contrôle juridique préventif de projets d'actes normatifs fédéraux incombe en premier chef à l'Office fédéral de la justice, chargé d'examiner la constitutionnalité et la légalité de l'ensemble des projets d'actes législatifs, leur conformité et leur compatibilité avec le droit national et international en vigueur et leur exactitude quant au fond²⁶⁰⁵.

D'autres offices seront amenés à exercer des contrôles juridiques dans leurs domaines de compétence respectifs, par exemple la Direction du droit international public pour la compatibilité avec les règles du droit international public, le Bureau de l'intégration en matière de droit de l'Union européenne ainsi que le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, le Bureau fédéral de l'égalité des personnes handicapées ou le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence pour se limiter à quelques exemples²⁶⁰⁶.

A titre de synthèse, la figure suivante recense les impacts effectivement examinés dans les analyses d'impact en 2018 dans 34 pays de l'OCDE et l'Union européenne :

-
- ²⁶⁰² Art. 141 al. 2 let. a Loi sur le Parlement. Cf. CONSEIL FÉDÉRAL, « Renforcement du contrôle préventif de la conformité au droit », in : *FF* 2010 1989 ; Giovanni BIAGGINI, « « Präventive Rechtskontrolle » – Hintergrund, Inhalt, Folgerungen », in : *LeGes*, 2010/3, p. 309 ss.
- ²⁶⁰³ Art. 141 al. 2 let. a^{bis} Loi sur le Parlement.
- ²⁶⁰⁴ Art. 141 al. 2 let. a^{ter} Loi sur le Parlement.
- ²⁶⁰⁵ Art. 7 al. 3 de l'ordonnance sur l'organisation du Département fédéral de justice et police (Org DFJP, RS 172.213.1).
- ²⁶⁰⁶ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 371 ss. Cf. ég. CHANCELLERIE FÉDÉRALE, *Aide-mémoire sur la présentation des messages du Conseil fédéral*, Berne, 2018, ch. 7, précisant les points à traiter sous la section « Aspects juridiques ».

Figure 4-4 – Impacts examinés dans les analyses d'impact (OCDE et UE)²⁶⁰⁷

c. *La sélection des impacts à évaluer de manière approfondie*

L'étendue des impacts d'un projet de loi est potentiellement immense comme nous venons d'en brosser l'aperçu. Afin de recentrer l'analyse, les autorités peuvent définir quels types d'impacts au minimum doivent être évalués²⁶⁰⁸. Dans ce cadre, elles en préciseront parfois les conditions, à l'instar des incidences économiques, dont l'évaluation devient obligatoire à partir d'un certain degré d'importance, ou de l'impact sur l'égalité dès que les personnes touchées sont « dans une situation caractérisée par une répartition traditionnelle des rôles féminin ou masculin ou dans laquelle un sexe est sous- ou sur-représenté »²⁶⁰⁹.

²⁶⁰⁷ Source : OCDE, *Regulatory Policy Outlook 2018*, Paris, 2018, graphique 2.29. Pour la même analyse, mais prenant en compte également les pays hors de l'OCDE, cf. BANQUE MONDIALE, *Global Indicators of Regulatory Governance: Worldwide Practices of Regulatory Impact Assessments*, Washington (DC), 2018, fig. 3, p. 6 (mise à jour sous www.rulemaking.worldbank.org).

²⁶⁰⁸ Cf. ci-dessus ch. 4.3.2 et ch. 2.2.3.3c.

²⁶⁰⁹ Réf. cit. ci-dessus ch. 2.2.3.3c *i.f.*

A défaut d'obligation spécifique, le principe de proportionnalité impose que l'autorité se limite aux impacts les plus significatifs compte tenu de la matière visée. Le choix des impacts à retenir pour une évaluation plus approfondie doit être clairement justifié. Les critères suivants devraient dicter le choix comme le suggère la Commission²⁶¹⁰ :

La pertinence de l'impact dans la logique d'intervention – Il faut au minimum retenir pour une analyse plus approfondie tous les paramètres-clés d'une option stratégique qui contribuent directement à la réalisation des objectifs, car leur évaluation est une condition nécessaire pour évaluer l'efficacité et l'efficience d'une option.

L'ampleur des impacts attendus – L'analyse doit se concentrer sur les impacts les plus importants compris tant dans l'*absolu* que de manière *relative*. Des impacts en soi faibles peuvent en effet être perçus comme importants du point de vue de parties prenantes spécifiques, soit en raison de la taille relative de ces derniers, de la concentration des impacts sur des régions, des secteurs ou des groupes spécifiques ou de l'impact cumulé d'obligations successives.

L'importance des impacts pour d'autres politiques publiques – Une analyse approfondie se justifie si l'examen préliminaire met en exergue l'existence d'effets croisés potentiellement importants entre l'option proposée et les objectifs d'autres politiques qui nécessiteraient un arbitrage politique.

L'importance attendue des impacts doit être évaluée en termes de changements par rapport au *scénario de référence*²⁶¹¹.

d. L'évaluation des impacts

Les impacts précédemment sélectionnés peuvent dès lors être évalués de manière plus approfondie. La question-clef à résoudre à ce stade est celle du *choix de la méthode*. Celle-ci variera en fonction des spécificités du cas d'espèce, de la disponibilité des données et de l'exigence de proportionnalité.

La Commission le précise : « There is no single best method which would apply to all possible Commission initiatives. There is, however, an obligation to make the most sensible methodological choice given the specificities of the case at hand, the availability of data and the requirement to carry out a proportionate analysis. »²⁶¹²

²⁶¹⁰ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines* (2017), chap. III, ch. 2.5.2 ; COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #19 (Identification/screening of impacts), ch. 3.

²⁶¹¹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #19 (Identification/screening of impacts), ch. 3. Sur ce scénario. cf. ci-dessus XXX.

²⁶¹² *Ibidem*, ch. 4.

Dans sa « boîte à outils », la Commission décrit de manière détaillée les différentes méthodes disponibles relatives à quasiment tous les domaines d'impact précédemment identifiés, y compris les droits fondamentaux.

La « boîte à outils » contient tout d'abord, sur huit pages, diverses *listes de questions* qui permettent de se référer aux impacts-clefs dans les domaines économiques, sociaux et environnementaux ainsi qu'en matière de droits fondamentaux²⁶¹³. Elle propose ensuite une quinzaine de *méthodes relatives à des secteurs spécifiques* décrites sur environ 150 pages²⁶¹⁴, dont une méthode d'*analyse d'impact sur les droits fondamentaux et les droits humains* (Tool #28 [Fundamental rights & human rights]) faisant référence à des directives complémentaires (« Operational Guidance on taking account of Fundamental Rights in Commission Impact Assessments »²⁶¹⁵ : « Guidelines on the analysis of human rights impacts in impact assessments of trade-related policy initiatives »²⁶¹⁶)²⁶¹⁷.

On complètera ces sources par une analyse de la littérature qui décrit de multiples types d'analyses dans des domaines spécifiques (analyse d'impact social, genre, environnement, énergie, agriculture, concurrence, développement, etc.)²⁶¹⁸.

Nous décrirons plus loin les caractéristiques des différentes méthodes d'évaluation disponibles²⁶¹⁹.

²⁶¹³ *Ibidem*, ch. 4.

²⁶¹⁴ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #20 (Sectoral competitiveness) ; Tool #21 (Research & innovation) ; Tool #22 (The « SME TEST ») ; Tool #23 (Competition) ; Tool #24 (Internal market) ; Tool #25 (Prevention of fraud) ; Tool #26 (External trade and investment) ; Tool #27 (The digital economy and society & ICT issues) ; Tool #28 (Fundamental rights & human rights) ; Tool #29 (Employment, working conditions, income distribution, social protection & inclusion) ; Tool #30 (Education and training, culture and youth [ETCY]) ; Tool #31 (Health impacts) ; Tool #32 (Consumers) ; Tool #33 (Territorial impacts) ; Tool #34 (Developing countries) ; Tool #35 (Resource efficiency).

²⁶¹⁵ COMMISSION EUROPÉENNE, *SEC(2011)567/F1*, Bruxelles, 6 mai 2011.

²⁶¹⁶ COMMISSION EUROPÉENNE, DIRECTION GÉNÉRALE DU COMMERCE, *Guidelines on the analysis of human rights impacts in impact assessments for trade-related policy initiatives*, Bruxelles, 2015.

²⁶¹⁷ Pour des références en doctrine sur l'analyse d'impact comme mécanisme non juridictionnel utilisé pour favoriser le développement des droits humains, en particulier l'analyse d'impact sociale, cf. Anne MEUWESE/Stijn VAN VOORST, « Regulatory Impact Assessment in Legal Studies », in : Dunlop/Radaelli (éd.), *Handbook of regulatory impact assessment*, Cheltenham, 2016, p. 27 (réf. cit., en particulier Helen TONER, « Impact assessments and fundamental rights protection in EU Law », in : *European Law Review*, 2006/3, p. 316 ss).

²⁶¹⁸ Cf. les différentes contributions thématiques in : Dunlop/Radaelli (éd.), *Handbook of regulatory impact assessment*, Cheltenham, 2016, p. 108 ss et 193 ss.

²⁶¹⁹ Cf. ci-dessous ch. 4.4.

4.3.3 L'évaluation de l'impact par rapport à l'efficacité, l'effectivité et l'efficience (efficacité au sens large)

4.3.3.1 Introduction

Parvenu à ce stade du déroulement de l'analyse d'impact, on est désormais en mesure, sur la base des différents impacts mis en évidence au cours de la phase précédente, d'examiner et de comparer les jeux d'options stratégiques envisagées en termes d'efficacité, d'effectivité et d'efficience²⁶²⁰.

Ernst ZITELMANN avait déjà problématisé cette question centrale de l'efficacité dans son « Kunst der Gesetzgebung » (*Art de la législation*) paru en 1904. Il écrivait que les moyens devaient correspondre aux buts pour être en mesure d'agir sur la réalité et qu'en conséquence, tout reposait dès lors sur la *prévision de l'efficacité* d'une mesure législative (« Vorherbestimmung der Wirksamkeit einer gesetzgeberischen Maßregel ») dont il était nécessaire de déterminer les effets non seulement envers les personnes directement affectées, mais sur l'ensemble des concitoyens également :

« ‹ Das Mittel ›, so schreibt Ernst Zitelmann 1904 in seiner *Kunst der Gesetzgebung*, ‹ soll dem Zweck entsprechen, es soll also in bestimmter Weise auf die Wirklichkeit einwirken. Demnach handelt es sich hier überall um die *Vorherbestimmung der Wirksamkeit* einer gesetzgeberischen Maßregel, und zwar gilt es ihre Wirkungen zu bestimmen nicht nur für die Personen, deren Verhältnisse zu ordnen sie unmittelbar berufen ist, sondern ihre Einwirkung auf alle Rechtsgenossen. › »²⁶²¹.

Pour ce faire on étudiera tout d'abord *l'efficacité dans ses différentes composantes* (ch. 4.3.3.2), le *rapport entre celles-ci* (ch. 4.3.3.3), y compris avec les exigences de *cohérence* et de *proportionnalité* (ch. 4.3.3.4) pour proposer ensuite une *modélisation des impacts* dans le diagramme d'intervention logique (ch. 4.3.3.5).

²⁶²⁰ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines* (2017), chap. III, ch. 2.6.

²⁶²¹ Sigrid EMMENEGGER, *Gesetzgebungskunst: gute Gesetzgebung als Gegenstand einer legislativen Methodenbewegung in der Rechtswissenschaft um 1900: zur Geschichte der Gesetzgebungslehre*, Tübingen, 2006, p. 161.

4.3.3.2 *L'efficacité dans ses différentes composantes : l'efficacité, l'effectivité et l'efficience*

a. *L'efficacité au sens large (« performance »)*

L'*efficacité au sens large*, qui trouve un fondement constitutionnel en droit suisse²⁶²², comprend les notions d'*efficacité proprement dite*, qui s'évalue selon le but de la loi, d'*effectivité*, à jauger en fonction de l'ancrage de la loi dans les comportements réels des destinataires, et d'*efficience*, à examiner par rapport aux ressources à investir dans la mise en œuvre de la loi²⁶²³.

Certains suggèrent de qualifier l'efficacité au sens large de *performance*²⁶²⁴, notion qui désigne « l'idée d'une gestion par les résultats », la performance d'une action étant appréciée à la lumière de son efficience, de son efficacité et de la qualité du service rendu²⁶²⁵. On retrouve ce terme dans la version anglaise de l'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » traduit en français par « efficacité » : « Ex-post evaluation of existing legislation – The three Institutions confirm the importance of the greatest possible consistency and coherence in organising their work to evaluate the performance of Union legislation, including related public and stakeholder consultations. »²⁶²⁶

La notion de performance ne comprend en particulier pas l'analyse de la pertinence. C'est en ce sens que l'*audit de performance* se distingue de l'évaluation des politiques publiques selon la définition qu'en donnent les normes professionnelles internationales des Cours des comptes : « L'audit de la performance consiste à examiner de façon

²⁶²² Art. 170 Cst. féd. (cf. ci-dessous ch. 6.2.3.2). Sur la juridicisation de ce principe, cf. Pierre MOOR/Etienne POLTIER, *Droit administratif*, vol. 2 : Les actes administratifs et leur contrôle, 3^e éd., Berne, 2011, p. 608 ss ; Alexandre FLÜCKIGER, « Le droit administratif en mutation : l'émergence d'un principe d'efficacité », in : *Revue de droit administratif et de droit fiscal*, vol. 57, 2001, p. 93 ss. Sur le concept d'efficacité des normes, cf. les contributions réunies in : Marthe FATIN-ROUGE/Laurence GAY/Ariane VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique : Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, 2012.

²⁶²³ FLÜCKIGER (2001), p. 95.

²⁶²⁴ Cf. dans ce sens COMMISSION EUROPÉENNE, *Programme pour une réglementation affûtée et performante*, Bruxelles, 2014, p. 14 ; COMBRADE (2017), p. 353 s. Cf. également SWISSUNIVERSITIES, *Le programme « Performances de la recherche en sciences humaines et sociales »/Das Programm « Performances de la recherche en sciences humaines et sociales »*, Berne, 2018, sur l'évaluation de la recherche scientifique en Suisse.

²⁶²⁵ COMBRADE (2017), p. 354.

²⁶²⁶ PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 13 avril 2016*, ch. 20. Cf. ég. COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #57 (Analytical methods to compare options or assess performance). Cf. ég. les travaux de l'OCDE sur l'« évaluation de la performance réglementaire » (« Measuring Regulatory Performance ») (oecd.org/fr > Thèmes > Gouvernance publique > Politique réglementaire > Evaluation de la performance réglementaire).

indépendante, objective et fiable si des systèmes, des opérations, des programmes, des activités ou des organisations du secteur public fonctionnent conformément aux principes d'économie, d'efficience et d'efficacité et si des améliorations sont possibles »²⁶²⁷.

b. L'efficacité proprement dite

L'efficacité proprement dite (efficacité au sens étroit, « Wirksamkeit » ; « efficacy »²⁶²⁸ ; « effectiveness »²⁶²⁹) caractérise la capacité d'une mesure à atteindre les buts visés par la loi. Elle s'évalue par rapport aux *résultats* atteints en fin de chaîne causale (appelés parfois « outcomes », parfois « impacts » selon les sensibilités des différents auteurs), à savoir l'impact des mesures (appelées « inputs ») sur les bénéficiaires finaux²⁶³⁰.

Dans certaines hypothèses, on peut reconnaître une efficacité d'ordre *symbolique* ; nous l'avons montré plus haut²⁶³¹.

Cette notion est au fondement de l'évaluation des incidences des lois, car elle contraint l'analyste à ne pas se contenter simplement d'une évaluation de la mise en œuvre des règles par leurs destinataires (critère de l'effectivité) mais à aller au-delà, en s'assurant que le respect des prescriptions de la loi permet bien d'atteindre en fin de compte le but visé. Jean CRUET le résumait en 1908 déjà de manière très limpide :

« Il ne suffit pas que les prescriptions de la loi soient appliquées pour que le but visé par le législateur soit atteint. »²⁶³²

²⁶²⁷ ISSAI 300 § 9 (cit. in : INTOSAI, *GOV 9400 – Lignes directrices sur l'évaluation des politiques publiques*, Vienne, 2016, ch. 1.3.). Sur la différence, cf. ci-dessous ch. 6.2.1.3c.

²⁶²⁸ MADER (1985), p. 77 ; Helen XANTHAKI, « Improving the Quality of EU Legislation: Limits and Opportunities? », in: Garben/Govaere (éd.), *The EU Better Regulation Agenda : A Critical Assessment*, Portland, 2018, p. 31 qui critique l'utilisation du terme d'« effectiveness » pour rendre cette idée.

²⁶²⁹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines* (2017), chap. III, ch. 2.6 : « The extent to which different options would achieve the objectives (effectiveness) ». Cependant « effectiveness » est traduit par « effectivité » dans l'accord inter-institutionnel « Mieux légiférer » (ch. 22 et 41). Sur le sens d'impact (qui produit un effet), cf. ci-dessous ch. 6.2.2.1.

²⁶³⁰ KNOEPFEL/LARRUE/VARONE/SAVARD (2015), p. 287 ss ; Werner BUSSMANN/KLÖTI Ulrich/KNOEPFEL Peter (éd.), *Politiques publiques : évaluation*, Paris, 1998, p. 69 et 103 ; Luzius MADER, *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Lausanne, 1985, p. 77.

²⁶³¹ Cf. ci-dessus ch. 2.1.2.1c.

²⁶³² Jean CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, 1908, p. 276.

On reviendra cependant en conclusion sur la nécessité de *penser autrement l'efficacité* en se détachant d'une certaine mesure des objectifs²⁶³³.

c. *L'effectivité*

L'*effectivité* (« Effektivität » ; « effectivity » ; « compliance »²⁶³⁴ ; « Befolgung »²⁶³⁵ ; « effectiveness »²⁶³⁶) permet de déterminer la congruence entre une mesure et le comportement effectif de ses destinataires²⁶³⁷ : « Est effective la règle utilisée par ses destinataires comme modèle pour orienter leurs pratiques »²⁶³⁸. Elle mesure le « degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit »²⁶³⁹.

Elle s'apprécie selon différents *indicateurs* variables en fonction de la typologie des normes visées²⁶⁴⁰ :

- le degré d'*observation* pour les obligations ;
- le degré d'*utilisation* pour les droits ;
- le degré de *suivi* pour les recommandations²⁶⁴¹.

²⁶³³ Cf. ci-dessous ch. 6.2.2.1.

²⁶³⁴ Peter KNOEPFEL/Frédéric VARONE/Werner BUSSMANN/Luzius MADER, « Les objets et critères d'évaluation », in : Bussmann/Klöti/Knoepfel (éd.), *Politiques publiques : évaluation*, Paris, 1998, p. 97.

²⁶³⁵ MADER (1985), p. 57.

²⁶³⁶ Ce terme est parfois utilisé dans ce sens, cf. ci-dessus note de bas de page 2628 et 2629 ainsi que ci-dessous dans la présente section.

²⁶³⁷ KNOEPFEL/LARRUE/VARONE/SAVARD (2015), p. 284 ss ; Peter KNOEPFEL/Stéphane NAHRATH/Jérôme SAVARY/Frédéric VARONE, *Analyse des politiques suisses de l'environnement*, Zurich, 2010, p. 141 ; Peter KNOEPFEL/MADER (1985), p. 56 ss ; FLÜCKIGER (2001), p. 94 s.

²⁶³⁸ OST/VAN DE KERCHOVE (2002), p. 330 se référant à Paul AMSELEK (règle comme modèle pour l'action).

²⁶³⁹ Pierre LASCOUMES, « Effectivité », in : Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, 1993, p. 130.

²⁶⁴⁰ Sur la difficulté de la mesure, cf. OST/LENOBLE (1980), p. 518. Il ne faut pas se limiter au critère du respect ou de la sanction, comme cela arrive parfois dans un réductionnisme impérativiste (cf. Jacques COMMAILLE, « Effectivité », in : Alland/ Rials [dir.], *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, 2003, p. 584).

²⁶⁴¹ FLÜCKIGER (2001), p. 95 ; Peter KNOEPFEL/Frédéric VARONE/Werner BUSSMANN/Luzius MADER, « Les objets et critères d'évaluation », in : Bussmann/Klöti/Knoepfel (éd.), *Politiques publiques : évaluation*, Paris, 1998, p. 97. Pour une analyse avec d'autres types de normes, notamment les normes primaires et secondaires, les normes matérielles et procédurales ou les normes conditionnelles et finalisées, cf. MADER (1985), p. 60 ss.

L'effectivité est généralement examinée par rapport aux comportements des *groupes-cibles*. L'effectivité est dans ce cas jaugée selon le changement de comportement effectif des groupes-cibles (appelé parfois également « outcome » ou « result »), si besoin à la suite des prestations instrumentales (« outputs »), par hypothèse *effectivement* fournies par les *acteurs de mise en œuvre*. Il en résulte qu'il faut également examiner l'effectivité en rapport avec le comportement de ces derniers, et non seulement avec celui des groupes-cibles²⁶⁴².

En droit de l'Union européenne, l'« effectivité » apparaît par le détour du principe interprétatif de l'« effet utile », deux termes qui forment le « mantra du droit de l'Union européenne »²⁶⁴³, et qui sont formulés sous le terme unique d'« effectiveness » en anglais²⁶⁴⁴.

L'évaluation de l'effectivité doit s'effectuer en *deux temps* : afin de s'assurer que le respect de la norme n'est pas le fruit du hasard ou d'une autre cause, on vérifie d'abord si les comportements observables correspondent bien aux normes à évaluer (*congruence*) puis on examine la question du rapport de cause à effet (*imputabilité*)²⁶⁴⁵.

L'évaluation de l'effectivité probable d'une mesure fait partie intégrante de l'analyse d'impact. Celle-ci devra s'assurer que la loi projetée est bien *exécutable* (faisabilité, applicabilité, praticabilité ; « Praktikabilität »²⁶⁴⁶).

Pierre CHARRON mettait en garde le législateur en 1601 déjà contre la *dangerosité et les injustices qui résultent de lois inexécutables*. Il y voyait « vanités et folies de l'homme de prescrire des lois et des règles qui excèdent l'usage et la forme humaine » : « la plupart des législateurs font des plans de gouvernements, qui sont inexécutables, dont l'essai serait quelquefois dangereux. [...] C'est une des vanités et folies de l'homme de prescrire des lois et des règles qui excèdent l'usage et la forme humaine, comme aucuns philosophes et docteurs font. Ils proposent des images de vie relevées, ou bien si difficiles et austères, que la pratique en est impossible, au moins pour longtemps, voire l'essai en est dangereux à plusieurs : ce sont des peintures en l'air, comme les républiques de Platon et de Morus, l'orateur de Cicéron, le poète d'Horace, belles et excellentes imaginations, mais cherchez qui les mettra en usage. [...] Et ceux-ci s'obligent, et les autres à être nécessairement en faute, taillant à escient de la besogne plus qu'ils n'en sauraient faire : et souvent ces beaux faiseurs de règles sont les premiers moqueurs, car ils ne font rien, et souvent tout au rebours de ce qu'ils enjoignent aux autres, à la phrasaïque [« ils

²⁶⁴² Cf. ci-dessous ch. 4.3.3.5.

²⁶⁴³ Olivier DUBOS, « L'effet utile et l'effectivité dans l'Union européenne : identification normative », in : Bouveresse/ Ritleng (dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, 2018, p. 50.

²⁶⁴⁴ *Ibidem*.

²⁶⁴⁵ MADER (1985), p. 56 ss.

²⁶⁴⁶ Sur ce principe, cf. MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 188 (réf. cit.) ; Daniel WYSS, « Die Prüfung von Gesetzen auf ihre Praktikabilität in Grossbritannien und Kanada: Ein Modell für die Schweiz? » in: *Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle*, 2009, p. 276 ss.

s'imposent de lourds fardeaux, et ne veulent pas seulement les remuer du doigt › Saint-Mathieu, chap. XXIII, v. 4] »²⁶⁴⁷

Plus récemment, le *Tribunal fédéral* a eu l'occasion de souligner à propos du principe de précaution en droit de l'environnement la nécessité d'« avoir à l'esprit qu'avant toute mesure, la Confédération était tenue de veiller à ce que son action recueillît une certaine adhésion, sinon de l'opinion publique, du moins des personnes directement touchées par les mesures envisagées [...]. A défaut, les mesures décidées risquaient de ne pas être correctement appliquées voire d'être purement et simplement éludées et, finalement, de rester sans effet ou de n'avoir qu'un effet limité [...]. L'implication le plus tôt et la plus large possible des milieux concernés dans le processus d'analyse et de gestion des risques est d'ailleurs reconnue comme un élément primordial pour garantir une certaine efficacité et efficacité à la mise en place de mesures de précaution »²⁶⁴⁸.

Enfin, on ne confondra pas l'effectivité avec l'*effectivisme*, sa dérive, que nous examinerons plus loin²⁶⁴⁹.

d. *L'efficience*

L'*efficience* (« Effizienz » ; « Wirtschaftlichkeit »²⁶⁵⁰ ; « efficiency »²⁶⁵¹) est la capacité d'une mesure à atteindre les buts visés par la loi avec des ressources optimales. Elle permet de comparer les ressources investies dans la mise en œuvre d'une loi et les résultats obtenus²⁶⁵². On peut distinguer l'efficience *productive* (appelée parfois « économie »²⁶⁵³ ou « rationalité managériale »²⁶⁵⁴) – à savoir la relation entre les ressources investies dans les mesures et les prestations de mise en œuvre (« outputs »)²⁶⁵⁵ – de l'efficience *allocative* – soit la relation entre les ressources investies dans les mesures et les effets obtenus auprès des bénéficiaires finaux, qui traite de l'allocation des ressources pour un effet optimal²⁶⁵⁶. Elle est calculée par *diverses méthodes*, en

²⁶⁴⁷ Pierre CHARRON, *De la sagesse*, Paris, 1827 (1^{re} parution à Bordeaux en 1601), T. 1, p. 392 ss.

²⁶⁴⁸ ATF 132 II 305, p. 322.

²⁶⁴⁹ Cf. ci-dessous ch. 6.1.3.3.

²⁶⁵⁰ MADER (1985), p. 82.

²⁶⁵¹ Dans l'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer », « efficiency » nous semble inexactement traduit par « efficacité » (ch. 22).

²⁶⁵² MADER (1985), p. 82 ss. Pour un examen exhaustif de l'efficience en droit, cf. Horst EIDENMÜLLER, *Effizienz als Rechtsprinzip*, (4^e éd.), Tübingen, 2015 (1^{ère} parution en 1995).

²⁶⁵³ KNOEPFEL/NAHRATH/SAVARY/VARONE (2010), p. 141.

²⁶⁵⁴ KNOEPFEL/VARONE/BUSSMANN/MADER (1998), p. 107.

²⁶⁵⁵ KNOEPFEL/LARRUE/VARONE/SAVARD (2015), p. 293 ss.

²⁶⁵⁶ KNOEPFEL/LARRUE/VARONE/SAVARD (2015), p. 291 ss.

particulier l'analyse coût-bénéfice et l'analyse coût-efficacité²⁶⁵⁷ de même que, mais limitées aux coûts, celles des moindres coûts et des coûts standards²⁶⁵⁸.

Dans l'exemple de la distribution gratuite de pommes aux écoliers et écolières, le critère de l'efficacité productive est rempli si les écoles parviennent à acheter les meilleures pommes au meilleur prix. Celui de l'efficacité allocative l'est si, à efficacité égale, il se révèle que l'achat de pommes est moins coûteux que celui de fruits plus exotiques ou le financement d'autres mesures, par exemple une heure de sport supplémentaire, pour prévenir l'obésité infantile.

Cette distinction est utile pour évaluer de manière critique les programmes de rationalisation et d'augmentation de l'efficacité de l'administration promus depuis quelques décennies dans le contexte de la nouvelle gestion publique (« new public management ») :

« De fait, un haut degré de rationalisation interne et, par là, un faible coût de l'activité étatique ne conduisent qu'à un activisme bureaucratique vide de tout sens aussi longtemps que ce dernier ne produit, à l'extérieur, aucun effet ou des effets non visés ; l'attestation d'un traitement efficace des procédures administratives ne peut constituer une fin en soi. Pour la science administrative orientée vers les politiques publiques, ces dernières ne sont efficaces que si, premièrement, elles sont efficaces et si, deuxièmement, les ressources matérielles et immatérielles nécessaires à leur mise en œuvre sont investies de manière optimale. »²⁶⁵⁹

4.3.3.3 *Le rapport entre les différentes composantes de l'efficacité et la pertinence*

a. *Introduction*

Tisser le rapport entre les notions d'efficacité, d'effectivité, d'efficacité et de pertinence permet de mieux les comprendre. On opposera l'efficacité successivement à l'effectivité et à la pertinence.

b. *L'efficacité et l'effectivité*

Une loi est *effective sans être efficace* si elle n'atteint pas les objectifs poursuivis tout en étant suivie par les groupes-cibles.

²⁶⁵⁷ Cf. ci-dessous ch. 4.4.4.3b.

²⁶⁵⁸ Cf. ci-dessous ch. 4.4.4.3d.

²⁶⁵⁹ KNOEPFEL/VARONE/BUSSMANN/MADER (1998), p. 107.

Exemple :

Le programme d'encouragement étatique de l'hôtellerie en Suisse s'est avéré effectif en ce sens qu'un grand nombre de projets ont été réalisés, sans pour autant avoir démontré son efficacité, c'est-à-dire avoir été en mesure d'améliorer la capacité concurrentielle à long terme des hôtels²⁶⁶⁰.

L'effectivité de la loi constitue un prérequis à son efficacité²⁶⁶¹ : une *loi ineffective ne peut pas être efficace*²⁶⁶². Il y aurait en effet un problème de causalité si la loi était efficace sans être effective, car l'atteinte du but dépendrait d'autres causes que les impacts des mesures de la loi. N'existe-t-il cependant pas une *exception* dans l'hypothèse où le législateur ne devait pas fixer à une loi l'objectif d'être effectivement appliqué (dans l'exemple des lois symboliques)²⁶⁶³ ; auquel cas la loi pourrait être efficace tout en étant concrètement ineffective²⁶⁶⁴ ? La réponse dépend de la définition d'effectivité. Il ne s'agit pas d'une exception au principe si la notion d'*effectivité symbolique* est admise : on peut dire dans ce cas que l'effet symbolique agit *effectivement*.

Exemples :

- Un exemple pourrait être celui des nouvelles dispositions pénales réprimant progressivement l'*outrage sexiste* : si celles-ci ne devaient que très sporadiquement être appliquées par les tribunaux dans le futur (ineffectivité) mais que le harcèlement de rue devait diminuer (efficacité), les normes pénales auront contribué à générer des normes sociales effectives²⁶⁶⁵.
- Un autre exemple serait celui d'une loi dont les auteurs auraient pour but d'adopter « une loi d'affichage, une « loi-alibi » ou loi symbolique qu'ils ne souhaitent pas voir appliquée » : « [l]a loi est ineffective, mais efficace au regard de l'objectif (caché) des politiques. »²⁶⁶⁶ Cet exemple est en revanche bien plus problématique que le précédent, étant contraire au principe de la bonne foi, car l'efficacité doit être mesurée à l'aune des objectifs clairs et avoués du législateur, et non de l'agenda caché de certains parlementaires possiblement manipulateurs.

²⁶⁶⁰ *Ibidem*, p. 104. Autres exemples in : COMBRADE (2017), p. 312.

²⁶⁶¹ COMBRADE (2017), p. 312 avec référence.

²⁶⁶² MADER (1985), p. 77.

²⁶⁶³ Cf. ci-dessus ch. 2.1.2.1c.

²⁶⁶⁴ COMBRADE (2017), p. 312.

²⁶⁶⁵ Cf. ci-dessus ch. 2.1.2.1c.

²⁶⁶⁶ Luc HEUSCHLING, « « Effectivité », « efficacité », « efficience » et « qualité » d'une norme/du droit. Analyse des mots et des concepts », in : Fatin-Rouge/Gay/Vidal-Naquet (dir.), *L'efficacité de la norme juridique : Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, 2012, p. 55.

c. *L'efficacité et la pertinence*

On rappelle que la loi est pertinente si elle permet par son impact de résoudre au mieux le problème de société à la base de la loi et, cela, sans en créer de nouveaux²⁶⁶⁷. Une loi peut dès lors être *efficace*, parce qu'elle atteint ses objectifs, mais *dénuée de pertinence* dans l'hypothèse où le problème est mal fondé (cas du faux problème ou de la situation à relativiser), où les objectifs qu'elle vise ne permettent pas de résoudre le problème ou parce qu'elle produit des effets indésirables trop importants²⁶⁶⁸.

Une loi *non pertinente* ne peut en revanche *jamaïs être efficace* (alors qu'une loi pertinente est toujours une loi efficace). Il y aurait derechef un problème de causalité si la loi était pertinente sans être efficace ou effective, car la résolution du problème dépendrait d'autres causes que la réalisation des objectifs de la loi.

4.3.3.4 *Le rapport de l'efficacité avec les exigences de cohérence et de proportionnalité*

a. *Introduction*

Les lignes directrices de la Commission demandent spécifiquement de porter une appréciation sur la *proportionnalité* et la *cohérence* des mesures en plus de leur efficacité²⁶⁶⁹. Ces deux principes n'ont pas été mis en évidence par hasard, car ils sont essentiels pour structurer de manière méthodique le concept normatif que le législateur aura à décider.

b. *La cohérence*

La cohérence est un principe essentiel en légistique, car on le retrouve à toutes les étapes de la démarche comme fondement de la loi en raison²⁶⁷⁰. La Commission précise explicitement l'exigence de cohérence dans ses directives relatives à l'analyse d'impact²⁶⁷¹. Le Traité l'y invite : « L'Union veille à la cohérence entre ses différentes politiques et actions, en tenant compte de l'ensemble de ses objectifs et en se conformant au principe d'attribution des compétences. » (art. 7 TFUE).

²⁶⁶⁷ Cf. ci-dessus ch. 2.1.

²⁶⁶⁸ Cf. ci-dessus ch. 2.1.

²⁶⁶⁹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines* (2017), chap. III, ch. 2.6.

²⁶⁷⁰ WINTGENS (2012), p. 235 ss.

²⁶⁷¹ *Ibidem*, chap. III, ch. 2.6. Cf. ég. COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #12 (Format of the impact assessment report), ch. 3, sect 7 ; Tool #18 (The choice of policy instruments), ch. 1 ; Tool #47 (Evaluation criteria and questions), ch. 5.

En Suisse, le Guide de législation vise une *cohérence*, tant sous l'aspect matériel²⁶⁷² que formel²⁶⁷³. Le guide tend à l'*harmonie*²⁶⁷⁴ de l'ordre juridique, de préférence à son *unité*, même si cette dernière notion en constituerait le but final²⁶⁷⁵. L'harmonie est affectée si des déficiences formelles, en particulier les contradictions, devaient résulter d'une coordination insuffisante des normes²⁶⁷⁶. Ces notions sont à notre avis très proches de celle de cohérence.

Ce principe est cependant difficile à appréhender juridiquement dans la mesure où il peut être une composante :

- de l'interdiction de l'*arbitraire* (incohérences crasses entre mesures rendant la réglementation dénuée de sens²⁶⁷⁷, l'ordre juridique ne tolérant pas des lois au contenu contradictoire²⁶⁷⁸ en soulignant que l'incohérence doit être manifeste pour être arbitraire²⁶⁷⁹) ;
- du principe de *proportionnalité* (un faisceau de mesures incohérentes sera inapte à atteindre le but visé²⁶⁸⁰) ;
- de l'*égalité de traitement* (incohérence dans le traitement de situations analogues²⁶⁸¹) ;

²⁶⁷² OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 133.

²⁶⁷³ Cf. ci-dessous ch. 5.3.3.2c.

²⁶⁷⁴ Sur l'idée pythagoricienne de l'harmonie de la loi ; loi qui fait l'« objet d'un véritable culte chez les pythagoriciens qui la considèrent comme instrument indispensable à l'établissement de l'harmonie dans la cité », cf. OST/LENOBLE (1980), p. 366.

²⁶⁷⁵ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 583 s. Cf. Markus WINKLER, « Einheit oder Harmonie der Rechtsordnung? » in : *Revue de droit suisse*, vol. 1, 2017, p. 172, qui analyse l'exigence de l'*unité* de l'ordre juridique comme un système dénué de contradictions.

²⁶⁷⁶ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 584.

²⁶⁷⁷ « on dira, banalement, que si un acte n'est pas arbitraire, c'est en fonction de sa cohérence et de sa rationalité » (MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET [2012], p. 893) ; « La première des exigences posées par la prohibition de l'arbitraire est celle de la cohérence interne » (MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET [2012], p. 900 ss).

²⁶⁷⁸ Sur les contradictions entre les actes eux-mêmes, cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 900 ss. Cf. ég. une décision dont le dispositif obscur a créé une situation juridique incertaine (ATF 103 Ia 182, 189).

²⁶⁷⁹ Pour un exemple, cf. ATF 133 I 145.

²⁶⁸⁰ Dans l'arrêt précédent (*Fuchs et Köhler c. Land Hessen*), § 85, la Cour de justice a analysé la question sous l'angle de l'aptitude d'une mesure à atteindre son but : « Il convient de rappeler, conformément à une jurisprudence constante, qu'une législation n'est propre à garantir la réalisation de l'objectif invoqué que si elle répond véritablement au souci de l'atteindre d'une manière cohérente et systématique (arrêts du 10 mars 2009, Hartlauer, C-169/07, Rec. p. I-1721, point 55, et Petersen, précité [C-341/08], point 53) ».

²⁶⁸¹ Cf. par exemple l'examen de la « cohérence de la législation » dans une affaire relative à l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge (objectifs légitimes justifiant une différence de traitement fondée sur l'âge pour mettre à la retraite les procureurs ayant atteint l'âge de 65 ans), CJUE, arrêt C-159/10 et C-160/10 du 21 juillet 2011 (*Fuchs et Köhler c. Land Hessen*), § 98.

- de la *bonne foi* (incohérence de comportements contradictoires²⁶⁸²) ;
- de la *hiérarchie des normes* (cohérence de la pyramide)²⁶⁸³ et de la légalité plus généralement²⁶⁸⁴ ;
- de l'*interprétation* juridique, en particulier *systématique*²⁶⁸⁵ ;
- de la *subsidiarité* (l'argument de la cohérence serait utilisé pour étendre la compétence de l'Union selon une partie de la doctrine qui y décèle une « competence-endangering review of coherence »)²⁶⁸⁶. Sur ce dernier point, on retrouve la même exigence dans les Etats fédéraux : le régime juridique institué par les deux réglementations fédérale et cantonale doit permettre à toutes deux de s'appliquer simultanément de manière cohérente²⁶⁸⁷.

En *théorie du droit*, on trouve également différentes conceptions de la cohérence²⁶⁸⁸.

c. *La proportionnalité*

I. Introduction

Le principe de proportionnalité²⁶⁸⁹ se décline en trois maximes qui doivent être cumulativement satisfaites : l'*aptitude* du moyen à atteindre le but visé, qui ne doit pas être nécessairement le plus efficace mais qui doit atteindre de manière plus ou moins effective un résultat appréciable²⁶⁹⁰ ; la *nécessité* du moyen, exigeant d'étudier les effets de solutions alternatives pour choisir celle d'entre elles qui tout en étant apte à atteindre le but porte l'atteinte la moins grave

²⁶⁸² MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), ch. 6.4.2.3.

²⁶⁸³ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 313 ss.

²⁶⁸⁴ L'exigence de cohérence, imposant l'absence de contradictions, devrait être comprise une exigence de logique au sein des différents domaines juridiques au moins (WINKLER [2017], p. 198), la logique devant être considérée comme un élément du principe de la légalité au sens de l'article 5 al. 1^{er} Cst. féd. (WINKLER [2017], p. 199).

²⁶⁸⁵ *Ibidem*, p. 129.

²⁶⁸⁶ Bernd GRZESZICK, « Rationality Requirements on Parliamentary Legislation Under a Democratic Rule of Law », in : Meßerschmidt/Oliver-Lalana (éd.), *Rational Lawmaking under Review: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*, Berlin, 2016, p. 83, commentant l'arrêt de la Cour de justice C-169/07 du 10 mars 2009 (*Hartlauer*) : « Although the area of health care principally falls within the competence of the Member States, the intensive review as to the coherence of national rules allows the European Court of Justice to become involved at a profound level in Member States' margin of manoeuvre and to require them to make drastic adjustments to their legal orders. ».

²⁶⁸⁷ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 384.

²⁶⁸⁸ CHAMPEIL DESPLATS (2014), p. 142ss, se référant à Ronald DWORKIN, Neil MACCORMICK, Aleksander PECZENIK et Robert ALEXI.

²⁶⁸⁹ Art. 5 al. 2 et 36 al. 3 Cst. féd. En droit de l'UE, cf. art. 5 TUE.

²⁶⁹⁰ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 814; Daniela IVANOV, « La proportionnalité des actes normatifs », in : *Jusletter*, 24 octobre 2016.

aux droits et intérêts privés touchés²⁶⁹¹ ; la *proportion*, ou la proportionnalité au sens étroit, qui demande de mettre en balance la gravité de la mesure sur les personnes touchées et les résultats escomptés du point de vue de l'intérêt public où les conséquences tant juridiques que de fait doivent être prises en compte²⁶⁹².

II. La nature juridique de l'efficacité

Efficacité et proportionnalité sont donc intimement intriquées²⁶⁹³. L'*aptitude* exprime ainsi l'*efficacité proprement dite*, mais s'en distingue dans les effets juridiques : le principe de proportionnalité « dessine un cadre, à l'intérieur duquel se trouvent toutes les mesures juridiquement possibles ; s'il permet ainsi d'éliminer une mesure inadéquate, il ne désigne pas pour autant celle qui est la plus efficace. Le concept d'efficacité n'a pas été élaboré comme concept juridique. »²⁶⁹⁴ Juridiquement, la question consistera donc à préciser *dans quelle mesure les conclusions d'une évaluation de l'efficacité s'imposent aux autorités politiques, administratives ou judiciaires* :

« Quel serait le rapport entre un principe d'efficacité et les principes d'intérêt public et de proportionnalité ? Si des rapports d'évaluation mettent en évidence, dans un domaine déterminé, l'inefficacité d'une mesure, cela doit-il nécessairement signifier, pour le juge, qu'elle n'est pas valable faute d'un intérêt public suffisant ? Mais cela n'impliquerait-il pas au moins une certaine réserve judiciaire, parce que la prise en compte d'une évaluation ne peut se faire sans préalablement l'évaluer – et alors selon quels critères ? »²⁶⁹⁵ La question centrale est donc celle de sa nature juridique :

« Se pose dès lors une question : quel peut être le statut d'un principe d'efficacité, aussi bien sous l'angle des problèmes qu'il pose à l'ordre juridique que sous celui de l'apport qu'il serait en mesure de fournir ? La thématique ne peut être ici qu'indiquée. Elle est complexe, parce qu'il faudrait commencer par évaluer ... l'évaluation, afin de déterminer quel degré d'objectivité argumentative elle peut atteindre. En effet, aucun raisonnement à partir de la relation mesures/objectifs, ou moyens/fins, n'est possible sans a priori politique. De même, aucune appréciation de l'efficacité ne peut se faire sans l'aide

²⁶⁹¹ *Ibidem*, p. 818.

²⁶⁹² *Ibidem*, p. 819 s. Une minorité de la doctrine remet cependant en cause le principe même de proportionnalité, au motif de l'indétermination résultant de la pesée d'intérêts qui conférerait une trop grande liberté d'appréciation aux juges (Hansjörg SEILER, « Art. 5 Abs. 2 : Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns », in: Weerts/Rossat-Favre/Guy-Ecabert/Benoît/Flückiger (éd.), *Révision imaginaire de la Constitution fédérale*, Bâle, 2018, p. 34).

²⁶⁹³ On peut intégrer cet élément-clé de la proportionnalité dans le cadre plus général du principe d'efficacité que l'on trouve à l'article 170 Cst. en droit fédéral (cf. ci-dessus ch. 2.2.3.3c, ch. 4.3.3.2a et ci-dessous 6.2.3.2). Sur la proposition d'ériger l'efficacité en véritable principe de l'Etat de droit, cf. LIENHARD (2018), p. 37 ss.

²⁶⁹⁴ *Ibidem*, p. 31 s.

²⁶⁹⁵ MOOR/POLTIER (2011), p. 610.

d'indicateurs qui permettent d'avoir une idée de ce qui se passe sur le terrain. [...] De même le choix des indicateurs, sous l'apparence d'une neutralité techno-scientifique, est en réalité un choix politique, et, particulièrement, il sélectionne dans la réalité ce que l'évaluation y juge pertinent, et fait courir le risque de réduire l'ambition de la norme juridique. »²⁶⁹⁶

Si l'évaluation de l'efficacité ne s'impose pas nécessairement aux juges, ces derniers, par souci de cohérence, auront tout intérêt à s'en *inspirer* lors du test de proportionnalité, ou à expliquer les motifs qui les conduisent à s'en écarter²⁶⁹⁷. En matière d'évaluation prospective plus spécifiquement, les tribunaux peuvent également critiquer l'*absence d'évaluation* alors que celle-ci aurait dû être effectuée pour documenter plus objectivement l'aptitude d'une mesure à atteindre son but.

La jurisprudence de la *Cour de justice de l'Union européenne* offre un exemple. Elle a jugé disproportionnée la modification du régime d'aide au coton qui « n'a pas été précédée d'une étude de la Commission évaluant les effets socio-économiques probables de la réforme proposée dans le secteur du coton, alors que de telles études avaient été effectuées dans le cadre de la réforme des régimes d'aides dans certains autres secteurs, comme celui du tabac. »²⁶⁹⁸ Le législateur communautaire dispose il est vrai d'un large pouvoir d'appréciation lorsqu'il est amené à apprécier les effets futurs d'une réglementation²⁶⁹⁹, mais ce pouvoir « suppose la prise en considération de tous les éléments et circonstances pertinents de la situation que cet acte a entendu régir »²⁷⁰⁰, or en l'espèce « les effets potentiels de la réforme du régime d'aide au coton sur la viabilité économique des entreprises d'égrenage constituent une donnée de base devant être prise en compte afin d'évaluer la rentabilité de la culture du coton »²⁷⁰¹. Comme « tous les éléments et circonstances pertinents de l'espèce, parmi lesquels l'ensemble des coûts salariaux liés à la culture du coton et la viabilité des entreprises d'égrenage » n'ont pas été pris en compte²⁷⁰², « les données présentées par les institutions communautaires ne permettent pas à la Cour de vérifier si le législateur communautaire a pu [...] arriver à la conclusion que la fixation du montant de l'aide spécifique au coton [...] suffit à garantir l'objectif exposé »²⁷⁰³ si bien que le principe de proportionnalité a été enfreint²⁷⁰⁴. *Autre exemple* : le *Tribunal de première instance* s'est référé à l'analyse d'impact qui concluait que l'option retenue était « la plus efficace et proportionnée » pour rejeter la critique des

²⁶⁹⁶ *Ibidem*, p. 609.

²⁶⁹⁷ Cf. FLÜCKIGER (2001), p. 106.

²⁶⁹⁸ CJUE, arrêt C-310/04 du 7 septembre 2006 (*Espagne c. Conseil*), § 103. Cf. DELILLE (2013), p. 429 s. et 498 s.

²⁶⁹⁹ *Ibidem*, § 120 s.

²⁷⁰⁰ *Ibidem*, § 121.

²⁷⁰¹ *Ibidem*, § 132.

²⁷⁰² *Ibidem*, § 135.

²⁷⁰³ *Ibidem*, § 134.

²⁷⁰⁴ *Ibidem*, § 135.

recourant selon laquelle la Commission aurait dû prendre des mesures moins contraignantes²⁷⁰⁵.

En *droit français*, la doctrine n'exclut pas qu'à l'avenir la consultation d'une étude d'impact puisse permettre au Conseil constitutionnel « d'apprécier avec plus de pertinence si le but poursuivi par la loi aurait pu être atteint au moyen d'une mesure portant une atteinte moindre à un droit ou à une liberté reconnue par la Constitution. »²⁷⁰⁶

III. La nature juridique de l'efficience

On retrouve l'*efficience* en filigrane de la maxime de *nécessité*. Les coûts administratifs, jugés excessifs, d'un régime plus favorable pour les particuliers qui exigerait des frais de surveillance plus élevés ont ainsi pu être pris en compte dans ce contexte par le Tribunal fédéral²⁷⁰⁷. Quant à la *proportionnalité au sens étroit* (maxime de la proportion), le Tribunal fédéral a admis en matière de mesures préventives que le principe de la proportionnalité exigeait un *rapport raisonnable entre le coût* de celles-ci, autorisant à ne pas avoir à intervenir lorsque la prévention d'une nuisance peu importante devait exiger des frais considérables²⁷⁰⁸.

La proportionnalité s'applique lorsque l'autorité octroie des *prestations*. Si la charge financière pour la collectivité devient trop considérable, elle est susceptible de devenir disproportionnée. Pour juger si tel est le cas, il est essentiel de prendre en compte l'importance de la prestation pour les personnes concernées : importante pour ces dernières, la collectivité publique peut être tenue d'en accepter le coût (par exemple l'enseignement scolaire dans un hameau perdu²⁷⁰⁹). La question devient aujourd'hui brûlante dans le domaine de la santé et de l'accès aux soins médicaux²⁷¹⁰.

²⁷⁰⁵ Arrêt du 1er février 2013, *Polyelectrolyte Producers Group c. Commission*, Affaire T-368/11, § 87 et 88 TPI, arrêt T-368/11 du 1^{er} février 2013 (cf. COMBRADE [2017], p. 122).

²⁷⁰⁶ COMBRADE (2017), p. 122 (réf. cit.).

²⁷⁰⁷ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 819, avec réf. à ATF 101 Ia 336, p. 343 s.

²⁷⁰⁸ *Ibidem*, p. 821, avec réf. à ATF 133 II 169, p. 176. L'efficience est également incluse dans l'art. 170 Cst. (cf. ci-dessous ch. 6.2.3.2 ; LIENHARD [2018], p. 38, lequel propose d'ériger l'efficience en véritable principe de l'Etat de droit, cf. p. 37 ss).

²⁷⁰⁹ *Ibidem*, p. 826, avec réf. à JAAC 1984/48.38 (263).

²⁷¹⁰ Sur les limites économiques admissibles aux prestations étatiques dans l'exemple du droit de la santé, cf. Urs Heinrich SCHLEGEL, *Ökonomische Grenzen staatlicher Leistungen: Eine systematische und praktische Analyse, dargestellt am Beispiel des Gesundheitsrechts*, Zurich, 2017.

Dans l'analyse de l'intérêt public, l'intérêt financier de la collectivité publique peut être pris en considération en *diminuant les frais de gestion des tâches publiques*. Constante sur les principes par le passé, la jurisprudence du Tribunal fédéral est devenue pourtant sur ce point de plus en plus laxiste, « laxisme vraisemblablement dû au souci croissant de ménager les budgets publics ainsi qu'au développement d'analyses économiques de la réalisation des tâches publiques. »²⁷¹¹

En France, Jacques CAILLOSSE se réfère à l'arrêt du Conseil d'État « Ville Nouvelle Est » de 1971, subordonnant la légalité des déclarations d'utilité publique à leur bilan coût-avantage, pour dire « comment la logique évaluative – et sa rationalité économique – s'est imposée dans le droit administratif, bien avant la promotion de cette nouvelle « vérité » qu'introduit le *new public management* dans les façons de penser et de conduire l'action publique. »²⁷¹²

Dans l'*Union européenne*, une partie de la doctrine pousse à interpréter le principe de proportionnalité sous son aspect d'efficacité économique, semblant déceler une évolution jurisprudentielle selon laquelle la Cour de justice interpréterait désormais le principe de proportionnalité « comme si la Cour souhaitait promouvoir l'efficacité économique ». Cette évolution serait pourtant trop timide selon certains auteurs : « La Cour ne s'engage que très légèrement dans une analyse coût-bénéfice (et le plus souvent l'évince), de telle sorte que des mesures potentiellement inefficaces sont protégées par cette attitude jurisprudentielle regrettable. En conséquence, la logique d'efficacité du principe de proportionnalité et le contrôle juridictionnel associé à celui-ci sont contrariés. Néanmoins, une évolution jurisprudentielle récente semble s'ébaucher et se distinguer de cette approche historique en faveur d'une attitude moins retenue à l'égard de la proportionnalité des mesures européennes, unifiant ainsi cette jurisprudence avec celle concernant la proportionnalité des mesures nationales. Pour cette seconde ligne de jurisprudence, une analyse coût-bénéfice, pour appréhender le principe de proportionnalité, s'est révélée être constante par la Cour. En cela, la Cour a compris la nature même du principe de proportionnalité qui est d'être un principe d'efficacité économique, et a interprété le principe de proportionnalité comme si la Cour souhaitait promouvoir l'efficacité économique. »²⁷¹³

Une telle opinion doit être à notre avis rejetée, car la « nature même » du principe de proportionnalité n'est pas d'être exclusivement un principe d'efficacité économique qui devrait l'emporter sur les autres composantes lors de l'analyse de la proportionnalité. L'efficacité n'est qu'un élément parmi d'autres qu'il importe de pondérer dans la balance des intérêts qui, elle, représente l'essence même du principe.

²⁷¹¹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 798.

²⁷¹² Jacques CAILLOSSE, « Droit et évaluation », in : *Revue française des affaires sociales*, 1(2), 2010, p. 362.

²⁷¹³ Aurélien PORTUESE, *Le Principe d'efficacité économique dans la jurisprudence européenne*, Paris, 2014, p. 174.

Dans le même sens en *Allemagne*, Horst EIDENMÜLLER précise que l'efficience n'est pas un principe juridique, sauf en droit budgétaire²⁷¹⁴, et que celle-ci n'obligerait en aucun cas le juge à argumenter systématiquement de manière économique²⁷¹⁵. Les promoteurs de l'*analyse économique du droit* doivent accepter que l'efficience est un critère à prendre en considération parmi de nombreux autres – mais pas le seul – dans l'application du droit²⁷¹⁶.

4.3.3.5 *La technique de modélisation des impacts dans un diagramme d'intervention logique*

Le diagramme d'intervention logique (« intervention logic ») permet d'explicitier plus clairement la modélisation des différents impacts qu'une loi peut causer. Le *modèle d'impact* (« Wirkungsmodell » ; « impact model ») fait partie de la boîte à outils de l'évaluation depuis les années 1950²⁷¹⁷. On retiendra la structure suivante, en rappelant que le thème subit des variations aussi multiples qu'il existe d'auteurs²⁷¹⁸.

Dans la figure suivante, on distingue entre i) les instruments visant à orienter directement le comportement des groupes-cibles *sans l'intervention d'acteurs de mise en œuvre*, et ii) ceux qui nécessitent d'être *concrétisés par des acteurs de mise en œuvre* avant d'être en mesure d'orienter directement le comportement des groupes-cibles à la suite de chaînes plus ou moins longues (dans un Etat fédéral, par exemple : constitution, loi, règlement, directives sur le plan fédéral, répété sur le plan cantonal, voire communal, jusqu'à des décisions, le cas échéant suivies par des actes matériels de mise en œuvre, visant alors seulement directement le comportement des groupes-cibles).

Les premiers n'existent guère à l'état pur, d'une part parce que la plupart des normes sont le produit d'une chaîne de concrétisation, fût-elle courte, et d'autre part parce que rares sont les normes primaires (c'est-à-dire celles qui visent directement les groupes-cibles, obligatoires²⁷¹⁹ ou non²⁷²⁰, coopératives ou non²⁷²¹) qui soient capables de guider le comportement des individus sans aucun appareillage de mise en œuvre ni normes auxiliaires (cf. le cas des lois sincèrement symboliques²⁷²²).

²⁷¹⁴ EIDENMÜLLER (2015), p. 465.

²⁷¹⁵ *Ibidem*, p. 478.

²⁷¹⁶ *Ibidem*, p. 490.

²⁷¹⁷ Sur l'historique des modèles d'impact dans l'évaluation, cf. Andreas BALTHASAR/Sarah FÄSSLER, « Wirkungsmodelle: Ursprung, Erarbeitungsprozess, Möglichkeiten und Grenzen », in : *LeGes*, 2017/2, p. 302.

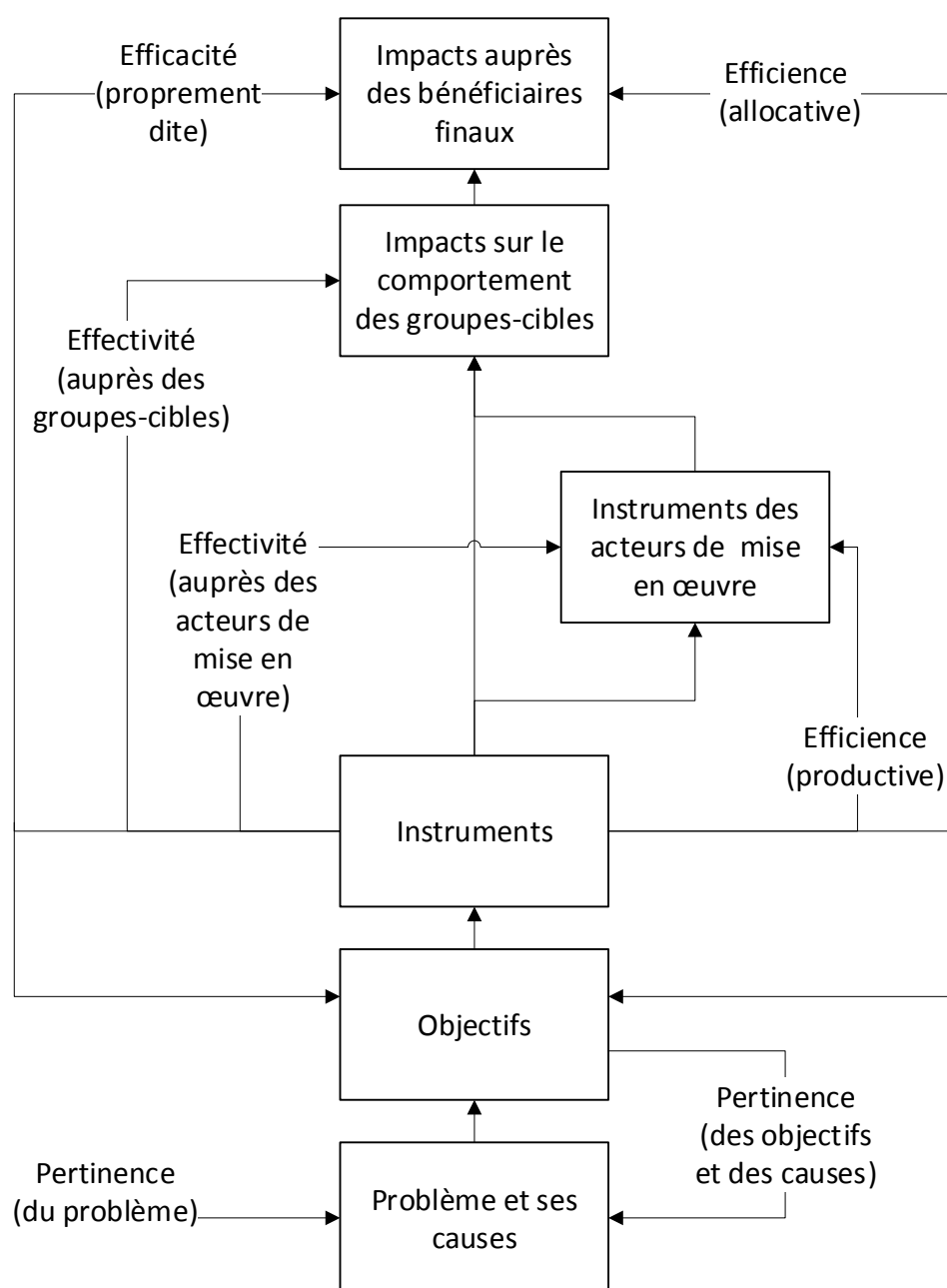
²⁷¹⁸ Pour un exemple de schéma, cf. KNOEPFEL/LARRUE/VARONE/SAVARD (2015), p. 295.

²⁷¹⁹ Cf. ci-dessus ch. 3.2.2.2.

²⁷²⁰ Cf. ci-dessus ch. 3.3.3.1.

²⁷²¹ Cf. ci-dessus ch. 3.4.2.

²⁷²² Cf. ci-dessus ch. 2.1.2.1c.

Figure 4-5 – Diagramme d'intervention logique – modèle d'impact²⁷²³

2723

Pour des *vues partielles* du diagramme d'intervention logique, cf. ci-dessus Figure 2-1 – Diagramme d'intervention logique – Evaluation de la pertinence du problème et des objectifs, p. 147 ; Figure 2-14 – Diagramme d'intervention logique – problème et objectifs (exemple), p. 228 ; Figure 4-3 – Diagramme d'intervention logique – options stratégiques (exemple), p. 448.

Les autorités demandent d'inclure le modèle d'impact dans les analyses d'impact prospectives sous une forme descriptive et, le cas échéant, schématique également.

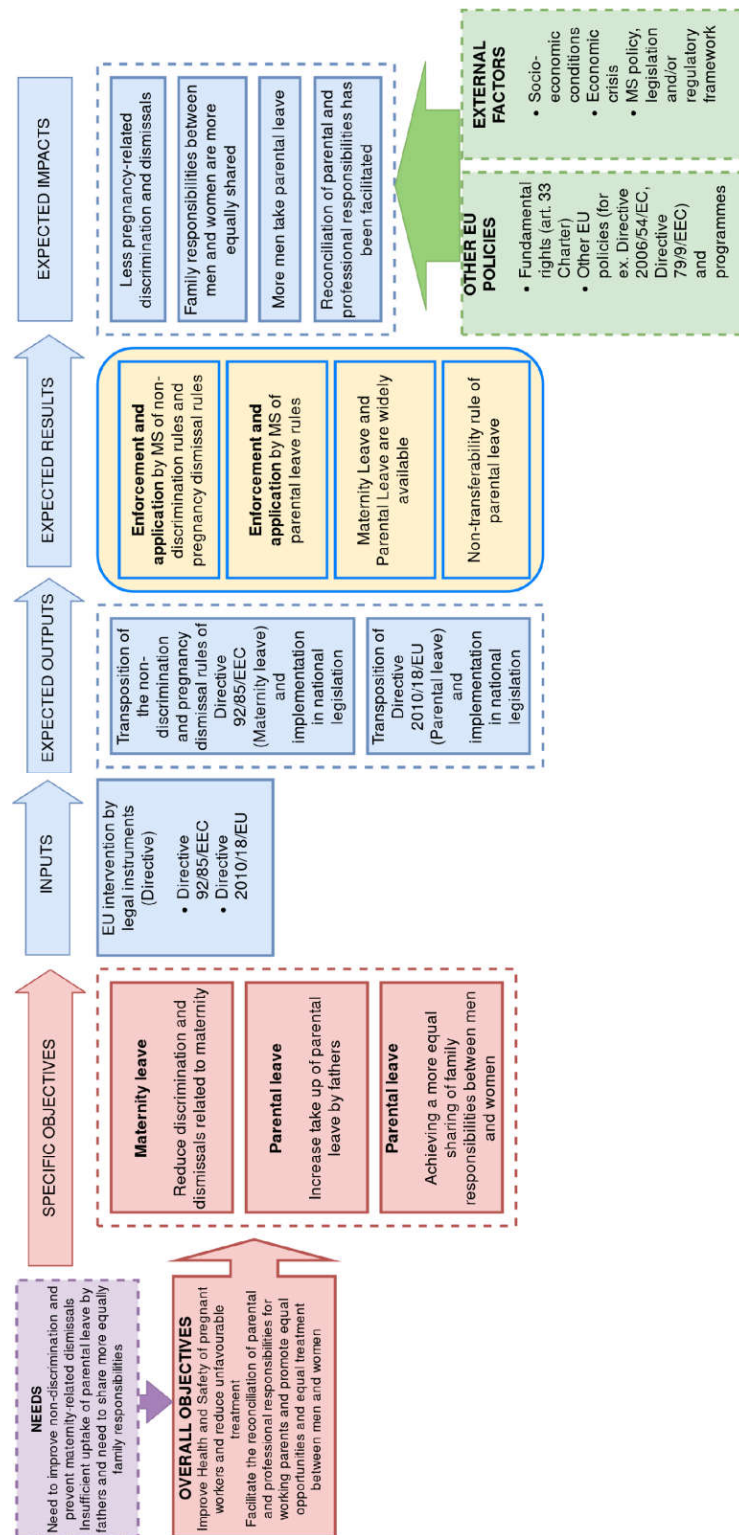
Suisse – « L'instrument essentiel d'une telle évaluation [évaluation prospective détaillée] est le modèle d'impact. Il comporte des spéculations sur la façon dont les différents éléments de l'acte législatif envisagé influenceront la réalité sociale. [...] Le modèle d'impact peut être réalisé sous forme de texte avec éventuellement une illustration graphique. A certaines conditions, il peut aussi revêtir la forme d'un système d'équations mathématiques et être utilisé dans des simulations. »²⁷²⁴

Union européenne – « The intervention logic provides a (narrative) description and/or diagram summarising how the intervention was expected to work (or put another way, it describes the expected logic of the intervention or chain of events that should lead to the intended change). An intervention is often a solution to a problem or challenge – the intervention logic is a tool which helps to explain (and often visualise) the different steps and actors involved in the intervention, and their dependencies – thus presenting the expected < cause and effect > relationships. This means the intervention logic is useful both as [a] communication tool [...] [a]n analytical tool [...] Anyone developing an intervention logic is free to produce a diagram or text in a format and at a level of detail which suits the purpose and scope of the evaluation they are conducting. »²⁷²⁵.

La figure suivante illustre concrètement un modèle d'impact :

²⁷²⁴ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 185 s. De tels modèles d'impact sont également exigés pour la formulation des mandats de prestation dans le cadre du nouveau management public (NPM), cf. CONSEIL FÉDÉRAL, « Message sur le développement de la gestion administrative axée sur les objectifs et les résultats ; nouveau modèle de gestion de l'administration fédérale (NMG) », in : *FF* 2014 741, p. 818 s.

²⁷²⁵ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #46 (Designing the evaluation), ch. 3.3. Cf. ég. COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #65 (How to use visual aids and present quantitative data), ch. 4.

Figure 4-6 – Diagramme d'intervention logique – modèle d'impact (exemple)²⁷²⁶

2726

COMMISSION EUROPÉENNE, Impact assessment accompanying the document « Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on work-life balance for parents and carers and repealing Council Directive 2010/18/EU », Bruxelles, 26 avril 2017, p. 158.

4.4 Les méthodes d'évaluation

4.4.1 Introduction : les points de controverse

La question des méthodes d'évaluation est centrale dans le débat sur la scientificité de la légistique²⁷²⁷. La controverse porte sur plusieurs points : la préférence envers des *méthodes quantitatives* plutôt que *qualitatives* (ch. 4.4.2), le *choix* de la bonne méthode (ch. 4.4.3) parmi la *variété* existante (ch. 4.4.4) et la difficulté d'établir des *pronostics* sur l'évolution future (ch. 4.4.5).

Sur le choix de la bonne méthode, on observe en particulier un débat nourri sur la nécessité, la place et les modalités des *analyses contrefactuelles* qui visent à évaluer les effets auprès d'un groupe pilote en comparaison avec un groupe témoin (« étalon-or » de l'évaluation *vs* trappe à problèmes éthiques et juridiques)²⁷²⁸.

4.4.2 Les méthodes quantitatives *vs* les méthodes qualitatives

4.4.2.1 *Le quantitativisme à l'épreuve du politique au cours des siècles : l'« arithmétique politique »*

Le débat sur les méthodes d'évaluation des impacts est central. Il fait s'entrechoquer les tenants de deux philosophies diamétralement opposées : les quantitativistes qui s'efforcent de mesurer le monde avec des unités chiffrées et monétarisées contre ceux qui décrivent ce dernier en des termes qualitatifs, jugeant que tout n'est pas quantifiable et que le nombre n'est qu'un pâle reflet des choses possiblement trompeur. L'idéal des premiers est de comparer les solutions en les calculant, celui des seconds en les discutant : arithmétique contre rhétorique ; rationalité instrumentale contre rationalité communicationnelle²⁷²⁹. Dans le premier cas, on optimise et maximise l'utilité en dressant le « bilan comparatif des effets prévisibles, positifs et négatifs, de deux ou plusieurs mesures afin de sélectionner la plus performante » selon Benoît FRYDMAN²⁷³⁰ ; dans le second, on équilibre et harmonise les intérêts divergents, car ici « il s'agit non pas tant de maximiser les richesses que de maintenir ou de rétablir, par le dosage subtil des droits, l'équilibre instable des valeurs et intérêts qui s'affrontent dans l'arène sociale »²⁷³¹. La première méthode « suppose un calcul, et donc une évaluation quantitative, le plus souvent en argent, des effets prévisibles de la ou

²⁷²⁷ Sur ce débat, cf. ci-dessus ch. 1.3.2.3, p. 63.

²⁷²⁸ Cf. ci-dessous ch. 4.4.4.3d, p. 498, et p. 662.

²⁷²⁹ Cf. ci-dessus ch. 1.2.1.2b et ch. 1.3.2.2a.

²⁷³⁰ Benoît FRYDMAN, *Le sens des lois*, Bruxelles/Paris, 2005, p. 448, qui se réfère à BENTHAM et aux théoriciens de l'analyse économique du droit.

²⁷³¹ *Ibidem*, p. 449, qui se réfère à COMTE et à GÉNY.

des mesures envisagées »²⁷³² ; la seconde « ne repose pas sur la quantification des intérêts, mais lui préfère le classement ordinal des différentes valeurs en fonction de leur importance sociale. »²⁷³³

Le précurseur de l'« *arithmétique politique* », William PETTY, cité par DIDEROT²⁷³⁴, expose très clairement ces différences de méthode en 1691 :

« La méthode [...] n'est pas encore très commune car au lieu de n'utiliser que des comparatifs et des superlatifs, et des arguments purement abstraits [*intellectual arguments*], j'ai pris le parti (comme spécimen de l'arithmétique politique que j'ai longtemps eu en vue) de m'exprimer en termes de nombres, poids et mesures : de n'utiliser que des arguments sensibles [*arguments of sense*], et de ne considérer que les causes qui ont leurs fondements visibles dans la nature ; laissant à d'autres celles qui dépendent des idées, des opinions, des passions et des désirs changeants des individus. »²⁷³⁵

L'opposition ainsi présentée est certainement trop caricaturale, car il existe une gamme de nuances à peindre plus subtilement entre ces deux extrêmes. Si la distinction ne doit pas être exagérée, elle permet cependant d'exprimer assez clairement le clivage des positions et la divergence des perceptions²⁷³⁶.

La vision quantitativiste ne s'impose pas naturellement dans le processus législatif au moment de choisir les instruments d'action. Les lois naissent en effet dans le chaudron du politique, gorgées de passions, nous l'avons suffisamment montré²⁷³⁷. Elles ne sont pas le fruit d'un « calcul formel de proportion », dit François OST en se référant aux « bonnes lois » selon MACHIAVEL :

« Dans toute République, il y a deux partis : celui des grands et celui du peuple ; et toutes les lois favorables à la liberté ne naissent que dans leur opposition [...]. Les bonnes lois sont le fruit de ces agitations que d'autres condamnent si inconsidérément » [MACHIAVEL, *Discours sur la première décade de Tite-Live*]. Ainsi, dans une société libre, les lois ne sont pas le fruit de la froide raison ou d'un calcul formel de proportion ; elles procèdent du choc d'argumentations nourries de désirs, de peur et de passion, et

²⁷³² *Ibidem*, p. 448.

²⁷³³ *Ibidem*, p. 449.

²⁷³⁴ Cf. ci-dessus ch. 2.3.4.1b.

²⁷³⁵ William PETTY, *Political Arithmetick or a Discourse Concerning the Extent and Value of Lands, People, Buildings, Husbandry, Manufacture, Commerce, Fishery, Artizans, Seamen, Soldiers, Publick Revenues, Interest, Taxes, Valuation of Men, Increasing of Seamen, of Militia's Herbours, Power at Sea etc. as the Same Relates to Every Country in General but more Particular to Great Britain etc.*, Londres, 1691, p. 244 (cit. in : Sophie SAULNIER, « « Arithmétique politique » et bataille de(s) chiffres », in : *Mots: Les langages du politique*, vol. 100[3], 20 mars 2013, p. 20).

²⁷³⁶ FRYDMAN (2005), p. 449 s. De manière plus technique, sur l'entrelacement des méthodes, cf. Thomas WIDMER/Hans-Martin BINDER, « Les méthodes de recherche », in : Bussmann/Klöti/Knoepfel (éd.) (1998), p. 208 s.

²⁷³⁷ Cf. ci-dessus ch. 1.2.1.

restent en permanence exposées à leur jeu, tant au niveau de leur application, que de leur éventuelle abrogation. »²⁷³⁸

Si le constat est indubitable, les tentatives d'instiller dans le processus politique des indicateurs quantitatifs pour tenter d'objectiver le débat se sont succédé par le passé. On l'a vu plus haut²⁷³⁹, CHARONDAS conseillait en 1556 au Prince de « bonnes connaissances mathématiques, qui ne seraient pas sans incidences sur la production de la loi », Denis DIDEROT ne doutait pas en 1751 que le monde politique, aussi bien que le monde physique, pouvait « se régler à beaucoup d'égards par poids, nombre et mesure », Pellegrino ROSSI déplorait en 1829 le défaut en « recherches de statistique judiciaire », Leon PETRAZYCKI demandait en 1895 une « Sammlung vom statistischen Materialien » pour évaluer les incidences des lois civiles ainsi qu'une analyse économique des effets de la loi :

« Selbstverständlich genügt es zur Kritik eines Gesetzesvorschlages noch nicht, zu ermitteln, welche Wirkung das Gesetz auf die darin vorausgesetzte Kategorie der Thatbestände ausübt, resp. welche anderweitige Erscheinungen dasselbe ins Leben ruft. Dazu gehört ferner eine sorgfältige Werthschätzung dieser im Gesetze vorausgesetzten resp. neuen Thatbestände vom Standpunkt der Nationalökonomie. »²⁷⁴⁰

Le monde politique-juridique *anglo-saxon* a très tôt été sensible à cette dimension quantitative, où l'analyse des effets économiques aujourd'hui domine²⁷⁴¹, avec un accent, dans l'exemple des Etats-Unis, porté d'abord sur la production normative des agences administratives²⁷⁴². L'analyse quantitative n'est cependant pas réservée aux disciplines du management, de la finance ou des affaires²⁷⁴³. Le psychologue Steve PINKER défend ainsi la nécessité de « compter », c'est-à-dire de développer une approche quantitative, pour lutter contre les effets perniciox de nos biais cognitifs et évaluer correctement l'état du monde²⁷⁴⁴. Le Haut-Commissariat des Nations-Unies aux droits de l'homme promeut et défend quant

²⁷³⁸ François OST, *A quoi sert le droit ?*, Bruxelles, 2016, p. 393.

²⁷³⁹ Cf. ci-dessus ch. 2.3.4.1b.

²⁷⁴⁰ Leon PETRAZYCKI, *Die Lehre vom Einkommen. Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Berlin, 1895, p. 498, cit. in : EMMENEGGER (2006), p. 166.

²⁷⁴¹ Susan ROSE-ACKERMAN/Thomas PERROUD, « Les études d'impact et l'analyse « coûts-avantages » : modèles américains et traditions juridiques françaises », in : *Revue française d'administration publique*, n° 149, 2014/1, p. 107 ; COMBRADE (2017), p. 362.

²⁷⁴² Cf. ci-dessus 2.3.4.1a.

²⁷⁴³ David RESTREPO AMARILES, « Le droit comme instrument de progrès : sur l'idée d'ingénieur juridique », in : Bricteux/Frydman (dir.), *Les défis du droit global*, Bruxelles, 2018, p. 258 s. (réf. cit.).

²⁷⁴⁴ PINKER (2018), p. 59.

à lui le développement d'*indicateurs quantitatifs* pour évaluer la mise en œuvre des *droits humains*²⁷⁴⁵ :

« La quantification des informations qualitatives – L'une des préoccupations les plus souvent exprimées provient du fait qu'il n'est pas possible de quantifier et de mesurer le respect des droits de l'homme. [...] Par ailleurs, on entend souvent dire qu'il n'existe peut-être pas de données quantitatives sur les droits de l'homme ou que leur fiabilité est incertaine. Il se peut que ces préoccupations résultent d'une idée fausse sur ce que l'on cherche à mesurer. [...] Le but n'est pas de dresser une liste exhaustive d'indicateurs, reposant sur des enquêtes statistiques, pour toutes les normes relatives aux droits de l'homme ou toutes les dispositions des traités. Une telle entreprise serait d'ailleurs inutile. Les indicateurs sont des outils qui ajoutent de la valeur aux évaluations ayant une forte dimension qualitative, mais ils ne les remplacent pas. [...] Une fois qu'a été clairement opérée cette distinction concernant l'utilisation des indicateurs, il devient nettement plus facile de déterminer les indicateurs qu'il convient de retenir pour l'évaluation de la mise en œuvre des droits de l'homme. »²⁷⁴⁶

L'exercice n'est pourtant pas évident, car de nombreuses valeurs résistent à la quantification. Le juriste belge Paul VAN DER EYCKEN le pensait en 1906 à propos des « valeurs juridiques » :

« [t]ous ces éléments devraient être mesurés. Ce qui n'est pas faisable. Car il faudrait pour cela posséder à la fois une commune mesure, dont la nature fut indubitable et nette, et la possibilité de fixer avec exactitude les limites du besoin et du but à mesurer, conditions qui font défaut toutes deux. On ne saurait donc chiffrer les valeurs juridiques. »²⁷⁴⁷

L'exemple des indicateurs en matière de droits humains oblige toutefois à nuancer cette affirmation. Il est vrai, comme l'ancien Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe le reconnaissait en l'an 2000 lors de la Conférence de Montreux sur les statistiques, le développement et les droits de l'homme que, si les droits humains « ne peuvent jamais être pleinement mesurés à l'aide de statistiques », les indicateurs quantitatifs sont là pour les *compléter* :

« Les droits de l'homme ne peuvent jamais être pleinement mesurés à l'aide de statistiques. Les aspects qualitatifs sont trop importants. Cependant, il ne faut pas en conclure que la communauté des droits de l'homme doit éviter d'utiliser des faits quantitatifs ; bien au contraire, elle doit apprendre à les utiliser. Le défi consiste à élaborer une méthodologie permettant de planifier le recueil de ces faits, de compiler les données,

²⁷⁴⁵ Cf. ci-dessus ch. 3.3.3.3e. Sur l'analyse quantitative appliquée aux droits humains, cf. Lee MCCONNELL/Rhona SMITH, *Research Methods in Human Rights*, Londres/New York, 2018, p. 94 ss.

²⁷⁴⁶ HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, *Indicateurs des droits de l'homme : Guide pour mesurer et mettre en œuvre*, Genève/New York, 2012, p. 24.

²⁷⁴⁷ Paul VAN DER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles, 1906, § 41, p. 78, cit. in : FRYDMAN (2005), p. 449.

de les organiser de manière significative ainsi que de les présenter et de les diffuser de façon appropriée – afin que soit atteint un haut niveau de pertinence et de fiabilité. »²⁷⁴⁸

A la réflexion, la *critique* porte moins sur le procédé de quantification en lui-même que sur une « gouvernance par les nombres »²⁷⁴⁹ qui se fonderait sur une utilisation trop naïve ou abusive d'indicateurs chiffrés, sur le réductionnisme économique auquel la quantification peut inciter, sur le potentiel manipulateur de statistiques présentées sélectivement, sur la confiance excessive que certains peuvent placer dans la fiabilité du nombre à représenter la réalité, alors que ce dernier n'en constitue qu'une approximation, sujette à interprétation au même titre que les indicateurs qualitatifs. Le risque, selon la métaphore d'Alain SUPLOT, est que « la carte se substitue au(x) territoire(s) : le réel finit par disparaître derrière ses représentations chiffrées, quand il n'est pas carrément congédié au bénéfice de ses mises en forme modélisées. »²⁷⁵⁰ Le danger est bien réel dès que la quantification vise « à masquer le caractère subjectif et relatif des valeurs posées à un moment donné. Le procédé est simple : il consiste à transformer toute détermination qualitative en détermination quantitative, par la généralisation du chiffrage et une sorte de scolastique numérique. L'évaluation qui est toujours subjective et relative cherche à se cacher derrière une mathématique de pacotille. On comprend ainsi la raison de la généralisation du chiffrage : elle est convoquée pour donner un lustre d'objectivité à ce qui souvent relève d'un acte de pouvoir. [...] Derrière le chiffrage, il y a donc une politique, un exercice brut de pouvoir » relève le philosophe Yves Charles ZARKA²⁷⁵¹.

Historiquement, on notera que les précurseurs de l'arithmétique en politique étaient tout à fait conscients du dévoiement potentiel de leur proposition de méthode. Sophie SAULNIER fait à ce propos une lecture particulièrement stimulante de l'article de Denis DIDEROT consacré à l'arithmétique politique, paru dans l'Encyclopédie en 1751 que nous avons déjà cité :

« En effet, dans cet article, Diderot, alors même qu'il vante les mérites d'une arithmétique politique qui devrait venir en aide aux gouvernants pour administrer leur pays sur des bases précises et des données rigoureusement constatées, critique l'usage qu'en fait le chevalier Petty (1687, 1691) – pourtant un des initiateurs de la discipline – et se lance

²⁷⁴⁸ Thomas HAMMARBERG, *Conférence de Montreux sur « Les statistiques, le développement et les droits de l'homme »*, septembre 2000 (cit. in : HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME [2012], p. 31).

²⁷⁴⁹ Cf. Alain SUPLOT, *La gouvernance par les nombres*, Paris, 2015.

²⁷⁵⁰ SUPLOT (2015), p. 251.

²⁷⁵¹ Yves Charles ZARKA, « L'évaluation : un pouvoir supposé savoir », in : *Cités*, vol. 37(1), 2009, p. 117. Sur les limites de la quantification, plus spécifiquement dans l'évaluation de la recherche en droit, cf. Thierry TANQUEREL/Alexandre FLÜCKIGER (éd.), *L'évaluation de la recherche en droit : Enjeux et méthodes (Assessing Research in Law: Stakes and Methods)*, Bruxelles, 2015, *passim*, notamment partie III ; SECKELMANN (2018), p. 440 ss.

dans une bataille des chiffres qui ruine aussitôt le projet qu'il avait annoncé. Ses critiques invitent à penser que, à partir du moment où chiffres et nombres entrent dans une argumentation politique, ils perdent leur « précision géométrique » : ils deviennent manipulateurs et objets de manipulation. C'est donc une pensée très moderne et dénuée de naïveté qu'une lecture attentive de l'article de Diderot nous fait découvrir. »²⁷⁵²

Un quart de siècle plus tard, en 1778, le philosophe et naturaliste Jean-Baptiste ROBINET explique lucidement l'une des limites de la méthode, celle de la disponibilité et la fiabilité des données :

« L'inconvénient est que, dans les dates sur lesquelles se fondent ces calculs, on est obligé toujours de substituer l'apparent ou le vraisemblable au vrai et d'admettre pour fondement des extraits baptistaires ou mortuaires, des dénombrements, des registres de douane, et autres pièces pareilles qui ont été faites par des hommes, ou trop pressés dans leurs opérations, ou trop négligents, ou trop ineptes, ou trop intéressés à déguiser la vérité à leurs Souverains, pour s'insinuer, en présentant sous un aspect favorable les objets qui sont sous leur direction. »²⁷⁵³

Il serait cependant erroné de tirer des limites de la quantification la conclusion de son insignifiance. Bien au contraire, chaque fois que le contexte s'y prête, le recours à des données chiffrées est susceptible d'apporter un éclairage renouvelé dans l'argumentation politique. Il faut en effet toujours rester conscient du fait que les méthodes qualitatives présentent elles aussi bien des défauts, insuffisances que les méthodes quantitatives ont précisément pour ambition de pallier. Chaque approche présente autant d'avantages solides que d'inconvénients sérieux comme le résume Wim VOERMANS :

« One of these effects in any case is that regulators will be able to take decisions on the basis of better information and be more able to weigh up the content of alternative solutions. It can make the regulatory process better informed and more inclusive as well. There are serious downsides to quantification as well, as the conclusion of the paper argues: quantification may make the regulatory more exclusive as well, make the debate during the regulatory process to one sided. It may be abused to fence off an open debate on alternatives, and it does not help to dampen the ambitions of regulators in thinking that every problem can be solved by regulatory intervention; it rather more seems to feed this ambition. »²⁷⁵⁴

Par conséquent, à condition de rester conscient des limites inhérentes à chacune des méthodes, leur confrontation mutuelle et leur application complémentaire²⁷⁵⁵ pourront contribuer à instaurer une dose supplémentaire de raison dans les choix

²⁷⁵² SAULNIER (2013), p. 15.

²⁷⁵³ Jean-Baptiste-René ROBINET, *Dictionnaire universel des sciences morale, économique, politique et diplomatique de l'homme d'État et du citoyen*, « Arithmétique politique », t. VI, Londres, 1778, p. 162, tel que cité par SAULNIER (2013), p. 28.

²⁷⁵⁴ Wim VOERMANS, « To Measure Is to Know: the Quantification of Regulation », in : *The Theory and Practice of Legislation*, vol. 3(1), 2015, p. 91.

²⁷⁵⁵ MADER (1985), p. 54 s.

législatifs, en promouvant ce processus de décoloration émotionnelle que nous avons tenté de mettre en exergue plus haut²⁷⁵⁶.

4.4.2.2 *Les critiques à la quantification économique*

La méthode quantitative, très présente dans les *analyses économiques* dès qu'il s'agit d'évaluer l'efficacité de la loi, est pareillement soumise à la critique. L'analyse coût-bénéfice est marquée « d'un fort réductionnisme économiste »²⁷⁵⁷. L'intérêt économique n'est en effet que l'un des multiples composants de l'intérêt public : « l'obtention d'un ratio entre les coûts et bénéfices escomptés largement négatif ne saurait signifier que la loi en préparation n'est pas l'expression de l'intérêt général » rappelle Bertrand-Léo COMBRADE²⁷⁵⁸. Stéphane DE LA ROSA rappelle que « chercher à quantifier systématiquement une législation et la charge qu'elle génère, peut conduire à des conséquences fâcheuses : d'une part éviter le débat de fond sur les options politiques à privilégier en vue de satisfaire l'intérêt général, d'autre part modifier le jeu du processus décisionnel en limitant sensiblement le droit. »²⁷⁵⁹

L'écueil principal réside dans la façon de quantifier les bénéfices, méthodologiquement bien plus controversée que celle des coûts. « There is no standard *Benefit* Model to logically complement the standard *Cost* Model » selon Robert HOPPE²⁷⁶⁰, qui conclut que « it is high time for development of a Standard Benefit Model of legislation and rule-making for the present knowledge society. »²⁷⁶¹ Son espoir de voir un jour un modèle standardisé d'évaluation des bénéfices être accepté court cependant le risque d'être à jamais déçu. Une étude consacrée au défrichage de la « jungle réglementaire » commanditée par un *Think Tank* libéral doit elle-même le reconnaître :

²⁷⁵⁶ Cf. ci-dessus ch. 1.2.3.2a.

²⁷⁵⁷ François OST/Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002, p. 332. Cf. ég. HOPPE (2009), p. 91, critique sur l'évaluation prospective des lois focalisée sur l'analyse coût/bénéfice ; Klaus MATHIS, « Utility Maximization », in : *Encyclopedia of Law and Society: American and Global Perspectives*, vol. 3, Thousand Oaks, 2007, p. 1545.

²⁷⁵⁸ COMBRADE (2017), p. 373, se référant à ROSE-ACKERMAN/PERROUD (2014), p. 113, et exposant d'autres méthodes de quantification possibles, par exemple l'analyse coût/efficacité (COMBRADE [2017], p. 377).

²⁷⁵⁹ Stéphane DE LA ROSA, « L'Union européenne en quête d'une meilleure législation : A propos du programme « mieux légiférer » », in : Péraldi Leneuf/de la Rosa (dir.), *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, Paris, 2013, p. 66 s.

²⁷⁶⁰ HOPPE (2009), p. 94.

²⁷⁶¹ *Ibidem*, p. 104. Pour une défense de l'approche coût-bénéfice en dépit de ses limitations, cf. Jason SCHWARTZ, « The Economics of Cost-Benefit Analysis », in : Dunlop/Radaelli (éd.), *Handbook of regulatory impact assessment*, Cheltenham, 2016, p. 33 ss.

« Les expériences pratiques avec des analyses coûts/bénéfices peaufinées des réglementations sont décevantes malgré un travail de recherche de plusieurs années. Des problèmes méthodologiques pratiquement insurmontables limitent l'engouement pour cette approche théorique. Ni les coûts, ni les bénéfices des réglementations ne peuvent être calculés de manière fiable. C'est surtout la quantification du bénéfice qui s'est avérée difficile, voire impossible. D'abord parce que ce bénéfice dépend fortement des préférences individuelles (politiques), ensuite parce qu'il n'existe souvent pas de prix de marché pour l'estimation du bénéfice. Exemples : les domaines de la santé, de la sécurité ou de la protection de l'environnement et de la santé. »²⁷⁶²

On relèvera que, de manière symptomatique, dans le cadre d'un projet visant pourtant à contrer la réglementation excessive, le parlement fédéral a proposé dans un premier temps de supprimer l'analyse coût-utilité des messages accompagnant les projets de loi, sans explications il est vrai. Ce n'est que sur intervention du Conseil fédéral qu'il a fait machine arrière.²⁷⁶³

La question de l'évaluation de la qualité de vie, de la beauté d'un paysage, des avantages sociaux d'un congé-paternité ou d'une radio-télévision publique en termes d'apport à la démocratie suscite d'insurmontables controverses méthodologiques et doctrinales. La décision de protéger un site naturel bucolique, de fixer le coût maximal d'un traitement médical pris en charge par les assurances sociales ou celui de la transformation d'infrastructures pour en faciliter l'accès aux personnes handicapées demeurera, en fin de compte, toujours un arbitrage entre valeurs impossibles à réduire sous leur seul angle monétaire²⁷⁶⁴.

²⁷⁶² Avenir Suisse, cf. Peter BUOMBERGER, *Des chemins pour sortir de la jungle réglementaire : Faits préoccupants et solutions prometteuses pour la Suisse*, Zurich, 2014, p. 38.

²⁷⁶³ FF 2017 6456 s. et 6499 (art. 141 al. 2 let. f Loi sur le Parlement).

²⁷⁶⁴ Sur l'admissibilité éthique et juridique de quantifier monétairement la vie humaine, cf. par exemple Balz HAMMER, « Valuing the Invaluable? », in : Mathis (éd.), *Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations*, Dordrecht, 2012, p. 211 ss. Cf. les directives de la Commission sur les approches monétaires et non monétaires, in : COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #31 (Health impacts), ch. 3.1. Sur les tentatives en matière environnementale, cf. Roland OLSCHESKI, « Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Bewertung von Umweltgütern », in : *DEP*, 2018, p. 147 ss. Pour une critique de l'analyse coût/bénéfice sous l'angle de l'économie comportementale, cf. Timothy J. BRENNAN, « Behavioral Economics and Policy Evaluation », in : *Journal of Benefit-Cost Analysis*, vol. 5(1), 2014, p. 89 ss. Cf. ég. Cass SUNSTEIN, « Cost-Benefit Analysis and Arbitrariness Review », in : *Harvard Public Law Working Paper*, n° 16-12, 2016, exposant les cas où la loi admet qu'une agence administrative renonce à une analyse coût-bénéfice : difficulté technique, dignité et équité (cas de l'accès aux bâtiments par des personnes handicapées), « welfare effects » ou « distributional justice » (réduction des décès prématurés de travailleurs) ; HOULE (2012), p. 96 ss.

A trop insister sur les aspects économiques de la réglementation, on conclura que l'on risque de « connaître le prix de tout et la valeur de rien », c'est-à-dire devenir un cynique selon Oscar WILDE dans *L'Éventail de Lady Windermere* :

« CECIL GRAHAM. What is a cynic? [*Sitting on the back of the sofa.*]

LORD DARLINGTON. A man who knows the price of everything and the value of nothing.

CECIL GRAHAM. And a sentimentalist, my dear Darlington, is a man who sees an absurd value in everything, and doesn't know the market price of any single thing.

LORD DARLINGTON. You always amuse me, Cecil. You talk as if you were a man of experience. »²⁷⁶⁵

4.4.3 Le choix de la bonne méthode

4.4.3.1 Introduction

Les méthodes pour évaluer l'impact des lois et des politiques publiques sont aussi diverses que celles qui s'appliquent à l'objet à réguler. Toutes les disciplines scientifiques sont convoquées, qu'il s'agisse des méthodes en sciences humaines ou en sciences dites dures. Leur inventaire exhaustif n'aurait donc aucun sens, d'autant plus qu'elles sont en constante évolution :

La Commission européenne le reconnaît dans ses directives exposant les méthodes les plus couramment utilisées : « The list of methods discussed is by no means exhaustive. Evaluation techniques and approaches are constantly changing, as researchers develop new analytical techniques and learn from their experiences and as new technologies allow for new methods of data collection. »²⁷⁶⁶

Cet immense éventail soulève la question du choix : comment sélectionner les méthodes à utiliser pour évaluer l'impact des mesures prévues ?

On trouve une réponse dans les textes officiels qui traitent généralement des deux points suivants : a) la nécessité d'une *méthode spécifique* ou non et b) la nécessité d'une *méthode qualitative* ou *quantifiée*, si nécessaire *monétairement*.

²⁷⁶⁵ Oscar WILDE, *Lady Windermere's Fan: A Play About a Good Woman*, pièce créée à Londres en 1892. C'est la conclusion de VOERMANS (2015), à la dernière page de son texte.

²⁷⁶⁶ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #46 (Designing the evaluation), ch. 4. Pour un guide des méthodes utilisées notamment pour évaluer la loi, spécifiquement destiné aux juristes en général et aux législateurs en particulier, cf. Frans LEEUW/Hans SCHMEETS, *Empirical Legal Research: A Guidance Book for Lawyers, Legislators and Regulators*, Cheltenham, 2016, p. 6 s. et *passim*.

4.4.3.2 OCDE

Sur le premier point (a), les Recommandations concernant la politique et la gouvernance réglementaires de l'OCDE demandent des analyses « proportionnées à l'importance de la réglementation ». Sur le second (b), elles conseillent de manière générale une analyse des impacts « si possible en termes quantitatifs et financiers » ainsi qu'une évaluation quantitative des coûts, des avantages et des risques « chaque fois que possible » lorsque les projets ont « d'importantes conséquences » et une analyse qualitative des impacts difficiles ou impossibles à quantifier :

« Adopter des méthodes d'analyse d'impact ex ante proportionnées à l'importance de la réglementation et leur associer des analyses coûts-avantages élargies aux conséquences de la réglementation pour la qualité de la vie, compte tenu de ses effets économiques, sociaux et environnementaux, notamment des effets redistributifs qu'elle peut avoir au fil du temps, en précisant les bénéficiaires probables et ceux qui en supporteront les coûts. »²⁷⁶⁷

« Lorsqu'ils réalisent une évaluation, les responsables devraient [...] évaluer les conséquences économiques, sociales et environnementales, si possible en termes quantitatifs et financiers, en tenant compte des effets possibles à long terme et en fonction de considérations géographiques »²⁷⁶⁸.

« Lorsque les projets de réglementation auraient d'importantes conséquences, l'évaluation ex ante des coûts, des avantages et des risques devrait être quantitative chaque fois que possible. Les coûts de la réglementation englobent les dépenses directes (frais administratifs, coûts financiers et dépenses d'investissement) et indirectes (coûts d'opportunité), que ces montants soient à la charge d'entreprises, de particuliers ou de l'État. Les évaluations ex ante doivent, le cas échéant, fournir une description qualitative des impacts qu'il est difficile, voire impossible, de quantifier, par exemple en matière d'équité, de justice et d'effets redistributifs. »²⁷⁶⁹

4.4.3.3 Union européenne

Sur le premier point (a), la Commission admet qu'il n'existe pas de méthode idéale applicable à toutes les analyses d'impact possibles. Les méthodes les plus appropriées compte tenu des spécificités du cas d'espèce doivent être identifiées pour collecter des données et analyser les impacts. Le rapport d'analyse d'impact devrait être transparent sur les choix méthodologiques effectués, en particulier lorsque des approches non standards sont déployées.

²⁷⁶⁷ OCDE (2012), ch. 4.1.

²⁷⁶⁸ OCDE (2012), ch. 4.7.

²⁷⁶⁹ OCDE (2012), ch. 4.4.

« There are several methods to quantify impacts, both in terms of overall methodological approach and specific techniques for individual types of impacts. For each case, the most appropriate method should be used. The choice of method should be clearly justified and explained in the IA report.

There is no ideal method which would apply to all possible Commission initiatives. There is, however, an obligation to make the most sensible methodological choice given the specificities of the case at hand, the availability of data and the requirement to carry out a proportionate analysis. In all cases, methodological complexity is not an excuse for not presenting the practical implications of different options for affected parties. Similarly, the fact that it may not be possible to monetise, or quantify, some impacts does not mean they should not be taken into account. All significant impacts should be analysed regardless of the nature of the available methodology to do so. »²⁷⁷⁰

« Importantly, the IA report should always be transparent about the methodological choices made to assess impacts, the underlying reasons particularly where non-standard approaches are deployed. »²⁷⁷¹

Sur le second point (b), l'Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » recommande « lorsque c'est possible » d'exposer « les coûts et avantages éventuels à court terme et à long terme [...] sur la base d'analyses tant qualitatives que quantitatives. »²⁷⁷² Lorsque l'analyse quantitative n'est pas possible ou disproportionnée, les impacts doivent être évalués qualitativement ; le rapport d'impact devra alors en motiver les raisons. Plus spécifiquement, la Commission « quantifiera, chaque fois que c'est possible, la réduction de la charge réglementaire ou le potentiel d'économie que présente chaque proposition ou acte juridique » dans le cadre de son programme pour une réglementation affûtée et performante (REFIT)²⁷⁷³.

Le guide « Mieux légiférer » apporte les précisions suivantes : « All relevant impacts should be assessed qualitatively and quantitatively whenever possible. Quantification of impacts will not be possible in all cases but it is expected that efforts are systematically made for REFIT initiatives. This allows a more transparent presentation of the benefits arising from simplification and measures to reduce unnecessary burdens that do not undermine policy objectives. Similarly, impacts should be monetised whenever possible. [...] When quantitative analysis is not possible or proportionate, impacts should be assessed qualitatively and the reasons for not having undertaken quantification explained in the IA report. The qualitative analysis should be rigorous and thorough, focusing on the practical implications for affected parties. As for quantitative assessments, important underlying assumptions will have to be stated. The conclusions should rely on available theory and evidence [...] They should acknowledge limits and clearly distinguish between

²⁷⁷⁰ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines* (2017), chap. III, ch. 2.5.3. Dans le même sens, cf. *ibidem*, chap. III, ch. 2, pt. 3, et COMMISSION EUROPÉENNE,

²⁷⁷¹ *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #19 (Identification/screening of impacts), ch. 4.

²⁷⁷² COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines* (2017), chap. III, ch. 2.5.1 *i.f.*
²⁷⁷³ PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 13 avril 2016*, ch. 12.

Ibidem, ch. 48.

facts, expert opinions and stakeholder views. If a broad order of magnitudes cannot be given, qualitative reasoning should be provided of why one option is considered likely to have larger (or smaller) impacts than another. »²⁷⁷⁴

La Commission a cependant subi les remontrances du Comité d'examen de la réglementation qui a critiqué une quantification insuffisante, à ses yeux, des nouvelles initiatives réglementaires²⁷⁷⁵.

4.4.3.4 Suisse

Sur le premier point (a), le Guide de législation fédéral demande de combiner les méthodes en fonction de leurs points forts et points faibles :

« Pour procéder à une sélection parmi les différentes solutions, on dispose de diverses techniques, les unes très formalisées et les autres moins. Toutes présentent des points forts et des points faibles. Aussi gagne-t-on à les combiner. »²⁷⁷⁶

Sur le second (b), la loi sur le parlement demande de faire le point sur « les conséquences que le projet et sa mise en œuvre entraînent sur les finances et l'état du personnel de la Confédération, des cantons, des communes, les modalités de son financement, enfin le rapport coût-utilité des mesures proposées »²⁷⁷⁷, le rapport avec le plan financier²⁷⁷⁸ ainsi que « l'adéquation des tâches et des moyens

²⁷⁷⁴ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines* (2017), chap. III, ch. 2.5.3. Cf. ég. COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #4 (Evidence-based better regulation), ch. 4 : « Data sets should ideally be analysed using different methods – this helps to avoid a one-sided approach and a biased end result » ; Tool #46 (Designing the evaluation), ch. 3.6 : « The methodology of an evaluation should consist of a combination of tools and techniques assembled in order to provide answers to its evaluation questions. Data availability and the quality of the data will play a key role in deciding which analytical methods can reliably be applied » ; Tool #57 (Analytical methods to compare options or assess performance), ch. 1 : « Every evaluation and impact assessment is different and the degree to which quantified information is available will also be different. As such, impact assessments and evaluations will have to employ one or more of the approaches according to the particular circumstances. They will still have to assess the economic, social and environmental impacts in an integrated way and to quantify them as far as is possible. »

²⁷⁷⁵ COMMISSION EUROPÉENNE, *Quantification in Commission Impact Assessments and Evaluations: Report of the RSB/SG/JRC Working Group*, Bruxelles, 2018, qui propose un tableau de quantification standard, censé simplifier et systématiser la présentation des coûts et des bénéfices.

²⁷⁷⁶ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 156.

²⁷⁷⁷ Art. 141 al. 2 let. f Loi sur le Parlement.

²⁷⁷⁸ Art. 141 al. 2 let. h Loi sur le Parlement.

financiers à disposition »²⁷⁷⁹ de même que les frais découlant des besoins en matière de technologie de l'information et de la communication²⁷⁸⁰.

Selon le *Guide de législation*, l'évaluation des effets englobe aussi celle des incidences financières tant sur les budgets des collectivités publiques que sur les destinataires des normes, qu'il s'agisse de privés ou d'entreprises²⁷⁸¹. Le guide précise qu'au stade de l'évaluation des effets probables de l'avant-projet, « il convient d'examiner (derechef) si l'utilité de l'acte législatif (autrement dit la mesure dans laquelle il permet d'atteindre les objectifs fixés et les effets secondaires positifs qu'il exercera sur d'autres objectifs) est plus importante que les coûts. Dans cette analyse, il y a lieu de prendre en compte les aspects matériels et immatériels, quantifiables et non quantifiables, chiffrables et non chiffrables en francs. Si le rapport coût-utilité de la réglementation envisagée est défavorable, on pourra même aller jusqu'à renoncer au projet législatif lui-même. »²⁷⁸²

Les *Directives du Conseil fédéral sur l'exposé des conséquences économiques des projets d'actes législatifs fédéraux* précisent qu'« [i]l est admissible de renoncer à des indications sur l'un ou l'autre des points à examiner, de fournir des compléments d'information et de donner des indications générales ou tendancielles sans les quantifier, dans la mesure où ces informations semblent suffisamment plausibles et vérifiables. Les hypothèses à la base du raisonnement doivent être justifiées dans un document de travail si elles ne sont pas formulées dans le message. »²⁷⁸³

4.4.4 La variété des méthodes : le défi interdisciplinaire

4.4.4.1 Les repères historiques : du droit comparé à la psychologie

L'extrême variété des méthodes possibles démontre si besoin le caractère nécessairement interdisciplinaire de la légistique²⁷⁸⁴. Pour évaluer les impacts probables des lois, les juristes ont historiquement recouru au *droit comparé*. Véronique CHAMPEIL-DESPLATS le rappelle :

« comme cela était déjà le cas de certains juristes du début du XX^e siècle [...], la comparaison sert à déceler le « meilleur » modèle national pour atteindre un objectif politique, social, économique. »²⁷⁸⁵

²⁷⁷⁹ Art. 141 al. 2 let. e Loi sur le Parlement.

²⁷⁸⁰ Art. 141 al. 2 let. g^{ter} Loi sur le Parlement.

²⁷⁸¹ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 185.

²⁷⁸² *Ibidem*, ch. 189.

²⁷⁸³ CONSEIL FÉDÉRAL, « Directives du Conseil fédéral sur l'exposé des conséquences économiques des projets d'actes législatifs fédéraux du 15 septembre 1999 », in : *FF* 2000 942, p. 986, ch. 4.

²⁷⁸⁴ Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.4.

²⁷⁸⁵ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, 2014, p. 189 ss et 222.

Sigrid EMMENEGGER expose en détail les différents auteurs dans la doctrine allemande autour de 1900 sous l'intitulé « Die rechtsvergleichende Methode der Wirkungsabschätzung »²⁷⁸⁶ en montrant qu'outre le droit comparé, on proposait de recourir à l'*histoire du droit*²⁷⁸⁷, la *statistique*²⁷⁸⁸, l'*économie*²⁷⁸⁹, la *méthode expérimentale*²⁷⁹⁰ et même la *psychologie*²⁷⁹¹. S'agissant du droit comparé, ces auteurs mettent l'accent sur les impacts concrets des règles et non sur leur interprétation littérale (« praktische Folgerungen » pour Ernst ZITELMAN, ou « die einzelnen Rechte, wie sie in der praktischen Anwendung leben » pour Gustav RADBRUCH) :

Ernst ZITELMANN (en 1900) : « Wenn eine bestimmte Gesetzgebungsfrage in einem Staat aufgeworfen ist, wird das vergleichende Studium der verschiedenen Lösungen, welche die gleiche Frage in anderen Staaten gefunden hat, fast unerlässlich sein. Indem zugesehen wird einerseits, ob die Verschiedenheit der sozialen Bedingungen in den einzelnen Staaten die Verschiedenheit der Lösungen erklärt, andererseits, wie die verschiedenen Lösungen in den verschiedenen Staaten gewirkt haben, gewinnt man ein *Erfahrungsmaterial*, aus dem sich *praktische Folgerungen* für die eigene Gesetzgebungsarbeit ziehen lassen. »²⁷⁹²

Gustav RADBRUCH (en 1906) : « Gegenstand der Rechtsvergleichung, so Radbruch, seien « die einzelnen Rechte, wie sie in der praktischen Anwendung leben », also als « Kulturmächte » bzw. als « Kulturfaktor » und Gegenstand « sozialwissenschaftlicher Betrachtung » – und nicht wie bei der Rechtsdogmatik als « Gedankeninhalte ». »²⁷⁹³

Jean CRUET rappelait également l'importance d'étudier le droit comparé afin d'examiner les « résultats effectifs des législations étrangères », le point essentiel étant « de ne pas chercher dans le droit comparé des arguments superficiels en faveur d'une thèse préconçue ».

²⁷⁸⁶ EMMENEGGER (2006), p. 172 ss.

²⁷⁸⁷ *Ibidem*, p. 176 ss : « Die rechtshistorische Methode der Wirkungsabschätzung ».

²⁷⁸⁸ *Ibidem*, p. 164 ss.

²⁷⁸⁹ *Ibidem*, p. 166 ss.

²⁷⁹⁰ *Ibidem*, p. 179 ss : « Die experimentelle Methode der Wirkungsabschätzung ».

²⁷⁹¹ « die Relevanz der Psychologie für die Prognose der Wirkung eines Gesetzes » (EMMENEGGER [2006], p. 169 ss). Plus récemment, cf. Koen VAN AEKEN, « Pushing Evaluation Forward. Institutionalization as a Means to Foster Methodological Growth of Legislative Ex Ante Evaluation », in : Verschuuren (éd.), *The Impact of Legislation: A Critical Analysis of Ex Ante Evaluation*, Leyde, 2009, p. 111 : « another approach involves the psychology of man. In short, values matter. ». Cf. ég. ci-dessus ch. 1.3.2.2b.V *i.f.* sur la place prise par les sciences comportementales dans l'analyse d'impact.

²⁷⁹² Ernst ZITELMANN, « Aufgaben und Bedeutung der Rechtsvergleichung », in : *Deutsche Juristenzeitung*, 5, 1900, p. 330, cit. in : EMMENEGGER (2006), p. 173.

²⁷⁹³ EMMENEGGER (2006), p. 174, citant Gustav RADBRUCH, « Über die Methode der Rechtsvergleichung », in : *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, 2, 1906, p. 424 s.

« Étudier d'une manière approfondie les mouvements des usages et de la jurisprudence, les résultats effectifs des législations étrangères, réunir et interpréter les données de la statistique, c'est un travail proprement scientifique et technique. Aucune intuition ne saurait en tenir lieu. [...] En France, le travail juridique se poursuit d'une manière fragmentaire et incohérente. »²⁷⁹⁴

« Le point essentiel est de ne pas chercher dans le droit comparé des arguments superficiels en faveur d'une thèse préconçue ; trop souvent, une rapide cueillette d'exemples pris çà et là à travers les législations n'est qu'une manière de prêter à un pur a priori une apparence positive. »²⁷⁹⁵

Plus récemment, Peter NOLL précise dans le même sens qu'en soi la comparaison de normes dans une perspective géographique ou historique ne permet pas de tirer nécessairement des conclusions sur leur pertinence ou sur leur caractère juste ou injuste. Cette comparaison doit plutôt établir le lien aux problèmes de fait qui ont pu être surmontés ou non, le droit comparé revêtant en quelque sorte le statut d'une expérimentation²⁷⁹⁶.

Une illustration actuelle : dans le cadre de la lutte contre le sexisme dans l'espace public (harcèlement de rue ou outrage sexiste), le législateur belge a adopté une sanction pénale autonome en 2014. L'exemple étant alors précurseur, la loi belge est depuis scrutée par tous les Etats qui désirent légiférer sur le sujet. Connaître les impacts de la règle permet de s'inspirer de l'expérience pour en améliorer le concept si nécessaire. Le bilan est mitigé selon certains avis : la loi étant ineffective, elle « berce le justiciable d'une illusion de sécurité juridique » devant un « instrument de communication politique »²⁷⁹⁷. Une telle conclusion ne signifie pourtant pas nécessairement qu'il faille renoncer à légiférer, mais qu'il pourrait être opportun d'investiguer de manière plus approfondie sa possible efficacité symbolique et les problèmes posés par ses éventuels effets indésirables.

On trouve aujourd'hui en science politique de nombreuses recherches sur les conditions de réussite d'un *transfert de solutions législatives* ou de *politiques publiques* entre différents secteurs ou pays (« policy transfer », « policy diffusion », « policy learning », etc.)²⁷⁹⁸. Selon David DOLOWITZ et David MARSH, la greffe ne prendrait pas dans les trois hypothèses suivantes :

²⁷⁹⁴ CRUET (1908), p. 330.

²⁷⁹⁵ CRUET (1908), p. 317.

²⁷⁹⁶ Peter NOLL, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek, 1973, p. 88. Sur les différentes méthodes en matière de droit comparé d'un point de vue historique et leur renouveau, cf. CHAMPEIL-DESPLATS (2014), p. 221 ss. Sur les usages du droit comparé dans la rédaction législative, cf. Nicola LUPO/Lucia SCAFFARDI (éd.), *Comparative Law in Legislative Drafting: The Increasing Importance of Dialogue amongst Parliaments*, La Haye, 2014, *passim*. Sur l'intérêt légistique du droit *intercantonal* comparé, cf. JEANNERAT (2018), p. 64 s.

²⁷⁹⁷ Jimmy CHARRUAU, « Une loi contre le sexisme ? Étude de l'initiative belge », in : *La Revue des droits de l'homme*, n° 7, § 32.

²⁷⁹⁸ Cf. Eric WINDHOLZ, *Governing through Regulation: Public Policy, Regulation and the Law*, New York, 2018, p. 192 et réf. cit. in : note de bas de page 182.

- une information insuffisante sur le fonctionnement exact de la politique publique dans le pays d’origine (transfert insuffisamment éclairé [« uninformed »]) ;
- une absence de reprise des éléments critiques ayant assuré le succès dans le pays d’origine (transfert incomplet [« incomplete »]) ;
- une prise en compte insuffisante du contexte économique, social, politique et idéologique spécifique (transfert inadéquat ; « inappropriate »)²⁷⁹⁹.

4.4.4.2 *Les méthodes par domaines et par degré de participation démocratique*

La Commission décrit de manière détaillée les méthodes relatives à une *quinzaine de secteurs spécifiques* : compétitivité sectorielle ; recherche et innovation ; « test PME » (petites et moyennes entreprises) ; concurrence ; marché intérieur ; prévention de la fraude ; commerce extérieur et investissement ; économie numérique ; droits fondamentaux et droits de l’homme ; emploi, conditions de travail, répartition des revenus, protection sociale et inclusion ; éducation, formation, culture et jeunesse ; impacts sur la santé ; consommateurs ; impacts territoriaux ; pays en développement ; efficacité des ressources²⁸⁰⁰.

La Commission détaille également toute une série de *méthodes de consultation et de participation du public*²⁸⁰¹, moyen pertinent pour améliorer la qualité prospective des analyses d’impact tout en assurant leur caractère démocratique²⁸⁰². On relèvera que les méthodes s’adaptent progressivement à l’environnement

²⁷⁹⁹ DOLOWITZ David/MARSH David, « Learning from Abroad: The Role of Policy Transfer in Contemporary Policy-Making », in : *Governance*, vol. 13, 2000, p. 17 ss (cit. et résumé in WINDHOLZ [2018], p. 192).

²⁸⁰⁰ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #20 à #35. Pour un examen plus détaillé des méthodes, cf. COMMISSION EUROPÉENNE, *Evalsed Sourcebook: Method and Techniques*, Bruxelles, [s. d.], cit. in : COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #46 (Designing the evaluation), ch. 4.

²⁸⁰¹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #54 (Conducting the consultation activities and data analysis). Cf. ég. VAN AEKEN (2009), p. 114 s., qui oppose les méthodes consultatives aux méthodes calculatoires (« consultative vs computational methods »). Cf. ci-dessus ch. 2.3.4.1a.

²⁸⁰² UHLMANN Felix/KONRATH Christoph, « Participation », in : Karpen/Xanthaki (éd.), *Legislation in Europe: a Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners*, Oxford/Portland, 2017, p. 73 ss ; Luzius MADER, FLÜCKIGER Alexandre, « Consulter pour mieux légiférer : Utilité des procédures de consultation pré-parlementaires », in : *LeGes*, 2011/2, p. 185 ss ; « Die Rolle der Zivilgesellschaft und die Bedeutung der Konsultationsverfahren für die nationale Rechtsetzung in Europa », in: Schäffer/Iliopoulos-Strangas (éd.), *Staatsmodernisierung in Europa*, Berlin, 2007, p. 53 ss.

médiatique numérique contemporain (« E-Rulemaking »)²⁸⁰³, tout en rappelant l'apport de méthodes plus dynamiques et plus ou moins informelles²⁸⁰⁴.

La doctrine constate cette pertinence : « strategy is to improve the quality of ex ante evaluation as it is carried out within the (political) process of legislative drafting. This can be done by paying more attention to the checks and balances in the process of lawmaking, for instance by trying to circumvent information asymmetries. An interesting method that is sometimes used is to try to detect and correct overestimation by self-interested stakeholders through the invitation of parties that are not well organized (the « silent mass ») to the consultation process and lowering the threshold for their participation. »²⁸⁰⁵

Le Guide de législation fédéral est très clair sur cette fonction : « Tenir compte des inévitables incertitudes qui planent sur les effets de l'acte législatif – Si, en dépit de l'évaluation des effets, il subsiste de grandes incertitudes quant à l'impact réel des normes envisagées (par exemple parce qu'elles prévoient de nouveaux moyens d'action ou de nouvelles solutions techniques), on peut profiter de la procédure de consultation pour obtenir les connaissances qui font défaut. »²⁸⁰⁶.

Le grand défi en matière légistique consiste à combiner l'analyse technique avec l'*ouverture participative*. Celle-ci est absolument nécessaire en démocratie. Tout est question d'équilibre : si le législateur n'a pas à se laisser dicter ses choix politiques par des calculs purement technocratiques, il doit pourtant simultanément rester ouvert à l'argumentation raisonnée que produit la démarche légistique. Le législateur doit être éclairé mais non ébloui. La légistique se fonde en effet, nous l'avons montré en introduction, sur un idéal délibératif, celui de la rationalité communicationnelle²⁸⁰⁷, impliquant une éthique de la discussion la plus inclusive possible. Concevoir une évaluation, *ex ante* ou *ex post*, qui soit aussi participative, pluraliste, qu'inclusive s'impose à notre sens pour contrer d'évidentes tendances technocratiques, élitistes ou économistes qui guettent sans cesse la discipline²⁸⁰⁸.

²⁸⁰³ Nuno CARVALHO/ Lourenço RUI PEDRO, « E-Rulemaking : Lessons from the Literature », *International Journal of Technology and Human Interaction*, 2018/2, p. 35 ss.

²⁸⁰⁴ Cf. par exemple les diverses tables rondes informelles in : KELLER (2008) ou les conférences citoyennes (ci-dessus p. 143).

²⁸⁰⁵ Jonathan VERSCHUUREN/Rob VAN GESTEL, « Conclusions: A Conditional Yes to Ex Ante Evaluation of Legislation », in : Verschuuren (éd.), *The Impact of Legislation: A Critical Analysis of Ex Ante Evaluation*, Leyde, 2009, p. 262.

²⁸⁰⁶ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 191.

²⁸⁰⁷ Cf. ci-dessus ch. 1.2.1.2b et 1.2.2.2d.

²⁸⁰⁸ Cf. ci-dessus ch. 1.3.5.4b.V.

4.4.4.3 *Les méthodes de comparaison des options*

a. Introduction

Nous avons identifié plus haut *quatre types distincts d'évaluation législative*²⁸⁰⁹ : les deux premiers visent à examiner le critère de la *pertinence* ([i] évaluation du bien-fondé du problème et [ii] évaluation du bien-fondé des causes sous-jacentes et des objectifs) et les deux suivants [iii] l'évaluation de tous les impacts économiques, environnementaux et sociaux et [iv] l'évaluation de l'efficacité, l'effectivité et l'efficience.

L'évaluation de tous les impacts (iii) permet d'identifier les effets qui permettront leur comparaison en vue des évaluations d'efficacité (iv), qui sont habituellement effectuées à l'aide des analyses coût-bénéfice, multicritère ou coût-efficacité notamment²⁸¹⁰.

Le choix d'une méthode ou d'une combinaison de méthodes dépend de plusieurs facteurs, notamment le nombre et la nature des impacts et des objectifs ainsi que la possibilité de quantifier ou de monétariser les coûts ou les bénéfices²⁸¹¹.

La Commission européenne a synthétisé en une centaine de pages ces principales méthodes avec leurs avantages et leurs inconvénients ainsi que les conditions dans lesquelles elles peuvent être ou non appliquées selon la nature des réglementations à évaluer²⁸¹².

b. L'analyse coût-bénéfice et l'analyse coût-efficacité

L'*analyse coût-bénéfice* (ou « coût-avantage » ; « cost-benefit analysis ») implique la monétarisation des coûts et bénéfices les plus importants liés à l'intervention publique²⁸¹³. Elle permet de mesurer l'*efficience* d'une mesure. Alors qu'elle est courante en Amérique du Nord²⁸¹⁴, elle est, dans les

²⁸⁰⁹ Cf. ci-dessus ch. 2.2.3.2.

²⁸¹⁰ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines* (2017), chap. III, ch. 2.6.

²⁸¹¹ *Ibidem*, chap. III, ch. 2.6.

²⁸¹² COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tools #57 à #65. En Suisse, la documentation officielle sur les méthodes est plus disparate (cf. ci-dessus ch. 2.2.3.3c).

²⁸¹³ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #57 (Analytical methods to compare options or assess performance), ch. 2.1. Cf. ég. *ibidem*, Tool #58 (Typology of costs and benefits), Tool #59 (Methods to assess costs and benefits), Tool #60 (The standard cost model for estimating administrative costs), Tool #62 (The use of analytical models and methods). Sur ses fondements, cf. ci-dessus ch. 1.3.2.2b.V.

²⁸¹⁴ Y compris au Canada s'agissant des actes réglementaires, cf. HOULE (2012), p. 95 et 98 ss. Dans l'OCDE, le nombre de pays quantifiant les coûts et les bénéfices est en augmentation (OCDE, *Regulatory Policy Outlook 2018*, Paris, 2018, p. 64 ss).

faits, très peu appliquée dans les analyses d'impact en droit de l'Union européenne ou en Suisse en raison de la quasi-impossibilité de quantifier monétairement les bénéfices plus particulièrement, sensibles en cela aux critiques que nous avons récapitulées plus haut²⁸¹⁵ :

« CBA [cost-benefit analysis] can be, and has been applied, within the EU system. However, it is typically less applied, and more difficult to apply, than in other regulatory systems for various reasons. For example, putting a monetary value on non-monetary costs and benefits can be sometimes difficult and will rely on a number assumptions. As a result, there is a risk that intangible values or outcomes may be under/overestimated or even overlooked. Accordingly, multi-criteria analysis tends to be used more frequently »²⁸¹⁶.

La Commission est d'avis que monétiser certains impacts, tels que le respect des droits fondamentaux, serait un exercice dénué de sens et, en tant que tel, ne devrait pas être entrepris. Par ailleurs, il est très difficile d'estimer le mode d'exécution et les coûts afférents à la mise en œuvre au niveau national au sujet desquels les données ne sont par ailleurs pas toujours facilement disponibles. Il faut préférer l'analyse multicritère²⁸¹⁷.

Par rapport à l'analyse coût-bénéfice, l'*analyse coût-efficacité* (« cost-effectiveness analysis »), autre méthode de mesure de l'efficacité, présente l'intérêt de quantifier – et non de monétariser – les bénéfices que génère une unité de coût donnée. Elle permet typiquement de répondre aux questions suivantes : « combien d'emplois seront créés pour chaque unité monétaire investie ? » ou « combien de vies sont épargnées pour chaque unité monétaire dépensée ? »²⁸¹⁸

c. *De l'analyse multicritère à l'évaluation sociale multicritère*

L'*analyse multicritère* (« multi-criteria analysis ») est une méthode permettant de porter une évaluation fondée sur un ensemble explicite d'objectifs et de critères associés. Elle est particulièrement conseillée dans le cas

²⁸¹⁵ Cf. ci-dessus ch. 4.4.2.2.

²⁸¹⁶ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #57 (Analytical methods to compare options or assess performance), ch. 2.1. Cf. toutefois *ibidem*, Tool #12 (Format of the impact assessment report), ch. 3, sct 6 : « The costs and benefits of the initiative should be identified according to the standard typology of costs and benefits (Tool #58) and must be quantified (and monetised) wherever possible as per the better regulation Guidelines. Reasons should be given where this is not possible ». Sur cette problématique, cf. Andrea RENDA, « Cost-Benefit Analysis and EU Policy: Limits and Opportunities », in: Garben /Govaere (éd.), *The EU Better Regulation Agenda : A Critical Assessment*, Portland, 2018, p. 49 ss.

²⁸¹⁷ *Ibidem*, Tool #57 (Analytical methods to compare options or assess performance), ch. 3.

²⁸¹⁸ *Ibidem*, ch. 2.4.

d'interventions complexes comprenant de multiples impacts quantifiés mesurés en différentes unités ou en impacts qualitatifs (en particulier des facteurs qui ne peuvent pas être exprimés en termes monétaires)²⁸¹⁹. Il existe une grande variété de méthodes multicritère²⁸²⁰. On notera par exemple une approche originale intégrant la négociation en matière d'impacts sur l'environnement²⁸²¹. Dans le domaine juridique plus généralement, la doctrine la propose pour aider les autorités à décider dans toutes les situations exigeant une balance des intérêts²⁸²².

Dans ses développements récents, la méthode a évolué en direction d'une *évaluation sociale multicritère* (« Social Multi-Criteria Evaluation ») répondant au besoin accru de participation du public²⁸²³ afin d'y intégrer le critère d'équité²⁸²⁴.

d. Les autres méthodes (moindres coûts, coûts standards, analyses contrefactuelles, SWOT)

L'analyse selon la *méthode des moindres coûts* (« least cost analysis ») a pour particularité de ne considérer que les coûts. L'option qui entraîne le coût le plus bas sera préférée. Cette méthode ne peut être utilisée que lorsque les avantages sont préétablis et que la seule marge de manœuvre de décision porte sur la manière de les atteindre. Elle s'applique spécifiquement aux évaluations prospectives. Les coûts n'ont pas besoin d'être précisément monétisés ou même quantifiés. Leur importance relative doit dans tous les cas être déterminée.²⁸²⁵

On mentionnera également le « test PME » se limitant à l'évaluation prospective des coûts d'un projet de loi pour les petites et moyennes entreprises basée sur la

²⁸¹⁹ *Ibidem*, ch. 2.2.

²⁸²⁰ *Ibidem*, Tool #63 (Multi-criteria analysis), ch. 3.

²⁸²¹ Jean SIMOS, *Evaluer l'impact sur l'environnement : une approche originale par l'analyse multicritère et la négociation*, Lausanne, 1990. Cf. ég. Jean SIMOS, *Evaluer l'impact sur la santé et l'environnement*, Lausanne, 2017.

²⁸²² Bengt LINDELL, *Multi-criteria Analysis in Legal Reasoning*, Cheltenham, 2017. Cf. ég. la proposition de Charles-Albert MORAND sur le recours à l'analyse multicritère dans la pesée des valeurs constitutionnelles (ci-dessous ch. 4.5.2).

²⁸²³ Giuseppe MUNDA, *A social multi-criteria framework for ex-ante impact assessment*, Luxembourg, 2017 ; COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #63 (Multi-criteria analysis), ch. 2.

²⁸²⁴ Giuseppe MUNDA, *Dealing with fairness in public policy analysis: A methodological framework*, Luxembourg, 2017.

²⁸²⁵ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #57 (Analytical methods to compare options or assess performance), ch. 2.3.

méthode des coûts standards (« Standard Cost Model »), sans prise en considération des bénéfices²⁸²⁶.

Les *analyses contrefactuelles* (« counterfactual analysis ») sont des méthodes visant à juger si une intervention donnée produit les effets désirés en fonction d'une dimension préétablie. Il faut évaluer ce qui se serait produit en l'absence de la mesure et la comparer avec ce qui s'est réellement passé. De telles analyses consistent à comparer les impacts sur les bénéficiaires de la mesure à évaluer (le groupe pilote ou de traitement) avec ceux d'un groupe similaire qui n'a pas été soumis à la mesure (le groupe témoin ou de contrôle). Le groupe témoin nous renseigne sur ce qui serait arrivé aux membres du groupe de traitement si ces derniers n'avaient pas été exposés à la mesure en cause. Différents types d'analyses contrefactuelles existent, en particulier l'*expérimentation aléatoire contrôlée* (« randomized controlled trial »)²⁸²⁷.

Cette méthode « considérée par certains prosélytes comme le *golden standard* (étalon-or) de l'évaluation donnant la « preuve par l'évidence » du succès ou de l'échec de la politique (*evidence-based policy*) »²⁸²⁸ a suscité de nombreux débats. Un exemple de la difficulté : « Sur un plan pratique, la construction de groupes témoins ne peut pas toujours être réalisée de manière aléatoire mais doit tenir compte des réalités sociopolitiques de mise en œuvre. Exclure des bénéficiaires potentiels au nom d'une méthode « scientifique » pose des problèmes éthiques. »²⁸²⁹

La méthode est utilisée dans le cadre du *droit expérimental*²⁸³⁰.

Une *analyse FFOM* (forces, faiblesses, opportunités et menaces) (« SWOT analysis » [« Strengths, Weaknesses, Opportunities and Threats »]) est utilisée pour identifier les forces, les faiblesses, les opportunités et les menaces en relation avec un projet et son évolution. Elle n'est pas un outil d'analyse en soi, mais un

²⁸²⁶ Felix UHLMANN, « Politische Vorstösse für bessere Gesetze: eine Auslegeordnung und eine vorsichtige Bewertung », in : Canapa *et al.* (éd.), *Sein und Schein von Gesetzgebung: Erwartungen – Auswirkungen – Kritik*, Zurich, 2018, p. 14 s. ; Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 3^e éd., Zurich, 2013, N. 68 s. En droit de l'Union européenne, cf. une explication détaillée de ce test et de cette méthode in : COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #22 (The « SME test ») et Tool #60 (The standard cost model for estimating administrative costs). Pour un aperçu de la méthode dans son contexte historique, cf. Paola COLETTI, « Standard Cost Model », in : Dunlop/Radaelli (éd.), *Handbook of regulatory impact assessment*, Cheltenham, 2016, p. 93 ss.

²⁸²⁷ *Ibidem*, Tool #57 (Analytical methods to compare options or assess performance), ch. 2.5, qui se réfère également aux méthodes suivantes : « Difference in Difference ; Propensity Score Matching ; Discontinuity Design and Instrumental Variables ».

²⁸²⁸ Annie FOUQUET, « L'évaluation des politiques publiques : État(s) de l'art et controverses », in : *Revue française d'administration publique*, n° 148(4), 2013, p. 843.

²⁸²⁹ *Ibidem*.

²⁸³⁰ Cf. ci-dessous ch. 6.2.4.3c, p. 662.

moyen de synthétiser les analyses précédentes et de les employer pour développer une stratégie²⁸³¹.

4.4.5 La problématique des pronostics

4.4.5.1 *La fiabilité des prévisions*

La question de la fiabilité des pronostics est centrale dans toutes les méthodologies d'évaluation prospective des réglementations. « Comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler ? » s'interrogeait PORTALIS, l'un des rédacteurs du Code civil français²⁸³² : « calculer », le mot a été jeté. Prédire le futur, activité classiquement laissée aux mages, devins, prophètes et autres oracles, est également un défi lancé à la science.

« Forecasting the future is undoubtedly one of the most intriguing challenges in science and far beyond. »²⁸³³

Or, deux siècles plus tard, les progrès technologiques n'ont toujours pas rendu le futur plus calculable : « si l'on regarde l'histoire des spécialistes de la prévision, on constate qu'ils se sont toujours trompés. »²⁸³⁴ Nassim TALEB en tire la conclusion que « [l]es prévisions sont tout bonnement impossibles » ; ce qu'il explique par la survenance de phénomènes de rupture imprévisible et de discontinuité survenant dans toute évolution²⁸³⁵.

Exemples en matière d'analyse d'impact :

- Le Contrôle fédéral des finances a évalué les prévisions contenues dans les analyses prospectives de l'impact des projets législatifs fédéraux en concluant que celles-ci étaient « peu fiables »²⁸³⁶. Il a décidé de vérifier l'exactitude des estimations des conséquences des actes législatifs à la suite d'une grosse erreur de prévision relative au manque à gagner, finalement beaucoup plus élevé qu'attendu, de la loi sur la

²⁸³¹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #57 (Analytical methods to compare options or assess performance) ch. 2.6.

²⁸³² PORTALIS (1801).

²⁸³³ VAN AEKEN (2009), p. 110.

²⁸³⁴ Olivier SOUBEYRAN, *Pensée aménagiste et improvisation : l'improvisation en jazz et l'écologisation de la pensée aménagiste*, Paris, 2014, p. 28 (réf. cit.).

²⁸³⁵ Nassim TALEB, *Le cygne noir : la puissance de l'imprévisible* (trad. Christine RIMOLDY), Paris, 2008, p. 185 ss.

²⁸³⁶ CONTRÔLE FÉDÉRAL DES FINANCES, *Prévisions dans les messages du Conseil fédéral : Evaluation des analyses prospectives de l'impact des projets législatifs*, Berne, 2016, p. 53.

réforme de l'imposition des entreprises soumise à votation populaire en 2008²⁸³⁷, contestée devant le Tribunal fédéral²⁸³⁸.

- En France, lors de la confrontation *a posteriori* des prévisions des études d'impact en matière d'efficacité escomptée, Bertrand-Léo COMBRADE souligne également le « manque de pertinence des évaluations »²⁸³⁹. Cet auteur rapporte également une critique de la précision et de la pertinence des analyses coût-bénéfice au Royaume-Uni²⁸⁴⁰.

Les réformes législatives continueraient-elles de ressembler aujourd'hui « un peu à une opération chimique sur un corps inconnu » comme Jean CRUET le prétendait en 1908 ?

« *Le caractère général du phénomène de l'incidence* – Le législateur ne sait pas à l'avance et ne peut savoir comment le milieu social va se comporter en présence d'un texte déterminé : il y a dans la société une multitude d'éléments à peine soupçonnés, et c'est l'application même de ce texte qui doit en révéler, à certains égards, l'existence et la nature. Une réforme législative, si bien étudiée soit-elle, ressemble un peu à une opération chimique sur un corps inconnu. [...] Quel était le dessein des auteurs du Code civil en interdisant la recherche de la paternité ? Fortifier la femme contre la séduction par la crainte de garder l'enfant exclusivement à sa charge. Mais le Code civil a simplement encouragé l'homme... Il y a dans l'article 310 une erreur de psychologie. »²⁸⁴¹

Un mot d'esprit, d'un auteur non identifié, résume le problème : la prévision est difficile, surtout lorsqu'elle concerne l'avenir...²⁸⁴² Comme éléments tangibles, l'analyste ne dispose en effet que de données passées qu'il est bien obligé d'interpréter d'une manière ou d'une autre. On constatait il y a un siècle déjà que l'Etat « ne fait pas les lois comme il veut et même s'il légifère pour le plus lointain avenir, il est bien obligé de légiférer sur les données du passé, données morales ou données statistiques. »²⁸⁴³ La prospective repose en effet foncièrement sur l'analyse des *schémas de tendances du passé* qu'il s'agit d'extrapoler de la manière la plus clairvoyante possible sur les phénomènes à venir²⁸⁴⁴. Certains pensent que l'origine de la difficulté est à chercher dans l'état encore lacunaire des *connaissances scientifiques* en la matière :

²⁸³⁷ *Ibidem*, p. 16.

²⁸³⁸ ATF 138 I 61.

²⁸³⁹ COMBRADE (2017), p. 366.

²⁸⁴⁰ COMBRADE (2017), p. 375, réf. en note de bas de page 1910.

²⁸⁴¹ CRUET (1908) p. 282 s.

²⁸⁴² « We just remind the reader of the famous quote of Nobel Prize winner Niels Böhr: < predicting is very difficult, especially about the future > » (VERSCHUUREN/VAN GESTEL [2009, « Conclusions »], p. 262). On précisera que la source de ce mot d'esprit est en réalité inconnue, étant attribué alternativement à Mark TWAIN, à Tristan BERNARD ou à bien d'autres auteurs encore, illustres ou méconnus.

²⁸⁴³ CRUET (1908), p. 241.

²⁸⁴⁴ Henry MINTZBERG, *Grandeur et décadence de la planification stratégique* (trad. Pierre ROMELAER), Paris, 1994, p. 246.

« the state of the art in forecasting outputs and outcomes in ex ante evaluations of legislation was and is still is underdeveloped. »²⁸⁴⁵

Beaucoup fondent dès lors leurs espérances dans la capacité des intelligences artificielles à analyser des données de plus en plus massives (« big data analytics »)²⁸⁴⁶ ; d'autres jugent au contraire qu'une bonne prévision ne nécessite pas nécessairement d'ordinateurs puissants ou de méthodes sophistiquées²⁸⁴⁷. Dans toutes les hypothèses, la prédiction du futur reste un espoir toujours vivace. Cela s'explique, car elle répond à une *nécessité pratique* que le monde du droit est amené à trancher tant au niveau individuel (pronostic de dangerosité pour condamner ou libérer une personne à l'internement à vie²⁸⁴⁸) que collectif (évolution démographique pour définir la taille des zones à bâtir²⁸⁴⁹ ou environnementale dans le cas du réchauffement climatique²⁸⁵⁰).

Dans le contexte législatif, la Commission européenne recommande de recourir à *différents outils prospectifs* dans le contexte de la réalisation des analyses d'impact de la réglementation pour compléter les modèles.

²⁸⁴⁵ HOPPE (2009), p. 94.

²⁸⁴⁶ Cf. par exemple l'observatoire des crises financières (« Financial Crisis Observatory ») développé par Didier SORNETTE, titulaire de la chaire des risques entrepreneuriaux de l'Ecole polytechnique fédérale de Zurich : « a scientific platform aimed at testing and quantifying rigorously, in a systematic way and on a large scale the hypothesis that financial markets exhibit a degree of inefficiency and a potential for predictability, especially during regimes when bubbles develop. [...] Our research combines the theory of out-of-equilibrium physical systems, the theory of complex systems, economic and financial models and econometric methods. » (er.ethz.ch > Financial Crisis Observatory > Description).

²⁸⁴⁷ Philip TETLOCK/Dan GARDNER, *Superforecasting: The Art and Science of Prediction*, Londres, 2016, pour lesquels il faudrait s'inspirer des méthodes des « super-prévisionnistes » (« superforecasters »), c'est-à-dire des personnalités capables de rassembler des matériaux provenant de diverses sources, de penser de façon probabiliste, de travailler en équipe, d'être prêts à admettre leurs erreurs et à s'adapter en conséquence. En détail sur cette nouvelle conception, cf. PINKER (2018), p. 63 et 421 ss.

²⁸⁴⁸ Art. 64 ss Code pénal suisse.

²⁸⁴⁹ Le droit fédéral exige depuis 2014 d'élaborer des « directives techniques » relatives à la manière de calculer la surface répondant aux besoins démographiques prévisibles dans les 15 ans (art. 15 al. 1^{er} et 5 LAT) ; directives dont la technicité avancée révèle après une étude approfondie des modèles un phénomène de « sculpture sur nuages » (Alexandre FLÜCKIGER, « La création et le dimensionnement des zones à bâtir : enjeux et méthodes », in : Zufferey/Waldmann (éd.), *Révision 2014 de la loi sur l'aménagement du territoire : faire du neuf avec du vieux ?*, Zurich, 2015, p. 157).

²⁸⁵⁰ Cf. à ce propos le rôle du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) (« Intergovernmental Panel on Climate Change » [IPCC]), organisme intergouvernemental créé en 1988 par l'Organisation météorologique mondiale (OMM) et le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) (ipcc.ch).

L'objectif consiste à élargir l'horizon de réflexion en remettant en question les hypothèses évolutives actuelles par l'ouverture à des futurs alternatifs ainsi que par l'exploration de l'incidence des événements possiblement perturbateurs et des sources potentielles de ruptures radicales de continuité²⁸⁵¹.

La Commission détaille également les *méthodes d'évaluation et de gestion des risques* à appliquer au long des différentes phases de l'analyse d'impact (analyse du problème, définition des objectifs, conception et évaluation des options stratégiques ainsi que de leur mise en œuvre)²⁸⁵².

Lors de l'estimation des coûts et des bénéfices, elle recommande d'examiner l'influence des variables-clés par une *analyse de sensibilité* qui devrait être reliée aux causes du problème identifié lors de l'étape d'analyse du problème (« worst/best case scenario analysis » ; « partial sensitivity analysis » ; « Monte-Carlo sensitivity analysis »)²⁸⁵³.

Dans ce contexte, Olivier SOUBEYRAN rappelle la position de tous les auteurs qui ont démontré l'*efficacité symbolique des prévisions*, fussent-elles fausses, établies rationnellement ou irrationnellement. La croyance en celles-ci est susceptible de rétablir la confiance par la réduction de l'anxiété et « construit alors ses conditions d'efficacité. »²⁸⁵⁴ Il suppose « qu'il existe un besoin anthropologique de contrôler et de maîtriser l'environnement. Besoin qu'incarne de nos jours, non plus le magicien, l'oracle mais le politique et le planificateur avec la prétention d'y répondre. »²⁸⁵⁵

4.4.5.2 *Les méthodes pour légiférer dans un contexte incertain*

L'aspect conjectural de la prospective accroît les risques de manipulation. Il revient au législateur de s'en prémunir. La mesure essentielle consiste à reconnaître de manière transparente le degré d'incertitude des pronostics afin de ne pas induire sciemment en erreur. Concrètement, le principe de proportionnalité exige en conséquence de *diminuer les exigences de précision*

²⁸⁵¹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #4 (Evidence-based better regulation), ch. 3 (avec références à divers « foresight and other forward-looking tools »).

²⁸⁵² *Ibidem*, Tool #15 (Risk assessment and management), ch. 6.

²⁸⁵³ *Ibidem*, Tool #57 (Analytical methods to compare options or assess performance), ch. 4.

²⁸⁵⁴ SOUBEYRAN (2014), p. 28, s'inspirant notamment de Martin GIMPL/Stephen DAKIN, « Management and Magic », in : *California Management Review*, vol. 27, n° 1, 1984, p. 125 ss, pour lesquels « les experts des techniques de planification et de prévision remplissent la fonction des magiciens dans les sociétés primitives. Ils fournissent une base pour la décision quand il n'y a pas de méthode rationnelle » (selon la citation de SOUBEYRAN [2014], p. 27 s.) et de MINTZBERG (2004).

²⁸⁵⁵ SOUBEYRAN (2014), p. 25.

normative dans les domaines où l'évolution est particulièrement imprévisible²⁸⁵⁶.
A titre de contrepartie, plusieurs mesures sont envisageables :

- adopter la méthode des *différents scénarios possibles* au lieu de simplement extrapoler dans le futur des performances passées²⁸⁵⁷ ;
- procéder à des *analyses de sensibilité*²⁸⁵⁸ ;
- soumettre le projet de loi à des *simulations*²⁸⁵⁹ ou à des *tests pratiques* préalables²⁸⁶⁰ ;
- procéder à une *expérimentation* législative²⁸⁶¹ ;
- observer l'évolution des faits et *corriger la loi* en conséquence²⁸⁶² ;
- affiner la précision des prédictions par des *analyses rétroactives*²⁸⁶³ ;

²⁸⁵⁶ Cf. ci-dessous ch. 5.3.2.

²⁸⁵⁷ WINDHOLZ (2018), p. 144 avec réf. cit. ; Tom LING, « Unknowns and Ex Ante Evaluation: The Case for Scenario-Based Approaches », in : Furubo/Rist/Speer (éd.), *Evaluation and Turbulent Times: Reflections on a Discipline in Disarray*, New Brunswick (NJ), 2013, p. 71 ss ; MINTZBERG (1994), p. 258 : « si vous ne pouvez pas prédire le futur, alors vous pouvez très bien tomber sur le bon futur en faisant des spéculations sur une variété de futurs possibles ». Cette méthode, qui reste l'une des plus intéressantes (MINTZBERG [1994], p. 374), pose cependant problème en présence de nombreux scénarios potentiels et non circonscrits ou lorsqu'une décision définitive doit être prise sans possibilité de la reporter après la survenance de l'un des scénarios (MINTZBERG [1994], p. 262 s.). Cf. ég. la recommandation du Contrôle fédéral des finances (CDF) critiquant la qualité des prévisions des analyses d'impact législatives fédérales : « Le CDF s'étonne que les offices, malgré leur méfiance affichée envers les prévisions, formulent des chiffres absolus, ou renoncent totalement à en formuler. Il y aurait pourtant une troisième voie, qui consisterait à formuler un effet en termes de fourchette, en indiquant le niveau de probabilité ou en formulant des scénarios avec leurs hypothèses sous-jacentes. » (CONTRÔLE FÉDÉRAL DES FINANCES [2016], ch. 6.1, question 4).

²⁸⁵⁸ Réf. cit. ci-dessus ch. 4.4.5.1 *i.f.*

²⁸⁵⁹ Les premières propositions de simulations informatiques appliquées aux projets de loi sont déjà anciennes, cf. Marc Pierre JACCARD, *Computersimulation in der Gesetzesplanung*, Zurich, 1978. Plus récemment, cf. le Hammurabi Project ci-dessus ch. 5.2.1. Cf. ég. ci-dessus ch. 1.3.2.2b.VI.

²⁸⁶⁰ MADER (1985), p. 46 s. (réf. cit.) ; MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 64 s. Un exemple plus récent : dans le cadre du projet de loi fédérale sur la transparence, le projet de dispositif d'accès aux documents détenus par l'administration a fait l'objet d'un test pour en inventorier les difficultés potentielles. Les représentants des différents départements au sein du groupe de travail ont expérimenté le dispositif sur la base d'un cas concret relevant de leur administration (Margit JOCHUM/Simone LEDERMANN, « La démarche légistique entre théorie et pratique », in : *LeGes*, 2009/1, p. 95).

²⁸⁶¹ Cf. ci-dessus ch. 6.2.4.3c.

²⁸⁶² NOLL (1973), p. 95 s. Cf. ci-dessus ch. 6.2.3.3. C'est l'équivalent, pour l'instrument du plan, de la planification itérative (« rollende Planung ») exigeant une adaptation continue en fonction de l'évolution des circonstances (Alexandre FLÜCKIGER, *Le régime juridique des plans : l'exemple du plan de gestion des déchets*, Berne, 1996, ch. 7.1.3.1).

- faire remonter toutes les données disponibles sur les impacts possibles de manière pluraliste en soumettant les analyses d'impact à une procédure de *consultation publique* étendue²⁸⁶⁴.

Les *tribunaux* sont en pratique très réticents à censurer le législateur qui s'est trompé dans ses pronostics, si celui-ci s'est basé sur tous les éléments objectivement disponibles²⁸⁶⁵. Pour être le plus équitable possible, les tribunaux devraient, pour juger, se mettre dans l'état d'incertitude qui prévalait au moment de l'adoption de la loi²⁸⁶⁶. La tâche n'est pas évidente, en raison d'un biais cognitif qui nous affecte tous et toutes, le *biais rétrospectif* (« hindsight bias »), exacerbant notre tendance à surestimer rétrospectivement le fait qu'une évolution aurait pu être anticipée avec plus de clairvoyance²⁸⁶⁷.

La *Cour de justice de l'Union européenne* est très claire sur ce point : « Or, le jugement sur la proportionnalité d'un acte de l'Union ne saurait dépendre d'appréciations rétrospectives concernant son degré d'efficacité. Lorsque le législateur de l'Union est amené à apprécier les effets futurs d'une réglementation à prendre alors que ces effets ne peuvent être prévus avec exactitude, son appréciation ne peut être censurée que si elle apparaît manifestement erronée au vu des éléments dont il disposait au moment de l'adoption de la réglementation en cause. »²⁸⁶⁸

²⁸⁶³ Rob VAN GESTEL/Jan VRANKEN, « Assessing the Accuracy of Ex Ante Evaluation through Feedback Research: A Case Study », in : Verschuuren (éd.), *The Impact of Legislation: A Critical Analysis of Ex Ante Evaluation*, Leyde, 2009, p. 227, qui recommandent « a regular and more systemic comparison of ex post and ex ante evaluations ».

²⁸⁶⁴ « Si, en dépit de l'évaluation des effets, il subsiste de grandes incertitudes quant à l'impact réel des normes envisagées (par exemple parce qu'elles prévoient de nouveaux moyens d'action ou de nouvelles solutions techniques), on peut profiter de la procédure de consultation pour obtenir les connaissances qui font défaut. » (OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* [2019], ch. 191).

²⁸⁶⁵ Cf. ci-dessus ch. 2.3.4.1.

²⁸⁶⁶ La question est discutée : cf. dans les paragraphes en retrait ci-dessous les notes aux jurisprudences européenne et allemande.

²⁸⁶⁷ Sur la présence de ce biais dans l'application du principe de proportionnalité (aptitude et nécessité des mesures), cf. Markus MÜLLER, *Verhältnismässigkeit: Gedanken zu einem Zauberwürfel*, Berne, 2013, p. 79 ss.

²⁸⁶⁸ CJUE, arrêt C-203/12 du 17 octobre 2013 (*Billerud Karlsborg* et *Billerud Skärblacka*), § 37. Critique : Angel Daniel OLIVER-LALANA, « Due Post-legislative Process? On the Lawmakers' Constitutional Duties of Monitoring and Revision », in : Meßerschmidt/Oliver-Lalana (éd.), *Rational Lawmaking under Review: Legislation According to the German Federal Constitutional Court*, Berlin, 2016, p. 289 : « If evidence of prognostic mistakes are already available to the Court – or can be convincingly adduced before it –, whether or not lawmakers can be held responsible for them should not matter. The unconstitutionality of laws has little to do with the culpability or negligence of their authors: constitutional violations are objective in the sense that they are to be determined irrespective of subjective factors. » Cf. ég. DELILLE (2013), p. 503 (non critique).

Le *Tribunal fédéral* également²⁸⁶⁹, pour lequel le simple fait que des prévisions s'avèrent rétrospectivement inexactes n'est pas en soi trompeur. Il faut en particulier tenir compte du fait que, dans une démocratie directe telle que la Suisse, lorsque les citoyens et les citoyennes sont amenés à voter un projet reposant sur des pronostics probables, exposés dans le matériel de vote, on peut généralement admettre que ces derniers sont à même de les considérer avec relativité²⁸⁷⁰. Les autorités ont toutefois l'obligation de présenter en toute transparence les incertitudes identifiables au moment de l'adoption de la loi, sans quoi le principe de la bonne foi et la liberté de vote seraient enfreints.

La *Cour constitutionnelle allemande* juge dans le même sens : « The Court explicitly states that a statutory measure may not be viewed as being contrary to the constitution merely because the measure might rest on a mistaken prognosis. »²⁸⁷¹ « < observations made in retrospect > (nachträglich getroffene Feststellungen) are < not decisive for the constitutional assessment > of prognoses: it all depends, rather, on the state of knowledge at the moment of legislative decision, ex ante; however, now the question is < whether both the substantive and the procedural requirements > on the deviation from the findings of the independent commission have been met, whereby < it is not clear what the basis of

²⁸⁶⁹ Contrôle exercé « avec retenue » en cas de considérations prospectives, cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 753. Plus généralement sur la place des statistiques dans le raisonnement du juge en rapport avec les pronostics, cf. ALTWICKER (2018), p. 631 ss.

²⁸⁷⁰ « Es ist eine allgemein bekannte und anerkannte Tatsache, dass Prognosen immer erhebliche Unsicherheiten anhaften. Das Ausmass der Unsicherheit kann je nach dem Sachgebiet variieren. Dies gilt auch für Prognosen in Abstimmungserläuterungen. Den Stimmberechtigten kann im Allgemeinen zugetraut werden, mit solchen richtig umzugehen und deren Relativität in ihre Meinungsbildung einzubeziehen. Der Umstand allein, dass sich Prognosen im Nachhinein als unzutreffend oder falsch erweisen, stellt für sich genommen keine Irreführung der Stimmberechtigten und keine Verletzung der Abstimmungsfreiheit dar [...]. Es kann nie ausgeschlossen werden, dass äussere Umstände in unvorhersehbarer Weise Veränderungen in den tatsächlichen Verhältnissen hervorrufen oder bisherige Entwicklungen in andere Richtungen führen. Das trifft namentlich auch auf Vorhersagen im Bereich wirtschaftlicher Entwicklung zu. Aus diesen Gründen ist unter dem Gesichtswinkel der Abstimmungsfreiheit im vorliegenden Fall nicht allein massgebend, dass die Befürworter der Unternehmenssteuerreform wie auch der Bundesrat in den Abstimmungserläuterungen und anlässlich von Presseerklärungen den Stimmberechtigten moderate Steuerausfälle in Aussicht stellten und dass diese Ausfälle im Gegensatz dazu heute ein Vielfaches davon ausmachen und als schwerwiegend erscheinen. » (ATF138 I 61, p. 91).

²⁸⁷¹ Klaus MEßERSCHMIDT, « The Procedural Review of Legislation and the Substantive Review of Legislation: Opponents or Allies? », in : Meßerschmidt/Oliver-Lalana (éd.), *Rational Lawmaking under Review: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*, Berlin, 2016, p. 394 (traitant de l'arrêt BVerfGE 39, 1, de 1975) : critique, en prenant l'exemple cité par Patricia POPELIER/Victoria VERLINDEN, « The Context of the Rise of Ex Ante Evaluation », in : Verschuuren (éd.), *The Impact of Legislation: A Critical Analysis of Ex Ante Evaluation*, Leyde, 2009, p. 34 s., où la Cour constitutionnelle belge a jugé que des règles étaient justifiées en 1900 et en 1908 au moment de leur adoption, mais qu'elles ne l'étaient plus un siècle plus tard en raison du changement de circonstances.

the prognosis was »; when « the prognosis, with hindsight, proves to be that grossly erroneous » (derart grob unzutreffend) , this can be « a complementary sign » (ein ergänzendes Indiz) that « the lawmaker, ex ante, had no constitutionally sufficient technical (fachlich) foundation for its prognosis » »²⁸⁷².

²⁸⁷² OLIVER-LALANA (2016), p. 288, note de bas de page 99, avec réf. à l'arrêt BVerfGE 119, 181, p. 236. Plus généralement sur les pronostics en droit public, cf. Walter LEISNER, *Die Prognose im Staatsrecht*, Berlin, 2015 ; Hans Peter BULL, « Tatsachenfeststellungen und Prognosen im verfassungsgerichtlichen Verfahren », in : Ewer *et al.* (éd.), *Methodik – Ordnung – Umwelt: Festschrift für Hans-Joachim Koch aus Anlass seines 70. Geburtstags*, Berlin, 2014, p. 29 ss.

4.5 Le choix de l'option législative préférable

4.5.1 La pesée des intérêts

Les méthodes précédentes ne transforment pas les personnes et autorités chargées de la conception des lois en automates à décisions. L'analyse d'impact n'est pas une intelligence artificielle, capable de ou légitimée à piloter algorithmiquement le char de l'Etat en lieu et place des autorités démocratiques. Le choix de l'option préférable²⁸⁷³ résultera en fin de compte d'une *pesée d'intérêts* et d'une *appréciation globale de toutes les données disponibles* et des différents résultats possibles qu'il conviendra de croiser de manière stratégique en un faisceau cohérent de mesures. La pondération des critères, les objectifs rivaux à harmoniser, les limites de la quantification, les compromis à façonner et les incertitudes à apprécier rendent vain tout espoir d'une « arithmétique politique » telle que préconisée par DIDEROT dans son *Encyclopédie*²⁸⁷⁴ ou d'une « géométrie sociale » prônée par Victor HUGO²⁸⁷⁵.

En effet, on a pu écrire que « ce type d'analyses pose des problèmes méthodologiques et politiques : méthodologiques, dans la mesure où les éléments à analyser doivent pouvoir être appréhendés par des indicateurs pertinents, et politiques, dans la mesure où le choix des indicateurs retenus comme pertinents implique le plus souvent un choix préalable de l'ordre des valeurs déterminantes – sans compter, en outre sinon surtout, que la relation qui peut être établie entre objectif, moyens et effets (le degré de réalisation et son prix) est elle-même sujette à évaluation. »²⁸⁷⁶

²⁸⁷³ « When comparing the options, the underlying analysis and hypotheses should be kept in mind: the robustness of the comparison should be verified, sensitivities and limitations of the analysis highlighted, trade-offs between objectives flagged and uncertainties that could significantly affect the result of the comparison referred to. The IA report should present the results of this comparison in an accessible manner, for example in a summary table, clearly flowing from the previous analysis. When no preferred option is indicated, this should be clearly stated. In case the IA leads to the conclusion that no proposal is warranted, this should be communicated in the IA report that should still be published. » (COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines* (2017), chap. III, ch. 2.6 *i.f.*; cf. ég. COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #12 (Format of the impact assessment report), ch. 3, sect. 8).

²⁸⁷⁴ Cf. ci-dessus ch. 4.4.2.1.

²⁸⁷⁵ Cf. ci-dessus ch. 2.3.4.1b.

²⁸⁷⁶ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 32. Cf. ég. MOOR/POLTIER, p. 609 ss. Peter KNOEPFEL, « Quand les indicateurs deviennent la norme », in : *Mélanges Pierre Moor*, Berne, 2005, p. 115 ss.

4.5.2 Les limites des méthodes de pondération des intérêts ou le retour du politique

Ces méthodes, qui reviennent à peser les multiples incidences des mesures entre elles, se heurtent toutes à un écueil difficilement surmontable : l'incompatibilité fondamentale des valeurs à mettre dans la balance.

« Il n'existe aucune méthodologie qui permette d'arriver à une pondération en tous points incontestable ; et la seule garantie qui puisse se trouver est d'exiger que les motifs pour lesquels l'autorité fait pencher la balance – car c'est bien elle qui la fait pencher – soient soigneusement explicités, de manière que la plus grande objectivité possible soit atteinte. »²⁸⁷⁷

Pour Yves Charles ZARKA, « la prétention à l'objectivité [de l'évaluation] se manifeste à travers des jugements de fait opérés par une généralisation du chiffrage. Mais ces jugements de fait ne sont que le masque de la subjectivité et de la relativité, pour tout dire de l'arbitraire des valeurs posées et imposées. »²⁸⁷⁸

Charles-Albert MORAND a pourtant suggéré la possibilité d'une méthodologie dans la pesée des valeurs constitutionnelles en proposant de s'inspirer de l'exigence de coordination des décisions en droit administratif et de l'étude d'impact sur l'environnement : il faudrait pour cela identifier toutes les valeurs en cause, les pondérer (notamment par une analyse multicritère²⁸⁷⁹) puis les peser entre elles de manière globale²⁸⁸⁰. On aura reconnu là l'exacte démarche de l'analyse d'impact (au sens étroit) des réglementations dont nous venons de détailler les étapes. Chassez le naturel, il revient au galop : les problèmes d'appréciation que nous avons soulignés s'y retrouvent, sans solution miracle. L'auteur en est parfaitement conscient puisqu'il conclut à l'existence d'un « reste politique irréductible » :

« Il reste toujours, lorsqu'on procède à une pesée d'intérêts, une part d'appréciation, un reste politique plus grand que lorsqu'on est appelé à déduire une solution à partir d'une règle. Mais c'est à ces confins de la rationalité matérielle qu'il faudra développer une rationalité procédurale. C'est aussi en raison de ce reste politique irréductible que les tribunaux constitutionnels doivent refléter dans toute la mesure du possible le pluralisme des valeurs d'une société. »²⁸⁸¹

²⁸⁷⁷ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 778.

²⁸⁷⁸ Yves Charles ZARKA, « L'évaluation : un pouvoir supposé savoir », *Cités*, 2009/1, p. 119.

²⁸⁷⁹ Plus généralement, et plus récemment, pour l'application de la méthode multicritère à toutes les situations juridiques exigeant une pesée des intérêts, cf. LINDELL (2017).

²⁸⁸⁰ Charles-Albert MORAND, « Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles », in : *De la Constitution. Études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1996, p. 63.

²⁸⁸¹ MORAND (1996), p. 75.

Les méthodes ne peuvent donc que servir d'*éclairage argumentatif* dans le cadre de la pesée globale des intérêts que les autorités seront amenées à faire. Elles contribuent à améliorer les conditions de rationalité communicationnelle en matière législative²⁸⁸², sans prétendre à se substituer au pouvoir décisionnel du législateur qui doit rester entier. L'autorité chargée de concevoir l'avant-projet ou le projet de loi (voire la loi elle-même dans le cas des analyses d'impact à opérer sur les amendements législatifs en parlement²⁸⁸³) s'inspirera ainsi de ces méthodes pour sélectionner en toute transparence une option préférée qui servira de base à la rédaction du texte normatif ; texte qui sera lui-même soumis à un processus de décision politique ultérieur. Le choix lui-même restera toujours politique : *micropolitique* dirions-nous²⁸⁸⁴ au niveau des rédacteurs initiaux du projet et de plus en plus *macropolitique* au fur et à mesure que le processus s'éloigne progressivement de l'arène de l'arithmétique techno-bureaucratique pour camper celle de la rhétorique démocratique, en s'ouvrant à la consultation publique d'abord, à l'enceinte gouvernementale ensuite, parlementaire enfin et populaire le cas échéant.

²⁸⁸² Cf. ci-dessus ch. 1.2.2.2d.

²⁸⁸³ Comme le droit européen le prévoit, cf. ci-dessus ch. 2.2.3.3b.

²⁸⁸⁴ Par analogie au pouvoir « micropolitique » du juge mis en évidence dans la théorie générale du droit de Pierre MOOR (« micropolitique [...] en ce sens qu'il est rarement spectaculaire », cf. Pierre MOOR, *Dynamique du système juridique : une théorie générale du droit*, Genève etc., 2010, p. 298).

4.6 Le bilan

L'OCDE reconnaît dans ses perspectives sur la politique de la réglementation qu'instaurer et développer un système d'analyse d'impact de la réglementation (AIR) est « une tâche difficile dans tous les pays. » Les résultats sont difficiles à évaluer, en particulier à court terme²⁸⁸⁵. Jonathan VERSCHUUREN et Rob VAN GESTEL soulignent les difficultés méthodologiques et les contraintes politiques :

« The general conclusion that arises from all of the chapters is that ex ante evaluation of new legislation certainly is a valuable tool to improve the quality of legislation, but that its value must not be overrated because of tremendous methodological and political constraints. »²⁸⁸⁶

L'OCDE pointe également les obstacles d'ordre culturel et sociologique. Elle n'a certainement pas tort. Son point de vue est pourtant biaisé en raison de l'agenda économique qu'elle a pour mission de promouvoir lorsque, insistant sur « la nécessité d'introduire des éléments d'analyse économique », elle semble regretter la « domination » de la classe des juristes sur celles des économistes... :

« Mais d'importants investissements préalables s'imposent pour surmonter un certain nombre d'obstacles : la nécessité de susciter un changement de culture chez les fonctionnaires, la nécessité d'introduire des éléments d'analyse économique dans des équipes souvent dominées par les juristes, la difficulté d'introduire de nouvelles exigences administratives dans un dispositif déjà complexe, et de nombreux autres facteurs ressentis comme des obstacles. »²⁸⁸⁷

Dans l'Union européenne, le renouveau de l'analyse d'impact résultant de l'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » de 2016 rend une évaluation encore prématurée. Les bilans précédents sont plutôt mitigés²⁸⁸⁸.

Selon Stéphane DE LA ROSA, « [l']amélioration est réelle en ce qui concerne la simplification et la codification du droit dérivé. En revanche, la mise en place de

²⁸⁸⁵ OCDE (2016), p. 121. Dans son bilan 2018, l'OCDE note que les progrès réalisés entre 2014 et 2017 visent surtout les mécanismes de contrôle de qualité des analyses d'impact, même si ces derniers demeurent l'élément le moins développé (OCDE, *Regulatory Policy Outlook 2018*, Paris, 2018, p. 59). Sur l'état du développement des analyses d'impact en dehors de l'OCDE également, cf. BANQUE MONDIALE, *Global Indicators of Regulatory Governance: Worldwide Practices of Regulatory Impact Assessments*, Washington (DC), 2018 (mise à jour sous www.rulemaking.worldbank.org).

²⁸⁸⁶ VERSCHUUREN/VAN GESTEL (2009), p. 270.

²⁸⁸⁷ *Ibidem*.

²⁸⁸⁸ Sacha GARBEN, « An 'Impact Assessment' of EU Better Regulation », in: Garben/Govaere (éd.), *The EU Better Regulation Agenda : A Critical Assessment*, Portland, 2018, p. 217 ss, qui propose de procéder à une analyse d'impact du programme « Mieux légiférer » afin d'évaluer si les bénéfices l'emportent sur les coûts.

procédures et de techniques alternatives à la législation n'a pas produit tous les effets attendus »²⁸⁸⁹. Le programme « Mieux légiférer » n'a en revanche « pas nécessairement [abouti] à une amélioration de la rédaction formelle des textes. Pareil constat peut être tiré en ce qui concerne la motivation des actes. La multiplication des facteurs à prendre en compte dans les analyses d'impact conduit à une véritable surabondance de la motivation, allant bien au-delà des exigences fixées par la jurisprudence de la Cour sur la motivation. »²⁸⁹⁰

VERSCHUUREN et VAN GESTEL relèvent le fait que les formes alternatives à la loi (droit souple et instruments concertés) sont trop peu souvent évaluées : « Meuwese and Senden critically assess the first experiences of the EU impact assessment system [...] Alternative regulatory solutions that take the form of self-regulation or co-regulation are often not evaluated, and a mix of regulatory instruments ('smart regulation') is not at all considered »²⁸⁹¹.

En *France*, le Conseil d'Etat tire un « bilan décevant » des méthodes de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, en particulier des obligations d'évaluation préalable²⁸⁹². Les études d'impact seraient « souvent bâclées, peu lues [...] et dépourvues d'effets » selon Jean-Philippe DEROSIER et Ariane VIDAL-NAQUET²⁸⁹³. Bertrand-Léo COMBRADE, bien que reprenant ce bilan mitigé, conclut toutefois, en s'appuyant par analogie sur l'expérience de l'étude d'impact sur l'environnement, que « l'obligation d'étude d'impact des projets de loi dispose des potentialités pour connaître, à terme, le même succès. »²⁸⁹⁴ Il pointe en particulier le fait que « [l]'hypothèse du statu quo, parce qu'il est rarement envisagé dans les études d'impact, n'apparaît pas en mesure d'améliorer la prévention du recours à la loi et ainsi de limiter l'instabilité législative »²⁸⁹⁵ et que « l'exposé des alternatives à la loi ne semble pas non plus en mesure d'exercer une influence significative sur l'inflation législative. »²⁸⁹⁶

Il prend l'exemple de l'étude d'impact du projet de loi fixant au 11 novembre la commémoration de tous les morts pour la France qui « n'explique pas en quoi l'objectif poursuivi par la réforme, à savoir < donner plus de solennité au 11 novembre en rendant

²⁸⁸⁹ Stéphane DE LA ROSA, « L'Union européenne en quête d'une meilleure législation : A propos du programme « mieux légiférer » », in : Péraldi Leneuf/de la Rosa (dir.), *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, Paris, 2013, p. 63.

²⁸⁹⁰ *Ibidem*, p. 66.

²⁸⁹¹ VERSCHUUREN/VAN GESTEL (2009), p. 264.

²⁸⁹² CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, *Étude annuelle 2016, simplification et qualité du droit*, Paris, 2016, ch. 2.2.

²⁸⁹³ DEROSIER Jean-Philippe/VIDAL-NAQUET Ariane, « France », in : Derosier (dir.), *L'initiative de la loi*, Paris, 2018, p. 150.

²⁸⁹⁴ COMBRADE (2017), p. 404.

²⁸⁹⁵ COMBRADE (2017), p. 239.

²⁸⁹⁶ COMBRADE (2017), p. 239.

hommage à tous les morts pour la France », ne pouvait pas être atteint au moyen d'une intervention non normative. »²⁸⁹⁷

Il critique également la présentation de solutions alternatives prétextes ne laissant de fait aucun véritable choix au législateur²⁸⁹⁸ estimant que « la pertinence des alternatives au projet de loi envisagées dans les études impact s'avère pour le moins discutable. Leur examen évoque la mise en garde de la commission européenne, dénonçant le « piège » consistant à présenter des études d'options artificielles, se bornant à proposer comme alternative au projet retenu le seul statu quo ou une « option ridicule dont personne ne veut » »²⁸⁹⁹.

En *Allemagne*, Gunnar FOLKE SCHUPPERT dresse même constat sceptique quant à l'effectivité et l'efficacité des méthodes pour mieux légiférer. L'analyse d'impact serait souvent plutôt sans effet, de même que l'instauration de standards de qualité ou des efforts de réduction de la bureaucratie²⁹⁰⁰.

Au *Canada*, France HOULE a évalué la pratique du Ministère de la citoyenneté et de l'immigration en matière d'analyse d'impact au niveau réglementaire. Elle a conclu « de façon provisoire et jusqu'à preuve du contraire » que de « véritables analyses des impacts socio-économiques » des propositions réglementaires en matière d'immigration n'avaient pas eu lieu²⁹⁰¹ ; seuls les impacts juridiques et, à titre secondaire, les coûts administratifs de mise en œuvre pour le gouvernement étant examinés²⁹⁰².

En *Suisse*, la démarche peine à s'imposer pleinement²⁹⁰³. Margit JOCHUM, Simone LEDERMANN et Jean-Daniel DELLEY ont examiné en 2009 une dizaine de projets de lois fédérales relevant de différentes administrations fédérales, aussi bien en droit privé que public et différemment pilotés, afin de vérifier si la démarche légistique était mise en œuvre. Ils concluaient à un « écart important » entre la démarche méthodique préconisée par le modèle théorique et la démarche pratique

²⁸⁹⁷ COMBRADE (2017), p. 241.

²⁸⁹⁸ Sur ce problème, cf. ci-dessus ch. 4.2.3.

²⁸⁹⁹ COMBRADE (2017), p. 379 se référant aux lignes directrices concernant l'analyse d'impact du 15 juin 2005, p. 27.

²⁹⁰⁰ Gunnar FOLKE SCHUPPERT, *Governance und Rechtsetzung. Grundfragen einer modernen Regelungswissenschaft*, Baden-Baden, 201, p. 80ss.

²⁹⁰¹ HOULE (2012), p. 265.

²⁹⁰² HOULE (2012), p. 313.

²⁹⁰³ Margit JOCHUM/Simone LEDERMANN, « La démarche légistique entre théorie et pratique », in : *LeGes*, 2009/1, p. 87 ss. Sur la difficulté de l'évaluation législative prospective à s'imposer, cf. Fritz SAGER/Thomas WIDMER/Andreas BALTHASAR (éd.), *Evaluation im politischen System der Schweiz: Entwicklung, Bedeutung und Wechselwirkungen*, Zurich, 2017, p. 35 s., 38 et 221. Cf. ég. la difficulté de légiférer sur la base de suffisamment fondées, ci-dessus ch. 2.3.4.1a *i.f.*

observée²⁹⁰⁴ : une « assez grande diversité » quant à la définition politique du problème et quant au degré d'exhaustivité et d'objectivité de ces informations²⁹⁰⁵ ; une élaboration « insuffisante » des buts et objectifs et une « absence générale » d'opérationnalisation de ceux-ci ayant empêché « une articulation cohérente avec les mesures préconisées et un choix de ces mesures en rapport explicite avec les effets attendus »²⁹⁰⁶ ; des mesures parfois sans alternatives et des stratégie d'action dont l'évaluation prospective de l'impact faisait « généralement défaut »²⁹⁰⁷. L'équipe de recherche en attribue la cause à la tension entre l'exigence de rationalité, limitée, et au contexte nécessairement politique dans lequel le processus de fabrication législative s'inscrit²⁹⁰⁸.

En 2016, le Contrôle fédéral des finances a évalué les évaluations prospectives de l'impact des projets législatifs fédéraux pour conclure à leur défaut d'effectivité, critiquant l'absence d'analyse d'impact dans plus de la moitié des cinquante projets examinés, l'absence de ressources suffisantes allouées à l'évaluation des incidences²⁹⁰⁹, la focalisation sur les impacts économiques au détriment des conséquences « pour les cantons et les communes, l'environnement ou la société »²⁹¹⁰ et regrette le trop peu d'informations quantitatives²⁹¹¹. Il a conclu à une « qualité qui laisse à désirer », à la production de pronostics « peu fiables » et à des « réflexions pas suffisamment abouties »²⁹¹². L'absence d'un contrôle de qualité des analyses effectuées par l'administration, la coordination insuffisante entre les instruments d'analyse d'impact²⁹¹³ ou la difficulté de savoir quel instrument utiliser et comment²⁹¹⁴ expliqueraient pourquoi leur mise en œuvre est « très variable »²⁹¹⁵ et la raison pour laquelle les analyses d'impact seraient insuffisamment intégrées dans le processus législatif²⁹¹⁶. L'organe d'évaluation fédéral reconnaît cependant ne pas avoir examiné les effets des analyses d'impact²⁹¹⁷, c'est-à-dire son efficacité plus largement.

²⁹⁰⁴ JOCHUM/LEDERMANN (2009), p. 97.

²⁹⁰⁵ *Ibidem*, p. 93.

²⁹⁰⁶ *Ibidem*, p. 96.

²⁹⁰⁷ *Ibidem*, p. 95.

²⁹⁰⁸ *Ibidem*, p. 97 ss.

²⁹⁰⁹ CONTRÔLE FÉDÉRAL DES FINANCES, *Prévisions dans les messages du Conseil fédéral : Evaluation des analyses prospectives de l'impact des projets législatifs*, Berne, 2016, p. 70.

²⁹¹⁰ *Ibidem*, p. 71.

²⁹¹¹ *Ibidem*, p. 71.

²⁹¹² *Ibidem*, p. 3.

²⁹¹³ *Ibidem*, ch. 2.4.

²⁹¹⁴ *Ibidem*, ch. 6.1.

²⁹¹⁵ *Ibidem*, ch. 3.1.

²⁹¹⁶ *Ibidem*, ch. 3.3.

²⁹¹⁷ *Ibidem*, p. 73.

5 La loi claire

5.1 Introduction : de l'élégance à l'impact

« Vous êtes en possession de la règle que vous voulez établir, tout n'est pas fait encore. Il faut trouver une expression, et une expression claire, simple, précise. C'est ce que tout le monde sait et ce que tout le monde dit, même ceux qui ne se sont jamais doutés des difficultés que présente l'application de l'instrument du langage aux matières de législation. Les préceptes abondent, mais les lois bien rédigées sont en fort petit nombre. Probablement l'application de tous ces préceptes de rhétorique législative n'est point aisée. »²⁹¹⁸ Ce paragraphe résume tout à la fois le programme et les défis de la *légistique formelle*. Il aurait pu être écrit aujourd'hui ; il l'a été en 1829 par Pellegrino ROSSI, alors professeur à l'Université de Genève où il enseignait le droit pénal et constitutionnel notamment²⁹¹⁹. L'avenir lui aurait montré combien ces « préceptes de rhétorique législative » sont encore et toujours difficiles à appliquer, si l'on en croit la persistance des critiques envers la mauvaise qualité des lois que nous avons énumérées plus haut²⁹²⁰.

Visant à une certaine *élégance* du texte, dont on a montré la signification sur la rationalité juridique²⁹²¹, la rédaction claire revêt une grande importance dans la perspective de garantir un *impact* fidèle de la loi sur ses destinataires²⁹²².

Comme toute question de goût, la question de l'élégance de la loi est disputée. L'austérité et l'aridité du style législatif²⁹²³ n'étaient pas pour déplaire à des écrivains peu attirés par les envolées lyriques à l'exemple de STENDHAL qui écrivait à Honoré DE BALZAC à propos du Code civil²⁹²⁴ qu'« [e]n composant la Chartreuse, pour prendre le ton, je lisais chaque matin deux ou trois pages du code civil, afin d'être toujours naturel ; je ne veux pas, par des moyens factices, fasciner l'âme du lecteur. »²⁹²⁵ Gustave FLAUBERT en revanche – on notera qu'il a abandonné ses études de droit... – s'emportait contre le style

²⁹¹⁸ Pellegrino ROSSI, *Traité de droit pénal*, Bruxelles, 1829, p. 19 s.

²⁹¹⁹ Cf. ci-dessus ch. 1.2.1.2a.

²⁹²⁰ Cf. ci-dessus ch. 1.2.1.3.

²⁹²¹ Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.2b.II.

²⁹²² Cf. ci-dessous ch. 5.2.2 et 5.3.3.2d.III.

²⁹²³ Cf. par exemple la citation rapportée par Martin WYSS, « Vom legislatorischen Wirkstoffen, Placebos und Verabreichungsformen », in : Griffel (éd.), *Vom Wert einer guten Gesetzgebung: 16 Essays*, Berne, 2014, p. 191 : « Die Sprache der Gesetze ist schmucklos, im Ausdruck karg aber genau. ».

²⁹²⁴ Sur la question de la beauté du droit et son application au Code civil français, cf. Anne TEISSIER-ENSMINGER, *La fortune esthétique du Code civil des Français*, Paris, 2004.

²⁹²⁵ Lettre du 30 octobre 1840. Cf. Victor DEL LITTO (éd.), *Stendhal et Balzac : actes du VII^e congrès international stendhalien*, Aran, 1972, p. 206.

du Code : « Les Institutes sont écrites en latin et le Code civil est écrit en quelque chose d'encore moins français. Les messieurs qui l'ont rédigé n'ont pas beaucoup sacrifié aux Grâces. Ils ont fait quelque chose d'aussi sec, d'aussi dur, d'aussi puant et platement bourgeois que les bancs de bois de l'École où on va se durcir les fesses à en entendre l'explication. »²⁹²⁶ Dans ce débat, que penser du service chargé de contrôler la version linguistique allemande des lois fédérales en Suisse dont la devise est d'« écrire comme un paysan »... ?²⁹²⁷

Pour ce faire, nous explorerons les questions de méthode dans un premier temps en explicitant la notion de *légistique formelle* (ch. 5.2) puis en approfondissant dans un second temps les fondements de la *clarté législative* et les moyens d'y parvenir (ch. 5.3).

5.2 La légistique formelle

5.2.1 Des « vieux rêves perfectionnistes d'écriture législative » aux rêves nouveaux de codification robotique ?

Véronique CHAMPEIL DESPLATS n'y va pas par quatre chemins pour qualifier le projet de la légistique formelle qui se présente, à ses yeux, « comme la prolongation contemporaine de quelques vieux rêves perfectionnistes d'écriture législative qui se sont exprimés au moins déjà depuis Jean Domat et qui, à partir du XVIII^e siècle, ont souvent été reliés à la préoccupation politique de lutter contre l'arbitraire et l'imprévisibilité des obligations auxquelles étaient soumis les individus. »²⁹²⁸ L'univocité du sens et l'absence de lacunes seraient essentielles pour garantir une sécurité du droit lors de l'application de la loi ; le législateur devrait donc s'y atteler en perfectionnant sa technique rédactionnelle afin de permettre une application syllogistique aussi prévisible que possible de sorte que le juge ne soit effectivement que le porte-parole mécanique de la loi. Hans KELSEN concluait sa *Théorie pure du droit* en expliquant « à l'autorité qui crée le droit combien son œuvre est loin de satisfaire aux postulats de technique juridique de formuler des normes de droit qui soient le plus univoques possible, ou tout au moins de les formuler de telle façon que les équivoques et ambiguïtés inévitables soient réduites à un minimum, et c'est là ce qui assurera réellement le plus haut

²⁹²⁶ Gustave FLAUBERT, « Lettre à sa sœur du 10 décembre 1842 », in : Leclerc/Girard (dir.), *Édition électronique des lettres de Flaubert*, nouvelle édition mise en ligne le 2 novembre 2017, avec la collaboration d'une trentaine de chercheurs.

²⁹²⁷ Cf. ci-dessous ch. 5.3.3.3b.

²⁹²⁸ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, 2014, p. 259.

degré de sécurité juridique. »²⁹²⁹ Nous avons montré plus haut que cet espoir d'application mathématico-logique des lois se nourrissait à d'antiques racines²⁹³⁰.

Cet idéal exégétique de la loi a pourtant vécu. Le *texte de norme n'équivaut pas à la norme*²⁹³¹. Celle-ci n'en découle pas automatiquement par application syllogistique mais par un *processus de concrétisation* résultant d'un travail conjoint sur le texte et les faits comme le courant herméneutique l'a montré²⁹³².

L'espoir légistique originaire de rédiger un texte de norme de façon à lui conférer un « sens clair », c'est-à-dire un sens univoque, doté d'une et d'une seule signification (cf. le concept de clarté normative ci-après²⁹³³), a longtemps été caressé. Aujourd'hui, on admet plus modestement qu'un soin plus grand apporté à la technique législative peut tout au plus contribuer à réduire l'équivocité dans une certaine mesure, sans toutefois la supprimer. On reconnaîtra avec Éric MILLARD que « [s]i la linguistique a raison de dire que toute signification suppose l'interprétation, il est possible que les guides de légistique contribuent à réduire la part d'indéterminé, mais ils ne la feront jamais disparaître. »²⁹³⁴

La raison réside dans le fait que la totalité de ce qui est en jeu dans la normativité ne se joue *pas* au stade de l'énonciation, comme une conception un peu candide – à laquelle certains auteurs de guides de légistique formelle continuent pourtant de s'accrocher²⁹³⁵ – pourrait le faire croire :

Selon Éric MILLARD, « [u]n des présupposés des guides de légistique est que l'essentiel sinon la totalité de ce qui est en jeu dans la normativité se joue au stade de l'énonciation ; donc qu'il faut contrôler l'activité d'énonciation, et encadrer son support textuel. Or ce présupposé laisse hors du champ du contrôle ce qui devient du texte et comment on passe du texte à la norme. »²⁹³⁶ Il en conclut que « [l]es guides de légistique n'ont aucune

²⁹²⁹ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit* (trad. Charles EISENMANN), Paris, 1962, p. 463.

²⁹³⁰ Cf. ci-dessus ch. 1.2.2.2b et 1.3.2.2b.II et ci-dessous ch. 6.1.2.

²⁹³¹ Friedrich MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, Paris, 1996, p. 168 et 348 ss ; Pierre MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris, 2005, p. 64 et 165 ss ; Pierre MOOR, *Dynamique du système juridique : une théorie générale du droit*, Genève etc., 2010, p. 51 ss ; Michelle CUMYN/ Mélanie SAMSON, « La méthodologie juridique en quête d'identité », in : *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013/2, p. 48.

²⁹³² Cf. ci-dessous ch. 6.1.2 et 6.1.3.1.

²⁹³³ Cf. ci-dessous ch. 5.3.2.

²⁹³⁴ Eric MILLARD, « Les limites des guides de légistique », in : Flückiger/Guy-Ecabert (éd.), *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer : le rôle des guides de légistique*, Genève, 2008, p. 126.

²⁹³⁵ Cf. de manière très illustrative Didier BATSELÉ, *Initiation à la rédaction des textes législatifs, réglementaires et administratifs*, 3^e éd., Bruxelles, 2013, p. 10 s. : « La loi doit tendre à l'univocité et non être équivoque. [...] L'interprétation, c'est d'abord l'œuvre de l'auteur de la norme. L'article 84 de la Constitution énonce en effet que « l'interprétation des lois par voie d'autorité n'appartient qu'à la loi » ».

²⁹³⁶ MILLARD (2008), p. 126.

théorie de l'interprétation juridique et pour cette raison ne peuvent avoir de vertu qu'en dehors des questions juridiques (hiérarchie administrative, signal politique). »²⁹³⁷

Pourtant ni les rédacteurs ou les rédactrices de lois, ni les juristes, ni les autorités surtout ne sont dupes. Le texte de norme n'est que papier ou à l'ère du numérique – la métaphore n'en devient que plus éclairante – donnée virtuelle. Tout l'enjeu de la légistique *matérielle* consiste précisément à travailler l'impact du texte sur le réel, les faits, les comportements et les consciences. Les gouvernements l'ont bien compris, lorsqu'ils privilégient dans une optique d'efficacité l'acte matériel à l'acte juridique²⁹³⁸ : le matériel contraint de fait, alors que le juridique prescrit ; le matériel discipline, alors que le juridique ne fait qu'obliger ; le matériel supprime de fait la liberté de ne pas se conformer, alors que le juridique laisse la liberté de la violation à condition d'accepter les conséquences que le droit prédéfinit ; le matériel est réel, alors que le juridique reste virtuel tant qu'il n'est pas concrétisé en actes matériels²⁹³⁹.

Toutefois, l'essor sans précédent des *technologies numériques* fait aujourd'hui refl fleurir l'espoir de cet antique idéal d'application mécanique des normes²⁹⁴⁰. Si les propositions en ce sens remontent à plusieurs décennies déjà²⁹⁴¹, certains imaginent déjà concevoir et rédiger les lois selon les règles d'une logique géométrique assimilable par l'informatique afin, par exemple, de contribuer à l'application automatique des *contrats dits « intelligents »* (« smart contracts »)²⁹⁴² ou, plus généralement, afin de permettre d'exécuter automatiquement la loi (*règles dynamiques et personnalisées*)²⁹⁴³. Le Code juridique deviendrait code informatique, nous en avons discuté plus haut²⁹⁴⁴. La normativité y perdrait

²⁹³⁷ *Ibidem*, p. 126 s. Critique: PIAGET (2009), p. 289.

²⁹³⁸ Cf. ci-dessus ch. 3.6.

²⁹³⁹ On retrouve derrière ces oppositions la distinction entre actes contraignants de fait et actes obligatoires, cf. ci-dessus ch. 3.6.3.3.

²⁹⁴⁰ Pour un exemple d'application de la «régulation algorithmique» en droit fiscal, cf. Nadja BRAUN BINDER, «Algorithmic Regulation : Der Einsatz algorithmischer Verfahren im staatlichen Steuerungskontext», in: Hill /Wieland (éd.), *Zukunft der Parlamente*, Berlin 2018, p. 107ss. Plus généralement sur l'édiction des décisions administratives, cf. Lucie CLUZEL-MÉTAYER, « Calculer : l'influence des algorithmes sur l'édiction des décisions administratives », in : Association française pour la recherche en droit administratif (dir.), *Les méthodes en droit administratif*, Paris, 2018, p. 243 ss.

²⁹⁴¹ Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.2b.VI.

²⁹⁴² Cf. ci-dessus ch. 3.6.4.2. Pour un exemple de rédaction sous forme de code, cf. Markus WINKLER, « Einheit oder Harmonie der Rechtsordnung », in : *Revue de droit suisse*, vol. 1, 2017, p. 182.

²⁹⁴³ Cf. ci-dessus ch. 3.2.2.4.

²⁹⁴⁴ Cf. ci-dessus 1.3.2.2b.VI.

cependant en chemin « le va-et-vient interprétatif entre fait et norme à chaque fois réélaboré » préviennent Antoine GARAPON et Jean LASSÈGUE²⁹⁴⁵.

Parions que l'espoir sera une fois de plus déçu depuis les tentatives avortées du pourtant génial LEIBNIZ²⁹⁴⁶, du moins tant que l'intelligence artificielle n'aura pas renversé la naturelle.

En *Suisse*, la priorité pour de tels projets de rédaction législative devrait être donnée aux nouveaux domaines techniques tels que le droit des marchés financiers selon Markus WINKLER²⁹⁴⁷. On se souviendra des travaux précurseurs en droit suisse, aujourd'hui oubliés, de Paul-Henri STEINAUER dont la thèse de doctorat publiée en 1975 était consacrée à l'application du droit par ordinateur²⁹⁴⁸ et qui a poursuivi sa réflexion en appliquant au droit les travaux sur la logique contemporaine pour une meilleure communication de la pensée juridique²⁹⁴⁹.

Au *Royaume-Uni*, en coordination avec un projet de recherche visant à améliorer l'accessibilité et la compréhensibilité de la législation britannique (« Good Law Project »)²⁹⁵⁰, le projet « Big Data for Law » conduit par les Archives nationales a notamment pour but d'appliquer à la législation la théorie du « pattern language » (langage de modèles), qui a révolutionné la conception des logiciels en son temps : « We need new ways of codifying and modelling the architecture of the statute book to make it easier to research its entirety using big data technologies. The project will seek to learn from other disciplines, applying the concept of a < pattern language > to legislation. Pattern languages have revolutionised software engineering over the last twenty years and have the potential to do the same for our understanding of the statute book. [...] Applied to legislation, this might lead to a common vocabulary between the users of legislation and legislative drafters, to identifying useful and effective drafting practices and solutions that deliver good law. »²⁹⁵¹

²⁹⁴⁵ GARAPON/LASSÈGUE (2018), p. 254.

²⁹⁴⁶ Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.2b.II.

²⁹⁴⁷ WINKLER (2017), p. 198.

²⁹⁴⁸ Paul-Henri STEINAUER, *L'informatique et l'application du droit*, thèse, Fribourg, 1975.

²⁹⁴⁹ Paul-Henri STEINAUER, *La logique au service du droit, étude de logique contemporaine pour une meilleure communication de la pensée juridique*, Fribourg, 1979. Cf. ég. François DESSEMONTET, « L'informatique appliquée au traitement des règles de droit », in : *Recueil des travaux suisses présentés au X^e Congrès international de droit comparé*, Bâle, 1979, p. 297 ss.

²⁹⁵⁰ gov.uk/topic > Government > Legislative process > Good law. Sur ce projet, cf. Jean-Pierre DUPRAT/Helen XANTHAKI, « Legislative Drafting Techniques: Formal Legistics », in : Karpen/Xanthaki (éd.), *Legislation in Europe: a Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners*, Oxford/Portland, 2017, p. 125 s.

²⁹⁵¹ www.legislation.gov.uk/projects/big-data-for-law. Cf. John SHERIDAN, « Using Data to Understand How the Statute Book Works », in : *Legal Information Management*, vol. 14, iss. 4, 2014, p. 244 ss ; Lawrence M. SOLAN, « Patterns in Language and Law », in : *International Journal of Language & Law*, vol. 6, 2017, p. 46 ss.

Aux *Etats-Unis*, le « Hammurabi Project » fondé par Michael POULSHOCK vise à convertir le droit américain en un vaste programme exécutable²⁹⁵² : « Though not often thought of this way, law is inherently computational. It is a set of algorithms that prescribe how various computations are to be carried out. [...] This is not to say that the law is entirely mechanical. It's not. It's rife with vagueness, ambiguity, and inconsistency. However, a large part of what makes the law inaccessible is its logical complexity: the way different facts and concepts relate to each other. And this aspect of law can (and has) been represented computationally. The Hammurabi Project provides a vehicle for representing portions of the law in an executable format, so that the process of logical inference can be offloaded from human to machine. Once executable, it can be embedded into our computing infrastructure where it can drive other applications. »²⁹⁵³ On notera en passant qu'un des buts visés par ce projet est de contribuer à l'*analyse d'impact prospective* en offrant une possibilité de simuler les effets de manière expérimentale : « To drive policy simulations as a way of experimenting with the effects of hypothetical legal rules. »²⁹⁵⁴ Aujourd'hui cependant le projet est, semble-t-il, au point mort²⁹⁵⁵.

On rappellera également ici la proposition d'écrire des *lois personnalisées* ainsi que des *règles dynamiques* (« dynamic rules ») auto-correctrices sans que le législateur n'ait besoin de les réviser lui-même²⁹⁵⁶.

De telles ambitions sont méritoires. Elles se heurteront cependant au problème que ni la loi – ni le contrat d'ailleurs – ne seront jamais parfaitement clairs. Imperfections, lacunes, incomplétude sont la fatalité de la rédaction juridique, car il est impossible de prévoir toutes les situations futures. Et même si, par impossible, la prévision totale était un jour possible, la *théorie de l'incomplétude rationnelle* (« rational incompleteness »)²⁹⁵⁷ laisserait obstinément subsister des *lacunes dans un contrat*, les parties préférant ne pas intégrer dans les clauses contractuelles toutes les éventualités prévisibles, soit en raison des coûts d'un tel effort, soit parce que cela pourrait mener à des résultats contreproductifs²⁹⁵⁸. Le raisonnement s'applique pareillement au législateur chaque fois que le caractère vague d'une norme s'explique par la nécessité d'un consensus entre les forces politiques présentes (*flou stratégique*)²⁹⁵⁹. La norme imprécise est dans ce cas un compromis du moindre mal ; elle n'aurait jamais accédé à l'existence si elle avait été trop précise. Les juridictions constitutionnelles ont cependant fixé des limites

2952 law.stanford.edu > projects > hammurabi.

2953 github.com/mpoulshock > HammurabiProject > Wiki > Project rationale.

2954 *Ibidem*.

2955 Dernière activité le 8 juillet 2017 (<https://github.com/mpoulshock/HammurabiProject> – état au 1^{er} janvier 2019).

2956 Cf. MCGINNIS/WASICK (2015) cit. ci-dessus ch. 1.3.2.2b.VI note 380.

2957 Ejan MACKAAY/Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Paris, 2008, n° 1351, p. 377 s. (réf. cit.).

2958 Emmanuel PUTMAN, « L'introuvable contrat complet », in : *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, Aix-en-Provence, 2008, p. 2477 ss.

2959 Cf. ci-dessus ch. 2.4.6.3 et ci-dessous ch. 5.2.3.

à un tel artifice. Nous y reviendrons lorsque nous traiterons de la clarté normative²⁹⁶⁰.

Toujours de manière prospective, certains envisagent d'intégrer la technologie de la *chaîne de blocs* (« blockchain ») dans les textes législatifs afin de transformer les réglementations, actuellement statiques, en une source dynamique d'informations qui renseigneraient quiconque en tout temps de manière fiable sur la *mise en œuvre* des règles qui y sont contenues (nombre d'autorisations délivrées, durée des procédures, typologie des requérants, etc.)²⁹⁶¹. Ce nouveau type de texte permettrait ainsi de mesurer l'effectivité de la réglementation en continu²⁹⁶².

5.2.2 La définition

La *légistique formelle* est une méthode visant à transcrire l'option législative retenue en un texte légal clair qui repose sur des principes destinés à favoriser la communication optimale du message normatif²⁹⁶³. Elle offre l'outillage conceptuel permettant d'exprimer un contenu normatif donné dans le sens voulu par son auteur²⁹⁶⁴.

La légistique formelle se distingue de la *légistique matérielle* en ce sens que la seconde porte sur la façon de découvrir la substance législative alors que la première porte sur la manière d'exprimer cette substance. Cependant, tout comme la légistique matérielle, la légistique formelle participe pleinement à *l'impact et à l'efficacité* de l'intervention du législateur, car un texte mal communiqué nuira à l'atteinte des buts visés²⁹⁶⁵. La portée de la distinction entre légistique formelle et matérielle doit dès lors être relativisée, car « dans la recherche d'une amélioration qualitative, la forme et le fond s'interpénètrent, s'imbriquent étroitement. »²⁹⁶⁶

²⁹⁶⁰ Cf. ci-dessous ch. 5.3.2.

²⁹⁶¹ Pour une proposition de réécrire en ce sens le *Code of Federal Regulations*, cf. Shari SHAPIRO, « Using Blockchain to Improve Regulatory Analysis and Reform », in : *The Regulatory Review*, 17 septembre 2018.

²⁹⁶² Cf. ci-dessous ch. 6.2.1.3d.

²⁹⁶³ Charles-Albert MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, 1999, p. 19 ss.

²⁹⁶⁴ Luzius MADER, *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Lausanne, 1985, p. 20.

²⁹⁶⁵ Cf. dans ce sens Helen XANTHAKI, *Drafting Legislation. Art and Technology of Rules for Regulation*, Oxford/Portland, 2014, p. 1 ss ; PIAGET (2009), p. 293.

²⁹⁶⁶ Pierre ALBERTINI, *La crise de la loi : déclin ou mutation ?*, Paris, 2015, chapitre II, section I. Dans le même sens : Lawrence FILSON/Sandra STROKOFF, *The Legislative Drafter's Desk Reference: Best Practice in Drafting Federal and State Laws and Regulation*, 2^e éd., Washington DC, 2008, p. 45, pour qui en droit américain « [t]he

François GÉNY voyait en 1904 dans la légistique formelle – qu’il qualifiait de « technique législative » – un « côté substantiel ou interne », même s’il laissait de côté le « fond proprement dit » que la sociologie avait le soin d’apprécier en raison du « postulat moral » qui dirige cette dernière :

« Celle-ci [la technique législative] présente un « côté substantiel ou interne », d’une valeur autrement fondamentale, parce qu’il a trait, de quelque façon que soit constitué et fonctionne son organe créateur, au contenu même de l’œuvre législative. En laissant de côté le fond proprement dit de cette œuvre, que la science (sociologie), dirigée par un postulat moral, permet seule d’apprécier, il s’agit de savoir comment, en la forme, elle devra être conçue et réalisée, pour embrasser aussi pleinement et dominer aussi efficacement que possible les rapports juridiques, méritant règlement légal, bref pour constituer une loi ou un code, qui, au point de vue de la mise en œuvre du Droit positif, réponde aux exigences de la vie pratique. »²⁹⁶⁷

L’expression de *technique législative*²⁹⁶⁸ est souvent préférée à celle de *légistique formelle*²⁹⁶⁹. Le terme de *légistique*, sans précision, est plutôt associé à la légistique formelle²⁹⁷⁰.

repeated emphasis upon the distinction between policymaking and drafting may give the impression that neither has anything to do with the other, but in reality the two are intertwined. » Cf. ég. ch. 1.3.2.2c, ainsi que le débat sur le rôle de l’équipe de rédaction dans les systèmes centralisés lors de l’élaboration du plan de la loi (« legislative plan »), ci-dessous ch. 5.2.4.2a.II.

²⁹⁶⁷ François GÉNY, « La technique législative dans la codification civile moderne », in : Rousseau (éd.), *Le Code civil 1804-1904, livre du centenaire*, vol. 2, Paris, 1904, p. 995 en relation avec p. 1019.

²⁹⁶⁸ Peter NOLL, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek, 1973, p. 14 ss ; MADER (1985), p. 20 ss. Cf. ég. le débat sur la nature scientifique de la légistique ci-dessus ch. 1.3.2.3c. Plus spécifiquement sur la légistique formelle, cf. l’avis tranché de BATSELÉ (2013), p. 19 : « La technique rédactionnelle n’est ni une science ni un art. Elle n’est pas une science parce qu’elle n’est pas fondée sur un ensemble de « lois » et de connaissances de valeur universelle ; elle n’est pas un art en ce sens qu’elle n’est pas une activité créatrice, qu’elle n’exprime pas un idéal. C’est tout au plus une méthode, une discipline qui comprend un ensemble de principes, de techniques et de formules qu’il convient de respecter lors de l’élaboration des textes à caractère normatif, afin de maintenir la cohérence de l’arsenal législatif et réglementaire et d’assurer une bonne et égale compréhension des textes par tous. [...] D’une certaine manière, et sans forcer la comparaison, la technique rédactionnelle est au droit ce que la grammaire est au français. ». Cf. ég. XANTHAKI (2014).

²⁹⁶⁹ Jean MASQUELIN/Sylvain FREY, *Légistique formelle. Règles pratiques pour la rédaction des lois et arrêtés*, 1^{re} éd., Courtrai, 1950 ; Marc BESCH, *Traité de légistique formelle*, Luxembourg, 2005. Appelée plus rarement légistique au sens étroit (Boris BARRAUD, *La recherche juridique*, Paris, 2016, p. 213 s. [Les branches de la recherche juridique > La légistique]).

²⁹⁷⁰ Richard TREMBLAY, *Éléments de légistique : comment rédiger les lois et les règlements*, Cowansville, 2010 ; Anne-Marie LEROYER, « Légistique », in : Alland/Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, 2003, p. 922 ; Jean-Louis BERGEL,

Puriste, Didier BATSELÉ réfute le terme même de légistique qui, à ses yeux, heurterait « l'usage correct du français » : « Et l'expression < légistique formelle > fait désormais partie du langage courant des administrateurs et des < administrativistes > en Belgique [...]. Il est temps d'observer que le terme < légistique > est un curieux belgicisme [...]. Bien que le terme < légistique > et l'expression < légistique formelle >, qui sont impropres, aient été reçus en France et en Suisse, il convient d'en éviter l'emploi. L'idée de < technique législative > ou, mieux, de < technique rédactionnelle > paraît plus conforme à la réalité et ne heurte pas l'usage correct du français. »²⁹⁷¹ A l'instar de la rédaction inclusive que nous traiterons plus loin, nous montrerons que le français est capable d'amortir les chocs...²⁹⁷²

L'expression de *jurilinguistique*, définie comme l'application au texte juridique des apports de la linguistique moderne²⁹⁷³ (appelée également linguistique juridique²⁹⁷⁴, « legal linguistic », « Rechtslinguistik », « law and language », « Recht und Sprache »)²⁹⁷⁵, est à la fois plus large que celle de *légistique formelle* en ce qu'elle dépasse la seule écriture de la loi, et plus étroite en ce qu'elle ne recouvre pas l'aspect méthodique de fabrication du texte législatif.

5.2.3 Les sources et l'objet de la légistique formelle

La légistique formelle est très dépendante du contexte national, voire régional. Les traditions et les styles de composition et de rédaction des lois diffèrent, même si les différences semblent s'atténuer entre pays à tradition de *common law* et de droit continental selon certains avis²⁹⁷⁶. Une abondante

« Méthodologie juridique », in Alland/Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, 2003, p. 1024 ; CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS/SECRÉTARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT FRANÇAIS, *Guide de légistique*, 3^e éd. mise à jour, Paris, 2017 (ce guide, dont l'objet est de « présenter l'ensemble des règles, principes et méthodes qui doivent être observés dans la préparation des textes normatifs » [p. 3], est un guide de légistique presque entièrement formel, comprenant toutefois une partie introductive qui « vise surtout à inciter les auteurs de textes à s'interroger d'abord sur l'utilité et l'efficacité de leur projet de réglementation » rappelant et résumant les exigences découlant des études d'impact notamment).

²⁹⁷¹ BATSELÉ (2013), p. 18 s.

²⁹⁷² Cf. ci-dessous ch. 5.3.3.2e.I et 5.3.3.2e.III.

²⁹⁷³ Jean-Claude GÉMAR, « Aux sources de la < jurilinguistique > : texte juridique, langues et cultures », in : *Revue française de linguistique appliquée*, vol. 16, n° 1, 2011, p. 9 ss (note de bas de page 2) ; Heikki E. S. MATTILA, *Comparative legal linguistics: language of law, latin and modern lingua francas*, Farnham, 2013, p. 6 s.

²⁹⁷⁴ Cf. l'ouvrage de référence en la matière : Gérard CORNU, *Linguistique juridique*, 3^e éd., Paris, 2005.

²⁹⁷⁵ MATTILA (2013), p. 6 s. (réf. cit.).

²⁹⁷⁶ XANTHAKI (2014), p. 201 ss, qui en déduit une « universalité » des règles de rédaction législative (p. 16 ss). Cf. cependant ci-dessous ch. 5.3.3.3b.

littérature, très technique, et des guides pratiques privés ou officiels²⁹⁷⁷ forment les outils de travail de base pour la rédaction législative²⁹⁷⁸.

²⁹⁷⁷ En Suisse sur le *plan fédéral*, on se fonde sur deux sources principales (OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation : guide pour l'élaboration de la législation fédérale*, 4^e éd., Berne, 2019 [sur sa nature et ses effets juridiques, cf. ci-dessus ch. 2.2.3.3c] ; CHANCELLERIE FÉDÉRALE, *Directives de la Confédération sur la technique législative [DTL]*, Berne, 2013 [en version abrégée : CHANCELLERIE FÉDÉRALE, *Précis de technique législative*, Berne 2013/2017] et plusieurs sources secondaires (pour la langue française : CHANCELLERIE FÉDÉRALE, *Aide-mémoire sur la présentation des messages du Conseil fédéral*, Berne, 2018 ; OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Directive sur la présentation d'esquisses d'acte normatif pour les projets législatifs de l'Office fédéral de la justice*, Berne, 2015 ; CHANCELLERIE FÉDÉRALE, *Instructions sur la présentation des textes officiels en français*, Berne, 1998 ; CHANCELLERIE FÉDÉRALE, *Guide de formulation non sexiste des textes administratifs et législatifs de la Confédération*, Berne, 2000 ; CHANCELLERIE FÉDÉRALE, *Guide linguistique des lois et des ordonnances de la Confédération (GLOCC)*, Berne, [s. d.] ; CHANCELLERIE FÉDÉRALE, *Aide-mémoire de rédaction législative*, Berne, [s. d.] ; CHANCELLERIE FÉDÉRALE, *Recommandations concernant les anglicismes*, Berne, [s. d.]).

Sur le *plan cantonal*, presque tous les cantons disposent de directives en matière de légistique formelle (MÜLLER/UHLMANN [2013], p. 66 ; par exemple pour Genève, cf. CHANCELLERIE D'ÉTAT, *Directive de rédaction législative*, Genève, 2018). Si la plupart de ces textes ne revêtent qu'une nature administrative interne, il arrive parfois qu'elles prennent le costume réglementaire (pour Fribourg, cf. Règlement du Conseil d'Etat sur l'élaboration des actes législatifs [REAL, RS FR 122.0.21]), avec une délégation pour établir des modèles et des directives [art. 5 let. b et 6 al. 1^{er} let. e] ; pour Zurich, Verordnung über das Rechtsetzungsverfahren in der kantonalen Verwaltung [RS ZH 172.16], avec une délégation pour établir des directives [art. 4]). Cf. ég. WYSS (2018), p. 18.

Dans l'*Union européenne*, on citera PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Guide pratique commun du Parlement européen, du Conseil et de la Commission à l'intention des personnes qui contribuent à la rédaction des textes législatifs de l'Union européenne*, 2^e éd., Bruxelles, 2015 ; COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines*, Bruxelles, 2017, chap. IV, ch. 3 ; PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Accord interinstitutionnel « Méthode de travail accélérée pour la codification officielle des textes législatifs »* du 20 décembre 1994 ; PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Accord interinstitutionnel sur les lignes directrices communes relatives à la qualité rédactionnelle de la législation communautaire* du 22 décembre 1998 ; PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Accord interinstitutionnel pour un recours plus structuré à la technique de la refonte des actes juridiques* du 28 novembre 2001.

En France, CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS/SECRETARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT FRANÇAIS, *Guide de légistique*, 3^e éd. mise à jour, Paris, 2017. En Belgique, CONSEIL D'ÉTAT BELGE, *Principes de technique législative : Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, Bruxelles, 2008. Au Canada, MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU

L'*objet* de la légistique formelle n'est pas limité à la rédaction des lois.

Le *droit souple* par exemple²⁹⁷⁹ n'échappe pas à la tendance légistique. Nous avons montré plus haut que l'Organisation internationale de normalisation (ISO) éditait des guides de légistique formelle pour la rédaction de ses *normes privées*²⁹⁸⁰. Par ailleurs le Guide pratique commun²⁹⁸¹, guide de légistique formelle de l'Union européenne, s'applique également à la rédaction des *recommandations* :

- « Les recommandations doivent respecter, de par leur langage, la nature non obligatoire de leurs dispositions »²⁹⁸²

CANADA, *Guide fédéral de jurilinguistique législative française (JLF)* [s. l. n. d.], disponible en ligne.

2978 Felix UHLMANN/ Stefan HÖFLER (éd.), *Gute Gesetzessprache als Herausforderung für die Rechtsetzung*, Zurich, 2018 ; WYSS (2018), p. 17 ss ; Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 3^e éd., Zurich, 2013, p. 124 ss ; COMMISSION EUROPÉENNE, DIRECTION GÉNÉRALE DE LA TRADUCTION, *Document quality control in public administration : a study*, Bruxelles, 2013 ; Didier BATSELÉ, *Initiation à la rédaction des textes législatifs, réglementaires et administratifs*, 3^e éd., Bruxelles, 2013 ; Catherine BERGEAL, *Rédiger un texte normatif : manuel de légistique*, 7^e éd., Paris, 2012 ; William ROBINSON, « Manuals for Drafting European Union Legislation », in : *Legisprudence*, vol. 4, n° 2, 2010, p. 129 ss ; Helen XANTHAKI, « Drafting manuals and quality in legislation: Positive contribution towards certainty in the law or impediment to the necessity for dynamism of rules? », in : *Legisprudence*, vol. 4, n° 2, 2010, p. 111 ss ; William ROBINSON, « Le rôle des guides de légistique dans l'Union européenne », in : Flückiger/Guy-Ecabert (éd.), *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer : le rôle des guides de légistique*, Genève, 2008, p. 95 ss ; Fabien WAELTI, « Les guides de légistique formelle : l'exemple des directives genevoises de rédaction législative », in : Flückiger/Guy-Ecabert (éd.), *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer : le rôle des guides de légistique*, Genève, 2008, p. 49 ss ; Denis LE MAY, « Pour un manuel de légistique », in : *Les Cahiers de droit*, vol. 21, n° 3-4, 1980, p. 993 ss.

2979 Cf. ci-dessus ch. 3.4.3.3c.

2980 ORGANISATION INTERNATIONALE DE NORMALISATION (ISO), *Comment rédiger une norme* (iso.org/fr/home > Store > Publications et produits), Vernier, 2016 ; ORGANISATION INTERNATIONALE DE NORMALISATION (ISO), *Directives ISO/IEC, Partie 1 et Supplément ISO consolidé – Procédures spécifiques à l'ISO* (iso.org/fr/home > Participer > Ressources > Directives et politiques), 9^e éd., Vernier, 2018 ; ORGANISATION INTERNATIONALE DE NORMALISATION (ISO), *Directives ISO/IEC, Partie 2* (iso.org/fr/home > Participer > Ressources > Directives et politiques), 8^e éd., Vernier, 2018.

2981 PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Guide pratique commun du Parlement européen, du Conseil et de la Commission à l'intention des personnes qui contribuent à la rédaction des textes législatifs de l'Union européenne*, 2^e éd., Bruxelles, 2015.

2982 Ch. 2.2.4.

- « La façon de rédiger l'acte tient compte également du caractère contraignant ou non de celui-ci. »²⁹⁸³
- « dans les actes non contraignants, les formes verbales impératives sont bannies, tout comme des structures et une présentation trop calquées sur celles des actes contraignants. »²⁹⁸⁴

Les instruments coopératifs²⁹⁸⁵, faisant en principe appel au droit privé, peuvent être rédigé selon les guides et autres outils auxiliaire aidant à la *rédaction des contrats*.

Rappelons que le droit public n'a pas le monopole de l'inintelligibilité dans une perspective historique. Le droit privé a aussi suscité la critique. Que l'on songe à Michel de MONTAIGNE vitupérant si prestement contre l'obscurité des contrats : « Pourquoi est-ce que nostre langage commun, si aisé à tout autre usage, devient obscur et non intelligible en contract et testament, et que celui qui s'exprime si clairement, quoy qu'il die et escrive, ne trouve en cela aucune maniere de se declarer qui ne tombe en doute et contradiction ? Si ce n'est que les princes de cet art, s'appliquans d'une peculiere attention à trier des mots solemnes et former des clauses artistes, ont tant poisé chaque syllabe, espluché si primement chaque espece de cousture, que les voilà enfrasquez et embrouillez en l'infinité des figures et si menues partitions, qu'elles ne peuvent plus tomber sous aucun reiglement et prescription ny aucune certaine intelligence. »²⁹⁸⁶

La rédaction des *traités internationaux* et des *conventions intercantionales* gagnerait également à suivre des règles légistiques²⁹⁸⁷. La nécessité de rechercher le consensus complique la donne, en particulier s'agissant du degré de précision des clauses (clarté normative) où l'ambiguïté peut être stratégique (*flou stratégique*)²⁹⁸⁸.

²⁹⁸³ Ch. 2.3.

²⁹⁸⁴ Ch. 2.3.3.

²⁹⁸⁵ Cf. ci-dessus ch. 3.4.1.

²⁹⁸⁶ Michel de MONTAIGNE, *Essais*, Bordeaux, 1595 (texte établi par Pierre VILLEY et Victor-Louis SAULNIER, Paris, 1965), livre III.

²⁹⁸⁷ Pour une proposition en ce sens, cf. MADER/TAVARES DE ALMEIDA (éd.) (2010), p. 326. Pour une analyse du rôle des *organisations internationales* dans l'amélioration de la qualité des traités internationaux, cf. José ALVAREZ, *International Organizations as Law-makers*, New York, 2005, p. 338 ss où l'auteur développe la question suivante : « Have International Organizations improved treaty-making ? Sur ce sujet en matière internationale et intercantonale, cf. MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 329 ss et 349 ss. En matière intercantonale, cf. JEANNERAT (2018) cité ci-dessous en note de bas de page 2998.

²⁹⁸⁸ Cf. ci-dessous ch. 5.2.1.

Les *Nations Unies* ont publié un certain nombre d'outils légistiques pour aider à la conclusion et à la rédaction des traités. On citera en particulier le *Manuel des traités*²⁹⁸⁹, le *Précis de la pratique*²⁹⁹⁰, le *Recueil des clauses finales des traités multilatéraux*²⁹⁹¹, les *Modèles d'instruments* ou le *Modèle de certification*²⁹⁹². Le *Bureau international du Travail* a publié quant à lui un *Manuel de rédaction des instruments de l'OIT* présenté comme un « ouvrage de référence pour tous ceux qui participent au processus d'élaboration et de rédaction des normes internationales du travail »²⁹⁹³.

On ignore généralement qu'Albert COHEN, l'auteur de *Belle du Seigneur*, par ailleurs licencié en droit de l'Université de Genève²⁹⁹⁴, a fait œuvre de légiste en rédigeant l'*Accord concernant la délivrance d'un titre de voyage à des réfugiés relevant de la compétence du Comité intergouvernemental pour les Réfugiés*²⁹⁹⁵ qu'il considérait être son « plus beau livre »²⁹⁹⁶ : « Je suis content qu'on aime ce que j'ai écrit. Mais je vais vous faire un aveu. Ce dont je suis le plus heureux, ce n'est pas d'avoir écrit Solal, Mangeclous, le Livre de ma mère, Belle du Seigneur ou mes autres livres. Ce dont je suis le plus heureux, c'est d'être l'auteur de l'Accord international du 15 octobre 1946. Je vais vous dire de quoi il s'agit et vous comprendrez pourquoi je suis plus fier de cela que de tous les livres que j'ai écrits. »²⁹⁹⁷

En Suisse, un auteur vient de poser les premiers jalons d'une « légistique régionale » aux règles de laquelle cantons et communes devraient se conformer lors de l'élaboration de *conventions intercantionales et intercommunales*, en particulier sous l'angle de l'emboîtement normatif (clauses de délégation et de renvoi²⁹⁹⁸)²⁹⁹⁹.

-
- 2989 NATIONS UNIES, SECTION DES TRAITÉS DU BUREAU DES AFFAIRES JURIDIQUES, *Manuel des traités*, éd. révisée, New York, 2013.
- 2990 NATIONS UNIES, SECTION DES TRAITÉS DU BUREAU DES AFFAIRES JURIDIQUES, *Précis de la pratique du secrétaire général en tant que dépositaire des traités multilatéraux*, New York, 1999.
- 2991 NATIONS UNIES, SECTION DE LA REPRODUCTION, *Recueil des clauses finales des traités multilatéraux*, New York, 2006.
- 2992 On trouve une liste des différentes ressources légistiques sous treaties.un.org > Ressources.
- 2993 BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Manuel de rédaction des instruments de l'OIT*, Genève, 2006, p. vii.
- 2994 Michel HOTTELIER, « Albert Cohen, juriste au service du droit des réfugiés », in : Hottelier (éd.), *Albert Cohen, L'écrivain au service de l'Etat de droit*, Genève, 2011, p. 10 ss.
- 2995 RS 0.142.37.
- 2996 HOTTELIER (2011), p. 3 (réf. cit.).
- 2997 Entretien accordé à la Radio suisse romande en 1978, cit. in : Max MAMOU, « Albert Cohen, la force du droit. L'Accord du 15 octobre 1946 : un pas significatif dans l'édification d'un Etat de droit planétaire pour les réfugiés », in : Hottelier (éd.), *Albert Cohen, L'écrivain au service de l'Etat de droit*, Genève, 2011, p. 26.
- 2998 Cf. ci-dessous ch. 5.2.4.2c.I.
- 2999 JEANNERAT (2018), p. 563 ss.

Enfin, la rédaction *constitutionnelle* mérite d'être mentionnée. Si elle ne diffère en principe pas des préceptes légistiques applicables aux lois en général, elle présente en pratique des traits spécifiques. La portée symbolique de la Constitution et sa position de surplomb la rend plus perméable aux textures ouvertes, aux formulations concises et aux énoncés faiblement normatifs³⁰⁰⁰.

On ne résistera pas ici à citer l'ardente déclaration de légistique formelle du président de la Convention européenne, Valéry GISCARD D'ESTAING, à propos du projet de Constitution européenne : « Le travail de rédaction des articles est passionnant et, si le mot ne doit pas choquer, il est même enchanteur. Je m'y suis exercé pendant les vacances de fin d'année [...]. Les préjugés s'envolent, la nécessité de la précision et de la concision apparaît. Adieu les adverbes qui diluent la vigueur du texte en croyant la renforcer, et les incidentes contournées qui aimeraient dire une chose et son contraire ! Le style de la Constitution ne doit pas être celui d'un acte notarié, voire d'un traité international, où l'on cherche à se protéger de toutes les malversations et de toutes les ruses imaginables. Ce doit être un texte rigoureux, entraînant, créatif, où apparaissent à la fois la volonté de répondre à des attentes fortes, et le désir de mettre en place une architecture qui résistera au temps, en protégeant les faibles et en facilitant les avancées vigoureuses du progrès. Le lyrisme d'une Constitution, c'est en quelque sorte, la calligraphie de l'histoire ! Nous allons nous y essayer. »³⁰⁰¹

Les exercices de révision totale des constitutions en Suisse ont pu montrer durant ces deux dernières décennies une volonté d'anticiper certaines questions de société agitant la légistique formelle à l'exemple de l'écriture inclusive³⁰⁰².

Une autre particularité est à signaler en Suisse, celle de la rédaction constitutionnelle par le peuple. L'initiative populaire tendant à la révision de la Constitution pouvant revêtir la forme d'un projet rédigé de toutes pièces³⁰⁰³, quiconque a l'exercice des droits politiques peut rédiger un projet de disposition constitutionnelle qui, si elle franchit toutes les étapes procédurales requises, entrera en vigueur telle quelle³⁰⁰⁴. L'addition de telles révisions peut conduire au

³⁰⁰⁰ Dans la Constitution fédérale, cf. par exemple : « [la Confédération] favorise la prospérité commune, le développement durable, la cohésion interne et la diversité culturelle du pays. » (art. 2 al. 2), ou « Toute personne est responsable d'elle-même et contribue selon ses forces à l'accomplissement des tâches de l'Etat et de la société. » (art. 6).

³⁰⁰¹ Valéry GISCARD D'ESTAING, in : *Le Monde*, édition du 13 janvier 2003.

³⁰⁰² Cf. les exemples de la Constitution fédérale ou de celle du canton de Genève par exemple ci-dessous ch. 5.3.3.2e.II.

³⁰⁰³ Sur le plan fédéral, cf. art. 139 al. 2 et 5 Cst. féd.

³⁰⁰⁴ Cf. Alexandre FLÜCKIGER, « La démocratie directe : un facteur de qualité de la loi en Suisse ? », in : Albertini (dir.), *La qualité de la loi – Expériences française et européenne*, Paris, 2016, p. 88 ss, avec des réf. sur le plan cantonal également. Sur les problèmes posés en pratique, cf. René RHINOW, « Fahrlässige Verfassungsgebung? Verfassungsrechtliche Fragen zur Volksinitiative < Ja zum Schutz der Privatsphäre > », in : Griffel (éd.), *Vom Wert einer guten Gesetzgebung: 16 Essays*, Berne, 2014, p. 119 ss ; Giovanni BIAGGINI, « Entwicklungen und Spannungen im Verfassungsrecht:

fil du temps au cumul d'un assemblage hétéroclite à l'image de l'ancienne Constitution fédérale de 1874.

« Bref, notre Constitution n'est pas belle », a pu écrire un grand constitutionnaliste suisse à propos de l'ancien texte du 29 mai 1874 « [e]t cependant cette difformité ne nous déplaît pas. [...] elle n'a pas empêché notre régime d'être stable et notre nation heureuse. Après tout, n'est-ce pas cela qui importe ? »³⁰⁰⁵

5.2.4 La méthode

5.2.4.1 *Les phases de création*

La légistique formelle s'inscrit en symbiose avec la légistique matérielle dans le cycle des politiques publiques (cf. Figure 1-1³⁰⁰⁶). Si nous avons comparé la légistique matérielle dans sa première étape à un *croquis* du texte de loi future³⁰⁰⁷, nous avons vu que la légistique formelle poursuivait le processus créatif avec l'*esquisse*, l'*ébauche* puis finalement l'*ouvrage* avant d'en assurer la *communication* auprès des sujets de droit³⁰⁰⁸. Se concentrant sur les différents aspects relatifs au texte de loi, la légistique formelle s'inscrit après l'esquisse mais avant les *retouches* à l'ouvrage. Elle peut être subdivisée dans les quatre phases suivantes :

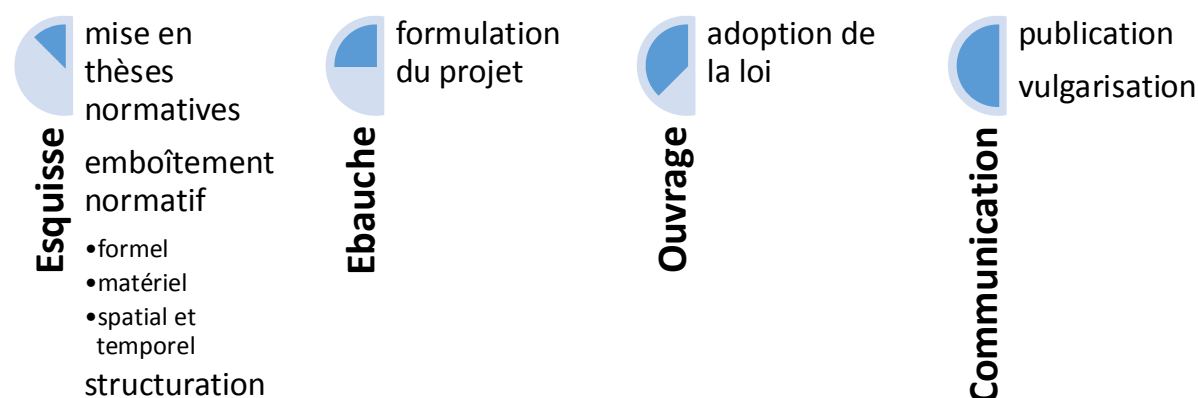
Versuch einer Standortbestimmung zehn Jahre nach Inkrafttreten der Bundesverfassung vom 18. April 1999 », in : *ZBI*, 2010, p. 7.

³⁰⁰⁵ Jean-François AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, vol. I, Neuchâtel, 1967, p. 111s. Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.2b.II *i.f.* pour une discussion de la citation.

³⁰⁰⁶ Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.1 Figure 1-1 – Cycle légistique, p. 38.

³⁰⁰⁷ Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.1.

³⁰⁰⁸ Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.1 *i.f.*

Figure 5-1 – Phases de la légistique formelle³⁰⁰⁹

5.2.4.2 L'esquisse normative

a. Introduction

I. La fonction et le contenu de l'esquisse

L'*esquisse normative* a pour fonction de traduire l'option législative retenue en une esquisse de la loi future. A ce stade, il est encore trop tôt pour formuler celle-ci de manière définitive. L'esquisse pourrait être judicieusement utilisée pour impliquer suffisamment tôt le pouvoir législatif dans la conception législative. Le parlement, ou ses commissions, voire le peuple, aurait ainsi l'occasion d'exprimer ses préférences par rapport aux différentes *variantes* présentées dans l'esquisse. La formulation ultérieure du projet serait facilitée, la cohérence finale de la loi mieux assurée et la fonction législative du parlement renforcée. En effet, les risques que les parlementaires corrigent rétrospectivement la direction initiale du projet en plénium par une série d'*amendements hasardeux* risquant de remettre en cause la cohérence de l'ébauche seraient diminués³⁰¹⁰.

Des systèmes participatifs et de démocratie directe permettent de consulter directement le *peuple* sur les principes que la loi doit contenir en proposant le cas échéant des variantes (« votation de principe » ; « Grundsatzabstimmung »)³⁰¹¹.

³⁰⁰⁹ Pour consulter la *phase précédente*, cf. ci-dessus Figure 4-1 – Phases de l'analyse d'impact prospective (phase stratégique III et IV), p. 441 ; pour la *phase suivante*, cf. ci-dessus Figure 6-1 – Phases de l'analyse d'impact rétrospective (légistique matérielle rétrospective ou évaluation législative), p. 617 ; pour le *schéma général*, cf. ci-dessus Figure 1-1 – Cycle légistique, p. 38.

³⁰¹⁰ Cf. ci-dessus ch. 1.3.5.2.

³⁰¹¹ Cf. par exemple art. 19 Cst. GR ; 53 Cst. NW ; 138 al. 3 Cst. SO.

On regroupera le contenu de l'esquisse en trois catégories principales³⁰¹² : la *mise en thèses* normatives de l'option législative (b), l'*emboîtement* normatif (c) et la *structuration* du projet (d).

Le Guide de législation fédéral conseille de rédiger un tel document avant de s'atteler à la rédaction du projet (« esquisse d'acte normatif » ; « Normkonzept ») afin de permettre « un pilotage ultérieur ad hoc du travail de rédaction de l'acte législatif proprement dit. »³⁰¹³ Il la définit ainsi : « L'esquisse d'acte normatif définit dans les grandes lignes le contenu de l'acte, présente, dans la mesure du possible, des variantes de la solution choisie et contient des explications portant sur les points principaux réglés par l'acte. En revanche, elle ne comporte pas encore de texte normatif rédigé. »³⁰¹⁴

Pour les projets relevant de l'Office fédéral de la justice, l'esquisse doit contenir les éléments suivants :

- « un résumé du contenu normatif essentiel de la réglementation à adopter, présenté sous forme de thèses ou de principes directeurs ;
- la structure générale de l'acte législatif prévu ;
- des propositions relatives à la forme de l'acte normatif [...] ;
- des propositions sur le niveau des normes [...] ;
- des propositions sur le degré de détail de la réglementation à adopter (densité normative) ;
- le cas échéant, des alternatives ou des variantes concernant des aspects matériels ou de technique législative, pour autant qu'elles méritent d'être discutées ;
- si nécessaire, un bref commentaire des principes directeurs et des propositions. »³⁰¹⁵

II. La place de l'esquisse normative dans les systèmes de rédaction législative centralisée

Un tel document s'impose plus particulièrement dans les ordres juridiques où la rédaction législative est confiée à une *équipe de rédaction spécialisée*.

³⁰¹² On trouve d'autres manières de présenter la séquence des différents points ; cf. par exemple Luzius MADER, « Législation et jurisprudence », in : Chappelet (dir.), *Contributions à l'action publique*, Lausanne, 2006, p. 201s : bien cerner la matière normative ; considérer l'environnement législatif ; réfléchir au niveau normatif approprié ; réfléchir à la forme appropriée de l'acte ; réfléchir à la densité normative adéquate ; structurer la matière normative ; fixer la systématique de l'acte ; fixer la systématique des dispositions particulières de l'acte. Cf. ég. Thomas FLEINER-GERSTER, *Wie soll man Gesetze schreiben? Leitfaden für die Redaktion normativer Texte*, Berne/Stuttgart, 1985.

³⁰¹³ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 94. De manière détaillée, cf. MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 82 ss.

³⁰¹⁴ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 162.

³⁰¹⁵ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Directive sur la présentation d'esquisses d'acte normatif pour les projets législatifs de l'Office fédéral de la justice*, Berne, 2015.

L'équipe de rédaction devrait tout d'abord recevoir des *instructions rédactionnelles* (« drafting instructions ») de la part de l'équipe ayant conçu les options législatives (« policy-makers »)³⁰¹⁶. Ces instructions, qui ne sont rien d'autre qu'un résumé des conclusions de l'analyse d'impact au sens large³⁰¹⁷, vont permettre aux légistes de s'imprégner de la matière à transcrire en mots législatifs.

A partir de là, un *plan de la loi* [« legislative plan »] peut être rédigé, correspondant grosso modo au concept d'esquisse législative tel que nous le comprenons ici. Ce document vise à synthétiser les différents points de légistique matérielle dans une optique rédactionnelle, notamment une analyse des lois existantes, un examen des différentes variantes ainsi qu'une anticipation de l'interprétation future possible des normes à rédiger³⁰¹⁸, voire même, selon Helen XANTHAKI, la remise en question de la nécessité de légiférer³⁰¹⁹.

Pourtant à ce stade, les questions de légistique matérielle, telles que la nécessité de légiférer ou la pertinence des choix stratégiques effectués, n'ont en principe plus à être rediscutées. Dans la mesure cependant où l'on considère que le processus de fabrication de la loi est itératif, les observations des personnes qui ont pour mission de coucher l'idée politique en mots juridiques peuvent conduire les auteurs originaux de la stratégie législative à reprendre ces questions pour les réviser le cas échéant dans le sens critiqué par les légistes³⁰²⁰.

Si l'on peut lire ce mécanisme de rétroaction comme un premier contrôle qualité du projet de loi³⁰²¹, Helen XANTHAKI soulève indirectement la question cruciale de la légitimité de l'équipe de rédaction à s'exprimer sur les choix préalablement effectués. Selon elle, les légistes devraient développer une sorte de réflexe de « désobéissance civique » à l'égard de celles et ceux qui ont conçu la matière normative et décidé à leur place des options législatives :

« Every drafter's response must be < how can I avoid drafting this bill? > It truly serves statutory law better to decline drafting legislation rather than draft yet another law destined to be added to the now complex and remarkably long statute book: [...] The UK Government's < Two for One > initiative, demanding the withdrawal of two current pieces of legislation in exchange for any new legislative proposal, is certainly moving in the

³⁰¹⁶ XANTHAKI (2014), p. 21 ss. En droit continental la pratique est moins formalisée, cf. Ulrich KARPEN, « Instructions for Law Drafting », in : *European Journal of Law Reform*, 2008, p. 163.

³⁰¹⁷ Cf. la liste des points que de telles instructions devraient contenir : Quel est le problème précis ? Quelles sont les options pour le traiter et leurs impacts respectifs ? Quelle est la valeur monétaire des bénéfices escomptés ? Quels en sont les coûts ? Etc. (XANTHAKI [2014], p. 36 s.).

³⁰¹⁸ XANTHAKI (2014), p. 38 ss.

³⁰¹⁹ *Ibidem*, p. 46 ss.

³⁰²⁰ *Ibidem*, p. 40 ss et 51 ss.

³⁰²¹ *Ibidem*, p. 42.

right direction. But drafters cannot leave the decision on the necessity to legislate to instructing officers. »³⁰²²

Cette auteure reconnaît pourtant que « most drafters are not at all equipped to deal adequately with the task of checking or, even worse, undertaking the selection of the most effective policy option expressed as the most appropriate legislative solution. Drafters tend to be lawyers, who are untrained in social science methodology. »³⁰²³ Elle estime cependant que leur bon sens pratique (« practical wisdom ») et leur expérience notamment les légitiment à avoir voix au chapitre concernant les choix substantiels, les autorisant à refuser d’être de simples exécutants³⁰²⁴. En droit étatsunien, Lawrence FILSON et Sandra STROKOFF reconnaissent qu’en pratique l’influence des rédacteurs et des rédactrices sur la substance politique de l’acte n’est pas à négliger et qu’il serait faux de les reléguer au statut de purs sténographes :

« You do not make the policy, of course, but you can quite properly influence it in many ways. And while it would be wrong to intrude yourself into matters of policy that are the sponsor’s prime responsibility, it would be equally wrong to let yourself be relegated to the status of a mere stenographer. In practice there is a considerable gray area. »³⁰²⁵

A notre avis, ce débat s’enracine dans une problématique plus profonde : est-il opportun de confier la rédaction législative à une *équipe de rédaction spécialisée*, uniquement chargée de transcrire la politique en texte juridique, ou ne serait-il pas plus sage d’accorder cette compétence à *toute personne – juriste ou non – connaissant la matière et disposant d’une spécialisation en légistique* ?³⁰²⁶

Le *système de rédaction centralisé* (« professionalised drafting ») nuit au dialogue entre légistique matérielle et formelle, on le voit. Richard TREMBLAY le confirme en estimant que « la surspécialisation d’un corps de juristes dans les aspects formels des textes [...] peut se traduire par une mise à distance néfaste de ceux-ci par rapport à la matière traitée »³⁰²⁷ tout en conduisant possiblement à « un esprit

3022 *Ibidem*, p. 47 s.

3023 *Ibidem*, p. 52.

3024 *Ibidem*, p. 52 ss.

3025 FILSON/STROKOFF (2008), p. 45 s.

3026 Sur ce débat, cf. les conclusions de Felix UHLMANN/Stefan HÖFLER, « Professional legislative drafters: new ideas for Switzerland? », in : Uhlmann *et al.* (éd.), *Professional legislative drafters: status, roles, education*, Zurich, 2016, p. 137 ss, qui citent les exemples de pays suivants : système centralisé (« professionalised drafting ») en Australie, au Canada, aux Pays-Bas, en Pologne, au Royaume-Uni, aux Etats-Unis d’Amérique) *vs* système décentralisé (« lay drafting ») en Suisse, dans l’Union européenne ainsi que dans de nombreux autres pays de droit continental.

3027 Richard TREMBLAY, « L’exercice de la profession de rédacteur législatif au Québec », in : Uhlmann *et al.* (éd.), *Professional legislative drafters: status, roles, education*, Zurich, 2016, p. 114.

de caste propice à l'adoption de pratiques rédactionnelles artificielles, voire ésotériques »³⁰²⁸.

Le *système de rédaction décentralisé* (« lay drafting ») présente quant à lui le risque que des pratiques rédactionnelles pas forcément cohérentes se développent en raison de l'inexpérience des personnes en légistique formelle³⁰²⁹. Dans ces conditions, une solution mitoyenne est certainement préférable, qui laisse à chaque fonctionnaire la possibilité de rédiger des textes de loi sous la supervision centralisée d'une autorité opérant un contrôle et une révision des textes (« professionalised reviewing »)³⁰³⁰ et offrant un soutien et une formation spécifiques en légistique formelle³⁰³¹.

III. Le problème de l'externalisation de la rédaction législative

Nous nous bornons à remémorer ici les enjeux de la conception et de la rédaction d'un projet de loi par des commissions de travail, des experts, des lobbies, des organismes de normalisation et d'autres personnes privées, voire même, qui sait, des intelligences artificielles dans le futur. Nous renvoyons sur ce point aux éléments du débat sur l'externalisation de telles tâches que nous avons apportés plus haut³⁰³².

b. La mise en thèses normatives

L'option législative retenue dans la foulée de la démarche de légistique matérielle doit être concrétisée en une esquisse de normes. Les objectifs seront transcrits sous forme de principes directeurs et les moyens sous forme de thèses normatives³⁰³³. L'instruction s'applique aussi aux éventuelles variantes retenues.

On trouve une bonne illustration de ce point charnière entre la conception politique du texte et sa rédaction en termes juridiques dans le processus de révision de la Constitution genevoise. Une commission de rédaction formée de cinq membres était chargée de

³⁰²⁸ *Ibidem*. Sur cet argument et le précédent, cf. ég. UHLMANN/HÖFLER (2016), p. 144 s. (réf. cit.).

³⁰²⁹ TREMBLAY (2016), p. 113.

³⁰³⁰ Selon l'expression de UHLMANN/HÖFLER (2016), p. 141 s.

³⁰³¹ On retrouve là le modèle québécois (TREMBLAY [2016], p. 114) et helvétique, sur le plan fédéral et dans un certain nombre de cantons (UHLMANN/HÖFLER [2016], p. 141 s.). En France et en Belgique, le Conseil d'Etat joue un rôle légistique crucial par l'avis qu'il doit rendre sur les projets de textes normatifs (réf. cit. ci-dessus ch. 1.3.5.2 *i.f.*).

³⁰³² Cf. ci-dessus ch. 1.3.5.3.

³⁰³³ Cf. le premier point de la directive précédente de l'OFJ.

rédiger un projet à l'intention de l'Assemblée constituante sur la base des options de principe que celle-ci avait prises dans la première phase de ses travaux³⁰³⁴.

c. *L'emboîtement normatif*

L'esquisse offre l'occasion d'examiner la manière dont le projet s'*emboîte* dans l'ordre juridique existant et à venir : *emboîtement* législatif *formel* (choix de la forme législative), *matériel* (choix de la densité normative) ainsi que *spatial* et *temporel*.

I. L'emboîtement formel (choix de la forme législative)

L'*emboîtement formel* tout d'abord permet de déterminer le niveau hiérarchique adéquat et la forme législative correspondant à celui-ci (loi, ordonnance, règlement, etc.).

On rappellera ici que le choix de la forme doit être distingué du choix des instruments d'action comme nous l'avons expliqué plus haut³⁰³⁵. La sélection des instruments relève en effet de la légistique matérielle alors que celle de la forme législative de la légistique formelle. Il s'agit dans cette phase de prévoir ou de formuler dans le texte législatif les instruments retenus à l'issue des étapes précédentes.

La réflexion porte tant sur l'imbrication *verticale* (du droit communal au droit international) que sur l'imbrication *horizontale* (choix entre les différentes autorités étatiques – constituant, parlement, gouvernement, administration, tribunaux –, semi-étatiques et les privés).

Le *choix vertical* s'opère selon le principe de la légalité, sous l'angle du respect du droit supérieur, de la subsidiarité ou du fédéralisme. Il implique de repérer les fondements de la réglementation prévue dans le droit supérieur auquel il devra se conformer et une analyse du droit égal ou inférieur avec lequel il devra être en cohérence, voire le respecter en vertu de la valeur propre au niveau inférieur (subsidiarité), impliquant le cas échéant une éventuelle révision des actes existants en rapport avec l'acte prévu, nécessitant si nécessaire une *refonte* ou une *codification*³⁰³⁶.

³⁰³⁴ Michel HOTTELIER/Thierry TANQUEREL, « Le règlement de l'assemblée constituante genevoise », in : *La Semaine judiciaire, II, Doctrine*, vol. 132, n° 1, 2010, p. 8 s.

³⁰³⁵ Cf. ci-dessus ch. 3.2.2.2a.

³⁰³⁶ Cf. en France l'activité de la *Commission supérieure de codification* chargée « d'oeuvrer à la simplification et à la clarification du droit » (art. 1^{er} al. 1^{er} du décret n° 89-647 du 12 septembre 1989) ; Elisabeth CATTÀ, « Codification et qualité de la réglementation (L'expérience française) », in : *LeGes*, 2007/3, p. 425 ss. Sur la codification du droit administratif en France, cf. Aude ZARADNY, « Ecrire : l'influence de la légistique sur les caractéristiques du droit administratif », in : Association française

L'équipe de rédaction des lois endosse en pratique un rôle de *gardien du droit supérieur*. Confrontés à une demande politique nationale non conforme à ce dernier, une étude sociologique menée aux Pays-Bas en rapport avec le respect du droit de l'Union européenne a montré que les rédacteurs et rédactrices tentaient tout d'abord de se rallier à une interprétation conforme mais suivaient ensuite les directives nationales au détriment de la légalité européenne³⁰³⁷.

Dans le cadre des *conventions régionales* (intercantonales et intercommunales), les clauses de renvoi, parfois y compris dynamique, à des lois fédérales, cantonales et communales sont fréquents³⁰³⁸.

Le *choix horizontal* se fonde, lui, sur le principe de la légalité également, sous l'angle de la base légale qui exige que les règles portant une atteinte grave aux droits fondamentaux soient prévues dans des textes de niveau supérieur (loi formelle)³⁰³⁹. On se demandera à ce propos si les dispositions normatives doivent figurer, au sein d'un niveau institutionnel donné, dans une *loi* du parlement, un *règlement* du gouvernement ou une *directive* administrative et – si elles peuvent ou doivent figurer dans un texte réglementaire – dans quelle mesure une clause de délégation est ou doit être prévue dans la loi³⁰⁴⁰.

Si l'on conclut à l'opportunité d'une *réglementation par les particuliers*, il s'agira de concevoir la clause de renvoi ou de délégation adéquate³⁰⁴¹.

Si l'option législative préconise de recourir à des *instruments non obligatoires*, il faut repérer ou concevoir les bases légales nécessaires³⁰⁴².

pour la recherche en droit administratif (dir.), *Les méthodes en droit administratif*, Paris, 2018, p. 19 ss. En droit de l'Union européenne, cf. l'Accord interinstitutionnel « Méthode de travail accélérée pour la codification officielle des textes législatifs » du 20 décembre 1994 (96/C 102/02). Sur les *limites de la codification* pour assurer la rationalité du droit dans le contexte contemporain, cf. Alexandre FLÜCKIGER/Jean-Daniel DELLEY, « L'élaboration rationnelle du droit privé : de la codification à la légistique », in : Chappuis/Foëx/Thévenoz (éd.), *Le législateur et le droit privé : colloque en l'honneur du professeur Gilles Petitpierre*, Genève, 2006, p. 123 ss. Cf. ég., Jacques VIGUIER, « La codification constitue-t-elle une simplification du droit ? », in : *Qu'en est-il de la simplification du droit ?* Toulouse, 2010, N. 9, démontrant que « si la codification tend toujours à la simplification, elle aboutit rarement à celle-ci » ; dans le même sens, cf. FOUBERT (2018), p. 227 s. Cf. ég. réf. cit. ci-dessous ch. 6.2.4.1b.I.

3037 Ellen MASTENBROEK, « Guardians of EU law? Analysing roles and behaviour of Dutch legislative drafters involved in EU compliance », in : *Journal of European Public Policy*, 2017, p. 1289 ss.

3038 Pour une analyse approfondie des différents cas de figure sous l'étiquette de « légistique régionale », cf. JEANNERAT (2018), p. 335 ss et 584 ss. Cf. ég. ci-dessus note de bas de page 2999 et ci-dessous ch. 3.3.3.3k *i.f.*

3039 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 649 ss.

3040 *Ibidem*, p. 255 ss.

3041 Cf. ci-dessus ch. 3.4.4.4a.I.

II. L'emboîtement matériel (choix de la densité normative)

L'*emboîtement matériel*, ensuite, consiste à réfléchir au degré de précision voulu pour la rédaction, exercice probablement le plus délicat, le plus sensible et le moins formalisable de toute la rédaction législative, car le texte ne doit être ni trop précis ni trop imprécis en fonction des circonstances ; on développera ce point plus loin en rapport avec la clarté normative³⁰⁴³. Déterminer le bon degré de densité nécessite, techniquement parlant, de réfléchir aux moyens de rendre la norme soit plus précise (technique des définitions légales³⁰⁴⁴, listes exhaustives ou illustratives, etc.) soit plus vague (notions juridiquement indéterminées, clauses générales, normes finalisées, lois-cadres, etc.).

Si nous abordons ce point en rapport avec l'emboîtement de la loi dans l'ordre juridique, c'est parce qu'il faut être conscient que le degré de précision de la rédaction *répartit matériellement la compétence* de créer la norme de manière concrète. Certains auteurs parlent de « délégation législative occulte »³⁰⁴⁵ ou d'« externalisation législative » (« outsourcing the law »)³⁰⁴⁶. Nous reviendrons plus bas sur cette observation lorsque nous distinguerons la norme du texte de norme³⁰⁴⁷. En effet, en adoptant une règle vague, le parlement crée une texture ouverte laissant une grande liberté de choix interprétatif aux autorités et personnes chargées de la concrétiser, en particulier le pouvoir exécutif, y compris son administration, et le pouvoir judiciaire. Ce seront en fin de compte à ces dernières autorités que reviendra la compétence de créer concrètement la norme précise à l'intention du destinataire final, parmi tout un éventail de normes potentielles laissées indécises par le texte vague³⁰⁴⁸.

III. L'emboîtement spatial et temporel

Enfin, l'*emboîtement spatial et temporel* traite de l'insertion du projet de loi dans sa dynamique géographique et chronologique.

³⁰⁴² Cf. ci-dessus ch. 3.2.2.2a sur la distinction entre instruments d'actions et formes juridiques ainsi que leurs combinaisons réciproques.

³⁰⁴³ Cf. ci-dessous ch. 5.3.2, en particulier ch. 5.3.2.2

³⁰⁴⁴ Cf. par exemple Gudrun RAFF, « Gute Gesetzessprache – gute Legaldefinitionen : Fussangeln auf dem Weg zu Präzision und Verständlichkeit », in: Uhlmann/Höfler (éd.), *Gute Gesetzessprache als Herausforderung für die Rechtsetzung*, Zurich /St-Gall, 2018, p. 145ss.

³⁰⁴⁵ COTTIER (2008), p. 611 ; MÜLLER-GRAF (2018), p. 116.

³⁰⁴⁶ Pauline WESTERMAN, *Outsourcing the Law: A Philosophical Perspective on Regulation*, Cheltenham, 2018, p. 5, à propos des normes finalisées.

³⁰⁴⁷ Cf. ci-dessus ch. 5.2.1 et ci-dessous ch. 5.3.2.1.

³⁰⁴⁸ Cf. ci-dessous ch. 5.3.2.1.

Le premier pas consiste à anticiper dans la mesure du possible *l'évolution de l'environnement juridique*. Il n'est en effet pas rare que plusieurs projets parallèles aient des points de contact mutuels. Le défi sera de se renseigner sur les éventuels projets de révision susceptibles d'avoir un impact sur son propre projet puis de les coordonner de sorte à prévenir des révisions incohérentes.

Le deuxième pas vise à réfléchir à l'*application de la loi dans l'espace*³⁰⁴⁹.

Le troisième touche à son *application dans le temps*³⁰⁵⁰ (entrée en vigueur³⁰⁵¹ et limitation dans le temps, urgence, droit intertemporel³⁰⁵², droit transitoire, lois crépusculaires ou expérimentales³⁰⁵³).

d. La structuration de l'acte

Ces éléments posés, il convient de *structurer l'acte* puis ses *articles*. Les guides officiels donnent des schémas-types à respecter (*structuration formelle*) ainsi que, parfois, des consignes sur la manière d'organiser la matière en indiquant des plans, des typologies de classement ou des principes de structuration selon différents critères (*structuration matérielle*)³⁰⁵⁴.

On peut ainsi envisager une combinaison des critères suivants³⁰⁵⁵ :

- critères *logiques* où le général précède le particulier, le matériel l'organisationnel ou le principe l'exception ;
- critères *chronologiques* qui se calquent sur le déroulement des activités à réguler, typiques des lois de procédure ;

³⁰⁴⁹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), ch. 2.4.1.

³⁰⁵⁰ *Ibidem*, ch. 2.4.2 ; Milena PIREK, *L'application du droit public dans le temps : la question du changement de loi*, Genève/Zurich/Bâle, 2018.

³⁰⁵¹ Sur la nécessité de synchroniser les entrées en vigueur dans le cadre du fédéralisme d'exécution (art. 46 Cst. féd.), cf. la *planification coordonnée* définie comme « une procédure par laquelle la Confédération et les cantons synchronisent leurs activités en vue de mettre en œuvre le nouveau droit fédéral, parmi lesquelles la date d'entrée en vigueur ou les questions majeures d'interprétation » (www.kdk.ch > themes > federalisme-et-droit-public > mise-en-oeuvre-du-droit-federal-par-les-cantons).

³⁰⁵² Sur les instruments de technique législative en la matière, cf. BRUNNER (2014), p. 89 s.

³⁰⁵³ Sur ces deux derniers types de loi, cf. ci-dessous ch. 6.2.4.3.

³⁰⁵⁴ En droit fédéral, cf. CHANCELLERIE FÉDÉRALE, *Directives de la Confédération sur la technique législative (DTL)*, Berne, 2013, et OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 612 ss. En droit européen, cf. PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Guide pratique commun*, 2^e éd., Bruxelles, 2015, ch. 7 ss et 15 ss.

³⁰⁵⁵ Pour un exposé, encore actuel, des principes de structuration législative, cf. NOLL (1973), p. 210 ss (critères logiques, matériels, chronologiques ou normatifs), repris en partie in OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 615.

- critères *matériels* où les dispositions matériellement connexes sont regroupées, à l'exemple des législations environnementales regroupant les différents domaines (air, bruit, déchets, etc.) ;
- critères *normatifs*, où l'on divise par exemple les règles entre droits et obligations des destinataires à l'instar du Code des obligations.

Une bonne structuration de l'acte en assure la *cohésion*, nous y reviendrons³⁰⁵⁶.

5.2.4.3 L'ébauche du projet de loi

a. La formulation des énoncés normatifs

L'esquisse achevée, le projet de loi peut être ébauché. Les différents *articles* peuvent – enfin ! – être formulés.

D'un point de vue pratique, il importe pour ce faire de se conformer aux guides de légistique qui décrivent de manière détaillée les caractéristiques et les exigences relatives à la formulation des différents *éléments de la structure d'un acte* que nous n'explicitons cependant pas ici (titre, préambule, visa, objet, objectif, champ d'application, définition, renvoi, partie principale, dispositions finales, annexes)³⁰⁵⁷.

Une difficulté classique réside dans la difficulté de distinguer clairement entre objet, but, champ d'application et définitions³⁰⁵⁸.

D'un point de vue plus conceptuel, on peut se reporter aux tableaux de synthèse que nous avons brossés plus haut énumérant les différents types de normes envisageables, obligatoires³⁰⁵⁹ ou non³⁰⁶⁰. La doctrine propose différentes typologies mettant en exergue la diversité des énoncés juridiques³⁰⁶¹.

³⁰⁵⁶ Cf. ci-dessous ch. 5.3.3.2b.

³⁰⁵⁷ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 613 ; CHANCELLERIE FÉDÉRALE, *Directives de la Confédération sur la technique législative (DTL)*, Berne, 2013, *passim* (pour les lois fédérales, cf. ch. 1.2.1.2) ; PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Guide pratique commun*, 2^e éd., Bruxelles, 2015, ch. 7 ss et 13 ss.

³⁰⁵⁸ Sur la distinction entre objet, champ d'application et définition, cf. PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Guide pratique commun*, 2^e éd., Bruxelles, 2015, ch. 13.4.

³⁰⁵⁹ Cf. ci-dessus ch. 3.2 Tableau 3-2 – Typologie normative des normes obligatoires, p. 256.

³⁰⁶⁰ Cf. ci-dessus ch. 3.3 Tableau 3-3 – Typologie normative des normes souples, p. 276.

³⁰⁶¹ En doctrine, cf. l'intéressante typologie exposant la diversité des énoncés juridiques, in : CHAMPEIL-DESPLATS (2014), p. 264 ss et 297 ss. Cf. ég. MATTILA (2013), p. 87 ss. Cf. ég. ci-dessus les références sous ch. 5.2.3.

b. La normativité des énoncés

Pour indiquer le caractère obligatoire d'un énoncé, les verbes sont conjugués à l'*indicatif présent*, qui a valeur impérative dans les actes juridiquement obligatoires ; renforcer le caractère impératif d'une obligation par le verbe « devoir » ou l'expression « a l'obligation de » est déconseillé³⁰⁶². Conjugués au conditionnel, ils revêtent un caractère recommandationnel³⁰⁶³.

Les actes non obligatoires ne sont cependant pas tous rédigés au conditionnel, loin de là³⁰⁶⁴. La conjugaison à l'indicatif présent est dans ce cas trompeuse, car elle ne leur confère aucune valeur impérative. C'est pourquoi le Guide pratique commun de l'Union européenne met en garde, nous l'avons vu, contre la confusion susceptible de résulter d'une rédaction laissant faussement croire à un caractère impératif des actes non obligatoires : « les recommandations doivent respecter, de par leur langage, la nature non obligatoire de leurs dispositions » précise-t-il³⁰⁶⁵.

La question de la normativité des énoncés ressurgit au moment où il s'agit de procéder à leur rédaction concrète sous forme d'articles de lois. Nous avons montré plus haut que la normativité n'était pas binaire mais qu'elle évoluait le long d'un continuum³⁰⁶⁶. Il s'ensuit que, même dans des textes formellement obligatoires – dont la loi forme l'exemple-type – et conjugués à l'indicatif présent, la normativité de certaines dispositions peut être très faible, voire inexistante.

Cela vaut en particulier pour les *normes finalisées*³⁰⁶⁷. Sont-ce encore des « lois » – le mot d'esprit est finement trouvé : « *mollis lex sed lex?* » – ou n'en sont-elles

³⁰⁶² OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation*, 3^e éd., Berne, 2007, ch. 8.3.3.3 (non repris dans la 4^e éd.) ; PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Guide pratique commun*, 2^e éd., Bruxelles, 2015, ch. 2.3.2 ; CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS/SECRETARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT FRANÇAIS, *Guide de légistique*, 3^e éd. mise à jour, Paris, 2017, p. 292.

³⁰⁶³ Cf. ci-dessus ch. 3.3.5.3b, p. 321.

³⁰⁶⁴ Exemple de recommandation rédigée à l'*indicatif* : « Les vols à l'étalage, lorsque le prévenu enfreint une interdiction d'accès, ne justifient en principe pas une expulsion obligatoire. » (art. 1^{er} let. e des Recommandations de la Conférence des procureurs de Suisse relatives à l'expulsion des personnes étrangères condamnées, du 24 novembre 2016). Exemple au *conditionnel* : « Toute forme de discrimination en raison d'un trouble mental devrait être interdite. » (art. 3 al. 1^{er} de la Recommandation du Conseil de l'Europe relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux, du 22 septembre 2004).

³⁰⁶⁵ Réf. cit. ci-dessus ch. 5.2.3.

³⁰⁶⁶ Cf. ci-dessus ch. 3.3.5.1. Cf. ég. MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 194.

³⁰⁶⁷ Cf. ci-dessus ch. 2.4.6.

plus ?³⁰⁶⁸ On a évoqué cette questions sous l'étiquette de *droit souple matériel*, par opposition au droit souple formel³⁰⁶⁹. La chose n'est pas nouvelle³⁰⁷⁰.

En droit *suisse*, il arrive que les lois du parlement (lois au sens formel) comprennent « à côté, d'autres objets, qui ne sont pas de nature normative ou dont la nature normative est théoriquement douteuse [...] même si ce ne sont pas des normes juridiques, rien n'empêcherait de toute manière qu'ils soient décidés dans une loi, s'il y a un rapport de cohérence suffisant avec la matière normative qui en fait l'essentiel. »³⁰⁷¹ En effet « la nature des activités étatiques a impliqué un élargissement de la compréhension de la règle de droit au-delà de sa stricte définition »³⁰⁷².

Certains ordres juridiques ne tolèrent cependant pas une telle souplesse. Ils exigent que leurs lois ne contiennent que des dispositions « revêtues d'une portée normative » à l'exemple du *droit français*³⁰⁷³. Ont ainsi été censurés pour anticonstitutionnalité les textes suivants :

- « L'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves. Compte tenu de la diversité des élèves, l'école doit reconnaître et promouvoir toutes les formes d'intelligence pour leur permettre de valoriser leurs talents. »³⁰⁷⁴

³⁰⁶⁸ Xavier DELGRANGE/Luc DETROUX, « La soft law infralégislative : les lois dépourvues de contenu normatif ou mollis lex sed lex ? », in : Hachez *et al.* (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 2 (Normes internes infraconstitutionnelles), Limal, 2012.

³⁰⁶⁹ Cf. ci-dessus ch. 3.3.2.2a.

³⁰⁷⁰ Georg JELLINEK par exemple constatait l'existence de lois non obligatoires (« unverbindliche Gesetze ») ayant pour but d'enseigner, d'établir des faits ou de formuler des objectifs généraux (David R. WENGER, « Symbolische Gesetzgebung oder die Tendenz zur Verrechtlichung des Nichtrechtlichen », in : *Revue de droit suisse*, vol. 1, Bâle, 2003, N. 24, citant Georg JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*, Tübingen, 1887). CHAMPEIL-DESPLATS (2014), p. 262, nous rappelle la position stricte de PORTALIS pour qui « la loi permet ou défend, elle ordonne, elle établit, elle punit ou elle récompense ».

³⁰⁷¹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 468 s. Sur la nécessité pourtant en droit suisse de se restreindre aux seuls éléments normatifs, cf. WYSS (2018), p. 19 ss, citant notamment l'historienne du droit Marie Theres FÖGEN, selon laquelle vouloir embellir et parer les lois est un effort vain, vouées qu'elles sont à disparaître demain ; il est ridicule de garnir avec pompe et pathos une marchandise affichant sur son front sa date de péremption (Marie Theres FÖGEN, *Das Lied vom Gesetz*, Munich, 2007, p. 14 [trad. pers.]).

³⁰⁷² MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 469.

³⁰⁷³ CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS/SECRETARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT FRANÇAIS, *Guide de légistique*, 3^e éd. mise à jour, Paris, 2017, p. 29 (réf. cit.).

³⁰⁷⁴ CC, n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école.

- « La Nation reconnaît le droit de chaque jeune atteignant à compter de 2020 l'âge de dix-huit ans à bénéficier, avant ses vingt-cinq ans, d'une expérience professionnelle ou associative à l'étranger. »³⁰⁷⁵

De telles jurisprudences sont à notre avis critiquables³⁰⁷⁶. Elles ne rendent pas compte de l'évolution nécessaire de la loi si celle-ci espère demeurer un pilier central à l'ère de la gouvernance et du droit global. Elles ignorent en particulier la part fortement symbolique de la loi, susceptible d'efficacité en soi en fonction des circonstances comme nous l'avons montré³⁰⁷⁷, et sous-estiment la portée normative des dispositions finalisées, fussent-elles écrites en termes vagues, chaque fois que l'interprète se réfère à l'esprit plutôt qu'à la lettre de celles-ci³⁰⁷⁸.

Ces exigences de normativité se trouvent fréquemment exprimées au niveau des *guides de légistique* :

Le guide de légistique formelle de l'*Union européenne* précise que « le dispositif d'un acte contraignant ne contient pas de dispositions sans caractère normatif, tels que des souhaits ou des déclarations politiques, ni de dispositions qui reproduisent ou paraphrasent des passages ou articles des traités ou confirment une disposition de droit en vigueur. »³⁰⁷⁹

La Directive de rédaction législative du *canton de Genève* pose l'exigence d'une « normativité suffisante » et en déduit qu'« [i]l convient dès lors d'éviter de prévoir des prémisses sans conséquences, ou de poser comme règle de droit un axiome scientifique, une prise de position, un jugement de valeur ou une affirmation doctrinaire. En particulier, on doit s'abstenir de justifier les choix législatifs dans le texte lui-même : l'exposé des motifs, puis, lors des phases parlementaires, les rapports de commission et les débats en plénière sont justement conçus pour cela. »³⁰⁸⁰

5.2.4.4 La finalisation de l'ouvrage : l'adoption de la loi

Le projet de loi étant finalisé, la phase de discussion politique peut débiter³⁰⁸¹. Elle impliquera tout au long du processus *refontes*, *révisions* et

³⁰⁷⁵ CC, n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017.

³⁰⁷⁶ Cf. par exemple CHAMPEIL-DESPLATS (2014), p. 262 ss.

³⁰⁷⁷ Cf. ci-dessus ch. 2.1.2.1c.

³⁰⁷⁸ Cf. ci-dessus ch. 2.4.2.

³⁰⁷⁹ PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Guide pratique commun du Parlement européen, du Conseil et de la Commission à l'intention des personnes qui contribuent à la rédaction des textes législatifs de l'Union européenne*, 2^e éd., Bruxelles, 2015, ch. 12.

³⁰⁸⁰ CHANCELLERIE D'ÉTAT, *Directive de rédaction législative*, Genève, 2018, p. 96.

³⁰⁸¹ MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 109 s. Sur la procédure législative du point de vue politique, cf. Pascal SCIARINI, « La participation des parlements à la planification politique : bilan et perspectives », in : *Parlement, Bulletin d'information de la Société suisse des questions parlementaires*, n° 3, 2004, p. 16 ss ; du point de vue juridique, cf.

amendements – pour lesquels les étapes précédentes sont susceptibles de se répéter de manière itérative – jusqu’à l’adoption définitive de l’ouvrage par le parlement et, en terres de démocratie directe, jusque devant le peuple si nécessaire.

Dans la perspective légistique, la question des *amendements*, et leurs conséquences parfois problématiques sur la cohérence du projet, est une question que nous avons traitée à réitérées reprises³⁰⁸².

5.2.4.5 *La communication de la loi*

La loi est alors prête pour sa *communication*, tout d’abord de manière formalisée par sa *promulgation* et sa *publication* dans des recueils chronologiques ou systématiques (codification, refonte, consolidation) avant d’entrer en vigueur³⁰⁸³, puis de façon plus souple par sa *vulgarisation*³⁰⁸⁴. La loi peut dès lors être *mise en œuvre*, se diffusant dans le corps social en espérant produire cet *impact* sur lequel nous avons constamment mis l’accent.

MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 229 ss ; AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELIÉ Michel, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I : L’Etat, 3^e éd., Berne, 2013, p. 512 ss. Pour un aperçu schématique du déroulement, cf. les tableaux in : OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 52 ss.

³⁰⁸² Cf. ci-dessous ch. 1.3.5.2. Cf. ég. ch. 2.2.3.3b et 2.2.3.1 (possibilité d’une étude d’impact des amendements) ; ch. 2.3.4.2 (sur la nécessité d’une infrastructure de soutien pour la conception et la rédaction des amendements) ; ch. 5.2.4.2a.I (sur le rôle que pourrait jouer l’esquisse normative).

³⁰⁸³ Karl IRRESBERGER/Anna JASIAK, « Publication », in : Karpen/Xanthaki (éd.), *Legislation in Europe: a Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners*, Oxford/Portland, 2017, p. 165 ss. En droit suisse, cf. MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 110 ss ; Marius ROTH, *Die Veröffentlichung von Rechtsnormen in der Schweiz*, Zurich/Saint-Gall, 2011 ainsi qu’un dossier complet in : *LeGes* 2013/1. Cf. ég. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 179 ss. Pour une perspective historique en droit suisse, cf. NOLL (1973), p. 234 ss.

³⁰⁸⁴ Cf. ci-dessous ch. 5.3.4.

5.3 La clarté législative

5.3.1 Un double éclairage sur la clarté

La loi devrait être claire nous disent toutes les voix critiques qui au cours des siècles en ont continuellement fustigé l'obscurité et la complexité³⁰⁸⁵. L'idéal est louable. Il a même été juridicisé, nous le verrons plus bas. Or *l'exigence de clarté n'est pas claire*. Pour les uns, la loi n'est pas claire chaque fois qu'elle est trop imprécise pour y lire directement la solution concrète à appliquer au cas d'espèce. Pour les autres, qui admettent l'inévitable indétermination de nombreux énoncés normatifs, la loi n'est pas claire si elle ne peut pas facilement être comprise d'un point de vue linguistique. Pour les seconds, une loi parfaitement compréhensible comprenant toutefois des notions indéterminées (par exemple une référence à l'esthétique pour autoriser une construction, ou à la bonne foi dans le domaine des affaires) sera claire, alors que pour les premiers elle ne le sera pas, bien que parfaitement compréhensible linguistiquement parlant. Nous qualifierons cette première facette de *clarté normative* et la seconde de *clarté linguistique*^{3086 3087}.

³⁰⁸⁵ Cf. ci-dessus ch. 1.2.1.3.

³⁰⁸⁶ Cf. Alexandre FLÜCKIGER/Stéphane GRODECKI, « La clarté : un nouveau principe constitutionnel ? », in : *Revue de droit suisse*, vol. 1, 2017, p. 31 ss et Alexandre FLÜCKIGER, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », in : *Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 21, 2006, p. 74 ss, traduit sous le titre « The ambiguous principle of the clarity of law », in : Wagner/Cacciaguidi-Fahy (éd.), *Obscurity and Clarity in the Law: Prospects and Challenges*, Aldershot, 2008, p. 9 ss. Cf. ég. les notions de « clarté de la langue » vs « clarté du droit », in : Marc DEBONO, *Langue et droit : approche sociolinguistique, historique et épistémologique*, Bruxelles, 2013, première partie, chapitre 2, ch. 1.3.3. On retrouve cette dichotomie dans l'ouvrage de légistique de Richard TREMBLAY (TREMBLAY [2010]), avec d'une part « [l']accessibilité du langage des lois » (p. 419 ss) et d'autre part « [l]e degré souhaitable de précision des textes législatifs » (p. 363 ss). Sur le conflit entre précision et le « plain language », cf. XANTHAKI (2014), p. 127 ss. Sur les contours imprécis de la clarté législative, cf. Céline FERCOT, « Précision et droits de l'Homme dans les ordres juridiques allemand et suisse », in : Champeil-Desplats (dir.), *Précision et droits de l'Homme*, Bayonne, 2017, p. 129 ss ; ALBERTINI (2015), p. 261 ss ; MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 213 ; Anne WAGNER/Sophie CACCIAGUIDI-FAHY (éd.), *Obscurity and Clarity in the Law: Prospects and Challenges*, Aldershot, 2008 (avec des exemples en droit chinois, finlandais, suédois, américain et nigérian) ; BRULHART (2008), p. 141 ss. Sur la position des différents auteurs à l'époque des grandes codifications au XIX^e siècle relative à la clarté normative (« eindeutig, bestimmt und klar ») opposée à la clarté linguistique (« gemeinverständlich, volkstümlich und einfach »), cf. Bernd MERTENS, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen*, Tübingen, 2004, p. 354 ss et 380 ss.

Les droits fondamentaux offrent un excellent exemple de dispositions très claires linguistiquement mais non pas normativement. L'énoncé selon lequel « la liberté de conscience et de croyance est garantie »³⁰⁸⁸ est un texte parfaitement compréhensible, mais qui laissera dans l'embarras la direction d'une école publique au moment de décider s'il faut contraindre ou non une fillette musulmane de participer aux cours de natation en compagnie des garçons. Le *texte* de norme ne prédétermine pas la *norme* exacte dans ce cas concret³⁰⁸⁹. Jeremy BENTHAM critiquait précisément la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* française, sous l'angle de l'imprécision des formulations, c'est-à-dire en d'autres termes pour son absence de clarté normative³⁰⁹⁰.

Le Guide de législation de la Confédération dans son édition précédente exprimait de la manière suivante cette double face : « Le langage législatif doit obéir à deux principes qui peuvent paraître contradictoires. D'une part, il doit être aussi compréhensible que possible par les personnes auxquelles il s'adresse. D'autre part, il doit être suffisamment précis pour ne pas créer d'incertitudes, au risque de devenir un jargon scientifique. »³⁰⁹¹

Si l'idéal est une norme claire linguistiquement et normativement, ces deux points de vue se *heurteront* souvent en pratique. A trop rechercher l'un, on s'écartera de l'autre : une loi gorgée de détails précis et techniques envisageant tous les cas d'application imaginables – c'est-à-dire très claire normativement parlant – deviendra rapidement illisible pour le commun des mortels. Une loi très lisible parce qu'épurée de détails – c'est-à-dire très claire linguistiquement parlant – ne sera d'aucune utilité pour ses destinataires qui ne sauront pas exactement quel comportement adopter dans leur situation particulière. La clarté linguistique n'est pas une condition suffisante pour faire émerger la clarté normative. Simplifier peut même compliquer comme on l'a montré en début d'ouvrage³⁰⁹².

3087 Dans ce chapitre, nous reprenons parfois en partie des extraits de FLÜCKIGER/GRODECKI (2017), sans nécessairement toujours les citer entre guillemets dans la mesure où nous avons les avons actualisés, développés et adaptés au contexte du présent ouvrage.

3088 Art. 15 al. 1^{er} Cst. féd.

3089 Le Tribunal fédéral a ainsi pu décider sur la base de la même disposition d'exempter une fillette des cours de natation mixtes et de l'y contraindre quelques années plus tard dans un contexte socio-politique qui a évolué entretemps (ATF 135 I 79, rendu en 2008, renversant l'ATF 119 Ia 178, rendu en 1993).

3090 Jeremy BENTHAM, *Traité de la législation civile et pénale*, Paris, 1802, cit. in : CHAMPEIL-DESPLATS (2014), p. 259 ss. Cf. ég. les différentes contributions in : Véronique CHAMPEIL-DESPLATS (dir.), *Précision et droits de l'Homme*, Bayonne, 2017.

3091 OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation : guide pour l'élaboration de la législation fédérale*, 3^e éd., Berne, 2007, N. 916, p. 375.

3092 Cf. ci-dessus ch. 1.3.3.4b.III Thèse C.

Aujourd'hui comme depuis toujours, « le grand art est de tout simplifier en prévoyant tout » pour reprendre la célèbre formule de Jean-Etienne-Marie PORTALIS dans son discours préliminaire sur le projet de Code civil français³⁰⁹³, mais l'idéal est inatteignable ; il en était conscient :

« Tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre. [...] Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles quelles ont été écrites ; les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours ; et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit à chaque instant quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau. »³⁰⁹⁴

ARISTOTE nous avait déjà avertis au IV^e siècle av. J.-C., puisque la généralité intrinsèque aux lois empêchera toujours le législateur d'atteindre la perfection : « La vérité est qu'il lui [le législateur Solon] était impossible d'atteindre la perfection, étant donné le caractère général des lois. »³⁰⁹⁵

On notera qu'Eugen HUBER – selon sa propre appréciation – était sûr d'être parvenu à concrétiser la formule de PORTALIS avec son projet de Code civil suisse : « Si l'on jette un coup d'œil sur le projet, ceci en apparaîtra comme l'une des particularités extérieures les plus originales : il dit tout, brièvement. Et cette brièveté n'est pas un leurre ; on n'a pas, comme dans d'autres œuvres similaires, compensé le petit nombre des articles par leur longueur ; le projet est court, absolument et relativement. Il est aisé de concevoir combien l'étude et le maniement de la loi en deviennent plus aisés. »³⁰⁹⁶ Avec le recul, et un regard externe, plusieurs *appréciations critiques* remirent en cause le caractère réellement « populaire » de cet ouvrage³⁰⁹⁷. La critique, déjà ancienne, du civiliste Peter LIVER repose précisément sur ce double sens inévitable de la clarté. Il posait la pertinente question suivante : la loi est-elle vraiment populaire en voulant parler populaire ?³⁰⁹⁸

La clarté ne peut dans ces conditions jaillir que d'un *juste équilibre* entre la clarté linguistique et la clarté normative puisque ces deux pôles s'excluent souvent.

³⁰⁹³ Jean-Étienne-Marie PORTALIS, « Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801) », in : Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil, par les divers orateurs du Conseil d'État et du Tribunal, Paris, 1841.

³⁰⁹⁴ *Ibidem*.

³⁰⁹⁵ ARISTOTE, *La constitution d'Athènes* (trad. Jules BARTHÉLEMY-SAINT-HILAIRE), Paris, 1838, chapitre IX. Cf. ég ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque* (trad. Jules TRICOT), Paris, 1990, Livre V, ch. 14, p. 267, cit. in : Alain PAPAUX, *Essai philosophique sur la qualification juridique: De la subsumption à l'abduction: L'exemple du droit international privé*, Bruxelles etc., 2003, p. 215. Cf. ci-dessus ch. 1.3.3.4b.IV.

³⁰⁹⁶ Eugen HUBER, *Code civil suisse : exposé des motifs*, Berne, 1901, p. 17.

³⁰⁹⁷ Cf. les réf. cit. in : Pio CARONI, « Privatrecht im 19. Jahrhundert: eine Spurensuche », in : *Schweizerisches Privatrecht – Geschichte und Geltungsbereich*, tome 1, vol. 1, Bâle, 2015, p. 89, note de bas de page 113.

³⁰⁹⁸ « Ob das Gesetz dadurch, dass es volkstümlich sprechen will, wirklich volkstümlich wird, ist auch fraglich. Wohl tönt es vertraut und liest sich angenehm, und das ist schön und gut, aber um dessentwillen nimmt niemand das Gesetz zur Hand. » (Peter LIVER, *Berner Kommentar*, I/1, Berne, 1962, cit. in : WYSS [2014], p. 190).

L'art consiste à être aussi précis que possible tout en restant suffisamment facile à comprendre³⁰⁹⁹. Francis BACON l'avait déjà pressenti :

« 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. »³¹⁰⁰

Le guide de légistique formelle de l'*Union européenne* le répète : « Il est évident qu'il peut y avoir une contradiction entre les exigences de simplicité et de précision. Souvent la simplification se fait au détriment de la précision et vice versa. Il s'agit, en pratique, de trouver un point d'équilibre pour que la norme soit aussi précise que possible tout en restant suffisamment facile à comprendre. Ce point d'équilibre peut varier en fonction des destinataires de la norme. »³¹⁰¹

Nous examinerons ces deux facettes sous l'angle de la *clarté normative* d'abord (ch. 5.3.2) puis sous celui de la *clarté linguistique* (ch. 5.3.3).

5.3.2 La clarté normative

5.3.2.1 La définition de la clarté normative : un rapport historique avec la théorie interprétative du « sens clair »

La clarté normative est la propriété d'un texte normatif d'être formulé de sorte à y lire directement et facilement la norme à suivre dans un cas concret. Elle implique que le texte soit suffisamment précis (d'une « densité normative » suffisante) afin que la loi soit aisément prévisible lors de son application pour assurer la sécurité du droit.

On retrouve cette signification de la clarté dans la théorie dite du « sens clair » (en allemand : règle de l'univocité [« Eindeutigkeitsregel »] ; en latin : « in claris non fit interpretatio »³¹⁰²) selon laquelle la formulation claire (« klarer Wortlaut »)

³⁰⁹⁹ Andreas HARTMANN/Zsuzsa PARÁDI, « Über kurz oder lang : zur angemessenen Kürze in der Formulierung von Rechtsvorschriften », in : *Gute Gesetzessprache als Herausforderung für die Rechtsetzung*, Zurich/St-Gall, 2018, p. 215 ss.

³¹⁰⁰ BACON Francis, *Œuvres philosophiques, morales et politiques de François Bacon* (trad. Jean-Alexandre BUCHON), Paris, 1838 (1^{re} parution en 1605 sous le titre *De dignitate et augmentis scientiarum/The Advancement of Learning*), Livre VIII, chap. III, p. 248, n^{os} 65 et 67.

³¹⁰¹ PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Guide pratique commun du Parlement européen, du Conseil et de la Commission à l'intention des personnes qui contribuent à la rédaction des textes législatifs de l'Union européenne*, 2^e éd., Bruxelles, 2015, ch. 1.4.

³¹⁰² L'origine est à trouver dans le Digeste : « Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntati quaestio » (PAUL, Digeste 32.25.1, cit. in : Pascal PICHONNAZ, « Legal Interpretation in Multilingual States: An Opportunity », in : *The Journal of Comparative*

d'un texte de loi interdirait à l'interprète d'en rechercher le sens selon d'autres techniques d'interprétation que la méthode littérale³¹⁰³ : « [q]uand la loi est claire, il faut la suivre » écrivait PORTALIS³¹⁰⁴.

On comprend aisément dans ces conditions pourquoi tant d'énergie intellectuelle et de si grands espoirs ont été mis dans la légistique formelle depuis la fin de l'Epoque moderne³¹⁰⁵. L'*impact* de la loi pourra être renforcé si les destinataires, et les juges plus particulièrement, ont un texte clair à appliquer ; sinon, les juges pourront toujours justifier qu'ils en dévient par la nécessité de l'interpréter pour un excellent prétexte : l'obscurité de la loi !

Avec deux siècles de recul, il est aisé de constater combien le projet était utopique. Celui-ci butait sur un premier obstacle, dirimant : juger qu'un texte est clair est déjà une interprétation en soi³¹⁰⁶. Secondement, la linguistique et l'herméneutique contemporaines ont montré entretemps que l'indétermination et la polysémie des énoncés juridiques ne sont pas « une regrettable malfaçon mais se révèlent être un aspect essentiel du droit »³¹⁰⁷. La clarté d'un texte n'est qu'une impression, faisant momentanément illusion, car elle découle du fait que le droit a pour vocation de s'appliquer à des événements futurs d'une nature potentiellement indéterminée ou, qui sait, d'un manque d'imagination de son rédacteur ou de sa rédactrice :

Pour le philosophe et théoricien du droit Chaïm PERELMAN et la sociologue Lucie OLBRECHTS-TYTECA, « l'impression de clarté, liée à l'univocité, résulte de l'ignorance ou d'un manque d'imagination. [...] La clarté d'un texte, ou d'une notion, ne peut donc jamais être absolument assurée, si ce n'est conventionnellement en limitant volontairement le contexte dans lequel il y a lieu de l'interpréter. »³¹⁰⁸ Pour Umberto ECO, « un texte, une fois séparé de son émetteur et des circonstances concrètes de son émission, flotte dans le vide d'un espace potentiellement infini d'interprétations possibles. Par

Law, vol. 12, iss. 2 [Special Issue, Comparative Legal Reasoning: Essays in Honour of Geoffrey Samuel], Londres, 2017, p. 130).

3103 Susan EMMENEGGER/Axel TSCHENTSCHER, « ZGB, Art. 1 », in : *Berner Kommentar*, Berne, 2012, N. 225 ; CHAMPEIL-DESPLATS (2014), p. 379 ss ; MILLARD (2008), p. 125.

3104 PORTALIS (1801).

3105 Cf. ci-dessus ch. 1.2.2.2d. Cf. ég. BARANGER (2018) ; EMMENEGGER (2006) ; MERTENS (2004).

3106 « Un texte *prend* un sens clair lorsque le juge le considère comme tel : c'est une décision qu'il prend de ne pas faire d'autre effort de lecture, décision qui relève *déjà* de l'interprétation. » (Pierre MOOR, *Dynamique du système juridique : une théorie générale du droit*, Genève etc., 2010, p. 253). Friedrich Carl von SAVIGNY l'écrivait déjà : « le concept de loi obscure est très mouvant » (cit. in : CHAMPEIL-DESPLATS [2014], p. 380). GARAPON/LASSÈGUE (2018), p. 101 s., rappellent qu'une règle n'est pas prédictive si la règle d'application de la règle n'est pas connue, en se référant à Hans GADAMER.

3107 CHAMPEIL-DESPLATS (2014), p. 387.

3108 Chaïm PERELMAN/Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation : la nouvelle rhétorique*, Paris, 1958, p. 168.

conséquent, aucun texte ne peut être interprété selon l'utopie d'un sens autorisé défini, original et final. Le langage dit toujours quelque chose de plus que son inaccessible sens littéral, lequel est déjà perdu dès le début de l'émission textuelle. »³¹⁰⁹

Par ailleurs, une telle théorie ne saurait facilement prendre pied dans un régime juridique multilingue dans lequel chaque version linguistique possède la même valeur juridique³¹¹⁰. Depuis lors, les tribunaux s'en sont distanciés³¹¹¹. Ainsi en droit suisse, même si la formulation est claire, le juge peut s'en écarter à condition de justifier par des motifs « sérieux » que le texte ne reflète pas le « sens véritable » de la norme³¹¹². L'interprète juge librement si la formulation du texte est claire ou non. S'il conclut que celle-ci ne l'est pas, il est libre de rechercher un sens à la norme par d'autres techniques d'interprétation, par exemple celles axées sur l'esprit.

Il ne faudrait toutefois pas en conclure prématurément que la lettre de la loi serait dénuée d'effet liant. Plus aucune communication ne serait en effet possible entre humains si les mots n'étaient plus capables de transmettre un sens déterminé, mais les véhiculaient tous simultanément. Beaucoup de formulations juridiques sont suffisamment précises pour communiquer facilement le sens voulu dans un contexte déterminé :

Les juges constitutionnels qui admettraient qu'un président ou une présidente puisse effectuer régulièrement une troisième législature en présence d'une règle limitant la durée du mandat à deux sans exception ouvriraient une crise institutionnelle.

On peut aussi prendre l'expérience, avortée, dans l'Etat du Montana de remplacer les limitations de vitesse chiffrées par une obligation de rouler à une vitesse raisonnable et prudente³¹¹³.

Dans ce contexte, la clarté normative peut donc être comprise comme le degré de difficulté en termes d'énergie argumentative posé à l'interprète pour renoncer de manière convaincante à la lettre de la loi au profit d'autres interprétations³¹¹⁴.

Cette relativisation de la capacité de la lettre à communiquer un sens univoque va conduire les personnes en charge de la rédaction des lois à utiliser d'autres procédés pour communiquer le sens véritable de la norme qu'elles ont en tête. Tel

³¹⁰⁹ Umberto ECO, *Les limites de l'interprétation*, Paris, 1992, p. 8. Cf. ég. Paul RICŒUR, *Du texte à l'action : essais d'herméneutique II*, Paris, 1986, p. 184 ss.

³¹¹⁰ PICHONNAZ (2017), p. 130.

³¹¹¹ En Suisse, cf. les références in PICHONNAZ (2017), p. 130.

³¹¹² ATF 139 I 257, p. 260.

³¹¹³ Cf. ci-dessus ch. 1.3.3.4.

³¹¹⁴ « Die Wortlautgrenze ist das methodische Instrument, mit dem man erhöhte Begründungsanforderungen an die Rechtsanwender stellt [...]. Im praktischen Ergebnis bedeutet dies, dass starke teleologische Argumente gefordert sind, wenn man eine fehlende Unterstützung durch den Gesetzestext ausgleichen will. » (EMMENEGGER/-TSCHENTSCHER [2012], N. 229).

est le rôle des *commentaires explicatifs* produits en accompagnement des projets, qui aideront à interpréter la volonté du législateur au-delà de la lettre de la loi (interprétation historique subjective)³¹¹⁵. L'écueil est double : peut-on vraiment considérer comme « législateur » l'équipe de rédaction d'un projet ou d'un avant-projet de loi plutôt que les parlementaires qui vont s'exprimer en commission ou en plénum ? Comment déterminer cette « volonté » en présence de la pluralité d'intentions divergentes exprimées au cours du processus législatif, volonté qui demande à nouveau à être interprétée ? Dans ce contexte, en rédigeant commentaires et autres rapports explicatifs, l'équipe de rédaction exerce dans les faits une influence déterminante sur le sens ultérieur que prendront ses propres textes. Dans un souci de légitimité démocratique, les parlementaires feraient dès lors bien de prendre ces documents au sérieux en les étudiant aussi soigneusement que le texte des articles qu'ils auront à voter. Dans toutes les hypothèses, « il faut démontrer que le législateur a bien voulu prendre à son compte les déclarations gouvernementales, ou l'intervention d'un député, ou, au contraire, les écarter ; c'est pourquoi le Tribunal fédéral exige que, d'une manière ou d'une autre, le texte de la norme en marque l'intention. C'est parfois très clair, parfois beaucoup moins. »³¹¹⁶

Le législateur fédéral semble avoir été conscient de cet enjeu, dans une certaine mesure du moins, puisqu'il charge la Commission de rédaction de l'Assemblée fédérale de « s'assure[r] [que les textes] sont conformes à la volonté de l'Assemblée fédérale. »³¹¹⁷. La Commission peut les faire corriger après le vote final s'ils ne sont pas conformes aux résultats des délibérations parlementaires³¹¹⁸.

La doctrine rappelle à juste titre que ce matériel explicatif ne saurait justifier la rédaction de textes inintelligibles : « explanatory materials cannot and should not be used as a carte blanche for legislative convolution and complexity. »³¹¹⁹

5.3.2.2 *La nature et les sources juridiques de la clarté normative*

La clarté normative est une question de précision rédactionnelle ([« Bestimmtheitserfordernis »] ou autrement dit de « densité » normative [« Normdichte »])³¹²⁰. Le Tribunal fédéral ne la définit pas directement, mais de manière relative seulement, en relevant que l'examen doit être effectué en

³¹¹⁵ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 128 s.

³¹¹⁶ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 128.

³¹¹⁷ Art. 57 al. 2 Loi sur le Parlement (RS 171.10).

³¹¹⁸ Art. 58 al. 1^{er} Loi sur le Parlement. Sur les procédures de vérification et sur la compétence de corriger le texte de loi qui ne refléterait pas la volonté du parlement, cf. les réf. in : FLÜCKIGER/GRODECKI (2017), p. 35.

³¹¹⁹ XANTHAKI (2014), p. 131.

³¹²⁰ Cf. ci-dessus ch. 5.2.4.2c.II.

fonction de la gravité de l'atteinte à un droit fondamental, du cercle des destinataires de la norme et de la concrétisation effective des éléments dans une base légale³¹²¹. En matière de droits fondamentaux, la formule judiciaire est devenue canonique : plus l'atteinte est grave, plus le degré de clarté normative devra être élevé³¹²². Le législateur dispose néanmoins d'une certaine marge de manœuvre quant au degré de détermination d'un texte de loi³¹²³.

La Cour européenne des droits de l'homme juge dans le même sens que « [l]a loi doit ainsi être suffisamment accessible et prévisible, c'est-à-dire énoncée avec assez de précision pour permettre à l'individu – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – de régler sa conduite. »³¹²⁴

Le degré de précision que doit revêtir la règle n'est donc pas déterminé une fois pour toutes³¹²⁵. On touche là au cœur de la difficulté qui se pose à toute personne rédigeant une loi : mon texte présente-t-il un degré de précision suffisant compte tenu du contexte ? La doctrine a certes développé une série de critères à cet effet³¹²⁶, mais l'exercice requiert un fin doigté et une sensibilité aussi bien juridique que politique.

La Cour européenne des droits de l'homme a jugé que la législation fédérale en matière de procédure administrative et d'assurances sociales ne présentait pas la densité normative suffisante pour justifier une atteinte à la vie privée des personnes assurées, causée par une surveillance par des détectives privés³¹²⁷. Le parlement a révisé la loi en la précisant ; révision en l'espèce immédiatement contestée par référendum populaire³¹²⁸, démontrant l'extrême acuité politique, et non seulement juridique, du degré de précision rédactionnelle.

³¹²¹ ATF 139 I 280, c. 5.1 (réf. cit.); 140 I 168, c. 4. Plus récemment, cf. l'arrêt du Tribunal fédéral 1C_59/2018, du 25 octobre 2018, c. 3.1 (réf. cit.).

³¹²² ATF 139 I 280, c. 5.1 ; Cour EDH, Affaire n° 28601/11 du 22 décembre 2015 (*G.S.B c. Suisse*), § 68 et 69. Plus récemment, cf. Cour EDH, Affaire n° 43395/09 du 23 février 2017 (*De Tommaso c. Italie*), § 108.

³¹²³ MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 165 ss.

³¹²⁴ Cf. par exemple Cour EDH, Affaire n° 45701/99 du 13 décembre 2001 (*Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova*), § 109 ; cf. ég. Cour EDH, Affaire n° 61838/10 du 18 octobre 2016 (*Vukota-Bojic c. Suisse*), § 66 ; Cour EDH (*G.S.B c. Suisse*), § 68 et 69.

³¹²⁵ Sur l'historique du débat en Allemagne autour de 1900, cf. la position des différents auteurs cherchant à définir la « richtige Normierungsdichte », in : Sigrid EMMENEGGER, *Gesetzgebungskunst: gute Gesetzgebung als Gegenstand einer legislativen Methodsbewegung in der Rechtswissenschaft um 1900: zur Geschichte der Gesetzgebungslehre*, Tübingen, 2006, p. 213 ss.

³¹²⁶ Cf. en droit suisse MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 165.

³¹²⁷ Cour EDH (*Vukota-Bojic c. Suisse*).

³¹²⁸ Le référendum a abouti (FF 2018 4651). La révision a été acceptée en votation populaire le 25.11.2018.

La clarté normative est rattachée au principe de la *légalité*, en particulier en matière de restrictions aux droits fondamentaux³¹²⁹. La loi doit également avoir un contenu suffisamment défini afin de respecter l'*égalité de traitement*, de prévenir la survenance de l'*arbitraire*, d'assurer la *sécurité du droit* en garantissant la prévisibilité de son application³¹³⁰ et « pour permettre aux citoyens de se prononcer en connaissance de cause sur l'objet soumis au vote »³¹³¹ afin de de *garantir leurs droits politiques*³¹³². La clarté normative n'est donc *pas un principe constitutionnel autonome et indépendant*, mais une exigence découlant des principes précédents dont elle est une composante.

En sens inverse, on soulignera l'*obligation opposée de diminuer la densité normative* dans certaines circonstances. Le principe de la *proportionnalité*³¹³³ impose en effet certaines imprécisions dans le texte afin de laisser aux autorités un pouvoir d'appréciation lorsque seule la prise en compte de l'ensemble des circonstances permet de prendre une décision adéquate³¹³⁴. Or, une texture normative trop resserrée n'autorise pas une telle pesée des intérêts dans ce type de contexte³¹³⁵. La jurisprudence du Tribunal fédéral vise essentiellement des domaines dont l'évolution est imprévisible³¹³⁶ ou dont la norme précise ne peut naître que dans un cas particulier au contact des faits concrets³¹³⁷. On notera également qu'une règle trop précise peut aussi contrevenir au principe de l'*interdiction de l'arbitraire* dans ce même type de contexte : l'excès de précision conduit à priver la norme de tout sens quelconque et de tout fondement rationnel³¹³⁸.

³¹²⁹ Cf. art. 36 Cst. féd. (ATF 139 I 280, c. 5.1 [réf. cit.]). Cf. aussi Cour EDH (*Vukota-Bojic c. Suisse*), § 66.

³¹³⁰ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 675.

³¹³¹ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_59/2018, du 25 octobre 2018, c. 3.1 et 3.2 *i.f.* Sur cette problématique, cf. FLÜCKIGER/GRODECKI (2017), p. 55 ss.

³¹³² Art. 34 al. 2 Cst. féd.

³¹³³ Art. 5 al. 2 Cst. féd.

³¹³⁴ Benjamin SCHINDLER, *Verwaltungsermessen: Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz*, Zurich/Saint-Gall, 2010 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 753 s., 809 ; Thierry TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, Genève, 2018, N. 524 ss.

³¹³⁵ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) (note 10), p. 682.

³¹³⁶ ATF 138 I 6 ; ATF 136 I 187.

³¹³⁷ A l'exemple du droit de l'urbanisme, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (cf. par exemple Pierre TSCHANNEN, « Interessenabwägung bei raumwirksamen Vorhaben », in : *DEP*, 2, 2018, p. 116 s. ; Pierre MOOR, « Principes du droit de la gestion territoriale », in : Caroni *et al.* (éd.), *Auf der Scholle und in lichten Höhen: Verwaltungsrecht – Staatsrecht – Rechtssetzungslehre*, Zurich, 2011, p. 304).

³¹³⁸ Timothy ENDICOTT, « The Value of Vagueness », in : Marmor/Scott (éd.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford, 2011, p. 22 ss.

Politiquement enfin, on notera que l'ambiguïté normative est un outil stratégique particulièrement puissant pour nouer des compromis susceptibles de dégager une majorité en présence de positions très polarisées. On parle dans cette hypothèse de *flou stratégique*³¹³⁹ ou d'« ambiguïté délibérée » :

« L'ambiguïté délibérée est [...] un compromis, mais très différent de celui qui aurait été consenti sur la substance au bout de concessions faites par les parties et qu'elles auraient incorporé dans un texte qui l'exprimerait d'une manière claire et précise. La particularité de la méthode vient de ce qu'elle dissimule le compromis sur la substance et permet à chacun de prétendre avoir pris le meilleur sur l'autre. »³¹⁴⁰

Cette ambiguïté peut résulter de *différences de traduction*, plus ou moins sciemment insérées afin d'obtenir un consensus.

La résolution 242 du Conseil de sécurité de l'ONU du 22 novembre 1967 contient une version française *a priori* plus favorable aux Palestiniens en ce qu'elle suggère un retrait de l'ensemble des territoires occupés (retrait *des* territoires et non *de* territoires) alors que la version anglaise pourrait se contenter d'une partie d'entre eux : « Retrait des forces israéliennes des territoires occupés lors du récent conflit » *vs* « Withdrawal of Israel armed forces from territories occupied in the recent conflict »³¹⁴¹.

5.3.3 La clarté linguistique

5.3.3.1 Introduction

Nous définissons la clarté linguistique comme la propriété d'un texte de loi d'être formulé de manière compréhensible pour ses destinataires.

Selon la précédente édition du Guide de législation fédéral, « [l]e langage législatif, à la différence par exemple du langage poétique, se doit d'être le plus clair, le moins approximatif et le plus direct possible. Il possède donc les spécificités suivantes :

³¹³⁹ Cf. ci-dessus ch. 2.4.6.3.

³¹⁴⁰ Guy DE LACHARRIÈRE, *La politique juridique extérieure*, Paris, 1983, p. 90 ss (tel que cit. in : Yannick RADI, *La standardisation et le droit international : Contours d'une théorie dialectique de la formation du droit*, Bruxelles, 2013, p. 196 s. Sur les particularités du *droit international* en termes légistiques, cf. ci-dessus ch. 5.2.3 *i.f.* Pour une critique du droit de l'Union européenne sous cet angle, cf. la critique in : CONSEIL D'ETAT FRANÇAIS, « Rapport public 1992 », in : Etudes & Documents, n° 44 (cit. in : Alexandre FLÜCKIGER, « Le multilinguisme de l'Union européenne : un défi pour la qualité de la législation », in : Gémard/Kasirer (dir.), *Jurilinguistique : entre langues et droits*, Bruxelles, 2005, p. 346).

³¹⁴¹ Jean-Claude GÉMAR, « Le langage du droit au risque de la traduction : de l'universel au particulier », in : Snow/Vanderlinden (dir.), *Français juridique et science du droit : textes présentés au deuxième colloque international du Centre international de la common law en français (CICLEF), 20 et 21 septembre 1993, Moncton*, Bruxelles, 1995, p. 145. Cf. FLÜCKIGER (2005, « Le multilinguisme »), p. 345 s.

- La nécessité d’une bonne conception préalable de la matière normative ;
- La cohérence ;
- La clarté ;
- La concision ;
- Le respect d’un éventuel cadre terminologique préexistant. »³¹⁴²

Dans le monde anglo-saxon, le mouvement du langage clair (« plain language ») incarne cette face linguistique de la clarté³¹⁴³. Aux *Etats-Unis* par exemple, le *Plain Writing Act* exige que les agences fédérales utilisent une « clear Government communication that the public can understand and use. »³¹⁴⁴ Une recommandation spécifique demande de l’appliquer à la rédaction réglementaire (« Regulatory drafting »)³¹⁴⁵. Le philosophe du droit Cass SUNSTEIN, en son ancienne fonction d’administrateur de l’*Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA) de l’*Office of Management and Budget* (OMB) a précisé le *Plain Writing Act* en les termes suivants : « As defined in the Act, plain writing is writing that is clear, concise, well-organized, and consistent with other best practices appropriate to the subject or field and intended audience. Such writing avoids jargon, redundancy, ambiguity, and obscurity. »³¹⁴⁶ Les *lois du Congrès* restent cependant encore particulièrement hermétiques, y compris aux yeux de certains professeurs de droit, à l’instar de James MAXEINER : « *America’s laws are confusing – America’s laws are often hard to understand. Too many are ambiguous, incoherent or incomprehensible. When Americans discuss making laws more understandable, commonly they speak of ‘plain language laws.’ These mandate that legislators use language that readers know and can relate to. To my knowledge, none of these laws provides for plain language police to patrol whether drafters’ comply.* »³¹⁴⁷

La question de la clarté linguistique est directement liée au fil rouge sous-tendant la légistique : l’*impact de la loi*³¹⁴⁸. Pellegrino ROSSI s’interrogeait à ce propos au début du XIX^e siècle sur la manière de « faire comprendre la loi » à « ceux qui n’ont jamais entendu que le dialecte rude, pauvre, irrégulier, mais vif, franc, pittoresque de la halle, des cabarets, de la foire ». Il se demandait « [d]e quelle langue, de quelle méthode faudra-t-il donc faire usage dans la rédaction des lois,

³¹⁴² OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation : guide pour l’élaboration de la législation fédérale*, 3^e éd., Berne, 2007, N. 919, p. 375.

³¹⁴³ Pour un état de la question en matière de rédaction législative dans le mode anglophone, cf. XANTHAKI (2014), p. 108 ss.

³¹⁴⁴ *Plain Writing Act* du 13 octobre 2010. Cf. le site web offrant diverses ressources pratiques pour appliquer ce programme : plainlanguage.gov.

³¹⁴⁵ ADMINISTRATIVE CONFERENCE OF THE UNITED STATES, *Plain Language in Regulatory Drafting, Recommendation 2017-3*, 14 décembre 2017.

³¹⁴⁶ Cass SUNSTEIN, *Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies: Final Guidance on Implementing the Plain Writing Act of 2010*, Washington DC, 13 avril 2011.

³¹⁴⁷ James MAXEINER, *Failures of American Methods of Lawmaking in Historical and Comparative Perspectives*, Cambridge/New York, 2018, p. 190.

³¹⁴⁸ Cf. ci-dessus ch. 5.1 sur la contribution de la légistique formelle à l’impact de la loi. Cf. ég. ci-dessous ch. 5.3.3.2d.III.

pour agir efficacement sur l'esprit inculte de ceux qui peuvent moins résister aux tentations du crime » :

« Or, avec nos langues prudes, dédaigneuses et tout embarrassées de leur étiquette, est-il aisé de se faire comprendre de ceux qui n'ont jamais entendu que le dialecte rude, pauvre, irrégulier, mais vif, franc, pittoresque de la halle, des cabarets, de la foire ? Cependant, et surtout d'après certaines théories pénales, c'est à ceux qui sont le plus exposés à tomber dans le crime qu'il est indispensable de faire comprendre la loi. Comment sans cela contenir par la crainte les impulsions du plaisir ? [...] De quelle langue, de quelle méthode faudra-t-il donc faire usage dans la rédaction des lois, pour agir efficacement sur l'esprit inculte de ceux qui peuvent moins résister aux tentations du crime ? »³¹⁴⁹

Il posait déjà la problématique de la double face de la clarté ; visage linguistique, en se questionnant sur le choix entre une « langue des salons » ou un « dialecte populaire qui ne sait traverser une rivière ni tourner un coteau sans cesser d'être le même », et visage normatif, en s'interrogeant sur la nécessité de « procéder par de vastes généralisations ou [d']entrer dans les détails » :

« Sera-ce en style de palais ou en style académique ? Sera-ce dans la langue des salons qu'on écrira les lois, ou dans ce dialecte populaire qui ne sait traverser une rivière ni tourner un coteau sans cesser d'être le même, dans ce dialecte capricieux, multiforme, qui ne veut ni effacer les empreintes de ses antiques origines, ni rejeter aucune forme nouvelle pour peu qu'elle serve à ses véritables besoins ? Devra-t-on procéder par de vastes généralisations ou entrer dans les détails ? Faut-il se confier au sens commun, ou faut-il donner des définitions et faire briller dans les codes toute la splendeur scientifique de la synthèse ? Questions graves, épineuses, qui sont loin d'avoir obtenu une solution satisfaisante, et qui suffiraient seules, ce nous semble, pour signaler les difficultés qu'offre la législation pénale, par ses rapports avec les sciences morales et politiques ainsi qu'avec les études littéraires. »³¹⁵⁰

Nous tenterons de répondre à ces questions deux siècles plus tard en examinant les critères suivants : la *lisibilité* (ch. 5.3.3.2a), la *cohésion* (ch. 5.3.3.2b), la *cohérence* (ch. 5.3.3.2c), l'*intelligibilité* et la *compréhensibilité* (ch. 5.3.3.2d). Nous terminerons cette section en examinant la question de l'influence de la *rédaction inclusive* sur la clarté (ch. 5.3.3.2e).

³¹⁴⁹ ROSSI (1829), p. 20.

³¹⁵⁰ ROSSI (1829), p. 21. Cette question de la langue a beaucoup agité les auteurs à l'époque des grandes codifications comme l'illustre MERTENS (2004), p. 386 ss.

5.3.3.2 *Les critères et les sources*

a. *La lisibilité*

I. La question de la mesure

La lisibilité est la « représentation quantitative de la facilité de lecture du texte, évaluant, entre autres facteurs connus, la longueur des mots, la familiarité du vocabulaire, une ponctuation simple, la répartition entre mots concrets et abstraits, la complexité et la forme des phrases. »³¹⁵¹ Les linguistes ont proposé dès la fin du XIX^e siècle diverses méthodes d'analyse quantitative de la lisibilité³¹⁵².

Pour mesurer la lisibilité d'un texte, Rudolph FLESCH proposait une formule intégrant la longueur moyenne des phrases et des mots ainsi que le pourcentage moyen de mots personnels et de phrases personnelles³¹⁵³. Robert GUNNING proposait de calculer la longueur moyenne des phrases avec le pourcentage de mots de trois syllabes ou plus³¹⁵⁴.

Cette quantification est réductrice. Elle ne permet pas à elle seule de déterminer la clarté d'un texte³¹⁵⁵.

II. La concision et la simplicité

Les composantes classiques de la lisibilité sont la concision et la simplicité. Le rédacteur du Code civil suisse, Eugen HUBER, s'est donné au tournant du XX^e siècle des *maximes de lisibilité* afin de composer une législation « populaire » (« volkstümlich »)³¹⁵⁶ qu'il expose en ces termes :

« En dehors des énumérations [...], 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 brefs, pour qu'une personne, même peu habituée à consulter les lois, puisse se rendre compte à première vue de leur contenu. Les

³¹⁵¹ Céline BEAUDET, « Clarté, lisibilité, intelligibilité des textes : un état de la question et une proposition pédagogique », in : *Recherches en rédaction professionnelle*, vol. 1, n° 1, 2001, p. 4.

³¹⁵² Cf. la réédition des textes pertinents in : William H. DUBAY (éd.), *The Classic Readability Studies*, Costa Mesa, 2006, par exemple : L. A. SHERMAN (1893), E. L. THORNDIKE (1921), B. A. LIVELY/S. L. PRESSEY (1923), M. VOGEL/C. WASHBURN (1928) pour les précurseurs.

³¹⁵³ Rudolph FLESCH, « A New Readability Yardstick », in : *Journal of Applied Psychology*, n° 32, 1948, p. 221 ss.

³¹⁵⁴ Robert GUNNING, *The Technique of Clear Writing*, New York, 1952.

³¹⁵⁵ BEAUDET (2001), p. 5.

³¹⁵⁶ HUBER (1901), p. 10 ss. Pour un aperçu de la bibliographie publiée à cette époque sur le sujet, cf. les réf. in : CARONI (2015), p. 88 s. cf. ég. ci-dessous ch. 5.3.3.3b.

subdivisions sont rares, et nulle part l'article n'a été divisé en paragraphes. On obtient de la sorte une orientation facile et on simplifie les citations. »³¹⁵⁷

Cet auteur a imprégné le style législatif suisse jusqu'à aujourd'hui, au niveau idéal et symbolique du moins, dans la mesure où le Guide de législation fédéral les reprend à son compte :

« 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:

- trois alinéas par article au maximum ;
- une phrase par alinéa ;
- une idée par phrase. »³¹⁵⁸

Concrètement ces maximes sont mises en œuvre par la *Commission de rédaction de l'Assemblée fédérale* (CdR)³¹⁵⁹ qui « veille à ce que les textes soient [...] concis » aux termes de la loi sur le Parlement³¹⁶⁰. Les Directives de la Confédération sur la technique législative (DTL) et le Guide linguistique des lois et ordonnances de la Confédération (GLLOC) répètent cette injonction législative en demandant une rédaction simple et concise ainsi que l'usage d'un langage courant³¹⁶¹. La *Commission interne de rédaction* (CIR)³¹⁶² est là pour veiller notamment « à une formulation simple et concise, claire »³¹⁶³ et à la « correction linguistique »³¹⁶⁴.

Les *législateurs cantonaux* s'inspirent également des maximes hubériennes.

Ainsi le Guide de rédaction législative genevois : « L'exigence de concision déploie également des effets sur la structuration des articles. La règle de base veut qu'il y ait une idée par phrase, une phrase par alinéa et pas plus de trois alinéas par article. Cette règle

³¹⁵⁷ HUBER (1901), p. 12.

³¹⁵⁸ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 621. La précédente édition du guide apportait les précisions suivantes : « L'article ne devrait pas comprendre plus de trois alinéas ; L'alinéa doit former une unité conceptuelle ; Une phrase par alinéa ; si énumération, subdivision en lettres ; Dans la mesure du possible, pas plus de quinze mots par phrase. » (OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation : guide pour l'élaboration de la législation fédérale*, 3^e éd., Berne, 2007, ch. 8247, p. 363).

³¹⁵⁹ Sur cette commission, cf. STEINER (2014).

³¹⁶⁰ Art. 57 al. 2 Loi sur le Parlement.

³¹⁶¹ CHANCELLERIE FÉDÉRALE, *Guide linguistique des lois et des ordonnances de la Confédération (GLOCC)*, Berne, [s. d.], entrée « temps grammatical » ; CHANCELLERIE FÉDÉRALE, *Directives de la Confédération sur la technique législative (DTL)*, Berne, 2013, N. 31, p. 25.

³¹⁶² Sur cette commission, cf. HÖFLER (2018), p. 65 ss.

³¹⁶³ Art. 2 al. 1^{er} du Règlement de la Commission interne de rédaction (CIR) du 1^{er} novembre 2007.

³¹⁶⁴ Art. 2 al. 1^{er} let. e.

doit être suivie plus strictement lors de la rédaction d'un nouvel acte (ou de la refonte complète d'un acte) que lors d'une refonte partielle. »³¹⁶⁵

En droit de l' *Union européenne* et *français*, on retrouve ce même esprit :

« Les phrases devraient se limiter à l'expression d'une seule idée, tandis que l'article (pour autant qu'il se compose de plus d'une phrase) doit regrouper un ensemble d'idées ayant un lien logique entre elles. Le texte doit être découpé en subdivisions facilement assimilables [...] en fonction de la progression de l'argument »³¹⁶⁶.

« L'unité de base d'un texte normatif est l'article. Il est souhaitable de n'énoncer qu'une règle par article. Mieux vaut recourir à plusieurs articles qu'à des articles trop longs ou devant, par suite, comporter de nombreuses subdivisions. »³¹⁶⁷

On conclura en remémorant cependant la nécessité de trouver une *juste mesure*³¹⁶⁸, car une simplification excessive compliquera dans les faits la compréhension du message normatif³¹⁶⁹.

III. La précision terminologique

La *précision terminologique* est également un élément de lisibilité des textes de loi. Cette précision (linguistique) est à distinguer de la notion de précision (normative) utilisée pour prévenir un terme vague et que nous avons exposée dans le contexte de la qualité normative³¹⁷⁰. Sous l'angle de la qualité linguistique, un texte de loi est par exemple imprécis si l'équipe rédactionnelle utilise le même mot pour signifier différentes notions ou des mots différents pour une même notion, conduisant à une dispersion terminologique.

Répéter les mots sans recourir à des synonymes augmente ainsi la précision du texte et confère au droit ce style répétitif si particulier où les synonymes sont bannis. La précision s'impose en particulier dans les références et les renvois. « Mêmes mots pour les mêmes idées [...] D'autres mots pour d'autres idées » enseignait déjà Jeremy BENTHAM :

« Encore deux règles nécessaires : 1^o *Iisdem ideis, verba eadem*, ou si vous l'aimez mieux, *eadem natura, eadem nomenclatura*. Mêmes mots pour les mêmes idées, même nomenclature dans les mêmes circonstances. 2^o *Ideis diversis, verba diversa*, ou bien *alia*

³¹⁶⁵ CHANCELLERIE D'ÉTAT, *Directive de rédaction législative*, Genève, 2018, p. 95.

³¹⁶⁶ PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Guide pratique commun*, 2^e éd., Bruxelles, 2015, ch. 4.4.

³¹⁶⁷ CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS/SECRÉTARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT FRANÇAIS, *Guide de légistique*, 3^e éd. mise à jour, Paris, 2017, p. 285.

³¹⁶⁸ Cf. ci-dessus ch. 5.3.1 *i.f.*

³¹⁶⁹ Cf. ci-dessus ch. 1.3.3.4b.III Thèse C.

³¹⁷⁰ MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 214. UHLMANN/BOXLER (2018), p. 14 ss recourent au terme de cohérence (*Kohärenz*) pour exprimer le principe selon lequel le même terme doit revêtir le même sens au sein d'un même acte.

natura, alia nomenclatura. D'autres mots pour d'autres idées, une autre nomenclature pour d'autres circonstances. En effet, si vous changez les mots, qui ne croira pas que vous voulez changer les faits ? »³¹⁷¹

Eugen HUBER s'est astreint à l'exercice : « En tant que cela paraissait compatible avec les exigences de la langue, nous avons désigné toujours par les mêmes termes les notions qui se répètent [...]. L'application des lois existantes a surabondamment démontré dans quelle perplexité une simple divergence de texte, due à l'inadvertance du législateur, peut plonger le juge. »³¹⁷²

La précision concerne aussi les *traductions* afin d'assurer une concordance entre les différentes versions linguistiques.

La *Commission de rédaction de l'Assemblée fédérale* « vérifie [la] concordance [des textes] dans les trois langues officielles »³¹⁷³. Elle s'assure ainsi de la « concordance des versions française, allemande et italienne et de leur conformité aux règles de la rédaction et de la technique législatives »³¹⁷⁴. La *Commission interne de rédaction* veille pour sa part également « à la correspondance des versions allemande et française du texte »³¹⁷⁵.

IV. Les renvois et les redondances

La lisibilité devrait également s'appliquer à chaque article pris isolément. Cette exigence conduirait à bannir les renvois entre articles. Or ceux-ci s'avèrent très souvent indispensables, car le corpus législatif – bien avant Internet, qu'il préfigurait déjà en quelque sorte – est organisé sous la configuration d'un gigantesque réseau hypertexte où les textes, les articles et leurs mots se répondent mutuellement en un grand système idéalement cohérent.

La conclusion pourrait différente si l'ensemble du corpus législatif, dématérialisé, devait contenir des liens dynamiques aussi clairs qu'ergonomiques faisant apparaître très lisiblement les cartouches des textes auxquels il est renvoyé par un simple effleurement par exemple³¹⁷⁶ ; ce qui aurait alors pour effet indésirable de rendre la lisibilité des versions imprimées plus ardue.

La référence s'effectue soit par une indication du *numéro d'article*, soit par une phrase reflétant le *contenu de la disposition* à laquelle il est renvoyé. La première technique garantit une plus grande précision, mais peut rendre très rapidement l'article peu lisible si les renvois numériques s'accumulent.

³¹⁷¹ Jeremy BENTHAM, *Oeuvres de Jérémie Bentham : jurisconsulte anglais* (trad. Etienne DUMONT), 3^e éd., tome III, Bruxelles, 1840, p. 173 [Cinquième lettre au Comte de Toreno].

³¹⁷² HUBER (1901), p. 14.

³¹⁷³ Art. 57 al. 2 Loi sur le Parlement.

³¹⁷⁴ Art. 3 al. 1^{er} de l'ordonnance de l'Assemblée fédérale sur la Commission de rédaction.

³¹⁷⁵ Art. 2 al. 1^{er} let. d du règlement de la Commission interne de rédaction (CIR) du 1^{er} novembre 2007.

³¹⁷⁶ Cf. dans un esprit analogue ZANGGER (2018), p. 213 s.

C'est pourquoi le père du Code civil suisse préférait la seconde technique : « En seconde ligne, on a visé à rendre intelligible ou du moins lisible chaque article pris isolément. De là, la nécessité de faire autant que possible abstraction des renvois. Lorsque ceux-ci ont paru inévitables, on y a pourvu non par l'indication d'un numéro d'article, mais par une phrase claire, donnant le contenu du renvoi. [...] On a fait l'expérience que ces renvois avec indication de numéros d'article entre parenthèses provoquent souvent des difficultés dans la pratique, car ils peuvent facilement présenter des lacunes ou des erreurs embarrassantes pour les juges. »³¹⁷⁷

Le législateur européen préconise une « modération dans l'emploi des références » tant internes qu'externes³¹⁷⁸. Il ne les admet qu'aux conditions suivantes :

« une simplification peut être réalisée par rapport à une répétition du contenu de la norme à laquelle on veut se référer ; la compréhensibilité de la norme n'est pas affectée et l'acte auquel il est fait référence est publié ou suffisamment accessible au public. »³¹⁷⁹

Il est dès lors conseillé d'examiner à chaque fois la *nécessité* de procéder à un renvoi³¹⁸⁰.

Si un renvoi s'impose, il est possible de le *clarifier* par exemple par le procédé suivant : le formuler de manière à rendre compréhensible l'idée générale de la référence sans devoir consulter le texte auquel il est renvoyé. L'exemple suivant l'illustre :

« au lieu de : < L'article 15 s'applique aux exportations vers les pays ... >, il vaut mieux : < La procédure de contrôle fixée à l'article 15 s'applique aux exportations vers les pays ... > »³¹⁸¹.

Dans tous les cas, il faut éviter les *renvois croisés* (A se réfère à B qui se réfère à A) ainsi que les *renvois en cascade* (A se réfère à B qui se réfère à C, etc.)³¹⁸².

Les guides de légistique désignent les formulations standards en distinguant selon les *différents types de renvoi* possibles³¹⁸³ : à l'intérieur d'un même acte ; à

³¹⁷⁷ HUBER (1901), p. 13.

³¹⁷⁸ PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Guide pratique commun*, 2^e éd., Bruxelles, 2015, ch. 16.5.

³¹⁷⁹ *Ibidem*, ch. 16.4.

³¹⁸⁰ ZANGGER (2018), p. 202.

³¹⁸¹ *Ibidem*, ch. 16.7.

³¹⁸² PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Guide pratique commun*, 2^e éd., Bruxelles, 2015, ch. 16, 16.19 et 16.20 ; OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 759 ; ZANGGER (2018), p. 211 s.

³¹⁸³ Cf. par exemple CHANCELLERIE FÉDÉRALE, *Directives de la Confédération sur la technique législative (DTL)*, Berne, 2013, ch. 1.2.1.5.2 (pour les lois ; le modèle est adapté pour chacune des autres formes, par exemple ch. 1.3.1.5.2 s. pour les ordonnances) ; OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 739 ss ;

d'autres actes dans le corpus législatif national ; au droit international ou étranger ; à des textes externes afin de leur conférer une certaine impérativité (renvoi statique ou dynamique à des normes privées³¹⁸⁴, à des recommandations³¹⁸⁵ ou à des actes de planification³¹⁸⁶).

Le renvoi permettant d'identifier clairement la source originale par une référence numérique présente l'intérêt de prévenir la répétition textuelle d'une même règle contenue ailleurs dans l'ordre juridique. Les *redondances* qui résultent de telles retranscriptions littérales sont à éviter dans la mesure du possible. En effet, en recopiant une règle, le législateur pense en général rendre son œuvre plus lisible alors qu'en sortant la règle de son contexte originel, il est susceptible de créer plus de confusion que de clarté : il faut en effet s'assurer tout d'abord que la règle répétée entre bien dans la compétence du législateur qui répète à défaut de quoi on crée une illusion – trompeuse – de compétence ; la règle répétée risque ensuite de subsister involontairement lors de la révision de la règle originale ; la répétition est par ailleurs probablement sélective, et donc lacunaire, car il ne ferait pas grand sens de recopier l'ensemble du droit pertinent ; enfin, il faut interpréter la répétition afin d'être certain que celle-ci ne revêt qu'un caractère déclaratif, car il n'est pas exclu que le transfert puisse lui faire prendre un nouveau sens normatif³¹⁸⁷.

V. La grammaire et l'orthographe

Le respect des règles d'orthographe, de grammaire et de ponctuation concourt également à la lisibilité.

Le guide de l'Union européenne rappelle l'intérêt de cette évidence pour l'exercice de *traduction* :

« Une rédaction grammaticalement correcte et qui respecte les règles de la ponctuation facilite la bonne compréhension du texte dans la langue de rédaction ainsi que la traduction vers les autres langues »³¹⁸⁸.

PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Guide pratique commun*, 2^e éd., Bruxelles, 2015, ch. 16 s.

3184 Cf. ci-dessus ch. 3.4.4.4a.I.

3185 Cf. ci-dessus ch. 3.3.5.3.

3186 Cf. ci-dessus ch. 3.5.2.5b.

3187 Cf. UHLMANN/BOXLER (2018), p. 17 ss.

3188 PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Guide pratique commun*, 2^e éd., Bruxelles, 2015, ch. 1.4.2.

En pratique, lorsque des erreurs sont débusquées, la question consiste à déterminer quelle procédure suivre si nécessaire pour leur *correction*. La solution dépend des ordres juridiques et varie selon l'état d'avancement de la procédure législative, le niveau des actes concernés et l'incidence des erreurs sur le fond de la règle.

La Commission de rédaction de l'Assemblée fédérale dispose ainsi de la compétence de corriger des erreurs de forme constatées *après le vote final de la loi*³¹⁸⁹. Au niveau des actes parlementaires, l'Assemblée fédérale entend par erreurs de forme³¹⁹⁰ « les références erronées, les erreurs de technique législative ou la dispersion terminologique interne »³¹⁹¹.

L'Assemblée fédérale autorise par ailleurs la Chancellerie fédérale à corriger *en tout temps* « les erreurs de grammaire, d'orthographe ou de présentation ne touchant absolument pas au fond »³¹⁹². La Commission de rédaction de l'Assemblée fédérale peut transmettre des propositions à la commission chargée de l'examen préalable d'un projet qui contiendrait des « imprécisions » qu'elle aurait constatées³¹⁹³.

S'agissant des *actes édictés par le Conseil fédéral et son administration*, la Chancellerie est compétente pour corriger tant les erreurs qui entraînent un changement de sens³¹⁹⁴ que les autres³¹⁹⁵ et pour adapter les dénominations des unités administratives, les renvois, les références et les abréviations³¹⁹⁶. Le Conseil fédéral a précisé que les erreurs qui entraînent un changement de sens³¹⁹⁷ sont notamment (a) les erreurs de grammaire, d'orthographe ou de présentation qui ont une incidence sur le contenu ; (b) les erreurs de forme comme les renvois erronés, les erreurs relevant de la technique législative ou la dispersion terminologique ; (c) les erreurs de traduction³¹⁹⁸.

VI. La lisibilité des instruments non obligatoires

La lisibilité est une exigence que les autorités peuvent imposer aux auteurs d'autres instruments que les textes législatifs, en particulier les recommandations, notamment les mises en garde.

³¹⁸⁹ Art. 58 Loi sur le Parlement.

³¹⁹⁰ Au sens de l'art. 58 al. 1^{er} Loi sur le Parlement.

³¹⁹¹ Art. 6 al. 1^{er} let. a de l'ordonnance de l'Assemblée fédérale sur la Commission de rédaction (RS 171.105).

³¹⁹² *Ibidem*, art. 8.

³¹⁹³ *Ibidem*, art. 5.

³¹⁹⁴ Art. 10 LPubl.

³¹⁹⁵ Art. 12 al. 1^{er} LPubl.

³¹⁹⁶ Art. 12 al. 2 LPubl.

³¹⁹⁷ Selon l'art. 10 al. 1^{er} LPubl.

³¹⁹⁸ Art. 7 al. 2 OPubl (RS 170.512.1). Cf. ég. art. 16 OPubl pour les corrections sans procédure formelle. En cas d'erreur de traduction dans une initiative populaire, cf. CHANCELLERIE FÉDÉRALE, « Guide en cas d'erreur manifeste de traduction dans une initiative populaire », du 8 juin 2016, JAAC 2/2016 du 30 juin 2016, p. 50 ss.

Exemples :

avertissements sur les jouets pour enfants³¹⁹⁹ ; avis d'interdiction de fumer relatives aux substances explosible³²⁰⁰ ; étiquettes de médicament³²⁰¹ ; produits chimiques³²⁰² ; indication des prix³²⁰³.

b. La cohésion

La cohésion est la lisibilité de l'emboîtement des parties constitutives d'un texte³²⁰⁴. Une bonne cohésion est assurée par des parties reliées entre elles de manière logique et reconnaissable. Elle peut être atteinte par un soin apporté tant au contenu du texte qu'à sa structure.

Sur le plan du *contenu*, l'utilisation de marqueurs linguistiques de cohésion est préconisée :

Le guide de législation recommandait dans sa précédente édition de recourir aux marqueurs de cohésion suivants : comme, quand, d'une part, d'autre part, etc.³²⁰⁵.

Sur le plan de la *structure*, les procédés facilitant la communication du texte dans son ensemble, ses parties et ses liens participent à sa cohésion. On pense aux intitulés, à la numérotation, à la division en alinéas et paragraphes, à l'inclusion de sommaires ou de tables des matières notamment.

Le guide de législation comprend l'exigence de cohésion sous l'étiquette de la *système externe* : structure formelle d'un acte, c'est-à-dire la division de la matière normative en parties, titres, chapitres, sections et articles³²⁰⁶. Il rappelle à ce sujet que les règles de lisibilité d'Eugen HUBER visent aussi la structure des subdivisions de l'article en alinéas³²⁰⁷.

Les directives sur la technique législative imposent une *structure législative standardisée* comme nous l'avons vu plus haut³²⁰⁸, contribuant ainsi très efficacement à la cohésion des actes.

³¹⁹⁹ Art. 5 al. 3 de l'ordonnance sur les jouets (OSJo) (RS 817.023.11).

³²⁰⁰ Art. 89 al. 5 de l'ordonnance sur les explosifs (OExpl) (RS 941.411).

³²⁰¹ Annexe 1, ch. 2^{bis} al. 3 de l'ordonnance sur les exigences relatives aux médicaments (RS 812.212.22).

³²⁰² Annexe 1.3 ch. 3 al. 2 de l'ordonnance sur la réduction des risques liés aux produits chimiques (ORRChim) (RS 814.81).

³²⁰³ Art. 7 al. 2 et art. 8 de l'ordonnance du 11 décembre 1978 sur l'indication des prix (OIP) (RS 942.211).

³²⁰⁴ BEAUDET (2001), p. 6.

³²⁰⁵ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation : guide pour l'élaboration de la législation fédérale*, 3^e éd., Berne, 2007, N. 938, p. 381.

³²⁰⁶ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 608 ss.

³²⁰⁷ *Ibidem*, ch. 621.

³²⁰⁸ Cf. ci-dessus ch. 5.2.4.2d.

En droit suisse³²⁰⁹ : titre, préambule et corps de l'acte composé d'une partie introductive, d'une partie principale et de dispositions finales, le cas échéant complété par des annexes si l'objet de la réglementation s'insère mal dans la structure de l'acte³²¹⁰. Elles prévoient également une *subdivision formelle unifiée* en section, chapitre, titre, partie, article, alinéa, lettre, chiffre, tiret et phrase³²¹¹. Il revient à la Commission interne de rédaction le soin de s'assurer que ces exigences sont bien mises en œuvre en veillant « à une structure logique, rationnelle et compréhensible » des projets de loi³²¹².

c. *La cohérence*

La cohérence est la cohésion du texte au niveau de son sens. La cohésion facilite la cohérence³²¹³. Une loi cohérente est dénuée de contradictions. Dans les ordres juridiques multilingues, la cohérence s'étend à la nécessité d'une traduction respectueuse du sens.

La cohérence est une exigence que découle de plusieurs principes et droits fondamentaux comme nous l'avons montré plus haut (égalité de traitement, proportionnalité, bonne foi, interdiction de l'arbitraire, hiérarchie des normes, subsidiarité, légalité)³²¹⁴. Si les incohérences d'une loi ne sont pas manifestes, les personnes ou autorités chargées de son application pourront toujours tenter de les réconcilier par pesée d'intérêts s'il s'agit d'une collision d'objectifs ou par diverses techniques d'interprétation non littérales, en particulier systématique.

Le guide de législation prescrit une « bonne systématique interne », exempte de contradictions (contradictions d'objectifs, de principes, de normes ou terminologiques) dans le but de rédiger des lois cohérentes³²¹⁵.

Cette exigence est mise en œuvre par plusieurs autorités.

Ainsi lorsqu'elle constate des lacunes ou des contradictions de fond, la *Commission de rédaction de l'Assemblée fédérale* doit transmettre ses propositions à la commission

³²⁰⁹ Dans l'Union européenne, cf. PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Guide pratique commun*, 2^e éd., Bruxelles, 2015, ch. 15.

³²¹⁰ CHANCELLERIE FÉDÉRALE, *Directives de la Confédération sur la technique législative (DTL)*, Berne, 2013, p. 17 ss.

³²¹¹ *Ibidem*, p. 34 ss.

³²¹² Art. 2 al. 1^{er} let. a du règlement de la Commission interne de rédaction (CIR) du 1^{er} novembre 2007.

³²¹³ « un texte cohérent traite d'un sujet reconnaissable et circonscrit sur lequel des renseignements s'accumulent et font sens. La cohésion et la cohérence sont souvent vues comme le recto et le verso d'une feuille de papier » (Céline BEAUDET, « Le rédacteur et la fabrication du sens d'un texte persuasif », in : *Communication*, vol. 22(2), 2003, N. 10).

³²¹⁴ Cf. ci-dessus ch. 4.3.3.4b.

³²¹⁵ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 611.

parlementaire chargée de l'examen préalable du projet de loi³²¹⁶. Quant à la *Commission interne de rédaction*, elle doit veiller à éliminer les contradictions et les lacunes dans les textes et à « une formulation [...] cohérente »³²¹⁷. Enfin la *Chancellerie fédérale* est chargée « d'assurer dans les langues officielles, en collaboration avec l'Office fédéral de la justice, [...] leur cohérence »³²¹⁸, et l'*Office fédéral de la justice* d'« élaborer des normes adéquates de droit fédéral [et] cohérentes »³²¹⁹.

d. La compréhensibilité

I. La question de la mesure : le problème des destinataires

La compréhensibilité (ou intelligibilité) d'un texte est la facilité de celui-ci à être compris par ses destinataires³²²⁰ (« Adressatengerechtheit »)³²²¹. Sa mesure est malaisée, car elle dépend des capacités de lecture, de la formation et des connaissances des destinataires. Rédiger des lois « populaires », comme le suggérait Eugen HUBER, c'est-à-dire compréhensibles par tout un chacun est un projet totalement illusoire dans nos sociétés complexes (il l'était déjà au XIX^e siècle !³²²²). Il est plus réaliste d'exiger que les lois soient aisément compréhensibles par leurs destinataires moyens ou, plus opérationnellement, par les intermédiaires chargés de leur concrétisation³²²³.

³²¹⁶ Art. 5 al. 1^{er} de l'ordonnance de l'Assemblée fédérale sur la Commission de rédaction (RS 171.105).

³²¹⁷ Art. 2 al. 1^{er} let. b et c du règlement de la Commission interne de rédaction (CIR) du 1^{er} novembre 2007.

³²¹⁸ Art. 4 al. 1^{er} let. b de l'ordonnance sur l'organisation de la Chancellerie fédérale (Org ChF) (RS 172.210.10).

³²¹⁹ Art. 6 al. 1^{er} let. c de l'ordonnance sur l'organisation du Département fédéral de justice et police (Org DFJP) (172.213.1).

³²²⁰ Nous ne distinguons pas entre la compréhensibilité et l'intelligibilité, car la distinction semble plus refléter un point de vue différent sur une même question ; l'intelligibilité étant à comprendre dans la perspective du texte et la compréhensibilité dans celle de son lecteur ou de sa lectrice (BEAUDET [2001], p. 11). Pour une *bibliographie* sur la compréhensibilité, cf. Lars BALZER *et al.*, « Repères bibliographiques », in : *LeGes*, 2018, ch. 2.2.

³²²¹ UHLMANN/BOXLER (2018), p. 26 ss.

³²²² Cf. MERTENS (2004), p. 399 (réf. cit.).

³²²³ MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 200 ss. Cf. ci-dessus ch. 5.2.1 (« Good Law Project »). Cf. ég. Andreas LÖTSCHER, « Die (Un-)Verständlichkeit von Gesetzen – eine Herausforderung für die Gesetzesredaktion », in : *Zeitschrift für europäische Rechtslinguistik*, 20 juin 2016 ; Stefan HÖFLER, « Die Redaktion von Verweisen unter dem Aspekt der Verständlichkeit », in : *LeGes*, 2015/2, p. 325 ss ; Werner HAUCK/Andreas LÖTSCHER, « Verständlichkeit von Gesetzen als Problem des Gesetzgebung », in : *Gesetzgebung heute*, 2, 1994, p. 91 ss. Sur la compréhensibilité et la loi, cf. la bibliographie en langue allemande in : MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 211. Plus récent : cf. Walter BOENTE,

Le Guide de législation, dans sa précédente édition, n'était pas dupe. Le langage législatif reste une langue de spécialistes qu'il s'agit de rendre « aussi compréhensibles que possible » :

« Le législateur est contraint d'utiliser un langage spécialisé qui ne peut souvent être compris que d'un nombre restreint de destinataires. Il serait illusoire de prétendre que tous les destinataires des normes sont en mesure d'en saisir exactement la portée. Toutefois, même si l'on admet que le langage juridique est un langage de spécialistes destiné à des spécialistes, il n'en demeure pas moins souhaitable de rendre les normes aussi compréhensibles que possible, même pour des [non-]spécialistes. »³²²⁴

Le Guide reprenait assez bien nous semble-t-il le sens que le père du Code civil suisse attribuait à la notion de *législation populaire*. Si la loi doit idéalement être intelligible pour chacune et chacun, elle doit du moins l'être « pour les personnes qui sont tenues, de par leur profession, à se familiariser avec le droit » :

Selon Eugen HUBER, « [l]es 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. »³²²⁵

II. La distinction entre lisibilité, compréhensibilité linguistique et compréhensibilité normative

La compréhensibilité se distingue de la *lisibilité*. Celle-ci concourt certes à une meilleure compréhension des textes mais n'y conduit pas forcément. Certains textes sont parfaitement lisibles au sens où nous l'avons défini plus haut, mais pas nécessairement compréhensibles.

Le terme même de compréhensibilité (ou d'intelligibilité) doit être précisé. Sous l'angle de la clarté linguistique que nous traitons ici, si le texte de loi n'est pas compréhensible, c'est parce qu'il n'est pas adapté au niveau de connaissance de ses destinataires et non parce que l'interprète n'y trouverait pas à sa simple lecture la norme applicable à son cas d'espèce. Le premier cas de figure a trait à la clarté linguistique (que l'on pourrait qualifier de *compréhension linguistique*) alors que

« Ein Gesetzbuch für das Volk – und die Schwächeren? Verständlichkeit von Gesetzen und Rechtskenntnis », in : Lena Kunz, Vivianne Ferreira Mese (éd.), *Rechtssprache und Schwächerenschutz*, Baden-Baden, 2018, p. 317 ss.

³²²⁴ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation : guide pour l'élaboration de la législation fédérale*, 3^e éd., Berne, 2007, N. 917, p. 375.

³²²⁵ HUBER (1901), p. 10 s.

le second vise l'hypothèse de la clarté normative (*compréhension normative* [« Anwendungsverständlichkeit »]³²²⁶).

En réalité, cette double facette de la clarté montre que *compréhension linguistique et normative sont intimement liées* et qu'elles ne peuvent pas si facilement être distinguées. Il s'agit bel et bien d'une même médaille, car cette observation met en exergue la situation particulière du droit : l'indétermination de nombreux énoncés juridiques rend ces derniers par définition abstraits – souvent même trop pour être facilement compris. Il n'est pas rare de comprendre (linguistiquement) un énoncé normatif seulement après avoir compris (normativement) les règles précises qu'il a pour ambition de communiquer.

Georg MÜLLER et Felix UHLMANN montrent bien cette imbrication : « Die Rechtsnormen selbst enthalten also oft nur einen Teil der Informationen, welche Grundlage für die Entscheidungen der Adressaten bilden; die Normen können erst zusammen mit den sie näher bestimmenden Verwaltungsakten und Gerichtsurteilen richtig verstanden werden. »³²²⁷

Si le texte de loi a volontairement été laissé indéterminé, et que cela pose un problème d'intelligibilité, il faut éviter de confier à des spécialistes en communication la mission d'en améliorer la compréhension. Tenter de parfaire l'intelligibilité du texte de loi pour mieux en expliquer la norme est une opération de clarification normative à confier aux interprètes autorisés dans ce cas, c'est-à-dire aux juges et autres autorités chargées institutionnellement de concrétiser la loi, qui pourront utilement s'inspirer des travaux de la doctrine juridique dont le pain quotidien consiste précisément à tenter de comprendre la loi.

Les linguistes en sont les premiers conscients : « la volonté de rendre un texte plus intelligible nous a confrontés aux limites des types de discours. Expliquer dans un dépliant court les obligations des bénéficiaires de l'aide sociale à l'égard du recouvrement des pensions alimentaires représente un défi. Comme linguistes, nous voulons simplifier le contenu, mais nous nous heurtons aux spécialistes de la loi sur l'aide sociale, qui désirent éviter que le dépliant confère aux bénéficiaires des droits non reconnus dans la loi. »³²²⁸

L'*illustration* d'un texte par des graphiques, des formules, des cartes ou des tableaux peut également rendre le texte plus compréhensible³²²⁹.

³²²⁶ Sur ce terme, cf. Stefan HÖFLER/Felix UHLMANN/Adrian BOXLER, « Der ‹ Monster-Paragraf › – wie (un-)verständlich ist er wirklich? », in : *LeGes*, 2017/1, p. 101 ss.

³²²⁷ MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 204.

³²²⁸ Clémence PRÉFONTAINE/Jacques LECAVALIER, « Analyse de l'intelligibilité de textes prescriptifs », in : *Revue québécoise de linguistique*, vol. 25(1), 1996, p. 120 ss.

³²²⁹ Cf. ci-dessous ch. 5.3.3.3f.

III. Les fondements juridiques de la compréhensibilité

L'exigence de compréhensibilité repose en droit suisse³²³⁰ sur des sources tant constitutionnelles, législatives qu'infra-législatives.

L'exigence de compréhensibilité repose sur les principes de la *prohibition de l'arbitraire*³²³¹, de la *légalité*³²³² ainsi que d'*efficacité*³²³³ et peut découler d'*autres droits fondamentaux*. Elle ne forme pas un principe autonome et indépendant.

Arbitraire – Une norme est arbitraire lorsqu'elle est « dépourvue de sens »³²³⁴. Un énoncé manifestement inintelligible l'est sans conteste, heurtant en outre l'exigence de la sécurité du droit, dont la violation est précisément constitutive d'arbitraire³²³⁵.

Légalité – Un texte de loi manifestement incompréhensible est susceptible de violer le principe de la légalité chaque fois que le principe de la base légale prescrit une *densité normative minimale*. Etant forcément indéterminé et imprécis en raison de son inintelligibilité, il violera le principe de légalité pour défaut de prévisibilité de la base légale³²³⁶. Si l'énoncé normatif est difficile à comprendre sans atteindre un degré d'incompréhensibilité manifeste, il reviendra à l'interprète de s'éloigner de la lettre en précisant le sens par des *techniques d'interprétation* non littérales³²³⁷.

Efficacité – Un texte de loi rédigé de manière compréhensible contribue à renforcer l'impact de la loi³²³⁸.

Autres droits fondamentaux – Un texte de loi manifestement incompréhensible est susceptible de contrevenir à l'égalité de traitement (art. 8 Cst. féd.), à la liberté économique³²³⁹ ou à la primauté du droit fédéral (art. 49 Cst. féd.)³²⁴⁰ par exemple.

³²³⁰ En France, cf. les réf. en fin de la section. En Allemagne, cf. Karin M. EICHHOFF-CYRUS/Gerd ANTOS (éd.), *Verständlichkeit als Bürgerrecht? Die Rechts- und Verwaltungssprache in der öffentlichen Diskussion*, Mannheim, 2008.

³²³¹ Art. 9 Cst. féd.

³²³² Art. 5 al. 1^{er}, art. 36 et art. 127 Cst. féd.

³²³³ Cf. ci-dessus ch. 1.3.4.4, 4.3.3.2b et 4.3.3.4c.II.

³²³⁴ ATF 136 I 241, p. 250 à 252 ; ATF 136 V 24, p. 34 ; ATF 129 V 267, p. 271. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 895 et 902.

³²³⁵ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 897 s.

³²³⁶ Cf. implicitement Tribunal fédéral, arrêt 1C_253/2013 ci-dessous.

³²³⁷ Dans un arrêt concernant l'assainissement de sites pollués, le Tribunal fédéral a précisé le sens des dispositions d'une ordonnance du Conseil fédéral dont l'une n'était pas claire (« unklar » : ATF 139 II 106, in : *DEP*, 9, 2014, p. 272) et l'autre créait des malentendus (« missverständlich » : *ibidem*, p. 281).

³²³⁸ Cf. ci-dessus ch. 1.3.4.4, 5.1, 5.2.2 et 5.3.3.1. Dans le même sens, cf. HÖFLER (2018), p. 71 s. L'art. 170 Cst. est ainsi un fondement de la compréhensibilité.

³²³⁹ Annulation, pour violation de la liberté économique, de la disposition suivante jugée « peu claire et [...] difficilement compréhensible » : « Les commerces et les diverses catégories de magasins ouverts au public, au centre-ville (secteur A), conservent ou changent, selon, leur activité, afin d'améliorer et développer la diversité de l'offre, le commerce de proximité et l'animation au centre-ville » (art. 9 al. 4 du règlement général

Droit fondamental spécifique – Une initiative populaire visant à instaurer un droit fondamental à des lois compréhensibles n’a pas abouti, faute d’un nombre de signatures suffisant³²⁴¹, de même qu’une initiative parlementaire de même teneur, faute d’approbation par le Conseil des Etats³²⁴². Intitulée « exécution non bureaucratique de la législation », la nouvelle disposition aurait donné droit « 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. »³²⁴³. La commission du Conseil des Etats a rappelé l’obligation d’auto-contrôle des lois incombant au Parlement : « 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. »³²⁴⁴ Elle a également mis en garde contre la caractère « insoluble » selon elle de l’interprétation judiciaire de la notion de compréhensibilité : « 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

relatif aux plans d’utilisation du sol de la Ville de Genève). Le Tribunal fédéral a notamment qualifié cet article de « difficilement applicable, voire inapplicable » : « on peut relever que cette mesure, difficilement applicable, voire inapplicable, n’est à l’évidence pas neutre sur le plan économique et intervient directement sur la libre concurrence. » (Tribunal fédéral, arrêts 1C_253/2013 et 1C_259/2013 du 1^{er} novembre 2013).

3240 Le Tribunal fédéral n’a cependant pas sanctionné le législateur cantonal au sujet d’une disposition qui reprenait schématiquement des valeurs mentionnées en droit fédéral pour reconnaître une surface boisée comme forêt. Cette clémence est surprenante à la lecture de la salve de critiques que le juge accumule au fil de ses considérants : « la norme a un double sens (‹ doppeldeutig ›) et [...] un lecteur non averti (‹ unbefangen ›) [peut] effectivement l’interpréter dans le sens que redoutent les recourants » ; « on peut douter qu’une simple référence au droit fédéral dans les travaux législatifs suffise à assurer une bonne interprétation de la norme » ; « Le sens du § 2 de la loi zurichoise sur les forêts ne se dégage pas sans ambiguïté (‹ nicht zweifelsfrei ›) de la lettre de la disposition » ; « Bien que la norme ait un double sens » ; « La disposition est toutefois incomplète (‹ unvollständig ›) : elle crée l’impression fautive que l’existence d’une forêt dépend uniquement de critères quantitatifs » ; « une disposition aussi incomplète et équivoque (‹ derart unvollständig und missverständlich ›) » (ATF 125 II 440, c. 3 [= JdT 2000 I 753]).

3241 FF 2012 7213.

3242 Initiative parlementaire Zisyadis « Stop à la bureaucratie ! » du 17 décembre 2010 (10.537 ; BO CE 2012 973 ss).

3243 FF 2010 6045. Sur cette initiative, cf. Felix UHLMANN, « Politische Vorstösse für bessere Gesetze: eine Auslegeordnung und eine vorsichtige Bewertung », in : Canapa *et al.* (éd.), *Sein und Schein von Gesetzgebung: Erwartungen – Auswirkungen – Kritik*, Zurich, 2018, p. 11 s. ; Felix UHLMANN, « Popular Initiatives for Better Regulation in Switzerland », in : *2011 International Congress of IIAS*, Lausanne, 2011 ; Markus SCHOTT, « « Bürokratie-Stopp ! », Bemerkungen zur eidgenössischen Volksinitiative aus staats- und verwaltungsrechtlicher Perspektive », in : *ZBl*, 2011, p. 229 ss.

3244 CONSEIL DES ETATS, Rapport de la Commission des institutions politiques du 25 octobre 2012, ch. 3.

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 entraîneraient un surcroît de bureaucratie. »³²⁴⁵ La jurisprudence montre cependant que la tâche est soluble ; les exemples précédents l'illustrent.

En droit fédéral, la *loi sur les langues*, sous l'intitulé « compréhensibilité », prescrit aux autorités fédérales de « s'efforce[r] d'utiliser un langage adéquat, clair et compréhensible »³²⁴⁶. Dans l'enceinte du parlement, la *Commission de rédaction de l'Assemblée fédérale* « veille à ce que les textes soient intelligibles »³²⁴⁷. Au niveau de l'administration, l'*Office fédéral de la justice* est chargé d'« élaborer des normes adéquates de droit fédéral [et] compréhensibles »³²⁴⁸. Il doit de plus « promouvoir la compréhension du droit » (« Verständniss für das Recht »)³²⁴⁹. La *Chancellerie fédérale* est pour sa part chargée « d'assurer dans les langues officielles, en collaboration avec l'*Office fédéral de la justice*, [...] leur adéquation par rapport aux contenus et aux destinataires [...] et leur intelligibilité pour les citoyens »³²⁵⁰. La *Commission interne de rédaction*, enfin, « veille à ce que les actes législatifs de la Confédération soient intelligibles pour les citoyens. Elle veille en particulier à une structure logique, rationnelle et compréhensible »³²⁵¹.

En *France*, le législateur doit observer les objectifs de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi³²⁵².

Le Conseil constitutionnel a censuré par exemple des dispositions fiscales d'une « complexité excessive »³²⁵³.

³²⁴⁵ *Ibidem*.

³²⁴⁶ Art. 7 al. 1^{er} de la loi sur les langues (LLC) (RS 441.1). cf. Marco BORGHI/Adriano PREVITALI, « Droit suisse des langues », in : Ehrenzeller (éd.), *Bildungs-, Kultur- und Sprachenrecht*, Bâle, 2018, p. 723 ss.

³²⁴⁷ Art. 57 al. 2 Loi sur le Parlement.

³²⁴⁸ Art. 6 al. 1^{er} let. c Org DFJP.

³²⁴⁹ Art. 6 al. 1^{er} let. e Org DFJP.

³²⁵⁰ Art. 4 al. 1^{er} let. b Org ChF.

³²⁵¹ Art. 2 al. 1^{er} introduction et let. a du règlement de la Commission interne de rédaction (CIR) du 1^{er} novembre 2007. En détail sur cette commission, cf. HÖFLER (2018), p. 65 ss.

³²⁵² CC, n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, cons. 13. Sur l'état actuel de la jurisprudence, cf. CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS/SECRÉTARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT FRANÇAIS, *Guide de légistique*, 3^e éd. mise à jour, Paris, 2017, p. 30.

³²⁵³ CC, n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, loi de finances pour 2006.

e. *Le langage inclusif et son impact sur la clarté linguistique*

I. Introduction : le langage inclusif entre féminisation et neutralisation

Le langage inclusif vise à concrétiser le principe de l'égalité des sexes et de l'interdiction des discriminations dans le langage. Il repose sur le respect de nouvelles règles linguistiques que l'on peut regrouper en deux grandes catégories : celles qui tendent à féminiser la langue et celles qui visent à neutraliser la différence des genres³²⁵⁴.

La féminisation met en évidence la différence par une référence explicite aux deux sexes alors que la neutralisation l'escamote par l'usage d'une terminologie épïcène. Dans les deux cas, on peut parler de langage non sexiste, égalitaire, équitable par rapport aux sexes (« geschlechtergerecht »). Toutefois, c'est dans le second seulement que l'on vise plus spécifiquement le langage épïcène, non genré ou neutre du point de vue du genre (« gender-neutral »).

Le doublet par exemple (« le rédacteur et la rédactrice ») est une expression égalitaire mais n'est pas une formulation neutre du point de vue du genre (l'« équipe de rédaction » le serait). Le développement de tels doublets, ou l'inclusion de signes typographiques dans les mots pour remplacer le masculin générique (point médian, tiret, barre oblique ou astérisque) par exemple, a pour effet de souligner encore plus la binarité du langage au détriment de sa neutralité, créant un nouveau problème par rapport aux personnes intersexuées ou non binaires comme on le verra plus loin.

L'expression de « langage inclusif » nous semble mieux refléter ces nouvelles préoccupations que celle de « langage non sexiste », trop portée sur le sexe au détriment du genre et symboliquement moins perméable à l'intégration de la diversité, y compris autre que sexuelle (inclusion).

Si l'on analysait ce processus de révision en termes de légistique matérielle, nous y reconnâtrions une préfiguration de tous les défis lancés à la gouvernance contemporaine en raison de la nature essentiellement souple et transnationale des normes linguistiques. La normativité de celles-ci découle d'une savante combinaison entre des pratiques coutumières et locales, compilées par des particuliers (grammairiens, linguistes), des organismes mixtes ou à statut particulier (Académie française) ou des autorités (Office québécois de la langue française³²⁵⁵, ministères de l'éducation) dans des textes qui en standardisent, recommandent ou en imposent l'usage (dictionnaires, lexiques, bases de données terminologiques, recommandations, directives, règlements, lois, constitutions, traités, etc.).

³²⁵⁴ Ute GABRIEL/ Pascal GYGAX/ Elisabeth KUHN, « Neutralising linguistic sexism: Promising but cumbersome? », in: *Group Processes & Intergroup Relations*, 2018/21(5), p. 844 ss.

³²⁵⁵ Art. 157 ss de la Charte de la langue française adoptée en 1977.

II. Une exigence déjà ancienne

La règle contestée est celle qui fait prévaloir, de manière systématique et à titre principal, le masculin sur le féminin. Bien qu'ancienne, elle n'a été initiée en France qu'à partir du XVII^e siècle et ne s'est imposée qu'à la fin du XIX^e avec l'instruction obligatoire. Eliane VIENNOT, professeure de littérature française de la Renaissance et membre de l'Institut universitaire de France³²⁵⁶, puise dans l'histoire pour y trouver de nombreux exemples de résistances. Elle décrit cette évolution comme une masculinisation du français pour en déduire, s'agissant de la langue française, que l'exigence d'une parité linguistique doit être lue comme une volonté de *stopper le processus de masculinisation de la langue* plutôt que de féminiser celle-ci³²⁵⁷.

On trouve un indice dans le jargon judiciaire, traditionnellement moins réactif, qui a conservé trace de cette féminisation originelle du langage avec les termes de *défenderesse* et de *demanderesse* qui font s'étonner aujourd'hui les non-juristes, exactement comme le terme de philosophe, mais qui surprend aujourd'hui tout le monde³²⁵⁸.

Les premiers grammairiens ne cachaient en effet pas l'origine patriarcale de la règle qu'ils souhaitaient imposer : le masculin l'emporte, car il est plus noble³²⁵⁹, le mâle étant supérieur à la femelle :

Nicolas BEAUZÉE, dans sa *Grammaire générale* publiée en 1767, justifiait l'accord au masculin de l'adjectif qui se rapporte à des noms de différents genres en raison de la noblesse du masculin ; le neutre étant par ailleurs le moins noble de tous en raison de la supériorité des êtres animés sur les inanimés : « Le genre masculin est réputé plus noble que le féminin, à cause de la supériorité du mâle sur la femelle ; le masculin et le féminin sont plus nobles que le neutre, à cause de la supériorité des êtres animés sur ceux qui ne le sont pas. »³²⁶⁰

Les critiques n'ont cessé de fuser depuis cette époque. Elles ont très tôt concerné le pouvoir législatif et même constituant.

³²⁵⁶ Eliane VIENNOT, *Non, le masculin ne l'emporte pas sur le féminin ! Petite histoire des résistances de la langue française*, 2^e éd., Donnemarie-Dontilly, 2017 (qui préfère le terme de professeuse [4^e de couverture]).

³²⁵⁷ VIENNOT (2017), p. 7 s. et 11 ss, pour laquelle le sexisme de la langue française ne relève « pas de la langue elle-même, mais des interventions effectuées sur elle depuis le XVII^e siècle par des intellectuels et des institutions qui s'opposaient à l'égalité des sexes ; et que, pour l'essentiel aussi, les solutions que nous cherchons à ces problèmes existent déjà. Les solutions linguistiques, s'entend. » (p. 7 s.).

³²⁵⁸ Sur l'histoire de ce mot, cf. VIENNOT (2017), p. 51 et 107.

³²⁵⁹ Sur ce thème, cf. VIENNOT (2017), p. 63 s.

³²⁶⁰ Nicolas BEAUZÉE, *Grammaire générale ou Exposition raisonnée des éléments nécessaires du langage : pour servir de fondement à l'étude de toutes les langues*, tome II, Paris, 1767, livre III, chapitre VII, p. 358. Cf. Fabienne BAIDER/Edwige KHAZNADAR/Thérèse MOREAU, « Les enjeux de la parité linguistique », in : *Nouvelles Questions Féministes*, 2007/3 (vol. 26), p. 4 ss, § 6.

En 1791, Olympe DE GOUGES a publié une *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*, en réponse féministe critique à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen³²⁶¹. En 1792, dans le contexte du féminisme révolutionnaire, les signataires de la *Requête des dames à l'Assemblée nationale* proposaient un projet de décret dont un article contenait l'exigence suivante : « Le genre masculin ne sera plus regardé, même dans la grammaire, comme le genre le plus noble, attendu que tous les genres, tous les sexes et tous les êtres doivent être et sont également nobles. »³²⁶²

En 1898, Hubertine AUCLERT, journaliste et écrivaine, évoquait déjà un point de discussion resté polémique à ce jour, celui de l'*efficacité symbolique*³²⁶³ de la parité linguistique comme élément précurseur de la parité juridique : « L'omission du féminin dans le dictionnaire contribue, plus qu'on ne croit, à l'omission du féminin dans le code (côté des droits). L'émancipation par le langage ne doit pas être dédaignée. N'est-ce pas à force de prononcer certains mots, qu'on finit par en accepter le sens tout d'abord heurté ? [...] En mettant au point la langue, on rectifiera les usages, dans le sens de l'égalité des deux sexes. »³²⁶⁴ Cette efficacité du symbole est *expérimentalement démontrée* s'agissant des *offres d'emploi* qui, si elles ne sont pas rédigées au masculin générique, conduisent à augmenter les réponses de candidates³²⁶⁵.

La loi française du 20 mars 1917, visant à supprimer des inégalités envers les femmes³²⁶⁶, avait *féminisé avant l'heure dans le Code civil* les articles relatifs à la fonction de tuteur et de curateur en rajoutant les mots « tutrice » et « curatrice », retirés entre-temps. Le professeur de droit Henri CAPITANT, tout en soutenant sur le fond la réforme, critiquait ce choix terminologique en se référant au Code civil suisse et au droit belge : « Tous les privilèges masculins conservés par nos lois disparaissent les uns après les autres, car ils ne s'expliquent plus. Le rôle de la femme s'élargit de jour en jour, et son aptitude à remplir avec succès ce qu'on appelait les *munera virilia* ne peut plus être mise en question. [...] Sous l'empire de cette préoccupation, [la Commission du Sénat] a entrepris de modifier tous les articles dans lesquels il est parlé de la nomination du tuteur ou du subrogé tuteur, et cela simplement pour y ajouter les mots tutrice et subrogée tutrice. Tâche un peu puérile et parfaitement inutile, car une fois abolie l'incapacité qui écartait les femmes de la tutelle et des conseils de famille, qui donc aurait pu soutenir que les mots tuteur et subrogé tuteur ne visaient que les hommes et non les femmes ? [...] Le Code civil suisse

³²⁶¹ Olympe DE GOUGES, *Les Droits de la femme*, Paris, 1791.

³²⁶² Requête des dames à l'Assemblée nationale, article 3 du Projet de décret adressé à la Législative, 1792, cit. in : Eliane VIENNOT, *Et la modernité fut masculine (1789-1815)*, Volume III, Paris, 2016.

³²⁶³ Cf. ci-dessus ch. 2.1.2.1c.

³²⁶⁴ Hubertine AUCLERT, « Le féminisme : l'académie et la langue », in : *Le Radical*, 18 avril 1898, cit. in : BAIDER/KHAZNADAR/MOREAU (2007), p. 4, § 1.

³²⁶⁵ Lisa HORVATH/Sabine SZESNY, « Reducing womens lack of fit with leadership. Effects of the wording of job advertisements », in : *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 2016, p. 316 ss, qui ont testé les trois formes suivantes : « (1) masculine forms (e.g., Geschäftsführer, 'CEO, masc. '); (2) masculine forms with (m/f) (e.g., Geschäftsführer (m/w), 'CEO, masc. (m/f) '); and (3) word pairs (e.g., Geschäftsführerin/Geschäftsführer, 'CEO, fem./CEO, masc. ') ».

³²⁶⁶ Loi du 20 mars 1917 ayant pour objet de modifier certains articles du code civil relatifs à la tutelle des femmes et à leur admission dans les conseils de famille.

de 1907 qui admet à la tutelle les femmes aussi bien que les hommes, se contente, lui, d'employer le mot tuteur, sans y ajouter celui de tutrice. Et il en est de même dans la loi belge du 10 août 1909, que notre législateur aurait bien dû prendre pour modèle »³²⁶⁷.

III. Les exigences juridiques

Si la nécessité d'une règle pour prévenir les conflits résultant de la coexistence des genres dans la langue n'est pas remise en cause, tant sa teneur que son fondement peuvent être débattus. Pour trancher la question de l'accord en genre de l'adjectif par exemple, plusieurs solutions équivalentes sont envisageables : la préséance d'un genre sur l'autre (masculin ou féminin), la proximité (accord avec le genre du nom le plus proche) ou la majorité (avec le genre majoritaire des noms visés). Si la question était totalement nouvelle et devait être normée aujourd'hui, la première méthode serait immédiatement considérée comme *discriminatoire* et *arbitraire*. Devait-il venir à l'idée de quiconque de justifier pareille règle par rapport à la prétendue « noblesse » d'un sexe particulier qu'elle serait d'emblée écartée pour sexisme flagrant.

En matière de traitement non discriminatoire, la question désormais est celle de la compatibilité de cette règle avec les *personnes intersexuées* ou *non binaires*. Elle a débuté avec la problématique de la standardisation des formulaires administratifs³²⁶⁸ et se poursuivra avec la rédaction des lois³²⁶⁹. Elle semble indiquer que l'évolution future devrait tendre vers la préférence accordée aux solutions de neutralisation de la langue (« gender-neutral »), par exemple « parents » dans le Code civil au lieu de « père et mère ».

Si les pays germanophones³²⁷⁰, anglo-saxons et nordiques ont plus ou moins facilement assimilé les règles du langage inclusif³²⁷¹, la situation est plus

³²⁶⁷ Henri CAPITANT, « Comment on fait les lois aujourd'hui », in : *Revue politique et parlementaire*, Paris, 1917, p. 309.

³²⁶⁸ Sur le problème des codes ISO de représentation des sexes humains à cet égard, cf. ci-dessus ch. 3.4.3.2b.

³²⁶⁹ Cf. Markus NUSSBAUMER, « ‹ Gendern › in Gesetzen », in : *LeGes*, 2018/1, N. 3 et 19.

³²⁷⁰ NUSSBAUMER (2018), N. 1, qui fait la recension critique d'une auteure (Antje BAUMANN, « Gendern in Gesetzen? Eine spezielle Textsorte und ihre Grenzen », in : Baumann/Meinunger (éd.), *Die Teufelin steckt im Detail. Zur Debatte um Gender und Sprache*, Berlin, 2017, p. 196 ss) remettant en cause la pratique de rédaction législative inclusive en *Allemagne* qui aurait, selon elle, conduit à une situation chaotique, à des problèmes linguistiques massifs, des incohérences dans les textes ainsi qu'une diminution de la compréhensibilité et de la sécurité juridique. Elle conclut à la nécessité d'un retour au masculin générique dans les textes juridiques (résumé in : NUSSBAUMER [2018], N. 11).

³²⁷¹ Avec un retard du Royaume-Uni si l'on prend les pays du Commonwealth selon Christopher WILLIAMS, « The End of the ‹ Masculine Rule ›? Gender-Neutral Legislative Drafting in the United Kingdom and Ireland », in : *Statute Law Review*, vol. 29, iss. 3, 2008, p. 152 : « if we look at the situation of gender-neutral drafting in

contrastée dans la francophonie où le Québec s'est très tôt préoccupé de la problématique³²⁷² même si le pas n'a toujours pas été franchi en matière de rédaction législative³²⁷³.

L'influence de fait sur la police de la langue qu'exerce l'*Académie française*, une personne morale de droit public à statut particulier³²⁷⁴, n'est pas sans expliquer de telles réticences dans le monde francophone. Celle-ci a prédit en 2017 que l'écriture inclusive provoquerait la mort du français : « la langue française se trouve désormais en péril mortel, ce dont notre nation est dès aujourd'hui comptable devant les générations futures. »³²⁷⁵ L'avenir tranchera. En matière de rédaction législative, le *Guide de légistique français* dispose que « [l]es règles de féminisation des textes publiés au Journal officiel ont été rappelées par une circulaire du Premier ministre du 21 novembre 2017, qui précise qu'il convient de ne pas faire usage de l'écriture dite inclusive (pratiques rédactionnelles et typographiques visant à substituer à l'emploi du masculin, lorsqu'il est utilisé dans un sens générique, une graphie faisant ressortir l'existence d'une forme féminine). »³²⁷⁶

Le Conseil des Ministres du *Conseil de l'Europe* a pourtant adopté une *recommandation*, en 1990 déjà, dans laquelle il critiquait la préséance grammaticale du masculin sur le féminin et priait les Etats membres d'utiliser un langage non sexiste, notamment dans les textes juridiques.

« [...] Convaincu que le sexisme dont est empreint le langage en usage dans la plupart des Etats membres du Conseil de l'Europe – qui fait prévaloir le masculin sur le féminin – constitue une entrave au processus d'instauration de l'égalité entre les femmes et les hommes du fait qu'il occulte l'existence des femmes qui sont la moitié de l'humanité, et

the major English-speaking countries and the major institutions which legislate in English, the United Kingdom still appears to be the last bastion of the masculine rule. Even in 2007 and early 2008, the UK Parliament, the Scottish Parliament, and the Northern Ireland Assembly were still drafting some of their Acts in accordance with the masculine rule. ». La situation a évolué entre-temps, cf. XANTHAKI (2014), p. 103 ss.

³²⁷² Daniel ELMIGER, « Féminisation de par la loi : la nouvelle « Loi sur les langues » suisse et la formulation non sexiste », in : *LeGes*, 2009/1, p. 65, qui compare également la situation avec le droit italoophone.

³²⁷³ Cf. par exemple récemment la « loi visant à accroître la compétence et l'indépendance du commissaire à la lutte contre la corruption et du Bureau des enquêtes indépendantes ainsi que le pouvoir du directeur des poursuites criminelles et pénales d'accorder certains avantages à des témoins collaborateurs » (projet de loi 107 adoptée le 14 février 2018). Une exception au Québec : la « loi sur les infirmières et les infirmiers » (RLRQ c I-8). Cette exception confirme en réalité la règle (courriel du 2 mai 2018 de Mélanie SAMSON à l'auteur).

³²⁷⁴ Articles 35 et 36 de la loi de programme n° 2006-450 du 18 avril 2006 pour la Recherche.

³²⁷⁵ Déclaration de l'Académie française sur l'écriture dite « inclusive » du 26 octobre 2017. L'Académie vient toutefois d'adopter un rapport sur la féminisation des noms de métiers et de fonctions le 28 février 2019.

³²⁷⁶ CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS/SECRÉTARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT FRANÇAIS, *Guide de légistique*, 3^e éd. mise à jour, Paris, 2017, p. 293.

qu'il nie l'égalité de la femme et de l'homme ; Notant, au surplus, que l'utilisation du genre masculin pour désigner les personnes des deux sexes est génératrice, dans le contexte de la société actuelle, d'une incertitude quant aux personnes, hommes ou femmes, concernées [...] [le Comité des ministres] recommande aux gouvernements des Etats membres de promouvoir l'utilisation d'un langage reflétant le principe de l'égalité de la femme et de l'homme, et, à cette fin, de prendre toute mesure qu'ils jugent utile en vue [...] de mettre la terminologie employée dans les textes juridiques, l'administration publique et l'éducation en harmonie avec le principe de l'égalité des sexes »³²⁷⁷.

La Conférence des ONG internationales du Conseil de l'Europe a demandé en 2018 que « l'expression « droits de l'homme » soit systématiquement remplacée par celle de « droits humains » au sein du Conseil de l'Europe et ses institutions »³²⁷⁸. La langue française est directement en ligne de mire :

La Conférence demande « que les traductions soient en conformité avec une expression non discriminatoire envers les femmes dans toutes les langues utilisées et particulièrement dans une des deux langues officielles du Conseil de l'Europe, le français. »³²⁷⁹

La Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF)³²⁸⁰ oblige les Etats à réviser les règles de la langue au caractère sexiste discriminant.

« Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour [...] modifier les schémas et modèles de comportement socio-culturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes » (art. 5 let. a CEDEF).

³²⁷⁷ *Recommandation* n° R(90)4 du 21 février 1990 du Comité des Ministres *sur l'élimination du sexisme dans le langage*, suivie par l'*Instruction* n° 33 du 1^{er} juin 1994 *relative à l'emploi d'un langage non sexiste au Conseil de l'Europe* ainsi que par la *recommandation* n° Rec(2007)17 du 21 novembre 2007 *sur les normes et mécanismes d'égalité entre les femmes et les hommes*, section A.6, § 16 ss (« Elimination du sexisme dans le langage et promotion d'un langage reflétant le principe de l'égalité entre les femmes et les hommes »), mandant en particulier les « institutions consacrées à l'égalité entre les femmes et les hommes [...] pour suivre la mise en œuvre du principe de l'utilisation d'un langage non sexiste. » (§ 18 ch. ii).

³²⁷⁸ Résolution sur l'utilisation de l'expression « Droits humains » au lieu de « Droits de l'Homme » au sein de la Conférence des ONG du 24 janvier 2018 (CONF/PLE(2018)RES1). Utiliser l'expression anglaise de « human right » dans la Déclaration universelle des droits de l'homme des Nations Unies de 1948 à la place de la formulation originelle (« right of man ») n'était pas acquise d'avance (VIENNOT [2017], p. 117, qui attribue un rôle décisif à Eleanor Roosevelt ; Johannes MORSINK, « Colonies, Minorities, and Women's Rights », in : *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent*, Philadelphia, 1999, p. 118, montre en revanche que celle-ci n'était pas favorable pour substituer « human beings » à « men » à l'article 1^{er} en raison des problèmes de traduction que cela poserait en français).

³²⁷⁹ *Ibidem*.

³²⁸⁰ RS 0.108.

En effet, il s'agit en premier lieu d'un moyen symbolique entrant dans la notion de « mesures appropriées pour [...] modifier les schémas et modèles de comportement socio-culturel de l'homme et de la femme ». En deuxième lieu, la règle selon laquelle le masculin l'emporte sur le féminin est historiquement fondée « sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe »³²⁸¹. En troisième lieu, les Etats ne sauraient simplement justifier la situation actuelle au motif qu'il s'agirait de « pratiques coutumières » puisque ces dernières sont précisément l'objet à combattre.

Telle est l'interprétation de cette disposition (art. 5 let. a) donnée par le *Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes*, organe chargé de surveiller la mise en œuvre de la CEDEF : « Le Comité suggère aussi à l'État partie d'envisager de remplacer la terminologie sexiste employée dans la Constitution par une terminologie non sexiste, afin d'exprimer plus clairement le concept d'égalité entre les sexes. »³²⁸²

Cette disposition oblige également à supprimer les *stéréotypes de genre dans le langage*, à l'instar de la référence au « bon père de famille » remplacée récemment par l'adverbe « raisonnablement » ou l'adjectif « raisonnable » dans divers codes du droit français³²⁸³, car cette expression « renvoie à une représentation des hommes comme chefs de famille seuls capables de prendre des décisions raisonnables, représentation jugée discriminatoire pour les femmes. »³²⁸⁴

³²⁸¹ Cf. ci-dessus ch. 5.3.3.2e.I.

³²⁸² Comité CEDAW, CO Ireland, A/60/38 partie II (2005) 151, § 383. Cf. Judith WYTTEBACH, « Art. 5, « Allgemein » », in : Schläppi/Ulrich/Wyttenbach (éd.), *CEDAW: Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau Allgemeine Kommentierung – Umsetzung in der Schweiz – Umsetzung in Österreich*, Berne, 2015, p. 389 ss, N. 48 : « Zentrale Bedeutung besitzen ferner Assessment, Änderung und Anpassung von institutionellen und gesetzlichen Vorschriften des Staates, die Rollenstereotype aufrechterhalten, vom sozialversicherungsrechtlichen Umgang mit Care- oder Teilzeitarbeit bis hin zur Verwendung von neutraler Sprache in staatlichen Dokumenten, insbesondere in der Gesetzgebung. » Cf. ég. de la même auteure le commentaire à l'article 5 consacré à la Suisse : « Das Bewusstsein für die Bedeutung von Sprache für die Gleichstellung entwickelt sich in der Schweiz nur langsam. Im deutschen, französischen und im italienischen Sprachraum muss die konsequente Verwendung geschlechtsneutraler Sprache weiter gefördert werden, und zwar über Dokumente der öffentlichen Verwaltungen, der Justiz und des öffentlichen Bildungssektors hinaus. » (« Art. 5, Schweiz », N. 23).

³²⁸³ Cf. art. 26 de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

³²⁸⁴ Elsa FONDIMARE, « La volonté d'une égalité des droits effective et concrète entre les femmes et les hommes », in : *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 28 juillet 2014.

Ce retard francophone est flagrant en droit fédéral *helvétique*. Les lois fédérales sont formulées en langage inclusif dans leur version allemande seulement, à l'exception, notable, de la Constitution fédérale³²⁸⁵, ou des titres de lois³²⁸⁶.

En 1991, le rapport d'un groupe de travail interdépartemental recommandait aux trois langues une solution qualifiée de « créative » destinée à éviter les formes masculines génériques combinant des doublets, des termes neutres et des formulations nouvelles³²⁸⁷. En 1992, le Parlement a limité cette obligation à la langue allemande au motif qu'« il apparaît que la solution dite créative est applicable en allemand, mais qu'elle pose en l'état des problèmes insurmontables en italien et en français. »³²⁸⁸ En 1996 paraît un guide en allemand³²⁸⁹ et en 2000 un guide en français, plus sommaire, qui ne demande cependant pas d'éviter à tout prix le masculin générique³²⁹⁰.

La loi fédérale sur les langues nationales et la compréhension entre les communautés linguistiques adoptée en 2007³²⁹¹ prévoit pourtant sous l'intitulé

³²⁸⁵ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation : guide pour l'élaboration de la législation fédérale*, 3^e éd., Berne, 2007, N. 945 (réf. cit.). On trouve d'autres exemples constitutionnels, mais cantonaux, à l'instar de celui de la Constitution genevoise, également rédigée selon les principes de rédaction inclusive sur le modèle de la Constitution fédérale (Michel HOTTELIER/Thierry TANQUEREL, « Le règlement de l'assemblée constituante genevoise », in : *La Semaine judiciaire, II, Doctrine*, vol. 132, n° 1, 2010, p. 3, à propos du règlement de l'assemblée constituante, également rédigé de cette manière, « [a]nticipant ce qui pourrait être une approche à suivre pour la rédaction de la nouvelle constitution genevoise elle-même »).

³²⁸⁶ Cf. par exemple la *loi fédérale sur l'information des consommatrices et des consommateurs* (LIC, RS 944.0) dont l'article 1^{er} précise que « [l]a présente loi vise à encourager une information objective des consommatrices et des consommateurs (ci-après consommateurs) » ou la féminisation systématique des professions des ordonnances en matière de formation professionnelle, derechef uniquement dans les intitulés et non dans le corps de texte (on trouve la liste sous RS 412, par exemple l'ordonnance sur la formation professionnelle initiale de carrossière-tôlière/carrossier-tôlier avec certificat fédéral de capacité [RS 412.101.220.16]).

³²⁸⁷ *La formulation non sexiste des textes législatifs et administratifs : rapport d'un groupe de travail interdépartemental de la Confédération*, Berne, 1991.

³²⁸⁸ FF 1993 I 117 ; OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation : guide pour l'élaboration de la législation fédérale*, 3^e éd., Berne, 2007, N. 944 ; ELMIGER (2009), p. 59.

³²⁸⁹ CHANCELLERIE FÉDÉRALE, *Leitfaden zur sprachlichen Gleichbehandlung im Deutschen*, Berne, 1996, remplacé depuis par CHANCELLERIE FÉDÉRALE, *Leitfaden zum geschlechtergerechten Formulieren im Deutschen*, Berne, 2009.

³²⁹⁰ CHANCELLERIE FÉDÉRALE, *Guide de formulation non sexiste des textes administratifs et législatifs de la Confédération*, Berne, 2000 ; ELMIGER (2009), p. 60. Sur l'historique de cette évolution, cf. Daniel ELMIGER/Verena TUNGER/Eva SCHAEFFER-LACROIX, *Geschlechtergerechte Behördentexte. Linguistische Untersuchungen und Stimmen zur Umsetzung in der mehrsprachigen Schweiz*, Genève, 2017, ch. 1.3.2.

³²⁹¹ RS 441.1.

« compréhensibilité » une disposition demandant aux autorités de « tenir compte » de la formulation non sexiste³²⁹² :

« Les autorités fédérales s’efforcent d’utiliser un langage adéquat, clair et compréhensible et tiennent compte de la formulation non sexiste. »³²⁹³ (en allemand : « geschlechtergerechte Formulierungen » [formulations équitables par rapport aux sexes] ; en italien : « uso non sessista della lingua » [utilisation non sexiste de la langue])³²⁹⁴. On relèvera, avec une pointe d’ironie, que ladite loi sur les langues mentionne deux articles plus loin, tant en français qu’en italien, « le chancelier de la Confédération », alors qu’elle a pourtant remplacé dans la même phrase « les conseillers fédéraux » par les « membres du Conseil fédéral » : « Les membres du Conseil fédéral, le chancelier de la Confédération et les employés de l’administration fédérale travaillent, au choix, en allemand, en français ou en italien. »³²⁹⁵ Nous montrerons plus bas que la Constitution fédérale, depuis 1999, a féminisé la fonction en introduisant un doublet sans impact sur la clarté. Dans le même sens, la version allemande de la loi sur les langues, conformément à la pratique courante depuis 1992, contient un doublet : « Die Mitglieder des Bundesrates, die Bundeskanzlerin oder der Bundeskanzler und die Angestellten der Bundesverwaltung arbeiten wahlweise in deutscher, französischer oder italienischer Sprache. » La langue allemande est confrontée sur ce point aux mêmes difficultés que le français. Cette illustration montre que la différence de pratique entre l’allemand d’une part et le français et l’italien d’autre part n’est pas fondée sur une difficulté linguistique objective impossible à résoudre raisonnablement mais qu’elle revêt un caractère éminemment socio-culturel très fortement ancré symboliquement dans les représentations collectives des rapports entre hommes et femmes.

L’*examen périodique universel* de la Suisse effectué dans le cadre du Conseil des droits de l’homme en 2008 contenait, à l’initiative du Canada, la recommandation suivante rédigée de manière très diplomatique : « Continuer à agir pour favoriser l’emploi d’un langage spécifique non sexiste »³²⁹⁶.

On trouve sur le *plan cantonal* un grand nombre de références juridiques et administratives³²⁹⁷. En *Suisse romande*, si la Conférence latine des déléguées à l’égalité a participé à la rédaction en 2001 d’un guide commun à cet effet³²⁹⁸, la situation diffère selon les cantons même s’ils appartiennent à la même communauté linguistique.

A *Neuchâtel* par exemple, les règlements et autres actes du Conseil d’Etat notamment doivent être formulés en langage épïcène (reformulation du texte, utilisation de formes

³²⁹² BORGHI/PREVITALI (2018), p. 725.

³²⁹³ Art. 7 al. 1^{er} LLC.

³²⁹⁴ Sur ces différences, cf. ELMIGER (2009), p. 61.

³²⁹⁵ Art. 9 al. 1^{er} LLC.

³²⁹⁶ Recommandation 56.6 (Rapport du Groupe de travail sur l’Examen périodique universel de la Suisse et réponses de la Suisse aux recommandations qui lui ont été adressées dans ce cadre [A/HRC/8/411 et A/HRC/8/41/Add.12]).

³²⁹⁷ Cf. la liste détaillée in : ELMIGER/TUNGER/SCHAEFFER-LACROIX (2017), ch. 5.

³²⁹⁸ Thérèse MOREAU/CONFÉRENCE LATINE DES DÉLÉGUÉES À L’ÉGALITÉ DES DROITS ENTRE FEMMES ET HOMMES, *Guide romand d’aide à la rédaction administrative et législative épïcène : Écrire les genres*, Genève, 2001.

neutres ou épicènes et utilisation conjointe de la forme féminine et de la forme masculine)³²⁹⁹. Les actes législatifs font l'objet d'une directive dans le même sens³³⁰⁰.

Dans le canton de *Genève*, le règlement pour l'égalité et la prévention des discriminations en raison du sexe, de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre du 13 septembre 2017³³⁰¹ prévoit la féminisation des noms de métier, de fonction, de grade ou de titre³³⁰² et demande à l'administration cantonale d'adopter, dans la mesure du possible, une communication inclusive et épicène³³⁰³. La Directive de rédaction législative conseille l'usage du masculin générique qui est « parfaitement conforme à la loi. Il s'agit également du modèle qui respecte le mieux l'usage de la langue », admet également l'usage du doublet intégral même si « la formule est cependant plus lourde et peut occasionner des difficultés d'accord ou de coordination entre les propositions », recommande l'usage de formulations épicènes ou de tournures neutres mais proscriit le féminin générique ou des procédés typographiques d'intégration des deux genres³³⁰⁴.

Dans le canton de *Fribourg*, le règlement sur l'élaboration des actes législatifs précise que « [l]a formulation respecte l'égalité des genres, en fonction du génie propre à chaque langue et du contexte rédactionnel, sans nuire à l'intelligibilité ni à la lisibilité du texte. »³³⁰⁵

Dans le canton de *Vaud*, la question fait l'objet de directives et de guides. Pour les actes législatifs, la règle suivante prévaut : « Règles applicables aux textes législatifs – Dans la mesure du possible, les textes législatifs seront rédigés de manière épicène, en s'appuyant sur les outils de rédaction présentés par le Bureau de l'égalité. »³³⁰⁶ On relèvera en passant une loi vaudoise entièrement rédigée au *féminin générique*³³⁰⁷.

Introduire l'écriture inclusive dans la rédaction législative est un exemple de *recommandation indirecte* dans sa variante du *comportement modèle des autorités* que nous avons examiné au chapitre des instruments d'action³³⁰⁸. Les autorités habituent progressivement l'oreille, la plume et le clavier des particuliers en misant sur le pouvoir des effets pré-juridiques du droit souple pour combattre l'inertie des règles de la langue.

³²⁹⁹ Art. 2 du Règlement du Conseil d'Etat concernant une formulation des textes officiels qui respecte l'égalité des sexes du 25 novembre 2015 (RS 152.112).

³³⁰⁰ Directive de la commission législative du Grand Conseil concernant une formulation des actes législatifs qui respecte l'égalité des sexes, approuvée en 2009 et 2015.

³³⁰¹ REgal (RS/GE B 5 05.11).

³³⁰² Art. 6 REgal.

³³⁰³ Art. 5 REgal.

³³⁰⁴ CHANCELLERIE D'ETAT, *Directive de rédaction législative*, Genève, 2018, p. 98 ss. Cf. toutefois le projet de loi « Pour la démasculinisation de la législation genevoise » déposé le 8 février 2019 (PL 12440).

³³⁰⁵ Art. 10 al. 3 du règlement du Conseil d'Etat sur l'élaboration des actes législatifs (REAL ; RS/FR 122.0.21).

³³⁰⁶ vd.ch > Guide TYPO3 > Rédaction égalitaire (épicène).

³³⁰⁷ Cf. ci-dessous note de bas de page n° 3323 (avec un autre exemple en droit neuchâtelois).

³³⁰⁸ Cf. ci-dessus ch. 3.3.3.3i.

IV. Les techniques de rédaction inclusive

Celles et ceux qui s'opposent à l'adaptation des règles de linguistique à l'égalité des sexes invoquent des motifs de clarté. L'argument est discuté³³⁰⁹.

Illustrative est la « solennelle mise en garde » de l'*Académie française* selon laquelle l'écriture inclusive créerait « une confusion qui confine à l'illisibilité. »³³¹⁰. Dans le domaine législatif, le Premier ministre français Edouard PHILIPPE se réfère explicitement au principe d'intelligibilité et de clarté de la norme pour s'opposer à l'écriture inclusive : « Outre le respect du formalisme propre aux actes de nature juridique, les administrations relevant de l'Etat doivent se conformer aux règles grammaticales et syntaxiques, notamment pour des raisons d'intelligibilité et de clarté de la norme. »³³¹¹

Au *Canada*, le Guide fédéral de jurilinguistique législative française rejette l'écriture inclusive pour ce même motif : « Il est sûr, en tout cas, que ce n'est pas en systématisant les dédoublements, les parenthèses et les barres obliques qu'on améliorera la rédaction – et encore moins la lisibilité – des textes normatifs, tels les lois et les règlements, et des documents de nature juridique ou administrative. »³³¹²

On retrouve l'argument en *Suisse* avec, par exemple, la mise en garde de Marco BORGHI et d'Adriano PREVITALI pour lesquels « une application généralisée de formules épiciques pourrait conduire à alourdir excessivement les textes légaux ou à adopter des solutions discutables sur le plan linguistique » ; tout en reconnaissant cependant qu'il s'agit d'une « délicate question » et en illustrant par un exemple où les versions italienne ou française ont amélioré « notablement la qualité du texte » en adoptant une solution neutre³³¹³.

Dans la loi fédérale sur les langues, la disposition demandant aux autorités de tenir compte de la formulation non sexiste est celle qui pose simultanément l'exigence de compréhensibilité, semblant par-là suggérer indirectement aux autorités la nécessité de moderniser le langage sans sacrifier à la compréhensibilité du message. Si certaines techniques préconisées sapent incontestablement la clarté ou l'élégance³³¹⁴ d'un texte, d'autres n'ont en revanche aucune incidence sur la clarté linguistique :

³³⁰⁹ La problématique n'est pas analogue selon les langues, cf. par exemple en anglais XANTHAKI (2014), p. 103 selon laquelle la rédaction neutre du point de vue du genre (« gender-neutral drafting ») serait au contraire un moyen au service de la clarté et de l'efficacité de la loi. Dans le même sens, cf. Kadija KABBA, « Gender-neutral language: an essential language tool to serve precision, clarity and unambiguity », in : Xanthaki (éd.), *Enhancing Legislative Drafting in the Commonwealth: A Wealth of Innovation*, Londres, 2015, p. 50 ss.

³³¹⁰ Déclaration de l'Académie française sur l'écriture dite « inclusive » du 26 octobre 2017.

³³¹¹ Circulaire du 21 novembre 2017 relative aux règles de féminisation et de rédaction des textes publiés au Journal officiel de la République française.

³³¹² Guide fédéral de jurilinguistique législative française, entrée : « Désexualisation ».

³³¹³ BORGHI/PREVITALI (2018), p. 725.

³³¹⁴ Sur l'élégance législative, cf. ci-dessus ch. 1.3.2.2b.II.

- bannissement du « mademoiselle » et de l'attribution à une femme du nom de fonction de son époux ;
- utilisation du terme « humain » ou « personne » à la place d'« Homme » pour désigner l'espèce humaine (droits humains ou, au Québec, droits de la personne³³¹⁵) ;
- accord de proximité (accord avec le genre du mot le plus proche de l'adjectif) ou accord de majorité (accord avec le genre majoritaire des noms visés) ;
- féminisation des métiers, des titres et des fonctions ;
- neutralisation par le recours à des mots épicènes (personne, personnel, équipe, présidence, individu, sujet, membre, corps, élève, parents) ;
- adoption de nouvelles formes neutralisantes (« toustes » pour toutes et tous³³¹⁶).

On précisera que les néologismes résultant de l'application de certaines de ces techniques, telles que les nouvelles formes neutralisantes ou la féminisation des titres, ne péjorent aucunement la clarté linguistique du texte, mais l'on conçoit bien qu'ils sont de nature à heurter la sensibilité de certains locuteurs ou locutrices qui pourraient les considérer comme des barbarismes. Hubertine AUCLERT que nous avons citée plus haut avait pourtant répondu à ce grief en 1898 déjà en remarquant qu'« à force de prononcer certains mots, on finit par en accepter le sens tout d'abord heurté »³³¹⁷.

Un exemple est celui des « droits humains » dont certaines voix évoquent une confusion possible avec l'adjectif « humain » défini dans son sens de bienveillant, compatissant ou sensible pour s'y opposer, alors que l'usage admet depuis fort longtemps les « ressources humaines ». Dans le même ordre d'idée, on méditera sur le terme de « police criminelle »³³¹⁸ ...

D'autres techniques sont en revanche plus problématiques quant à la clarté du texte législatif. Elles sont débattues :

A. *L'inclusion de signes typographiques à l'intérieur des mots* – L'inclusion d'une barre oblique, d'un trait d'union, d'un point médian ou d'un astérisque dans les mots est déconseillée dans les textes normatifs, tant pour des motifs de lisibilité que de lecture à haute voix, posant un problème particulier pour les personnes malvoyantes ou non-voyantes utilisant des systèmes de synthèse vocale (du moins tant que ces derniers n'auraient pas été programmés pour pallier ce défaut technique). Son utilisation dans les formulaires administratifs ne pose en revanche pas de problème particulier. L'accord de majorité ou de proximité est un bon moyen pour éviter au maximum l'ajout de tels signes :

³³¹⁵ « Certes, la langue évolue et il incombe au législateur de prendre acte des changements de l'usage et d'y donner suite. C'est pourquoi on parle de moins en moins des « droits de l'Homme », mais plutôt des « droits de la personne ». » (Guide fédéral de jurilinguistique législative française, entrée : « Désexualisation »).

³³¹⁶ VIENNOT (2017), p. 130.

³³¹⁷ Cf. ci-dessus ch. 5.3.3.2e.I.

³³¹⁸ Je tiens à remercier Frédéric Bernard pour ce dernier exemple particulièrement illustratif.

« « Les candidates et les candidats seront connus le 15 juin. » (plutôt que « connus·es ») – « Chères et chers amis » (plutôt que « ami·es ») »³³¹⁹.

B. *Le recours à la voie passive* – Le recours à la voie passive, procédé souvent préconisé dans la rédaction inclusive, est plutôt déconseillé en rédaction législative, car le complément d'agent est fréquemment oublié, laissant le sujet indéterminé³³²⁰ :

La phrase « l'autorisation est délivrée aux conditions X et Y » n'informe pas sur la personne compétente pour délivrer celle-ci. La clarté normative ici en pâtit, sauf à ne pas oublier de rajouter le complément.

C. *L'utilisation du doublet* – L'incidence du doublet féminin/masculin sur la clarté est très débattue. Henri CAPITANT prenait en particulier cet exemple pour critiquer la – trop peu connue – révision du Code civil français de 1917 que nous avons décrite ci-dessus :

« La rédaction de certains articles ainsi complétés est devenue singulière. Qu'on lise notamment l'article 397 nouveau : « Le droit individuel de choisir un tuteur ou une tutrice, parent ou parente, étranger ou étrangère, n'appartient qu'au survivant des père et mère. » N'était-il pas plus simple de dire : « parent ou étranger » ? »³³²¹

Lorsque les termes sont *peu nombreux*, le doublet ne pose en revanche aucun problème de lisibilité :

« L'Assemblée fédérale élit les membres du Conseil fédéral, le chancelier ou la chancelière de la Confédération, les juges au Tribunal fédéral et le général. »³³²²

Le doublet ne permet en revanche pas de résoudre le problème des *personnes intersexuées* ou *non binaires*, qu'il contribue à exacerber.

D. *La préséance générique, masculine ou féminine* – Lorsque les termes à doubler deviennent trop nombreux et fréquents, la clarté linguistique en souffre indubitablement. Dans ce cas, la préséance générique en faveur d'un genre ou d'un autre se justifie pour éviter un texte trop boursoufflé. Le procédé est à notre avis recevable, car la préséance n'est dans ces conditions pas posée d'office mais à *titre subsidiaire* seulement, chaque fois que les autres techniques atteignent leurs limites.

³³¹⁹ Éliane VIENNOT, *Préconisations pour un langage non sexiste* (elianeviennot.fr > Langue française > Préconisations).

³³²⁰ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation : guide pour l'élaboration de la législation fédérale*, 3^e éd., Berne, 2007, N. 941.

³³²¹ CAPITANT (1917), p. 310 s. (note de bas de page 4).

³³²² Art. 168 al. 1^{er} Cst. féd. On relèvera en passant l'omission, volontaire, de l'adjonction d'une « générale » afin de réserver la fonction à un militaire masculin (Bernhard EHRENZELLER, « Art. 168 », in : Ehrenzeller *et al.* (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung : St. Galler Kommentar*, 1^{re} éd., Zurich, 2002, p. 1660 s.).

La question du choix du genre qui l'emporte reste cependant ouverte. Elle doit être posée et discutée en toute transparence, en évitant naturellement de se fonder sur le critère de la noblesse d'un sexe ou d'un autre. On retrouve alors le même arbitraire – aussi admissible qu'indispensable – que l'on observe en droit de la circulation routière prescrivant selon les pays la conduite sur le côté droit ou gauche de la chaussée.

Un avertissement placé au frontispice de la loi peut le préciser, à l'instar d'une loi vaudoise rédigée au *féminin générique*³³²³.

Ce dernier exemple, visant l'accueil de jour des enfants, montre cependant que le féminin générique peut aller à l'encontre du but visé, en contribuant à faire perdurer les stéréotypes de genre (les professions relatives à la petite enfance sont essentiellement féminines et vouées à le rester).

Dans certains domaines, adopter le féminin générique, ou généraliser l'usage des doublets, serait une opération sans valeur ajoutée pour la cause égalitaire, comme l'exemple du Code pénal pourrait l'illustrer (le voleur ou la voleuse ; l'escroc ou l'escroque³³²⁴). La technique de la neutralisation règle la question dans ce cas (« quiconque aura soustrait une chose » au lieu de « celui qui » ou de « celle qui »).

Si la matière visée conduit ainsi à affiner la réflexion, le type de texte est également une variable déterminante. Les textes de doctrine se prêtent plus facilement à une rédaction de cas en cas au féminin générique³³²⁵, voire en alternance entre le masculin et le féminin³³²⁶, qu'un corpus complet de textes

³³²³ « Toute désignation de personne, de statut, de fonction ou de profession utilisée dans la présente loi s'applique indifféremment aux femmes et aux hommes. » (art. 4 Loi sur l'accueil de jour des enfants (LAJE) du 20 juin 2006 [RS/VD 211.22]). Exemple de formulation dans le corps de la loi : « L'autorisation ne peut être octroyée et maintenue que si la directrice d'une institution s'engage à vérifier que le personnel qu'elle recrute a la formation requise » (art. 11 LAJE). Plus récemment, cf. les Statuts de l'Université de Neuchâtel du 3 mai 2018, rédigés au féminin générique (RS/NE 416.450).

³³²⁴ Alain REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, 1992, précise sous l'entrée « Escroquer » que l'emploi à la forme féminine est archaïque en se référant à Gédéon Tallemant des Réaux : une escroque.

³³²⁵ Cf. par exemple la thèse de doctorat de Christoph MÜLLER, *La perte d'une chance – Etude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale*, Berne, 2002.

³³²⁶ Cf. par exemple la thèse de doctorat de Djemila CARRON, *L'acte déclencheur d'un conflit armé international*, Genève, 2015, p. XXI : emploi indifférent du féminin et du masculin avec la précision selon laquelle seront compris « chaque fois les représentantes du sexe féminin et ceux du sexe masculin, ainsi que toutes les personnes qui ne se reconnaissent dans aucune de ces deux catégories » ; option choisie par l'auteure « dans le but d'utiliser un langage inclusif tout en renonçant, pour un travail de cette longueur, aux contraintes du langage épique. »

législatifs. En effet, si un législateur décidait de généraliser dorénavant le féminin générique dans la rédaction législative, il devrait réviser l'ensemble des lois existantes par souci de cohérence, progressivement le cas échéant en profitant d'une modification législative pour réviser l'ensemble du texte. Afin qu'une telle opération ne conduise pas à inverser le sens de la discrimination, il faudrait recourir à la *règle de l'alternance*, susceptible toutefois de poser d'inéluctables problèmes de clarté et d'interprétation dans les domaines législatifs où la différence de genre reste juridiquement pertinente.

Alors que l'avertissement placé au début du texte sur le choix du genre générique se réfère traditionnellement à l'autre sexe uniquement, la prise de conscience de l'existence de personnes ne se reconnaissant ni dans un sexe ni dans l'autre devrait conduire à une référence explicite aux *personnes non binaires*³³²⁷.

Il s'ensuit à notre avis que, dans le contexte de la rédaction législative, le *masculin générique*, appliqué à titre *subsidaire*, constitue une solution pragmatique acceptable, ménageant au mieux – ou le moins mal – les différents intérêts en présence.

En conclusion une *combinaison pragmatique de différentes techniques*, telle que la Confédération la préconise dans sa méthode qu'elle qualifie de « créative »³³²⁸, permet d'aboutir à une solution équilibrée ménageant l'égalité des genres tout en assurant la clarté du texte.

5.3.3.3 Les techniques visant à améliorer la compréhensibilité des textes normatifs

a. Introduction

La compréhensibilité des textes normatifs peut être améliorée de diverses manières. On évoquera ici quelques pistes : la simplification dans son contexte de droit comparé (ch. 5.3.3.3b), l'écriture en langue facile (ch. 5.3.3.3c), le recours à des tests de compréhensibilité (ch. 5.3.3.3d), l'apport de la rédaction multilingue à la compréhensibilité des lois (ch. 5.3.3.3e) et les illustrations graphiques (ch. 5.3.3.3f).

b. La simplification : le style législatif en droit comparé

Nous avons longuement évoqué plus haut la problématique de la simplification des lois³³²⁹. Nous n'y reviendrons pas. Le style législatif est très

³³²⁷ Cf. dans ce sens l'avertissement dans la thèse précitée (cf. note 3326).

³³²⁸ Cf. ci-dessus p. 579.

³³²⁹ Cf. ci-dessus ch. 1.3.3.4.

variable selon les traditions juridiques, politiques et culturelles des différents pays.

Si pour certains l'idéal réside dans la simplicité, pour d'autres il ne l'est pas. Jean CARBONNIER rapporte l'exemple de FÉNÉLON pour qui « [d]es lois courtes et simples n'exercent point assez la science et le génie des jurisconsultes ; elles n'approfondissent point assez les belles questions »³³³⁰. On rappellera ici les appréciations contrastées portées par FLAUBERT et STENDHAL sur le style du Code civil français³³³¹.

Aujourd'hui, le *droit de l'Union européenne* est critiqué pour la (mauvaise) influence qu'il exercerait sur la langue du droit national ; le législateur national reproduirait le style européen dans le cadre de la reprise ou de la transposition du droit de l'Union³³³².

³³³⁰ Cit. in : Jean CARBONNIER, « La passion des lois au siècle des lumières », in : *Bulletin de l'Académie royale de Belgique*, séance du 6 décembre 1976, p. 550.

³³³¹ Cf. ci-dessus ch. 5.1, p. 515.

³³³² Cf. la critique du Conseil fédéral ci-dessus ch. 1.3.3.3 note 546. En droit privé, cf. Thomas PROBST, « Der Einfluss des EU-Rechts auf den Gesetzgebungsstil im schweizerischen Privatrecht », in : Institut de droit européen de l'Université de Fribourg (éd.), *Die Schweiz und die europäische Integration, 20 Jahre Institut für Europarecht*, Zurich etc., 2015, p. 249 ss. Cf. ég. MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 210 (réf. cit.); WYSS (2018), p. 5 ss ; HAUCK (2008), p. 52. Pour une critique plus globale, cf. Helen XANTHAKI, « Improving the Quality of EU Legislation: Limits and Opportunities? », in: Garben /Govaere (éd.), *The EU Better Regulation Agenda : A Critical Assessment*, Portland, 2018, p. 29 ss ; Sacha GARBEN, « An 'Impact Assessment' of EU Better Regulation », in: Garben /Govaere (éd.), *The EU Better Regulation Agenda : A Critical Assessment*, Portland, 2018, p. 217 ss.

Le potentiel de simplification variera en conséquence. Il sera incontestablement supérieur en droit états-unien³³³³ et moindre en droit fédéral suisse ; ce dernier étant très lisible de manière générale³³³⁴. Une analyse en linguistique computationnelle resterait pourtant à faire pour objectiver ce point³³³⁵.

D'un point de vue symbolique du moins, le *législateur helvétique* demeure très attaché à l'*idéal de législation populaire* qu'il revendique sans relâche depuis sa théorisation voici un siècle par le rédacteur du Code civil, Eugen HUBER, dont les préceptes imprègnent aujourd'hui encore les guides de rédaction législative³³³⁶ ainsi que le service linguistique germanophone de l'administration fédérale, chargé spécialement du contrôle linguistique des lois, dont la devise est : « Penser comme un philosophe et écrire comme un paysan. »³³³⁷ En comparaison, on imagine assez mal Paris, Londres, Berlin ou Bruxelles reprendre à leur compte une métaphore aussi confondante que champêtre !

« La langue du droit est une variété linguistique de prestige [...] qui se distingue par des aspects conservateurs » nous remémorent une linguiste et un président émérite de la Cour constitutionnelle de Belgique³³³⁸.

Historiquement, l'esprit du *Code civil allemand* relève de la langue prestigieuse. Otto VON GIERKE, par exemple, a critiqué le premier projet de Code civil allemand précisément parce qu'il n'était pas « populaire » (« volkstümlich ») :

³³³³ Sur le caractère (trop) complexe des lois aux USA, cf. ci-dessus ch. 5.3.3.1 les réf. à James MAXEINER, *Failures of American Methods of Lawmaking in Historical and Comparative Perspectives*, Cambridge/New York, 2018. Sur la complexité et l'opacité de la rédaction législative dans les pays de tradition anglaise, cf. Jacques LAGACÉ, « L'accessibilité du langage des lois », in : Tremblay (éd.), *Éléments de légistique : comment rédiger les lois et les règlements*, Cowansville, 2010, p. 423 : « Les textes juridiques de tradition anglaise sont souvent d'une rédaction particulièrement compliquée et opaque, et il est facile de penser, si on ne les compare pas avec des textes de tradition romano-germanique, que langue juridique et jargon sont synonymes. »

³³³⁴ Alexandre FLÜCKIGER/Christine GUY-ECABERT, « La bonne loi ou le paradis perdu ? », in : *LeGes*, 2015/1, p. 40.

³³³⁵ Cf. la proposition de Felix UHLMANN, « Qualität der Gesetzgebung – Wünsche an die Empirie », in : Griffel (éd.), *Vom Wert einer guten Gesetzgebung*, Berne, 2014, p. 173 ss. Une telle analyse permettrait de mettre en contexte les critiques adressées à la qualité de la législation suisse, en particulier sous l'angle rédactionnel, par un collectif d'auteurs in : Alain GRIFFEL (éd.), *Vom Wert einer guten Gesetzgebung*, Berne, 2014, *passim*.

³³³⁶ Cf. ci-dessus ch. 5.3.3.2a.II.

³³³⁷ 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.

³³³⁸ Michèle LENOBLE-PINSON/Paul MARTENS, *Dire et écrire le droit en français correct : Au plaisir des gens de robe*, Bruxelles, 2014, p. 13.

« Nur ist er nicht deutsch, nur ist er nicht volkstümlich, nur ist er nicht schöpferisch »³³³⁹.

En revanche, le *Code civil français* a été originellement pensé dans un esprit de simplicité et d'intelligibilité³³⁴⁰. Henri CAPITANT le rappelait en 1917 pour en déplorer la disparition progressive :

« Ecrits dans une langue simple, précise, ponctués avec soin, divisés en alinéas courts et peu nombreux, ses articles [du Code civil] sont faciles à lire et à comprendre, même pour des personnes non versées dans la science du Droit. Clarté, précision, concision, mesure, ce sont là les qualités qui le distinguent, et en font un modèle qui n'a jamais été surpassé. [...] Malheureusement ces belles qualités de notre Code sont en train de disparaître, et cela par la faute du législateur moderne. »³³⁴¹

C'est dans ce contexte qu'il faut comprendre l'éloge de Raymond SALEILLES adressé au codificateur helvétique dans les termes suivants :

« pour retrouver l'analogie de certaines formules du Code civil français, il faut en arriver à l'avant-projet de Code civil suisse, cette œuvre admirable de M. le professeur Huber. »³³⁴²

La réception de ce style d'une concision excessive laissant une place trop grande à la doctrine et à la jurisprudence n'a pourtant pas été unanime³³⁴³.

La réputation de *qualité rédactionnelle des légistes suisses* est en réalité plus ancienne. François DESSEMONTET note que « [p]armi les rédacteurs légaux du Québec au XVIII^e siècle, il s'est trouvé, dit-on, quelques officiers suisses en service étranger qui faisaient des textes < d'assez bonne qualité >. Pourtant, les légistes suisses ont autant de difficulté que quiconque à pratiquer une rédaction claire et concise des lois. »³³⁴⁴

Jean-Charles BONENFANT retrace cet historique : « Il est assez intéressant de noter que les premiers textes français sont d'assez bonne qualité. Ils ont été rédigés par des Suisses qui faisaient partie de l'armée anglaise. En général ces premiers textes sont bons. Là où le plaisir commence c'est en 1792. [...] de 1792 jusqu'à 1867, nous avons eu presque uniquement des lois rédigées en anglais. [...] Parfois on ne traduisait même pas : on prenait les mots anglais et on les francisait ; < British > est devenu < Breton > ; vous

³³³⁹ Otto VON GIERKE, *Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, 2^e éd., Leipzig, 1889, p. 2.

³³⁴⁰ Sur l'esthétique du Code civil français, cf. TEISSIER-ENSMINGER (2004).

³³⁴¹ CAPITANT (1917), p. 305.

³³⁴² Raymond SALEILLES, « Le Code civil et la méthode historique », in : Rousseau (éd.), *Le Code civil 1804-1904, livre du centenaire*, vol. 1, Paris, 1904, p. 103.

³³⁴³ Cf. Rudolf GMÜR, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch: verglichen mit dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch*, Zurich, 1965, p. 42.

³³⁴⁴ François DESSEMONTET, « Langage et système des lois suisses », in : *Les Cahiers de droit*, vol. 21, n° 3-4, 1980, p. 580.

imaginez que cela commençait mal. Donc les premiers textes français de nos lois sont un amusement public et si on veut bien comprendre, il faut lire l'anglais. »³³⁴⁵

Les sources de cette ambition assumée d'une législation populaire n'est pas à rechercher du côté du Cervin ou des coteaux de Lavaux mais plutôt dans une tradition de démocratie directe, de parlements de milice, de fédéralisme ainsi que, historiquement, de juges laïcs³³⁴⁶. En pratique cependant les citoyens et les citoyennes adoptant une loi en votation populaire ne se forgent que très rarement leur opinion à la lecture du texte législatif, mais par un ensemble de documents et de discours destinés à vulgariser et à faire comprendre la loi soumise à l'approbation du peuple³³⁴⁷.

c. Une tentative de simplification radicale : la loi en langue facile

La Confédération propose sur son site Internet une version radicalement simplifiée de la législation fédérale afin de la rendre plus facile à comprendre par les personnes atteintes d'un handicap mental ou d'un trouble cognitif. Elle a tenté, à titre de première expérience pour l'instant restée sans suite, de réécrire la législation sur les personnes handicapées en « langue facile à lire »³³⁴⁸. L'exercice est digne et méritoire³³⁴⁹. Il touche pourtant rapidement à ses limites, car la langue de la loi est une langue abstraite. Simplifiée linguistiquement à l'extrême, la règle n'en deviendra pas plus concrète et demandera toujours à être appliquée au cas d'espèce. Or imposer un tel exercice interprétatif dans ce type de contexte ne va certainement pas contribuer à une meilleure compréhension de la règle. Cette situation montre que les deux faces de la clarté sont bel et bien liées comme on l'a vu plus haut³³⁵⁰ : la norme restera incomprise tant qu'elle demeurera trop abstraite ; seul un travail sur la qualité normative – c'est-à-dire décrire précisément à la personne handicapée le comportement précis qu'elle

³³⁴⁵ Jean-Charles BONENFANT, « Perspective historique de la rédaction des lois au Québec », in : *Les Cahiers de droit*, vol. 20, n° 1-2, 1979, p. 390 s.

³³⁴⁶ FLÜCKIGER (2016, « La démocratie directe »), p. 83 ss. Cf. ég. MERTENS (2004), p. 507 ; CARONI (2015), p. 90 s.

³³⁴⁷ Georg MÜLLER, « Rechtskenntnis und Gesetzessprache », in : *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1982, p. 554 s. ; MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 204 ss.

³³⁴⁸ www.admin.ch/gov/fr/accueil/droit-federal/recherche-et-nouveautes/10-jahre-behig.html.

³³⁴⁹ Pour une défense de ce projet, cf. Jasmin CAHANNES-KOCHER/Andreas RIEDER, « Das Behindertengleichstellungsgesetz in der Leichten Sprache: ein Beitrag zur Gleichstellung », in : *LeGes*, 2016/1, p. 91 ss ; BORGHI/PREVITALI (2018), p. 724 s. qui en soulignent la nécessité afin de respecter l'article 9 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006 (RS 0.109).

³³⁵⁰ Cf. ci-dessus ch. 5.3.1.

doit ou peut adopter dans un cas d'espèce – lui sera utile. L'exemple suivant l'illustre :

La disposition selon laquelle « ne sont pas contraires à l'art. 8, al. 1, Cst. les mesures appropriées visant à compenser les inégalités qui frappent les personnes handicapées »³³⁵¹ a été réécrite de la manière suivante :

« Il faut traiter tout le monde de la même façon.

Mais parfois on traite les personnes avec handicap autrement pour arrêter des inégalités.

Dans ce cas, c'est permis.

On peut traiter quelqu'un autrement pour arrêter une inégalité. »

Sans exemples ni précision, cette disposition n'est pas vraiment plus compréhensible, même pour une personne sans trouble cognitif. La réécriture de certains articles échappe en partie à cette critique lorsque les notions vagues ont été développées, mais, ce faisant, le texte s'est allongé sans que le message n'en devienne beaucoup plus intelligible :

Texte original :

« La présente loi est sujette au référendum.

Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur. »

Texte en « langue facile à lire » :

« Si une personne pense que cette loi n'est pas bonne.

Et que cette personne est suisse.

Elle peut essayer de faire quelque chose contre cette loi.

Par exemple pour l'annuler.

Mais pour cela, elle doit demander à beaucoup de personnes de donner leur signature.

Cela s'appelle un référendum.

Quand beaucoup de personnes donnent leur signature pour changer une loi.

Si le référendum réussit.

Alors on vote.

Pour dire si on pense que la loi est bonne ou pas.

La Conseil fédéral a décidé :

La loi est valable depuis le 1^{er} janvier 2004. »³³⁵²

Lorsque les termes originaux deviennent trop complexes, l'exercice n'a plus de sens. La disposition prévoyant que « pour la procédure devant le Tribunal fédéral, les frais judiciaires sont régis par la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral »³³⁵³ n'a simplement pas été traduite³³⁵⁴.

³³⁵¹ Art. 5 al. 2 de la loi sur l'égalité pour les handicapés (LHand) (RS 151.3).

³³⁵² Art. 24 LHand.

³³⁵³ Art. 10 al. 3 LHand.

³³⁵⁴ Markus NUSSBAUMER, « Gesetze in « leichter Sprache »? », in : *LeGes*, 2016/1, p. 105.

En vérité, l'exercice vise plus à informer qu'à normer. Les auteurs de la version « en facile à lire » en sont conscients lorsqu'ils avertissent leurs lecteurs et lectrices que « pour que les lois fonctionnent, elles peuvent seulement être en langue difficile » :

« Les lois ne peuvent pas être en facile à lire.

Elles ont des règles spéciales.

– On dit : des exigences juridiques.

Pour que les lois fonctionnent, elles peuvent seulement être en langue difficile.

En langue difficile, la loi s'appelle :

Loi sur l'égalité pour les handicapés. »³³⁵⁵

Se calquer sur la structure et la forme de la loi n'est donc pas un choix pertinent puisque les lois ne « fonctionnent pas » lorsqu'elles sont rédigées en « langue facile à lire ». Il serait bien plus opportun de recourir à des procédés de vulgarisation, par exemple un commentaire simplifié du texte de loi visant la clarté normative, contenant des exemples concrets ou des illustrations, le tout complété par une offre d'assistance et de conseils personnalisés³³⁵⁶.

d. Les tests de compréhensibilité

Procéder à des enquêtes et des tests de compréhensibilité est une manière d'améliorer la qualité des textes de loi. L'activité peut se dérouler dans le cadre de recherches scientifiques ou être formalisée dans le processus de contrôle qualité des projets de loi.

« Testing the regulations before they are finalised, to find out if the users and stakeholders can actually read, understand and use the regulations, is a very valuable tool. »³³⁵⁷ Les projets de loi font en effet l'objet de *procédures de vérification linguistique* au cours du processus législatif durant lequel un certain nombre de personnes et d'organes seront amenés à les lire et à les comprendre³³⁵⁸. En particulier les *procédures de consultation du public* sur les projets de loi : « Participation may also eliminate gross errors in the legal

³³⁵⁵ Loi sur l'égalité pour les handicapés en langue facile à lire, p. 2.

³³⁵⁶ Dans ce sens, cf. NUSSBAUMER (2016), p. 106 ss.

³³⁵⁷ COMMISSION EUROPÉENNE, DIRECTION GÉNÉRALE DE LA TRADUCTION, *Document quality control in public administration: a study*, Bruxelles, 2013, p. 119, 121 s. et 133 (« usability testing »).

³³⁵⁸ En droit fédéral, cf. Stefan HÖFLER, *Die verwaltungsinterne Verständlichkeitskontrolle im Rechtsetzungsverfahren des Bundes*, Berne, 2015.

text. If a substantial number of respondent has misunderstood the draft, it may be safely assumed that the wording is unclear and needs improvement. »³³⁵⁹

Tout un pan de *recherche* est consacré à la compréhensibilité des lois³³⁶⁰. Un exemple à relever : afin d'améliorer l'accessibilité et la compréhensibilité de la législation britannique, des enquêtes auprès de trois types de groupes-cibles ont été menées (les non-juristes utilisant la loi à des fins professionnelles ; les non-juristes à des fins privées ; les juristes)³³⁶¹.

e. *La rédaction multilingue de la législation comme processus de test-qualité*

La rédaction multilingue de la législation peut être conçue comme un premier test-qualité selon la manière dont elle est institutionnalisée. Ce prélude peut surprendre, car la traduction des lois pose un défi majeur dans les ordres juridiques multilingue comme la Suisse ou l'Union européenne en termes de qualité législative³³⁶². Si les difficultés sautent aux yeux – la principale étant de conserver un sens identique dans toutes les versions linguistiques qui sont toutes juridiquement égales³³⁶³ – le multilinguisme peut en effet également contribuer à

³³⁵⁹ Felix UHLMANN/Christoph KONRATH, « Participation », in : Karpen/Xanthaki (éd.), *Legislation in Europe: a Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners*, Oxford/Portland, 2017, p. 81.

³³⁶⁰ Cf. les réf. citées ci-dessus ch. 5.3.3.2d.

³³⁶¹ Helen XANTHAKI, « Emerging Trends in Legislation in Europe », in : Karpen/Xanthaki (éd.), *Legislation in Europe: a Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners*, Oxford/Portland, 2017, p. 287.

³³⁶² Pour un tableau comparatif *historique* de la législation multilingue, cf. Bernd MERTENS, « Mehrsprachige Gesetzgebung aus historisch-vergleichender Sicht », in : *ZNR*, 2013, p. 157 ss. Pour un tableau *contemporain* des recherches dans un cadre de gouvernance internationale, cf. les contributions réunies in : Fernando PRIETO RAMOS (éd.), *Institutional Translation for International Governance: Enhancing Quality in Multilingual Legal Communication*, Londres etc., 2018. Pour une bibliographie sur la compréhensibilité, cf. Lars BALZER *et al.*, « Repères bibliographiques », in : *LeGes*, 2018, ch. 2.3 ; MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 107 s.

³³⁶³ En droit de l'UE, cf. l'arrêt C-16/16 P de la Cour de justice (grande chambre) du 20 février 2018 (*Belgique c. Commission*), rappelant que « toutes les versions linguistiques d'un acte de l'Union doivent, par principe, se voir reconnaître la même valeur » (c. 49) et concluant que « la formulation utilisée dans une des versions linguistiques d'un acte ne saurait servir de base unique à l'interprétation de cet acte ou se voir attribuer, à cet égard, un caractère prioritaire par rapport aux autres versions linguistiques » (c. 50). Plus généralement, cf. Susan WRIGHT, « The Impact of Multilingualism on the Judgments of the EU Court of Justice », in : Prieto Ramos (éd.) (2018), p. 141 ss. La même solution prévaut en *droit suisse*, cf. PICHONNAZ (2017), p. 129 ss. Pour un exemple récent où le Tribunal fédéral a dû interpréter ce qu'il a qualifié d'erreur de plume (« lapsus calami »), cf. ATF 143 III 55, p. 57. Sur le principe de *l'égalité des langues*, cf. Marco

améliorer la qualité linguistique des textes. Traduire permet, en premier lieu, de *pré-interpréter linguistiquement* le texte de norme avant son entrée en vigueur, anticipant ainsi d'éventuels problèmes. On peut considérer cette opération comme une sorte de « test de qualité » avant la publication des règles de droit³³⁶⁴.

Si l'on admet que le texte de loi n'équivaut pas à la norme, comme le tournant herméneutique l'a démontré³³⁶⁵, il faut donner raison à Jean-Claude GÉMAR, selon lequel, si le juge dit le *droit*, le traducteur ou la traductrice dit le *texte de droit*³³⁶⁶.

En second lieu, traduire favorise le repérage des *erreurs rédactionnelles* et conduit à une *révision plus approfondie* des textes³³⁶⁷.

Ces effets positifs ne peuvent éclore que pour autant que le traducteur ou la traductrice ait la capacité de *retroagir* effectivement sur le texte source³³⁶⁸. Retoucher l'original plutôt que la traduction est toujours préférable.

Le guide de légistique formelle de l'*Union européenne* est en pleinement conscient : « le rédacteur doit savoir que les remarques des traducteurs et, plus généralement, de tous les services qui procèdent à un examen linguistique de son texte peuvent lui être très utiles. En effet, l'examen du texte sous cet angle est l'occasion de découvrir des erreurs et des ambiguïtés qui peuvent être inhérentes au texte d'origine, même lorsque celui-ci a été longuement mûri, et même – et peut-être surtout – lorsque la rédaction a fait l'objet de longues discussions entre plusieurs personnes. Le rédacteur peut alors être informé des

BORGHI/Adriano PREVITALI, « Droit suisse des langues », in : Ehrenzeller (éd.), *Bildungs-, Kultur- und Sprachenrecht*, Bâle, 2018, p. 737 ss ; sur ce principe en Suisse et en Belgique et sa tension au regard de la conception linguistique de l'Etat, cf. Sophie WEERTS, *La langue de l'Etat*, Bruxelles, 2015, p. 555 ss.

Sur le problème de l'*ambiguïté* résultant de traductions stratégiquement différentes, cf. ci-dessus ch. 5.3.2.2 *i.f.* avec l'exemple de la résolution 242 du Conseil de sécurité de l'ONU du 22 novembre 1967 sur le retrait des forces israéliennes des territoires occupés.

³³⁶⁴ FLÜCKIGER (2005, « Le multilinguisme »), p. 354.

³³⁶⁵ Cf. ci-dessus ch. 5.2.1.

³³⁶⁶ GÉMAR (1995), p. 153. Sur la controverse relative au rôle du traducteur ou de la traductrice en tant qu'interprète du droit, cf. Susan ŠARČEVIĆ, *New Approach to Legal Translation*, La Haye etc., 1997, p. 91. Pour un tour d'horizon sur la question de l'interprétation dans le contexte multilingue de la Suisse, cf. PICHONNAZ (2017), p. 124 ss.

³³⁶⁷ Adolf KELLER, *Die Kritik, Korrektur und Interpretation des Gesetzeswortlautes*, Zurich, 1960, p. 28.

³³⁶⁸ FLÜCKIGER (2005, « Le multilinguisme »), p. 354 et 357 s. Dans le même sens, cf. Felix UHLMANN/Stefan HÖFLER, « Multilingual legislative drafting in Swiss cantons: Burden or blessing? », in : *The Loophole – Journal of the Commonwealth Association of Legislative Counsel*, iss. 1, 2018, p. 62 : « In conclusion, translations are a benefit to the legislative process but only if properly embedded in the process and if there is a real exchange between translators and drafters ».

problèmes constatés. Dans bien des cas, la meilleure solution sera de retoucher non pas la traduction, mais l'original. »³³⁶⁹

Le gouvernement du canton de *Fribourg*, canton bilingue, a légiféré sur le sujet en stipulant que « [l]es personnes chargées des traductions dans les Directions sont associées suffisamment tôt aux travaux pour qu'il soit possible de tenir compte d'éventuelles incidences de la traduction sur le texte source. »³³⁷⁰

Il s'ensuit que l'auteur originaire, anticipant la traduction et le retour des commentaires, sera poussé à produire un texte intelligible. Agissant à la manière d'un « nudge »³³⁷¹, le fait de savoir que l'on sera traduit et critiqué incite à concevoir dès l'origine un texte compréhensible sans difficultés majeures³³⁷².

Ces observations mettent en évidence la nécessité d'inscrire la traduction dans un *cadre institutionnel* qui permette de favoriser l'impact d'un système de droit multilingue sur la qualité rédactionnelle de la législation (*i.e.* un environnement comportemental incitateur³³⁷³, si l'on analyse la question selon la théorie du « nudge »). Trois modèles sont concevables : la *co-rédaction* (« co-drafting »), la *co-révision* (« co-revision ») et la *co-correction* (« co-editing »)³³⁷⁴. Seuls les deux premiers garantissent une véritable rétroaction, et donc un véritable effet améliorant.

Dans le modèle de la *co-rédaction*, il n'existe pas de version originale, car l'acte est conçu dès le départ en plusieurs langues. Pratiquée uniquement dans des systèmes bi- voire trilingues (essentiellement au Canada³³⁷⁵ et [trop] timidement

³³⁶⁹ PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Guide pratique commun du Parlement européen, du Conseil et de la Commission à l'intention des personnes qui contribuent à la rédaction des textes législatifs de l'Union européenne*, 2^e éd., Bruxelles, 2015, ch. 5.5.2.

³³⁷⁰ Art. 11 al. 4 du Règlement fribourgeois sur l'élaboration des actes législatifs (REAL, RS FR 122.0.21).

³³⁷¹ Cf. ci-dessus ch.3.6.4.3a.

³³⁷² FLÜCKIGER (2005, « Le multilinguisme »), p. 357.

³³⁷³ Cf. ci-dessus ch.3.6.4.3a.

³³⁷⁴ Sur ces différents modèles, cf. Stefan HÖFLER/Markus NUSSBAUMER/Helen XANTHAKI, « Legislative drafting », in : *Legislation in Europe: a Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners*, Oxford/Portland, 2017, p. 159 s. ; Rebekka BRATSCHI/Markus NUSSBAUMER, « Mehrsprachige Rechtsetzung », in : Felder/Vogel (éd.), *Handbuch Sprache im Recht*, Berlin, 2017, p. 367 ss ; FLÜCKIGER (2005, « Le multilinguisme »), p. 358 s.

³³⁷⁵ Jean-Claude GÉMAR, « Translating vs Co-drafting Law in Multilingual Countries: Beyond the Canadian Odyssey », in : Borja Albi/Prieto Ramos (éd.), *Legal Translation in Context: Professional Issues and Prospects*, Oxford, 2013, p. 155 ss ; Susan ŠARČEVIĆ, « The Quest for Legislative Bilingualism and Multilingualism: Co-Drafting in Canada and Switzerland », in : Gémard/Kasirer (dir.), *Jurilinguistique : entre langues et droits*, Bruxelles, 2005, p. 277 ss.

en Suisse³³⁷⁶), la rédaction conjointe des textes sources permet d'assurer au mieux l'unité rédactionnelle des différentes versions linguistiques³³⁷⁷.

Dans le modèle de la *co-révision*, il existe un seul texte original à l'origine du processus. Celui-ci sera soumis ensuite à une révision parallèle en confrontant les différentes traductions. Cette manière de faire autorise des rétroactions mutuelles entre les versions si bien qu'il ne sera plus vraiment possible d'identifier en fin de course un seul texte original. Aucun des textes traduits et ainsi révisés ne peut plus être qualifié de pure traduction³³⁷⁸.

La Suisse pratique ce modèle sur le plan fédéral, s'agissant de l'allemand et du français pour le moins³³⁷⁹. La *Commission interne de rédaction*, composée de juristes et de linguistes³³⁸⁰, est chargée de cette mission au niveau du projet de loi, complétée par la *Commission de rédaction de l'Assemblée fédérale* (CdR) chargée de procéder au contrôle linguistique des actes de l'Assemblée fédérale avant le vote final³³⁸¹.

Dans l'*Union européenne*, les textes sont révisés de manière monolingue seulement³³⁸².

Dans le modèle de la *co-correction*, le texte original est simplement traduit. La traduction est ajustée à la version originale. Seules quelques modifications mineures peuvent à ce stade être apportées le cas échéant à cette dernière³³⁸³.

³³⁷⁶ FLÜCKIGER (2005, « Le multilinguisme »), p. 358 ; HÖFLER/NUSSBAUMER/XANTHAKI (2017), p. 160 (a contrario). Cf. ég. Philippe GERBER, « Rédaction bilingue d'une Constitution cantonale : l'exemple du projet de Constitution bernoise », in : *LeGes*, 1992/3, p. 75 ss ; Gérard CAUSSIGNAC, « Corédaction, rédaction parallèle et rédaction bilingue des actes législatifs », in : Snow/Vanderlinden (dir.), *Français juridique et science du droit : textes présentés au deuxième colloque international du Centre international de la common law en français (CICLEF), 20 et 21 septembre 1993, Moncton*, Bruxelles, 1995, p. 71 ss ; Jean-Christophe GEISER, « La rédaction multilingue en Suisse », in : Morand (éd.), *Légitimité formelle et matérielle*, Aix-en-Provence, 1999, p. 215 ss.

³³⁷⁷ HÖFLER/NUSSBAUMER/XANTHAKI (2017), p. 159 s. ; FLÜCKIGER (2005, « Le multilinguisme »), p. 358.

³³⁷⁸ HÖFLER/NUSSBAUMER/XANTHAKI (2017), p. 160.

³³⁷⁹ Sous l'étiquette trompeuse de « co-rédaction », cf. HÖFLER/NUSSBAUMER/XANTHAKI (2017), p. 160 ; OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation : guide pour l'élaboration de la législation fédérale*, 3^e éd., Berne, 2007, N. 958.

³³⁸⁰ HÖFLER (2018), p. 65 ss.

³³⁸¹ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation : guide pour l'élaboration de la législation fédérale*, 3^e éd., Berne, 2007, N. 954 ; HÖFLER (2015, Verständlichkeitskontrolle). Sur cette commission, cf. STEINER (2014).

³³⁸² HÖFLER/NUSSBAUMER/XANTHAKI (2017), p. 161 ; Manuela GUGGEIS/William ROBINSON, « « Co-Revision »: Legal-Linguistic Revision in the European Union « Co-Decision » Process », in : Baaij (éd.), *The Role of Legal Translation in Legal Harmonization*, Alphen-sur-le-Rhin, 2012, p. 51 ss.

³³⁸³ HÖFLER/NUSSBAUMER/XANTHAKI (2017), p. 157 ss et 161.

f. Les illustrations graphiques : un tournant visuel?

Des illustrations sous forme de tableaux, de graphiques, de cartes, de dessins, etc. peuvent être utilisées pour améliorer la communication législative soit *dans le texte normatif* lui-même, soit à des fins de *vulgarisation législative*. Elles sont parfois même nécessaires pour permettre à la règle de déployer son plein potentiel normatif, à l'exemple des signaux de circulation³³⁸⁴.

L'illustration de règles juridiques remonte au moins jusqu'au Moyen Âge. Le *Miroir de Saxe* (« *Sachsenspiegel* ») était ainsi si richement illustré qu'on a pu le qualifier de livre d'images juridique³³⁸⁵. A la même époque, « [i]l n'est pas jusqu'aux images qui viennent porter des normes. Espaces et marges se marquent de sceaux, signes héraldiques, sentences, emblèmes ou petites figures qui énoncent des normes par leur forme même. »³³⁸⁶

Par la suite la présence des images dans les codes a reculé. Elle s'est aujourd'hui derechef intensifiée, accompagnant le développement des technologies numériques, sous forme de plans, cartes et autres tableaux insérés dans les lois³³⁸⁷. Certains auteurs parlent désormais de *tournant visuel* (« visual turn » ou « pictorial turn ») dans la communication juridique³³⁸⁸.

Le *Guide de législation fédéral* précisait explicitement dans sa précédente édition que l'on pouvait illustrer les lois par des graphiques, des dessins ou des tableaux à des fins de clarté du message : « Si l'on conçoit mal une constitution fédérale illustrée, les actes législatifs de rang inférieur et de nature technique peuvent en revanche comprendre, généralement en annexe [...], des graphiques, dessins ou tableaux qui permettent d'éviter des formulations compliquées [...] ou de clarifier le texte légal »³³⁸⁹.

³³⁸⁴ Dans ce sens, cf. UHLMANN/BOXLER (2018), p. 29.

³³⁸⁵ Caroline WALSER KESSEL, « Visualisierung des Rechts im digitalen Zeitalter: Wie Kinder und Jugendliche zu Rechtsinformationen gelangen », in : *Recht im digitalen Zeitalter: Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen*, Saint-Gall, 2015, p. 146 ; Colette R. BRUNSCHWIG, *Visualisierung von Rechtsnormen – Legal Design*, Zurich, 2001, p. 154 s. ; Bettina MIELKE/Caroline WALSER KESSEL/Christian WOLFF, « Visualisierungen und deren Verwendung in der Schweizer Justiz », in : *Justice – Justiz – Giustizia*, 2018/2, N. 2.

³³⁸⁶ Frédéric MARTIN, « Aux grands maux les formes brèves : équivoque des règles et sens de la formule dans le discours juridique (XV^e-XVII^e s.) », in : Giavarini (éd.), *Pouvoir des formes, écriture des normes : brièveté et normativité (Moyen Âge – Temps Modernes)*, Dijon, 2017, p. 94.

³³⁸⁷ BRUNSCHWIG (2001), p. 150 s.

³³⁸⁸ Colette BRUNSCHWIG, « On visual law: legal communication practices and their scholarly exploration », in : *Zeichen und Zauber des Rechts. Festschrift für Friedrich Lachmayer*, Berne, 2014, p. 900 ss. Cf. ég. www.visuellesrecht.ch.

³³⁸⁹ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation : guide pour l'élaboration de la législation fédérale*, 3^e éd., Berne, 2007, N. 933. Cf. XANTHAKI (2017), p. 291 s.

Le *Guide de rédaction législative genevois* l'admet de manière exceptionnelle : « L'utilisation de graphiques, dessins et tableaux n'est donc admis qu'à titre tout à fait exceptionnel, et uniquement lorsqu'il s'agit de domaines techniques et qu'une description écrite entraverait gravement la nécessaire compréhension du texte par ses destinataires. En principe, ces éléments non textuels figurent en annexe de l'acte. »³³⁹⁰

Les *représentations cartographiques* sont par exemple plus faciles à comprendre, tout en assurant une plus grande sécurité du droit, que la description littérale d'une frontière. La Convention entre la Suisse et la France relative à la délimitation de la frontière entre le mont Dolent et le lac Léman, conclue en 1891³³⁹¹, décrit la frontière sur 22 pages à la manière d'un petit guide de marche à pied, ou de parcours en VTT, aux traits parfois bucoliques que nous ne résistons pas à citer³³⁹² :

La frontière « suit alors une crête que les Français nomment Sur-les-combes, et les Suisses Arête des rochers, et dont le point le plus élevé, coté environ 2162 mètres, est désigné sous les noms de Lingaa ou de la Chon. L'Arête des rochers ou de Sur-les-combes finit au col de Fecon. [...] En ce point, la ligne de faite se dédouble. La ligne principale de partage des eaux s'affaisse brusquement à l'est, semblant se détacher de la ligne secondaire et, par des mouvements de terrain aux formes molles et indécises, va passer au point le plus élevé du col de Morgins, dit Pertuis de Morgins (altitude 1386 m environ), c'est-à-dire à l'extrémité méridionale du plateau marécageux et légèrement incliné qui forme l'ensemble du col de Morgins ».

Le législateur n'hésite plus à représenter des normes de calcul sous forme de *formules mathématiques*³³⁹³.

Une petite expérience testant trois formulations différentes, qui en termes généraux, qui en termes mathématiques et qui sous forme de formule mathématique, a montré que la troisième l'a emporté, mais de peu seulement. Les chercheurs concluent à la nécessité de compléter la formule par l'énoncé de la logique sous-jacente ainsi que l'idée de justice sous-tendant le calcul³³⁹⁴.

³³⁹⁰ CHANCELLERIE D'ETAT, *Directive de rédaction législative*, Genève, 2018, p. 97, qui donne l'exemple du règlement sur les chantiers qui contient « directement en son sein, vis-à-vis des articles concernés, un certain nombre de dessins illustrant les pratiques obligatoires, afin de permettre une meilleure compréhension de ces dernières par les entreprises et les particuliers participant à « l'acte de construire » ».

³³⁹¹ RS 0.132.349.11 (Annexe).

³³⁹² Cf. à ce sujet François SCHRÖTER, *Les frontières de la Suisse : questions choisies*, Genève etc., 2007, p. 66 s.

³³⁹³ Cf. l'exemple cit. in : FLÜCKIGER/GRODECKI (2017), p. 33 s.

³³⁹⁴ HÖFLER/UHLMANN/BOXLER (2017), p. 97 ss. L'expérience a été menée auprès de 123 étudiants et étudiantes en droit. Elle gagnerait à être répliquée auprès d'un panel plus représentatif du groupe-cible de la norme (en l'espèce les destinataires de la loi fédérale sur les résidences secondaires : « Si l'établissement crée des logements tant au sens de l'al. 1 que de l'al. 2, la proportion maximale de 33% est réduite de la valeur obtenue en multipliant par 13% le quotient de la surface des logements au sens de l'al. 1 et de la somme des surfaces des logements au sens des al. 1 et 2. » [art. 8 al. 3]).

La *vulgarisation* de la loi *sous forme illustrée* est pleine de potentialités. Tous les médias possibles sont envisageables, des vidéos à la bande dessinée³³⁹⁵.

Le préposé cantonal à la protection des données et à la transparence du canton de Genève a publié un « commentaire en bande dessinée » de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles ³³⁹⁶ « [d]ans le but de faciliter la compréhension »³³⁹⁷.

Plusieurs projets de communication visuelle de la loi *aux enfants* ont été menés ; par exemple l'un mené dans le cadre de la Convention relative aux droits de l'enfant (« Child-friendly Justice 2020 »)³³⁹⁸.

On relèvera en passant que la *doctrine juridique* n'échappe pas à ce phénomène³³⁹⁹.

Les *juges* reconnaissent recourir aux différentes formes de visualisation du droit essentiellement au stade de l'étude des dossiers, de la communication interne entre collègues, de l'établissement des faits pour comprendre leurs rapports et leur chronologie, mais moins fréquemment pour représenter des relations juridiques³⁴⁰⁰.

5.3.4 Conclusion : la vulgarisation de la loi et la simplification de sa mise en œuvre

Tout effort tendant à rendre la loi plus lisible et compréhensible est à saluer. Or pour que les destinataires soient en mesure d'adapter leur comportement en conséquence, ils doivent connaître la norme précise dans leur cas particulier. En d'autres termes, la loi doit être claire non seulement linguistiquement mais également normativement. Cependant le texte de loi n'offrira jamais une solution normative individuelle et concrète à une personne déterminée dans un environnement spécifique. Il en va du sort de la loi qui est, dans son sens matériel et par sa définition même, un ouvrage général et abstrait³⁴⁰¹. L'avertissement d'ARISTOTE résonnera encore longtemps : la nature générale de la loi l'empêchera à jamais d'atteindre la perfection³⁴⁰².

³³⁹⁵ Pour des illustrations, cf. MIELKE/WALSER KESSEL/WOLFF (2018), ch. 3.

³³⁹⁶ LIPAD (RS/GE A 2 08).

³³⁹⁷ ge.ch > préposé cantonal à la protection des données et à la transparence > La LIPAD en BD.

³³⁹⁸ WALSER KESSEL (2015), p. 150 ss.

³³⁹⁹ Cf. par exemple Anne TEISSIER-ENSMINGER, « Droit illustré hypercontemporain : des manuels d'avant-garde ? », in : Chambost (dir.), *Histoire des manuels de droit : Une histoire de la littérature juridique comme forme du discours universitaire*, Paris, 2014, p. 319 ss.

³⁴⁰⁰ MIELKE/WALSER KESSEL/WOLFF (2018), ch. 4.4.

³⁴⁰¹ Prise dans son sens formel, la loi est en revanche susceptible d'avoir un contenu individuel et concret (sur la problématique posée par ces « lois décisionnelles », cf.

La loi doit pourtant être *connue* pour qu'elle déploie son impact. L'adage selon lequel nulle personne n'est censée ignorer la loi est particulièrement fictionnel, y compris pour les professeurs de droit ... La seule stratégie raisonnable qui s'impose dans ces conditions est de travailler à faire connaître la loi auprès de son public-cible par différents moyens de vulgarisation et à en simplifier la mise en œuvre³⁴⁰³.

Le législateur peut ainsi prévoir un *double canal de diffusion* de ses textes. Une publication des lois dans leur teneur originale, ayant force obligatoire, et dans une teneur vulgarisée plus facilement compréhensible, n'ayant qu'une valeur informative. L'exigence de rédiger un double corps de lois, l'un pour les juristes et l'autre pour les profanes, avait déjà été formulée au *Siècle des lumières*³⁴⁰⁴.

En *France*, s'agissant de la publication des décrets réglementaires, les autorités doivent publier une notice explicative dont la « seule vocation est de donner une information objective et facile à comprendre sur la nature et la portée des mesures susceptibles d'intéresser directement les destinataires des textes. »³⁴⁰⁵

La vulgarisation du message législatif est directement liée à l'efficacité de son impact. La diffusion de la loi dans le tissu social n'est dès lors plus seulement l'affaire du législateur. Elle devient une question de mise en œuvre qui concerne non seulement les autres pouvoirs de l'Etat mais la société tout entière. Le chapitre suivant sera consacré à cette question.

MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET [2012], p. 472 ss et 660 s.). Cf. ég. ch. 3.2.2.4 le cas des lois digitales personnalisées.

³⁴⁰² Cf. ci-dessus ch. 1.3.3.4b.IV et 5.3.1.

³⁴⁰³ Sur la nécessité pour les autorités administratives de travailler à simplifier la mise en œuvre, cf. Cass SUNSTEIN, *Simpler: The future of government*, New York, 2013.

³⁴⁰⁴ MERTENS (2004), p. 506. Cf. ci-dessus ch. 1.3.3.3.

³⁴⁰⁵ Conseil d'État français/Secrétariat général du Gouvernement français, *Guide de légistique*, 3^e éd. mise à jour, Paris, 2017, p. 264.

6 La loi réflexive

6.1 La mise en œuvre

6.1.1 La mise en œuvre comme horizon de la légistique

La mise en œuvre est le point de vue de référence de la légistique. Constamment penchée sur l'impact du texte dans la réalité, la légistique anticipe la mise en œuvre et l'accompagne. Et lorsqu'à l'épreuve du temps, la loi teinte le monde de ses impacts, la légistique lui tend un miroir pour lui suggérer d'éventuelles retouches.

Nous avons orienté chacune des tranches de ce livre autour des impacts que doit provoquer le texte de loi, du respect et de la mise en œuvre de celui-ci. Ainsi, en chapitre I, nous avons montré l'importance d'une loi fondée en *raison* pour en encourager le respect³⁴⁰⁶ ; personne n'obéit spontanément à une loi perçue comme irrationnelle ou déraisonnable. Concevoir dès l'origine une loi *pertinente*, comme nous l'avons examiné en chapitre II, implique de réfléchir à l'aptitude des textes à agir sur le réel ; la loi doit être capable de résoudre au mieux le problème de société en son fondement sans effets indésirables. En chapitre III, nous avons mis en exergue la formidable difficulté de la loi de provoquer aujourd'hui un impact pertinent et efficace dans cette concurrence des normativités, typique de la globalisation du droit, qui exige désormais une approche plus *stratégique* pour agir sur le réel³⁴⁰⁷. Nous nous sommes en particulier efforcé d'appliquer une grille de lecture centrée sur la distinction entre la *loi en texte* et la *loi en œuvre* pour classer tous les instruments d'action à disposition du législateur, obligatoires ou souples (normes primaires *vs* normes de mise en œuvre ; impact des normes souples ; encadrement des actes matériels de mise en œuvre ; nature englobante des actes de coordination)³⁴⁰⁸. En chapitre IV, nous avons exposé l'extrême *diversité des impacts* possibles des projets de loi dont le législateur doit être conscient avant de décider ainsi que de *l'efficacité* potentielle de ceux-ci. Dans le chapitre V, nous avons expliqué comment le message normatif pouvait être *communiqué* au mieux afin de provoquer l'impact souhaité par le législateur en se diffusant dans le corps social.

Dans ce dernier chapitre, nous étudierons la *réalité des impacts* de la loi tels qu'ils résultent de la mise en œuvre de celle-ci. Cette phase permettra de vérifier rétrospectivement si et dans quelle mesure les évaluations prospectives relatives à

³⁴⁰⁶ Cf. ci-dessus ch. 1.1 et 1.2.2.

³⁴⁰⁷ Cf. ci-dessus ch. 3.1.2.1.

³⁴⁰⁸ Cf. ci-dessus ch. 3.1.4.

la pertinence, l'impact et l'efficacité prise dans son sens large se sont réalisées et avec quels effets collatéraux éventuels.

En d'autres termes, nous rechercherons – « œuvre à la fois la plus attrayante et la plus difficile » – « comment les textes se sont comportés » afin de rapprocher le droit qu'a voulu faire le législateur de celui qu'il a fait, pour reprendre, avec plus d'un siècle de décalage, les mots d'un programme esquissé par Paul-Frédéric GIRARD, un romaniste de la Faculté de droit de Paris :

« Un éminent professeur à la Faculté de Droit de Paris, M. [P.-]F. Girard, l'a spirituellement observé : « C'est l'œuvre à la fois la plus attrayante et la plus difficile du jurisconsulte que de rechercher, au bout d'un certain temps, comment les textes se sont comportés, de rapprocher la pensée première du législateur et les effets produits, le droit qu'il a voulu faire et celui qu'il a fait. » ».³⁴⁰⁹

6.1.2 Du texte à sa mise en œuvre : le texte de loi est-il « juridique » ?

Concrètement, le législateur ne produit qu'un texte. La norme, ce modèle mental que le texte exprime³⁴¹⁰, doit encore être dégagée des mots du législateur³⁴¹¹, puis pénétrer les consciences pour déployer ensuite son effet sur les comportements qui, eux, sont censés provoquer un impact sur la réalité sociale, économique et écologique. On qualifie de *mise en œuvre* ce processus consistant à inscrire le texte dans les comportements effectifs. Il est mesuré par le critère de l'*effectivité*. Le succès d'une telle opération n'est cependant pas garanti d'avance. Pourquoi ? Parce que la loi est une volonté morale dénuée de puissance physique. Une tête sans pieds ne marche pas écrivait dans le *Contrat social* l'auteur des *Rêveries du promeneur solitaire* ; pour avancer, le corps de l'Etat doit se composer d'une puissance législative et d'une puissance exécutive :

« Toute action libre a deux causes qui concourent à la produire, l'une morale, savoir la volonté qui détermine l'acte, l'autre physique, savoir la puissance qui l'exécute. Quand je marche vers un objet, il faut premièrement que j'y veuille aller ; en second lieu, que mes pieds m'y portent. [...] Le corps politique a les mêmes mobiles ; on distingue de même la

³⁴⁰⁹ Cit. in : Jean CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, 1908, p. 277 (sans réf.). On déduit que l'abréviation lacunaire du prénom dans le texte est due à une erreur de plume et qu'il s'agit donc bien du professeur P.-F. Girard (1852 – 1926), aucun autre professeur de droit n'ayant porté le même patronyme à cette époque en France (cf. le Système d'information des professeurs de droit [1804 – 1950], siprojuris.symogih.org).

³⁴¹⁰ On rappelle l'expression d'« outils-étalons mentaux » proposée par Paul AMSELEK pour définir les règles, cf. ci-dessus ch. 3.3.5.2a.

³⁴¹¹ Sur ce processus de concrétisation du texte de norme en une norme, cf. ci-dessus ch. 5.2.1.

force et la volonté ; Celle-ci sous le nom de *puissance législative*, l'autre sous le nom de *puissance exécutive*. Rien ne s'y fait ou ne doit s'y faire sans leur concours. »³⁴¹²

Pour que la médiation fonctionne jusqu'à provoquer en fin de compte une obéissance chez les individus, la puissance exécutive, sans oublier la judiciaire, doit se sentir liée par la législative. Or l'affaire n'est pas assurée d'avance. Le philosophe du droit Michel VILLEY n'écrivait-il pas que « [c]'est même une chose admirable que la docilité des juristes au législateur [...]. Quant aux professeurs, ils n'aiment pas voir des trublions déranger l'ordre de leur système, pour plusieurs raisons : les juristes sont les adorateurs des normes, leur art semble être d'abriter leurs décisions propres sous des textes législatifs »³⁴¹³ : « L'éducation que nous tenons nous a conditionné à croire que le droit est en effet le produit de l'effet du législateur ; nous croyons qu'il est dans les codes et dispositions adjacentes. »³⁴¹⁴ Au moment de sa création, la loi, qui n'aurait rien de « juridique », ne constituerait-elle pas qu'une simple communication du système politique qui se contenterait d'« irriter » le système juridique sans véritable capacité de direction se demande un autre professeur de droit, Marc AMSTUTZ ?

« Denn das Gesetz ist nichts Juristisches und schon gar nicht Rechtskommunikation. Im Zeitpunkt seiner Entstehung ist es rein politischer Akt, d.h. eine Kommunikation des politischen Systems, das es zwangsläufig dabei bewenden lassen muss, das Rechtssystem zu irritieren. Mehr kann sich die Politik nicht erhoffen. Eine « Kontrolle » des Rechtssystems durch die Politik gleicht also einem Griff nach den Sternen. »³⁴¹⁵

Chaïm PERELMAN y répond par une question dialogique en s'interrogeant : « dans quelle mesure le système juridique constitue-t-il un ordre donné au juge, dans quelle mesure, au contraire, est-il un ordre élaboré par lui ? C'est le va-et-vient de la sécurité à l'équité et de l'équité à la sécurité qui est la vie même de la jurisprudence »³⁴¹⁶. Le phénomène juridique, conclut Pierre MOOR, n'est donc pas la loi seule, ni son application seule, mais la conjonction des deux :

« Le phénomène proprement juridique est non pas la norme seule – comme le pensent les doctrines néokantiennes –, ni l'application seule – comme le soutient celle du sociologisme juridique –, mais l'une et l'autre ensemble considérées comme un système dans lequel le texte normatif ne peut être « norme » que dans et par son application et

³⁴¹² Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social, ou Principes du droit politique*, Amsterdam, 1762, livre III, chapitre 1.

³⁴¹³ Michel VILLEY, *Philosophie du droit : Définition et fins du droit : Les moyens du droit*, Paris, 2001, p. 286, N. 222.

³⁴¹⁴ Michel VILLEY, *Histoire de la logique juridique*, p. 80, tel que cit. in : Jacques LENOBLE/François OST, *Droit, mythe, raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, 1980, p. 238 s.

³⁴¹⁵ Marc AMSTUTZ, « Der Text des Gesetzes, Genealogie und Evolution von Art. 1 ZGB », in : *Revue de droit suisse*, vol. 2, Bâle, 2007, p. 264.

³⁴¹⁶ Chaïm PERELMAN, *Justice et raison*, Bruxelles, 1963, p. 172.

l'acte d'autorité ne peut être « application » que dans et par le texte normatif auquel il se réfère. »³⁴¹⁷

La force « obligatoire » de la loi – qu'il importe de distinguer de la force contraignante de fait (force exécutoire), on l'a vu plus haut³⁴¹⁸ – est en fin de compte une puissance dont l'origine est à rechercher dans les représentations que s'ont font les destinataires. Pour le philosophe du droit scandinave Karl OLIVECRONA, « [l]a mise en œuvre des règles ne s'explique pas par une quelconque *force obligatoire* d'ordre mystique qui serait intrinsèque aux propositions impératives. L'explication réside dans le fonctionnement psychique des individus eux-mêmes et dans l'influence réciproque des individus entre eux. »³⁴¹⁹ L'efficacité de la loi est bel et bien, dans son fondement même, essentiellement et profondément symbolique comme l'a écrit François OST³⁴²⁰.

Dans ces conditions, la loi n'étant que verbe, il reste à l'examiner en action pour connaître ses effets (« law in books and law in action »)³⁴²¹. Et cette étude est essentielle. La loi peut devenir à peine reconnaissable, nous rappelle Michel de MONTAIGNE qui, filant la métaphore de la loi comme source du droit, la décrit comme nos rivières qui grossissent en roulant, avertissant même du danger de les ramener à leur naissance !

« Les loix prennent leur autorité de la possession et de l'usage ; il est dangereux de les ramener à leur naissance : elles grossissent et s'ennoblissent en roulant, comme nos rivières : suivez les contremont jusques à leur source, ce n'est qu'un petit surion d'eau à peine reconnoissable, qui s'enorgueillit ainsin et se fortifie en vieillissant. »³⁴²²

Les juristes ont principalement scruté le comportement des autorités judiciaires et administratives en examinant la jurisprudence et la pratique de celles-ci. Ce faisant, ils ont délaissé l'observation du comportement des individus et de la

³⁴¹⁷ Pierre MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris, 2005, p. 21 s. ; MOOR Pierre, *Dynamique du système juridique : une théorie générale du droit*, Genève etc., 2010, p. 261 ss et fig. 2 p. 301.

³⁴¹⁸ Cf. ci-dessus ch. 3.6.3.3 et 3.6.3.4.

³⁴¹⁹ Karl OLIVECRONA, *De la loi et de l'Etat : Une contribution de l'école scandinave à la théorie réaliste du droit*, Paris, 2011, p. 61 (1^{ère} parution en 1940 sous le titre *Law as fact/Om lagen, och staten*), cit. in : Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, 2014, p. 237.

³⁴²⁰ Cf. ci-dessus ch. 2.1.2.1c.

³⁴²¹ On se référera à la fameuse distinction dans l'article de Roscoe POUND, « Law in books and law in action », in : *American Law Review*, 1910, p. 15 ss. Cf. ég. Benoît FRYDMAN, *Le sens des lois*, Bruxelles/Paris, 2005, p. 433. On distingue depuis Eugen EHRLICH le droit en action du droit vivant (« Lebendes Recht »), notion plus large sociologiquement (cf. David NELKEN, « Law in Action or Living Law? Back to the Beginning in Sociology of Law », in: *Legal Studies*, vol. 4/2, 1984, p. 157 ss).

³⁴²² Michel de MONTAIGNE, *Essais*, Bordeaux, 1595 (texte établi par Pierre VILLEY et Victor-Louis SAULNIER, Paris, 1965), livre II, p. 247.

société au contact conjugué de la loi et de sa pratique judiciaire et administrative. Sociologues et politologues, en particulier, ont rempli la brèche en se livrant à l'étude de la mise en œuvre et des impacts, afin de vérifier a posteriori l'incidence de la loi sur la réalité des comportements puis des faits. De telles analyses vont permettre d'*évaluer rétrospectivement la loi* sous l'angle de l'ensemble des critères évalués prospectivement au cours de l'analyse d'impact du projet de loi, tels que la pertinence et l'efficacité prise dans son sens large. Bien qu'elle prenne progressivement une forme plus juridique, « [u]ne telle démarche n'est pas encore entrée dans les habitudes des juristes, enclins à voir dans la seule jurisprudence le reflet exact de l'application de la loi. »³⁴²³ Elle a pour conséquence de prolonger le travail du législateur en instaurant une boucle de rétroaction sur l'ouvrage de ce dernier. La législation ne s'arrête pas avec l'adoption de la loi.

6.1.3 L'obligation de mise en œuvre et d'effectivité

6.1.3.1 La terminologie

La frontière entre les notions de mise en œuvre et d'effectivité, très proches, est souvent floue. Précisons la terminologie.

La notion de *mise en œuvre*, tout d'abord, est le produit d'une *évolution*. Alors qu'historiquement, on a distingué la loi de son *application* (« Anwendung » ; « application ») ou de son *exécution* (« Vollzug » ; « enforcement ») pour souligner la nature mécanique de l'opération, les termes de *concrétisation*, de *réalisation* (« Rechtsverwirklichung ») ou de *mise en œuvre* (« Umsetzung » ; « implementation ») mettent désormais en lumière le pouvoir créateur présent tout au long du processus menant du texte de la loi à la norme de comportement individualisée³⁴²⁴. Il s'ensuit que l'étiquette de *mise en œuvre* recouvre un vaste champ qui s'étend de l'édiction de *règles de droit inférieures sur le fondement du droit supérieur* (mise en œuvre du droit international au niveau national ; mise en œuvre d'une disposition constitutionnelle ; réalisation des droits fondamentaux dans l'ordre juridique ; mise en œuvre du droit fédéral au niveau des entités fédérées ou du droit de l'Union européenne sur le plan national ; concrétisation des dispositions législatives par le gouvernement au niveau réglementaire, par l'administration au niveau des directives ou par des privés dans le contexte de la corégulation) à l'application concrète du droit à un cas d'espèce par *décision*

³⁴²³ Pierre MOOR/Alexandre FLÜCKIGER/Vincent MARTENET, *Droit administratif*, vol. 1 : Les fondements, 3^e éd., Berne, 2012, p. 66.

³⁴²⁴ Cf. ci-dessus ch. 5.2.1 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 448. On notera que l'herméneutique utilise aussi le terme « application » (« Anwendung ») (MOOR Pierre, *Dynamique du système juridique : une théorie générale du droit*, Genève etc., 2010, p. 261).

judiciaire ou *administrative*³⁴²⁵ jusqu'à l'adoption d'instruments de *droit souple* ou d'*actes matériels* proprement dits³⁴²⁶.

La mise en œuvre est également une *question de point de vue*. Revenir sur la notion d'*effectivité* permet de l'expliquer (cf. Figure 4-5 ci-dessus³⁴²⁷). L'*effectivité* est, on l'a vu, la mesure de la correspondance entre la loi et le comportement de ses destinataires³⁴²⁸. Sur le fond, elle ne se distingue pas de la mise en œuvre ; la seule différence réside dans l'usage de la notion d'*effectivité*, traditionnellement réservée à l'analyse du comportement des *particuliers* formant le groupe-cible (observation d'une obligation, utilisation d'un droit ou suivi d'une recommandation) alors que la mise en œuvre vise habituellement la concrétisation d'une norme par les *autorités* – ou plus justement les *acteurs de mise en œuvre*, qui peuvent aussi être privés³⁴²⁹ – dans des règlements, directives, plans ou autres décisions en vue de les appliquer aux destinataires³⁴³⁰. Nous nous écartons ici de cette distinction et ne ferons pas de différence puisque nous n'en déduisons aucune conséquence d'un point de vue légistique ; « mettent en œuvre » dès lors la norme tant les personnes du groupe-cible que les acteurs de mise en œuvre.

Nous définissons ainsi de manière large la *mise en œuvre* comme le processus visant à inscrire le texte de norme (obligatoire ou souple) dans les comportements effectifs de tout destinataire, groupe-cible ou acteur de mise en œuvre. L'*effectivité* de la norme indique alors le degré de mise en œuvre de la norme et peut par conséquent être analysée aussi bien auprès des groupes-cibles que des acteurs de mise en œuvre³⁴³¹.

³⁴²⁵ Aurélie GAVILLET, *La pratique administrative dans l'ordre juridique suisse*, Berne, 2018, p. 66. La terminologie n'est cependant pas toujours cohérente (cf. p. 66 ss où cette auteure recense de manière détaillée les différentes terminologies utilisées dans différents contextes en droit positif). Pour une définition de la mise en œuvre en sciences politiques, et ses variations, cf. Peter KNOEPFEL/Corinne LARRUE/Frédéric VARONE/Jean-François SAVARD, *Analyse et pilotage des politiques publiques : France, Suisse, Canada*, Québec, 2015, p. 236 ss.

³⁴²⁶ Cf. dans ce sens GAVILLET (2018), p. 70 s.

³⁴²⁷ Cf. ch. 4.3.3.5. p. 476.

³⁴²⁸ Cf. ci-dessus ch. 4.3.3.2c.

³⁴²⁹ Cf. ci-dessus ch. 3.4.4.1b.

³⁴³⁰ Dans ce sens, cf. Luzius MADER, *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Lausanne, 1985, p. 65.

³⁴³¹ Pour une représentation schématique, cf. ci-dessus ch. 4.3.3.5 Figure 4-5 – Diagramme d'intervention logique – modèle d'impacts.

6.1.3.2 *Le principe : produire des « droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs »*

À l'image du système juridique, l'ensemble de la démarche légistique repose sur un présupposé commun : l'*obligation de respecter et de mettre en œuvre la loi*. Pour Jean-Jacques ROUSSEAU, « la première des lois est de respecter les lois » :

« Le plus pressant intérêt du chef, de même que son devoir le plus indispensable, est donc de veiller à l'observation des lois dont il est le ministre, & sur lesquelles est fondée toute son autorité. S'il doit les faire observer aux autres, à plus forte raison doit-il les observer lui-même qui jouit de toute leur faveur. [...] la première des lois est de respecter les lois : la rigueur des châtimens n'est qu'une vaine ressource imaginée par de petits esprits pour substituer la terreur à ce respect qu'ils ne peuvent obtenir. »³⁴³²

Plus proche de notre époque, Charles-Albert MORAND avait cette féconde formule : « La loi, création artificielle de l'homme, ne doit pas seulement être mise au monde ; elle doit aussi être mise en œuvre. »³⁴³³

Sans initier ici un débat philosophique sur la source de l'obligation de respecter cette « première des lois » qui nous amènerait à une régression à l'infini, on soulignera que la règle de respect s'impose tant aux particuliers qu'aux autorités. Ces dernières y sont explicitement tenues en vertu du principe de la légalité qui pose le principe de prééminence du droit³⁴³⁴.

L'*OCDE* a publié des recommandations relatives au contrôle et à la mise en œuvre de la réglementation³⁴³⁵.

En droit de l'*Union européenne*, l'accord Mieux légiférer, sous l'intitulé « mise en œuvre et application de la législation de l'Union », souligne « l'importance d'une coopération plus structurée entre [les trois institutions] afin d'évaluer l'application et l'effectivité du droit de l'Union en vue de l'améliorer par le biais de la législation future » ainsi que « la nécessité d'une application rapide et correcte de la législation de l'Union dans les États membres. »³⁴³⁶ Les États membres sont invités « à coopérer avec la Commission dans la collecte des informations et des données nécessaires au suivi et à l'évaluation de la mise en œuvre du droit de l'Union. »³⁴³⁷ La Commission informera sur l'application de la

³⁴³² Jean-Jacques ROUSSEAU, « Economie ou Économie », in : Diderot/d'Alembert (dir.), *L'Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, tome 5, Paris, 1755.

³⁴³³ Charles-Albert MORAND, Préface à l'ouvrage de MADER (1985), p. X.

³⁴³⁴ Art. 5 al. 1^{er} Cst. féd. ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 621 ss et 624.

³⁴³⁵ OCDE, *Principes de bonnes pratiques de l'OCDE pour la politique de la réglementation : Contrôle et mise en œuvre de la réglementation*, Paris, 2014.

³⁴³⁶ PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 13 avril 2016*, ch. 41 et 42.

³⁴³⁷ *Ibidem*, ch. 44.

législation et l'état de la mise en œuvre d'actes spécifiques³⁴³⁸. On se référera plus spécifiquement à l'effectivité en rapport avec la notion de « plein effet » ou d'« effet utile »³⁴³⁹.

En *Suisse*, la Constitution fédérale précise l'obligation de mise en œuvre, en particulier à l'attention du Conseil fédéral qui « veille à la mise en œuvre de la législation »³⁴⁴⁰ ; les cantons étant chargés eux de la « mise en œuvre du droit fédéral »³⁴⁴¹. En matière de droits fondamentaux, la Constitution prévoit que ceux-ci doivent être « réalisés » dans l'ensemble de l'ordre juridique³⁴⁴².

La *Cour européenne des droits de l'homme* a érigé l'effectivité en véritable principe. Elle a très vite reconnu que « la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs. »³⁴⁴³ Elle a invoqué ce principe à l'origine pour lutter contre la passivité des Etats à adopter des mesures de mise en œuvre³⁴⁴⁴.

Une attitude purement passive de l'Etat rend en effet illusoires de nombreux droits si bien que la garantie de ces derniers peut impliquer des *obligations positives* à la charge de l'Etat³⁴⁴⁵. Nous avons montré au chapitre des instruments que l'on peut classer les comportements demandés par les normes en trois catégories : accomplir, s'abstenir ou tolérer³⁴⁴⁶ ; par le concept d'obligation positive, la Cour demande à l'Etat de ne pas se limiter aux deux dernières (ne pas faire ; laisser faire) mais d'également se montrer actif (obligation de faire/interdiction de ne pas faire). On retrouve en la matière la triade du philosophe du droit américain Henry SHUE, devenue canonique, classant les obligations à charge des Etats en obligations de *respecter* (« respect »), de

³⁴³⁸ *Ibidem*, ch. 45.

³⁴³⁹ Cf. ci-dessus ch. 4.3.3.2c.

³⁴⁴⁰ Art. 182 al. 2 Cst. féd.

³⁴⁴¹ Art. 46 Cst. féd. On relèvera que la « mise en œuvre des traités internationaux » fait l'objet d'une disposition spécifique (art. 141a Cst. féd.) et que des dispositions sont disséminées çà et là dans des domaines spécifiques (cf. GAVILLET [2018], p. 73 s.).

³⁴⁴² Art. 35 Cst. féd.

³⁴⁴³ Cour EDH, Affaire n° 6289/73 du 9 octobre 1979 (*Airey c. Irlande*), § 24.

³⁴⁴⁴ Béatrice DELZANGLES, « Effectivité, efficacité et efficience dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in : Champeil-Desplats/Lochak (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, 2008, p. 41.

³⁴⁴⁵ Cour EDH, Affaire n° 6833/74 du 13 juin 1979 (*Marckx c. Belgique*), § 31. Cf. Nathanaël PÉTERMANN, *Les obligations positives de l'Etat dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : théorie générale, incidences législatives et mise en œuvre en droit suisse*, Berne, 2014 ; Samantha BESSON, « Les obligations positives de protection des droits fondamentaux : Un essai en dogmatique comparative », in : *Revue de droit suisse*, vol. 1, 2003, p. 49 ss.

³⁴⁴⁶ Cf. ci-dessus ch. 3.2.2.1 Tableau 3-2 – Typologie normative des normes obligatoires, p. 256, et ch. 3.3.2.2b Tableau 3-3 – Typologie normative des normes souples, p. 276.

protéger (« protect ») et de *mettre en œuvre* (« fulfil ») les droits humains³⁴⁴⁷. Les deux dernières sont des obligations positives³⁴⁴⁸ : « protéger » revient à prendre des mesures pour prévenir que l'exercice du droit ne soit entravé par d'autres personnes ; « mettre en œuvre » – l'obligation est particulièrement pertinente du point de vue légistique – demande d'adopter toute la panoplie des instruments d'action que nous avons étudiés et qui sont stratégiquement nécessaires pour assurer le plein exercice des droits humains³⁴⁴⁹.

En matière de *droits sociaux*, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels chargé de surveiller la mise en œuvre du Pacte I de l'ONU³⁴⁵⁰ a raffiné le contenu de l'obligation de mise en œuvre en trois sous-exigences : *faciliter*, *assurer* et *promouvoir*³⁴⁵¹. Il a complété par la suite le modèle de SHUE en lui superposant les quatre exigences suivantes indépendantes de la nature obligationnelle des droits : la *disponibilité* (existence et fonctionnement des infrastructures et des ressources en quantité suffisante pour satisfaire les droits sociaux) ; l'*accessibilité* (accessibilité physique, économique et informationnelle non discriminatoire aux droits sociaux) ; l'*acceptabilité* (exigence d'un standard minimum de qualité et d'une prise en compte de l'acceptabilité culturelle des biens et services garantis par les droits sociaux) ; l'*adaptabilité* (adaptation des prestations garanties par les droits sociaux aux besoins des destinataires selon les évolutions technologiques et sociales)³⁴⁵².

Les Etats ont progressivement instauré des *organismes chargés de garantir l'effectivité des droits fondamentaux* sur la base de recommandations des Nations Unies (Principes de Paris de 1993)³⁴⁵³.

Bien que l'obligation de mise en œuvre ne s'applique pas au droit souple, on rappellera l'existence de certains mécanismes qui la recommandent. La pression de fait peut même être renforcée, à l'instar de *l'obligation d'évaluer la mise en œuvre de recommandations* afin de leur donner un « effet pratique »³⁴⁵⁴. La mise

³⁴⁴⁷ Henry SHUE, *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton, 1980, cité et analysé in : Abdoulaye SOMA, *Droit de l'homme à l'alimentation et sécurité alimentaire en Afrique*, Zurich, 2010, p. 90 ss.

³⁴⁴⁸ Julien MARQUIS, *La qualité pour agir devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Zurich, 2017, p. 100, note de bas de page 418 (réf. cit.). Le choix terminologique de la triade n'est à notre avis pas heureux, car une obligation positive se doit aussi d'être « respectée ». Sur les nuances successives apportées au modèle de base, cf. Gregor CHATTON, *Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels*, Genève, 2013, p. 277.

³⁴⁴⁹ Pour une illustration de ces différents moyens de mise en œuvre possibles en matière de droits économiques, sociaux et culturels et les limitations des Etats quant aux choix de ces mesures, cf. CHATTON (2013), p. 255 ss.

³⁴⁵⁰ RS 0.103.1.

³⁴⁵¹ CHATTON (2013), p. 282 ss.

³⁴⁵² CHATTON (2013), p. 284 ss.

³⁴⁵³ Cf. ci-dessus ch. 1.3.5.4b.VI et 3.3.3.1a *i.f.*

³⁴⁵⁴ Cf. ci-dessus ch. 3.3.5.2d et 6.2.1.2.

en œuvre reste dans ce cas recommandée, l'obligation portant seulement sur la nécessité d'en vérifier l'effectivité.

6.1.3.3 *Le tempérament au principe : summa efficia, summa iniuria*

Le principe de mise en œuvre de la loi étant posé, l'observation de la réalité nous offre un tableau tout différent. Tant l'actualité que l'histoire fourmillent d'exemples de mise en œuvre déficiente. Michel FOUCAULT le rappelle pour l'Ancien Régime :

« Tantôt il avait la forme d'une inobservation massive générale qui faisait que pendant des dizaines d'années, des siècles parfois, des ordonnances pouvaient être publiées et renouvelées incessamment sans venir jamais à application. Tantôt il s'agissait de désuétude progressive qui laissait place parfois à des réactivations soudaines. Tantôt d'un consentement muet du pouvoir, d'une négligence, ou tout simplement de l'impossibilité effective d'imposer la loi et de réprimer les infracteurs. »³⁴⁵⁵

La jurisprudence relative aux obligations positives initiée par la Cour européenne des droits de l'homme montre que non seulement les individus, mais les autorités chargées de l'appliquer, peinent aussi selon les circonstances à observer la loi. « L'Etat n'est pas sûr d'être obéi par lui-même » selon la formule de Jean CRUET, lequel en déduit la nécessité de provoquer l'action administrative, l'administration – composée d'hommes et non de rouages – n'appliquant qu'avec mollesse les lois que personne ne lui demande d'appliquer :

« L'action administrative a besoin d'être provoquée : l'administration applique avec mollesse les lois que personne ne lui demande d'appliquer. Elle a le droit de réclamer des indemnités de plus-values aux propriétaires qui ont bénéficié d'un travail public, elle a le droit d'obliger à certains travaux ou d'interdire l'habitation dans certains locaux, au nom de l'hygiène et de la salubrité publiques : en fait, elle n'en use jamais ou presque jamais. L'État n'est donc pas entièrement sûr d'être obéi par lui-même, c'est-à-dire par ses agents. Car eux aussi, comme les citoyens, sont des hommes, non des rouages. »³⁴⁵⁶

On retrouve ici en germe la problématique des résistances provenant des acteurs mêmes chargés de la mise en œuvre dans la concrétisation des politiques publiques et des lois qui les sous-tendent, abondamment théorisée depuis les années 1980 en sciences politiques sous l'étiquette de la *bureaucratie de terrain* (le terme original américain est plus « urbain » : « street-level bureaucracy ») par Michael LIPSKY³⁴⁵⁷. Selon ce dernier, la meilleure façon de comprendre les politiques publiques n'est pas dans l'analyse de ce que produisent les parlements

³⁴⁵⁵ Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Paris, 1975, p. 98.

³⁴⁵⁶ CRUET (1908), p. 117.

³⁴⁵⁷ Michael LIPSKY, *Street-Level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Services*, New York, 1980.

ou les exécutifs de haut rang, mais dans l'activité quotidienne des agents publics œuvrant sur le terrain devant des guichets bondés :

« I argue that public policy is not best understood as made in legislatures or top-floor suites of high-ranking administrators, because in important ways it is actually made in the crowded offices and daily encounters of street-level workers »³⁴⁵⁸.

Or les défaillances de mise en œuvre découlent de la nature même de la conduite humaine par des règles qui amènent la société à « faire le pari (ou prendre le risque) de la liberté » selon l'expression de François OST et Michel VAN DE KERCHOVE³⁴⁵⁹. L'acte normatif déploie une force obligatoire contrairement à l'acte matériel qui exerce une force exécutoire ; la norme *oblige* mais ne *contraint pas par les faits*³⁴⁶⁰.

Il existe toute une littérature sur les moyens d'*inciter à la mise en œuvre des lois* puisque leur seule force obligatoire ne comble pas leur défaut de force exécutoire³⁴⁶¹. On retrouve ces mécanismes parmi ceux qui sont utilisés pour encourager à mettre en œuvre les *normes souples* que nous avons détaillés plus haut³⁴⁶². Dans l'esprit de ROUSSEAU qui insistait sur la nécessité pour la loi d'être fondée en raison pour que le législateur puisse en susciter *l'amour* auprès de ses destinataires³⁴⁶³, FILANGIERI subordonnait l'exécution des lois à la « persuasion des citoyens » et voyait leur force dans l'« inséparable conviction de l'esprit, d'où naît une obéissance libre, facile et universelle »³⁴⁶⁴. Jean CRUET reprend l'idée : « La loi est une règle obligatoire par son origine, mais elle n'a aucune chance d'être appliquée si elle n'oblige d'abord par son utilité. La loi est une règle sanctionnée par l'Etat, mais la contrainte n'est efficace que si elle reste exceptionnelle. »³⁴⁶⁵ On la retrouve aujourd'hui chez Wim VOERMANS par exemple sous l'expression de « motive-based enforcement »³⁴⁶⁶.

³⁴⁵⁸ LIPSKY (1980), Préface, p. XII. On notera que la position de LIPSKY, qui a publié une mise à jour de son ouvrage en 2010, est souvent représentée de manière trop schématique pour illustrer les difficultés de contrôler les activités des agents de mise en œuvre (pour une lecture plus nuancée et une mise en perspective actualisée, cf. HILL/VARONE [2017], p. 283).

³⁴⁵⁹ Réf. cit. ci-dessus ch. 3.6.3.3.

³⁴⁶⁰ Rappelons ici que nous utilisons le terme de norme dans un sens plus générique que celui de Michel Foucault. Sur la différence entre obligation et contrainte de fait, cf. ci-dessus ch. 3.6.3.3 et 3.6.3.4.

³⁴⁶¹ Sur la fonction du droit souple comme outil pour favoriser l'adhésion aux règles de droit obligatoires, cf. ci-dessus ch. 3.3.4.1.

³⁴⁶² Cf. ci-dessus ch. 3.3.5.2a.

³⁴⁶³ Cf. ci-dessus ch. 3.3.5.2b.

³⁴⁶⁴ Gaetano FILANGIERI, *La science de la législation* (trad. Jean Antoine GAUVIN-GALLOIS), 2^e éd. revue et corrigée (Dufart), Paris, 1798-1799 (1^{re} parution à Naples en 1780 sous le titre *Scienza della legislazione*), chapitre VII (p. 88).

³⁴⁶⁵ CRUET (1908) p. 304. Cf. ég. *ibidem*, p. 223.

³⁴⁶⁶ Wim VOERMANS, « Motive-based Enforcement », in : Mader/Kabyshev (éd.), *Regulatory Reforms ; Implementation and Compliance, Proceedings of the Tenth Congress of*

La règle nous dévoile, par son existence même, la réalité des pratiques déviantes. Poser un interdit c'est, paradoxalement, avouer officiellement son existence, tout en la stigmatisant certes. Si la pratique devait effectivement cesser un jour, la règle deviendrait sans objet et tomberait en désuétude. Elle serait alors aussi dénuée de sens qu'une règle qui serait impossible à respecter selon Peter NOLL :

« Normen, die nie übertreten werden können, sind sinnlos, ebenso Normen, die nicht befolgt werden können. »³⁴⁶⁷

Pierre MOOR introduit le concept de *référance* pour décrire ce phénomène³⁴⁶⁸ : celui qui vole ne respecte pas la loi, mais, sachant qu'il la viole, la reconnaît.

Chaque société compose ainsi avec une *marge d'illégalisme* qu'elle va tolérer à des degrés divers. Cette tolérance variera au cours des époques et des lieux, participant pleinement à l'exercice du pouvoir. L'analyse de Michel FOUCAULT des systèmes disciplinaires porte précisément sur ce caractère virtuel de la règle de droit, dont la tolérance de la violation ménage des espaces de liberté parfois indispensables au fonctionnement social, opposée à des pratiques disciplinaires et coercitives qui les supprimeront de fait :

« On peut dire schématiquement que, sous l'Ancien Régime, les différentes strates sociales avaient chacune sa marge d'illégalisme toléré : la non-application de la règle, l'inobservation des innombrables édits ou ordonnances étaient une condition du fonctionnement politique et économique de la société. [...] Les couches les plus défavorisées de la population [...] bénéficiaient, dans les marges de ce qui leur était imposé par les lois et les coutumes, d'un espace de tolérance [...] et cet espace était pour elles une condition si indispensable d'existence qu'elles étaient prêtes souvent à se soulever pour le défendre »³⁴⁶⁹. « Mais dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, le processus tend à s'inverser. [...] si une bonne part de la bourgeoisie avait accepté, sans trop de problèmes, l'illégalisme des droits, elle le supportait mal lorsqu'il s'agissait de ce qu'elle considérait comme ses droits de propriété. [...] L'illégalisme des droits qui assurait souvent la survie des plus démunis tend, avec le nouveau statut de la propriété, à devenir un illégalisme de biens. [...] Et cet illégalisme, s'il est mal supporté par la bourgeoisie dans la propriété foncière, est intolérable dans la propriété commerciale et industrielle [...]. Il est donc nécessaire de contrôler et de recoder toutes ces pratiques illicites. »³⁴⁷⁰ Mais « la bourgeoisie se réservera, elle, l'illégalisme des droits : la possibilité de tourner ses propres règlements et ses propres lois ; de faire assurer tout un immense secteur de la circulation économique par un jeu qui se déploie dans les marges

the International Association of Legislation (IAL) in Veliky Novgorod, June 28th-29th 2012, Baden-Baden, 2014, p. 41 ss.

³⁴⁶⁷ Peter NOLL, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek, 1973, p. 64.

³⁴⁶⁸ MOOR Pierre, *Dynamique du système juridique : une théorie générale du droit*, Genève etc., 2010, p. 224.

³⁴⁶⁹ FOUCAULT (1975), p. 98.

³⁴⁷⁰ *Ibidem*, p. 100 ss.

de la législation – marges prévues par ses silences, ou libérées par une tolérance de fait. »³⁴⁷¹

Les normes non mises en œuvre, les usages illégaux ou la transgression des règles établies peuvent être analysées sociologiquement comme un *moteur de l'évolution des lois*. Dès lors que ces phénomènes deviennent collectifs, ils constituent un « avertissement au législateur ».

L'un des pères de la sociologie moderne, Emile DURKHEIM, a fait la démonstration de l'intérêt sociologique de l'illégalisme, tout en éprouvant simultanément le besoin de se défendre vivement contre le grief d'en faire une « apologie du crime »³⁴⁷² : « Que de fois, en effet, [le crime] n'est qu'une anticipation de la morale à venir, un acheminement vers ce qui sera !³⁴⁷³ [...] La liberté de pensée dont nous jouissons actuellement n'aurait jamais pu être proclamée, si les règles qui la prohibaient n'avaient été violées avant d'être solennellement abrogées. Cependant, à ce moment, cette violation était un crime, puisque c'était une offense à des sentiments encore très vifs dans la généralité des consciences. Et néanmoins ce crime était utile puisqu'il préludait à des transformations qui, de jour en jour, devenaient plus nécessaires. »³⁴⁷⁴

Jean CRUET résumait cette idée en une formule-choc : « Désobéir à la loi, n'est-ce pas en somme une manière de la modifier sans formalités ? »³⁴⁷⁵ Il ne prônait pas un droit à la désobéissance mais à un respect modéré et un droit à la critique : « Et sans doute convient-il de respecter assez la loi, mais de ne pas la respecter trop »³⁴⁷⁶ ; « Aussi bien, si personne n'a le droit de violer la loi, nous avons tous, sans conteste, celui de la critiquer. Or, vouloir que l'individu observe une loi de la manière la plus scrupuleuse au moment même où il la déclare radicalement mauvaise et où il en pressent l'abrogation prochaine et inévitable, c'est lui demander, comme l'a noté finement M. Gustave Lanson dans son étude pédagogique sur « le Respect des Lois », un véritable « tour de force » psychologique. »³⁴⁷⁷ Il poursuivait en développant l'idée que l'illégalité, dès lors qu'elle devenait collective, constituait un *avertissement au législateur* : « L'illégalité, d'ailleurs, ne met pas la loi sérieusement en danger, si elle reste individuelle. Devient-elle collective, elle constitue un avertissement au législateur, en lui indiquant le désaccord croissant de la société et de la loi. Elle lui démontre par le fait « que le monde social, comme l'a dit Spencer, est très loin d'être une pâte à laquelle la cuisinière peut donner la forme qu'il lui plaît, celle d'une croûte de pâté, d'un chausson ou d'une tartelette ». Il serait trop facile de légiférer si les mauvaises lois étaient toujours appliquées. Il y a donc, en quelque sorte une fonction juridique de l'illégalité, comme il y a, pourrait-on dire, une fonction intellectuelle de l'hérésie. »³⁴⁷⁸

3471 *Ibidem*, p. 103 s.

3472 Émile DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, 1895, p. 90, note de bas de page.

3473 *Ibidem*, chap. III, § III, p. 88 (en prenant l'exemple de Socrate).

3474 *Ibidem*, p. 89.

3475 CRUET (1908), p. 217.

3476 *Ibidem*, p. 334.

3477 *Ibidem*, p. 218.

3478 *Ibidem*, p. 334 s.

La question du droit ou du devoir de désobéissance à une loi injuste, ou celle de la *désobéissance civile* plus généralement, visent ce même but politique de faire évoluer la loi dans le futur³⁴⁷⁹. Si Socrate a bu la ciguë malgré une condamnation injuste, Antigone, elle, a préféré mourir plutôt que violer une loi sacrée³⁴⁸⁰.

La prohibition des drogues offre un exemple actuel d'un tel « avertissement ». Cette évolution porte cependant sur un temps long. L'exemple du mouvement, en cours mais pas encore achevé, vers une dépénalisation de la consommation de cannabis est illustratif. En 2001, le Conseil fédéral a proposé de réviser en ce sens la loi sur les stupéfiants au motif qu'il n'était à l'époque déjà plus possible de la faire respecter « avec des moyens raisonnables » conduisant à un « marché gris très difficile à contrôler ». Le Parlement ayant rejeté la révision, la pratique illégale, bien établie, subsiste encore deux décennies plus tard³⁴⁸¹.

« La loi actuelle réprimant la consommation de cannabis, il n'est plus guère possible de l'appliquer avec des moyens raisonnables. Par ailleurs, une consommation modérée de cannabis ne met pas la santé plus en danger que la consommation d'autres substances légalement admises. La dépénalisation de la consommation des stupéfiants de type cannabique et de ses actes préparatoires s'imposent donc logiquement [...] Les faiblesses de la loi actuelle apparaissent au grand jour dès qu'il s'agit de lutter contre la culture du chanvre servant à la production de stupéfiants [...] Dans ce domaine, l'application de la loi est très hétérogène et fort onéreuse ; il en résulte un marché gris très difficile à contrôler »³⁴⁸².

L'exigence d'effectivité intégrale serait dangereuse si elle devait toujours se traduire par un alignement du droit sur le fait³⁴⁸³. François OST et Michel VAN DE KERCHOVE mettent en garde contre l'*effectivisme*, dérive possible de l'effectivité (« *summa efficia, summa iniuria* ») :

« De même qu'un excès de légalisme peut s'avérer dommageable (*summum ius, summa iniuria*), de même qu'une morale inflexible peut ne pas être un idéal (*pereat mundus, fiat iustitia*), de même encore une exigence excessive d'effectivité et d'efficacité pourrait être

³⁴⁷⁹ Sur la désobéissance civile et ses effets sur le changement des lois, cf. par exemple François OST, *A quoi sert le droit ?*, Bruxelles, 2016, p. 78 ss (réf. cit.).

³⁴⁸⁰ Sur l'exemple de Socrate ayant permis de préparer « une morale et une foi nouvelles », cf. DURKHEIM (1895), p. 88. Pour revenir à l'époque de ROUSSEAU, DIDEROT se posait la question de l'attitude à avoir face à une loi inique in : Denis DIDEROT, *Entretien d'un père avec ses enfants ou du danger de se mettre au-dessus des lois*, in : Garnier (éd.), *Œuvres philosophiques*, Paris, 1972 (1^{re} parution dans la Correspondance de Grimm en 1771).

³⁴⁸¹ La question de la légalisation du cannabis s'est reposée en 2008, avec l'initiative populaire « Pour une politique raisonnable en matière de chanvre protégeant efficacement la jeunesse », rejetée par plus de 63% du peuple suisse et la majorité des cantons. Cf. cependant l'avant-projet d'une *législation expérimentale* sur le sujet ci-dessous ch. 6.2.4.3c.II.

³⁴⁸² FF 2001 3537, p. 3540.

³⁴⁸³ François OST/Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002, p. 336, se référant à Jean CARBONNIER.

contreproductive ; faudra-t-il écrire : *summa efficia, summa iniuria* ? »³⁴⁸⁴ Pour Jean CRUET, « lorsque la loi, dans un milieu transformé, continue à être intégralement appliquée, elle devient promptement dangereuse – ou absurde. »³⁴⁸⁵

Le développement des normes dynamiques automatisées dans le contexte de la *législation digitale* du futur³⁴⁸⁶ posera précisément un problème majeur sous cet angle³⁴⁸⁷.

En l'état actuel, les tribunaux ont tenu compte dans une certaine mesure de ces préoccupations. L'exécution des lois, comme toute activité de l'Etat, est subordonnée aux principes de *proportionnalité*, d'*intérêt public* et d'*égalité de traitement*³⁴⁸⁸. Par exemple la jurisprudence en matière d'égalité, de manière exceptionnelle certes, oblige les autorités administratives à *tolérer une pratique illégale*, après une balance d'intérêts, si l'autorité est dans l'incapacité d'assurer une mise en œuvre correcte dans le futur³⁴⁸⁹. Les *dérogations légales* ou les *autorisations exceptionnelles* obéissent à cette même logique. Elles se justifient « par le souci d'éviter une mise en œuvre qui, par une trop grande rigidité, irait dans des circonstances particulières à l'encontre d'un intérêt public légitime, frapperait des intérêts privés trop lourdement par rapport à la fin visée ou engendrerait des effets non voulus. On le voit : parfois, le principe de la proportionnalité exige précisément du législateur qu'il prévoie des clauses « échappatoires » pour les cas d'une trop grande rigueur ; ou, plus largement, la loi donnera à l'autorité la possibilité, dans certaines situations, de faire intervenir d'autres éléments de décision que ceux auxquels elle-même accorde une primauté de principe. »³⁴⁹⁰

Le parlement tessinois doit prévoir, selon le Tribunal fédéral, des *exceptions supplémentaires* dans la législation d'application relative à l'interdiction de se dissimuler

³⁴⁸⁴ *Ibidem*, p. 337. Cf. ég. Michel VAN DE KERCHOVE, « Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées ? Réflexions sur les phénomènes de dissociation entre la validité formelle et l'effectivité des normes juridiques », in : Dijon/Dumont/Berten (éd.), *Droit et pouvoir*, tome 1 : La validité, Bruxelles, 1987, p. 327 ss.

³⁴⁸⁵ CRUET (1908), p. 248.

³⁴⁸⁶ Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.2b.VI, 3.2.2.4 et 5.2.1.

³⁴⁸⁷ GARAPON/LASSÈGUE (2018), p. 161. Cf. ci-dessous ch. 3.2.2.4 *i.f*

³⁴⁸⁸ Art. 5 al. 2 et art. 8 Cst. féd.

³⁴⁸⁹ Sur la tolérance d'une situation illégale en rapport avec l'égalité de traitement, cf. GAVILLET (2018), p. 192 ss ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 627 ss ; Vincent MARTENET, *Géométrie de l'égalité*, Zurich/Bâle/Genève, 2003, p. 75 ss. Le Tribunal fédéral a reconnu un droit à l'illégalité dans moins de 5% des cas qui lui ont été déférés entre 2000 et 2010 (Pierre TSCHANNEN, « Gleichheit im Unrecht: Gerichtsstrafe im Grundrechtskleid », in : *ZBl*, 2011, p. 61 ss).

³⁴⁹⁰ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 637.

le visage, en particulier en rapport avec des manifestations politiques et des événements commerciaux ou publicitaires³⁴⁹¹.

En *matière procédurale*, « lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi et complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux », on est en présence d'un *formalisme excessif* selon la jurisprudence³⁴⁹², constitutionnellement prohibé³⁴⁹³.

Pour approfondir la réflexion, on soulignera enfin que le constat d'un *déficit de mise en œuvre* n'est souvent pas si facile à poser dans le contexte de flou qui entoure nombre de législations et de politiques publiques, quant à leurs objectifs en particulier. Dans la mesure où il n'est pas exclu que « [l']essentiel de ce qu'on nomme le déficit d'exécution relève d'une attitude active de réappropriation de la législation par les applicateurs et les destinataires pour la réalisation de leurs objectifs propres », Jean-Daniel DELLEY estime qu'« il faut plutôt parler d'activation des scénarios potentiels de la législation que de déficit, terme qui indique la non-conformité d'une action par rapport au modèle normatif »³⁴⁹⁴.

Analysé sous l'angle sociologique, le principe de respect et de mise en œuvre de la loi est donc mis au défi chaque fois que la loi, quoiqu'excellente sur le papier, ne fonctionne pas ou provoque des dysfonctionnements une fois mise au contact de la réalité. L'*analyse d'impact législative rétrospective* que nous examinerons dans la section suivante a précisément pour rôle d'examiner ces frottements ; l'adaptation continue des lois à la réalité étant le leitmotiv de la légistique matérielle.

³⁴⁹¹ TF, Arrêt 1C_211/2016, 1C_212/2016 du 20 septembre 2018, c. 11 (publication ATF prévue), laissant au législateur cantonal le soin de choisir la « formulazione più appropriata » des exceptions.

³⁴⁹² ATF 125 I 166, p. 170.

³⁴⁹³ Cf. ci-dessus ch. 1.3.4.4e.

³⁴⁹⁴ Jean-Daniel DELLEY, « Le dire et le faire : sur les modalités et les limites de l'action étatique », in : *Annuaire suisse de science politique*, 1993, p. 33. Sur cette même problématique relative au critère d'efficacité, cf. ci-dessous ch. 6.2.2.1.

6.2 L'analyse d'impact rétrospective (évaluation rétrospective)

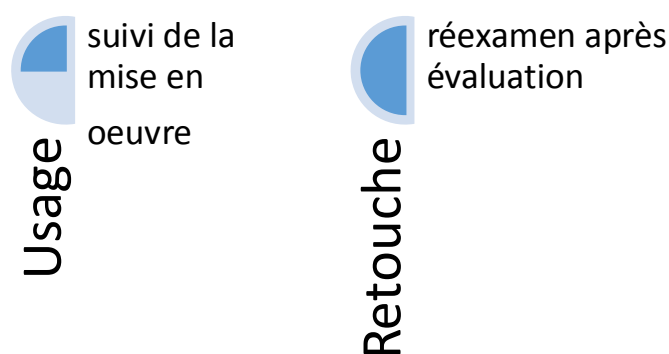
6.2.1 Définition, objet et fonction

6.2.1.1 *La définition*

L'analyse d'impact rétrospective clôt le cycle légistique³⁴⁹⁵ pour en ouvrir un nouveau le cas échéant. Intervenant en suite de la mise en œuvre de la loi, elle incarne la partie rétrospective de la légistique matérielle, celle de la *retouche* de la loi. L'analyse d'impact rétrospective (appelée plus souvent *évaluation rétrospective* ou *évaluation ex post*) est donc l'expression de la légistique matérielle rétrospective³⁴⁹⁶, tout comme l'analyse d'impact prospective – dans le sens large que nous lui conférons – est la concrétisation en droit positif de la légistique matérielle prospective³⁴⁹⁷, c'est-à-dire des étapes de pensée méthodique précédant l'adoption de la loi.

Cette étape de *retouche* à l'ouvrage juridique conduisant à un possible *réexamen* du texte (ch. 6.2.4) est précédée, au cours de l'étape d'*usage* de la loi, par un *suivi* de la mise en œuvre (ch. 6.2.1.3d ci-dessous).

Figure 6-1 – Phases de l'analyse d'impact rétrospective (légistique matérielle rétrospective ou évaluation ex post)³⁴⁹⁸



L'analyse d'impact législative rétrospective peut être définie comme une démarche d'examen méthodique des impacts de la loi visant à évaluer si et dans quelle mesure le problème de société au fondement de la loi a été réglé de

³⁴⁹⁵ Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.1 Figure 1-1 – Cycle légistique.

³⁴⁹⁶ Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.1.

³⁴⁹⁷ Cf. ci-dessus ch. 2.2.3.1.

³⁴⁹⁸ Pour consulter la *phase précédente*, cf. Figure 5-1 – Phases de la légistique formelle, p. 530 ; pour le *schéma général*, cf. ci-dessus Figure 1-1 – Cycle légistique, p. 38.

manière pertinente et efficace, en particulier sans effets collatéraux indésirables trop marqués. Si le problème a été résolu au mieux, la loi aura produit les effets que la société attendait d'elle. S'il ne l'a pas été, le législateur devra tirer de ces expériences les conclusions nécessaires à la révision de la loi et apprendre des défaillances. Une telle démarche vise à montrer en toute transparence au public l'effet concret de ce que le législateur a fait. A ce dernier d'en tirer les conséquences qui s'imposent pour adapter son action dans le futur³⁴⁹⁹.

L'évaluation reviendrait selon certains à *tendre un miroir au législateur* pour lui montrer le sort de ses textes au contact de la réalité et lui suggérer des retouches³⁵⁰⁰. Si la métaphore fonctionne avec un législateur suffisamment autocritique pour accepter de voir la réalité en face, elle deviendra inopérante devant un législateur narcissique³⁵⁰¹. Le reflet de la loi dans la pratique doit être le plus largement partagé dans le public afin de susciter un débat démocratique sur l'écart entre l'ouvrage et son reflet (on rappellera que la légistique a pour vocation de contribuer à améliorer la rationalité communicationnelle en matière législative³⁵⁰²). La *transparence* serait à notre avis une image plus parlante que la réverbération³⁵⁰³.

L'analyse d'impact législative rétrospective est également – et plus généralement – appelée *évaluation législative* [ex post]³⁵⁰⁴ ou *évaluation des* [effets des] *politiques publiques* [ex post]³⁵⁰⁵.

Dans l'Union européenne, l'Accord interinstitutionnel Mieux légiférer utilise les termes d'« évaluation *ex post* » pour l'analyse d'impact rétrospective et d'« analyse d'impact » pour l'analyse d'impact prospective³⁵⁰⁶.

-
- ³⁴⁹⁹ En plus des ouvrages cités dans le présent chapitre, on trouvera des listes bibliographiques sur l'évaluation in : Lars BALZER *et al.*, « Repères bibliographiques », in : *LeGes*, 2018, ch. 3.3 ; Fritz SAGER/Thomas WIDMER/Andreas BALTHASAR (éd.), *Evaluation im politischen System der Schweiz: Entwicklung, Bedeutung und Wechselwirkungen*, Zurich, 2017 (réf. en fin de chaque contribution) ; KNOEPFEL/LARRUE/VARONE/SAVARD (2015), p. 401 ss ; BUSSMANN Werner, « Konstanz, Wandel und Neuentwicklungen: 25 Jahre Evaluation in LeGes », in : *LeGes*, 2015/1, p. 107 ss. Cf. ég. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 498 s. ; Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 3^e éd., Zurich, 2013, p. 117 ; Thomas WIDMER/Wolfgang BEYWL/Carlo FABIAN, *Evaluation: Ein systematisches Handbuch*, Wiesbaden, 2009 (comparaison entre la Suisse, l'Autriche et l'Allemagne).
- ³⁵⁰⁰ Jean-Daniel DELLEY, « Du miroir tendu au miroir tenu : l'administration face à l'obligation d'évaluer », in : Kellerhals/Manai/Roth (éd.), *Pour un droit pluriel : études offertes au professeur Jean-François Perrin*, Genève etc., 2002, p. 303 ss.
- ³⁵⁰¹ Sur le stade de l'identification spéculaire en rapport avec un essai d'interprétation psychanalytique de la rationalité du discours juridique, cf. LENOBLE/OST (1980), p. 334, se référant à Jacques LACAN.
- ³⁵⁰² Cf. ci-dessous ch. 1.3.3.2b *i.f.* et 1.2.1.2b.
- ³⁵⁰³ Dans ce sens, cf. MADER (1985), p. 110, cit. ci-après.
- ³⁵⁰⁴ MADER (1985), p. 46 ss.
- ³⁵⁰⁵ KNOEPFEL/LARRUE/VARONE/SAVARD (2015), p. 277 ss et 298 s.

6.2.1.2 *L'objet : lois, politiques publiques et droit souple*

L'analyse d'impact législative rétrospective a pour objet d'évaluer les effets de la loi en action. Comme la loi est au fondement d'une myriade de mesures juridiques ou non juridiques, législatives ou non législatives, publiques ou privées, l'évaluation législative se confond dans ces conditions avec l'évaluation des *politiques publiques*³⁵⁰⁷.

La différence d'objet n'est qu'apparente. Elle est avant tout, souligne à juste titre Luzius MADER, « surtout une différence d'optique : la première [évaluation législative] est axée sur les composantes juridiques ou législatives, alors que la seconde adopte une démarche plus globale qui place les décisions législatives d'emblée dans le contexte plus général des modes d'action ou de régulation de l'Etat. »³⁵⁰⁸ Dans la mesure où toute politique publique doit reposer en fin de compte sur une base légale dans un Etat de droit, et où les lois modernes sont conçues stratégiquement pour mettre à leur service un ensemble de mesures pas forcément législatives³⁵⁰⁹, nous ne faisons pas de différence entre ces deux objets dans notre étude³⁵¹⁰.

A l'instar de l'analyse d'impact prospective³⁵¹¹, l'évaluation peut également porter sur l'impact du *droit souple* : l'évaluation de la mise en œuvre de *recommandations*³⁵¹², qui contribue à en renforcer l'effectivité, brosse une nouvelle nuance de gris supplémentaire entre les normes obligatoires et non obligatoires.

La Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS) prévoit ainsi d'évaluer ses *recommandations relatives aux enfants et aux jeunes mineurs non accompagnés dans le domaine de l'asile*³⁵¹³.

³⁵⁰⁶ PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 13 avril 2016*, ch. 12 et 20.

³⁵⁰⁷ Sur l'histoire et la définition de la notion de politique publique, cf. KNOEPFEL/LARRUE/VARONE/SAVARD (2015), p. 40 ss.

³⁵⁰⁸ MADER (1985), p. 50. Pour un aperçu des définitions possibles des « politiques publiques », cf. KNOEPFEL/LARRUE/VARONE/SAVARD (2015), p. 37 ss.

³⁵⁰⁹ Cf. ci-dessus ch. 3.1.2.1.

³⁵¹⁰ Cf. ci-dessus note de bas de page 24.

³⁵¹¹ Cf. ci-dessus ch. 2.2.3.3b pour l'exemple de l'Union européenne et ch. 2.2.3.3c *i.f.* pour celui du droit intercantonal.

³⁵¹² Cf. ci-dessus ch. 3.3.5.2d.

³⁵¹³ Avis du Conseil fédéral du 1^{er} juin 2018 (interpellation 18.3216, Rapport final du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies. Mise en œuvre des recommandations). Cf. ég. l'exemple de la Conférence suisse des institutions d'action sociale cit. ci-dessus ch. 2.2.3.3c *i.f.*

6.2.1.3 *La fonction d'apprentissage*

a. Un mode spécifique d'examen rétrospectif de la loi

L'analyse d'impact législative rétrospective n'est qu'un mode parmi d'autres d'examen de la loi après que celle-ci a quitté le giron parlementaire. La loi est sujette à tant de procédures de contrôle, de suivi, de surveillance ou d'analyse aussi bien juridictionnelles, administratives, politiques que financières qu'il serait ici vain d'en dresser la liste.

Sa spécificité résulte de sa définition, orientée – on vient de l'expliquer – sur la résolution du problème de société à la base de la loi. Il ne s'agit fondamentalement ni de contrôler la loi, ni de vérifier sa mise en œuvre, mais bien de donner l'occasion au législateur de prendre en compte les *expériences*, d'*apprendre* de celle-ci et d'*adapter son action* de manière réflexive en fonction de l'évaluation des impacts provoqués par la mise en œuvre afin de résoudre au mieux le problème ayant suscité initialement son intervention³⁵¹⁴. L'évaluation n'est pas une inspection. Elle doit être comprise comme une méthode visant à transformer le processus législatif en un processus d'apprentissage.

b. L'exigence de couplage entre l'analyse d'impact prospective et rétrospective comme expression de la fonction d'apprentissage

La légistique n'est pas un processus linéaire mais cyclique. Les lois purement nouvelles étant plutôt rares, le législateur ne devrait pas débiter le cycle légistique sans procéder préalablement à une analyse d'impact rétrospective³⁵¹⁵. Au contraire il devrait d'une part, dans le cadre de la phase d'analyse du problème³⁵¹⁶, intégrer les résultats de l'analyse d'impact rétrospective dans l'analyse prospective afin de créer une dynamique d'apprentissage (« learning loop »³⁵¹⁷).

L'OCDE le préconise : « Les méthodes d'analyse d'impact de la réglementation devraient être intégrées dans les programmes d'examen et de révision des réglementations en vigueur. »³⁵¹⁸

³⁵¹⁴ Sur l'intérêt et les limites d'introduire des boucles d'apprentissage dans les processus législatifs et administratifs, cf. SECKELMANN (2018), p. 190 ss.

³⁵¹⁵ Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.1.

³⁵¹⁶ Cf. ci-dessus ch. 2.3.5.3b.V.

³⁵¹⁷ VAN GESTEL/VRANKEN (2009), p. 270 s. Sur la nécessité d'un tel couplage en droit français, cf. COMBRADE (2017), p. 383.

³⁵¹⁸ OCDE, *Recommandation du Conseil concernant la politique et la gouvernance réglementaires*, Paris, 2012, Annexe, ch. 5.1.

Dans l'Union européenne, l'accord « Mieux légiférer » est explicite : « Dans le cadre du cycle législatif, les évaluations de la législation et des politiques existantes, fondées sur l'efficacité, l'effectivité, la pertinence, la cohérence et la valeur ajoutée, devraient servir de base aux analyses d'impact des différentes options envisageables pour la mise en œuvre d'autres actions. »³⁵¹⁹ Les lignes directrices de la Commission posent le principe d'évaluation préalable avant toute révision (« evaluate first principle »)³⁵²⁰. Le processus devrait se dérouler de manière séquentielle (« back-to-back »), et non parallèle, afin que les résultats de l'évaluation puissent être pleinement utilisés dans l'évaluation d'impact ultérieure³⁵²¹.

D'autre part, en présence d'un deuxième cycle législatif consécutif, l'analyse rétrospective conduite en vue d'une analyse prospective devrait se fonder elle-même sur l'analyse prospective précédente pour évaluer la pertinence des évaluations.

Un *couplage* systématique entre les analyses prospectives et rétrospectives est plébiscité par la doctrine, car il génère une dynamique de fécondation croisée³⁵²². Ce *feedback* subséquent sur les pronostics devrait permettre d'améliorer par apprentissage la pertinence des pronostics ultérieurs (« feedback research »)³⁵²³. Les questions soulevées *ex post* et *ex ante* doivent correspondre pour que l'effet de rétroaction soit le meilleur :

« Nevertheless, our pilot study has also shown that an essential condition for proper feedback research is that the questions that are raised *ex post* and *ex ante* match. That is why we follow Mader where he states that *ex post* and *ex ante* evaluations should be seen

³⁵¹⁹ PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 13 avril 2016*, §22.

³⁵²⁰ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines*, Bruxelles, 2017, chap. VI, ch. I ; COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox*, Bruxelles, 2017, Tool #4 (Evidence-Based Better Regulation), ch. 5. Cf. ci-dessus ch. 2.3.4.1a.

³⁵²¹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines* (2017), chap. VI ; COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), Tool #52 (« Back-to-back » evaluations and impact assessments), ch. 1.

³⁵²² « Indeed, determining the › cross-fertilisation between *ex ante* scrutiny and *ex post* control methodologies › will be a major challenge for many years to come. » (Klaus MEBERSCHMIDT, « The Procedural Review of Legislation and the Substantive Review of Legislation: Opponents or Allies? », in : Meßerschmidt/Oliver-Lalana (éd.), *Rational Lawmaking under Review: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*, Berlin, 2016, p. 394 s.). Cf. ég. Alberto ALEMANNO, « A meeting of minds on impact assessment: When *ex ante* evaluation meets *ex post* judicial control », in : *European Public Law*, vol. 17, n° 3, 2011, p. 485 ss ; Rob VAN GESTEL/Jan VRANKEN, « Assessing the Accuracy of *Ex Ante* Evaluation through Feedback Research: A Case Study », in : Verschuuren (éd.), *The Impact of Legislation: A Critical Analysis of Ex Ante Evaluation*, Leyde, 2009, p. 227 s. ; Luzius MADER, « Evaluating the effects: A contribution to the quality of legislation », in : *Statute Law Review*, vol. 22, n° 2, 2001, p. 124 s.

³⁵²³ VAN GESTEL/VRANKEN (2009), p. 199 ss.

as complementary because the more explicit and differentiated prospective evaluation is, the easier it will become to perform a solid ex post evaluation that will provide relevant and reliable feedback. »³⁵²⁴

c. *La démarcation entre l'évaluation et les techniques de contrôle*

Très tôt la littérature sur l'évaluation s'est emparée de la question pour la démarquer des procédures de *contrôle*, de *surveillance*, de *recours*, de *mise en conformité*, d'*audit*, de *gestion*, de *management*, d'*inspection* ou de *tests (de résistance)*³⁵²⁵.

KNOEPFEL, LARRUE, VARONE et SAVARD expliquent que l'analyse se pose « en termes de problèmes publics » et qu'elle se démarque des « orientations strictement managériales qui traitent les services administratifs comme des entités autonomes dont les produits ne seraient pas évalués explicitement sous l'angle de leur contribution à la résolution de problèmes publics. »³⁵²⁶

KESSLER, LASCOUMES, SETBON et THOENIG rappellent le contexte : « L'évaluation n'est pas née dans un désert. De nombreuses pratiques connexes en témoignent. [...] Très rapidement, une série de travaux classiques ont cherché à distinguer l'évaluation des autres systèmes administratifs et cognitifs. Dans un texte célèbre comparant l'évaluation et les différentes formes d'audit, Eleanor Chelimsky soulignait que la première se caractérisait par la recherche de l'explication, tandis que les secondes se définissaient par des méthodes de vérification fondées sur l'examen de documents précis, en grande partie comptables. »³⁵²⁷

Jacques CHEVALLIER discerne la spécificité de l'évaluation dans la *finalité* de celle-ci, ne résidant pas dans la mise en conformité, ni la régularité : « La distinction entre évaluation et contrôle ne prête plus guère à discussion : alors que le contrôle est sous-tendu par une préoccupation de régularité et poursuit un objectif de mise en conformité à travers un mécanisme de correction/sanction, l'évaluation s'interroge sur les résultats obtenus, les effets enregistrés ; même si la conception du contrôle a évolué, les organes qui en sont chargés étant amenés à se poser une série de questions fort proches de celles de l'évaluation, sa finalité reste foncièrement différente. »³⁵²⁸

³⁵²⁴ VAN GESTEL/VRANKEN (2009), p. 228.

³⁵²⁵ Cf. les *tests de résistance* (« stress tests ») en matière bancaire (art. 4 LB [loi sur les banques] [RS 952.0] et art. 118 al. 5 OFR [ordonnance sur les fonds propres et la répartition des risques des banques et des négociants en valeurs mobilières] [RS 952.03]).

³⁵²⁶ KNOEPFEL/LARRUE/VARONE/SAVARD (2015), p. 4.

³⁵²⁷ Marie-Christine KESSLER/Pierre LASCOUMES/Michel SETBON/Jean-Claude THOENIG, *Evaluation des politiques publiques*, Paris, 1998, p. 37.

³⁵²⁸ Jacques CHEVALLIER, « Rapport de synthèse », in : CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE (CURAPP), *L'évaluation dans l'administration*, Paris, 1993, p. 181.

Luzius MADER voit l'essence de cette finalité dans la *transparence* qu'une telle démarche offre aux citoyens et aux citoyennes – transparence qui « résulte surtout de la comparaison des intentions normatives déclarées, c'est-à-dire des effets expressément visés, au résultat réel de l'intervention législative »³⁵²⁹ – qu'il oppose aux « modes traditionnels de contrôle [qui] sont inspirés par la méfiance »³⁵³⁰.

L'évaluation n'est pas là pour que les autorités de mise en œuvre rendent des comptes, mais pour inciter le législateur de manière réflexive à *rendre des comptes sur sa capacité d'apprendre des conclusions de l'évaluation* :

Selon la fine observation de Frédéric VARONE, il ne s'agit pas d'« apprendre des évaluations afin de rendre des comptes, mais plutôt de rendre des comptes sur notre capacité à apprendre des évaluations. »³⁵³¹

La distinction se comprend mieux lorsqu'on la replace dans une perspective de *consolidation et de reconnaissance socio-professionnelle des différentes disciplines* impliquées désormais dans la préparation et la mise en œuvre de la loi. Les juristes n'ont plus le monopole de la fabrication de la loi ni de sa mise en œuvre ; le point de vue interdisciplinaire de la légistique en témoigne³⁵³². Alors que les juristes disposaient, et disposent toujours, d'une expertise traditionnellement reconnue et respectée dans le contrôle juridictionnel, constitutionnel et administratif orienté autour de la régularité et de la conformité, les économistes se sont tournés vers l'efficacité et les contrôles managériaux, financiers et budgétaires. Les politologues, sociologues, et désormais les évaluateurs et les évaluatrices, inclinent en revanche à l'étude de l'effectivité et de la pertinence, étant plus ancrés dans l'observation des problématiques socio-politiques. Jacques CAILLOSSE analyse cette évolution comme une nécessité pour ces nouveaux arrivants de se détacher progressivement de la discipline juridique, pendant que les juristes, engagés dans des tâches de contrôle, croiraient faire de l'évaluation :

« pour s'affirmer, les évaluateurs ont d'abord été conduits à définir leur « métier » par référence et même par opposition à des discours et à des savoir-faire largement indexés sur le droit [...]. De là tous ces débats initiés par les évaluateurs pour faire apparaître la singularité de leur fonction dans un système administratif surtout régulé par des pratiques, notamment juridictionnelles, de contrôle. De leur côté les professionnels du droit engagés dans des tâches de contrôle sont fortement tentés de considérer qu'ils font de l'évaluation en accomplissant leur métier. »³⁵³³

³⁵²⁹ MADER (1985), p. 110 s. et 174 ss.

³⁵³⁰ MADER (1985), p. 110.

³⁵³¹ Frédéric VARONE, « Développer les capacités d'évaluation », in : Jacob/Varone/Genard (éd.), *L'évaluation des politiques au niveau régional*, Bruxelles etc., 2007, p. 175.

³⁵³² Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.4.

³⁵³³ Jacques CAILLOSSE, « Droit et évaluation », in : *Revue française des affaires sociales*, 1(2), 2010, p. 354 s.

La distinction plus particulièrement avec l'*audit* et ses différentes variantes a été dès l'origine un sujet épineux³⁵³⁴ qui s'est complexifié encore avec le développement d'institutions chargées simultanément de missions d'audit et d'évaluation³⁵³⁵, à l'instar de la Cour des comptes en France ou dans le canton de Genève ou du Contrôle fédéral des finances³⁵³⁶. Les normes internationales privées, adoptées dans un cadre d'autorégulation, qui régissent l'activité de ces cours, se sont attelées à distinguer l'*évaluation des politiques publiques* de l'*audit de performance*. La définition de l'audit de performance montre que les instruments se recoupent sur le point de l'évaluation de l'efficacité au sens large :

« L'audit de la performance consiste à examiner de façon indépendante, objective et fiable si des systèmes, des opérations, des programmes, des activités ou des organisations du secteur public fonctionnent conformément aux principes d'économie, d'efficacité et d'efficacité et si des améliorations sont possibles. »³⁵³⁷

L'évaluation législative, ou des politiques publiques, est un concept plus large ; elle consiste à « évaluer l'impact global et à court et long terme d'une politique (ce qui implique souvent de tenir compte des autres politiques ayant des effets dans le même domaine) ainsi que le jugement de la pertinence de cette politique. »³⁵³⁸ L'audit de performance peut donc être considéré comme une partie de l'évaluation des politiques publiques, limité à l'évaluation de l'efficacité et de l'efficacité.

L'évaluation, dans l'esprit, est une *démarche de recherche* et non de contrôle, si bien que les *cours des comptes* chargées de missions évaluatives devraient veiller à séparer clairement cette activité des autres, tant au niveau de la structure que des personnes³⁵³⁹. Elles devraient également instaurer des mécanismes différenciés de

³⁵³⁴ Cf. par exemple Eleanor CHELIMSKY, « Comparing and Contrasting Auditing and Evaluation: Some Notes on Their Relationship », in : *Evaluation Review*, vol. 9, iss. 4, 1985, p. 483 ss ; Christopher POLLITT/Hilkka SUMMA, « Evaluation and the Work of Supreme Audit Institutions: an Uneasy Relationship? », in : Kessler *et al.* (éd.) (1998), p. 63 ss ; Samy JOST/Daniel AEBY/Gilles MOINAT/Etienne ANTILLE, « Audit de performance ou évaluation des politiques publiques : comment choisir ? » in : *Expert Focus*, 4/2007, p. 217 ss ; Emmanuel SANGRA, « Quels outils pour mesurer quelles performances ? Essai de typologie pour mieux définir les apports respectifs de l'évaluation, de la recherche et de l'audit », in : Fink *et al.* (éd.), *Evaluation, politique criminelle et réforme du droit pénal*, Berne, 2017, p. 67 ss.

³⁵³⁵ POLLITT/SUMMA (1998), p. 63 ss.

³⁵³⁶ Cf. ci-dessous ch. 1.3.5.4b.III.

³⁵³⁷ ISSAI 300, § 9, cit. in : INTOSAI, *GOV 9400 – Lignes directrices sur l'évaluation des politiques publiques*, Vienne, 2016, ch. 1.3. Cf. ci-dessus ch. 4.3.3.2a P IV.

³⁵³⁸ *Ibidem*, ch. 1.3.

³⁵³⁹ La Cour des comptes du canton de Genève a la « volonté de distinguer en interne les métiers d'auditeurs et d'évaluateurs qui n'utilisent pas les mêmes approches ni les mêmes référentiels » (CONTRÔLE FÉDÉRAL DES FINANCES, *Examen par les pairs des activités d'évaluation de la Cour des comptes de la République et Canton de Genève*,

contrôle externe de leurs activités (examen par les pairs³⁵⁴⁰) qui tiennent compte des spécificités de chaque approche. Traditionnellement orientées sur le contrôle, et perçues ainsi dans les administrations, de telles cours de comptes devraient tout mettre en œuvre pour dissiper toute confusion entre les fonctions :

Sous l'intitulé « [l]a confusion produite par l'activité multi-objectifs des < inspecteurs-évaluateurs > et < contrôleurs-évaluateurs > en France », Maurice BASLÉ précise « que l'évaluation n'est pas un contrôle. Elle est une évaluation-valorisation publique. La valeur publique n'est pas la régularité des processus de mise en œuvre. Deuxièmement en évaluation, la production des résultats sans biais est difficile. On est proche d'une démarche recherche. On doit pouvoir < publier > sans être contredit par d'autres < pairs >. La qualité devrait pouvoir être attestée par une démarche de contre-évaluation. Or la qualité des travaux de contrôle de la Cour est déclarée simple conséquence du principe d'indépendance du magistrat. Elle est *sui generis* : l'indépendance vaut qualité. Il n'y a d'ailleurs pas d'évaluation des travaux de la Cour [des comptes], pas de matière, pas de synthèse critique donc pas de < gardiennage des gardiens >. [...] Ceci impliquerait < une nette séparation entre les fonctions de certification comptable, de juge des gestionnaires publics et d'évaluation de politiques publiques >. »³⁵⁴¹

La *confusion* entre l'analyse d'impact législative rétrospective et le contrôle de la mise en œuvre (inspection, surveillance, recours, audit, mise en conformité, etc.) réside certainement dans le fait qu'une analyse d'effectivité est un *passage obligé* pour toute analyse d'impact législative rétrospective. Savoir si une loi est mise en œuvre ou non est indispensable pour établir un rapport de causalité entre la loi à évaluer et les impacts observés³⁵⁴². Or en procédant à une telle investigation, les personnes ou entités chargées de la mise en œuvre percevront automatiquement le regard de l'évaluation – fût-il bienveillant – comme un œil critique d'autant plus acéré que le respect de la loi est moins assuré. Rappeler dans un tel contexte que l'évaluation n'est pas une inspection exige un travail de conviction serré au résultat incertain. Il l'est d'autant plus si les cours des comptes elles-mêmes estiment qu'il n'est pas nécessaire vis-à-vis de l'extérieur de chercher à imposer coûte que coûte pareille distinction³⁵⁴³.

Berne, 5 avril 2018, ch. 3.2). Le Contrôle fédéral des finances estime qu'en revanche, « vis-à-vis de l'extérieur, il n'est sans doute pas nécessaire de chercher à imposer coûte que coûte cette distinction. Il est même judicieux d'avoir des équipes mixtes lors d'audits ou d'évaluations, comme l'a récemment initié la Cour [des comptes du canton de Genève]. » (*ibidem*).

³⁵⁴⁰ Ce « contrôle de contrôleurs » est exercé par les autres institutions supérieures de contrôle des finances publiques (cf. ci-dessus ch. 3.3.5.2d).

³⁵⁴¹ Maurice BASLÉ, « Révision générale des politiques publiques et activités évaluatives en France : différences, complémentarités ? », in : Trosa (dir.), *Evaluer les politiques publiques pour améliorer l'action publique : Une perspective internationale*, Vincennes, 2009, p. 83 s.

³⁵⁴² Cf. ci-dessus ch. 4.3.3.3b.

³⁵⁴³ Cf. ci-dessus note de bas de page 3539.

En conclusion, si le contrôle ne constitue pas le but de l'évaluation, il faut pourtant admettre qu'il est une conséquence indirecte de celle-ci³⁵⁴⁴.

d. Le suivi de la mise en œuvre (« monitoring »)

Selon l'OCDE, l'évaluation ne doit pas être confondue avec le *suivi de la mise en œuvre* (« monitoring »)³⁵⁴⁵ qu'elle définit comme « l'examen continu de la mise en œuvre selon un calendrier convenu. Les activités de suivi concernent la collecte systématique d'informations, selon des indicateurs précis concernant les mesures prises, qui donnent aux gestionnaires, aux acteurs concernés et aux autres parties prenantes une idée des progrès réalisés et des objectifs atteints. »³⁵⁴⁶

Cette affirmation doit être précisée en ce sens que le suivi de la mise en œuvre ne constitue en effet pas une évaluation législative au sens plein³⁵⁴⁷. S'inscrivant dans la lignée de l'analyse d'impact prospective et anticipant une retouche de la loi dans le cadre d'une analyse rétrospective à venir, elle est partie intégrante du cycle légistique dans sa phase d'*usage* de la loi qu'elle partage avec la légistique formelle³⁵⁴⁸. Nous la comprenons donc comme une *activité préparatoire à l'analyse d'impact législative rétrospective*, non seulement utile mais surtout indispensable dans la mesure où, sans une collecte ciblée et systématique d'informations, aucune évaluation ne peut sérieusement être envisagée³⁵⁴⁹.

Ce processus qui accompagne la mise en œuvre de la loi est parfois évoqué sous l'étiquette d'*évaluation législative concomitante*³⁵⁵⁰ (« in itinere » ou « ongoing »)³⁵⁵¹. L'expression est imprécise, car aucune « évaluation » à proprement parler n'est menée durant ce processus, et trompeuse de surcroît, car elle fait croire qu'il existerait un troisième type d'évaluation, alors qu'il s'agit d'une simple *mesure préalable*

³⁵⁴⁴ Sur cette fonction de contrôle parmi les autres fonctions remplies par l'évaluation (connaissance, dialogue, légitimation, compromis), cf. SECKELMANN (2018), p. 53 ss.

³⁵⁴⁵ OCDE, *Perspectives de l'OCDE sur la politique de la réglementation 2015*, Paris, 2016, p. 139.

³⁵⁴⁶ *Ibidem*, p. 139.

³⁵⁴⁷ Sur la distinction entre *monitoring*, *controlling* et *évaluation rétrospective*, cf. OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 1154 ss et 1161 ss.

³⁵⁴⁸ Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.1 Figure 1-1 – Cycle légistique.

³⁵⁴⁹ Cf. dans ce sens les exigences de suivi posées par l'Union européenne pour soutenir les processus d'évaluation qui sont susceptibles de contenir des indicateurs mesurables pour servir de base à la collecte d'éléments attestant l'impact de la législation sur le terrain (PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 13 avril 2016*, ch. 22).

³⁵⁵⁰ KNOEPFEL/LARRUE/VARONE/SAVARD (2015), p. 298.

³⁵⁵¹ Cf. SECKELMANN (2018), p. 166 ss (réf. cit.).

conservatoire pour recueillir un maximum de données pertinentes qui permettront de fonder une évaluation sur des bases objectives³⁵⁵².

On trouve également dans le monde anglo-saxon la notion d'*examen post-législatif* (« post-legislative scrutiny [PLS] ») qui se distinguerait de l'examen de suivi en ce sens qu'il prévoit « un examen de la manière dont la législation et ses mesures d'application sont entrées en vigueur »³⁵⁵³.

Entendu dans un *sens large* pourtant, l'examen post-législatif équivaut à l'analyse d'impact législative rétrospective. Il s'adresse plus spécifiquement aux parlements en leur demandant de s'approprier la démarche de légistique matérielle et ses outils, en particulier les clauses d'évaluation : « Parliament has a responsibility to monitor that the laws it has passed have been implemented as intended and have had the expected effects. Therefore, Post-Legislative Scrutiny is an important tool for increasing government accountability. [...] Post-Legislative Scrutiny reviews both the enactment of law and its impact on society, and hence contributes to improve the law itself and people's well-being. »³⁵⁵⁴

Certaines voix prospectives imaginent d'intégrer la technologie de la chaîne de blocs (« blockchain ») et les progrès de l'intelligence artificielle dans les textes législatifs afin d'assurer un *suivi automatisé* en temps réel de la mise en œuvre avec, le cas échéant, une *révision automatique* de la règle dans l'hypothèse des règles dynamiques (« dynamic rules »)³⁵⁵⁵.

e. *Conclusion*

En conclusion on retiendra que, contrairement à une pure activité de contrôle de la bonne application des règles, l'analyse d'impact rétrospective ne se borne pas à évaluer l'effectivité du texte de loi en vigueur mais vise à améliorer ce dernier en fonction des impacts observés. Si l'évaluation conclut – premier cas de figure – qu'une loi est bien mise en œuvre mais qu'elle produit des effets pervers délétères, elle ne va pas se satisfaire du constat de mise en œuvre correcte mais va recommander de réviser la loi. Si elle conclut au contraire – deuxième cas de figure – que la loi n'est pas mise en œuvre et qu'il en résulte des effets

³⁵⁵² Cf. ci-dessous ch. 2.3.4.1.

³⁵⁵³ OCDE, *Perspectives de l'OCDE sur la politique de la réglementation 2015*, Paris, 2016, p. 139, qui se réfère à une publication du gouvernement du Royaume-Uni : DEPARTMENT OF BUSINESS, INNOVATION AND SKILLS, *Clarifying the relationship between Policy Evaluation, Post-Legislative Scrutiny and Post-Implementation Review*, Londres, 2010.

³⁵⁵⁴ Franklin DE VRIEZE, *Principles for Post-Legislative Scrutiny by Parliament*, Londres, 2018, p. 3. Cf. ég. Franklin DE VRIEZE/Victoria HASSON, *Post-Legislative Scrutiny, Comparative Study of Practices of Post-Legislative Scrutiny in Selected Parliaments and the Rationale for its Place in Democracy Assistance*, Londres, 2017 ; Franklin DE VRIEZE, *Post-Legislative Scrutiny: Guide for Parliaments*, Londres, 2017.

³⁵⁵⁵ Cf. ci-dessus ch. 5.2.1 *i.f.*

indésirables, elle va vivement en recommander le respect au lieu, par exemple, de conseiller d'adopter une nouvelle loi³⁵⁵⁶. Si l'analyse conclut – troisième cas de figure – que la loi n'est pas mise en œuvre mais qu'il est hautement préférable qu'il en soit ainsi en raison d'une inadéquation avec le problème qu'elle est censée résoudre et des effets indésirables que son application engendrerait, elle en recommandera l'abrogation. Dans ce cas, la perspective légistique provoque l'ordre juridique établi dans la mesure où elle impose de ne pas fétichiser le respect de la loi ; des tempéraments peuvent et doivent être parfois apportés à la mise en œuvre, nous l'avons vu³⁵⁵⁷, anticipant et préparant de la sorte les valeurs de demain en demandant d'adapter les lois d'aujourd'hui.

6.2.2 Les critères et les méthodes d'analyse : une quadruple séquence d'évaluations

Constituant le pendant méthodologique de l'analyse d'impact législative prospective, l'analyse d'impact législative rétrospective permet d'examiner le sort de la loi après son entrée en vigueur aussi bien dans sa pertinence que dans son efficacité. Les critères de référence sont les mêmes. On peut ainsi, pour une meilleure compréhension, se reporter au *schéma* décrivant de manière synthétique le modèle d'impact³⁵⁵⁸, qui s'applique tant *ex ante* qu'*ex post*.

On retrouve ainsi les *quatre différents types d'évaluation à effectuer* que nous avons identifiés dans l'analyse d'impact prospective (cf. Figure 2-3 ci-dessus)³⁵⁵⁹ :

- une évaluation rétrospective de la pertinence du *problème* ;
- une évaluation rétrospective de la pertinence des *objectifs* pour le résoudre au mieux ;
- une évaluation rétrospective de l'ensemble des *impacts sociaux, environnementaux et économiques* ;
- une évaluation rétrospective de l'*efficacité* au sens large (effectivité, efficacité proprement dite et efficience).

Contrairement à une idée reçue, l'analyse d'impact législative rétrospective ne se limite donc ni à l'évaluation de l'effectivité pour en estimer le degré de mise en œuvre, ni à celle de l'efficacité ou de l'efficience des mesures.

La loi peut ainsi prévoir une clause d'évaluation rétrospective portant sur le critère de la pertinence, par exemple pour tester le besoin réel d'une intervention politico-

³⁵⁵⁶ Cf. ci-dessus ch. 2.1.2.2.

³⁵⁵⁷ Cf. ci-dessus ch. 6.1.3.3, p. 610.

³⁵⁵⁸ Cf. ci-dessous ch. 4.3.3.5 Figure 4-5 – Diagramme d'intervention logique – modèle d'impacts.

³⁵⁵⁹ Cf. ci-dessus ch. 2.2.3.2 Figure 2-3 – Typologie des différentes évaluations à effectuer dans le cadre de l'analyse d'impact.

juridique³⁵⁶⁰ : « Le Conseil fédéral présente au Parlement un rapport sur l'efficacité et la nécessité de la présente loi au plus tard huit ans après son entrée en vigueur. »³⁵⁶¹

Le débat sur les *méthodes* est analogue à celui qui traverse l'analyse prospective, en particulier sur l'approche quantitative ou qualitative³⁵⁶². Comme pour les critères d'évaluation, les méthodes doivent être adaptées *mutatis mutandis* au contexte rétrospectif, caractérisé par la production d'impacts concrets, et non plus hypothétiques, dont il s'agira d'assurer la récolte et l'analyse³⁵⁶³.

6.2.2.1 L'évaluation au-delà des objectifs : penser autrement l'efficacité

L'évaluation de l'*efficacité proprement dite* (capacité d'une mesure à atteindre les buts visés par la loi) et de l'*efficience* (capacité d'une mesure à atteindre les buts visés par la loi avec des ressources optimales) est directement liée à la définition des buts.

Or nous avons montré que les objectifs d'une loi, souvent, n'étaient pas aussi clairs, spécifiques ou mesurables que la théorie évaluationniste le souhaiterait³⁵⁶⁴. Conclure à l'inefficacité d'une mesure au motif qu'un objectif vague, ambigu, contradictoire et non mesurable n'aurait pas été atteint n'a aucun sens. Tout comme nous avons critiqué, à propos de l'évaluation de l'effectivité, l'usage de l'expression de *déficit d'exécution* dans de telles conditions³⁵⁶⁵, nous proposons au sujet de l'efficacité de *penser autrement la notion d'efficacité*, en nous écartant du schéma fins-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, 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. »³⁵⁶⁶

³⁵⁶⁰ Cf. ci-dessus ch. 2.1.2.2.

³⁵⁶¹ Art. 14 de la loi fédérale sur la protection contre les dangers liés au rayonnement non ionisant et au son (LRNIS) (FF 2017 3949) ; pas encore entrée en vigueur [état au 1.1.2019].

³⁵⁶² Cf. ci-dessous ch. 4.4.2.

³⁵⁶³ Analyses transversales ou longitudinales, protocoles expérimentaux, etc. (cf. ci-dessous ch. 6.2.4.3c.II les réf. à ROSSI/FREEMAN/LIPSEY [2004]).

³⁵⁶⁴ Cf. ci-dessus ch. 2.4.6.1, en proposant des *évaluations détachées des buts* (« goal free »).

³⁵⁶⁵ Cf. ci-dessus ch. 6.1.3.3 *i.f.*

³⁵⁶⁶ Alexandre FLÜCKIGER, « Qu'est-ce que « mieux légiférer » ? Enjeux et instrumentalisation de la notion de qualité législative », in : Flückiger/Guy-Ecabert (éd.), *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer : le rôle des guides de légistique*, Genève, 2008, p. 23 s. Plus en détail, cf. Alexandre FLÜCKIGER, « L'évaluation

Le rôle de l'évaluation consistera alors à recenser la totalité des effets possibles, intentionnels ou non, prévus ou imprévus, puis à évaluer lesquels d'entre eux ont le potentiel de faire évoluer la loi vers une nouvelle stratégie en train d'émerger, indépendamment de la stratégie délibérée. L'efficacité ne porte plus sur la performance planifiée mais sur la *performance stratégique*, au sens défini par Henry MINTZBERG, qu'il s'agit d'évaluer en rapport avec la stratégie en train d'émerger et qui se révèle progressivement du fait même de l'évolution de la situation³⁵⁶⁷. Les évaluateurs ne sont plus là pour sanctionner l'écart mais pour observer et recueillir l'effet. L'efficacité devient dès lors l'aptitude à repérer et à exploiter un facteur porteur sur lequel le législateur pourra ultérieurement prendre appui³⁵⁶⁸.

L'évaluation doit dans ces conditions englober les effets émergents, collatéraux, « hors du but »³⁵⁶⁹ (« goal free »)³⁵⁷⁰, réhabilitant de la sorte l'effet non intentionnel et imprévu³⁵⁷¹. Un collectif de politologues emmené par Guy PETERS vient de rappeler cette nécessité à l'ère de la globalisation des politiques publiques. Ils jouent sur le double sens d'*effectiveness* en anglais oscillant entre une facette d'efficacité (qui atteint son but) et d'impact (qui produit un effet) :

« Some effects may not be anticipated (this corresponds to the well-known category of unintended effects), but one can also imagine a specific type of policy design that leaves room for open effects. To understand the development of global policy arrangements, it is particularly important to adopt an effectiveness questioning which encompasses both meanings: effectiveness as success in producing intended results and effectiveness as « operativeness and production of effects that are to be characterized. »³⁵⁷²

Les types suivants d'évaluation ne se focalisant pas sur la relation fins-moyens permettent de mettre en évidence de tels effets :

législative ou comment mesurer l'efficacité des lois », in : *Revue européenne des sciences sociales*, vol. 45, 2007, p. 96 ss.

³⁵⁶⁷ *Ibidem*, p. 99 s. Sur la stratégie émergente, cf. ci-dessus ch. 3.5.4.3.

³⁵⁶⁸ *Ibidem*, p. 99.

³⁵⁶⁹ *Ibidem*.

³⁵⁷⁰ Michael SCRIVEN, « Prose and Cons about Goal-Free Evaluation », in : *American Journal of Evaluation*, 1991, p. 55 ss. Pour une application aux analyses d'impact prospectives, cf. Bertrand-Léo COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, Paris, 2017, p. 355 et 391. Cf. ég. Jean-Eric FURUBO, « Pourquoi l'évaluation a-t-elle tant de mal à tenir ses promesses ? », in : Trosa (dir.), *Evaluer les politiques publiques pour améliorer l'action publique*, Vincennes, 2009, p. 149 s. ; FLÜCKIGER (2007, « L'évaluation législative »), p. 95.

³⁵⁷¹ Nicolas BERNARD, « Pour une évaluation législative qui réhabilite cet effet qu'on dit pervers : L'exemple du logement », in : *Ethique économique/Ethics and Economics*, vol. 1, 2003, p. 1 ss.

³⁵⁷² Guy PETERS/Gilberto CAPANO/Michael HOWLETT/Ishani MUKHERJEE/Meng-Hsuan CHOU/Pauline RAVINET, *Designing for Policy Effectiveness : Defining and Understanding a Concept*, Cambridge, 2018, p. 42.

- évaluation de la *pertinence de la loi* (le législateur a-t-il contribué à résoudre au mieux le problème sans effets indésirables ?) en reprenant *ex post* l'analyse de la *pertinence du problème* (Figure 2-8 ci-dessus³⁵⁷³) et du *bien-fondé des causes* de celui-ci³⁵⁷⁴ ;
- évaluation de la *pertinence des buts* en tant que tels (cf. Figure 2-12 ci-dessus³⁵⁷⁵) ;
- évaluation de *l'ensemble des impacts* potentiels³⁵⁷⁶.

6.2.2.2 *Les effets non voulus, imprévus ou indésirables*

PORTALIS se méfiait des nouveautés législatives précisément en raison de l'impossibilité « de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir » :

« il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir »³⁵⁷⁷.

Jean CRUET, distinguant entre les « effets escomptés » et les « effets lointains et involontaires » qui « dénaturent » les prescriptions légales, donne une série d'exemples tirés du XIX^e siècle pour en conclure qu'il est « impossible de savoir ce qu'il y a dans une loi avant de l'avoir vu fonctionner » :

« l'application même des prescriptions légales a généralement, à côté des résultats immédiats, expressément escomptés, une série d'effets lointains et involontaires, qui tantôt les dépassent et tantôt les dénaturent : cédant sur un point à la pression de la volonté législative, la matière sociale réagit sur un autre, et si la loi est obéie dans son texte, elle est, sinon annulée, du moins transformée dans ses conséquences. Une mesure législative, très restreinte en apparence, peut avoir des répercussions multiples sur l'ensemble de la société : c'est la pierre jetée à l'eau et qui soulève autour d'elle une infinité d'ondulations concentriques. »³⁵⁷⁸ « Dans plusieurs États de l'Amérique du Nord, la lutte pour l'alcoolisme a conduit à la prohibition des débits de boissons. Mais on a vu pulluler aussitôt les pharmacies vendant de l'alcool, et l'alcool s'achète encore dans beaucoup d'autres établissements qui n'en mettaient pas en vente auparavant. En Russie, les débits de boissons doivent avoir des chambres qui leur donnent la dignité d'hôtels ; en réalité, cette prescription réglementaire a fait annexer à beaucoup de cabarets une maison de tolérance. La série de ces exemples pourrait être indéfiniment continuée et il serait, pour

³⁵⁷³ Cf. ci-dessus Figure 2-8 – Evaluation de la pertinence du problème – examen des effets potentiellement problématiques, p. 199.

³⁵⁷⁴ Cf. ci-dessus ch. 2.3.5.3.

³⁵⁷⁵ Cf. ci-dessus Figure 2-12 – Evaluation de la pertinence des objectifs – examen selon le bien-fondé de la cause du problème ou non, p. 225.

³⁵⁷⁶ Cf. ci-dessus ch. 4.3.2.2b.

³⁵⁷⁷ Jean-Étienne-Marie PORTALIS, « Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801) », in : *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil, par les divers orateurs du Conseil d'État et du Tribunat*, Paris, 1841.

³⁵⁷⁸ CRUET (1908), p. 276 s.

être bref, préférable d'énumérer les lois qui n'ont pas eu d'incidences. Il est donc impossible de savoir ce qu'il y a dans une loi avant de l'avoir vu fonctionner. »³⁵⁷⁹ Autre exemple : la loi française du 24 novembre 1798 établissant un impôt sur les portes et fenêtres a favorisé la propagation de la tuberculose alors qu'elle visait d'abord à renflouer les caisses publiques³⁵⁸⁰.

La question est aussi *ancienne* que l'intervention législative elle-même. Toute action volontaire finalisée dans le corps social provoquera des incidences involontaires possiblement contraires au but visé³⁵⁸¹.

Pour saisir tous les effets pertinents d'une législation, une première grille réside dans la distinction entre les impacts *intentionnels* (= visés/voulus/anticipés) et *non voulus* (= non visés/non intentionnels/non anticipés/collatéraux/secondaires [au sens large]). Elle se réfère aux objectifs poursuivis par le législateur³⁵⁸².

Une deuxième clé différencie les incidences *prévues* (= attendues) de celles qui sont *imprévues* (= inattendues). Il est en effet concevable de ne pas vouloir un effet mais d'en prévoir la survenance à titre d'effet secondaire ou collatéral prévisible, désirable ou non. En revanche les effets intentionnels ne peuvent jamais par définition être imprévus. On soulignera par ailleurs que l'analyse proprement dite des effets imprévus ne peut logiquement se dérouler qu'au stade de l'analyse rétrospective ; prospectivement, seul le risque de telles incidences peut être évalué³⁵⁸³.

Une troisième grille discrimine les effets *positifs* (= souhaitables/bénéfiques) des effets *négatifs* (= non souhaitables/indésirables/secondaires [négatifs]/problématiques/pervers/iatrogènes [en médecine]/provoquant des dégâts collatéraux). La distinction est indispensable pour évaluer le bien-fondé du problème (cf. Figure 2-8³⁵⁸⁴) ou la pertinence des objectifs (cf. Figure 2-12³⁵⁸⁵). Lorsque les effets négatifs sont intentionnels (cachés dans ce cas), la loi n'est plus pertinente et l'on peut être confronté par exemple à une situation de discrimination indirecte³⁵⁸⁶. Si les effets indésirables, voulus ou non, sont trop

³⁵⁷⁹ CRUET (1908), p. 285.

³⁵⁸⁰ Dominique TURPIN, « Conclusion générale », in : Philip-Gay (dir.), *Les études d'impact accompagnant les projets de loi*, Paris, 2012, p. 170.

³⁵⁸¹ Robert K. MERTON, « The Unanticipated Consequences of Purposive Social Action », in : *American Sociological Review*, vol. 1, iss. 6, 1936, p. 894 ss.

³⁵⁸² NOLL (1973), p. 156 ss ; MADER (1985), p. 92 ss. Sur la question des conséquences non intentionnelles, cf. Olivier SOUBEYRAN, *Pensée aménagiste et improvisation : l'improvisation en jazz et l'écologisation de la pensée aménagiste*, Paris, 2014, p. 73 ss ; BERNARD (2003), p. 1 ss ; Geneviève PIGNARRE, « L'effet pervers des lois », in : *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, Aix-en-Provence, 1994, p. 1137.

³⁵⁸³ Cf. ci-dessus ch. 4.3.2.2b.

³⁵⁸⁴ Cf. ci-dessus ch. 2.3.5.

³⁵⁸⁵ Cf. ci-dessus 2.4.4.

³⁵⁸⁶ Cf. ci-dessus ch. 1.3.4.4d.

importants, la loi perd en revanche sa pertinence³⁵⁸⁷. Lorsque les effets positifs n'ont été ni voulus ni prévus (« nice side effects »), on est dans la situation idéale où l'évaluation peut, ou devrait, avoir pour rôle d'en exploiter le potentiel afin d'inscrire l'activité législative dans un contexte de performance stratégique, comme nous l'avons exposé dans la section précédente. Enfin, lorsque l'évaluation constate la présence d'effets positifs, intentionnels ou non, prévus ou non, elle pourra conclure à la pertinence de la loi, pour autant bien sûr qu'elle puisse démontrer l'existence d'un lien de causalité.

La nécessité de prévenir les effets non voulus indésirables peut découler du *principe de proportionnalité*³⁵⁸⁸.

6.2.2.3 Les autres catégories d'effets

D'autres catégories d'effets peuvent être évaluées rétrospectivement à l'instar des effets *immédiats* ou *différés*, à *court* ou à *long terme*, *directs* ou *indirects* que nous avons examinés lors de la phase prospective³⁵⁸⁹, *symboliques* ou *concrets*³⁵⁹⁰. Sur ce dernier couple, l'évaluation pourra vérifier dans quelle mesure les effets symboliques ont, possiblement, contribué à résoudre le problème ou si l'on est en revanche dans une pure loi-alibi qui, de surcroît, aurait provoqué de nouveaux problèmes et des effets indésirables³⁵⁹¹.

6.2.3 Les sources juridiques

6.2.3.1 Les sources internationales

L'OCDE préconise dans sa *recommandation concernant la politique et la gouvernance réglementaire* de 2012 de « [p]rocéder à l'examen systématique des réglementations importantes en vigueur au regard d'objectifs clairement définis, compte tenu notamment des coûts et avantages, afin de s'assurer que la réglementation reste à jour, justifiée, cohérente et efficace par rapport à son coût, et qu'elle répond aux objectifs de politique recherchés. »³⁵⁹² Elle engage les autorités à « tenir un système de gestion de la réglementation,

³⁵⁸⁷ Cf. ci-dessus ch.2.1.1.

³⁵⁸⁸ Nous renvoyons aux développements autour de l'ATF 137 I 167, p. 177 s., cit. ci-dessus ch. 4.3.2.2b. Cf. ég. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 637, avec réf. à l'ATF 117 Ia 141, p. 146 ; ATF 112 Ib 51, p. 53.

³⁵⁸⁹ Cf. ci-dessus ch. 4.3.2.2b.

³⁵⁹⁰ MADER (1985), p. 94 ss. Sur les effets symboliques, cf. ci-dessus ch. 2.1.2.1c.

³⁵⁹¹ Cf. ci-dessus ch. 2.1.2.1c.

³⁵⁹² OCDE, *Recommandation du Conseil concernant la politique et la gouvernance réglementaires*, Paris, 2012, ch. 5.

avec notamment une analyse d'impact *ex ante* et une évaluation *ex post* comme instruments essentiels d'une prise de décision fondée sur des observations factuelles³⁵⁹³. Elle recommande d'inclure dans les textes réglementaires des *clauses de réexamen* dans la législation primaire et *de limitation de durée* dans la législation secondaire³⁵⁹⁴.

L'OCDE a publié en 2014 un cadre sur l'évaluation de la politique de réglementation (« Framework for Regulatory Policy Evaluation ») offrant des lignes directrices et des exemples concrets relatifs à l'évaluation tant *ex ante* qu'*ex post* ainsi qu'aux programmes de réduction de la charge administrative et aux pratiques en matière de consultation du public.³⁵⁹⁵

Quittant le droit souple, l'accord Mieux légiférer en droit de l'*Union européenne* prévoit, sous l'intitulé « évaluation *ex post* de la législation existante », notamment :

- d'organiser les travaux visant à évaluer l'efficacité de la législation, et notamment la *consultation* du public et des parties intéressées dans ce cadre, de la façon la plus cohérente et la plus concordante possible³⁵⁹⁶ ;
- de tenir compte autant que possible, dans la *planification pluriannuelle des évaluations* de la législation existante de la Commission, des demandes d'évaluation approfondie de domaines d'action ou d'actes juridiques spécifiques adressées par le Parlement européen ou le Conseil³⁵⁹⁷ ;
- de fixer des *exigences en matière d'information, de suivi et d'évaluation dans la législation*, afin de soutenir les processus d'évaluation fondés sur l'efficacité, l'effectivité, la pertinence, la cohérence et la valeur ajoutée ; exigences qui peuvent contenir des *indicateurs mesurables* pour servir de base à la collecte d'éléments attestant l'impact de la législation sur le terrain³⁵⁹⁸.

L'accord demande également d'introduire des *clauses de réexamen*³⁵⁹⁹ dans la législation et d'adopter des *législations à durée déterminée*³⁶⁰⁰. La Commission

³⁵⁹³ *Ibidem*, ch. 1.1.

³⁵⁹⁴ *Ibidem*, ch. 5.2.

³⁵⁹⁵ OCDE, Framework for Regulatory Policy Evaluation, Paris, 2014. Sur ce document, cf. Anne MEUWESE/Michiel SCHELTEMA/Lynn VAN DER VELDEN, The OECD Framework for Regulatory Policy Evaluation: An Initial Assessment, in : European Journal of Risk Regulation, vol. 6, iss. 1, 2015, p. 101 ss.

³⁵⁹⁶ PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 13 avril 2016*, ch. 20.

³⁵⁹⁷ *Ibidem*, ch. 21.

³⁵⁹⁸ *Ibidem*, ch. 22.

³⁵⁹⁹ « Les trois institutions conviennent d'envisager systématiquement le recours aux clauses de réexamen dans la législation et de tenir compte du temps qui est nécessaire pour la mise en œuvre et pour la collecte d'informations concernant les résultats et les impacts. » (*Ibidem*, ch. 23, § 1).

³⁶⁰⁰ *Ibidem*, ch. 23, § 2. Cf. ci-dessous ch. 6.2.4.3.

précise dans des *directives* la méthodologie et les standards à suivre tant pour le suivi³⁶⁰¹ que pour les évaluations *ex post*³⁶⁰².

Les services du Parlement européen recensent une *liste des clauses de réexamen* (« reviews, evaluations, implementation reports ») publiées depuis 2004 dans le droit de l'Union européenne³⁶⁰³.

Le *droit international* prévoit également des *clauses d'évaluation* dans des *traités* en bonne et due forme³⁶⁰⁴ ou des *mécanismes plus souples*, à l'exemple de l'examen périodique universel (EPU) du Conseil des droits de l'homme³⁶⁰⁵, ou de l'évaluation de la mise en œuvre d'actes non obligatoires, sur le modèle du Groupe de travail sur les évaluations et la mise en œuvre du Groupe d'action financière (GAFI)³⁶⁰⁶.

6.2.3.2 Les sources nationales

Tout comme en *France* depuis 2008³⁶⁰⁷, l'analyse d'impact a trouvé en *Suisse* un *ancrage constitutionnel* avec l'adoption de la Constitution fédérale

³⁶⁰¹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines* (2017), chap. V (Guidelines on monitoring) ; COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), chap. 5 (Monitoring the application of an intervention).

³⁶⁰² COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines* (2017), chap. VI (Guidelines on evaluation [including fitness checks]) ; COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox* (2017), chap. 6 (Evaluations and Fitness Checks).

³⁶⁰³ Ivana Kiendl KRIŠTO/Stephan HUBER, *Review Clauses in EU Legislation : A Rolling Check-List*, Bruxelles, 2017 ; Robert ZBÍRAL, « The Better Regulation Agenda and the Deactivation of EU Competences: Limits and Opportunities », in: Garben/Govaere (éd.), *The EU Better Regulation Agenda : A Critical Assessment*, Portland, 2018, p. 74 (fig. 5.1).

³⁶⁰⁴ Cf. par exemple selon le critère de l'efficacité : « Trois ans après l'entrée en vigueur de la présente Convention, et par la suite au moins tous les six ans, la Conférence des Parties entreprend une évaluation de son efficacité et, si elle le juge nécessaire, envisage l'adoption d'une interdiction totale ou partielle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et d'autres déchets à la lumière des informations scientifiques, environnementales, techniques et économiques les plus récentes. » (art. 15 al. 7 de la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination [RS 0.814.05]).

³⁶⁰⁵ Cf. ci-dessus ch. 3.3.3.1 (normes souples auxiliaires). Sur l'effectivité de tels mécanismes, cf. Barbara WILSON, « L'effectivité des mécanismes de protection des droits de l'homme au sein des Nations Unies », in : Hottelier (éd.), *Albert Cohen, L'écrivain au service de l'Etat de droit*, Genève, 2011, p. 59 ss.

³⁶⁰⁶ Cf. ci-dessus ch. 3.3.5.2d.

³⁶⁰⁷ « Le Parlement [...] évalue les politiques publiques. » (art. 24 al. 1^{er} de la Constitution française du 4 octobre 1958). Il est assisté par la Cour des comptes dans l'évaluation des politiques publiques (art. 47-2 al. 1^{er}). Au Parlement, « une semaine de séance sur quatre

de 1999. L'Assemblée fédérale est dorénavant chargée de veiller à ce que « l'efficacité des mesures prises par la Confédération fasse l'objet d'une évaluation » (art. 170 Cst. féd.), dans un but de responsabilisation des autorités, d'apprentissage et d'amélioration de l'action étatique³⁶⁰⁸.

Cette disposition doit être interprétée très largement, sans trop se préoccuper de sa lettre. Elle vise tout d'abord l'analyse d'impact aussi bien *prospective* que *rétrospective*³⁶⁰⁹. La formulation allemande d'évaluation (« Überprüfung ») et la formulation française de « prises » pourrait laisser croire que seule la perspective *ex post* est visée : l'expression d'évaluation des « mesures prises par la Confédération » comprend cependant aussi les mesures « à prendre » comme les versions allemande et italienne l'admettent en recourant à l'expression « mesures de la Confédération » (« Massnahmen des Bundes » ; « provvedimenti della Confederazione »)³⁶¹⁰.

Elle a pour objet ensuite *toute mesure*, législative ou non, juridique ou matérielle, publique ou privée, pour autant qu'elle mette en œuvre du droit fédéral³⁶¹¹.

La notion d'*efficacité* (« Wirksamkeit » ; « efficacia ») est également à prendre dans un sens étendu³⁶¹², comprenant tant la pertinence³⁶¹³ que l'efficacité au sens large (efficacité proprement dite, effectivité, efficience)³⁶¹⁴ qui découle d'un examen de l'ensemble des

est réservée par priorité et dans l'ordre fixé par chaque assemblée au contrôle de l'action du Gouvernement et à l'évaluation des politiques publiques. » (art. 48 al. 4). Enfin, dans l'exercice de ces missions d'évaluation des « commissions d'enquête peuvent être créées au sein de chaque assemblée pour recueillir, dans les conditions prévues par la loi, des éléments d'information. » (art. 51 al. 2).

³⁶⁰⁸ Werner BUSSMANN, « Art. 170 », in : Ehrenzeller *et al.* (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung: St. Galler Kommentar*, 3^e éd., Zurich, 2014, N. 16. Cf. ég. SÄGESSER Thomas, « Kommentar zu Art. 170 », in : Sägerser (éd.), *Die Bundesbehörden*, 2002, Berne, p. 345 ss.

³⁶⁰⁹ BUSSMANN (2014), N. 14 ; Luzius MADER, « Art. 170 der Bundesverfassung: Was wurde erreicht, was ist noch zu tun? », in : *LeGes*, 2005/1, p. 30, qui se réfère à la version française.

³⁶¹⁰ LIENHARD/MARTI LOCHER (2015), N. 20 ; MADER (2005), p. 30.

³⁶¹¹ BUSSMANN (2014), N. 12 ; LIENHARD/MARTI LOCHER (2015), N. 16 ; MADER (2005), p. 30 ; Jean-François AUBERT, « Art. 170 », in : Aubert/Mahon (éd.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich etc., 2003, N. 9.

³⁶¹² BUSSMANN (2014), N. 13 ; LIENHARD/MARTI LOCHER (2015), N. 19 ; AUBERT (2003, « Art. 170 »), N. 4.

³⁶¹³ Cf. ci-dessus ch. 2.1. Implicitement dans ce sens, cf. Luzius MADER, « Art. 170 der Bundesverfassung: Was wurde erreicht, was ist noch zu tun? », in : *LeGes*, 2005/1, p. 30 s. Les autres commentateurs se bornent à évoquer la trilogie de l'efficacité (effectivité, efficacité proprement dite et efficience) sans exclure explicitement la pertinence et sans discuter de cette question. Les travaux préparatoires montrent pour leur part une réticence à considérer l'examen de l'ensemble des effets (Thomas SÄGESSER, « Kommentar zu Art. 170 », in : Sägerser (éd.), *Die Bundesbehörden*, 2000, Berne, N. 628).

³⁶¹⁴ Cf. ci-dessus 4.3.3.

impacts possibles³⁶¹⁵. On atteint ici les limites sémantiques du terme ; on lui préférerait « impact »³⁶¹⁶.

Enfin, cette disposition ne doit pas être lue *a contrario* en ce qu'elle conférerait au Parlement une compétence exclusive en la matière. Le Conseil fédéral peut en effet procéder à des évaluations en tout temps sur la base de sa compétence générale en matière de mise en œuvre et de surveillance³⁶¹⁷.

On peut également relever dans la Constitution fédérale l'obligation d'accomplir les tâches de l'Etat « de manière rationnelle et adéquate »³⁶¹⁸ et d'organiser rationnellement l'administration fédérale³⁶¹⁹.

Quelques *constitutions cantonales* prévoient des clauses analogues³⁶²⁰.

La Constitution genevoise de 2012 est la plus aboutie à cet égard. Elle fixe le principe général d'une évaluation périodique de la pertinence, de l'efficacité et de l'efficience de l'action de l'Etat³⁶²¹ et confie la tâche d'évaluation des politiques publiques à la Cour des comptes³⁶²². Elle exige – disposition remarquable, qui reste cependant à être mise en œuvre – que la réalisation des droits fondamentaux fasse l'objet d'une évaluation périodique indépendante³⁶²³ et soumet les conventions intercantionales à évaluation périodique³⁶²⁴.

On admettra que la compétence constitutionnellement garantie des exécutifs de veiller à la *mise en œuvre* de la législation comprend implicitement une compétence d'évaluer celle-ci³⁶²⁵.

³⁶¹⁵ Cf. ci-dessus ch. 4.3.2.

³⁶¹⁶ « Wirkung » en allemand, selon MADER (2005), p. 30.

³⁶¹⁷ Art. 182 al. 2 et 187 al. 1^{er} let. a Cst. féd. Dans ce sens, cf. OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 1143 ; LIENHARD/MARTI LOCHER (2015), N. 9 ; BUSSMANN (2014), N. 11, réf. cit. ; Giovanni BIAGGINI, « Art. 170 », in : *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2^e éd., Zurich, 2017, N. 3.

³⁶¹⁸ Art. 43a al. 5 Cst. féd.

³⁶¹⁹ Art. 178 al. 1^{er} Cst. féd.

³⁶²⁰ Cf. par exemple à *Schaffhouse* (le Grand Conseil « peut prévoir une évaluation indépendante, portant sur l'efficacité des mesures cantonales » [art. 55 al. 3 Cst. SH]), à *Saint-Gall* (« Les tâches de l'Etat doivent faire l'objet d'un examen régulier qui détermine si elles sont toujours nécessaires et supportables financièrement et si elles sont remplies de manière économique et efficace. » [art. 30 Cst. SG]), à *Zurich* (l'Etat et les communes « évaluent régulièrement la nécessité de chaque tâche publique. » [art. 95 al. 3 Cst. ZH]), dans les *Grisons* (« La nécessité, l'efficacité et la capacité de financer les tâches publiques doivent être réexaminées périodiquement. » [art. 78 Cst. GR] ; cf. ég. art. 31 al. 3 Cst. GR cit. ci-dessus ch. 6.2.4.3b [examen des lois temporaires quant à leur efficacité avant leur éventuelle prorogation]) ainsi qu'à *Bâle* (art. 16 Cst. BS), *Berne* (art. 101 al. 4 Cst. BE) ou *Lucerne* (art. 13 et 15 Cst. LU).

³⁶²¹ Art. 151 al. 1^{er} Cst. GE.

³⁶²² Art. 128 al. 3 Cst. GE.

³⁶²³ Art. 42 Cst. GE.

³⁶²⁴ Art. 93 al. 2 Cst. GE.

³⁶²⁵ Cf. ci-dessus note de bas de page 3617.

Au sujet de l'évaluation rétrospective³⁶²⁶, on trouve au niveau *législatif* quelques *clauses générales* et une myriade de *clauses spéciales* tant en Suisse qu'à l'étranger³⁶²⁷.

Clauses générales d'évaluation rétrospective – La disposition constitutionnelle (art. 170 Cst. féd.) est précisée en Suisse au niveau législatif. Les *organes de l'Assemblée fédérale* peuvent ainsi demander au *Conseil fédéral* d'effectuer des évaluations de l'efficacité, d'examiner les évaluations effectuées sur mandat du Conseil fédéral ou d'attribuer eux-mêmes des mandats d'évaluation de l'efficacité³⁶²⁸. Les *commissions parlementaires* soumettent des propositions d'évaluation et doivent tenir compte des résultats des évaluations de l'efficacité³⁶²⁹. La *haute surveillance de l'Assemblée fédérale* sur la gestion du gouvernement, de son administration ainsi que des tribunaux notamment doit par ailleurs s'effectuer dans le respect des critères d'efficacité et d'efficience économique notamment³⁶³⁰. Dans le cadre de la haute surveillance parlementaire, le *Contrôle parlementaire de l'administration* (CPA) est notamment chargé de réaliser des évaluations³⁶³¹. Sous l'angle financier, le *Contrôle fédéral des finances* (CDF) procède à l'évaluation de l'emploi économe des ressources et du rapport coût-utilité d'une mesure dans le cadre de l'examen de rentabilité et examine si les dépenses consenties ont produit l'effet escompté³⁶³². Le *Conseil fédéral* doit examiner régulièrement « les tâches de la Confédération et leur exécution ainsi que l'organisation de l'administration fédérale en appliquant les critères de la nécessité et de la conformité aux objectifs découlant de la constitution et de la loi »³⁶³³.

Clauses spéciales d'évaluation rétrospective – Le législateur peut prévoir des clauses spécifiques ordonnant l'examen de l'impact de la loi à l'intention du gouvernement ou de son administration³⁶³⁴. On y reviendra plus bas (ch. 6.2.4.2).

³⁶²⁶ A propos de l'analyse d'impact prospective, cf. ci-dessus ch. 2.2.3.3.

³⁶²⁷ L'évolution est relativement nouvelle. Trois décennies plus tôt, MADER (1985), p. 141 ss, relevait une situation « embryonnaire ». Sur une typologie des clauses d'évaluation en droit allemand, cf. SECKELMANN (2018), p. 178 ss.

³⁶²⁸ Art. 27 Loi sur le Parlement.

³⁶²⁹ Art. 44 al. 1^{er} lit. e et f Loi sur le Parlement.

³⁶³⁰ Art. 26 al. 3 let. d et e Loi sur le Parlement.

³⁶³¹ Art. 10 al. 1^{er} let. a de l'ordonnance sur l'administration du Parlement (OLPA) (RS 171.115).

³⁶³² Art. 5 al. 2 de la loi sur le Contrôle des finances (LCF) (RS 614.0).

³⁶³³ Art. 5 de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA) (RS 172.010).

³⁶³⁴ Luzius MADER, « Le rôle des clauses d'évaluation dans le processus législatif fédéral », in : Horber-Papazian (éd.), *Regards croisés sur l'évaluation en Suisse*, Lausanne, 2015, p. 67 ss ; CONTRÔLE FÉDÉRAL DES FINANCES, *Umsetzung der Evaluationsklauseln in der Bundesverwaltung : Prüfung*, Berne, 2011, qui recense une soixantaine de clauses mentionnant explicitement l'évaluation de l'efficacité. Pour une analyse des clauses d'évaluation sur le plan *cantonal*, cf. Damien WIRTHS/Christian ROSSER/Katia HORBER-PAPAZIAN/Luzius MADER, « Über die gesetzliche Verankerung von Evaluation: die Verteilung von Evaluationsklauseln und deren Auswirkungen auf kantonaler Ebene »,

6.2.3.3 Les sources jurisprudentielles

Nous avons montré en début d'ouvrage que les juges se référaient parfois à des évaluations tant prospectives que rétrospectives dans leur activité interprétative³⁶³⁵. Ils peuvent également inciter le législateur à suivre une démarche légistique en tout ou partie sur la base des principes de l'Etat de droit ou des droits fondamentaux³⁶³⁶, en particulier l'obliger à procéder à une analyse d'impact rétrospective.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande a développé sur ce dernier point, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois, la jurisprudence la plus étoffée à notre connaissance à ce jour. La Cour impose au législateur une *obligation de veille et de correction ou d'amélioration législatives* (« Beobachtungspflicht, Korrektur- oder Nachbesserungspflicht ») lorsqu'une incertitude relative aux effets de la loi sur les droits fondamentaux subsiste en raison de la difficulté de faire des pronostics sur les scénarios d'évolution future³⁶³⁷. Le législateur doit alors réunir et exploiter systématiquement les données nécessaires pour évaluer les impacts de la loi et corriger celle-ci en fonction de ceux-ci. Au lieu d'interdire la mesure législative litigieuse, il l'autorise, mais aux conditions formelles précédentes³⁶³⁸.

On notera que l'obligation d'évaluation, de correction et d'adaptation est plus couramment posée dans le domaine des *actes de planification*. Elle est parfois explicitement définie par le législateur³⁶³⁹.

in : Sager *et al.* (éd.), *Evaluation im politischem System der Schweiz: Entwicklung, Bedeutung und Wechselwirkungen*, Zurich, 2017, p. 155 ss.

³⁶³⁵ Cf. ci-dessus ch. 1.3.4.4.

³⁶³⁶ Cf. ci-dessus ch. 1.3.4.3 et 1.3.4.4.

³⁶³⁷ Sur la problématique des pronostics dans l'analyse d'impact prospective, cf. ci-dessus ch. 4.4.5.

³⁶³⁸ Pour un exposé circonstancié de cette jurisprudence ainsi qu'une recension bibliographique, cf. Angel Daniel OLIVER-LALANA, « Due Post-legislative Process? On the Lawmakers' Constitutional Duties of Monitoring and Revision », in : Meßerschmidt/Oliver-Lalana (éd.), *Rational Lawmaking under Review: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*, Berlin, 2016, p. 257 ss ; SECKELMANN (2018), p. 99ss ; Alexandre FLÜCKIGER, « Case-law sources for evaluating the impact of legislation: an application of the precautionary principle to fundamental rights », in : *The Theory and Practice of Legislation*, vol. 4, n° 2, 2016, p. 1 ss ; Alexandre FLÜCKIGER, « L'obligation jurisprudentielle d'évaluation législative : une application du principe de précaution aux droits fondamentaux », in : Auer/Flückiger/Hottelier (éd.), *Les droits de l'homme et la constitution : études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni*, Genève, 2007, p. 155 ss.

³⁶³⁹ Par exemple l'obligation d'adapter les *plans directeurs* et les *plans d'affectation* en cas de modification sensible des circonstances (art. 9 al. 2 et 21 al. 2 de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire [RS 700]) ou l'obligation de vérification des *plans de*

En Suisse, le Tribunal fédéral a repris ce concept dans les affaires suivantes, en ne se référant explicitement au droit allemand que dans un cas³⁶⁴⁰ :

- En raison de l’incertitude régnant au sujet des connaissances scientifiques sur les effets biologiques des rayonnements non ionisants émis par les *antennes de téléphonie mobile*, le Conseil fédéral devra dans la mesure du possible procéder à un nouvel examen des valeurs limites fixées dans l’ordonnance sur la protection contre le rayonnement non ionisant du 23 décembre 1999 (ORNI)³⁶⁴¹ lorsque de nouvelles connaissances scientifiques objectives et fiables seront disponibles³⁶⁴².
- L’efficacité de l’obligation de disposer d’une autorisation pour détenir des *chiens potentiellement dangereux* n’est pas certaine. Une telle mesure n’est cependant pas arbitraire en tant que mesure urgente pour protéger le public pour autant que la législation soit adaptée dans le futur si de nouvelles enquêtes fiables et probantes devaient conduire à réfuter les critères utilisés³⁶⁴³.
- La loi fédérale sur la protection de l’environnement exige que les coûts de l’*élimination des déchets urbains* obéissent au principe du pollueur-payeur. Ceux-ci doivent être mis, par l’intermédiaire d’émoluments ou d’autres taxes, à la charge de ceux qui sont à l’origine de ces déchets. Une exception à cette règle est autorisée si son application devait provoquer des effets indésirables en compromettant une élimination des déchets écologique³⁶⁴⁴. Si les collectivités publiques font usage de cette exception, elles doivent la justifier «à tout le moins par des données d’expérience en relation avec leur situation concrète et doivent en réexaminer le bien-fondé périodiquement»³⁶⁴⁵.

En pratique, l’expérience allemande montre que l’obligation posée par la Cour n’est pas vraiment mise en œuvre dans les faits, jetant un doute sur la capacité de ce modèle d’assurer une sauvegarde effective des droits fondamentaux. Présenté sous l’angle optimiste comme un outil de rationalisation du processus de décision, ce mécanisme n’aurait en pratique selon ses contempteurs qu’une valeur purement rhétorique. Même symbolique, une telle jurisprudence peut pourtant être défendue pour sa fonction pacifiante en évitant le positionnement clair d’un tribunal sur des sujets sur lesquels il est raisonnablement difficile de trancher en raison de l’incertitude des impacts futurs³⁶⁴⁶.

gestion des déchets tous les cinq ans et d’adaptation si nécessaire (art. 4 al. 3 de l’ordonnance sur les déchets [OLED], RS 814.600).

³⁶⁴⁰ Pour un exemple supplémentaire, mais en matière de plan où l’obligation d’adaptation aux circonstances découle de la loi (art. 21 al. 2 de loi fédérale sur l’aménagement du territoire, RS 700), cf. MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 43 (ATF 111 Ia 99).

³⁶⁴¹ RS 814.710.

³⁶⁴² Tribunal fédéral, arrêt 1A.10/2001 du 8 avril 2002 (*ZBI*, 2002, p. 429). Cf. FLÜCKIGER (2007, « L’obligation jurisprudentielle », p. 166 s. (autres réf. cit.).

³⁶⁴³ ATF 136 I 1, p. 6 et 9 s. ; 132 I 7, p. 13. Cf. FLÜCKIGER (2007, « L’obligation jurisprudentielle », p. 167.

³⁶⁴⁴ Art. 32a al. 1^{er} et 2 de la loi sur la protection de l’environnement (LPE) (RS 814.01).

³⁶⁴⁵ ATF 137 I 257, p. 263.

³⁶⁴⁶ OLIVER-LALANA (2016), ch. 11.4.

6.2.4 Les modalités d'analyse

6.2.4.1 *Le réexamen systématique de la législation*

a. *Une exigence remontant à l'Antiquité*

La proposition de soumettre périodiquement le corpus des lois existantes à un examen systématique pour l'adapter à la réalité est ancienne³⁶⁴⁷. L'idée d'instaurer des instances chargées d'observer la vie des lois et d'en proposer des corrections a toujours été florissante³⁶⁴⁸. Par exemple l'auteur de «*La Scienza della Legislazione*», Gaetano FILANGIERI a proposé en 1780, dans son ouvrage, d'instaurer un «*censeur des lois*» dont la tâche eût été de montrer la nécessité d'abolir les lois «*sans cesse en contradiction avec les mœurs et l'état de la nation*» et «*d'en composer de nouvelles plus appropriées aux circonstances.*»³⁶⁴⁹ Il ne voulait pas confier ce soin à l'administration :

«*Occupée à d'autres travaux, distraite par d'autres soins, l'administration n'est avertie des erreurs politiques, qu'après avoir longtemps senti les maux qu'elles ont fait naître : en attendant, les peuples souffrent, les philosophes réclament, et la Législation court à grands pas vers sa ruine. L'établissement d'un censeur préviendrait tous ces maux.*»³⁶⁵⁰

Gaetano FILANGIERI s'est inspiré selon ses propres dires d'une institution antique, celle des *thesmothètes* qui étaient chargés «*de revoir à chaque instant le recueil des lois, d'examiner s'il y avait quelque contradiction entre elles, si elles avoient pour objet l'utilité publique, si le langage en était toujours clair et intelligible ; en un mot, ils devaient, chaque année, instruire le peuple des corrections dont ce recueil leur paraissait susceptible*»³⁶⁵¹. Francis BACON s'était pour sa part déjà intéressé un siècle et demi plus tôt aux *thesmothètes* en suggérant d'instaurer en droit positif un organe mandaté pour examiner à intervalles périodiques la cohérence de la législation et pour présenter ensuite des propositions de révision au parlement :

³⁶⁴⁷ On s'inspire dans cette section d'un article à paraître, Alexandre FLÜCKIGER, «*Histoire de l'évaluation législative: originalité et postérité du censeur des lois de Gaetano Filangieri (1752-1788)*», in : Le Quinio/Santolini (éd.), *Giuseppe Compagnoni, Gaetano Filangieri, Pellegrino Rossi : Trois précurseurs italiens du droit constitutionnel*, Paris, 2019, p. 387 ss, [à paraître]. Cf. ég. Alexandre FLÜCKIGER/Jean-Daniel DELLEY, *L'élaboration rationnelle du droit privé : de la codification à la légistique*, in : Chappuis/Foëx/Thévenoz (éd.), *Le législateur et le droit privé : colloque en l'honneur du professeur Gilles Petitpierre*, Genève, 2006, p. 136 ss.

³⁶⁴⁸ Cf. au cours de la première moitié du XIX^e par exemple SCHRADER, SCHEURLÉN ou TELLKAMPF qui ont proposé des modèles assez élaborés (réf. ci. in MERTENS, p. 279 ss).

³⁶⁴⁹ FILANGIERI (1798-1799), p. 101. Cf. FLÜCKIGER (2019) (à paraître).

³⁶⁵⁰ FILANGIERI (1798-1799), p. 99.

³⁶⁵¹ FILANGIERI (1798-1799), p. 103.

« A cet exemple, ceux qui dans chaque gouvernement sont revêtus du pouvoir législatif doivent, tous les trois ans, tous les cinq ans, ou après telle autre période qu'on aura choisie, remanier ces antinomies ; mais que les hommes délégués *ad hoc* les examinent et les préparent pour les présenter ensuite aux comices, afin que ce qu'on aura dessein de conserver soit établi et fixé par les suffrages. »³⁶⁵²

PLATON assignait déjà ce rôle aux conservateurs ou gardiens des lois le soin de leur amélioration progressive³⁶⁵³, conscient de l'imperfection inhérente aux lois s'accroissant avec « le progrès du temps »³⁶⁵⁴ :

« Disons-leur donc : chers conservateurs de nos lois, nous laisserons bien des défauts, à propos de chacun des sujets qu'envisagent ces lois ; c'est fatal »³⁶⁵⁵.

Karl Ferdinand HOMMEL a suggéré en 1765 de rétablir le collège des thesmothètes en ancrant celui-ci au niveau judiciaire où chaque *tribunal* devait comprendre un « censeur des lois » engagé pour rédiger chaque année la liste des lois à soumettre au législatif pour révision ou abrogation³⁶⁵⁶. Jeremy BENTHAM s'était quant à lui opposé à une révision permanente des lois dans ses œuvres de jeunesse (vérification une fois par siècle seulement) puis avait reconnu finalement la nécessité d'une révision régulière³⁶⁵⁷ :

« Finally, once in a hundred years, let the laws be revised for the sake of changing such terms and expressions as by that time may have become obsolete – remembering that this will be more needful in regard to the language of the legal formularies in use, than that of the text of the laws themselves. »³⁶⁵⁸

³⁶⁵² Francis BACON, *Œuvres philosophiques, morales et politiques de François Bacon* (trad. Jean-Alexandre BUCHON), Paris, 1838 (1^{re} parution en 1605 sous le titre *De dignitate et augmentis scientiarum/The Advancement of Learning*), livre huitième, chapitre III, aphorisme 55.

³⁶⁵³ Bernd MERTENS, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen*, Tübingen, 2004, p. 275. Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.1, p. 37, à propos de l'analogie avec l'activité du peintre.

³⁶⁵⁴ « Eh bien! ne crois-tu pas que l'intention du législateur est celle-ci : en premier lieu, rédiger les lois suffisamment, avec toute l'exactitude possible ; puis, avec le progrès du temps et lorsqu'il mettra en œuvre ses idées, crois-tu qu'il y ait eu législateur assez inintelligent pour ignorer qu'il reste fatalement un très grand nombre de défauts et qu'un autre devra les corriger avec attention [...] ? » (PLATON, *Les Lois* (trad. Edouard DES PLACES), in : Des Places, *Platon, Œuvres complètes*, Tome XI, 2^e partie : Les lois, Livres III-VI, Paris, 1951, livre VI, 769d et e).

³⁶⁵⁵ *Ibidem*, livre VI, 770b et c.

³⁶⁵⁶ Karl Ferdinand HOMMEL, *Principis cura leges oder des Fürsten höchste Sorgfalt: die Gesetze*, Karlsruhe, 1975 (1^{re} parution en 1765), p. 15 ss et 70 ss. Voir MERTENS (2004), p. 278.

³⁶⁵⁷ Il a changé d'opinion dans *Constitutional Code* (voir MERTENS [2004], p. 283).

³⁶⁵⁸ Jeremy BENTHAM, « General View of a Complete Code of Law », in : Bowring (éd.), *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 3 (Usury, Political Economy, Equity, Parliamentary Reform), Édimbourg, 1838-1843, ch. XXXIV, p. 210.

En 1721, Christian WOLFF a aussi proposé de confier à certaines personnes le soin d'observer les lois (« Beobachtung der Gesetze »)³⁶⁵⁹ afin d'améliorer progressivement celles-ci (« die Gesetze nach und nach zu verbessern »)³⁶⁶⁰. L'idée de Gaetano FILANGIERI a été reprise ensuite, par Gustave ROUSSET en 1858 par exemple, suggérant de confier la fonction de censeur des lois à une *Cour régulatrice*³⁶⁶¹, contrairement à Robert VON MOHL qui a proposé de confier cette tâche au *ministère de la justice*³⁶⁶², en insistant sur la nécessité de s'atteler non seulement au contenu des lois mais à leur rédaction également³⁶⁶³.

« En cas de < fait nouveau > », écrivait Jean CRUET en 1908, « le législateur a le devoir de reviser les lois, comme le juge revise ses arrêts : on ne saurait de lui exiger rien de plus mais c'est déjà beaucoup exiger. »³⁶⁶⁴

b. Le réexamen systématique formel vs matériel

I. Introduction : la maintenance des lois

L'OCDE prescrit à ses Etats membres dans sa *recommandation concernant la politique et la gouvernance réglementaire* d'« examiner systématiquement et périodiquement la réglementation en vigueur pour rechercher et éliminer ou remplacer les textes dépassés, insuffisants ou inefficaces. »³⁶⁶⁵ Certains auteurs qualifient cette démarche de *maintenance législative* (« maintenance of rules »)³⁶⁶⁶.

Le réexamen systématique est *formel* s'il a pour objet l'ordre, la systématique, la cohérence formelle, la clarté ou la validité des textes. Il est *matériel* lorsqu'il porte

³⁶⁵⁹ Christian WOLFF, *Vernünfftige Gedancken von dem gesellschaftlichen Leben der Menschen und insonderheit dem gemeinen Wesen zu Beförderung der Glückseeligkeit des menschlichen Geschlechtes*, Halle-sur-Saale, 1721, § 411.

³⁶⁶⁰ *Ibidem*, § 412, intitulé et § 414.

³⁶⁶¹ Gustave ROUSSET, *De la rédaction et de la codification rationnelles des lois ou méthodes et formules suivant lesquelles les lois doivent être rédigées et codifiées*, Paris, 1858, p. 77 ss, note de bas de page 1.

³⁶⁶² Mertens (2004), p. 285.

³⁶⁶³ Robert VON MOHL, *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, tome 2, Fribourg-en-Brisgau/Tübingen, 1862, p. 543.

³⁶⁶⁴ CRUET (1908), p. 251.

³⁶⁶⁵ OCDE, *Recommandation du Conseil concernant la politique et la gouvernance réglementaires*, Paris, 2012, ch. 1.1.

³⁶⁶⁶ Maria DE BENEDETTO, « Maintenance of Rules », in : Karpen/Xanthaki (éd.), *Legislation in Europe: a Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners*, Oxford/Portland, 2017, p. 215 ss.

sur la pertinence, l'efficacité ou l'efficience des lois en vigueur³⁶⁶⁷. Le réexamen systématique ne conduit donc pas forcément à une analyse d'impact rétrospective complète.

Exemples de réexamen systématique *formel* :

- l'examen systématique de l'acquis communautaire pour identifier les actes obsolètes, la codification et la refonte dans l'*Union européenne*³⁶⁶⁸ ;
- la codification à droit constant, mise en œuvre en *France* par exemple, visant à consolider, à mieux organiser et communiquer la législation en vigueur³⁶⁶⁹ ;
- la mise à jour formelle du *droit fédéral* et *cantonal* (cf. ci-dessous ch. 6.2.4.1b.II).

Exemples de réexamen systématique *matériel* :

- Si la Confédération a explicitement renoncé à procéder à un réexamen systématique matériel de sa législation³⁶⁷⁰, les *projets cantonaux* que nous exposerons ci-après, bien qu'essentiellement formels, comportent également parfois des aspects matériels³⁶⁷¹. La doctrine préconise par ailleurs depuis longtemps une telle action en Suisse à l'instar de Walther HUG : « In grösseren zeitlichen Abständen ist eine generelle Bereinigung der Gesamtrechtsordnung, mit rechtlicher Ausschlusswirkung für die nicht aufgenommenen Erlasse, durchzuführen, und damit ist, soweit als möglich, eine Revision veralteter Rechtserlasse zu verbinden, mit dem Ziel der quantitativen und qualitativen Vereinfachung des Rechts und damit der Forderung von Gerechtigkeit und Rechtssicherheit. »³⁶⁷² ;
- Le programme REFIT (« Regulation Fitness ») de l'*Union européenne*, instaurant une démarche globale d'évaluation *ex post* de la législation existante, consiste à « appliquer une cure de fitness à la législation afin de renforcer son efficacité » selon

³⁶⁶⁷ Sur ces distinctions, cf. Georg MÜLLER, « Hinweise zu Methode und Verfahren der Rechtsbereinigung und Rechtsverbesserung », in : *LeGes*, 2007/3, p. 417 ss ; Luzius MADER, « Materielle und formelle Überprüfung der Gesetzgebung: auf dem Weg zu einer besseren Gesetzgebung », in : *LeGes*, 2007/3, p. 393 s. ; Georg MÜLLER, « Rechtsbereinigung – Rechtsverbesserung », in : *ZBl*, 2003, p. 561 ss ; Sur la difficulté de distinguer dans un cas particulier, voir MÜLLER (2007, « Hinweise »), p. 418, se référant aux « *Rechtsbereinigungsgesetze* » du Vorarlberg autrichien. Plus en détail sur la pratique autrichienne, qui a une « longue tradition », cf. Anna KEMPTNER/Franz STURM, « Deregulierung des Kärntner Landes- und Gemeinderechts », in : Schäffer (éd.), *Evaluierung der Gesetze/Gesetzesfolgenabschätzung*, Vienne, 2007, p. 71.

³⁶⁶⁸ William ROBINSON, « L'amélioration de la qualité de la législation européenne : Le rôle des juristes-réviseurs de la Commission », in : *LeGes*, 2007/3, p. 450 ss ; MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 71. Cf. ég. réf. cit. ci-dessus note de bas de page 3036.

³⁶⁶⁹ Cf. réf. cit. ci-dessus note de bas de page 3036. Pour une précision terminologique relative aux différents types de maintenance distinguant entre compilation, consolidation, révision et réforme, cf. DE BENEDETTO (2017), p. 224 s.

³⁶⁷⁰ MADER (2007), p. 394.

³⁶⁷¹ MADER (2007), p. 393.

³⁶⁷² Walther HUG, « Gesetzesflut und Rechtsetzungslehre », in : Klug/Ramm/Rittner/Schmiedel (éd.), *Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozeßrecht*, Berlin/Heidelberg, 1978, p. 14.

l'expression de Fabienne PÉRALDI LENEUF³⁶⁷³. Organisant un recensement de l'ensemble des réglementations de l'Union afin d'établir leur « bilan de santé »³⁶⁷⁴, il peut être compris comme une démarche de « maintenance » législative³⁶⁷⁵ (cf. ci-dessous ch. 6.2.4.1b.III).

II. Suisse : la mise à jour formelle en droit fédéral et cantonal

En droit fédéral, l'Assemblée fédérale a adopté la *loi fédérale relative à la mise à jour formelle du droit fédéral* du 20 mars 2008³⁶⁷⁶ à la suite de motions demandant un « coup de balai » (« Entrümpelung ») dans le droit fédéral³⁶⁷⁷ et réclamant que « toutes les lois et les ordonnances soient soumises à un processus d'élagage visant à supprimer les actes obsolètes, raccourcir les textes existants et simplifier le recueil des actes législatifs. »³⁶⁷⁸ Le processus a abouti à l'abrogation d'une vingtaine de lois et de plus d'une centaines d'ordonnances³⁶⁷⁹ ainsi qu'à la suppression ou la révision de diverses dispositions dans une cinquantaine de lois et une centaine d'ordonnances³⁶⁸⁰.

On relèvera qu'en allemand on utilise assez souvent la métaphore de la propreté (toiletage ou épuration du droit [« Rechtsbereinigung »]³⁶⁸¹) de préférence à l'expression plus technique de réexamen (« Überprüfung »³⁶⁸²), comme si, par ce biais langagier, l'ordre juridique existant devait être *a priori* impur. La constance historique des critiques envers la qualité des lois³⁶⁸³ explique certainement ce choix terminologique.

-
- ³⁶⁷³ Fabienne PÉRALDI LENEUF, « Remarques sur la simplification du droit dans l'UE: le programme pour une réglementation affûtée et performante (REFIT) », in : *LeGes*, 2017/2, p. 256.
- ³⁶⁷⁴ *Ibidem*, p. 257.
- ³⁶⁷⁵ DE BENEDETTO (2017), p. 217 et 219.
- ³⁶⁷⁶ Recueil officiel du droit fédéral 2008 3437.
- ³⁶⁷⁷ Motions Peter Spuhler (00.3673) et Philipp Stähelin (05.3815) « Un coup de balai dans le droit fédéral » du 4 octobre 2001 et du 14 décembre 2005.
- ³⁶⁷⁸ CONSEIL FÉDÉRAL, « Message relatif au projet de loi fédérale sur la mise à jour formelle du droit fédéral », in : *FF* 2007 5789, p. 5793. Sur ce projet, voir MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 70 avec références bibliographiques. Sur la « Bereinigung » du recueil des lois fédérales ordonnée par l'Assemblée fédérale en 1946 et 1966 ayant conduit à une codification constante du droit fédéral par matière sous forme de « recueil systématique », cf. NOLL (1973), p. 239 ss.
- ³⁶⁷⁹ 17 lois et arrêtés fédéraux et 168 ordonnances (Colette ROSSAT-FAVRE, « La simplification législative : expériences fédérales et cantonales », in : *LeGes*, 2017/2, p. 214).
- ³⁶⁸⁰ 55 lois et 106 ordonnances (*ibidem*).
- ³⁶⁸¹ MÜLLER (2007, « Hinweise ») (réf. cit.).
- ³⁶⁸² Walter FRIZZONI, « Materielle und formelle Überprüfung der Gesetzgebung: die Erfahrungen im Kanton Graubünden », in : *LeGes*, 2007/3, p. 455 ss.
- ³⁶⁸³ Cf. ci-dessus ch. 1.2.1.3.

Sur l'impulsion du canton des Grisons, plusieurs cantons suisses alémaniques ainsi que le Tessin ont pris des mesures semblables, généralement dans le cadre plus large d'un programme de simplification administrative en faveur des entreprises essentiellement.

Grisons – Le canton des Grisons a décidé en 1996 de procéder à l'examen systématique de sa législation afin d'en tester la nécessité, la densité et la cohérence sous l'étiquette de « concentration et flexibilisation de la législation » (« Verwesentlichung und Flexibilisierung der Rechtssetzung und Rechtsanwendung »). Entre 1998 et 2000, gouvernement, parlement et peuple ont abrogé ou révisé une vingtaine de lois et un peu moins de 200 ordonnances³⁶⁸⁴. En 2006, un test PME (petites et moyennes entreprises) et l'obligation de mener des analyses d'impact ont été introduites. En 2011, le Conseil d'Etat a adopté un nouveau programme intitulé « Erneuerung und Erweiterung des Instrumentariums zur Sicherung der Qualität der kantonalen Rechtssetzung » instaurant des responsables qualité chargés d'accompagner les projets législatifs, réunis en un « groupe qualité ». En 2012, une nouvelle disposition constitutionnelle demande que le canton et les communes « prennent des mesures pour limiter autant que possible la densité de la réglementation et la charge administrative auxquelles sont soumises les entreprises, en particulier les petites et moyennes entreprises (PME) »³⁶⁸⁵.

Tessin – L'« Alleggerimento della legislazione » dans le canton du Tessin en 2001 (abrogation de 90 actes juridiques et modification de 126, sur un total de 715) visait essentiellement des points d'organisation et de procédure³⁶⁸⁶.

Bâle-Campagne – Examen de la nécessité et de l'actualité des actes législatifs dans le canton de Bâle-Campagne en 2002³⁶⁸⁷ suivi d'une loi du 5 juin 2005 sur la réduction de la réglementation et la réduction de la charge administrative pour les petites et moyennes entreprises (PME)³⁶⁸⁸, complétée par une ordonnance d'exécution du 26 septembre 2006³⁶⁸⁹ qui prévoit une analyse d'impact de la réglementation, un Forum PME et un service de conseil pour les PME³⁶⁹⁰.

Zurich – Inspiré par le projet grison, le canton de Zurich a procédé à une « radioscopie » de sa législation ayant abouti en 2003 à l'abrogation et à la modification de quelques dizaines de textes³⁶⁹¹. Une loi sur la réduction de la charge administrative des entreprises

³⁶⁸⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, « Message relatif au projet de loi fédérale sur la mise à jour formelle du droit fédéral », in : *FF* 2007 5789, p. 5797 ss ; FRIZZONI (2007), p. 455 ss.

³⁶⁸⁵ Art. 84 al. 4 Cst. GR. Sur cet historique, cf. ROSSAT-FAVRE (2017), p. 217 s.

³⁶⁸⁶ CONSEIL FÉDÉRAL, « Message relatif au projet de loi fédérale sur la mise à jour formelle du droit fédéral », in : *FF* 2007 5789, p. 5798 ; Catherine HUTTER GEROSA, « L'esame materiale e formale della legislazione del Cantone Ticino », in : *LeGes*, 2007/3, p. 465 ss.

³⁶⁸⁷ CONSEIL FÉDÉRAL, « Message relatif au projet de loi fédérale sur la mise à jour formelle du droit fédéral », in : *FF* 2007 5789, p. 5798.

³⁶⁸⁸ SGS BL 541.

³⁶⁸⁹ SGS BL 541.11.

³⁶⁹⁰ ROSSAT-FAVRE (2017), note de bas de page 6.

³⁶⁹¹ CONSEIL FÉDÉRAL, « Message relatif au projet de loi fédérale sur la mise à jour formelle du droit fédéral », in : *FF* 2007 5789, p. 5798 ss.

adoptée en 2009³⁶⁹² requiert de simplifier les rapports avec l'administration et instaure une instance chargée notamment de vérifier, avec l'appui d'une commission consultative *ad hoc*, que le droit en vigueur correspond bien aux exigences de ladite loi. Elle prescrit par ailleurs d'effectuer des analyses d'impact de la réglementation³⁶⁹³.

Argovie et Soleure – Les cantons d'Argovie et de Soleure ont introduit des dispositions constitutionnelles analogues à celle des Grisons depuis 2009, respectivement 2012, concrétisées législativement³⁶⁹⁴.

Les procédures de réexamen ont fait l'objet d'une évaluation dans les cantons des Grisons et de Zurich ; les mesures sont toutefois trop récentes pour en tirer des conclusions chiffrées et pour mettre en évidence d'éventuels effets concrets³⁶⁹⁵. Dans le cas *zurichois*, le résultat « n'est pas forcément spectaculaire »³⁶⁹⁶ ; l'évaluation ayant mis en exergue le problème de la législation multi-niveaux (cumul des normes communales, cantonales et fédérales)³⁶⁹⁷. Le fédéralisme, de même que le droit interne par rapport au droit international, appellent la légistique à changer d'échelle, exigeant de développer de manière coordonnée une légistique multi-niveaux dont les contours restent à tracer³⁶⁹⁸. Dans le cas *grison*, ni le test PME (petites et moyennes entreprises), ni les évaluations *ex ante* ou *ex post* n'ont à ce jour joué un rôle essentiel (« keine wesentliche Rolle »)³⁶⁹⁹.

La doctrine *canadienne* pose le même regard mitigé sur le programme initié en 2001 en Colombie britannique visant à supprimer la réglementation « vétuste, inutilisée ou inutile »³⁷⁰⁰, dont il est « difficile de dire » s'il a eu à lui seul des répercussions positives en termes de croissance économique³⁷⁰¹.

III. Union européenne : le programme pour une réglementation affûtée et performante (REFIT)

L'Union européenne s'est engagée officiellement en faveur d'une législation plus simple et plus efficace dans le *Livre blanc sur la Gouvernance*

³⁶⁹² LS ZH 930.1.

³⁶⁹³ ROSSAT-FAVRE (2017), p. 218.

³⁶⁹⁴ La « Standortsförderungsgesetz » en Argovie et l'article 31^{bis} de la loi soleuroise sur les communes (voir ROSSAT-FAVRE [2017], note de bas de page 7). Cf. art. 50 al. 2^{bis} Cst. AG (voir GLASER [2018], p. 68).

³⁶⁹⁵ ROSSAT-FAVRE (2017), p. 219.

³⁶⁹⁶ *Ibidem*.

³⁶⁹⁷ *Ibidem*.

³⁶⁹⁸ Cf. ci-dessus ch. 1.3.3.1c.

³⁶⁹⁹ Felix UHLMANN/Roland GERNE/Gérard CAUSSIGNAC/Walter FRIZZONI, « Instrumente guter Regulierungspolitik: Erfahrungen aus den Kantonen », in : *LeGes*, 2017/3, p. 510.

³⁷⁰⁰ HOULE (2012), p. 154.

³⁷⁰¹ HOULE (2012), p. 156.

européenne de 2001³⁷⁰², confirmé dans l'Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » de 2016³⁷⁰³. Dans cette continuité elle a proposé un *Programme pour une réglementation affûtée et performante* (REFIT)³⁷⁰⁴ mettant en place depuis 2015 une démarche d'évaluation rétrospective générale de la réglementation existante³⁷⁰⁵ accompagnée par une plateforme de supervision (plateforme REFIT) assurant un forum de dialogue entre la Commission, les Etats membres et les parties prenantes (entreprises, partenaires sociaux et société civile)³⁷⁰⁶.

Alors qu'à l'origine les évaluations rétrospectives faisaient l'objet d'interventions individuelles, la Commission a créé un nouveau type d'évaluation : le *bilan de la qualité* (« fitness check ») visant une analyse conjointe d'une série d'interventions et dont le concept a été proposé en 2010³⁷⁰⁷ :

« Ces « bilans de la qualité » évalueront si le cadre réglementaire d'un domaine d'action est adapté à son objectif et, dans la négative, ce qui devrait être modifié. L'objectif est d'identifier les charges excessives, les incohérences et les mesures obsolètes ou inefficaces et de contribuer à déterminer l'impact cumulé de la législation. »³⁷⁰⁸ La Commission en propose la définition suivante dans ses Lignes directrices « Mieux légiférer » : « A fitness check is an evaluation of a group of interventions which have some relationship with each other (normally a common set of objectives), justifying a joint analysis. »³⁷⁰⁹

Ce programme a fait l'objet de *critiques* en raison de son orientation originellement très axée sur l'efficience et les intérêts de l'économie au détriment

3702 COMMISSION EUROPÉENNE, Gouvernance européenne – Un livre blanc (COM/2001/0428 final), Bruxelles, 25 juillet 2001 ; COMMISSION EUROPÉENNE, Plan d'action « simplifier et améliorer l'environnement réglementaire » (COM/2002/0278 final), Bruxelles, 5 juin 2002 ; COMMISSION EUROPÉENNE, Communication au Conseil et au Parlement européen « Améliorer la réglementation en matière de croissance et d'emploi dans l'Union européenne » (COM/2005/0097 final), Bruxelles, 16 mars 2005.

3703 PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 13 avril 2016*. Sur l'émergence de ce programme, cf. Lorenzo ALLIO, *The Emergence of Better Regulation in the European Union*, thèse manuscrite (King's College), Londres, 2009 ; Arnaud VAN WAEYENBERGE, *Nouveaux instruments juridiques de l'Union européenne : évolution de la méthode communautaire*, Bruxelles, 2015, p. 188 ss.

3704 COMMISSION EUROPÉENNE, Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Programme pour une réglementation affûtée et performante (REFIT) : résultats et prochaines étapes » (COM/2013/0685 final), Bruxelles, 2 octobre 2013.

3705 PÉRALDI LENEUF (2017), p. 256 ss.

3706 COMMISSION EUROPÉENNE, Communication « The REFIT Platform Structure and Functioning » (COM/2015/3260 final), Bruxelles, 19 mai 2015.

3707 COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines* (2017), chap. VI, ch. I.

3708 COMMISSION EUROPÉENNE, Communication « Une réglementation intelligente au sein de l'Union européenne » (COM/2010/0543 final), Bruxelles, 8 octobre 2010.

3709 COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines* (2017), chap. VI, ch. I.

d'une prise en compte plus globale de tous les intérêts en présence³⁷¹⁰. Le recul manque toutefois pour évaluer l'efficacité du programme. Si le processus semble fonctionner d'un point de vue quantitatif³⁷¹¹, pour le reste « il est difficile d'effectuer une analyse éclairée à partir de ces éléments chiffrés »³⁷¹².

IV. Les organismes privés de régulation : l'exemple de l'Organisation internationale de normalisation (ISO)

Le réexamen systématique du corpus législatif n'est pas l'apanage des collectivités publiques.

L'Organisation internationale de normalisation (ISO) précise dans sa directive de légistique³⁷¹³, sous la rubrique « maintenance des livrables » que « [c]haque Norme internationale et autre livrable publié par l'ISO ou conjointement avec l'IEC doit faire l'objet d'un examen systématique en vue de déterminer s'il convient de le confirmer, de le réviser/amender, de le transformer en une autre forme de livrable ou de l'annuler ». La directive précise notamment l'écoulement d'un temps maximal avant l'examen systématique (cinq ans pour une norme internationale) ainsi qu'une durée de validité maximale suivant les catégories de textes (six ans recommandés pour une spécification technique)³⁷¹⁴.

6.2.4.2 *Le réexamen ponctuel de la législation*

a. Le fondement dans des clauses de réexamen, d'évaluation et de caducité

Contrairement au réexamen systématique qui s'étend à l'ensemble de la législation existante, le réexamen ponctuel circonscrit l'analyse d'impact législative rétrospective à une *législation spécifique*.

Le réexamen ponctuel est initié sur le fondement de *clauses de réexamen* ou de *clauses d'évaluation*, présentes tant au niveau constitutionnel, législatif, réglementaire qu'à celui des traités internationaux³⁷¹⁵. Même si l'amalgame est

³⁷¹⁰ Cf. ci-dessus ch. 1.3.3.4b.I.

³⁷¹¹ 231 initiatives de simplification entreprises depuis 2015 (PÉRALDI LENEUF [2017], p. 258).

³⁷¹² *Ibidem*, p. 259.

³⁷¹³ Cf. ci-dessus ch. 3.4.3.3c.

³⁷¹⁴ ORGANISATION INTERNATIONALE DE NORMALISATION (ISO), *Directives ISO/IEC, Partie 1 et Supplément ISO consolidé – Procédures spécifiques à l'ISO* (iso.org/fr/home > Participer > Ressources > Directives et politiques), 9^e éd., Vernier, 2018, ch. 2.9 et Tableau S1 – Calendrier des examens systématiques.

³⁷¹⁵ Cf. ci-dessus ch. 6.2.3.

facilement fait, les clauses de réexamen diffèrent en partie des clauses d'évaluation. Si les secondes impliquent un réexamen, les premières peuvent ne pas contenir d'exigences en matière d'évaluation (de la pertinence, des impacts ou de l'efficacité au sens large).

Le réexamen ponctuel peut se fonder sur des *clauses d'évaluation* tant *générales* que *spéciales*³⁷¹⁶. Dans le premier cas, l'autorité choisit ponctuellement n'importe quelle loi entrant dans le champ d'application de la clause générale pour l'évaluer selon les règles et conditions fixées par cette dernière. Dans le second, c'est une loi donnée qui spécifie l'autorité compétente et les modalités d'évaluation au moyen d'une clause d'évaluation qu'elle comprend spécialement.

La mise en œuvre de l'obligation de réexamen peut être renforcée par des *clauses de caducité*, limitant la durée de validité des lois visées.

Sporadiquement présentes dans les *lois ordinaires*, elles forment une composante obligée des lois crépusculaires (« sunset law ») (cf. ci-après ch. 6.2.4.3b) et des *lois expérimentales* (cf. ci-après ch. 6.2.4.3c). On peut les trouver dans les *lois incitant*³⁷¹⁷ ou *provoquant l'autorégulation* (« lois Damoclès »)³⁷¹⁸ ou dans des lois prévoyant des instruments de coordination tels que des *plans-programmes*, des *actes de gouvernance* ou des *études d'impact* (cf. ci-dessus ch. 3.5)³⁷¹⁹.

Certaines voix futuristes imaginent même *robotiser ce réexamen* par le biais de règles dynamiques (« dynamic rules ») qui se réviseraient automatiquement en fonction de l'évolution des circonstances sans que le législateur n'ait à intervenir³⁷²⁰.

b. Le fondement jurisprudentiel

Le réexamen ponctuel peut également être initié par les tribunaux, comme nous l'avons montré ci-dessus³⁷²¹. Le législateur est alors contraint de recueillir dans le futur les données nécessaires à l'évaluation des impacts d'une loi spécifique (celle qui a fait l'objet du recours) et de corriger celle-ci en fonction des conclusions de l'évaluation.

³⁷¹⁶ Pour une illustration de la différence, cf. ci-dessus ch. 6.2.3.2.

³⁷¹⁷ Cf. ci-dessus ch. 3.4.4.3b.

³⁷¹⁸ Cf. ci-dessus ch. 3.4.4.3c.

³⁷¹⁹ Cf. ci-dessus ch. 3.5.2.3. S'agissant des plans-programmes, cf. par exemple l'art. 33 al. 3 de l'ordonnance sur la protection de l'air (OPair) (RS 814.318.142.1), qui confie aux cantons le contrôle de l'efficacité des plans de mesures.

³⁷²⁰ Cf. John MCGINNIS/Steven WASICK, « Law's Algorithm », *Florida Law Review*, 2015, vol. 66/3 cit. ci-dessus note 380.

³⁷²¹ Cf. ci-dessus ch. 6.2.3.3.

c. *Les traces historiques : les clauses de réexamen et d'évaluation des constitutions et des lois*

On trouve au XVIII^e siècle déjà des clauses exigeant un réexamen périodique des *constitutions* afin de les « perfectionner » ou de les « améliorer »³⁷²². En France, le projet de constitution girondine de 1793 prévoyait la disposition suivante à son article 4 :

« Dans la vingtième année après l'acceptation de l'acte constitutionnel, le Corps législatif sera tenu d'indiquer une Convention pour revoir et perfectionner la Constitution. »³⁷²³

En Suisse, le projet de Constitution fédérale de Carl Ludwig VON HALLER de 1799 préconisait un délai de vingt-cinq ans, à l'expiration duquel le président du Conseil fédéral aurait dû évaluer les dispositions qu'il convenait de modifier ou d'améliorer pour le bien confédéral et adresser des recommandations en conséquence aux Etats³⁷²⁴.

En droit positif, on découvre dans la *Constitution du canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures* une clause de réexamen analogue : « Le Grand Conseil examine tous les vingt ans, à compter de l'entrée en vigueur de la présente constitution, s'il convient d'entreprendre une révision totale. »³⁷²⁵ La *Constitution genevoise* de 1847 contenait également une clause de réexamen : « Tous les quinze ans, la question de la révision totale de la Constitution sera posée au Conseil Général. »³⁷²⁶

Au XIX^e siècle, Jean CRUET rapportait l'exemple du *Code civil espagnol* de 1889 qui « avait eu soin de prescrire sa propre révision, d'après les résultats d'une enquête permanente confiée à une commission, avec la collaboration des chefs de Cour. Tous les dix ans, on devait procéder à une révision d'ensemble. Sages dispositions ! Il est vrai qu'elles n'ont guère été appliquées ... Mais enfin l'intention était excellente. »³⁷²⁷

³⁷²² Aux USA, cf. la révision de la Constitution de Pennsylvanie de 1776 ci-dessus ch. 1.3.5.4b.I.

³⁷²³ Rapporté par Jan IMHOF, « Die Verfassung des Kantons Appenzell Ausserrhoden auf dem Prüfstand », in : *LeGes*, 2016/1, p. 53 s.

³⁷²⁴ « was zum Besten der gemeinen Eidgenossenschaft an der existierenden Errichtung abzuändern oder zu verbessern und demnach den Ständen anzuraten sei » (Andreas KLEY, *Verfassungsgeschichte der Neuzeit: Ergänzende Dokumente*, Zurich, 2007, p. 102, cit. in : IMHOF [2016], p. 54).

³⁷²⁵ Art. 114 al. 1^{er} Cst. AR.

³⁷²⁶ Art. 180 al. 1^{er} Cst GE (1847). Cf. Imhof (2016), p. 56. BIAGGINI (2018), p. 1 cite l'exemple des constitutions de Bâle-Campagne de 1832 et 1838.

³⁷²⁷ CRUET (1908), p. 302 s.

6.2.4.3 *Le cas de la législation temporaire soumise à réexamen*

a. *Une pratique remontant à l'Antiquité*

La législation temporaire est une figure *ancienne*. Antonios KOUROUTAKIS en retrouve les premières traces dans la Grèce et la Rome antiques³⁷²⁸ puis dès l'Angleterre médiévale³⁷²⁹. L'émergence du constitutionnalisme au XVII^e siècle offre de nombreux exemples tant en Angleterre³⁷³⁰ qu'aux Etats-Unis³⁷³¹.

L'analyse historique n'est toutefois pas toujours évidente à interpréter, car, à l'instar du droit positif, il faut prendre garde à bien distinguer entre les *lois temporaires simples*, qui visent à régler de manière définitive un problème purement temporaire susceptible de se régler par la suite d'une autre manière, des *lois temporaires visant à régler de manière provisoire un problème potentiellement persistant*. Dans ce second cas, le législateur temporise, car la question de l'opportunité de la loi se reposera ultérieurement puisque le problème sera probablement toujours présent. Le législateur sera donc amené à réexaminer d'une manière ou d'une autre l'éventuelle prorogation du régime provisoire.

Un exemple illustratif de texte temporaire réglant provisoirement un problème durable – et toujours aussi surprenant vu de l'extérieur – est celui du régime financier fédéral. Le droit de la Confédération de percevoir l'impôt fédéral direct et la TVA (qui forme près des deux tiers de ses recettes) a toujours été limité dans le temps et doit être régulièrement prolongé en votation populaire³⁷³². En mars 2018, 84% du peuple et tous les cantons³⁷³³ ont accepté la révision des deux dispositions suivantes dans la Constitution fédérale : « L'impôt fédéral direct peut être perçu jusqu'à la fin de 2035 » ; « La taxe sur la valeur ajoutée peut être perçue jusqu'à la fin de 2035 »³⁷³⁴. En cas de refus, la Confédération aurait donc perdu deux tiers de ses recettes !

Ce réexamen peut être rendu obligatoire si la loi temporaire le prescrit ainsi dans une disposition *ad hoc* (*clause de réexamen obligatoire*).

Par ailleurs, le réexamen peut être associé expressément, ou non, à l'exercice d'une procédure d'évaluation rétrospective. Cette exigence est explicite

³⁷²⁸ Antonios KOUROUTAKIS, *The Constitutional Value of Sunset Clauses: An historical and normative analysis*, Abingdon-on-Thames, 2017, p. 15 ss.

³⁷²⁹ *Ibidem*, p. 21 ss.

³⁷³⁰ *Ibidem*, p. 61 ss.

³⁷³¹ Sofia RANCHORDÁS, *Constitutional Sunsets and Experimental Legislation: A Comparative Perspective*, Cheltenham, 2014, p. 18 ss ; KOUROUTAKIS (2017), p. 15 (réf. cit.).

³⁷³² FF 2016 6003. Cf. BIAGGINI (2018), p. 1.

³⁷³³ Résultats finaux officiels (www.bk.admin.ch/bk/fr.html > Droits politiques > Votations populaires).

³⁷³⁴ Art. 196 ch. 13 et 14 Cst. féd.

lorsqu'elle résulte d'une *clause d'évaluation*. Cette dernière clause implique en effet nécessairement un réexamen, alors que l'inverse n'est pas forcément vrai. Une clause de réexamen n'impliquera implicitement une évaluation que si elle peut être interprétée ainsi ou si la révision de la loi est soumise à une évaluation sur d'autres fondements.

Associer une *clause de caducité* à une clause d'évaluation est un trait caractéristique tant des législations expérimentales que des législations crépusculaires, nous le verrons ci-après³⁷³⁵. La combinaison est bien plus ancienne qu'on le pense parfois. Le Règlement concernant l'ouverture et la fermeture des barrages de la Reuss à Lucerne du 27 juin 1867³⁷³⁶, prévoyait tout à la fois une clause de caducité, une clause de réexamen et l'*ancêtre* de ce que nous pourrions lire aujourd'hui comme une clause d'évaluation :

« Le présent règlement est établi pour la durée de six ans, à l'expiration desquels il sera soumis à un nouvel examen des hauts Etats intéressés, en tenant compte des expériences faites dans l'intervalle. »³⁷³⁷

b. La législation crépusculaire (« sunset legislation »)

La législation crépusculaire (« sunset legislation ») est un exemple d'acte normatif temporaire soumis à réexamen et dont la prolongation est soumise à évaluation³⁷³⁸. Le concept, sous son expression métaphorique, est né aux Etats-Unis dans les années 1970 dans un contexte de déréglementation, de restrictions budgétaires, de lutte contre la bureaucratie, de contrôle et de limitation du pouvoir des agences gouvernementales³⁷³⁹. En limitant par défaut la durée de la

³⁷³⁵ Sur la différence entre ces deux types nonobstant ces similarités, cf. les développements dans la section suivante.

³⁷³⁶ Devenu sans objet à la suite d'une rénovation des barrages de la Reuss depuis 2011 (Recueil officiel du droit fédéral 2015 23).

³⁷³⁷ Art. 5 al. 1^{er} du règlement concernant l'ouverture et la fermeture des barrages de la Reuss à Lucerne du 27 juin 1867 (RS 721.313.1).

³⁷³⁸ RANCHORDÁS (2014), p. 32 s., qui note toutefois que l'obligation de conduire une évaluation n'est pas nécessairement explicite, mais qu'elle doit être comprise comme un élément implicite de cet instrument (p. 34) ; MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 178 ; Sylvia VEIT/Bastian JANTZ, « Sunset Legislation als Instrument der besseren Rechtsetzung: Wunderwaffe oder stumpfes Schwert? », in : *Schweizer Jahrbuch der Verwaltungswissenschaften*, 2(1), 2011, p. 167 ; Bertil COTTIER, « Les « Sunset Laws », des lois expérimentales à la mode américaine », in : Morand (dir.), *Evaluation législative et lois expérimentales*, Aix-en-Provence, 1993, p. 161 s.

³⁷³⁹ RANCHORDÁS (2014), p. 21 s. ; COTTIER (1993), p. 161 ss.

réglementation, ce moyen aurait dû permettre de freiner l'interventionnisme étatique en freinant la croissance normative³⁷⁴⁰.

Il faut être très prudent, à la lecture de la littérature consacrée à la question, à la définition donnée par les auteurs. Certains d'entre eux comprennent sous l'étiquette de « sunset legislation » tout acte normatif temporaire sans autre précision, à l'exemple de Ittai BAR-SIMAN-TOV³⁷⁴¹, lequel conclut sans étonnement à la nécessité d'insérer systématiquement des clauses d'évaluation dans les lois temporaires qui ne se limitent pas à régir un problème purement passager : « I therefore suggest that all temporary laws that are not enacted for the specific purpose of regulating a single event – and, at minimum, all temporary laws with experimental or better lawmaking purposes – have an ex-post evaluation clause. »³⁷⁴²

Le principe sous-jacent repose sur celui du « coup de pouce » (« nudge ») que nous avons examiné plus haut dans sa variante « option par défaut »³⁷⁴³ : le nombre de lois inutiles devrait peu à peu diminuer de manière quasi-automatique puisque, si le législateur ne devait pas procéder à l'évaluation de son texte avant l'échéance, celui-ci deviendrait machinalement caduc. Un tel mécanisme, par le couplage d'une clause d'évaluation à une clause de caducité, viserait par ailleurs à renforcer la mise en œuvre de l'obligation d'évaluer. La limitation temporelle est la garantie procédurale du respect de la clause d'évaluation, pour reprendre les termes de Luzius MADER³⁷⁴⁴.

Dans ce contexte, la métaphore du coucher de soleil est particulièrement éclairante : la loi est vouée à l'extinction, destinée à s'éteindre dans le crépuscule du droit telle une espèce en voie de disparition. L'expression est née en écho au *Government in the Sunshine Act*³⁷⁴⁵ qui a rendu les séances des agences gouvernementales en règle générale publiques³⁷⁴⁶ et qui a été adopté la même année que la première *Sunset Law* en 1976 au Colorado³⁷⁴⁷.

En pratique les espoirs de débureaucratization ont été rapidement déçus. Les actes ont souvent été renouvelés automatiquement sans que les résultats des évaluations, quand celles-ci existaient, aient sérieusement été pris en compte³⁷⁴⁸.

³⁷⁴⁰ COTTIER (1993), p. 171.

³⁷⁴¹ Ittai BAR-SIMAN-TOV, « Temporary Legislation, Better Regulation and Experimentalist Governance: An Empirical Study », in : *Regulation and Governance*, vol. 12, iss. 2, 2018, p. 192 ; KOUROUTAKIS (2017), p. 3.

³⁷⁴² BAR-SIMAN-TOV (2018), ch. 7.6.

³⁷⁴³ Cf. ci-dessus ch. 3.6.4.3a. Pour une analyse des lois temporaires sous cet angle, cf. ZAMIR/TEICHMAN (2018), p. 402 ss.

³⁷⁴⁴ MADER (1985), p. 143.

³⁷⁴⁵ Public Law 94-409, 13 septembre 1976.

³⁷⁴⁶ KOUROUTAKIS (2017), p. 4.

³⁷⁴⁷ Sur l'historique de ces lois, cf. COTTIER (1993), p. 164 ss.

³⁷⁴⁸ RANCHORDÁS (2014), p. 21 ss ; COTTIER (1993), p. 172 s. Pour des exemples récents de prolongations successives en droit fédéral, cf. BIAGGINI (2018), p. 1 s, à la conclusion duquel nous pouvons nous rallier : « Je näher das Ablaufdatum rückt, desto grösser wird

Le même phénomène a pu être constaté une décennie plus tard lorsque cet outil a été greffé en Allemagne³⁷⁴⁹. L'explication en est aisée. Par le formalisme qu'elles induisent inutilement, de telles lois conduisent à surcharger l'agenda parlementaire et les services administratifs chargés de gérer le calendrier des échéances, d'anticiper les évaluations et de préparer les projets de loi soit pour les proroger, soit pour les abroger³⁷⁵⁰.

Historiquement en droit anglais on trouve des exemples en droit fiscal, dans le domaine économique ou dans les relations internationales³⁷⁵¹ ainsi que dans la législation d'urgence³⁷⁵².

En droit de l'*Union européenne*, l'Accord Mieux Légiférer prévoit que « [l]es trois institutions examineront s'il convient de limiter l'application d'une législation à une durée déterminée (< clause de limitation dans le temps > [sunset clause >]) »³⁷⁵³.

En *droit suisse*, les *messages* accompagnant les projets de loi doivent depuis fin 2018 « faire le point sur [...] l'examen d'une limitation de la durée de validité des dispositions

die Unsicherheit, ob und wie es weitergeht, desto grösser ist die Versuchung, unter Zeitdruck und aus Verlegenheit Geltungsdauern zu verlängern oder zu improvisieren. Das sind keine guten Voraussetzungen für gute Rechtsetzung. »

3749 RANCHORDÁS (2014), p. 24 : « No attempt to prove the causal relationship between the enactment of sunset clauses and the reduction of regulatory pressure is attempted here either. »; SECKELMANN (2018), p. 113 ss (en détail sur la réception des « sunset clauses » en droit allemand); BAR-SIMAN-TOV (2018), ch. 8, affirme en revanche sur la base d'une étude quantitative en Israël que la plupart des lois temporaires ont effectivement expiré. On rappelle toutefois la définition large de la « sunset legislation » retenue par cet auteur (cf. note 3741 ci-dessus), susceptible de biaiser la comparaison. Le point serait à vérifier plus profondément.

3750 Dans ce sens, cf. par exemple Felix UHLMANN, « Politische Vorstösse für bessere Gesetze: eine Auslegeordnung und eine vorsichtige Bewertung », in : Canapa *et al.* (éd.), *Sein und Schein von Gesetzgebung: Erwartungen – Auswirkungen – Kritik*, Zurich, 2018, p. 8. Sur les charges et coûts provoqués, qu'il importe cependant de mettre en balance avec les avantages, cf. RANCHORDÁS (2014), p. 205. Certains auteurs préconisent toutefois d'en généraliser l'usage (cf. par exemple XANTHAKI [2014], p. 189, selon laquelle les dispositions « sunset » devraient « be inserted in legislation as standard, allowing for exceptions only where the possibility of a lack of legislative regulation, if the legislation dies unintentionally, may create regulatory chaos or unease »). D'autres mettent en garde contre un usage excessif et recommandent un usage sélectif et judicieux (BAR-SIMAN-TOV [2018], ch. 7.6 [réf. cit.]).

3751 KOUROUTAKIS (2017), p. 121 ss.

3752 KOUROUTAKIS (2017), p. 139 ss ; RANCHORDÁS (2014), p. 64 s. ; Virginie MASSIEU, *L'expérimentation législative sous la V^e République*, thèse manuscrite (École doctorale de droit et sciences humaines), Cergy-Pontoise, 2009, p. 286 (cf. en particulier le § 224 du USA PATRIOT Act de 2001, intitulé « Sunset », qui limitait la durée de validité initiale d'une partie de la loi antiterroriste jusqu'au 31 décembre 2005, disposition renouvelée par la suite).

3753 PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 13 avril 2016*, ch. 23.

concernées »³⁷⁵⁴. Un exemple récent : la modification de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes³⁷⁵⁵ prévoit de limiter à douze ans la durée de validité des dispositions sur l'analyse de l'égalité des salaires et d'évaluer celles-ci au plus tard neuf ans après leur entrée en vigueur³⁷⁵⁶.

En droit cantonal, la Constitution *grisonne* prévoit que « [l]a validité des lois peut être limitée dans le temps. Avant d'être prorogées, les lois doivent être examinées quant à leur efficacité. »³⁷⁵⁷ En droit *genevois*, la loi sur l'action publique en vue d'un développement durable (*Agenda 21*) du 23 mars 2001³⁷⁵⁸ avait la limite de validité suivante : « La présente loi est abrogée de plein droit au 31 décembre 2014 si elle n'a pas été révisée par le Grand Conseil dans l'intervalle. »³⁷⁵⁹ Le 23 janvier 2015, l'article précédent a été révisé ainsi : « La présente loi est abrogée de plein droit au 31 décembre 2015 si elle n'a pas été révisée par le Grand Conseil dans l'intervalle. » La loi a été abrogée par la nouvelle loi reprenant le même titre, datée du 12 mai 2016, entrée en vigueur rétroactivement au 1^{er} janvier 2016, mais sans limite de durée cette fois. Cet exemple illustre une séquence de prorogations successives opérées en dernière minute avec effet rétroactif, montrant que le but originel de débureaucratiser a pour conséquence une plus grande bureaucratisation de la gestion des lois. Et nous ne parlons ici que d'une seule loi composée d'une quinzaine d'articles seulement ! On trouve un autre exemple dans le canton d'*Argovie* où le parlement, confronté à sa première véritable loi crépusculaire, a reconduit celle-ci « sans avoir eu le courage de simplement l'abroger. »³⁷⁶⁰

Les *lois crépusculaires* ne doivent pas être confondues avec les *lois expérimentales*³⁷⁶¹. Ces deux types sont des lois temporaires soumises à réexamen.

³⁷⁵⁴ Art. 141 al. 2 let. a^{quater} Loi sur le Parlement.

³⁷⁵⁵ FF 2017 5169. Modification adoptée en vote final le 14 décembre 2018 (délai référendaire non échu ; état au 1^{er} janvier 2019). Pour d'autres exemples, cf. BIAGGINI (2018).

³⁷⁵⁶ Art. 17a, 17b et ch. II al. 2 de la modification du 14 décembre 2018, sur proposition de la commission parlementaire compétente du Conseil des Etats (Conseil des Etats, Commission de la science, de l'éducation et de la culture, *Communiqué de presse*, 14 mai 2018).

³⁷⁵⁷ Art. 31 al. 3 Cst. GR. Selon les travaux préparatoires, la disposition vise aussi les lois expérimentales (cf. ci-dessous dans le paragraphe suivant).

³⁷⁵⁸ LDD (RS/GE A 2 60).

³⁷⁵⁹ Art. 17 LDD, intitulé « Limite de validité ».

³⁷⁶⁰ Felix UHLMANN/Roland GERNE/Gérard CAUSSIGNAC/Walter FRIZZONI, « Instrumente guter Regulierungspolitik: Erfahrungen aus den Kantonen », in : *LeGes*, 2017/3, p. 507 (trad. pers.).

³⁷⁶¹ BAR-SIMAN-TOV (2018), ch. 7.3 ; RANCHORDÁS (2014), p. 36 ; MASSIEU (2009), p. 290. Dans le même sens, cf. COTTIER (1993), p. 170, pour lequel il est clair que les sunset laws « ne poursuivent aucunement un but expérimental » mais que ce n'est que « sur le papier » qu'elles apparaissent « comme un modèle achevé de lois expérimentales » en ce sens « qu'elles renferment ces *essentialia* de la loi expérimentale que sont les clauses d'abrogation et d'évaluation ». RANCHORDÁS (2014), p. 36, repris par BAR-SIMAN-TOV (2018), ch. 7.3, se réfère cependant – inexactement – à l'article de COTTIER en écrivant que celui-ci aurait décrit les « sunset laws » comme étant « the < US equivalent > of European experimental legislation », ce qu'il a précisément contesté.

S'il est facile de les distinguer des lois expérimentales dont le champ d'application est limité à un échantillon de destinataires afin de procéder à des analyses contrefactuelles, il est plus ardu de les différencier des lois expérimentales au champ d'application personnel ou territorial non limité³⁷⁶². Les lois crépusculaires s'appliquant en principe à l'ensemble de leurs groupes-cibles, il n'est pas simple de les discriminer, car elles partagent les mêmes caractéristiques formelles : caducité et évaluation.

La *base constitutionnelle du canton des Grisons* relative à ce point³⁷⁶³ est très emblématique de la difficulté de trancher définitivement la question dans un sens ou dans l'autre. Selon le vice-président de la commission préparatoire relative à la révision totale de la Constitution cantonale, la disposition est clairement inspirée de la « sogenannte Sunset-Legislation, wonach alle Gesetze befristet sind und erneuert werden müssen » aux USA. Cette base constitutionnelle ne devrait toutefois pas conduire selon lui à généraliser le procédé à *toutes* les lois « aus Gründen der Rechtssicherheit und der Orientierungsfunktion des Gesetzes » ; elle devrait plutôt offrir une incitation à ne promulguer certaines lois ou certains programmes que pour une durée limitée et à en vérifier l'efficacité³⁷⁶⁴. L'ambiguïté reste entière, autorisant à notre sens le législateur à édicter les deux types d'acte de manière ponctuelle³⁷⁶⁵.

La distinction n'est pourtant pas sans conséquences juridiques : si l'acte est qualifié de législation expérimentale, il peut bénéficier d'une application assouplie de certains principes juridiques, en particulier la légalité dans une certaine mesure, on le verra³⁷⁶⁶, assouplissement justifié par le déroulement d'un protocole de recherche scientifique transparent et objectif destiné à construire la loi pour le futur dans un climat d'incertitude prospective ; s'il ne l'est pas, il doit obéir aux principes comme n'importe quelle autre loi. Il serait sinon trop facile de détourner les principes de l'Etat de droit si le législateur pouvait simplement s'en défaire en ajoutant une clause de caducité et d'évaluation dans ses lois.

La *différence est à rechercher dans le but visé*³⁷⁶⁷, ce qui rend l'exercice moins aisé. Le but de la législation expérimentale est de fabriquer progressivement la meilleure loi possible à terme en dépit des contraintes résultant de l'incertitude de

³⁷⁶² Sur ces deux catégories, cf. ci-dessous ch. 6.2.4.3c.II.

³⁷⁶³ Cf. ci-dessus note de bas de page 3757.

³⁷⁶⁴ Intervention Andrea BRÜESCH, *Wortlautprotokoll des Grossen Rates des Kantons Graubünden*, Procès-verbal de l'après-midi du 26 août 2002, p. 352.

³⁷⁶⁵ Les commentateurs de la Constitution grisonne évoquent vaguement, et sans aucune référence, le fait que des « befristete Gesetze gibt es im amerikanischen Recht unter dem Titel < sunset legislation > » (JAAG/SCHULER, in : BMT Bänziger Mengiardi Toller & Partner (éd.), *Kommentar zur Verfassung des Kantons Graubünden*, Coire 2006, Art. 31, N. 39). Sur l'actualité de la question, cf. www.gr.ch > Institutionen > Parlament > Vorstösse > Junisession 2016 > Anfrage Claus betreffend die Befristungen von Erlassen (Sunset Legislation) und Überprüfung der Regulierungsdichte.

³⁷⁶⁶ Cf. ci-dessous ch. 6.2.4.3c.V.

³⁷⁶⁷ BAR-SIMAN-TOV (2018), ch. 7.3 ; RANCHORDÁS (2014), p. 36.

ses impacts au contact de la réalité, alors que celui de la législation crépusculaire n'est « pas le fruit d'un quelconque désir de surmonter les incertitudes, voire de perfectionner le processus législatif »³⁷⁶⁸ : « experimental legislation is intended to be a first step toward permanent legislation, whereas other types of temporary legislation are meant to expire » selon Ittai BAR-SIMAN-TOV³⁷⁶⁹. La technique crépusculaire permet dans ce cas de trouver plus aisément un *compromis* entre des forces politiques très opposées³⁷⁷⁰.

On conclura donc que la législation crépusculaire relève de l'obsolescence programmée alors que la législation expérimentale, que nous allons examiner, instaure un protocole expérimental constructif visant à traiter de manière rationnelle les incertitudes prospectives qu'elle a pour mission de réduire.

c. La législation expérimentale

I. Histoire

Le paradigme expérimental a impressionné notre conception contemporaine de la rationalité depuis Claude BERNARD au milieu du XIX^e siècle³⁷⁷¹. Très tôt juristes aussi bien que non-juristes ont proposé de l'appliquer à la législation et, plus généralement, au droit et à la politique³⁷⁷². Afin que la loi reste vivante et ne cesse d'évoluer en phase avec la société, le législateur aura intérêt, écrivait Jean CRUET en 1908, de « procéder, comme la nature, par retouches, et par tâtonnements »³⁷⁷³. Celui-ci concluait son ouvrage sur *La vie du droit et l'impuissance des lois* de manière on ne peut plus explicite : il enjoignait les juristes à rédiger une « [i]ntroduction à l'étude de la législation expérimentale », ouvrage qu'il n'aura lui-même pas eu le loisir d'écrire en raison de son décès prématuré³⁷⁷⁴.

« Se trouvera-t-il parmi les juristes un Claude Bernard pour écrire une Introduction à l'étude de la législation expérimentale ? Elle ne serait pas inutile assurément à l'éducation politique de la nation souveraine et de ses représentants. »³⁷⁷⁵

³⁷⁶⁸ COTTIER (1993), p. 170.

³⁷⁶⁹ BAR-SIMAN-TOV (2018), ch. 4.4. Dans le même sens, cf. RANCHORDÁS (2014), p. 36.

³⁷⁷⁰ SECKELMANN (2018), p. 60 s.; RANCHORDÁS (2014), p. 66 ss. L'observation vaut également pour la législation expérimentale, cf. ci-dessous ch. 6.2.4.3c.III.

³⁷⁷¹ Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.2b.III.

³⁷⁷² Cf. ci-dessus ch. 1.3.2.2b.III les références à François GÉNY, Emile DE LAVELEYE ou Jean CRUET.

³⁷⁷³ CRUET (1908), p. 304.

³⁷⁷⁴ Frédéric AUDREN, « Jean Cruet, la vie du droit et l'impuissance des lois », in : *Revue trimestrielle de droit civil*, 2013, p. 917 ss.

³⁷⁷⁵ CRUET (1908), p. 336.

Il n'y aura pas eu une ou un seul juriste pour suivre son exhortation, mais de nombreux auteurs ; en témoigne la littérature désormais copieuse publiée depuis lors sur le sujet. En réalité, la doctrine a commencé à baliser la question quelques décennies plus tôt déjà. Dans son article intitulé *Experiment in Legislation* paru en 1889³⁷⁷⁶, le juriste anglais James WILLIAMS a catégorisé « the legislation of the Parliament of the United Kingdom from its experimental side » en cinq caractéristiques dont notamment la restriction dans la durée et la limitation du champ d'application territorial³⁷⁷⁷.

Pour cet auteur, ce second point, qu'il illustre par des exemples depuis 1825³⁷⁷⁸, est le trait le plus apparent de la législation expérimentale : « *Place*. – It is in this respect that the Experimental method of Parliament is most conspicuous. A law is enacted binding only locally, and is sometimes extended to the whole or a part of the realm, sometimes not. »³⁷⁷⁹ Nous reviendrons plus bas sur le point de la durée limitée.

James WILLIAMS s'inspire du livre de l'ingénieur des mines et économiste français Léon DONNAT intitulé *La Politique expérimentale*, paru en 1885³⁷⁸⁰. Plus tôt encore, Julius OFNER, promoteur autrichien du droit au travail, a tenu une conférence en 1881 sur *Das Experiment im Recht*³⁷⁸¹ dans laquelle il demandait à son auditoire dans quelle mesure une expérience était admissible dans le domaine législatif. Bien que l'on s'écarte, admettait-il, de l'esprit de l'école historique en suivant une démarche expérimentale, il prenait pour exemple le Code de Galicie occidentale introduit avec l'intention explicite, si celui-ci avait fait ses preuves, d'être étendu à toute l'Autriche, soit tel quel, soit dans une forme améliorée³⁷⁸². Il déduisait déjà du caractère expérimental la nécessité de procéder à des recherches plus poussées à la suite des effets résultant de la modification des faits :

³⁷⁷⁶ James WILLIAMS, « Experiment in Legislation », in : *Law Magazine and Review*, 1889, p. 299 ss.

³⁷⁷⁷ « It may be in time or in place, or it may be by the machinery of suspensory, permissive, or indirect Legislation. » (*Ibidem*, p. 301 s.).

³⁷⁷⁸ Cf. ég. RANCHORDÁS (2014), p. 7, note de bas de page 18.

³⁷⁷⁹ WILLIAMS (1889), p. 306.

³⁷⁸⁰ Léon DONNAT, *La Politique Expérimentale*, Paris, 1885 (cit. in : WILLIAMS [1889], p. 300).

³⁷⁸¹ Julius OFNER, « Das Experiment im Recht. Vortrag, gehalten in der Juristischen Gesellschaft in Wien am 28. Dezember 1881 », in : Ofner (éd.), *Beiträge zur exakten Rechtswissenschaft*, Vienne, 1883, p. 7 ss. Cf. Sigrid EMMENEGGER, *Gesetzgebungskunst: gute Gesetzgebung als Gegenstand einer legislativen Methodenbewegung in der Rechtswissenschaft um 1900: zur Geschichte der Gesetzgebungslehre*, Tübingen, 2006, p. 179 ss, qui décrit cet auteur tout en exposant de manière plus large l'usage de la méthode expérimentale à cette époque pour procéder à l'évaluation prospective des effets des lois (« die experimentelle Methode der Wirkungsabschätzung »).

³⁷⁸² Tel que cit. in : EMMENEGGER (2006), p. 180.

« Zwei Markenzeichen hat das Experiment. Es ist eine absichtliche Veränderung von Zuständen, und es ist eine Veränderung bei unsicherem Erfolge, welcher eben erforscht werden soll. »³⁷⁸³

Plus tôt encore, Jeremy BENTHAM dans ses lettres au Comte de Toreno écrites dans les années 1820, avait suggéré, à propos de la loi, que le législateur « sera bien avisé d'en faire application < à l'essai > et d'en éprouver, quasi expérimentalement, les effets », a rappelé François OST³⁷⁸⁴.

On ne saurait donc considérer le professeur de droit américain Frederic BEUTEL³⁷⁸⁵ comme le père de la législation expérimentale ainsi qu'on le lit parfois dans la doctrine³⁷⁸⁶.

II. Définition et but

Si toute nouvelle loi peut être considérée comme une expérience dans un *sens large*³⁷⁸⁷, elle ne l'est pas nécessairement au sens d'une expérimentation conduite selon les canons de la recherche scientifique :

³⁷⁸³ Tel que cit. in : EMMENEGGER (2006), p. 180 s.

³⁷⁸⁴ François OST, « Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », in : Gérard/Ost/van de Kerchove (dir.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles, 1987, p. 225.

³⁷⁸⁵ Frederic BEUTEL, *Some Potentialities of Experimental Jurisprudence as a New Branch of Social science*, Lincoln, 1957.

³⁷⁸⁶ Cf. par exemple Luzius MADER, « Experimentelle Gesetzgebung », in : Grimm/Maihofer (éd.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, vol. 13)*, Opladen, 1988, p. 219. Cf. EMMENEGGER (2006), p. 181, qui attribue cette erreur au fait que la législation expérimentale a suscité un regain d'intérêt il y a cinquante ans en Allemagne à la suite de la traduction en allemand de l'article de BEUTEL en 1971. Cf. ég. RANCHORDÁS (2014), p. 13 ; cette auteure fait même remonter à Louis XVI les premiers signes de législation expérimentale en France (*ibidem.*, p. 25).

³⁷⁸⁷ MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 180 ; Gunnar FOLKE SCHUPPERT, *Governance und Rechtsetzung. Grundfragen einer modernen Regelungswissenschaft*, Baden-Baden, 2011, p. 167 ss : « Gesetz als Lernprogramm » ; MADER (1985), p. 168 ; NOLL (1973), p. 76 ; CRUET (1908), p. 282 : « toute loi a donc des incidences et lorsqu'elle n'est pas le fruit de l'expérience, elle est elle-même une expérience. » ; CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS/SECRÉTARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT FRANÇAIS, *Guide de légistique*, 3^e éd. mise à jour, Paris, 2017, p. 685 : « Il faut souligner qu'on peut aussi qualifier d'« expérimental » un régime mis en place de manière générale, sans recours à la notion d'échantillon, mais avec l'engagement de procéder, quelques années après son entrée en vigueur, à son évaluation et, le cas échéant, son réexamen. C'est la logique des « clauses de révision ». »

Contra : les tenants d'une conception plus formaliste de la loi ne partageront pas cet avis. Cf. par exemple : « Les lois sont des règles. Ce ne sont pas des expériences. Un Parlement n'est pas un laboratoire. La règle de droit n'est pas une équation. Traditionnellement, la loi est l'expression de la volonté de la Nation qu'expriment ses

On rencontre cet avis en 1852 déjà : « Sir George Lewis, in his *Methods of Observation and Reasoning in Politics*, acknowledges the value of experiment to this extent. « All new laws, » says he, « are in the nature of experiments. They are not indeed scientific experiments, but they are experiments made for a practical purpose, and they are regarded merely as provisional and tentative until experience has proved their fitness, and they are confirmed by the proof of practical success. » »³⁷⁸⁸.

Aujourd'hui, avec le développement de la légistique matérielle et sa matérialisation en droit positif dans l'analyse d'impact législative³⁷⁸⁹, la loi peut encore plus aisément être interprétée comme une expérience de société en grandeur nature. Le processus d'évaluation législative que la méthode légistique instaure conduit à entériner dans les faits la nature expérimentale de toute nouvelle loi à laquelle on demande d'apprendre par l'expérience :

« L'évaluation législative conduit presque nécessairement à une conception évolutive et expérimentale de la législation qui constitue en quelque sorte un processus d'apprentissage. Elle montre que le législateur avance souvent à tâtons, qu'il apprend par l'expérience »³⁷⁹⁰.

Définie dans son *sens étroit*, la législation expérimentale vise en revanche à expérimenter de nouvelles règles selon un protocole scientifique préétabli. Elle constitue un type particulier d'acte normatif – le plus souvent au niveau réglementaire³⁷⁹¹ (« loi » pris dans son sens matériel) – qui est introduit à titre expérimental dans l'ordre juridique pour en tester les effets. Son but est d'accumuler les expériences qui, après une évaluation méthodique comparative des impacts avec le groupe témoin, serviront de base de décision pouvant possiblement aboutir à des solutions législatives définitives. Elle se caractérise par une *durée de validité limitée*, associée à des mesures de *suivi* et d'*évaluation rétrospective* de ses impacts.

On distinguera pour notre part *deux sous-types* de législation expérimentale au sens étroit selon que le *champ d'application territorial* ou *personnel* de l'expérience est *limité* ou *non*. S'il est limité, seul un échantillonnage du groupe-cible de la loi sera soumis aux nouvelles règles à tester ; s'il ne l'est pas, l'essai est applicable à l'ensemble des destinataires. Dans les deux hypothèses, la durée

élus. Elle procède de débats et non de simples études scientifiques. » (Jean-Louis BERGEL, « Préface », in : Morand (dir.), *Evaluation législative et lois expérimentales*, Aix-en-Provence, 1993, p. 9).

³⁷⁸⁸ George LEWIS, *A treatise on the methods of observation and reasoning in politics*, Londres, 1852, tel que cit. in : WILLIAMS (1889), p. 301 s.

³⁷⁸⁹ Cf. ci-dessus ch. 2.2.3.

³⁷⁹⁰ MADER (1985), p. 7.

³⁷⁹¹ Cf. l'arrêt du 13 mars 2000 de la Cour constitutionnelle du Tribunal cantonal du Jura (Groupe parlementaire socialiste, Gilles Froidevaux, Pierre-André Comte et Monique Cossali Sauvain c. le Gouvernement de la République et Canton du Jura), *ZBI*, 2000, p. 356, *RDAF* 2005 I, p. 128, c. 4b.

de l'expérience est limitée et vise explicitement à appliquer un protocole expérimental. Précisons qu'un certain nombre d'auteurs reconnaissent n'être en présence d'une législation expérimentale proprement dite que dans le premier cas de figure³⁷⁹².

Champ d'application territorial ou personnel limité – Cette limitation permet de procéder à des méthodes d'évaluations spécifiques : les *analyses contrefactuelles*, c'est-à-dire une méthodologie consistant à comparer les effets auprès d'un groupe pilote, qui a testé les nouvelles mesures, et du groupe témoin, composé de tous les citoyens et citoyennes soumis au régime ordinaire. Ce type d'analyse, considéré par les puristes comme l'étalon-or de l'évaluation, en particulier lorsque le groupe témoin est composé de manière aléatoire (c'est-à-dire de personnes pas forcément volontaires), n'est pas sans poser un certain nombre de problèmes tant éthiques³⁷⁹³ que juridiques, en particulier en rapport avec le principe de la légalité, de la proportionnalité et de l'égalité de traitement ainsi que nous le verrons plus bas³⁷⁹⁴.

Champ d'application territorial ou personnel ordinaire – Une variante méthodique consiste à introduire une réglementation à titre expérimental applicable à l'*ensemble du groupe-cible* pour la durée limitée de l'essai. Dans ce cas, l'analyse peut être effectuée avec ou sans comparaison explicite. En cas de comparaison, l'analyse s'opérera, contrairement au modèle précédent, sans groupe-pilote ni groupe-témoin. Elle pourra être transversale (synchronique, géographique, « ici et là »), comparant la situation avec le droit étranger par exemple³⁷⁹⁵, ou longitudinale (diachronique, historique, « avant/après »)³⁷⁹⁶. Une telle réglementation peut être qualifiée d'expérimentale dans la mesure où elle est limitée dans le temps et où elle obéit à un protocole de recherche scientifique objectif et transparent. La problématique juridique de l'égalité de traitement est ici atténuée.

³⁷⁹² RANCHORDÁS (2014), p. 37 ss, définit la législation expérimentale *stricto sensu* en ne considérant que les expérimentations recourant à des protocoles d'analyse contrefactuelle. Elle ne fait en effet entrer dans la définition de la loi expérimentale proprement dite que les expériences limitées à une partie du territoire ou de la population afin d'être en mesure de comparer entre un « sample group », objet du test, et un « control group », à savoir le reste de la population [*recte* : au reste du groupe-cible]. Le Guide de légistique français semble se rattacher à cette même conception étroite à propos de l'expérimentation en matière de normes législatives et réglementaires : « il s'agit de pouvoir étudier les effets d'une mesure sur un « échantillon » et évaluer ainsi sa pertinence avant de décider de la suite à lui donner (abandon ; généralisation, le cas échéant avec les modifications jugées nécessaires à la suite de l'évaluation). » (CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS/SECÉTARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT FRANÇAIS, *Guide de légistique*, 3^e éd. mise à jour, Paris, 2017, p. 685).

³⁷⁹³ Cf. ci-dessus ch. 4.4.4.3d.

³⁷⁹⁴ Cf. ci-dessous ch. 6.2.4.3c.V.

³⁷⁹⁵ Cf. ci-dessus ch. 4.4.4.1.

³⁷⁹⁶ Sur ces différents types d'analyse, cf. Peter ROSSI/Howard E. FREEMAN/Mark W. LIPSEY, *Evaluation: A Systematic Approach*, 7^e éd., Londres, 2004.

On recense de nombreux *exemples* tant en droit suisse que comparé³⁷⁹⁷.

Exemples en droit suisse³⁷⁹⁸ :

- limitation temporaire de la *vitesse* à 50 km/h dans certaines agglomérations³⁷⁹⁹ ;
- conduite expérimentale de *véhicules autonomes* sur la voie publique³⁸⁰⁰ ;
- essais locaux de *radiodiffusion*³⁸⁰¹ ;

³⁷⁹⁷ BAR-SIMAN-TOV (2018) ; SECKELMANN (2018), p. 187 ss ; Oliver JAMES/Sebastian R. JILKE/Gregg G. VAN RYZIN (éd.), *Experiments in Public Administration Research: Challenges and Contributions*, Cambridge, 2017 ; Sandro KÖRBER, « Experimentelle Rechtsetzung », in : *LeGes*, 2015/2, p. 385 ss ; RANCHORDÁS (2014) ; Cathy POMART, « La loi expérimentale : Scepticisme autour d'une technique législative en quête d'identité », in : *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, Aix-en-Provence, 2012, p. 1605 ss ; Charles F. SABEL/Jonathan ZEITLIN, « Experimentalist Governance », in : Levi-Faur (éd.), *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford, 2012, p. 169 ss ; Rob VAN GESTEL/Gijs VAN DIJCK, « Better Regulation through Experimental Legislation », in : *European Public Law*, vol. 17, iss. 3, 2011, p. 539 ss ; MASSIEU (2009) ; Alexandre FLÜCKIGER, « Voter, élire et signer par Internet : le droit expérimental à l'épreuve de la sécurité », in : Muralt Müller/Auer/Koller (éd.), *Journées 2002 d'informatique juridique : du 9/10 septembre 2002 à Genève*, Berne, 2003, p. 107 ss ; Klaus MEßERSCHMIDT, *Gesetzgebungsermessens*, Berlin, 2000, p. 1025 ss ; Wolfgang HOFFMANN-RIEM, « Législation expérimentale en Allemagne », in : Morand (dir.), *Evaluation législative et lois expérimentales*, Aix-en-Provence, 1993, p. 177 ss ; Luzius MADER, « La législation expérimentale en Suisse », in : Morand (éd.), *Evaluation législative et lois expérimentales*, Aix-en-Provence, 1993, p. 221 ss ; Jacques CHEVALLIER, « Les lois expérimentales. Le cas français », in : Morand (éd.), *Evaluation législative et lois expérimentales*, Aix-en-Provence, 1993, p. 119 ss ; Philippe MASTRONARDI, « Experimentelle Rechtsetzung im Bund », in : *Revue de droit suisse*, vol. 1, 1991, p. 449 ss ; Hans-Detlef HORN, *Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz*, Berlin, 1989 ; MADER (1988).

³⁷⁹⁸ Autres exemples in : réf. cit. sous note de bas de page 3842 ; MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 179 s. ; MASTRONARDI (1991) ; MADER (1985), p. 123.

³⁷⁹⁹ Ordonnance du 8 novembre 1978 concernant un essai temporaire et local de limitation de vitesse à 50 km/h dans les agglomérations (Recueil officiel du droit fédéral 1978 1700), décrite in : MADER (1985), p. 122. Le Tribunal fédéral a admis dans ce cas que la compétence du Conseil fédéral de fixer des limites générales de vitesse incluait le droit d'édicter à titre d'essai une réglementation temporaire ne s'appliquant pas à l'ensemble du territoire afin de préparer le terrain à des normes définitives adéquates sans violer le principe d'égalité de traitement (ATF 108 IV 52, p. 54 ss).

³⁸⁰⁰ Autorisation exceptionnelle dans le cadre d'un protocole scientifique d'expérimentation visant à acquérir de nouvelles connaissances sur l'impact des véhicules automatisés dans le trafic, délivrée sur la base de la disposition suivante : « Jusqu'au moment où des dispositions légales auront été prises en la matière, le Conseil fédéral peut prendre provisoirement les mesures nécessaires que commandent les progrès techniques dans le domaine de la circulation routière et celles qui s'imposent pour l'application d'accords internationaux. » (art. 106 al. 5 LCR). Cf. OFFICE FÉDÉRAL DES ROUTES, *La conduite automatisée : Aide-mémoire concernant la réalisation de projets pilotes en Suisse*, Berne, 5 décembre 2017.

- dérogation expérimentale au régime ordinaire des *subventions* au moyen de contrats de prestations³⁸⁰² ;
- prescription médicale d'*héroïne*³⁸⁰³ ;
- projet pilote de distribution contrôlée de *cannabis*³⁸⁰⁴ ;
- projets expérimentaux visant à *maîtriser les coûts de l'assurance-maladie*³⁸⁰⁵ ;
- traitement des *données personnelles*³⁸⁰⁶ ;
- expérimentation de la *signature électronique*³⁸⁰⁷ ;
- essais de *vote électronique*³⁸⁰⁸ ;
- projet pilote de *passeports biométriques*³⁸⁰⁹ ;

3801 Ordonnance du 7 juin 1982 sur les essais locaux de radiodiffusion (Recueil officiel du droit fédéral 1982 1149), décrite in : MADER (1985), p. 123.

3802 Loi du canton du Jura concernant l'octroi de subventions sur la base de contrats de prestations du 17 décembre 1999 (annulée par la Cour constitutionnelle du Jura, cf. ci-dessous note de base de page 3840).

3803 Réf. cit. in : MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 681 s. En France, cf. la création de locaux d'injection (« salles de consommation à moindre risque »), opérée expérimentalement par la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé (art. 43).

3804 Afin d'étudier les effets d'une vente régulée de cannabis sur les consommateurs et sur le marché illégal en ville de Berne, l'Université de Berne a demandé à l'Office fédéral de la santé publique une autorisation exceptionnelle qui aurait permis aux participants de se procurer du cannabis dans les pharmacies dans le cadre d'une étude scientifique. L'office a rejeté la demande en 2017 pour défaut de base légale formelle relative aux projets pilotes. Un projet de révision de la législation sur les stupéfiants a alors été mis en consultation en 2018 (DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'INTÉRIEUR, *Rapport explicatif: Modification de la loi sur les stupéfiants et ordonnance sur les essais pilotes au sens de la loi sur les stupéfiants [essais pilotes impliquant du cannabis]*, Berne, 4 juillet 2018, p. 4 s.). On notera que les *Pays-Bas* ont adopté en 2017 une loi expérimentale pour procéder à des tests durant quatre ans relatifs à la culture et à la vente de cannabis dans les *coffeeshops* (*ibidem*, p. 9 s.).

3805 Avant-projet et rapport explicatif relatif à la révision partielle de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal), du 14 septembre 2018 (art. 59*b* avant-projet LAMal).

3806 Art. 17a al. 1^{er} let. a de la loi fédérale sur la protection des données (LPD) (RS 235.1) et art. 27 et 27a de l'ordonnance relative à la loi fédérale sur la protection des données (OLPD) (RS 235.11).

3807 Ordonnance du 12 avril 2000 sur les services de certification électronique (Recueil officiel du droit fédéral 2000, 1257).

3808 Art. 8a de la loi fédérale sur les droits politiques (LDP) (RS 161.1) ; art. 27a de l'ordonnance sur les droits politiques (ODP) (RS. 161.11) ; ordonnance de la Chancellerie fédérale sur le vote électronique (RS 161.116). Sur le point des expériences accumulées dans les cantons participant aux tests, cf. Uwe SERDÜLT/Eric DUBUIS/Andreas GLASER, « Elektronischer versus brieflicher Stimmkanal im Vergleich », in : *Jusletter IT*, 21 septembre 2017. Pour une analyse juridique de la question, cf. FLÜCKIGER (2003, « Voter, élire et signer »).

3809 Ordonnance sur les documents d'identité des ressortissants suisses, modification du 17 mars 2006 (Recueil officiel du droit fédéral 2006 2611).

- expérimentation de *nouvelles sanctions* et de nouvelles formes d'exécution des peines (par exemple le bracelet électronique) et autorisation à titre d'essai de l'exécution des peines dans des *établissements gérés par des exploitants privés*³⁸¹⁰ ;
- mesures d'accélération de la *procédure* dans le domaine de l'*asile*³⁸¹¹ ;
- mesures d'accélération de la *procédure* de médiation dans le domaine de l'accès aux documents officiels détenus par les autorités en application du *principe de transparence*³⁸¹² ;
- projets pilotes en matière de *procédure civile*³⁸¹³ ;
- projets pilotes poursuivant un objectif de réadaptation dans le domaine de l'*assurance-invalidité*³⁸¹⁴ ;
- mise en activité à titre expérimental d'un bureau cantonal de *médiation administrative*³⁸¹⁵.

On relèvera que le droit expérimental peut également revêtir la forme d'*actes de planification*³⁸¹⁶ :

- le Programme pilote « adaptation aux changements climatiques » a été lancé par l'Office fédéral de l'environnement en partenariat avec plusieurs autres offices fédéraux³⁸¹⁷.

³⁸¹⁰ Art. 387 al. 4 du Code pénal suisse (CP). L'article 79b CP désormais codifié et généralise le port du bracelet électronique expérimenté depuis 1999 à titre d'essai et qui a été jugé aussi efficace qu'économique (FF 2012 4385, p. 4402 s. et 4411 s.).

³⁸¹¹ Ordonnance sur la réalisation de phases de test relatives aux mesures d'accélération dans le domaine de l'asile (Recueil officiel du droit fédéral 2013 3075) ; art. 112b al. 2 de la loi sur l'asile (LAsi) (RS 142.31). En l'espèce selon la doctrine, la loi laisse une marge de manœuvre beaucoup trop large au Conseil fédéral pour déroger expérimentalement à la loi au regard des exigences de la légalité (critique sur ce point envers l'ordonnance : MÜLLER/UHLMANN [2013], p. 180 ; Martina CARONI/Nicole SCHEIBER, *Gutachten im Auftrag der Demokratischen Juristinnen und Juristen Schweiz (DJS-JDS) betreffend rechtliche Fragestellungen im Zusammenhang mit der Neustrukturierung im Asylbereich und der Beschleunigung im Asylverfahren*, Lucerne, 2015. D'un avis contraire : KÖRBER [2015], p. 398). Plus généralement sur le droit d'asile comme champ expérimental, cf. Benjamin SCHINDLER, « Das Asylrecht als Experimentierfeld: der Blick aus der Schweiz », in : *Das Asylrecht als Experimentierfeld: eine Analyse seiner Besonderheiten aus vergleichender Sicht*, Vienne, 2017, p. 189 ss.

³⁸¹² Les mesures de l'essai pilote (oralité, motivation sommaire) viennent d'être intégrées dans la gestion ordinaire des procédures de médiation en raison du succès de l'essai (PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES ET À LA TRANSPARENCE, *Procédure de médiation selon la loi sur la transparence : Rapport d'évaluation de l'essai pilote 2017*, Berne, 6 avril 2018).

³⁸¹³ Art. 401 du Code de procédure civile (CPC) (RS 272).

³⁸¹⁴ Art. 68^{quater} de la loi sur l'assurance-invalidité (LAI) (RS 831.20) ; art. 98 du règlement sur l'assurance-invalidité (RAI) (RS 831.201).

³⁸¹⁵ Arrêté concernant la mise en activité à titre expérimental d'un bureau cantonal de médiation administrative du 21 octobre 1998 (RS/VD 170.31.1).

³⁸¹⁶ BERATERGRUPPE NEUWALDEGG (éd.), *Planung als Experiment: vom Nutzen des Stolperns in der Planung*, Vienne, 1994.

III. L'habitation stratégique aux impacts possibles des nouvelles règles : convaincre par l'expérience en contexte d'incertitude

Nous avons montré plus haut que le *droit souple* pouvait remplir une fonction pré-juridique habituant progressivement les citoyennes et les citoyens à de futures règles devenant obligatoires dans le futur d'une manière quasi-expérimentale (*création de la loi par cristallisation*)³⁸¹⁸. La législation expérimentale contribue à convaincre de la même manière puisqu'il s'agit d'introduire des nouveautés dont le public se méfie *a priori* en raison de l'extrême incertitude des impacts possibles.

Si la législation expérimentale constitue bel et bien un instrument de *rationalisation* du processus législatif et d'*amélioration de la qualité* de ce dernier dans un contexte prospectif d'incertitude³⁸¹⁹, elle peut aussi résulter plus pragmatiquement d'un *compromis politique*, les uns parvenant à mettre le pied dans la porte en introduisant les préliminaires d'une mesure alors que les autres réussissent à la freiner d'entrée de jeu en la limitant dans le temps³⁸²⁰. James WILLIAMS le reconnaissait au XIX^e siècle déjà : « Acts in the nature of new departures in the Law of an important kind are frequently limited in time, very often with a view of gaining experience as to the practical working of a new system before the Legislature commits itself to final legislation on the subject, sometimes, no doubt, by way of compromise with the Opposition, objecting to the passing of such a measure at all. »³⁸²¹

Nicolas MACHIAVEL avait déjà constaté ce besoin de *convaincre par l'expérience* en cas de nouveautés institutionnelles. Face à la nécessité de créer de nouvelles formes pour fonder un gouvernement, et admettant qu'« il n'y a point d'entreprise plus difficile à conduire, plus incertaine quant au succès, et plus dangereuse que celle d'introduire de nouvelles institutions », il dressait le constat de l'« incrédulité commune à tous les hommes, qui ne veulent croire à la bonté des choses nouvelles que lorsqu'ils en ont été bien convaincus par l'expérience » :

« En cela, leurs difficultés viendront surtout des nouvelles institutions, des nouvelles formes qu'ils seront obligés d'introduire pour fonder leur gouvernement et pour leur sûreté ; et l'on doit remarquer qu'en effet il n'y a point d'entreprise plus difficile à conduire, plus incertaine quant au succès, et plus dangereuse que celle d'introduire de nouvelles institutions. Celui qui s'y engage a pour ennemis tous ceux qui profitaient des institutions anciennes, et il ne trouve que de tièdes défenseurs dans ceux pour qui les nouvelles seraient utiles. Cette tiédeur, au reste, leur vient de deux causes : la première est la peur qu'ils ont de leurs adversaires, lesquels ont en leur faveur les lois existantes ; la

³⁸¹⁷ Sur l'évaluation de ce plan, cf. Flurina LANDIS *et al.*, *Evaluation Pilotprogramm zur Anpassung an den Klimawandel*, Lucerne, 2017.

³⁸¹⁸ Cf. ci-dessus ch. 3.3.4.2.

³⁸¹⁹ RANCHORDÁS (2014), p. 48 ss.

³⁸²⁰ Cf. par exemple MADER (1985), p. 169 ; RANCHORDÁS (2014), p. 66 ss ; SECKELMANN (2018), p. 60 ss.

³⁸²¹ WILLIAMS (1889), p. 304.

seconde est l'incrédulité commune à tous les hommes, qui ne veulent croire à la bonté des choses nouvelles que lorsqu'ils en ont été bien convaincus par l'expérience. »³⁸²²

James WILLIAMS, que nous avons évoqué en début de chapitre, voyait il y a plus d'un siècle un *potentiel éducatif* considérable dans la législation expérimentale, les gens étant éduqués par leur propre législation :

« The educational value of the Experimental method will be considerable. The people will be educated by their own legislation. »³⁸²³

IV. La distinction avec d'autres formes d'expérimentation législative

On ne confondra pas la législation expérimentale avec la *modification successive d'une loi à intervalles resserrés*. L'accélération des révisions législatives jusqu'à la consolidation d'une situation plus ou moins stable peut être considérée comme une phase d'expérimentation, ceci d'autant plus si ces révisions devaient s'inscrire dans le cadre d'analyses d'impact et de cycles d'évaluations prospectives et rétrospectives successifs.

Si le phénomène n'a plus besoin d'être décrit aujourd'hui, on relèvera avec intérêt qu'il l'était déjà voici plus d'un siècle. François GÉNY l'observait en rapport avec l'intervention réitérée du législateur relative au salaire de la femme mariée et des inconvénients de laisser celui-ci à la disposition du mari : les lois de 1881, de 1886, de 1895 et de 1898 sont à considérer selon lui comme une phase d'expérimentation ayant abouti au principe sur lequel « la femme mariée mérite pleine indépendance pour tout ce qu'elle gagne par son travail propre. »³⁸²⁴ Jean CRUET prend l'exemple du droit du travail : « Mais le législateur anglais entend parfois innover. Il est alors curieux de remarquer de sa part une tendance à imiter les procédés de la vie spontanée du droit, c'est-à-dire à préparer par une série d'expériences limitées la formation d'une règle uniforme et définitive. [...] Finalement consolidée en 1878, la réglementation du travail présente ainsi en Angleterre un caractère original : elle est, non l'épanouissement soudain d'un principe, mais la lente totalisation d'une expérience. »³⁸²⁵

Dans la même veine, la *mise en œuvre échelonnée* d'une institution ou d'une réglementation (« phased implementation ») peut aussi être considérée comme

³⁸²² Nicolas MACHIAVEL, *Le Prince* (trad. Jean Vincent PÉRIÈS), Paris, 1851 (1^{re} parution à Florence en 1532 sous le titre *Il Principe*), chapitre VI.

³⁸²³ WILLIAMS (1889), p. 313.

³⁸²⁴ François GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, 1913, p. 202 (cit. in : CHAMPEIL-DESPLATS [2014], p. 90).

³⁸²⁵ CRUET (1908), p. 301.

une démarche expérimentale. Cette « expérimentation rodage »³⁸²⁶ n'ouvre pas un processus d'expérimentation législative au sens propre³⁸²⁷.

Tel peut être le cas du système d'échange d'émissions de l'Union européenne qui a été instauré à la suite d'adaptations progressives des règles à la suite d'évaluations successives, et non sur la base d'une législation expérimentale au sens étroit³⁸²⁸.

Le *fédéralisme* a très tôt été considéré comme un *laboratoire expérimental* permettant de tester une solution localement avant son extension à l'ensemble de la fédération³⁸²⁹ comme nous l'avons montré plus haut³⁸³⁰. En dressent le constat tant le juge à la Cour suprême des Etats-Unis, Louis BRANDEIS, en 1932 que Jean CRUET en 1908 ou James WILLIAMS en 1889 :

« state may, if its citizens choose, serve as a laboratory ; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country. »³⁸³¹ « Le fédéralisme se prête admirablement à la pratique des essais locaux : c'est ainsi que la représentation proportionnelle s'est développée en Suisse de canton en canton, c'est ainsi que la législation du homestead, consacrant l'inviolabilité du bien de famille, s'est répandue aux Etats-Unis d'Etat en Etat. »³⁸³² « the *referendum* and the *droit d'initiative*. The former illustrates the Experimental method in this way, that it has been adopted gradually. The Grisons and Valais seem to have possessed it from time immemorial, and it has been copied from them by the other Cantons, with the exception of Freiburg and those where the old *Landsgemeinde* exists, as Uri. »³⁸³³ « The case of Capital Punishment illustrates this. It was abolished by Zurich, followed by other Cantons, and the abolition was confirmed by the present Federal Constitution of 1874. »³⁸³⁴

Les *tests pratiques et les simulations préalables* des effets d'un projet de loi, utilisés pour recueillir des expériences préalables de mise en œuvre dans le contexte de l'analyse d'impact prospective, ne confèrent pas à la loi future une nature expérimentale à proprement parler³⁸³⁵.

Enfin la *législation crépusculaire* se distingue des lois expérimentales en raison de sa finalité ; nous l'avons montré³⁸³⁶.

³⁸²⁶ Selon l'expression de MASSIEU (2009), p. 293 et 361 ss (avec exemples en droit français).

³⁸²⁷ Dans ce sens, cf. CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS/SECRETARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT FRANÇAIS, *Guide de légistique*, 3^e éd. mise à jour, Paris, 2017, p. 692.

³⁸²⁸ RANCHORDÁS (2014), p. 40 s.

³⁸²⁹ *Ibidem*, p. 13 et 26 s.

³⁸³⁰ Cf. ci-dessus ch. 2.3.5.4b.

³⁸³¹ Arrêt de la Cour Suprême des Etats-Unis du 21 mars 1932 (*New State Ice Co. v. Liebmann*), 285 U.S. 262, p. 311.

³⁸³² CRUET (1908), p. 301 s.

³⁸³³ WILLIAMS (1889), p. 312,

³⁸³⁴ *Ibidem*, p. 313.

³⁸³⁵ RANCHORDÁS (2014), p. 42 s.

³⁸³⁶ Cf. ci-dessus ch. 6.2.4.3b *i.f*

V. Les exigences juridiques

L'intérêt de distinguer entre législation expérimentale au sens large et au sens étroit réside dans les conséquences juridiques. En présence d'une législation expérimentale au sens étroit, la jurisprudence peut, suivant les ordres juridiques concernés, autoriser les autorités à légiférer en appliquant de *manière atténuée les exigences en matière de base légale* par exemple, sauf restriction grave aux droits fondamentaux³⁸³⁷.

L'incertitude sur les effets du nouveau régime doit être particulièrement élevée³⁸³⁸, pour éviter que les autorités cèdent à la tentation d'utiliser ces accommodements aux principes juridiques ordinaires uniquement à des fins stratégiques en habituant progressivement la population à un nouveau régime juridique comme on l'a vu. Il est interdit à cet égard au gouvernement « d'adopter des solutions qui ont matériellement un caractère expérimental alors qu'il sait dès le départ qu'elles ont un caractère définitif »³⁸³⁹.

La jurisprudence helvétique est rare et plutôt ancienne. Elle traite essentiellement de la *légalité* et de l'*égalité de traitement* en rapport avec les législations expérimentales attaquées³⁸⁴⁰.

Le Conseil fédéral a posé un certain nombre de conditions que nous synthétisons de la manière suivante³⁸⁴¹ :

- base légale claire en cas d'atteinte grave aux droits fondamentaux ;
- caractère réversible de l'expérimentation ;
- proportionnalité de l'expérimentation (privilégier notamment les essais basés sur une participation volontaire) ;
- transparence (le caractère expérimental doit ressortir explicitement de l'acte) ;
- limitation de la durée et du champ d'application personnel ou territorial ;

³⁸³⁷ En droit suisse, cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 680 (réf. cit.) ; MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 179 ; MADER (1988). A notre avis, le fondement constitutionnel de l'article 170 Cst. féd. vient appuyer ce point de vue. En droit allemand, hollandais et étatsunien, cf. la comparaison in : RANCHORDÁS (2014), p. 78 ss.

³⁸³⁸ MÜLLER/UHLMANN (2013), p. 180 s.

³⁸³⁹ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation : guide pour l'élaboration de la législation fédérale*, 3^e éd., Berne, 2007, N. 588 (4^e éd., 2019, ch. 1044 ss).

³⁸⁴⁰ Cf. ATF 108 IV 52 (résumé ci-dessus note 3799) ; cf. l'arrêt du 13 mars 2000 de la Cour constitutionnelle du Tribunal cantonal du Jura (*Groupe parlementaire socialiste, Gilles Froidevaux, Pierre-André Comte et Monique Cossali Sauvain c. le Gouvernement de la République et Canton du Jura*), ZBl, 2000, p. 356, RDAF 2005 I, p. 128.

³⁸⁴¹ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport de gestion 1988*, p. 193, repris in : OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation : guide pour l'élaboration de la législation fédérale*, 3^e éd., Berne, 2007, N. 587 (4^e éd., 2019, ch. 1044 ss). Pour une discussion plus approfondie de chacune de ces conditions, cf. FLÜCKIGER (2003, « Voter, élire et signer »), ch. 2.2 ss.

- instauration d’une procédure de suivi, d’évaluation, y compris les critères et les moyens à cet effet.

La pratique a développé les critères complémentaires suivants depuis 2000 :

- compétence de dérogation à inclure dans une loi formelle en principe si l’expérimentation implique de déroger au régime légal ordinaire ; exceptionnellement, une ordonnance suffit si l’expérimentation apporte des avantages aux destinataires, respecte le but de la loi, est d’une portée très limitée et si le Conseil fédéral a donné mandat de créer la base légale formelle dans un délai raisonnable ;
- règles dérogatoires à fixer dans une ordonnance du Conseil fédéral ainsi que, de manière aussi substantielle que possible, les grandes lignes de l’expérimentation³⁸⁴².

Les cantons de Genève et de Berne ont adopté des règles générales sur la législation expérimentale :

Genève – La loi concernant la législation expérimentale du 14 décembre 1995³⁸⁴³ fixe en un article unique les conditions auxquelles une loi doit satisfaire pour être établie à titre expérimental : « ¹Une loi peut être établie à titre expérimental à condition : a) qu’elle soit limitée au temps strictement nécessaire à l’expérimentation ; b) qu’elle fixe le but de l’expérimentation et les hypothèses qu’elle cherche à vérifier ; c) que ses effets soient évalués dans un rapport remis sur le bureau du Grand Conseil au plus tard 3 mois avant la date prévue pour son expiration. ²La loi expérimentale, telle que définie à l’alinéa 1, doit déterminer le type de données à récolter, la démarche méthodologique, les critères d’appréciation de l’expérimentation et les organes responsables pour l’effectuer. »³⁸⁴⁴

Berne – Le gouvernement cantonal (Conseil-exécutif) peut édicter des ordonnances exploratoires (« Versuchsverordnungen ») si « (a) les réglementations servent à tester de nouvelles tâches, des tâches modifiées ou de nouvelles formes d’action de l’administration, de nouveaux processus de travail et de nouveaux modes d’organisation ; (b) l’ordonnance est édictée dans le cadre d’un projet-pilote encadré ou d’un projet de réforme ; (c) les essais font l’objet d’un controlling et d’une évaluation et si (d) l’ordonnance est en vigueur pour une durée maximale de cinq ans. »³⁸⁴⁵ Ces ordonnances contiennent des dispositions concernant « (a) le cadre et le but des essais, (b) le champ d’application, (c) le controlling, (d) l’évaluation des essais et (e) la durée de validité. »³⁸⁴⁶ Elles « peuvent contenir des dispositions qui, dans le cadre du droit constitutionnel cantonal, des conventions intercantionales et du droit fédéral, dérogent aux lois cantonales. Les dispositions légales abrogées pour la durée des essais sont indiquées de manière détaillée dans l’ordonnance. »³⁸⁴⁷ « Aussitôt qu’il édicte une ordonnance exploratoire, le

³⁸⁴² OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Projets pilotes : critères*, lettre du 23 mars 2018 ; « Compte-rendu du Forum de législation du 12 juin 2018 » ; *LeGes* 2018, vol. 2, N. 11 ss. Cf. OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation* (2019), ch. 1044.

³⁸⁴³ RS/GE A 2 35.

³⁸⁴⁴ Pour une analyse de cette disposition en pratique peu utilisée, cf. FLÜCKIGER (2003, « Voter, élire et signer »), ch. 2.2.2.2.

³⁸⁴⁵ Art. 44 al. 1^{er} de la loi sur l’organisation du Conseil-exécutif et de l’administration (RS/BE 152.01).

³⁸⁴⁶ *Ibidem*, art. 44 al. 2.

³⁸⁴⁷ *Ibidem*, art. 44 al. 3.

Conseil-exécutif en informe le Grand Conseil et lui fait parvenir les documents correspondants. »³⁸⁴⁸ « Le Grand Conseil peut, sur proposition du Conseil-exécutif, prolonger une seule fois la validité d'une ordonnance exploratoire de trois ans au maximum. »³⁸⁴⁹ Cette disposition entrée en vigueur en 1996 est peu utilisée en pratique³⁸⁵⁰.

En France, l'expérimentation de normes législatives et réglementaires trouve deux *fondements constitutionnels*³⁸⁵¹.

« La loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental. »³⁸⁵² « Dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences. »³⁸⁵³ On notera qu'avec cette seconde disposition, un Etat central peut aussi servir de « laboratoire fédéraliste »³⁸⁵⁴.

Les *règles de fond* à respecter pour créer un dispositif expérimental sont les suivantes : l'expérimentation doit avoir une durée et un objet limités ; elle ne doit pas méconnaître d'autres exigences constitutionnelles ou conventionnelles et doit faire l'objet d'une évaluation ; sa prolongation doit être justifiée³⁸⁵⁵.

³⁸⁴⁸ *Ibidem*, art. 44 al. 4.

³⁸⁴⁹ *Ibidem*, art. 44 al. 5.

³⁸⁵⁰ UHLMANN (2018), p. 10. On trouve trois exemples seulement (état : mars 2017) : Ordonnance exploratoire sur le bonus et le malus dans la Nouvelle gestion publique du 3 novembre 1999 (Ordonnance sur le bonus/malus) (RS/BE 152.012) ; Ordonnance exploratoire sur le bonus et le malus dans la Nouvelle gestion publique des écoles professionnelles du 29 août 2001 (RS/BE 435.120) ; Ordonnance exploratoire sur la déclaration du maître de l'ouvrage lors du contrôle des travaux de construction du 25 mai 2005 (Ordonnance sur la déclaration du maître de l'ouvrage) (RS/BE 725.110).

³⁸⁵¹ Pour une analyse détaillée, cf. CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS/SECRÉTARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT FRANÇAIS, *Guide de légistique*, 3^e éd. mise à jour, Paris, 2017, ch. 5.11. Pour un recensement exhaustif des exemples de législation expérimentale sous la V^e République jusqu'en 2008, cf. MASSIEU (2009).

³⁸⁵² Art. 37-1 de la Constitution française du 4 octobre 1958.

³⁸⁵³ Art. 72 al. 4 de la Constitution française du 4 octobre 1958.

³⁸⁵⁴ Cf. ci-dessus ch. 6.2.4.3c.IV.

³⁸⁵⁵ CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS/SECRÉTARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT FRANÇAIS, *Guide de légistique*, 3^e éd. mise à jour, Paris, 2017, p. 688 ss.

6.3 Le bilan

Les instruments de légistique eux-mêmes n'échappent pas aux écueils de la mise en œuvre. On l'a vu pour l'analyse d'impact prospective³⁸⁵⁶ ; on le verra ici pour l'analyse d'impact rétrospective³⁸⁵⁷.

On constate en effet un défaut de systématisme des évaluations *ex post*³⁸⁵⁸. Plusieurs raisons l'expliquent, en particulier les *ressources* et le *temps* nécessaires pour réaliser une évaluation dans les règles de l'art³⁸⁵⁹. La *crainte d'être soumis à évaluation* manifeste également cette retenue auprès des politiciennes et des politiciens eux-mêmes, pas forcément désireux que l'on expose au public leurs propres échecs à régler un problème qu'ils s'étaient engagés à résoudre par une série de mesures rétrospectivement inefficaces :

« The average politician is not very keen on retrospective evaluation either. Reluctance is even aggravated because of the fear of personal blame when the *ex post* evaluation yields negative results. »³⁸⁶⁰

Cette crainte est d'autant plus justifiée que les lois qui fonctionnent bien sembleraient, en pratique, ne pas être évaluées. Seules les politiques publiques susceptibles d'échouer le seraient selon le spécialiste de l'évaluation, Peter ROSSI, qui parle à ce sujet d'une « loi de zinc » :

« *The Zinc Law of Evaluation*: Only those programs that are likely to fail are evaluated. – Of the several metallic laws of evaluation, the zinc law has the most optimistic slant since it implies that there are effective programs but that such effective programs are never evaluated. It also implies that if a social program is effective, that characteristic is obvious

3856 Cf. ci-dessus ch. 4.6.

3857 Cf. par exemple SECKELMANN (2018), p. 61 ss.

3858 COMBRADE (2017), p. 383 ss (pour la France). Andreas BALTHASAR constatait en 2007 dans sa thèse d'habilitation que l'ancrage institutionnel de l'évaluation était encore loin d'être établi au sein de l'administration fédérale (Andreas BALTHASAR, *Institutionelle Verankerung und Verwendung von Evaluationen: Praxis und Verwendung von Evaluationen in der schweizerischen Bundesverwaltung*, Zurich /Coire, 2007, p. 429).

3859 Lucy KELLER, « Die Evaluation von Gesetzen: ein Beitrag zur Rationalisierung der Rechtsetzung », in : *recht*, 2018, p. 58 s.

3860 Koen VAN AEKEN, « Pushing Evaluation Forward. Institutionalization as a Means to Foster Methodological Growth of Legislative Ex Ante Evaluation », in : Verschuuren (éd.), *The Impact of Legislation: A Critical Analysis of Ex Ante Evaluation*, Leyde, 2009, p. 129.

enough and hence policy makers and others who sponsor and fund evaluations decide against evaluation. »³⁸⁶¹

L'occurrence de *certaines dérives possibles* de l'évaluation tempère parfois l'enthousiasme. On peut songer à la crainte d'une « *expertocratie* »³⁸⁶², d'une défiance envers une trop grande *technicisation des méthodes*³⁸⁶³, au *défaut d'indépendance* éventuel des équipes d'évaluation³⁸⁶⁴, à la production d'*évaluations prétextes* effectuées uniquement pour donner une légitimité apparente à la loi³⁸⁶⁵ ou à l'entretien de la confusion entre évaluation et contrôle³⁸⁶⁶, susceptible de conduire au sein des administrations à un (faux) *sentiment d'évaluation excessive* (« inflation évaluative » ou « évaluïte »)³⁸⁶⁷.

³⁸⁶¹ Peter ROSSI, « The Iron Law of Evaluation and Other Metallic Rules », in : *Research in Social Problems and Public Policy*, vol. 4, 1987, p. 5.

³⁸⁶² Lucy KELLER (2018), p. 59. Véronique CHANUT, « Pour une nouvelle geste évaluative », in : Trosa (dir.), *Evaluer les politiques publiques pour améliorer l'action publique*, Vincennes, 2009, p. 176 ss, évoque les « quatre péchés capitaux de l'évaluation » : le scientisme, le méthodisme, l'historicisme et l'activisme qui « agissent comme autant d'excroissances anormales, qui ne constituent évidemment pas des défauts inhérents à l'évaluation, mais qui traduisent plutôt les excès d'une certaine pratique de l'évaluation. Victime de ces excès, l'évaluation est devenue dogmatique, la référence expérimentale s'est estompée et son utilité sociale est devenue secondaire. Toutes ces dérives semblent contribuer à affaiblir la portée de la démarche quand elles ne justifient pas, plus radicalement, sa révocation. » (p. 178).

³⁸⁶³ Cf. de manière particulièrement polémique les propos de Marcel NIGGLI, « Evaluation von Gesetzen und die Schwierigkeiten damit », in : *Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie*, 2/2011, p. 17, prenant le déchet comme métaphore de la méthode évaluative en affirmant que les ordures, même mesurées avec une extrême précision, restent des ordures : « Alles in allem ergibt sich, dass hier eine der Grundregeln empirischer Forschung in ganzer Schärfe zum Tragen kommt, nämlich < Garbage in – Garbage out >, frei übersetzt: Auch extrem präzise gemessener Müll bleibt Müll. Nun könnte man meinen, dem gegenüber gelassen bleiben zu können, doch täuscht das. Tatsächlich nämlich schaden Wirksamkeitsprüfungen, weil sie eine Scheinklarheit vorspiegeln, die nicht existiert und weil sie Messbarkeit suggerieren dort, wo keine existiert. » Cette présentation caricaturale occulte sans nuance le débat sur l'évolution des méthodes que nous avons exposé plus haut (cf. ci-dessus ch. 4.4.1).

³⁸⁶⁴ Lyn PLEGER/Fritz SAGER/Michael MORRIS/Wolfgang MEYER/Reinhard STOCKMANN, « Are Some Countries More Prone to Pressure Evaluators Than Others? Comparing Findings from the United States, United Kingdom, Germany, and Switzerland », in : *American Journal of Evaluation*, 2017, p. 315 ss.

³⁸⁶⁵ Cf. Lucy KELLER (2018), p. 59 qui parle à ce sujet d'une fonction de « cache-sexe » (« Feigenblattfunktion »).

³⁸⁶⁶ Cf. ci-dessus ch. 6.2.1.3c.

³⁸⁶⁷ Marcel NIGGLI (2011), p. 12 critiquant une dérive inflationniste, selon lui, conduisant à une « Evaluïtis ». Cf. en réponse Lucy KELLER (2018), p. 59 (réf. cit.), qui tempère très pertinemment les critiques envers cette prétendue évaluation excessive : « Sodann wird auch immer wieder die Institution der Evaluation selbst kritisiert – es werde gerade auch

Par ailleurs le constat, largement partagé, de l'*influence limitée des évaluations* et le fait que leurs *résultats* sont souvent *occultés*³⁸⁶⁸ n'est pas non plus de nature à en promouvoir le développement. Le constat que les évaluations ne sont pas toujours suivies par le politique est souvent interprété comme un échec, qui, selon certaines voix, irait jusqu'à conduire à mettre en doute l'opportunité de consacrer tant de ressources à une démarche si peu effective³⁸⁶⁹. Or un tel point de vue doit être nuancé, car il ne tient pas compte de la nature même de la démarche qui n'a pas pour vocation à se substituer au législateur mais à le conseiller. Si les autorités législatives débattent sérieusement des conclusions des évaluations, mais sans finalement les suivre, la démarche évaluative a atteint son but d'éclairer le politique en amenant une plus grande transparence dans le processus législatif³⁸⁷⁰. Si elles refusent d'en prendre connaissance, l'objectif n'est alors évidemment pas atteint.

Enfin, si l'on considère de manière plus générale l'ensemble de la démarche légistique comme moyen d'*améliorer la loi*, c'est-à-dire de donner à celle-ci les moyens de résoudre les problèmes de société à son fondement, on buterait sur un piquant paradoxe : selon certains, les méthodes d'évaluation de la qualité de la loi résisteraient à l'évaluation... :

im Gesundheits-, Sozial- oder Bildungsbereich < über-evaluiert >, von einer < Evaluitis > ist die Rede. Die Kritik an der Menge von Evaluationen muss aber insofern mit Vorsicht genossen werden, als der Terminus < Evaluation > [...] häufig auch für Untersuchungen oder Analysen verwendet wird, bei denen es sich nicht um wissenschaftliche Evaluationen handelt. »

³⁸⁶⁸ « La pensée actuelle sur l'évaluation reste néanmoins marquée par un certain scepticisme, justifié par le constat que les évaluations n'ont en fait souvent qu'une influence limitée et que leurs résultats sont rarement utilisés. [...] Ce travers n'est certes pas spécifique à la France. [...] Constat pour le moins surprenant alors que les États modernes mobilisent de plus en plus les experts pour fonder leurs décisions » (CHANUT [2009], p. 171).

³⁸⁶⁹ Lucy KELLER (2018), p. 59, qui, comparant l'effectivité de l'influence des avis d'experts dans la procédure judiciaire avec celle beaucoup plus faible des évaluations dans la procédure législative, se demande si le jeu en vaut vraiment la chandelle (« Ob sich in einem solchen Fall der mit Evaluationen verbundene Aufwand lohnt, ist zweifelhaft. ») Cf. dans le même sens le commentaire, ironique, de Christoph RIEDO, « Zur Wirksamkeit von Evaluationen », in : *Revue Suisse de Criminologie*, 2011, p. 9 ss. Cf. ég. NIGGLI (2011), p. 12 ss.

³⁸⁷⁰ Cf. ci-dessus ch. 1.3.3.2b et 1.2.1.2b.

Wim VOERMANS le souligne : « The success or failure of better lawmaking or regulation polices is notoriously hard to review and assess. [...] The legislative standards themselves seemingly resist an objective calculation of success. »³⁸⁷¹

³⁸⁷¹ Wim VOERMANS, « Legislation and Regulation », in : Karpen/Xanthaki (éd.), *Legislation in Europe: a Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners*, Oxford/Portland, 2017, p. 30 s. Cf. cependant, à titre opposé, la proposition de soumettre à une analyse d'impact le programme « Mieux légiférer » de l'Union européenne afin de vérifier dans quelle mesure les bénéfices l'emportent bien sur les coûts (Sacha GARBEN, « An 'Impact Assessment' of EU Better Regulation », in: Garben /Govaere [éd.], *The EU Better Regulation Agenda : A Critical Assessment*, Portland, 2018, p. 217 ss).

7 Conclusion

« Et si l'on se mettait à rêver ! », écrivait voici vingt ans le préfacier d'un ouvrage consacré à l'évaluation législative et au droit expérimental : « Le législateur n'aurait ni fougades, ni saccades. Il ne connaîtrait ni tergiversations, ni résignation. La loi serait toujours utile, adaptée et efficace. Le législateur n'agirait ni à la légère, ni à l'aveuglette. Il se soucierait de l'opportunité et de la qualité des mesures qu'il édicte. Puis, il en analyserait les effets et pallierait leurs insuffisances. Il ne légiférerait pas sans « études d'impact », sans évaluation rétrospective du droit existant et sans appréciation prospective de celui qu'il prépare. Dans le doute, il procéderait par expérimentations. Pour étayer ses décisions, il recourrait à des experts et s'appuierait sur leurs expertises. Ce législateur éclairé sculpterait des lois parfaites... »³⁸⁷² Les grandes pièces du puzzle légistique imaginées depuis le XVIII^e siècle, et ravivées depuis quelques décennies, ont progressivement pris place dans les structures institutionnelles des grandes nations. Deux décennies plus tard, les lois ne sont pourtant pas devenues « parfaites » – et fort heureusement, car tel n'est absolument pas le but de la légistique. Celle-ci ne prétend tout au plus qu'à offrir un *conseil éclairé et transparent* dans le processus démocratique de formation de la volonté du législateur. La démarche légistique ne doit pas vaincre le politique mais le convaincre. Elle doit composer avec les sensibilités, les passions et les travers humains. La légistique n'est que *papier* alors que la politique à laquelle elle s'applique est *peau*, pour reprendre la réplique de Catherine de Russie à Diderot après que ce dernier lui eut proposé un projet de Code : « vous, vous ne travaillez que sur le papier, qui souffre tout : il est tout uni, souple, et n'oppose d'obstacles ni à votre imagination ni à votre plume ; tandis que moi, pauvre impératrice, je travaille sur la peau humaine, qui est bien autrement irritable et chatouilleuse. »³⁸⁷³

Les feux de la passion, l'irrationalité des idées préconçues, la séduction du simplisme ou nos biais comportementaux rendent le législateur vulnérable à la *démagogie* et au *populisme*. La démarche légistique suggère un contrepoids, s'inscrivant si nécessaire dans les différentes modalités de contrôle de constitutionnalité des lois. Amenée à penser désormais régulation et gouvernance, la législation est appelée à devenir *stratégique* pour tenter de retrouver une puissance que la concurrence des normativités ne cesse de lui ravir. Le *capital symbolique et structurant de la loi* ne doit en effet pas être spolié dans nos

³⁸⁷² Jean-Louis BERGEL, « Préface », in : Morand (dir.), *Évaluation législative et lois expérimentales*, Aix-Marseille, 1993, p. 9.

³⁸⁷³ Réf. cit. in : Jean CARBONNIER, « La passion des lois au siècle des lumières », *Bulletin de l'Académie royale de Belgique*, 1976, p. 545.

démocraties. C'est pourquoi nous avons préféré revisiter la légistique classique dans un contexte de droit souple plutôt que théoriser une possible « normistique »³⁸⁷⁴ dont l'extrême fluidité brouille notre capacité à en percevoir l'ossature ; une charpente qui nous semble pourtant désirable si l'on vise une régulation à la fois efficace et respectueuse des droits fondamentaux ainsi que de la démocratie.

La dose de *raison* que la légistique se propose d'injecter dans le processus législatif n'est pourtant que *limitée*, car « [l]e Pouvoir est le lieu d'ambivalence. Il est tel que l'irrationnel y côtoie, non par accident, mais par essence, une raison qui s'efforce d'être raisonnable, sans toutefois y parvenir » rappelle la philosophe du droit Simone GOYARD-FABRE³⁸⁷⁵. Concrètement, le politique ne se laisse en pratique pas si aisément chatouiller par la légistique comme le montrent la peine à légiférer sur la base de faits pertinents et suffisamment établis³⁸⁷⁶, les défis posés à la légistique dans une gouvernance multi-niveaux³⁸⁷⁷, les usages détournés de celle-ci au profit d'un agenda néolibéral et de dérégulation économique³⁸⁷⁸, les limites de l'analyse du problème en tant que construction dialectique³⁸⁷⁹, l'indétermination des buts de la loi³⁸⁸⁰, les difficultés à renforcer la légitimité démocratique des instruments de droit souple³⁸⁸¹, coopératifs³⁸⁸², de gouvernance³⁸⁸³ et matériels³⁸⁸⁴, les limites des méthodes quantitatives³⁸⁸⁵ et d'efficience économique³⁸⁸⁶ ainsi que celles de pondération des intérêts³⁸⁸⁷, le caractère aléatoire des pronostics³⁸⁸⁸, le bilan mitigé de l'analyse d'impact prospective³⁸⁸⁹, la balance délicate à opérer entre une clarté linguistique et une

³⁸⁷⁴ Cf. ci-dessus ch. 1.3.3.1, p. 71.

³⁸⁷⁵ Simone GOYARD-FABRE, « La limitation du Pouvoir par le pouvoir des idées », *Connaissance politique*, 1983/2, p. 172, (tel que cit. in : MORAND Charles-Albert, « Les objectifs de la législation : approches diversifiées et complémentaires », in : *Droit prospectif*, n° 39, 1989, ch. II C *i.f.*).

³⁸⁷⁶ Cf. ci-dessus ch. 2.3.4.1, p. 186.

³⁸⁷⁷ Cf. ci-dessus ch. 1.3.3.1c, p. 75.

³⁸⁷⁸ Cf. ci-dessus ch. 1.3.3.4b.I, p. 92.

³⁸⁷⁹ Cf. ci-dessus ch. 2.3.5.5, p. 216.

³⁸⁸⁰ Cf. ci-dessus ch. 2.4.6.1, p. 229.

³⁸⁸¹ Cf. ci-dessus ch. 3.3.6, p. 325.

³⁸⁸² Cf. ci-dessus ch. 3.4.5, p. 380.

³⁸⁸³ Cf. ci-dessus ch. 3.5.4.4, p. 410.

³⁸⁸⁴ Cf. ci-dessus ch. 3.6.3.3 *i.f.*et, à propos des « nudges », cf. 3.6.4.1, p. 421 et ch. 3.6.4.3a, p. 428.

³⁸⁸⁵ Cf. ci-dessus ch. 4.4.2, p. 479.

³⁸⁸⁶ Cf. ci-dessus ch. 4.4.2.2, p. 485.

³⁸⁸⁷ Cf. ci-dessus ch. 4.5.2, p. 509.

³⁸⁸⁸ Cf. ci-dessus ch. 4.4.5, p. 500.

³⁸⁸⁹ Cf. ci-dessus ch. 4.6, p. 511.

clarté normative³⁸⁹⁰ ainsi que la difficulté d'initier un véritable processus d'apprentissage de la loi en raison du caractère pas toujours très systématique des évaluations *ex post*³⁸⁹¹.

Pour (re)faire la loi à l'ère du droit souple, la nécessité de tempérer la passion par la raison – et réciproquement – s'impose inlassablement, tout comme l'espérait déjà Pellegrino ROSSI en 1829 en écrivant que « [l]e législateur devrait être à la fois peuple et philosophe ; se tenir en garde également contre l'esprit systématique, parce qu'il lui faut la vérité tout entière, et contre tout sentiment irréfléchi, parce qu'il a besoin de conséquences rationnellement déduites, et qu'une raison éclairée peut seule empêcher que d'aveugles passions ne s'allient au sentiment naturel du juste et du bien. »³⁸⁹²

³⁸⁹⁰ Cf. ci-dessus ch. 5.3.1, p. 545.

³⁸⁹¹ Cf. ci-dessus ch. 6.3, p. 673.

³⁸⁹² Pellegrino ROSSI, *Traité de droit pénal*, Bruxelles, 1829, p. 18.

8 Bibliographie

8.1 Ouvrages

- ABBOTT Kenneth W./LEVI-FAUR David/SNIDAL Duncan, « Theorizing Regulatory Intermediaries », in : *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 670(1), 2017.
- ABEGG Andreas, « Empirisch-linguistische Analyse zum Wandel des Staatsverständnisses in der Schweiz », in : *Revue de droit suisse*, vol. 1, Bâle, 2017, p. 201 ss.
- ABI-SAAB Georges, « Cours général de droit international public », in : *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 207, 1997.
- AGLIETTA Michel/BAI Guo, « China's 13th Five-Year Plan: In Pursuit of a « Moderately Prosperous Society » », in : *Centre d'Etudes Prospectives et d'Informations Internationales, Policy Brief*, n° 12, Paris, 2016.
- AILINCAI Mihaela (dir.), *Soft law et droits fondamentaux : actes du colloque de Grenoble, 4 et 5 février 2016*, Paris, 2017.
- AILINCAI Mihaela, « La soft law est-elle l'avenir des droits fondamentaux ? », in : *Revue des Droits et Libertés Fondamentales*, 2017, chronique n° 20.
- AKSE Erik, *Influencing the Preparation of EU Legislation: Practical Guide to Working with Impact Assessments*, Londres, 2013.
- ALBERTINI Pierre, *La crise de la loi : déclin ou mutation ?*, Paris, 2015.
- ALEMANNO Alberto/MEUWESE Anne, « What role for impact assessment in non-legislative rule-making? », in : *European Law Journal*, vol. 19(1), 2013, p. 76 ss.
- ALEMANNO Alberto, « A meeting of minds on impact assessment: When ex ante evaluation meets ex post judicial control », in : *European Public Law*, vol. 17, n° 3, 2011, p. 485 ss.
- ALEMANNO Alberto, « Courts and Regulatory Impact Assessment », in : Dunlop/Radaelli (éd.), *Handbook of regulatory impact assessment*, Cheltenham, 2016, p. 127 ss.
- ALLIO Lorenzo, *The Emergence of Better Regulation in the European Union*, thèse manuscrite (King's College), Londres, 2009.
- ALTWICKER Tilmann, « Statistikbasierte Argumentation im Verwaltungsrecht », in : *ZfV*, 2018, p. 619 ss.
- ALVAREZ José, *International Organizations as Law-makers*, New York, 2005.
- AMARELLE Cesla, « Des mesures incitatives aux mesures contraignantes : analyse des instruments de contrôle étatiques pour instaurer l'égalité », in : *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail*, Genève, 2016, p. 267 ss.
- AMSELEK Paul (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, 1994.
- AMSELEK Paul, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », in : Morand (dir.), *L'Etat propulsif*, Paris, 1991, p. 129 ss.
- AMSELEK Paul, « L'idée de technique : sésame de l'expérience juridique », in : Desrameaux/Colonna d'Istria (dir.), *Penser la technique juridique*, Paris, 2018.
- AMSELEK Paul, *Orientations générales de mes recherches en matière de philosophie du droit* (paul-amselek.com > Itinéraire), [s. l.], 2008.
- AMSTUTZ Marc/ABEGG Andreas/KARAVAS Vaivos, *Soziales Vertragsrecht, Eine rechts-evolutionistische Studie*, Bâle, 2006.

- AMSTUTZ Marc/TEUBNER Gunther, *Networks: Legal Issues of Multilateral Co-Operation*, Oxford, 2009.
- AMSTUTZ Marc, « Der Text des Gesetzes, Genealogie und Evolution von Art. 1 ZGB », in : *Revue de droit suisse*, vol. 2, Bâle, 2007, p. 237 ss.
- ANGENOT Marc, *Le rationnel et le raisonnable : sur un distinguo de Chaïm Perelman*, Montréal, 2012.
- APEL Karl-Otto, « L'éthique de la discussion, sa portée, ses limites », in : *Encyclopédie philosophique universelle*, vol. 1, Paris, 1989, p. 154 ss.
- ARISTOTE, *La constitution d'Athènes* (trad. Jules BARTHÉLEMY-SAINT-HILAIRE), Paris, 1838, chapitre IX.
- ARNAUD André-Jean, « Le médium et le savant : signification politique de l'interprétation juridique », in : *Archives de philosophie du droit*, Paris, 1972, p. 165 ss.
- ARNAUD André-Jean, *La gouvernance : un outil de participation*, Paris, 2014.
- ASHTON Kevin, *How to Fly a Horse: The Secret History of Creation, Invention, and Discovery*, New York, 2015.
- AUBENQUE Pierre, « La prudence aristotélicienne porte-t-elle sur la fin ou sur les moyens ? (A propos d'Eth. Nic, VI, 10, 1142 31-33) », in : *Revue des Études Grecques*, tome 78, fasc. 369-370, 1965, p. 40 ss.
- AUBERT Jean-François/MAHON Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich etc., 2003.
- AUBERT Jean-François, « La Constitution, son contenu, son usage », in : *Revue de droit suisse*, vol. 2, 1991, p. 9 ss.
- AUBY Jean-Bernard, « Régulations et droit administratif », in : *Mélanges offerts à Gérard Timsit*, Bruxelles, 2005, p. 209 ss.
- AUBY Jean-Bernard, *La globalisation, le droit et l'État*, Paris, 2003.
- AUDREN Frédéric, « Jean Cruet, la vie du droit et l'impuissance des lois », in : *Revue trimestrielle de droit civil*, 2013, p. 917 ss.
- AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I : L'Etat, 3^e éd., Berne, 2013.
- AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II : Les droits fondamentaux, 3^e éd., Berne, 2013.
- AVERDIJK Margit *et al.*, *Prévention de la violence : état actuel du savoir sur l'efficacité des approches*, Berne, 2014.
- AXELRAD Brigitte, « Le Mosquito, Beethoven et la lumière rose, ou comment chasser les ados... », in : *Science... et pseudo-sciences*, n° 286, Paris, 2009.
- AYKUT Stefan C., « La « gouvernance incantatoire ». L'accord de Paris et les nouvelles formes de gouvernance globale », in : *La pensée écologique*, vol. 1, octobre 2017.
- BÄCHTIGER André/SHIKANO Susumu/PEDRINI Seraina/RYSER Mirjam, *Measuring Deliberation. Standards, Discourse Types, and Sequenzialization* (présenté à la conférence générale de l'ECPR General), septembre 2009.
- BACON Francis, *Œuvres philosophiques, morales et politiques de François Bacon* (trad. Jean-Alexandre BUCHON), Paris, 1838 (1^{re} parution en 1605 sous le titre *De dignitate et augmentis scientiarum/The Advancement of Learning*).
- BADDELEY Margareta, *L'association sportive face au droit : les limites de son autonomie*, Bâle etc., 1994.

- BAIDER Fabienne/KHAZNADAR Edwige/MOREAU Thérèse, « Les enjeux de la parité linguistique », in : *Nouvelles Questions Féministes*, 2007/3 (vol. 26), p. 4 ss.
- BALTHASAR Andreas, *Institutionelle Verankerung und Verwendung von Evaluationen: Praxis und Verwendung von Evaluationen in der schweizerischen Bundesverwaltung*, Zurich / Coire, 2007.
- BALTHASAR Andreas/FÄSSLER Sarah, « Wirkungsmodelle: Ursprung, Erarbeitungsprozess, Möglichkeiten und Grenzen », in : *LeGes*, 2017/2, p. 301 ss.
- BANDES Susan, *The Passion of Law*, New York, 2000.
- BAR Muriel, « Apports des systèmes d'information à la légistique », in : Morand (éd.), *Légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence, 1999, p. 277 ss.
- BARANGER Denis, *Penser la loi : essai sur le législateur des temps modernes*, Paris, 2018.
- BARON Gaëlle/MONNIER Eric, « Une approche pluraliste et participative : coproduire l'évaluation avec la société civile », in : *Revue « Informations sociales »*, n° 110, 2003, p. 120 ss.
- BARRAUD Boris, *La recherche juridique*, Paris, 2016.
- BARRAUD Boris, *Le renouvellement des sources du droit : Illustrations en droit de la communication par internet*, Aix-en-Provence, 2017.
- BARRAUD Boris, *Théories du droit et pluralisme juridique : les théories dogmatiques du droit et la fragilité du pluralisme juridique*, tome 1, Aix-en-Provence, 2016.
- BAR-SIMAN-TOV Ittai, « Mending the legislative process: the preliminaries », in : *The Theory and Practice of Legislation*, 2015/3, p. 245 ss.
- BAR-SIMAN-TOV Ittai, « Temporary Legislation, Better Regulation and Experimentalist Governance: An Empirical Study », in : *Regulation and Governance*, vol. 12, iss. 2, 2018, p. 192 ss.
- BAR-SIMAN-TOV Ittai, « The role of courts in improving the legislative process », in : *The Theory and Practice of Legislation*, 2015, p. 295 ss.
- BARTLEY Tim, *Rules without Rights: Land, Labor, and Private Authority in the Global Economy*, Oxford, 2018.
- BASILIEU-GAINCHE Marie-Laure, « Gouvernance et efficacité des normes juridiques », in : Fatin-Rouge/Gay/Vidal-Naquet (dir.), *L'efficacité de la norme juridique : Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, 2012, p. 85 ss.
- BASLÉ Maurice, « Révision générale des politiques publiques et activités évaluatives en France : différences, complémentarités ? », in : Trosa (dir.), *Evaluer les politiques publiques pour améliorer l'action publique : Une perspective internationale*, Vincennes, 2009, p. 61 ss.
- BASTIAT Frédéric, *La loi*, Paris, 1850.
- BASU Kaushik, *The Republic of Beliefs: A New Approach to Law and Economics*, Princeton/ Oxford, 2018.
- BATESON Melissa/NETTLE Daniel/ROBERTS Gilbert, « Cues of being watched enhance cooperation in a real-world setting », in : *Biology Letters*, vol. 2(3), publié en ligne le 27 juin 2006.
- BATSELÉ Didier, *Initiation à la rédaction des textes législatifs, réglementaires et administratifs*, 3^e éd., Bruxelles, 2013.
- BAZEX Michel et al. (éd.), *Dictionnaire des régulations 2016*, Paris, 2015.
- BEAUDET Céline, « Clarté, lisibilité, intelligibilité des textes : un état de la question et une proposition pédagogique », in : *Recherches en rédaction professionnelle*, vol. 1, n° 1, 2001.

- BEAUDET Céline, « Le rédacteur et la fabrication du sens d'un texte persuasif », in : *Communication*, vol. 22(2), 2003, p. 44 ss.
- BECKER Gary Stanley, *Human Capital: A Theoretical and Empirical Analysis*, New York, 1964.
- BECKER Gary Stanley, *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago, 1976.
- BEHRISCH Lars, *Die Berechnung der Glückseligkeit : Statistik und Politik in Deutschland und Frankreich im späten Ancien Régime*, Ostfildern, 2016.
- BELLANGER François/GAVILLET Aurélie, « La résolution amiable des différends en matière administrative », in : Mirimanoff (éd.), *La résolution amiable des différends en Suisse : interaction entre procédures traditionnelles et modes consensuels*, Berne, 2016.
- BENBOUZID Bilel, *La prévention situationnelle : genèse et développement d'une science pratique (1965-2005)*, Lyon, 2011.
- BENTHAM Jeremy, « General View of a Complete Code of Law », in : Bowring (éd.), *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 3 (Usury, Political Economy, Equity, Parliamentary Reform), Edimbourg, 1838-1843.
- BENTHAM Jeremy, « Nomography or the Art of Inditing Laws », in : Bowring (éd.), *The Works of Jeremy Bentham*, Edimbourg, 1838.
- BENTHAM Jeremy, *Oeuvres de Jérémie Bentham : jurisconsulte anglais* (trad. Etienne DUMONT), 3^e éd., tome III, Bruxelles, 1840.
- BENYEKHEF Karim, *Une possible histoire de la norme : Les normativités émergentes de la mondialisation*, 2^e éd., Montréal, 2015.
- BERATERGRUPPE NEUWALDEGG (éd.), *Planung als Experiment: vom Nutzen des Stolperns in der Planung*, Vienne, 1994.
- BERGEAL Catherine, *Rédiger un texte normatif : manuel de légistique*, 7^e éd., Paris, 2012.
- BERGEL Jean-Louis, « Méthodologie juridique », in Alland/Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, 2003, p. 1024.
- BERGEL Jean-Louis, « Préface », in : Morand (dir.), *Evaluation législative et lois expérimentales*, Aix-en-Provence, 1993, p. 9 ss.
- BERNARD Nicolas, « Pour une évaluation législative qui réhabilite cet effet qu'on dit pervers : L'exemple du logement », in : *Ethique économique/Ethics and Economics*, vol. 1, 2003, p. 1 ss.
- BERNATCHEZ Stéphane, « La pratique de l'opération normative : les conditions de la possibilité de la gouvernance par le droit », in : Lalonde/ Bernatchez (dir.), *La norme juridique « réformatée » : Perspectives québécoises des notions de force normative et de sources revisitées*, Sherbrooke, 2016, p. 203 ss.
- BERNATCHEZ Stéphane, « Oh ! le beau droit. La pertinence du jugement esthétique pour le jugement juridique. », in : *Les Cahiers de droit*, vol. 58/1-2, 2017, p. 87 ss.
- BERNAYS Edward, *Propaganda, comment manipuler l'opinion en démocratie* (trad. Oristelle BONIS), Paris, 2007 (1^{re} parution à New York en 1928 sous le titre *Propaganda*).
- BERNHARD Laurent, « Three Faces of Populism in Current Switzerland: Comparing the Populist Communication of the Swiss People's Party, the Ticino League, and the Geneva Citizens' Movement », in : *Swiss Political Science Review (SPSR)*, vol. 23, iss. 4, 2017, p. 509 ss.
- BERSET Alain, « Ciel, le Parlement a démantelé mon projet de loi ; les aléas de la phase parlementaire », in : Flückiger/Guy-Ecabert (éd.), *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer*, Genève, 2008, p. 137 ss.

- BERTHELET Pierre, *Crimes et châtements dans l'Etat de sécurité : Traité de criminologie politique*, Paris, 2015.
- BESCH Marc, *Traité de légistique formelle*, Luxembourg, 2005.
- BESNIER Christiane/SALAS Denis, « La crise d'Outreau : de l'emprise de l'émotion à l'ambiguïté de la réforme – The Outreau case : from the emotion aroused by the facts to the ambiguity of the reform », in : *Droit et cultures*, tome 55, Paris, 2008, p. 87 ss.
- BESSON Elise, « Un pas de plus sur la voie de la sécurité juridique : la reconnaissance de l'exigence constitutionnelle de clarté et de sincérité du débat parlementaire », in : *Revue française de droit constitutionnel*, 2006/2, p. 338 ss.
- BESSON Samantha, « Les obligations positives de protection des droits fondamentaux : Un essai en dogmatique comparative », in : *Revue de droit suisse*, vol. 1, 2003, p. 49 ss.
- BEUTEL Frederic, *Some Potentialities of Experimental Jurisprudence as a New Branch of Social science*, Lincoln, 1957.
- BIAGGINI Giovanni, « « Die Geltungsdauer des Gesetzes wird bis zum 31. Januar 2015 letztmals verlängert. » : Sunset-Gesetzgebung im Praxistest », in : *ZBl*, 2018, p. 1 s.
- BIAGGINI Giovanni, « « Präventive Rechtskontrolle » – Hintergrund, Inhalt, Folgerungen », in : *LeGes*, 2010/3, p. 309 ss.
- BIAGGINI Giovanni, « Art. 170 », in : *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2^e éd., Zurich, 2017.
- BIAGGINI Giovanni, « Art. 178 », in : Ehrenzeller *et al.* (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung : St. Galler Kommentar*, 3^e éd., Zurich, 2014.
- BIAGGINI Giovanni, « Entwicklungen und Spannungen im Verfassungsrecht: Versuch einer Standortbestimmung zehn Jahre nach Inkrafttreten der Bundesverfassung vom 18. April 1999 », in : *ZBl*, 2010, p. 1 ss.
- BIEBER Tonia, *Soft Governance, International Organizations and Education Policy Convergence. Comparing PISA and the Bologna and Copenhagen Processes*, Basingstoke, 2016.
- BLACK Julia, « The rise, fall and fate of principles-based regulation », in : Kern/Niamh (éd.), *Law Reform and Financial Markets*, Cheltenham, 2011, p. 3 ss.
- BOBBIO Norberto, « Le bon législateur », in : *Logique et Analyse*, vol. 14, n° 53/54 : Le raisonnement juridique : actes du congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale, Bruxelles, 1971, p. 243 ss.
- BOCK Christian, « Der Umgang des Staates mit « technischen » Normen », in : Uhlmann (éd.), *Private Normen und staatliches Recht*, Zurich, 2015, p. 21 ss.
- BOENTE Walter, « Ein Gesetzbuch für das Volk – und die Schwächeren? Verständlichkeit von Gesetzen und Rechtskenntnis », in : Lena Kunz, Vivianne Ferreira Mese (éd.), *Rechtssprache und Schwächerenschutz*, Baden-Baden, 2018, p. 317 ss.
- BOHNET Iris, *What works: gender equality by design*, Cambridge, 2016.
- BOILEAU Nicolas, *L'art poétique*, Paris, 1674.
- BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, « Gouvernance et régulation au 21^{ème} siècle : quelques propos iconoclastes », in : *Société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance ?*, Bruxelles, 2005, p. 19 ss.
- BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, « Policy Guidance and Compliance: The World Bank Operational Standards », in : Shelton (éd.), *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*, Oxford etc., 2000, p. 281 ss.

- BONENFANT Jean-Charles, « Perspective historique de la rédaction des lois au Québec », in : *Les Cahiers de droit*, vol. 20, n° 1-2, 1979, p. 387 ss.
- BORGHI Marco/PREVITALI Adriano, « Droit suisse des langues », in : Ehrenzeller (éd.), *Bildungs-, Kultur- und Sprachenrecht*, Bâle, 2018, p. 645 ss.
- BOURCIER Danièle, « L'écriture de la loi : de la codification à l'informatisation », in : Morand (éd.), *Légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence, 1999, p. 263 ss.
- BOURCIER Danièle, *La décision artificielle : le droit, la machine et l'humain*, Paris, 1995.
- BOURG Dominique/WHITESIDE Kerry, *Vers une démocratie écologique : le citoyen, le savant et le politique*, Paris, 2010.
- BOVET Christian/HÉRITIER LACHAT Anne, « Contexte général », in : Bovet (éd.), *Surveillance des marchés financiers*, Bâle, 2016, p. 1 ss.
- BOZZO-REY Malik/BRUNON-ERNST Anne/VAN WAEYENBERGE Arnaud, « Nudges: Better choices? Introduction », in : *The Tocqueville Review/La revue Tocqueville*, vol. 37, n° 1, 2016, p. 7 ss.
- BOZZO-REY Malik, « Enjeux et défis de stratégies d'influence obliques des comportements : le cas de la législation indirecte et des nudges », in : *The Tocqueville Review/La revue Tocqueville*, vol. 37, n° 1, 2016, p. 123 ss.
- BRACQ Stéphane, « L'autorégulation au cœur de la légistique dans l'Union européenne », in : Péraldi Leneuf (éd.), *La légistique dans le système de l'Union européenne : Quelle nouvelle approche ?*, Bruxelles, 2012, p. 65 ss.
- BRATSCHI Rebekka/NUSSBAUMER Markus, « Mehrsprachige Rechtsetzung », in : Felder/Vogel (éd.), *Handbuch Sprache im Recht*, Berlin, 2017, p. 367 ss.
- BRAUN BINDER Nadja, « Algorithmic Regulation : Der Einsatz algorithmischer Verfahren im staatlichen Steuerungskontext », in : Hill /Wieland (éd.), *Zukunft der Parlamente*, Berlin 2018, p. 107 ss.
- BRAUD Philippe, *L'émotion en politique*, Paris, 1996.
- BREITENMOSER Stephan, « Migrationssteuerung im Mehrebenensystem », in : Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (éd.), *Grenzüberschreitungen: Migration. Entterritorialisierung des Öffentlichen Rechts*, Berlin, 2017, p. 9 ss.
- BRENNAN Timothy J., « Behavioral Economics and Policy Evaluation », in : *Journal of Benefit-Cost Analysis*, vol. 5(1), 2014, p. 89 ss.
- BRETON Philippe, *La parole manipulée*, Paris, 1997.
- BRICTEUX Caroline/FRYDMAN Benoît (dir.), *Les défis du droit global*, Bruxelles, 2018.
- BRICTEUX Caroline, « Préserver l'intégrité de l'Internet », in : Bricteux/Frydman (dir.), *Les défis du droit global*, Bruxelles, 2018, p. 205 ss.
- BRIDEL Pascal, « « Passions et intérêts » revisités : la suppression des « sentiments » est-elle à l'origine de l'économie politique ? », in : *Revue européenne des sciences sociales*, vol. 57, n° 144, Genève, 2009, p. 135 ss.
- BROSSET Estelle, « Les principes du « mieux légiférer » dans le domaine de l'environnement et de la santé. Quel bilan ? Quelles perspectives ? », in : Rubio/Péraldi Leneuf (dir.), *La fabrication du droit de l'UE dans le contexte du « Mieux légiférer »*, Aix-en-Provence, 2017, p. 157 ss.
- BROWNSWORD Roger/VAN GESTEL Rob/MICKLITZ Hans-W. (éd.), *Contract and regulation: A Handbook on New Methods of Law Making in Private Law*, Cheltenham, 2017.
- BROWNSWORD Roger/VAN GESTEL Rob/MICKLITZ Hans-W., « Introduction – Contract and Regulation: Changing Paradigms » in : Brownsword/van Gestel/Micklitz (éd.), *Contract*

- and Regulation: A Handbook on New Methods of Law Making in Private Law*, Cheltenham, 2017, p. 1 ss.
- BRULHART Vincent, « Un principe de clarté dans l'ordre juridique ? », in : *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Zurich, 2008, p. 141 ss.
- BRUNNER Andreas, *Technische Normen in Rechtsetzung und Rechtsanwendung*, Bâle, 1991.
- BRUNNER Stephan, « Gesetzestechnische Instrumente », in : Uhlmann (éd.), *Intertemporales Recht aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre und des Verwaltungsrechts*, Zurich, 2014, p. 89 ss.
- BRUNNER Ursula, « Regulierung, Deregulierung und Selbstregulierung im Umweltrecht », in : *Revue de droit suisse*, vol. 2, 2004, p. 307 ss.
- BRUNNER Ursula, *Rechtsetzung durch Private : private Organisationen als Verordnungsgeber*, Zurich, 1982.
- BRUNON-ERNST Anne, « Back to the Sources of Nudges », in : *The Tocqueville Review/La revue Tocqueville*, vol. 37, n° 1, 2016, p. 99 ss.
- BRUNSCHWIG Colette R., « On visual law: legal communication practices and their scholarly exploration », in : *Zeichen und Zauber des Rechts. Festschrift für Friedrich Lachmayer*, Berne, 2014, p. 899 ss.
- BRUNSCHWIG Colette, *Visualisierung von Rechtsnormen – Legal Design*, Zurich, 2001.
- BUERGISSEER Michel et al. (éd.), *Contributions genevoises au dictionnaire de théorie du droit et de sociologie juridique (dictionnaire d'Eguilles)*, Travaux CETEL, n° 30, Genève, 1987.
- BÜHLER Theodor, « Bedeutung der technischen Vorschriften und Normen für das Haftpflicht- und das Strafrecht », in : *Pratique juridique actuelle*, 2018, p. 1186 ss.
- BULL Hans Peter, « Tatsachenfeststellungen und Prognosen im verfassungsgerichtlichen Verfahren », in : Ewer et al. (éd.), *Methodik – Ordnung – Umwelt: Festschrift für Hans-Joachim Koch aus Anlass seines 70. Geburtstags*, Berlin, 2014, p. 29 ss.
- BUNEA Adriana/IBENSKAS Raimondas, « Unveiling Patterns of Contestation over Better Regulation Reforms in the European Union », in : *Public Administration*, vol. 95, Londres, 2017, p. 589 ss.
- BUOMBERGER Peter, *Des chemins pour sortir de la jungle réglementaire : Faits préoccupants et solutions prometteuses pour la Suisse*, Zurich, 2014.
- BURCKHARDT Walter, *Methode und System des Rechts*, Zurich, 1936, p. 17.
- BUßJÄGER Peter, « Multi-Level-Governance als Gegenstand und Herausforderung des Öffentlichen Rechts », in : *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2016, p. 307 ss.
- BUSSMANN Werner, « Art. 170 », in : Ehrenzeller et al. (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung : St. Galler Kommentar*, 3^e éd., Zurich, 2014.
- BUSSMANN Werner/Ulrich KLÖTI/Peter KNOEPFEL (éd.), *Politiques publiques : évaluation*, Paris, 1998.
- BUSSMANN Werner, « Die prospektive Evaluation und ihre Verfahren zur Prüfung von Erlassen », in : *LeGes*, 2009/2, p. 175 ss.
- BUSSMANN Werner, « Konstanz, Wandel und Neuentwicklungen: 25 Jahre Evaluation in LeGes », in : *LeGes*, 2015/1, p. 107 ss.
- CAHANNES-KOCHER Jasmin/RIEDER Andreas, « Das Behindertengleichstellungsgesetz in der Leichten Sprache: ein Beitrag zur Gleichstellung », in : *LeGes*, 2016/1, p. 91 ss.
- CAILLOSSE Jacques, « Droit et évaluation », in : *Revue française des affaires sociales*, 1(2), 2010, p. 351 ss.

- CALABRESI Guido, « Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts », in : *Yale Law Journal*, vol. 70, 1961, p. 499 ss.
- CALO Ryan, « Code, Nudge, or Notice? », in : *Iowa Law Review*, vol. 99, n° 2, 2014, p. 773 ss.
- CAMPANELLI Alessandro, *L'émergence de l'État helvétique entre unité et fédéralisme : l'exemple des législations médicales et pharmaceutiques*, Lausanne, 2018.
- CAPITANT Henri, « Comment on fait les lois aujourd'hui », in : *Revue politique et parlementaire*, Paris, 1917, p. 305 ss.
- CARBONNIER Jean, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », in : *L'Année Sociologique*, Paris, 1957, p. 3 ss.
- CARBONNIER Jean, « La méthode sociologique dans les études de droit contemporain », in : *Méthode sociologique et droit*, Paris, 1958, p. 191 ss.
- CARBONNIER Jean, « La passion des lois au siècle des lumières », in : *Bulletin de l'Académie royale de Belgique*, séance du 6 décembre 1976, p. 540 ss.
- CARBONNIER Jean, *Essais sur les lois*, 2^e éd., Paris, 1995.
- CARBONNIER Jean, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., Paris, 2004 (1^{re} parution en 1969).
- CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, 2^e éd., Paris, 2004.
- CARCASSONNE Guy, « Penser la loi », in : *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n° 114, 2005, p. 39 ss.
- CAROLAN Eoin/SPINA Alessandro, « Behavioural Sciences and EU Data Protection Law: Challenges and Opportunities », in : Alemanno/Sibony (éd.), *Nudge and the Law: A European Perspective*, Oxford/Portland, 2015, p. 161 ss.
- CARONI Pio, « Privatrecht im 19. Jahrhundert: eine Spurensuche », in : *Schweizerisches Privatrecht – Geschichte und Geltungsbereich*, tome 1, vol. 1, Bâle, 2015.
- CARPANO Eric/CHASTAGNARET Manuel/MAZUYER Emmanuelle (dir.), *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, Bruxelles, 2016.
- CARTIER Emmanuel, « La place de la justice dans la gouvernance du « mieux légiférer » », in : Péraldi Leneuf/de la Rosa (dir.), *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, Paris, 2013, p. 225 ss.
- CASEY Anthony Joseph/NIBLETT Anthony, « The Death of Rules and Standards », *Indiana Law Journal*, Vol. 92/4, 2017.
- CASSANI Ursula, « L'internationalisation du droit pénal économique et la politique criminelle de la Suisse : la lutte contre le blanchiment d'argent », in : *Revue de droit suisse*, vol. 2, Bâle, 2008, p. 227 ss.
- CASSELLA Sarah/LASSERRE Valérie/LECOURT Benoît, *Le droit souple démasqué : articulation des normes privées, publiques et internationales*, Paris, 2018.
- CATTA Elisabeth, « Codification et qualité de la réglementation (L'expérience française) », in : *LeGes*, 2007/3, p. 425 ss.
- CAUPERS João/ TAVARES DE ALMEIDA Marta/ GUIBENTIF Pierre, *Feitura das Leis: Portugal e a Europa*, Lisbonne, 2014.
- CAUSSIGNAC Gérard, « Corédaction, rédaction parallèle et rédaction bilingue des actes législatifs », in : Snow/Vanderlinden (dir.), *Français juridique et science du droit : textes présentés au deuxième colloque international du Centre international de la common law en français (CICLEF), 20 et 21 septembre 1993, Moncton*, Bruxelles, 1995, p. 71 ss.
- CHAMPEIL-DESPLATS Véronique (dir.), *Précision et droits de l'Homme*, Bayonne, 2017.

- CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, 2014.
- CHANUT Véronique, « Pour une nouvelle geste évaluative », in : Trosa (dir.), *Evaluer les politiques publiques pour améliorer l'action publique*, Vincennes, 2009, p. 171 ss.
- CHAPPELET Jean-Loup, *L'autonomie du sport en Europe*, Strasbourg, 2010.
- CHARRON Pierre, *De la sagesse*, Paris, 1827 (1^{re} parution à Bordeaux en 1601).
- CHARRUAU Jimmy, « Une loi contre le sexisme ? Étude de l'initiative belge », in : *La Revue des droits de l'homme*, n° 7, 2015.
- CHATTON Gregor T., *Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels*, thèse (Université de Genève), 2013.
- CHELIMSKY Eleanor, « Comparing and Contrasting Auditing and Evaluation: Some Notes on Their Relationship », in : *Evaluation Review*, vol. 9, iss. 4, 1985, p. 483 ss.
- CHÉROT Jean-Yves, « Concept de droit et globalisation », in : Chérot/Frydman (éd.), *La notion du droit dans la globalisation*, Bruxelles, 2012, p. 13.
- CHEVALLIER Jacques, « Les lois expérimentales. Le cas français », in : Morand (éd.), *Evaluation législative et lois expérimentales*, Aix-en-Provence, 1993, p. 119 ss.
- CHEVALLIER Jacques, « Peut-on rationaliser la production du droit ? », in : Péraldi Leneuf/de la Rosa (dir.), *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, Paris, 2013, p. 17 ss.
- CHEVALLIER Jacques, « Rapport de synthèse », in : CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE (CURAPP), *L'évaluation dans l'administration*, Paris, 1993, p. 179 ss.
- COASE Ronald, « The Problem of Social Cost », in : *Journal of Law and Economics*, vol. 3, Chicago, 1960, p. 1 ss.
- COBB Roger/ELDER Charles, *Participation in American Politics: The Dynamics of Agenda-Building*, 2^e éd., Baltimore/Londres, 1983.
- COGLIANESE Cary/LEHR David, « Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era », in : *The Georgetown Law Journal*, vol. 115, 2017, p. 1147 ss.
- COGLIANESE Cary, « Performance-based regulation: concepts and challenges », in : Bignami/Zaring (éd.), *Comparative Law and Regulation: Understanding the Global Regulatory Process*, Northampton (MA), 2016.
- COGLIANESE Cary, « The Limits of Performance-Based Regulation », in : *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 50, iss. 3, 2017, p. 525 ss.
- COLETTI Paola, « Standard Cost Model », in : Dunlop/Radaelli (éd.), *Handbook of regulatory impact assessment*, Cheltenham, 2016, p. 93 ss.
- COLLIN Peter/RUDISCHHAUSER Sabine, « Autorégulation régulée. Analyses historiques de structures de régulations hybrides », in : *Trivium*, n° 21, 2016.
- COLOMBO Carlo/ELIANTONIO Mariolina, « Harmonized technical standards as part of EU law: Juridification with a number of unresolved legitimacy concerns? », in : *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 24(2), 2017, p. 323 ss.
- COMBRADE Bertrand-Léo, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, Paris, 2017.
- CONSTANT Benjamin, « Idées sur la souveraineté, l'autorité sociale, et les droits individuels », in : *Lettres normandes*, Paris, 1820.
- COOTER Robert, « Expressive Law and Economics », in : *The Journal of Legal Studies*, vol. 27, 1998, p. 585 ss.
- COREY Robin, *La Peur : Histoire d'une idée politique*, Paris, 2006.

- CORNU Gérard, *Linguistique juridique*, 3^e éd., Paris, 2005.
- CORTEN Olivier, *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international : discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, 1997.
- COSSALI SAUVAIN Monique/DUBOIS Camille, « Les codes de conduite dans le projet de révision de la loi fédérale sur la protection des données », in : *LeGes* 2018/3.
- COTTIER Bertil, « Les concepts juridiques indéterminés : un oreiller de paresse pour le législateur? » in : *Notions-cadre, concepts indéterminés et standards juridiques en droit interne, international et comparé*, Bâle/Bruxelles, 2008, p. 611 ss.
- COTTIER Bertil, « Le droit « suisse » du cyberspace ou le retour en force de l'insécurité juridique et de l'illégitimité », in : *Revue de droit suisse*, vol. 2, 2015, p. 191 ss.
- COTTIER Bertil, « Les « Sunset Laws », des lois expérimentales à la mode américaine », in : Morand (dir.), *Evaluation législative et lois expérimentales*, Aix-en-Provence, 1993, p. 161 ss.
- COTTIER Michelle/KÄGI-DIENER Regula/KÜNG Zita/SCHMIDLIN Irène, *Analyse d'impact sur l'égalité entre femmes et hommes dans les projets législatifs*, Berne, 2015.
- COURTENAY Ilbert, *The Mechanics of Law Making*, New York, 1914.
- COURVOISIER Thierry, *Des étoiles aux Etats. Manifeste pour une gouvernance à l'écoute de la science*, Genève, 2017.
- COUTU Michel, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, 1995.
- COZENS Paul Michael/SAVILLE Greg/HILLIER David, « Crime prevention through environmental design (CPTED): a review and modern bibliography », in : *Property Management*, vol. 23, iss. 5, 2005, p. 328 ss.
- CUMYN Michelle/SAMSON Mélanie, « La méthodologie juridique en quête d'identité », in : *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013/2, p. 1 ss.
- CRUET Jean, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, 1908.
- CUTTAT Romain, « Pourquoi la sanction ? », in : *Jusletter*, 26 février 2018.
- CZUCZAI Jenő, « The Council: Some Historical and Practical Aspects to the Better Regulation Agenda », in: Garben/Govaere (éd.), *The EU Better Regulation Agenda : A Critical Assessment*, Portland, 2018, p. 119 ss.
- DAGRON Stéphanie, « L'avenir du droit international de la santé », *Revue de droit suisse* II, 2016, p. 5 ss.
- D'ALMEIDA Fabrice, *La manipulation*, Paris, 2017.
- DAMASIO Antonio, *L'erreur de Descartes : la raison des émotions*, Paris, 1999.
- DARBELLAY Aline, *Regulating ratings*, Zurich etc., 2011.
- DAVIS Kevin E./KINGSBURY Benedict/MERRY Sally Engle, « Indicators as a Technology of Global Governance », in : *Law & Society Review*, vol. 46(1), mars 2012, p. 71 ss.
- DAWSON Mark, « New Governance in the EU after the Euro Crisis : Retired or Reborn? » in : Cremona/Kilpatrick (dir.), *EU Legal Acts: Challenges and Transformations*, Oxford, 2018, p. 106 ss.
- DE BÉCHILLON Denys, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, 1997.
- DE BENEDETTO Maria, « Maintenance of Rules », in : Karpen/Xanthaki (éd.), *Legislation in Europe: a Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners*, Oxford/Portland, 2017, p. 215 ss.
- DE CHATEAUBRIAND François-René, « Mélanges politiques », in : *Œuvres complètes*, Paris, 1836.

- DE LA ROSA Stéphane, « L'Union européenne en quête d'une meilleure législation : A propos du programme « mieux légiférer » », in : Péraldi Leneuf/de la Rosa (dir.), *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, Paris, 2013, p. 49 ss.
- DE LA ROSA Stéphane, *La méthode ouverte de coordination dans le système juridique communautaire*, Bruxelles, 2007.
- DE LAHAYE CORMENIN (TIMON) Louis-Marie, *La légomanie*, Paris, 1844.
- DE LAVELEYE Emile, « Des formes de gouvernement dans la société moderne », in : *Revue des deux mondes*, vol. 96, Paris, 1871, p. 56 ss.
- DE MONTALIVET Pierre, « La « marketisation » du droit : Réflexions sur la concurrence des droits », in : *Recueil Dalloz*, 2013, n° 44, p. 2923 ss.
- DESrameaux Alexandre, « L'empire de la technique au royaume du droit », in : Desrameaux/Colonna d'Istria (dir.), *Penser la technique juridique*, Paris, 2018, p. 25 ss.
- DEROSIER Jean-Philippe (dir.), *L'initiative de la loi*, Paris, 2018.
- DEROSIER Jean-Philippe/VIDAL-NAQUET Ariane, « France », in : Derosier (dir.), *L'initiative de la loi*, Paris, 2018, p. 139 ss.
- DE ROMILLY Jacqueline, *La loi dans la pensée grecque*, Paris, 2001.
- DE SUTTER Laurent, *Après la loi*, Paris, 2018.
- DE VRIEZE Franklin/HASSON Victoria, *Post-Legislative Scrutiny, Comparative Study of Practices of Post-Legislative Scrutiny in Selected Parliaments and the Rationale for its Place in Democracy Assistance*, Londres, 2017.
- DE VRIEZE Franklin, *Post-Legislative Scrutiny, Guide for Parliaments*, Londres, 2017.
- DE VRIEZE Franklin, *Principles for Post-Legislative Scrutiny by Parliament*, Londres, 2018, p. 3.
- DE WERRA Jacques, « Alternative Dispute Resolution in Cyberspace: The Need to Adopt Global ADR Mechanisms for Addressing the Challenges of Massive Online Micro-Justice », in : *Swiss Review of International and European Law*, 2016, p. 289 ss.
- DEBONO Marc, *Langue et droit : approche sociolinguistique, historique et épistémologique*, Bruxelles, 2013.
- DECAUX Emmanuel, « Le dixième anniversaire des principes directeurs des institutions nationales des droits de l'homme dits « principes de Paris » », in : *Droits fondamentaux*, n° 3, janvier-décembre 2003.
- DÉFAGO GAUDIN Valérie, « La nature juridique des « recommandations » émises par la FINMA : note sur l'arrêt du tribunal fédéral 2C_1184/2013 du 17 juillet 2014 » in : *La lettre du Conseil de l'Ordre des avocats de Genève*, n° 60, 2015, p. 22 s.
- DEL LITTO Victor (éd.), *Stendhal et Balzac : actes du VII^e congrès international stendhalien*, Aran, 1972.
- DELGRANGE Xavier/DETROUX Luc, « La soft law infralégislative : les lois dépourvues de contenu normatif ou mollis *lex sed lex* ? », in : Hachez *et al.* (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 2 (Normes internes infraconstitutionnelles), Limal, 2012.
- DELILLE Thomas, *L'analyse d'impact des réglementations dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, 2013.
- DELLEY Jean-Daniel/FLÜCKIGER Alexandre, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », in : *Conféction de la loi*, Paris, 2005, p. 83 ss.
- DELLEY Jean-Daniel/MADER Luzius, « Que faire des objectifs dans une étude de mise en œuvre de la législation ? », in : *Revue suisse de sociologie*, n° 3, 1981, p. 385 ss.

- DELLEY Jean-Daniel/MADER Luzius, *L'Etat face au défi énergétique : étude de mise en œuvre des mesures fédérales et cantonales en matière d'économie d'énergie*, Lausanne, 1986.
- DELLEY Jean-Daniel, « Du miroir tendu au miroir tenu : l'administration face à l'obligation d'évaluer », in : Kellerhals/Manai/Roth (éd.), *Pour un droit pluriel : études offertes au professeur Jean-François Perrin*, Genève etc., 2002, p. 303 ss.
- DELLEY Jean-Daniel, « L'initiative populaire au défi des émotions et du droit international », in : *Domaine public*, DP 2029, 5 mars 2014.
- DELLEY Jean-Daniel, « La commission externe d'évaluation des politiques publiques », in : *LeGes*, 2005/1, p. 111 ss.
- DELLEY Jean-Daniel, « Le dire et le faire : sur les modalités et les limites de l'action étatique », in : *Annuaire suisse de science politique*, 1993, p. 23 ss.
- DELLEY Jean-Daniel, « Parlements : Au nom de la loi », in : *Domaine public*, DP 1683, 24 mars 2006.
- DELLEY Jean-Daniel, « Penser la loi : Introduction à une démarche méthodique », in : Morand (éd.), *Légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence, 1999, p. 81 ss.
- DELZANGLES Béatrice, « Effectivité, efficacité et efficience dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in : Champeil-Desplats/Lochak (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, 2008, p. 41 ss.
- DEONNA Julien Amos/TERRONI Fabrice, *Qu'est-ce qu'une émotion ?*, Paris, 2008.
- DEROUSSIN David, « Soft law : éléments historiques », in : Deumier/Sorel (éd.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne européen et international*, Issy-les-Moulineaux, 2018, p. 55 ss.
- DERY David, *Problem Definition in Policy Analysis*, Lawrence (Kansas), 1984.
- DESCARTES René, *Discours de la méthode pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences, plus la dioptrique, les météores et la géométrie qui sont des essais de cette méthode*, Leyde, 1637.
- DESSEMENTET François, « Langage et système des lois suisses », in : *Les Cahiers de Droit*, vol. 21, n° 3-4, 1980, p. 579 ss.
- DESSEMENTET François, « L'informatique appliquée au traitement des règles de droit », in : *Recueil des travaux suisses présentés au X^e Congrès international de droit comparé*, Bâle, 1979, p. 297 ss.
- DEUMIER Pascale/SOREL Jean-Marc (éd.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne européen et international*, Issy-les-Moulineaux, 2018.
- DI ROBILANT Anna, « Genealogies of Soft Law », in : *American Journal of Comparative Law*, vol. 54, iss. 3, 2006, p. 499 ss.
- DIAMOND Jared, « De l'art de la paranoïa constructive », entrevue in : *Campus, Le magazine scientifique de l'Université de Genève*, n° 128, mars 2017, p. 36 ss.
- DIDEROT Denis/LANDOIS Paul/BLONDEL Jacques-François, « Ebauche, esquisse », in : Diderot/d'Alembert (dir.), *L'Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, tome 5, Paris, 1755.
- DIDEROT Denis, « Arithmétique politique », in : Diderot/d'Alembert (dir.), *L'Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Paris, 1751.
- DIDEROT Denis, *Entretien d'un père avec ses enfants ou du danger de se mettre au-dessus des lois*, in : Garnier (éd.), *Œuvres philosophiques*, Paris, 1972 (1^{re} parution dans la Correspondance de Grimm en 1771).

- DOMPNIER Nathalie, « Le renoncement à la légitimité démocratique au nom de la « qualité des normes » ? », in : Fatin-Rouge/Gay/Pini (dir.), *Autour de la qualité des normes*, Bruxelles, 2010, p. 77 ss.
- DRAGO Roland (dir.), *La confection de la loi*, Paris, 2005.
- DROZ Numa, « La démocratie en Suisse et l'initiative populaire », in : *Bibliothèque universelle et revue suisse*, IV/1894, p. 225 ss.
- DRUCKER Peter, *La pratique de la direction des entreprises*, Paris, 1957.
- DUBOIS Camille, « Le Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'OCDE et son Commentaire », in : *LeGes*, 2018/3.
- DUBOS Olivier, « L'effet utile et l'effectivité dans l'Union européenne : identification normative », in : Bouveresse/ Ritleng (dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, 2018, p. 50 ss.
- DU MARAIS Bertrand, « Compliance et conformité », in : Bazex *et al.* (éd.), *Dictionnaire des régulations 2016*, Paris, 2015.
- DU MARAIS Bertrand, « Pourquoi est-il difficile mais crucial de simplifier le droit ? De l'expérience française du « Choc de simplification » à la violence de la complexité », in : *LeGes*, 2017/2, p. 235 ss.
- DU MARAIS Bertrand, « Simplifier le droit : du mythe de Sisyphe à l'horticulture juridique ? », in : *Revue française d'administration publique*, n° 157, 2016/1, p. 191.
- DUBAY William H. (éd.), *The Classic Readability Studies*, Costa Mesa, 2006.
- DUBEY Jacques/ZUFFEREY Jean-Baptiste, *Droit administratif général*, Bâle, 2014.
- DUFOUR Alfred, *Hommage à Pellegrino Rossi (1787-1848), Genevois et Suisse à vocation européenne*, Bâle, 1998.
- DUNLOP Claire A./RADAELLI Claudio M. (éd.), *Handbook of regulatory impact assessment*, Cheltenham, 2016.
- DUPLESSIS Isabelle, « Le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international », in : *Revue québécoise de droit international*, hors-série avril 2007, 1^{er} avril 2008, p. 245 ss.
- DUPRAT Jean-Pierre/XANTHAKI Helen, « Legislative Drafting Techniques: Formal Legistics », in : Karpen/Xanthaki (éd.), *Legislation in Europe: a Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners*, Oxford/Portland, 2017, p. 109 ss.
- DUPRAT Jean-Pierre, « Genèse et développement de la légistique », in : Drago (dir.), *La confection de la loi*, Paris, 2005, p. 11 ss.
- DURKHEIM Émile, *Cours de sciences sociales : leçon d'ouverture*, 1888.
- DURKHEIM Émile, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, 1895.
- DUTTA Ravi/LORD Sasha, « Using prize draws as an incentive », in : *Blog du Behavioural Insights Team*, 7 février 2017.
- DUVAL Antoine, *La Lex Sportiva Face au Droit de l'Union Européenne : Guerre et Paix dans l'Espace Juridique Transnational*, Florence, 2015.
- ECO Umberto, *Les limites de l'interprétation*, Paris, 1992.
- ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION, « Études d'impact et production normative », in : *Revue française d'administration publique*, n° 149, 2014/1.
- EHRENZELLER Bernhard, « Art. 168 », in : Ehrenzeller *et al.* (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung : St. Galler Kommentar*, 1^{re} éd., Zurich, 2002, p. 1660 s.
- EICHENBERGER Steven/PILOTTI Andrea/MACH André/VARONE Frédéric, « Parlement de milice et groupes d'intérêt (1970-2010) : Professionnalisation et diversification des liens

- d'intérêt ? », in : *Annuaire suisse d'histoire économique et sociale*, Zurich, 2016, p. 185 ss.
- EICHHOFF-CYRUS Karin M./ANTOS Gerd (éd.), *Verständlichkeit als Bürgerrecht? Die Rechts- und Verwaltungssprache in der öffentlichen Diskussion*, Mannheim, 2008.
- EIDENMÜLLER Horst, *Effizienz als Rechtsprinzip*, (4^e éd.), Tübingen, 2015 (1^{ère} parution en 1995).
- EKMAN Paul, « An Argument for Basic Emotions », in : *Cognition and Emotion*, 1992, 6, p. 169 ss.
- ELMIGER Daniel/TUNGER Verena/SCHAEFFER-LACROIX Eva, *Geschlechtergerechte Behördentexte. Linguistische Untersuchungen und Stimmen zur Umsetzung in der mehrsprachigen Schweiz*, Genève, 2017.
- ELMIGER Daniel, « Féminisation de par la loi : la nouvelle « Loi sur les langues » suisse et la formulation non sexiste », in : *LeGes*, 2009/1, p. 57 ss.
- ELMORE Richard, *Forward and Backward Mapping: Reversible Logic in the Analysis of Public Policy*, Seattle, 1983.
- ELSTER Jon, *Alchemies of the Mind: Rationality and the Emotions*, Cambridge, 1999.
- EMERIC Nicolas, *Penser les flux normatifs: essai sur le droit fluide*, Paris, 2018.
- EMMENEGGER Sigrid, *Gesetzgebungskunst: gute Gesetzgebung als Gegenstand einer legislativen Methodenbewegung in der Rechtswissenschaft um 1900: zur Geschichte der Gesetzgebungslehre*, Tübingen, 2006.
- EMMENEGGER Susan/TSCHENTSCHER Axel, « ZGB, Art. 1 », in : *Berner Kommentar*, Berne, 2012.
- ENDICOTT Timothy, « The Value of Vagueness », in : Marmor/Scott (éd.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford, 2011, p. 14 ss.
- ENGEL Pascal, « Est-il rationnel d'être rationnel ? », in : Blay (éd.), *Grand dictionnaire de philosophie*, Paris, 2003, p. 916 ss.
- ENGLER Carolin Marie, *Private Regelsetzung*, Berlin, 2017.
- ERRASS Christoph, *Kooperative Rechtssetzung*, Zurich, 2010.
- ERRASS Christoph, *Verlust nationaler Zuständigkeiten durch internationale Akteure: Auswirkungen auf die schweizerische Demokratie*, Bâle, 2017.
- ESSEBIER Jana/WYSS Dominic A., « Von der Blockchain zu Smart Contracts », in : *Jusletter*, 24 avril 2017.
- EWALD François, *L'Etat providence*, Paris, 1986, p. 210.
- FARBIAZ Patrick/MAMÈRE Noël, *La tyrannie de l'émotion : Le fait divers comme idéologie politique*, Paris, 2008.
- FATIN-ROUGE Marthe/GAY Laurence/PINI Joseph (dir.), *Autour de la qualité des normes*, Bruxelles, 2010.
- FATIN-ROUGE Marthe/GAY Laurence/VIDAL-NAQUET Ariane (dir.), *L'efficacité de la norme juridique : Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, 2012.
- FAURE Bertrand (éd.), *Les objectifs dans le droit*, Paris, 2010.
- FAVRE Anne-Christine, « La délégation d'activités non économiques ou « à caractère ministériel » », in : Favre/Martenet/Poltier (éd.), *La délégation d'activités étatiques au secteur privé*, Genève, 2016, p. 145 ss.

- FERCOT Céline, « Précision et droits de l'Homme dans les ordres juridiques allemand et suisse », in : Champeil-Desplats (dir.), *Précision et droits de l'Homme*, Bayonne, 2017, p. 129 ss.
- FILANGIERI Gaetano, *La science de la législation* (trad. Jean Antoine GAUVIN-GALLOIS), 2^e éd. revue et corrigée (Dufart), Paris, 1798-1799 (1^{re} parution à Naples en 1780 sous le titre *Scienza della legislazione*).
- FILSON Lawrence/STROKOFF Sandra, *The Legislative Drafter's Desk Reference: Best Practice in Drafting Federal and State Laws and Regulation*, 2^e éd., Washington DC, 2008.
- FLEINER-GERSTER Thomas, *Wie soll man Gesetze schreiben? Leitfaden für die Redaktion normativer Texte*, Berne/Stuttgart, 1985.
- FLESCH Rudolph, « A New Readability Yardstick », in : *Journal of Applied Psychology*, n° 32, 1948, p. 221 ss.
- FLÜCKIGER Alexandre/AUER Andreas, « La vidéosurveillance dans l'œil de la Constitution », in : *Pratique juridique actuelle (PJA)*, n° 8, 2006, p. 924 ss.
- FLÜCKIGER Alexandre/DELLEY Jean-Daniel, « L'élaboration rationnelle du droit privé : de la codification à la légistique », in : Chappuis/Foëx/Thévenoz (éd.), *Le législateur et le droit privé : colloque en l'honneur du professeur Gilles Petitpierre*, Genève, 2006, p. 123 ss.
- FLÜCKIGER Alexandre/GRODECKI Stéphane, « La clarté : un nouveau principe constitutionnel ? », in : *Revue de droit suisse*, vol. 1, 2017, p. 31 ss.
- FLÜCKIGER Alexandre/GUY-ECABERT Christine, « La bonne loi ou le paradis perdu ? », in : *LeGes*, 2015/1, p. 21 ss.
- FLÜCKIGER Alexandre/MINETTO Mike, « La communication de documents officiels contenant des données personnelles : la pesée des intérêts dans la pratique des autorités fédérales », in : *RDAF* 2017 I, p. 558 ss.
- FLÜCKIGER Alexandre/PIERROZ Laurent/RUEGG Jean/FELDER Alexandra, « Vidéosurveillance et risques dans l'espace à usage public : représentation des risques, régulation sociale et liberté de mouvement », in : *Travaux CETEL*, n° 55, Genève, 2006.
- FLÜCKIGER Alexandre/VARONE Frédéric, « Simplifier le droit pour lutter contre la bureaucratie ? », in : *LeGes*, 2017/2, p. 195 ss.
- FLÜCKIGER Alexandre, « Case-law sources for evaluating the impact of legislation: an application of the precautionary principle to fundamental rights », in : *The Theory and Practice of Legislation*, vol. 4, n° 2, 2016, p. 1 ss.
- FLÜCKIGER Alexandre, « Consulter pour mieux légiférer : Utilité des procédures de consultation pré-parlementaires », in : *LeGes*, 2011/2, p. 185 ss.
- FLÜCKIGER Alexandre, « Droits fondamentaux et vidéosurveillance par les particuliers et les autorités des espaces ouverts au public », in : Schwarzenegger/Nägeli (éd.), *Drittes Zürcher Präventionsforum: Videoüberwachung als Prävention?*, Zurich, 2010, p. 195 ss.
- FLÜCKIGER Alexandre, « Histoire de l'évaluation législative: originalité et postérité du censeur des lois de Gaetano Filangieri (1752-1788) », in : Le Quinio/Santolini (éd.), *Giuseppe Compagnoni, Gaetano Filangieri, Pellegrino Rossi : Trois précurseurs italiens du droit constitutionnel*, Paris, 2019, p. 387 ss [à paraître].
- FLÜCKIGER Alexandre, « Gouverner par des « coups de pouce » (nudges) : instrumentaliser nos biais cognitifs au lieu de légiférer ? », in : *Les Cahiers du droit*, vol. 59, n° 1, mars 2018, p. 199 ss.
- FLÜCKIGER Alexandre, « Keeping domestic soft law accountable: towards a gradual formalization », in : Pauwelyn/Joost (éd.), *Informal International Lawmaking*, Oxford, 2012, p. 409 ss.

- FLÜCKIGER Alexandre, « L'autodétermination en matière de données personnelles : un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété ? », in : *Pratique juridique actuelle (PJA)*, n° 6, 2013, p. 837 ss.
- FLÜCKIGER Alexandre, « La création et le dimensionnement des zones à bâtir : enjeux et méthodes », in : Zufferey/Waldmann (éd.), *Révision 2014 de la loi sur l'aménagement du territoire : faire du neuf avec du vieux ?*, Zurich, 2015, p. 55 ss.
- FLÜCKIGER Alexandre, « La démocratie directe : un facteur de qualité de la loi en Suisse ? », in : Albertini (dir.), *La qualité de la loi – Expériences française et européenne*, Paris, 2016, p. 81 ss.
- FLÜCKIGER Alexandre, « La loi Damoclès », in : *Mélanges en l'honneur de Pierre Moor : théorie du droit, droit administratif, organisation du territoire*, Berne, 2005, p. 233 ss.
- FLÜCKIGER Alexandre, « La planification : un mode de rationalité dépassé pour la légistique ? », in : Morand (éd.), *Légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence, 1999, p. 117 ss.
- FLÜCKIGER Alexandre, « La preuve juridique à l'épreuve du principe de précaution », in : *Revue européenne des sciences sociales*, tome XLI, n° 128, 2003, p. 107 ss.
- FLÜCKIGER Alexandre, « La transition énergétique entre conflits d'objectifs et conflits de compétence : aspects de droit constitutionnel », in : Hottelier/Foëx (éd.), *La propriété immobilière face aux défis énergétiques : Du statut juridique de l'énergie au contrôle des loyers*, Genève, 2016, p. 23 ss.
- FLÜCKIGER Alexandre, « Le droit administratif en mutation : l'émergence d'un principe d'efficacité », in : *Revue de droit administratif et de droit fiscal*, vol. 57, 2001, p. 93 ss.
- FLÜCKIGER Alexandre, « Le multilinguisme de l'Union européenne : un défi pour la qualité de la législation », in : Gémard/Kasirer (dir.), *Jurilinguistique : entre langues et droits*, Bruxelles, 2005, p. 340 ss.
- FLÜCKIGER Alexandre, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », in : *Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 21, 2006, p. 74 ss, traduit sous le titre « The ambiguous principle of the clarity of law », in : Wagner/Cacciaguidi-Fahy (éd.), *Obscurity and Clarity in the Law: Prospects and Challenges*, Aldershot, 2008, p. 9 ss.
- FLÜCKIGER Alexandre, « L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois », in : *Revue européenne des sciences sociales*, vol. 45, 2007, p. 83 ss.
- FLÜCKIGER Alexandre, « Limiter la population pour protéger l'environnement et garantir une occupation rationnelle du territoire : une intuition enjôleuse à l'épreuve des droits fondamentaux », in : *Pratique juridique actuelle (PJA)*, n° 2, 2014, p. 167 ss.
- FLÜCKIGER Alexandre, « L'obligation jurisprudentielle d'évaluation législative : une application du principe de précaution aux droits fondamentaux », in : Auer/Flückiger/Hottelier (éd.), *Les droits de l'homme et la constitution : études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni*, Genève, 2007, p. 155 ss.
- FLÜCKIGER Alexandre, « Management territorial et droit < post-moderne > : la planification < émergente > », in : Decoutère/Ruegg/Joye (éd.), *Le management territorial : pour une prise en compte des territoires dans la nouvelles gestion publique*, Lausanne, 1996, p. 254 ss.
- FLÜCKIGER Alexandre, « Pourquoi respectons-nous la soft law ? », in : *Revue européenne des sciences sociales*, vol. 57, n° 144, 2009, p. 73 ss.
- FLÜCKIGER Alexandre, « Qu'est-ce que < mieux légiférer > ? Enjeux et instrumentalisation de la notion de qualité législative », in : Flückiger/Guy-Ecabert (éd.), *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer : le rôle des guides de légistique*, Genève, 2008, p. 11 ss.

- FLÜCKIGER Alexandre, « Régulation, dérégulation, autorégulation : l'émergence des actes étatiques non obligatoires », in : *Revue de droit suisse*, vol. 2, Bâle, 2004, p. 159 ss.
- FLÜCKIGER Alexandre, « Voter, élire et signer par Internet : le droit expérimental à l'épreuve de la sécurité », in : Muralt Müller/Auer/Koller (éd.), *Journées 2002 d'informatique juridique : du 9/10 septembre 2002 à Genève*, Berne, 2003, p. 107 ss.
- FLÜCKIGER Alexandre, *L'extension du contrôle juridictionnel des activités de l'administration – Un examen généralisé des actes matériels sur le modèle allemand*, Berne, 1998.
- FLÜCKIGER Alexandre, *Le régime juridique des plans : l'exemple du plan de gestion des déchets*, Berne, 1996.
- FÖGEN Marie Theres, *Das Lied vom Gesetz*, Munich, 2007.
- FOLKE SCHUPPERT Gunnar, *Governance und Rechtsetzung. Grundfragen einer modernen Regelungswissenschaft*, Baden-Baden, 2011.
- FONDIMARE Elsa, « La volonté d'une égalité des droits effective et concrète entre les femmes et les hommes », in : *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 28 juillet 2014.
- FONTAINE Lauréline, « Effectivité et droit de l'Union européenne sous le regard d'une analyse sociétale », in : Bouveresse/ Ritleng (dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, 2018, p. 11 ss.
- FORSTMOSER Peter/VOGT Hans-Ueli, *Einführung in das Recht*, 5^e éd. revue et étendue, Berne, 2012.
- FOUBERT Anne, « La technique ou l'oubli du droit ? Quelques observations sur la production normative contemporaine », in : Desrameaux/Colonna d'Istria (dir.), *Penser la technique juridique*, Paris, 2018, p. 215 ss.
- FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir*, Paris, 1975.
- FOUQUET Annie, « L'évaluation des politiques publiques : État(s) de l'art et controverses », in : *Revue française d'administration publique*, n° 148(4), 2013, p. 835 ss.
- FRANKLIN J.C., « Human Rights Naming and Shaming: International and Domestic Processes », in : Friman (éd.), *The Politics of Leverage in International Relations. Palgrave Studies in International Relations Series*, Londres, 2015, p. 43 ss.
- FRANSEN Luc/BURGOON Brian, « Introduction to the Special Issue: Public and Private Labor Standards Policy in the Global Economy », in : *Global Policy*, vol. 8, mai 2017, p. 5 ss.
- FRENZEL Eike Michael, *Nachhaltigkeit als Prinzip der Rechtsentwicklung? Beitrag zu einer praktischen Gesetzgebungslehre*, Baden-Baden, 2005.
- FREY Kathrin, *Evidenzbasierte Politikformulierung in der Schweiz: Gesetzesrevisionen im Vergleich*, Baden-Baden, 2012.
- FRITSCH Oliver/KAMKHAJI Jonathan/RADAELLI Claudio, « Explaining the content of impact assessment in the United Kingdom: Learning across time, sectors, and departments », in : *Regulation & Governance*, 2017, p. 325 ss.
- FRIZZONI Walter, « Matérielle und formelle Überprüfung der Gesetzgebung: die Erfahrungen im Kanton Graubünden », in : *LeGes*, 2007/3, p. 455 ss.
- FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global : Étude des interactions avec le droit international public*, Bruxelles, 2016.
- FRYDMAN Benoît/VAN WAEYENBERGE Arnaud (dir.), *Gouverner par les standards et les indicateurs : de Hume aux rankings*, Bruxelles, 2014.
- FRYDMAN Benoît, « Les défis du droit global », in : Bricteux/Frydman (dir.), *Les défis du droit global*, Bruxelles, 2018, p. 7 ss.

- FRYDMAN Benoît, *Le sens des lois*, Bruxelles/Paris, 2005.
- FRYDMAN Benoît, *Petit manuel de droit global: L'économie de marché est-elle juste ?* Bruxelles, 2014.
- FRYER Roland G., Jr./LEVITT Steven D./LIST John/SADOFF Sally, *Enhancing the efficacy of teacher incentives through loss aversion: A field experiment – NBER Working Paper n° 18237*, Cambridge, 2012.
- FURRER Andreas, « Die Einbettung von Smart Contracts in das schweizerische Privatrecht », in : *Anwaltsrevue*, 2018, p. 103 ss.
- FURUBO Jean-Eric, « Pourquoi l'évaluation a-t-elle tant de mal à tenir ses promesses ? », in : Trosa (dir.), *Evaluer les politiques publiques pour améliorer l'action publique*, Vincennes, 2009, p. 137 ss.
- GARAPON Antoine/LASSÈGUE Jean, *Justice digitale: révolution graphique et rupture anthropologique*, Paris, 2018.
- GARBEN Sacha, « An « Impact Assessment » of EU Better Regulation », in : Garben/Govaere (éd.), *The EU Better Regulation Agenda: A Critical Assessment*, Portland, 2018, p. 217 ss.
- GÄRDITZ Klaus-Ferdinand, « Die « Neue Verwaltungsrechtswissenschaft » – Alter Wein in neuen Schläuchen? », in : Burgi (éd.), *Die Verwaltung*, Beiheft 12: Zur Lage der Verwaltungsrechtswissenschaft, Berlin, 2017.
- GARNIER Florent, « Temporalités juridiques ou quelques considérations historiques sur la production normative », in : *Les rythmes de production du droit: journée d'études de l'Institut de Droit privé*, Toulouse, 2005.
- GAUDEMET Jean, *Les naissances du droit: Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, 3^e éd., Paris, 2001.
- GAVA Roy/SCIARINI Pascal/VARONE Frédéric, « Twenty Years After the EEA Vote: The Europeanization of Swiss Policy-Making », in: *Swiss Political Science Review*, 2014, p. 216 ss.
- GAVILLET Aurélie, *La pratique administrative dans l'ordre juridique suisse*, Berne, 2018.
- GEISER Jean-Christophe, « La rédaction multilingue en Suisse », in : Morand (éd.), *Légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence, 1999, p. 215 ss.
- GÉMAR Jean-Claude, « Aux sources de la « jurilinguistique »: texte juridique, langues et cultures », in : *Revue française de linguistique appliquée*, vol. 16, n° 1, 2011, p. 9 ss.
- GÉMAR Jean-Claude, « Le langage du droit au risque de la traduction: de l'universel au particulier », in : Snow/Vanderlinden (dir.), *Français juridique et science du droit: textes présentés au deuxième colloque international du Centre international de la common law en français (CICLEF), 20 et 21 septembre 1993, Moncton*, Bruxelles, 1995, p. 123 ss.
- GÉMAR Jean-Claude, « Translating vs Co-drafting Law in Multilingual Countries: Beyond the Canadian Odyssey », in : Borja Albi/Prieto Ramos (éd.), *Legal Translation in Context: Professional Issues and Prospects*, Oxford, 2013, p. 155 ss.
- GÉNY François, « La technique législative dans la codification civile moderne », in : Rousseau (éd.), *Le Code civil 1804-1904, livre du centenaire*, vol. 2, Paris, 1904, p. 987 ss.
- GÉNY François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1919.
- GERBER Philippe, « Rédaction bilingue d'une Constitution cantonale: l'exemple du projet de Constitution bernoise », in : *LeGes*, 1992/3, p. 75 ss.
- GIGER Hans, *Increasing flood of legislation in a changing environment*, Berne, 2016.

- GILAD Sharon, « Process-Oriented Regulation: Conceptualization and Assessment », in : Levi-Faur (éd.), *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham, 2011, p. 423 ss.
- GILBERG Karine/GROULIER Cédric (dir.), *Former à la légistique : Les nouveaux territoires de la pédagogie juridique*, Paris, 2018.
- GILBERG Karine, *La légistique au concret : Les processus de rationalisation de la loi*, Paris, 2007.
- GILI Natassia, *Staatlich gesteuerte Selbstregulierung: am Beispiel der medizinisch-ethischen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW)*, Zurich, 2017.
- GIMPL Martin/DAKIN Stephen, « Management and Magic », in : *California Management Review*, vol. 27, n° 1, 1984, p. 125 ss.
- INGRAS Anne-Marie, *Médias et démocratie : le grand malentendu*, Québec, 1999.
- GLASER Andreas, « Die Regulierungsbremse : effizient, aber undemokratisch? », in : *ZBl*, 2018, p. 66 ss.
- GMÜR Rudolf, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch: verglichen mit dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch*, Zurich, 1965.
- GNEEZY Uri/RUSTICHINI Aldo, « A Fine Is a Price », in : *The Journal of Legal Studies*, 29, n° 1 (January 2000), p. 1 ss.
- GOLDMAN Berthold, « Frontières du droit et < lex mercatoria > », in : *Archives de philosophie du droit*, 1964, p. 177 ss.
- GONIN Luc, *Droit constitutionnel suisse*, Genève etc., 2015.
- GONIN Luc, *L'obsolescence de l'Etat moderne : Analyse diachronique et contextuelle à l'exemple de l'Etat français*, Zurich, 2011.
- GRAEBER David, *The Utopia of Rules: On Technology, Stupidity, and the Secret Joys of Bureaucracy*, New York, 2015.
- GRAENI Andre/HESS Barbara/UMIKER Barbara/FARDEL-ZIMMERMANN Silvia, « Eine Betrachtung der Checkliste der Eidgenössischen Justizabteilung », in : Eichenberger *et al.* (éd.), *Grundfragen der Rechtssetzung*, Bâle, 1978, p. 405 ss.
- GRAF Martin, « Art. 147 », in : Graf *et al.* (éd.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung: Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13. Dezember 2002*, Bâle, 2014.
- GRAF Roman, « L'égalité femme-homme : une nouvelle exigence : le contrôle de l'égalité salariale dans le cadre des marchés publics », in : Zufferey *et al.* (éd.), *Marchés publics 2016*, Zurich, 2016, p. 371 ss.
- GRAUER Dieter, *Die Verweisung im Bundesrecht, insbesondere auf technische Verbandsnormen*, Bâle, 1979.
- GRAY G. B., « Statutes enacted in normalized form: The legislative experience in Tennessee », in : Walter (éd.), *Computer Power and Legal Reasoning*, Saint Paul, 1985, p. 467 ss.
- GRAZ Jean-Christophe, « Global corporations and the governance of standards », in : May/Noelke (éd.), *Handbook on Corporations as Global Players*, Cheltenham, 2018.
- GRAZ Jean-Christophe, « Quand les normes font loi : Topologie intégrée et processus différenciés de la normalisation internationale », in : *Études internationales*, vol. 35(2), 2004, p. 233 ss.
- GRIFFEL Alain (éd.), *Vom Wert einer guten Gesetzgebung*, Berne, 2014.
- GROSZ Mirina, « Umweltschutz als Aspekt der Unternehmensverantwortung im internationalen Kontext », in : *DEP*, 7, 2017, p. 641 ss.

- GRUNDMANN Stefan/MÖSLEIN Florian/RIESENHUBER Karl, « Contract Governance: Dimensions in Law and Interdisciplinary Research », in : Grundmann/Möslein/Riesenhuber (éd.), *Contract Governance*, Oxford, 2015, p. 1 ss.
- GRZESZICK Bernd, « Rationality Requirements on Parliamentary Legislation Under a Democratic Rule of Law », in : Meßerschmidt/Oliver-Lalana (éd.), *Rational Lawmaking under Review: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*, Berlin, 2016, p. 61 ss.
- GUGGEIS Manuela/ROBINSON William, « « Co-Revision »: Legal-Linguistic Revision in the European Union « Co-Decision » Process », in : Baaij (éd.), *The Role of Legal Translation in Legal Harmonization*, Alphen-sur-le-Rhin, 2012, p. 51 ss.
- GUNNING Robert, *The Technique of Clear Writing*, New York, 1952.
- GUY-ECABERT Christine, *Procédure administrative et médiation: inscription d'un modèle procédural dans un contexte en mutation*, Zurich etc., 2002.
- HABERMAS Jürgen, *Ach, Europa*, Francfort-sur-le-Main, 2008.
- HABERMAS Jürgen, *De l'éthique de la discussion* (trad. Mark HUNYADI), Paris, 1992 (1^{re} parution en 1991 sous le titre *Diskursethik*).
- HACHEZ Isabelle et al. (éd.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 4 (Théorie des sources du droit), Limal, 2012.
- HACHEZ Isabelle, « L'inclusion des personnes en situation de handicap : du soft law au hard law et inversement », in : Ailincăi (dir.), *Soft law et droits fondamentaux*, Paris, 2017, p. 241 ss.
- HÄFELIN Ulrich/HALLER Walter/KELLER Helen/THURNHERR Daniela, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zurich, 2016.
- HÄFELIN Ulrich/MÜLLER Georg/UHLMANN Felix, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6^e éd., Zurich etc., 2010.
- HALPERN Charlotte/JACQUOT Sophie/LE GALÈS Patrick, « Mainstreaming: a hero of lost causes? Diffusion and transfer of a policy instrument in the European environmental, gender and urban policies », in : *Congrès de l'Association Française de Science Politique, Section 20, Transferts institutionnels et convergences étatiques*, Grenoble, 2009.
- HALPERN Charlotte/LASCOUMES Pierre/LE GALÈS Patrick (dir.), *L'instrumentation de l'action publique : controverses, résistances, effets*, Paris, 2014.
- HAMMER Balz, « Valuing the Invaluable? », in : Mathis (éd.), *Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations*, Dordrecht, 2012, p. 211 ss.
- HAN Byung-Chul, *Psychopolitique : le néolibéralisme et les nouvelles techniques de pouvoir* (trad. Olivier COSSÉ), Strasbourg, 2016.
- HANSEN Pelle Guldberg/JESPERSEN Andreas Maaløe, « Nudge and the Manipulation of Choice: A Framework for the Responsible Use of the Nudge Approach to Behaviour Change in Public Policy », in : *European Journal of Risk Regulation*, 4(1), 2013, p. 3 ss.
- HART Herbert L. A., *Le concept de droit* (trad. Michel VAN DE KERCHOVE), Bruxelles, 1994 (1^{re} parution en 1961 sous le titre *The Concept of Law*).
- HAUCK Werner, « Damit das Volk weiss, wohin Hand und Fuss setzen », in : *recht*, 2008, p. 49 ss.
- HAUCK Werner/LÖTSCHER Andreas, « Verständlichkeit von Gesetzen als Problem des Gesetzgebung heute », in : *Gesetzgebung heute*, 2, 1994, p. 91 ss.

- HAUERT Christophe/AUDÉTAT Marc/BÜTSCHI Danielle/KAUFMANN Alain/GRAZ Jean-Christophe, « Les arènes de la normalisation internationale à l'épreuve de la participation : le projet INTERNORM », in : *Participations*, vol. 14, 2016, p. 207 ss.
- HAUERT Christophe, *La participation des consommateurs à la construction de l'autorité des normes internationales : vers une économie politique internationale de la traduction*, Lausanne, 2014.
- HAUSSMANN Georges Eugène, *Mémoires du Baron Haussmann*, Paris, 1893.
- HELLGARDT Alexander, *Regulierung und Privatrecht : Staatliche Verhaltenssteuerung mittels Privatrecht und ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsanwendung*, Tübingen, 2016.
- HERTIG RANDALL Maya, « L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle : défis et perspectives », in : *Revue de droit suisse* II, 2010, p. 221 ss.
- HETTICH Peter, *Kooperative Risikovorsorge – Regulierte Selbstregulierung im Recht der operationellen und technischen Risiken*, Zurich, 2014.
- HEUSCHLING Luc, « « Effectivité », « efficacité », « efficience » et « qualité » d'une norme/du droit. Analyse des mots et des concepts », in : Fatin-Rouge/Gay/Vidal-Naquet (dir.), *L'efficacité de la norme juridique : Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, 2012, p. 54 ss.
- HILL Michael/VARONE Frédéric, *The Public Policy Process*, 7^e éd., Londres/New York, 2017.
- HILL Hermann, *Einführung in die Gesetzgebungslehre*, Heidelberg, 1982.
- HISPALIS Georges, « Pourquoi tant de loi(s) », in : *Pouvoirs*, n° 114, septembre 2005, p. 101 ss.
- HOFFMANN-RIEM Wolfgang/SCHMIDT-ABMANN Eberhard/VOBKUHLE Andreas, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. I – III, Munich, 2006 – 2009.
- HOFFMANN-RIEM Wolfgang, « Législation expérimentale en Allemagne », in : Morand (dir.), *Evaluation législative et lois expérimentales*, Aix-en-Provence, 1993, p. 177 ss.
- HÖFLER Stefan/NUSSBAUMER Markus/XANTHAKI Helen, « Legislative drafting », in : *Legislation in Europe : a Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners*, Oxford/Portland, 2017, p. 145 ss.
- HÖFLER Stefan/UHLMANN Felix/BOXLER Adrian, « Der « Monster-Paragraf » – wie (un-)verständlich ist er wirklich? », in : *LeGes*, 2017/1, p. 97 ss.
- HÖFLER Stefan, « Die Redaktion von Verweisen unter dem Aspekt der Verständlichkeit », in : *LeGes*, 2015/2, p. 325 ss.
- HÖFLER Stefan, *Die verwaltungsinterne Verständlichkeitskontrolle im Rechtsetzungsverfahren des Bundes*, Berne, 2015.
- HÖFLER Stefan, « Gute Gesetzessprache aus dem Blickwinkel der Verwaltung : die Redaktionskommission der schweizerischen Bundesverwaltung » in: Uhlmann/Höfler (éd.), *Gute Gesetzessprache als Herausforderung für die Rechtsetzung*, Zurich /St-Gall, 2018, p. 65 ss.
- HOMANS George Caspar, *Social Behaviour: Its elementary forms*, New York, 1961.
- HOMMEL Karl Ferdinand, *Principis cura leges oder des Fürsten höchste Sorgfalt: die Gesetze*, Karlsruhe, 1975 (1^{re} parution en 1765).
- HOPPE Robert, « Ex Ante Evaluation of Legislation: Between Puzzling and Powering » in : Verschuuren (éd.), *The Impact of Legislation: A Critical Analysis of Ex Ante Evaluation*, Leyde, 2009, p. 81 ss.
- HORN Hans-Detlef, *Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz*, Berlin, 1989.

- HORST Johan, « Lex Financiaria. Das transnationale Finanzmarktrecht der International Swaps and Derivatives Association (ISDA) », in : *Archiv des Völkerrechts*, 4/2015, p. 461 ss.
- HOTTELIER Michel/TANQUEREL Thierry, « Le règlement de l'assemblée constituante genevoise », in : *La Semaine judiciaire, II, Doctrine*, vol. 132, n° 1, 2010, p. 1 ss.
- HOTTELIER Michel, « Albert Cohen, juriste au service du droit des réfugiés », in : Hottelier (éd.), *Albert Cohen, L'écrivain au service de l'Etat de droit*, Genève, 2011, p. 3 ss.
- HOTZ Reinhold, « Weiterentwicklung der schweizerischen gesetzestechnischen Richtlinien », in : Kindermann (éd.), *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, Berlin etc., 1982, p. 152 ss.
- HOTZ Reinhold, *Methodische Rechtsetzung: eine Aufgabe der Verwaltung*, Zurich, 1983.
- HOULE France, *Analyses d'impact et consultations réglementaires au Canada. Étude sur les transformations du processus réglementaire fédéral : de la réglementation pathogène à la réglementation intelligente*, Cowansville, 2012.
- HOWLETT Michael, « Policy Design: What, Who, How, and Why? », in : Halpern/Lascoumes/Le Galès (dir.), *L'instrumentation de l'action publique : controverses, résistances, effets*, Paris, 2014, p. 281 ss.
- HUBER Eugen, *Code civil suisse : exposé des motifs*, Berne, 1901.
- HUBER Eugen, *Recht und Rechtsverwirklichung. Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie*, 2^e éd., Bâle, 1925.
- HUG Walther, « Gesetzesflut und Rechtsetzungslehre », in : Klug/Ramm/Rittner/Schmiedel (éd.), *Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozeßrecht*, Berlin/Heidelberg, 1978, p. 3 ss.
- HUGGER Werner, *Gesetze, ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung: Ein Handbuch für Praxis und Studium Taschenbuch*, Baden-Baden, 1983.
- HULOT Nicolas/BARBAULT Robert/BOURG Dominique, *Pour que la terre reste humaine*, Paris, 1999.
- HUTTER GEROSA Catherine, « L'esame materiale e formale della legislazione del Cantone Ticino », in : *LeGes*, 2007/3, p. 465 ss.
- IMHOF Jan, « Die Verfassung des Kantons Appenzell Ausserrhoden auf dem Prüfstand », in : *LeGes*, 2016/1, p. 51 ss.
- IRRESBERGER Karl/JASIAK Anna, « Publication », in : Karpen/Xanthaki (éd.), *Legislation in Europe: a Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners*, Oxford/Portland, 2017, p. 165 ss.
- ISABEL Thibault, *Pierre-Joseph Proudhon : l'anarchie sans le désordre*, Paris, 2017.
- ISSALYS Pierre, *Répartir les normes : le choix entre les formes d'action étatique*, Québec, 2000.
- IVANOV Daniela, « La proportionnalité des actes normatifs », in : *Jusletter*, 24 octobre 2016.
- IZUMO Takashi, *Die Gesetzgebungslehre im Bereich des Privatrechts bei Christian Thomasius*, Francfort-sur-le-Main, 2015.
- JACCARD Marc Pierre, *Computersimulation in der Gesetzesplanung*, Zurich, 1978.
- JACOB Steve/DAIGNEAULT Pierre-Marc, « Gouvernance et implication des parties prenantes dans l'évaluation des politiques : panacées ou boîte de pandore ? », in : Rouillard/Burlone (dir.), *L'État et la société civile sous le joug de la gouvernance*, Québec, 2011, p. 217 ss.
- JACOB Steve/OUVRARD Laurence, « L'évaluation participative : Avantages et difficultés d'une pratique innovante », in : *Cahiers de la performance et de l'évaluation*, Québec, 2009.

- JACOB Steve/VARONE Frédéric/GENARD Jean-Louis, *L'évaluation des politiques au niveau régional*, Bruxelles, 2007.
- JAMES Oliver/JILKE Sebastian R./VAN RYZIN Gregg G. (éd.), *Experiments in Public Administration Research: Challenges and Contributions*, Cambridge, 2017.
- JEANNERAT Eloi, *L'organisation régionale conventionnelle à l'aune du droit constitutionnel suisse : étude de problèmes choisis posés par la collaboration intercantonale et intercommunale*, Neuchâtel, 2018.
- JEFFERY Clarence Ray, *Crime prevention through environmental design*, Beverly Hills, 1971.
- JÉGOUZO Yves « Y a-t-il une maladie de la norme ? », tribune, in : *Actualité juridique Droit administratif*, n° 38, 2012, p. 2081.
- JÉGOUZO Yves, « Inflation normative et externalisation des contrôles », in : *Actualité juridique Droit administratif*, n° 3, 2003, p. 105 ss.
- JENNI Sabine, « Direkte und indirekte Europäisierung der schweizerischen Bundesgesetzgebung », in : *LeGes*, 2013/2, p. 489 ss.
- JOCHUM Margit/LEDERMANN Simone, « La démarche légistique entre théorie et pratique », in : *LeGes*, 2009/1, p. 87 ss.
- JOHN Peter/MACDONALD Elizabeth/SANDERS Michael, « Targeting voter registration with incentives: A randomized controlled trial of a lottery in a London borough », in : *Electoral Studies*, vol. 40, décembre 2015, p. 170 ss.
- JOHN Peter/SANDERS Michael/WANG Jennifer, *The Use of Descriptive Norms in Public Administration: A Panacea for Improving Citizen Behaviours?* (ssrn.com/abstract=2514536, [s. l.], 2014.
- JOHN Peter, *How far to nudge?: assessing behavioural public policy*, Cheltenham/Northampton, 2018.
- JONAS Hans, *Le Principe responsabilité : Une éthique pour la civilisation technologique* (trad. Jean GREISCH), Paris, 1995 (1^{re} parution en 1979 sous le titre *Das Prinzip Verantwortung*).
- JOUANJAN Olivier/MÜLLER Friedrich, *Avant dire droit. Le texte, la norme et le travail du droit*, Québec, 2007.
- JOULE Robert-Vincent/BEAUVOIS Jean-Léon, *La soumission librement consentie : comment amener les gens à faire librement ce qu'ils doivent faire ?*, 5^e éd, Paris, 2006.
- JOULE Robert-Vincent/BEAUVOIS Jean-Léon, *Petit traité de manipulation à l'usage des honnêtes gens*, Grenoble, 2002.
- JULLIEN François, *Traité de l'efficacité*, Paris, 1996.
- KABBA Kadija, « Gender-neutral language: an essential language tool to serve precision, clarity and unambiguity », in : Xanthaki (éd.), *Enhancing Legislative Drafting in the Commonwealth: A Wealth of Innovation*, Londres, 2015, p. 50 ss.
- KAHNEMAN Daniel/TVERSKY Amos, « Choices, Values, and Frames », in : *American Psychologist*, 39 (4), 1984, p. 341 ss.
- KAHNEMAN Daniel/TVERSKY Amos, « Intuitive prediction: Biases and corrective procedures », in : *TIMS Studies in Management Science*, 12, 1979, p. 313 ss.
- KAHNEMAN Daniel/TVERSKY Amos, « Prospect theory: An analysis of decision under risk », in : *Econometrica*, vol. 47, 1979, p. 263 ss.
- KAHNEMAN Daniel, *Thinking fast and slow*, New York, 2011.

- KARPEN Ulrich, « Art. 170 : Evaluation of effectiveness », in: Weerts/Rossat-Favre/Guy-Ecabert/Benoît/Flückiger (éd.), *Révision imaginaire de la Constitution fédérale*, Bâle, 2018, p. 297 ss.
- KARPEN Ulrich/XANTHAKI Helen (éd.), *Legislation in Europe: a Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners*, Oxford/Portland, 2017.
- KARPEN Ulrich, « Instructions for Law Drafting », in : *European Journal of Law Reform*, 2008, p. 163 ss.
- KATZ Daniel/BOMMARITO Michael, « Measuring the Complexity of the Law: The United States Code », in : *Artificial Intelligence and Law*, vol. 22, 2014, p. 337 ss.
- KAUFMANN-KOHLER Gabrielle, « Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity », in : *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, p. 1 ss.
- KELEMEN Daniel, « Eurolegalism and the Better Regulation Agenda », in: *Garben/Govaere (éd.), The EU Better Regulation Agenda: A Critical Assessment*, Portland, 2018, p. 205 ss.
- KELLER Adolf, *Die Kritik, Korrektur und Interpretation des Gesetzeswortlautes*, thèse, Zurich, 1960.
- KELLER Helen, « Codes of Conduct and their Implementation: the Question of Legitimacy. », in : Wolfrum/Rüdiger, *Legitimacy in International Law*, Berlin, 2008, p. 219 ss.
- KELLER Lucy, « Die Evaluation von Gesetzen: ein Beitrag zur Rationalisierung der Rechtsetzung », in : *recht*, 2018, p. 51 ss.
- KELLER Lucy, « *Runde Tische* » in der Gesetzgebung: eine staatsrechtliche und rechtstheoretische Analyse informeller Verhandlungen im schweizerischen Gesetzgebungsverfahren, Zurich, 2008.
- KELLY Patrick, « The Twilight of Customary International Law », in : *Virginia Journal of International Law*, vol. 40, n° 2, 2000.
- KELSEN Hans, *Théorie pure du droit* (trad. Charles EISENMANN), Paris, 1962.
- KEMMERER Alexandra et al. (éd.), *Choice Architecture in Democracies: Exploring the Legitimacy of Nudging*, Baden-Baden, 2016.
- KEMPTNER Anna/STURM Franz, « Deregulierung des Kärntner Landes- und Gemeinderechtes », in : Schäffer (éd.), *Evaluierung der Gesetze/Gesetzesfolgenabschätzung*, Vienne, 2007, p. 63 ss.
- KESSLER Marie-Christine/LASCOUMES Pierre/SETBON Michel/THOENIG Jean-Claude, *Evaluation des politiques publiques*, Paris, 1998.
- KETTIGER Daniel/SÄGESESSER Thomas (éd.), *Kommentar zum Publikationsgesetz des Bundes*, Berne, 2011.
- KETTIGER Daniel, *Gesetzescontrolling: Ansätze zur nachhaltigen Pflege von Gesetzen*, Berne/Stuttgart/Vienne, 2000.
- KIESLER Charles A., *The Psychology of Commitment: experiments linking behaviour to belief*, New York, 1971.
- KINDERMANN Harald, « Symbolische Gesetzgebung », in : Grimm/Maihofer (éd.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, vol. 13, Opladen, 1988, p. 222 ss.
- KINGSBURY Benedict, « Indicators and Governance by Information in the Law of the Future », in : Muller et al. (éd.), *The Law of the Future and the Future of Law*, Oslo, 2011.

- KIRCHHOF Paul, « Entparlamentarisierung der Demokratie ? », in : Kaiser/Zittel (éd.), *Demokratietheorie und Demokratieentwicklung : Festschrift für Peter Graf Kielmansegg*, Wiesbaden, 2004, p. 359 ss.
- KIRKPATRICK Colin H./PARKER David (éd.), *Regulatory Impact Assessment: Towards Better Regulation?*, Cheltenham, 2007.
- KLETZLEN Anne, *L'Automobile et la Loi : Comment est né le code de la route ?*, Paris, 2000.
- KLOEPFER Michael, « Gesetzgebungsoutsourcing: Die Erstellung von Gesetzentwürfen durch Rechtsanwälte », in : *NJW*, 2011, p. 131 ss.
- KLÖTI Ulrich/SCHNEIDER Gerald, *Die Informationsbeschaffung des Gesetzgebers: eine vergleichende Evaluationsstudie zur Bedeutung von Wirkungsanalysen im Schweizer Legiferungsprozess*, Grösch, 1989.
- KNAPP Blaise, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., 1991, Bâle.
- KNOEPFEL Peter/LARRUE Corinne/VARONE Frédéric/SAVARD Jean-François, *Analyse et pilotage des politiques publiques : France, Suisse, Canada*, Québec, 2015.
- KNOEPFEL Peter/NAHRATH Stéphane/SAVARY Jérôme/VARONE Frédéric, *Analyse des politiques suisses de l'environnement*, Zurich, 2010.
- KNOEPFEL Peter/VARONE Frédéric/BUSSMANN Werner/MADER Luzius, « Les objets et critères d'évaluation », in : Busmann/Klöti/Knoepfel (éd.), *Politiques publiques : évaluation*, Paris, 1998, p. 73 ss.
- KNOEPFEL Peter, « Quand les indicateurs deviennent la norme », in : *Mélanges Pierre Moor*, Berne, 2005.
- KNOEPFEL Peter, « The Clean-Up of Lake Sempach – The Raising from the Dead: Conditions for the Success of Environmental Policy in Switzerland », in : Jänicke/Weidner (éd.), *Successful Environmental Policy: A Critical Evaluation of 24 Cases*, Berlin, 1995, p. 104 ss.
- KNOEPFEL Peter, *Les ressources d'action publique : vers une nouvelle lecture du pouvoir*, Zurich/Genève, 2017.
- KOLACINASKI David, *Analyse économique des droits de l'homme*, Rennes, 2004.
- KÖLBE Josef, « Pläne im Bundesmaßstab oder auf bundesrechtlicher Grundlage », in : Kaiser (éd.), *Planung I*, Baden-Baden, 1965, p. 91 ss.
- KOLLER Heinrich, « Die Selbstregulierung im neuen Rechnungslegungs und Revisionsrecht », in : *Der Schweizer Treuhänder*, 1999, p. 427.
- KÖRBER Sandro, « Experimentelle Rechtsetzung », in : *LeGes*, 2015/2, p. 385 ss.
- KOIROUTAKIS Antonios, *The Constitutional Value of Sunset Clauses: An historical and normative analysis*, Abingdon-on-Thames, 2017.
- KRAMER Ernst A., *Juristische Methodenlehre*, Berne, 1998.
- KRAMER Sarah, « Should Robots Make Law? », in : *The Regulatory Review*, 9 octobre 2017.
- KRÜPER Julian, « Lawfirm – legibus solutus? Legitimität und Rationalität des inneren Gesetzgebungsverfahrens und das < Outsourcing > von Gesetzentwürfen », in : *Juristenzeitung*, 2010, p. 655 ss.
- KUONEN Nicolas, « Les précontrats ou la renaissance de l'hydre de Lerne », in : *Revue de droit suisse*, vol. 1, Bâle, 2011, p. 313 ss et 320.
- KUONEN Nicolas, *La responsabilité précontractuelle : analyse historique : étude de la phase précontractuelle et des instruments précontractuels : théorie générale en droit suisse*, Zurich, 2007.

- KURATLI Peter, *Die öffentliche Statistik im Recht*, Zurich/Saint-Gall, 2017.
- LAFFERTY William/HOVDEN Eivind, « Environmental policy integration: towards an analytical framework », in : *Environmental Politics*, vol. 12(3), 2003, p. 1 ss.
- LAGACÉ Jacques, « L'accessibilité du langage des lois », in : Tremblay (éd.), *Éléments de légistique : comment rédiger les lois et les règlements*, Cowansville, 2010, p. 421 ss.
- LAGOUTTE Stéphanie/GAMMELTOFT-HANSEN Thomas/CERONE John, *Tracing the roles of soft law in human rights*, Oxford, 2016.
- LALANDE André, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 2^e volume, Paris, 1993 (1^{re} parution en 1926).
- LALONDE Louise, « Le concept de force normative, écluse vers une « théorie ouverte du droit » ? Présupposés et déplacements », in : Lalonde/ Bernatchez, *La norme juridique « réformatée » : Perspectives québécoises des notions de force normative et de sources revisitées*, Sherbrooke, 2016, p. 159 ss.
- LAMB Brian, *The Good Guide to Campaigning and Influencing*, Londres, 2011.
- LANDERER Nino, *Mass Media and Political Decision-Making: Analyzing Mediatization in Switzerland*, Baden-Baden, 2015.
- LANNEAU Régis, entrée « Capture », in : Bazex et al. (éd.), *Dictionnaire des régulations 2016*, Paris, 2015.
- LANZ Christoph, « Gute Gesetzgebung: Wie können Ratsmitglieder und Parlamentsdienste dazu beitragen? », in : *Parlement*, n° 1, 2016, p. 10 ss.
- LANZ Christoph, *Politische Planung und Parlament: die Partizipation des Parlamentes an politischen Planungen in der Schweiz*, Berne, 1977.
- LASCOUMES Pierre/SETBON Michel, *L'évaluation pluraliste des politiques publiques*, Paris, 1996.
- LASCOUMES Pierre, « Effectivité », in : Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, 1993.
- LASSERRE-KIESOW Valérie, « Comment faire les lois ? L'éternel retour d'un défi », in : Drago (dir.), *La confection de la loi*, Paris, 2005, p. 209 ss.
- LATTY Franck, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Leyde, 2007.
- LATZER Michael et al., « Protection de la jeunesse face aux médias : analyse de l'autorégulation en Suisse », in : *Sécurité sociale*, n° 4, Berne, 2015, p. 220 ss.
- LE BON Gustave, *Psychologie des foules*, 9^e éd., Paris, 1895.
- LE COZ Pierre, *Le gouvernement des émotions... et l'art de déjouer les manipulations*, Paris, 2014.
- LE FLOCH Guillaume, « L'évolution de la soft law vers la hard law est-elle comparable en droit interne et en droit international ? », in : Deumier/Sorel (éd.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne européen et international*, Issy-les-Moulineaux, 2018, p. 335 ss.
- LE GALL Yvon, « Le prince et la norme chez Louis Le Caron et chez Pierre Charron », in : Hoareau-Dodinau/Métairie/Texier (éd.), *Le prince et la norme, ce que légiférer veut dire*, Limoges, 2007, p. 133 ss.
- LE MAY Denis, « Pour un manuel de légistique », in : *Les Cahiers de droit*, vol. 21, n° 3-4, 1980, p. 993 ss.
- LEBARON Genevieve/RÜHMKORF Andreas, « Steering CSR Through Home State Regulation: A Comparison of the Impact of the UK Bribery Act and Modern Slavery Act on Global Supply Chain Governance », in : *Global Policy*, vol. 8, mai 2017, p. 15 ss.

- LEENES Ronald, « Framing Techno-Regulation: An Exploration of State and Non-State Regulation by Technology », *Legisprudence*, vol 5/2, 2011, p. 143 ss
- LEEuw Frans/SCHMEETS Hans, *Empirical Legal Research: A Guidance Book for Lawyers, Legislators and Regulators*, Cheltenham, 2016.
- LEISNER Walter, *Die Prognose im Staatsrecht*, Berlin, 2015.
- LEMPEN Karine, « Les Conventions de l'OIT sur la maternité (n° 183) et le travail domestique (n° 189) », in : Wyler/Meier/Marchand (éd.), *Regards croisés sur le droit du travail : Liber Amicorum pour Gabriel Aubert*, Genève, 2015, p. 203 ss.
- LENOBLE Jacques/OST François, *Droit, mythe, raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, 1980.
- LEROYER Anne-Marie, « Légistique », in : Alland/Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, 2003, p. 922.
- LESSIG Lawrence, « Social Meaning and Social Norms », in : *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 144, 1996, p. 2181 ss.
- LESSIG Lawrence, *Architecting for Control*, Draft 1.0 (cyber.harvard.edu/works/lessig/camkey.pdf), [s. l.], 2000.
- LESSIG Lawrence, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999.
- LEUTHOLD Margrit, « Die medizinisch-ethischen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) », in : *LeGes*, 2006/3, p. 13 ss.
- LEVI-FAUR David, *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham, 2011.
- LÉVY-BRUHL Henri, « La Science du Droit ou « Juristique » », in : *Cahiers Internationaux de Sociologie*, vol. 8, Paris, 1950, p. 123 ss.
- LEWKOWICZ Gregory, « Gouverner les États par les indicateurs : le cas des agences de notation de crédit », in : Frydman/van Waeyenberge (dir.), *Gouverner par les standards et les indicateurs : de Hume aux rankings*, Bruxelles, 2014, p. 145 ss.
- LIENHARD Andreas, « Art. 5b: Grundsätze wirksamen und wirtschaftlichen Handelns », in: Weerts/Rossat-Favre/Guy-Ecabert/Benoît/Flückiger (éd.), *Révision imaginaire de la Constitution fédérale*, Bâle, 2018, p. 37 ss.
- LIENHARD Andreas/MARTI LOCHER Fabienne, « Art. 170 », in : Waldmann/Belser/Epiney (éd.), *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Bâle, 2015.
- LIENHARD Andreas, « Das Neue Führungsmodell für die Bundesverwaltung (NFB): Eine verfassungsrechtliche Einschätzung », in : Waldmann/Belser (éd.), *Mehr oder weniger Staat? Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag*, Berne, 2015, p. 247 ss.
- LIENHARD Andreas, *Staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Public Management in der Schweiz, Analyse – Anforderungen – Impulse*, Berne, 2005.
- LINDELL Bengt, *Multi-criteria Analysis in Legal Reasoning*, Cheltenham, 2017.
- LINDER Wolf, « La planification en tant que processus social », in : Morand (éd.), *Les instruments d'action de l'Etat*, Bâle etc., 1991, p. 7 ss.
- LINDER Wolf, « Planung und Verfassung », in : *Revue de droit suisse*, vol. 1, Bâle, 1977, p. 369 ss.
- LINDER Wolf, « Überrollt uns ein Gesetzesflut? », in : *ZBl*, 1985, p. 417 ss.
- LING Tom, « Unknowns and Ex Ante Evaluation: The Case for Scenario-Based Approaches », in : Furubo/Rist/Speer (éd.), *Evaluation and Turbulent Times: Reflections on a Discipline in Disarray*, New Brunswick (NJ), 2013, p. 71 ss.

- LIPSKY Michael, *Street-Level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Services*, New York, 1980.
- LIVET Pierre, « Dans quelles conditions les émotions collectives peuvent-elles bloquer ou aider la délibération démocratique ? », in : *Revue européenne des sciences sociales*, tome 45, 2007, p. 111 ss.
- LLEWELLYN Karl N., « The Normative, the Legal and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method: Being Also an Effort to Integrate the « Legal » Into Sociological and Political Theory », in : *Yale Law Journal*, vol. 49, n° 8, 1940, p. 1355 ss.
- LODGE Martin, « Bessere Regulierung: Anspruch und Realität », in : *LeGes*, 2017/3, p. 487 ss.
- LÖTSCHER Andreas/NUSSBAUMER Markus, « 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 ss.
- LÖTSCHER Andreas, « Die (Un-)Verständlichkeit von Gesetzen – eine Herausforderung für die Gesetzesredaktion », in : *Zeitschrift für europäische Rechtslinguistik*, 20 juin 2016.
- LUPO Nicola/SCAFFARDI Lucia (éd.), *Comparative Law in Legislative Drafting: The Increasing Importance of Dialogue amongst Parliaments*, La Haye, 2014.
- MACHIAVEL Nicolas, *Le Prince* (trad. Jean Vincent PÉRIÈS), Paris, 1851 (1^{re} parution à Florence en 1532 sous le titre *Il Principe*).
- MACKAAY Ejan/ROUSSEAU Stéphane, *Analyse économique du droit*, Paris, 2008.
- MADER Luzius/KROPF Catherine, « Verweisungen auf das Recht der Europäischen Union in der Bundesgesetzgebung: Vom Fotografieren und Filmen », in : *Die Schweiz und die europäische Integration : 20 Jahre Institut für Europarecht*, Zurich, 2015, p. 69 ss.
- MADER Luzius/MATTHEY-DORET Luc, « Normenflut und Regelungsdichte : ein demoskopischer Nachklang », in : *LeGes*, 1990/1(2), p. 51 ss.
- MADER Luzius/MOLL Chris (éd.), *The Learning Legislator*, Baden-Baden, 2009.
- MADER Luzius/ TAVARES DE ALMEIDA Marta, *Quality of Legislation : Principles and Instruments*, Baden-Baden, 2011.
- MADER Luzius, « Art. 170 der Bundesverfassung: Was wurde erreicht, was ist noch zu tun? », in : *LeGes*, 2005/1, p. 29 ss.
- MADER Luzius, « Die institutionelle Einbettung der Evaluationsfunktion in der Schweiz », in : Widmer/Beywl/Fabian (éd.), *Evaluation: Ein systematisches Handbuch*, Wiesbaden, 2009, p. 52 ss.
- MADER Luzius, « Die Rolle der Zivilgesellschaft und die Bedeutung der Konsultationsverfahren für die nationale Rechtsetzung in Europa », in: Schäffer/Iliopoulos-Strangas (éd.), *Staatsmodernisierung in Europa*, Berlin, 2007, p. 53 ss.
- MADER Luzius, « Evaluating the effects: A contribution to the quality of legislation », in : *Statute Law Review*, vol. 22, n° 2, 2001, p. 119 ss.
- MADER Luzius, « Experimentelle Gesetzgebung », in : Grimm/Maihofer (éd.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, vol. 13)*, Opladen, 1988, p. 211 ss.
- MADER Luzius, « La législation expérimentale en Suisse », in : Morand (éd.), *Evaluation législative et lois expérimentales*, Aix-en-Provence, 1993, p. 221 ss.
- MADER Luzius, « Le rôle des clauses d'évaluation dans le processus législatif fédéral », in : Horber-Papazian (éd.), *Regards croisés sur l'évaluation en Suisse*, Lausanne, 2015, p. 67 ss.

- MADER Luzius, « Législation et légisprudence », in : Chappelet (dir.), *Contributions à l'action publique*, Lausanne, 2006, p. 193 ss.
- MADER Luzius, *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Lausanne, 1985.
- MADER Luzius, « Materielle und formelle Überprüfung der Gesetzgebung: auf dem Weg zu einer besseren Gesetzgebung », in : *LeGes*, 2007/3, p. 391 ss.
- MADER Luzius/RÜTSCHÉ Bernhard, « Regulierung, Deregulierung, Selbstregulierung : Anmerkungen aus legistischer Sicht », in : *Revue de droit suisse*, vol. 2, Bâle, 2004, p. 3 ss.
- MADER Luzius, « Stand und Entwicklungstendenzen der Gesetzesfolgenabschätzung in der Schweiz: Perspektiven und Entwicklungstendenzen », in : Hensel/Bizer/Führ/Lange (éd.), *Gesetzesfolgenabschätzung in der Anwendung: Perspektiven und Entwicklungstendenzen*, Baden-Baden, 2010, p. 252 ss.
- MADER LUZIUS, « Vom Kampf ums Recht zur Pflege der Gesetzgebung: neuere Bestrebungen des Bundes zur Verbesserung der Qualität der Gesetzgebung », in : Knoepfel (éd.), *Réformes de politiques institutionnelles et action publique*, Lausanne, 2009, p. 183 ss.
- MAGGETTI Martino/EWERT Christian/TREIN Philipp, « Not Quite the Same: Regulatory Intermediaries in the Governance of Pharmaceuticals and Medical Devices », in : *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 670(1), 2017, p. 152 ss.
- MAGGETTI Martino/GILARDI Fabrizio, « Problems (and Solutions) in the Measurement of Policy Diffusion Mechanisms », in : *Journal of Public Policy*, vol. 36, 2016, p. 87 ss.
- MAHLMANN Matthias, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 3^e éd., Baden-Baden, 2015.
- MALAURIE Philippe, « L'intelligibilité des lois », in : *Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 133.
- MALJEAN-DUBOIS Sandrine (éd.), *La société internationale et les enjeux bioéthiques*, Aix-en-Provence, 2006.
- MANFRINI Pierre-Louis, « Les contrats de marchés publics mis au service de la poursuite d'une politique publique », in : Morand (éd.), *Les instruments d'action de l'Etat*, Bâle etc., 1991, p. 127 ss.
- MANGILLI Fabien, « Le Parlement : un législateur créatif ? La situation de Genève à l'exemple d'un projet de loi déposé par un député », in : *Parlement, Bulletin d'information de la Société suisse des questions parlementaires*, 2007/3, p. 17 ss.
- MANUFACTURE FRANÇAISE DES PNEUMATIQUES MICHELIN, *Guide Michelin pour l'Algérie et la Tunisie*, Paris, 1907.
- MARCHAND Sylvain, *Le discours triomphant : manuel de rhétorique*, Genève/Zurich, 2018.
- MARCUS George, *Le citoyen sentimental : Émotions et politique en démocratie*, Paris, 2008.
- MARINESE Vito, *L'idéal législatif du Conseil constitutionnel : étude sur les qualités de la loi*, thèse dactylographiée (Paris X), Nanterre, 2007.
- MARQUIS Julien, *La qualité pour agir devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Zurich, 2017.
- MARTENET Vincent/BOVET Christian/TERCIER Pierre (éd.), *Droit de la concurrence*, 2^e éd., Bâle, 2013.
- MARTENET Vincent, « La liberté contractuelle saisie par le droit de la concurrence », in : Braun (éd.), *Actualités du droit des contrats – Le contrat à la croisée des chemins*, Lausanne, 2008, p. 81 ss.
- MARTENET Vincent, *Architecture des pouvoirs*, Zurich, 2016.

- MARTENET Vincent, *Géométrie de l'égalité*, Zurich/Bâle/Genève, 2003.
- MARTENET Vincent, *Pour un pacte européen*, Zurich, 2017.
- MARTI Arnold, « Aufgabenteilung zwischen Staat und Privaten auf dem Gebiet der Rechtsetzung : Ende des staatlichen Rechtsetzungsmonopols ? », in : *Pratique juridique actuelle (PJA)*, n° 10, 2002, p. 1154 ss.
- MARTIN Frédéric, « Aux grands maux les formes brèves : équivoque des règles et sens de la formule dans le discours juridique (XV^e-XVII^e s.) », in : Giavarini (éd.), *Pouvoir des formes, écriture des normes : brièveté et normativité (Moyen Âge – Temps Modernes)*, Dijon, 2017, p. 89 ss.
- MASQUELIN Jean/FREY Sylvain, *Légistique formelle. Règles pratiques pour la rédaction des lois et arrêtés*, 1^{re} éd., Courtrai, 1950.
- MASSIEU Virginie, *L'expérimentation législative sous la V^e République*, thèse manuscrite (École doctorale de droit et sciences humaines), Cergy-Pontoise, 2009.
- MASTENBROEK Ellen, « Guardians of EU law ? Analysing roles and behaviour of Dutch legislative drafters involved in EU compliance », in : *Journal of European Public Policy*, 2017, p. 1289 ss.
- MASTRONARDI Philippe, « Experimentelle Rechtsetzung im Bund », in : *Revue de droit suisse*, vol. 1, 1991, p. 449 ss.
- MATHIEU Bertrand, *La loi*, 2^e éd., Paris, 2004.
- MATHIS Klaus/STEFFEN Ariel David, « From Rational Choice to Behavioural Economics : Theoretical Foundations, Empirical Findings and Legal Implications », in : Mathis (éd.), *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*, Cham etc., 2015, p. 31 ss.
- MATHIS Klaus, « Consequentialism in Law », in : Mathis (éd.), *Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations*, Dordrecht etc., 2011, p. 3 ss.
- MATHIS Klaus, *Effizienz statt Gerechtigkeit? Auf der Suche nach den philosophischen Grundlagen der Ökonomischen Analyse des Rechts*, 3^e éd., Berlin, 2009.
- MATHIS Klaus, « Utility Maximization », in : *Encyclopedia of Law and Society: American and Global Perspectives*, vol. 3, Thousand Oaks, 2007, p. 1543 ss.
- MATHYS Laetitia, *Les conventions-programmes : un nouvel outil pour la collaboration verticale en Suisse*, Lausanne, 2016.
- MATTILA Heikki E. S., *Comparative legal linguistics: language of law, latin and modern lingua francas*, Farnham, 2013.
- MAXEINER James, *Failures of American Methods of Lawmaking in Historical and Comparative Perspectives*, Cambridge/New York, 2018.
- MAZBOURI Malik/VALLOTTON François (dir.), *Scandale et histoire*, Lausanne, 2016.
- MCCRUDDEN Christopher/KING Jeff, « The Dark Side of Nudging: The Ethics, Political Economy, and Law of Libertarian Paternalism », in : Kemmerer *et al.* (éd.), *Choice Architecture in Democracies: Exploring the Legitimacy of Nudging*, Baden-Baden, 2016, p. 75 ss.
- MCGINN Thomas, « The Expressive Function of Law and the Lex Imperfecta », in : *Roman Legal Tradition*, vol. 11, 2015, p. 1 ss.
- MCGINNIS John/WASICK Steven, « Law's Algorithm », *Florida Law Review*, vol. 66/3, 2015, p. 991 ss.
- MEDER Stephan, « *Ius non scriptum* » : *Traditionen privater Rechtsetzung*, 2^e éd revue et étendue, Tübingen, 2009.

- MEDINA ORTEGA Manuel, « Soft law et principes démocratiques », in : Péraldi Leneuf (éd.), *La légistique dans le système de l'Union européenne : Quelle nouvelle approche ?*, Bruxelles, 2012, p. 191 ss.
- MENTING Marie-Claire, « Industry codes of conduct, the foundations of contract law and regulation: a bottom-up perspective », in : Brownsword/van Gestel/Micklitz (éd.), *Contract and Regulation: A Handbook on New Methods of Law Making in Private Law*, Cheltenham, 2017, p. 39 ss.
- MERTEN Manfred, « Effektivitäts- und Produktivitätssteigerung durch Ablaufoptimierung im öffentlichen Bereich », in : Schäffer (éd.), *Evaluierung der Gesetze*, Vienne, 2007, p. 83 ss.
- MERTENS Bernd, « Mehrsprachige Gesetzgebung aus historisch-vergleichender Sicht », in : *ZNR*, 2013, p. 157 ss.
- MERTENS Bernd, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen*, Tübingen, 2004.
- MERTON Robert K., « The Unanticipated Consequences of Purposive Social Action », in : *American Sociological Review*, vol. 1, iss. 6, 1936, p. 894 ss.
- MEBERSCHMIDT Klaus/OLIVER-LALANA Angel Daniel (éd.), *Rational Lawmaking under Review: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*, Berlin, 2016.
- MEBERSCHMIDT Klaus, « The Procedural Review of Legislation and the Substantive Review of Legislation: Opponents or Allies? », in : Meßerschmidt/Oliver-Lalana (éd.), *Rational Lawmaking under Review: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*, Berlin, 2016, p. 373 ss.
- MEBERSCHMIDT Klaus, *Gesetzgebungsermessen*, Berlin, 2000.
- MEUWESE Anne/SCHELTEMA Michiel/VAN DER VELDEN Lynn, « The OECD Framework for Regulatory Policy Evaluation: An Initial Assessment », in : *European Journal of Risk Regulation*, vol. 6, iss. 1, 2015, p. 101 ss.
- MEUWESE Anne/VAN VOORST Stijn, « Regulatory Impact Assessment in Legal Studies », in : Dunlop/Radaelli (éd.), *Handbook of regulatory impact assessment*, Cheltenham, 2016, p. 21 ss.
- MEUWESE Anne, *Impact Assessment in EU Lawmaking*, La Haye, 2008.
- MICHAEL Lothar, « Private Standardsetter und demokratisch legitimierte Rechtsetzung », in : Bauer/Huber/Sommermann (éd.), *Demokratie in Europa*, Tübingen, 2005, p. 431 ss.
- MICHAELS Ralf, « Comparative Law by Numbers: Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law », in : *American Journal of Comparative Law*, vol. 57, iss. 4, 2009, p. 765 ss.
- MIELKE Bettina/WALSER KESSEL Caroline/WOLFF Christian, « Visualisierungen und deren Verwendung in der Schweizer Justiz », in : *Justice – Justiz – Giustizia*, 2018/2.
- MILET Marc, « La loi saisie par la science : Des legislative studies à la légistique : Genèse et ambivalence de la construction d'une « science législative » », in : Gilberg/Groulier (dir.), *Former à la légistique*, Paris, 2018, p. 145 ss.
- MILLARD Eric, « Les limites des guides de légistique », in : Flückiger/Guy-Ecabert (éd.), *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer : le rôle des guides de légistique*, Genève, 2008, p. 117 ss.
- MINTZBERG Henry, *Grandeur et décadence de la planification stratégique* (trad. Pierre ROMELAER), Paris, 1994.
- MOCKLE Daniel, *La gouvernance, l'État et le droit*, Bruxelles, 2007.

- MOECKLI Daniel, *Exclusion from Public Space: A Comparative Constitutional Analysis*, Cambridge, 2016.
- MOHNHAUPT Heinz (éd.), *Prudentia Legislatoria: Fünf Schriften über die Gesetzgebungsklugheit aus dem 17. und 18. Jahrhundert*, Munich, 2003.
- MONTAIGNE Michel de, *Essais*, Bordeaux, 1595 (texte établi par Pierre VILLEY et Victor-Louis SAULNIER, Paris, 1965).
- MONTEILLET Vanessa, *La contractualisation du droit de l'environnement*, Paris, 2017.
- MONTESQUIEU Charles Louis de Secondat, *De l'esprit des lois*, Genève, 1748.
- MONTESQUIEU Charles Louis de Secondat, *Lettres persanes*, lettre n° 104, Amsterdam, 1721.
- MONTORO CHINER, María Jesús/ SOMMERMAN, Karl-Peter, *Gute Rechtsetzung: La Buena Legislación*, Spire, 2015.
- MOOR Pierre/BELLANGER François/TANQUEREL Thierry, *Droit administratif*, vol. 3 : *L'organisation des activités administratives. Les biens de l'Etat*, 2^e éd., Berne, 2018.
- MOOR Pierre/FLÜCKIGER Alexandre/MARTENET Vincent, *Droit administratif*, vol. 1 : *Les fondements*, 3^e éd., Berne, 2012.
- MOOR Pierre/POLTIER Etienne, *Droit administratif*, vol. 2 : *Les actes administratifs et leur contrôle*, 3^e éd., Berne, 2011.
- MOOR Pierre, « De la difficulté contemporaine à légiférer », in : Griffel (éd.), *Vom Wert einer guten Gesetzgebung*, Berne, 2014, p. 50 ss, reproduit in : MOOR Pierre, *Perméabilité du système juridique*, Laval, 2016, p. 79 ss.
- MOOR Pierre, « Principes du droit de la gestion territoriale », in : Caroni *et al.* (éd.), *Auf der Scholle und in lichten Höhen: Verwaltungsrecht – Staatsrecht – Rechtsetzungslehre: Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag*, Zurich, 2011, p. 299 ss, reproduit in : MOOR Pierre, *Perméabilité du système juridique*, Laval, 2016, p. 93 ss.
- MOOR Pierre, *Dynamique du système juridique : une théorie générale du droit*, Genève etc., 2010.
- MOOR Pierre, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris, 2005.
- MORAND Charles-Albert (éd.), *Le droit saisi par la globalisation*, Bruxelles, 2001.
- MORAND Charles-Albert, « Formes et fonctions de l'évaluation législative », in : Jadot/Ost (dir.), *Elaborer la loi aujourd'hui : mission impossible ?*, Bruxelles, 1999, p. 207 ss.
- MORAND Charles-Albert, « L'action du droit : prolégomènes pour une étude de la mise en œuvre des lois », in : *Recht als Prozess und Gefüge : Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag*, Berne, 1981, p. 93 ss.
- MORAND Charles-Albert, « La croissance normative : comment faire face à une masse de droit considérable ? », in : *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung*, n° 8, 1986, p. 337 ss.
- MORAND Charles-Albert, « Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation », in : *Droit et société*, n° 10, 1988, p. 391 ss.
- MORAND Charles-Albert, « Les nouveaux instruments d'action de l'Etat et le droit », in : Morand (éd.), *Les instruments d'action de l'Etat*, Bâle etc., 1991, p. 237 ss.
- MORAND Charles-Albert, « Les objectifs de la législation : approches diversifiées et complémentaires », in : *Droit prospectif*, n° 39, 1989, p. 853 ss.
- MORAND Charles-Albert, « Les recommandations, les résolutions et les avis du droit communautaire », in : *Cahiers de droit européen*, n° 6, 1970, p. 623 ss.

- MORAND Charles-Albert, « Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles », in : *De la Constitution. Études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1996, p. 57 ss.
- MORAND Charles-Albert, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, 1999.
- MORE Thomas, *L'utopie ou le traité de la meilleure forme de gouvernement* (trad. Marie DELCOURT), Genève, 1983.
- MOREL Christian, *Les décisions absurdes III : l'enfer des règles : les pièges relationnels*, Paris, 2018.
- MORIN Edgar, *Science avec conscience*, Paris, 1990.
- MÜLLER Friedrich, *Discours de la méthode juridique*, Paris, 1996.
- MÜLLER Georg/UHLMANN Felix, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 3^e éd., Zurich, 2013.
- MÜLLER Georg, « Hinweise zu Methode und Verfahren der Rechtsbereinigung und Rechtsverbesserung », in : *LeGes*, 2007/3, p. 417 ss.
- MÜLLER Georg, « Mehr denken beim Lenken », in : Griffel (éd.), *Vom Wert einer guten Gesetzgebung*, Berne, 2014, p. 64 ss.
- MÜLLER Georg, « Rechtsbereinigung – Rechtsverbesserung », in : *ZBl*, 2003, p. 561 ss.
- MÜLLER Georg, « Rechtskenntnis und Gesetzessprache », in : *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1982, p. 549 ss.
- MÜLLER Georg, *Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung*, Bâle/Stuttgart, 1979.
- MÜLLER Jörg Paul, « Zur Relevanz des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 5a BV im Verhältnis der SRG zu privaten Anbietern », in : *Jusletter*, 6 mars 2017.
- MÜLLER Markus, « Die Wissenschaft des öffentlichen Rechts in Zeiten der Ökonomisierung : Denkanstösse », *Revue de droit suisse I*, 2016, p. 411 ss.
- MÜLLER Markus, « Rechtsschutz gegen Verwaltungsrealakte », in : *Berner Tage für die juristische Praxis (BTJP) 2006*, Berne, 2007, p. 313 ss.
- MÜLLER Markus, *Verhältnismässigkeit: Gedanken zu einem Zauberwürfel*, Berne, 2013.
- MÜLLER-GRAF Thomas, « Die Rolle des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern im Verfahren der begleitenden Rechtsetzung », in : *LeGes*, 2016/3, p. 431 ss.
- MÜLLER-GRAF Thomas, « Gute Gesetzessprache aus dem Blickwinkel der Gerichte : Gedanken zu Recht und Sprache aus der Sicht eines Richters », in : Uhlmann/Höfler (éd.), *Gute Gesetzessprache als Herausforderung für die Rechtsetzung*, Zurich /St-Gall, 2018, p. 113 ss.
- MÜNCH Fritz, « La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique : étude exploratoire », in : *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 60, tome I, Paris, 1983 (1^{re} parution en 1976).
- MUNDA Giuseppe, *A social multi-criteria framework for ex-ante impact assessment*, Luxembourg, 2017.
- MUNDA Giuseppe, *Dealing with fairness in public policy analysis: A methodological framework*, Luxembourg, 2017.
- NAMYSŁOWSKA Monika, « Monitoring compliance with contracts and regulations: between private and public law », in : Brownsword/van Gestel/Micklitz (éd.), *Contract and regulation: A Handbook on New Methods of Law Making in Private Law*, Cheltenham, 2017, p. 259 ss.

- NAUNDORF Stephan/RADAELLI Claudio M., « Regulatory Evaluation Ex Ante and Ex Post: Best Practice, Guidance and Methods », in : Karpen/Xanthaki (éd.), *Legislation in Europe: a Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners*, Oxford/Portland, 2017, p. 187 ss.
- NERI-CASTRACANE Giulia, *Les règles de gouvernance d'entreprise comme moyen de promotion de la responsabilité sociale de l'entreprise : réflexions sur le droit suisse dans une perspective internationale*, Genève, 2016.
- NEWMAN Oscar, *Defensible space: crime prevention through urban design*, New York, 1972.
- NIGGLI Marcel, « Evaluation von Gesetzen und die Schwierigkeiten damit », in: *Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie*, 2/2011, p. 12 ss.
- NOLL Peter, « Symbolische Gesetzgebung », in : *Revue de droit suisse*, vol. 1, Bâle, 1981, p. 347 ss.
- NOLL Peter, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek, 1973.
- NORMAN Donald, *The Design of Everyday Things*, New York, 2002 (1^{re} parution à New York en 1988 sous le titre *The Psychology of Everyday Things*).
- NOWAG Julian/GROUSSOT Xavier, « From Better Regulation to Better Adjudication? Impact Assessment and the Court of Justice's Review », in: Garben/Govaere (éd.), *The EU Better Regulation Agenda : A Critical Assessment*, Portland, 2018, p. 185 ss.
- NUSSBAUMER Markus, « « Gendern » in Gesetzen », in : *LeGes*, 2018/1.
- NUSSBAUMER Markus, « Gesetze in « leichter Sprache »? », in : *LeGes*, 2016/1, p. 99 ss.
- OBERSON Xavier, *Les taxes d'orientation – Nature juridique et constitutionnalité*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1991.
- OCHSNER Michel/ROULIN Benoît, « L'usage de la force dans l'exécution forcée », in : *Journal des tribunaux*, 2 : Droit civil, poursuite pour dettes et faillites et procédure civile, vol. 165, n° 1, Lausanne, 2017, p. 86 ss.
- ODERMATT Luzian, « Gesetzgebungsmethodische Strategien der Übernahme privater Normen », in : *LeGes*, 2006/3, p. 85 ss.
- OESCH Matthias, « Die bilateralen Abkommen Schweiz-EU und die Übernahme von EU-Recht », in : *Pratique juridique actuelle (PJA)*, 2017, p. 638 ss.
- OFFREDI Claudine/LAFFUT Michel, « Le bien-être peut-il être un critère d'évaluation de l'action publique ? », in : *Revue française d'administration publique*, n° 148(4), 2013, p. 1003 ss.
- OFNER Julius, « Das Experiment im Recht. Vortrag, gehalten in der Juristischen Gesellschaft in Wien am 28. Dezember 1881 », in : Ofner (éd.), *Beiträge zur exakten Rechtswissenschaft*, Vienne, 1883, p. 7 ss.
- OLIVER-LALANA Angel Daniel/MEßERSCHMIDT Klaus, « On the « Legisprudential Turn » in Constitutional Review: An Introduction », in : Meßerschmidt/Oliver-Lalana (éd.), *Rational Lawmaking under Review: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*, Berlin, 2016, p. 1 ss.
- OLIVER-LALANA Angel Daniel, « Due Post-legislative Process? On the Lawmakers' Constitutional Duties of Monitoring and Revision », in : Meßerschmidt/Oliver-Lalana (éd.), *Rational Lawmaking under Review: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*, Berlin, 2016, p. 257 ss.
- OLIVIER Michèle, « The Relevance of « Soft Law » as a Source of International Human Rights », in : *Comparative and International Law Journal of South Africa*, vol. 35, n° 2, 2002, p. 289 ss.
- OLSCHEWSKI Roland, « Einführung in die ökonomische Bewertung von Umweltgütern », in : *DEP*, 2, 2018, p. 147 ss.

- O'NEIL Cathy, *Algorithmes : la bombe à retardement* (trad. Sébastien Marty), Paris, 2018.
- OST François/VAN DE KERCHOVE Michel (dir.), *Actualité de la pensée de Jérémy Bentham*, Bruxelles, 1987.
- OST François/VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002.
- OST François, « Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », in : Gérard/Ost/van de Kerchove (dir.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles, 1987, p. 163 ss.
- OST François, « La régulation, des horloges et des nuages ... », in : Jadot/Ost (dir.), *Élaborer la loi aujourd'hui, mission impossible ?*, Bruxelles, 1999, p. 11 ss.
- OST François, « Le temps virtuel des lois postmodernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information », in : Clam/Martin (éd.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, 1998, p. 423 ss.
- OST François, *A quoi sert le droit ?*, Bruxelles, 2016.
- ÖTSCH Walter/HORACZEK Nina, *Populismus für Anfänger: Anleitung zur Volksverführung*, Francfort-sur-le-Main, 2017.
- PAGANO Rodolfo, « Qualità della legislazione e normativa italiana in tema », in : *LeGes*, 2007/1, p. 110 ss.
- PAPADOPOULOS Ioannis, « L'usage stratégique des études d'impact dans la procédure législative européenne », in : Philip-Gay (dir.), *Les études d'impact accompagnant les projets de loi*, Paris, 2012, p. 10 ss.
- PAPAUX Alain, « De quelle scientificité parle-t-on en droit ? », in : Tanquerel/Flückiger (éd.), *L'évaluation de la recherche en droit : Enjeux et méthodes (Assessing Research in Law: Stakes and Methods)*, Bruxelles, 2015, p. 59 ss.
- PAPAUX Alain, *Essai philosophique sur la qualification juridique: De la subsumption à l'abduction: L'exemple du droit international privé*, Bruxelles etc., 2003.
- PAPAUX Alain, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, Bruxelles, 2006.
- PAPAUX Alain, « Un droit sans émotions. Iram non novit jus: esquisse des rapports entre sciences et droit », in : *Revue européenne des sciences sociales*, XLVII-144, 2009, p. 105 ss.
- PASACHOFF Eloise, « Two Cheers for Evidence: Law, Research, and Values in Education Policymaking and Beyond », in : *Columbia Law Review*, vol. 117, 2017, p. 1933 ss.
- PATTERSON Dennis, « Transnational Lawmaking », in : Brölmann/Radi (éd.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, Cheltenham, 2016, p. 56 ss.
- PATTON Michael, *Utilization-focused Evaluation*, Beverly Hills, 1978.
- PAUWELYN Joost/WESSEL Ramses A./WOUTERS Jan (éd.), *Informal international law-making*, Oxford, 2012.
- PAYCHÈRE François, « Les institutions supérieures de contrôle des finances publiques : un exemple d'autorités administratives indépendantes », in : *Mélanges en l'honneur de Claude Rouiller*, Bâle, 2016, p. 153 ss.
- PAYCHÈRE François, « Les juristes doivent-ils former le carré ? : Quelques réflexions sur les apports de la logique et de la sémiotique à l'interprétation de textes juridiques », in : *Revue de théologie et de philosophie*, 1987, vol. 37/3, p. 323 ss.
- PÉRALDI LENEUF Fabienne/DE LA ROSA Stéphane (dir.), *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, Paris, 2013.

- PÉRALDI LENEUF Fabienne, « Réflexion sur une évolution singulière : la référence aux droits de l'homme dans les normes techniques », in : *Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruxelles, 2015, p. 753 ss.
- PÉRALDI LENEUF Fabienne, « Vers une externalisation de la production du droit de l'union européenne. L'exemple de la corégulation (policy cooperation) », in : Péraldi Leneuf/de la Rosa (dir.), *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, Paris, 2013, p. 191 ss.
- PÉRALDI LENEUF Fabienne, « Propos introductifs », in : Rubio/Péraldi Leneuf (dir.), *La fabrication du droit de l'UE dans le contexte du « Mieux légiférer »*, Aix-en-Provence, 2017, p. 15 ss.
- PÉRALDI LENEUF Fabienne, « Remarques sur la simplification du droit dans l'UE: le programme pour une réglementation affûtée et performante (REFIT) », in : *LeGes*, 2017/2, p. 255 ss.
- PERELMAN Chaïm/OLBRECHTS-TYTECA Lucie, *Traité de l'argumentation : la nouvelle rhétorique*, Paris, 1958.
- PERELMAN Chaïm, *Justice et raison*, Bruxelles, 1963.
- PERELMAN Chaïm, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », in : *Archives de philosophie du droit*, vol. 23, 1978, p. 35 ss.
- PERRIN Jean-François, « L'élaboration des lois peut-elle faire la matière d'une science ? », in : *Travaux CETEL*, n° 14^{bis}, Genève, 1980, p. 30 ss.
- PERRIN Jean-François, *Sociologie empirique du droit*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1997.
- PÉTERMANN Nathanaël, *Les obligations positives de l'Etat dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : théorie générale, incidences législatives et mise en œuvre en droit suisse*, Berne, 2014.
- PETERS Anne/KOECHLIN Lucy/FÖRSTER Till/FENNER ZINKERNAGEL Greta, *Non-State Actors as Standard Setters*, Cambridge, 2009.
- PETERS Anne, « Privatisierung, Globalisierung und die Resistenz des Verfassungsstaates », in : Mastronardi/Taubert (éd.), *Staats- und Verfassungstheorie im Spannungsfeld der Disziplinen*, Stuttgart, 2006, p. 109 ss.
- PETERS Anne, « Soft Law as a New Mode of Governance », in : Diedrichs/Reiners/Wessels (éd.), *The Dynamics of Change in EU Governance*, Cheltenham, 2011, p. 21 ss.
- PETERS Guy/CAPANO Giliberto/HOWLETT Michael/MUKHERJEE Ishani/CHOU Meng-Hsuan/RAVINET Pauline, *Designing for Policy Effectiveness: Defining and Understanding a Concept*, Cambridge, 2018.
- PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, « Les instruments économiques dans le protocole de Kyoto : L'instauration d'un marché des droits d'émission », in : *DEP*, 1.2 (cahier spécial : séminaire), 2007, p. 87 ss.
- PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, *Droit de l'environnement : vers un droit économique au service de l'environnement*, Genève, 2012.
- PIAGET Emmanuel, « Les exigences en matière d'interprétation et de rédaction de la loi : recherche de règles communes au législateur et à l'interprète », in : *Revue de droit suisse*, 2009, vol 1, p. 285 ss.
- PICHONNAZ Pascal, « Legal Interpretation in Multilingual States: An Opportunity », in : *The Journal of Comparative Law*, vol. 12, iss. 2 (Special Issue, Comparative Legal Reasoning: Essays in Honour of Geoffrey Samuel), Londres, 2017, p. 124 ss.
- PIGNARRE Geneviève, « L'effet pervers des lois », in : *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, Aix-en-Provence, 1994, p. 1097 ss.

- PINKER Steve, *Le triomphe des Lumières : pourquoi il faut défendre la raison, la science et l'humanisme* (trad. Daniel Mirsky), Paris, 2018.
- PIREK Milena, *L'application du droit public dans le temps : la question du changement de loi*, Genève/Zurich/Bâle, 2018.
- PLATON, *Les Lois* (trad. Edouard Des Places), in : Des Places, *Platon, Œuvres complètes*, Tome XI, 2^e partie : Les lois, Livres III-VI, Paris, 1951.
- PLEGER Lyn/SAGER Fritz/MORRIS Michael/MEYER Wolfgang/STOCKMANN Reinhard, « Are Some Countries More Prone to Pressure Evaluators Than Others? Comparing Findings from the United States, United Kingdom, Germany, and Switzerland », in : *American Journal of Evaluation*, 2017, p. 315 ss.
- POLLITT Christopher/SUMMA Hilka, « Evaluation and the Work of Supreme Audit Institutions: an Uneasy Relationship? », in : Kessler *et al.* (éd.), *Evaluation des politiques publiques*, Paris, 1998, p. 63 ss.
- POLTIER Etienne, « Les subventions », in : Lienhard (éd.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, vol. X (Finanzrecht), Bâle, 2011, p. 343 ss.
- POMART Cathy, « La loi expérimentale : Scepticisme autour d'une technique législative en quête d'identité », in : *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, Aix-en-Provence, 2012, p. 1605 ss.
- POPELIER Patricia/VAN DE HEYNING Catherine, « Subsidiarity Post-Brighton: Procedural Rationality as Answer? », in : *Leiden Journal of International Law*, 2017, p. 5 ss.
- POPELIER Patricia/VERLINDEN Victoria, « The Context of the Rise of Ex Ante Evaluation », in : Verschuuren (éd.), *The Impact of Legislation: A Critical Analysis of Ex Ante Evaluation*, Leyde, 2009, p. 11 ss.
- POPELIER Patricia, « A fundamental right to rational law making? », in : *The quality of legal acts and its importance in contemporary legal space*, Riga, 2012, p. 27 ss.
- POPELIER Patricia, « Do instruments of direct democracy meet standards of democratic and proper lawmaking? », in : Mader/Karpen (éd.), *The participation of civil society in the legislative process*, Baden-Baden, 2005, p. 101 ss.
- POPELIER Patricia, « Governance and Better Regulation: Dealing with the Legitimacy Paradox », in : *European Public Law*, vol. 17, n^o 3, 2011, p. 555 ss.
- POPELIER Patricia, « Management of Legislation », in : Karpen/Xanthaki (éd.), *Legislation in Europe: a Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners*, Oxford/Portland, 2017, p. 53 ss.
- POPELIER Patricia, « The court as regulatory watchdog: the procedural approach in the case law of the European Court of Human Rights », in : Popelier *et al.* (éd.), *The role of constitutional courts in multilevel governance*, Cambridge, 2013, p. 249 ss.
- POPELIER Patricia, « The role of courts in legislative policy diffusion and divergence », in : *The Theory and Practice of Legislation*, 2015/3, p. 315 ss.
- PORTALIS Jean-Étienne-Marie, « Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801) », in : *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil, par les divers orateurs du Conseil d'État et du Tribunat*, Paris, 1841.
- PORTUESE Aurélien, *Le Principe d'efficience économique dans la jurisprudence européenne*, Paris, 2014.
- POSNER Richard A., *Economic Analysis of Law*, 5^e éd., New York, 1998.
- POUND Roscoe, « Law in books and law in action », in : *American Law Review*, 1910, p. 12 ss.

- PRÉFONTAINE Clémence/LECAVALIER Jacques, « Analyse de l'intelligibilité de textes prescriptifs », in : *Revue québécoise de linguistique*, vol. 25(1), 1996, p. 99 ss.
- PRIETO RAMOS Fernando (éd.), *Institutional Translation for International Governance: Enhancing Quality in Multilingual Legal Communication*, Londres etc., 2018.
- PROBST Thomas, « Der Einfluss des EU-Rechts auf den Gesetzgebungsstil im schweizerischen Privatrecht », in : Institut de droit européen de l'Université de Fribourg (éd.), *Die Schweiz und die europäische Integration, 20 Jahre Institut für Europarecht*, Zurich etc., 2015, p. 249 ss.
- PROUDHON Pierre-Joseph, *Idée générale de la révolution au XIX^e siècle – choix d'études sur la pratique révolutionnaire et industrielle*, Paris, 1851.
- PUTMAN Emmanuel, « L'introuvable contrat complet », in : *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, Aix-en-Provence, 2008, p. 2477 ss.
- QUOC DINH Nguyen, *Droit international public*, 7^e éd., Paris, 2002.
- RADBRUCH Gustav, « 8. Literaturbericht. Rechtsphilosophie », in : *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 24, Berlin/New York, 1904, p. 157 ss.
- RADI Yannick, *La standardisation et le droit international : contours d'une théorie dialectique de la formation du droit*, Bruxelles, 2013.
- RAÏSSIS Marie-Louise, *Les investissements et la planification*, thèse (HEC Lausanne), Nice, 1968.
- RANCHORDÁS Sofia/VOERMANS Wim, « Crowdsourcing legislation: new ways of engaging the public », in : *The Theory and Practice of Legislation*, 2017, p. 1 ss.
- RANCHORDÁS Sofia, *Constitutional Sunsets and Experimental Legislation: A Comparative Perspective*, Cheltenham, 2014.
- RANGONE Nicoletta, « A behavioural approach to administrative corruption prevention », in : Cerrillo i Martínez/Ponce (éd.), *Preventing Corruption and Promoting Good Government and Public Integrity*, Bruxelles, 2017, p. 69 ss.
- REICH Johannes, « Regulierung, Regulierungsrecht und Regulatory State: Rechtsdogmatische Potenziale des Regulierungsbegriffs in verwaltungsrechtsvergleichender, rechts-historischer und sozialwissenschaftlicher Perspektive », in : *Forum Historiae Iuris*, 22 mai 2013.
- REIDENBERG Joel R., « Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology », in : *Texas Law Review*, 76, 1998, p. 553 ss.
- REISER Nina, *Durchsetzung heterogener börsengesellschaftsrechtlicher Normen*, Zurich, 2017.
- RENDA Andrea, « European Union », in : Dunlop/Radaelli (éd.), *Handbook of regulatory impact assessment*, Cheltenham, 2016, p. 304 ss.
- RESTREPO AMARILES David, « Le droit comme instrument de progrès : sur l'idée d'ingénierie juridique », in : Bricteux/Frydman (dir.), *Les défis du droit global*, Bruxelles, 2018, p. 251 ss.
- RESTREPO AMARILES David, « Les maths du droit : pratiques et méthodologies des indicateurs juridiques », in : Deffains/Séjean/Espinosa (dir.), *L'indicateur de la sécurité juridique*, Paris, 2017.
- REVAULT D'ALLONNES Myriam, *L'homme compassionnel*, Paris, 2008.
- RHINOW René/SCHEFER Markus/UEBERSAX Peter, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 2^e éd., Bâle, 2009.

- RHINOW René, « Fahrlässige Verfassungsgebung? Verfassungsrechtliche Fragen zur Volksinitiative ‹ Ja zum Schutz der Privatsphäre › », in : Griffel (éd.), *Vom Wert einer guten Gesetzgebung: 16 Essays*, Berne, 2014, p. 119 ss.
- RHINOW René, « Vom Nationalstaat zum integrativen Verfassungsstaat: Zur Unentbehrlichkeit staatlicher Strukturen jenseits des Nationalismus », in : *Pratique juridique actuelle (PJA)*, n° 6, 2017, p. 780 ss.
- RHINOW René, *Rechtsetzung und Methodik: Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung*, Bâle/Stuttgart, 1979.
- RICHLI Paul, « Interdisziplinarität in der Rechtsetzung : viel gefordert, wenig umgesetzt », in : *Interdisziplinäre Wege in der juristischen Grundlagenforschung*, Zurich, 2007, p. 123 ss.
- RICHLI Paul, *Interdisziplinäre Daumenregeln für eine faire Rechtsetzung: ein Beitrag zur Rechtsetzungslehre im liberalen sozial und ökologisch orientierten Rechtsstaat*, Bâle/Genève/Munich, 2000.
- RICHTER Julia, *Soft law in international health law: the case of the WHO's Global Code of Practice on the international recruitment of health personnel*, Zurich, 2018.
- RICŒUR Paul, *Du texte à l'action : essais d'herméneutique II*, Paris, 1986.
- RIEDI Gueric, « Les aspects sociaux des marchés publics, en particulier la protection des travailleurs », in : Zufferey *et al.* (éd.), *Marchés publics 2016*, Zurich, 2016, p. 303 ss.
- RIEDO Christoph, « Zur Wirksamkeit von Evaluationen », in : *Revue Suisse de Criminologie*, 2011, p. 9 ss.
- ROBINSON William, « L'amélioration de la qualité de la législation européenne : Le rôle des juristes-réviseurs de la Commission », in : *LeGes*, 2007/3, p. 439 ss.
- ROBINSON William, « Le rôle des guides de légistique dans l'Union européenne », in : Flückiger/Guy-Ecabert (éd.), *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer : le rôle des guides de légistique*, Genève, 2008, p. 95 ss.
- ROBINSON William, « Manuals for Drafting European Union Legislation », in : *Legisprudence*, vol. 4, n° 2, 2010, p. 129 ss.
- ROGER Apolline, *Les accords environnementaux dans le système juridique de l'Union européenne*, Aix-en-Provence, 2012.
- ROH Henri, *Planification, aménagement, développement*, tome 1 : La planification, Sion, 1965.
- ROSE-ACKERMAN Susan/PERROUD Thomas, « Les études d'impact et l'analyse ‹ coûts-avantages › : modèles américains et traditions juridiques françaises », in : *Revue française d'administration publique*, n° 149, 2014/1, p. 105 ss.
- ROSITANO Carmelo, *Recherche sur le concept de gouvernement*, Paris, 2016.
- ROSSAT-FAVRE Colette, « La simplification législative : expériences fédérales et cantonales », in : *LeGes*, 2017/2, p. 211 ss.
- ROSSI Pellegrino, *Traité de droit pénal*, Bruxelles, 1829.
- ROSSI Peter/FREEMAN Howard E./LIPSEY Mark W., *Evaluation: A Systematic Approach*, 7^e éd., Londres, 2004.
- ROSSI Peter, « The Iron Law of Evaluation and Other Metallic Rules », in : *Research in Social Problems and Public Policy*, vol. 4, 1987, p. 3 ss.
- ROTH Marius, *Die Veröffentlichung von Rechtsnormen in der Schweiz*, Zurich/Saint-Gall, 2011.
- RÖTHEL Anne, « Lex mercatoria, lex sportiva, lex technica – Private Rechtsetzung jenseits des Nationalstaates? », in : *JuristenZeitung*, vol. 62(15/16), 10 août 2007, p. 755 ss.

- ROUILLER Nicolas/UFFER Matthias, « Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit positif en Suisse (droit privé) », in : Thévenaz (éd.), *Travaux suisses 2016-2018*, Travaux du groupe suisse de l'Association Henri Capitant, Berne, 2018, p. 39 ss.
- ROUSSEAU Jean-Jacques, « Economie ou Économie », in : Diderot/d'Alembert (dir.), *L'Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, tome 5, Paris, 1755.
- ROUSSEAU Jean-Jacques, « Fragments des institutions politiques », in : Streckeisen-Moultou (éd.), *Œuvres et Correspondance inédites*, Paris, 1861.
- ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social, ou Principes du droit politique*, Amsterdam, 1762.
- ROUSSET Gustave, *De la rédaction et de la codification rationnelles des lois ou méthodes et formules suivant lesquelles les lois doivent être rédigées et codifiées*, Paris, 1858.
- ROUSSET Gustave, *Science nouvelle des lois : principes, méthodes et formules suivant lesquelles les lois doivent être conçues, rédigées et codifiées*, tomes I et II, Paris, 1871.
- RUBIN Edward, « Statutory Design as Policy Analysis », in : *Harvard Journal on Legislation*, vol. 55, 2018, p. 143 ss.
- RUCH Alexander, « Regulierungsfragen der Gentechnologie und des Internet », in : *Revue de droit suisse*, vol. 2, 2004, p. 373 ss.
- RUDDEN Bernard/JUILHARD Philippe, « La théorie de la violation efficace », in : *Revue internationale de droit comparé*, vol. 38, n° 4, octobre-décembre 1986, p. 1015 ss.
- RÜEFLI Christian, « Regulierungsprüfstellen: ausländische Beispiele und Erfahrungen », in : *LeGes*, 2017/2, p. 265 ss.
- SABEL Charles F./ZEITLIN Jonathan, « Experimentalist Governance », in : Levi-Faur (éd.), *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford, 2012, p. 169 ss.
- SAGER Fritz/WIDMER Thomas/BALTHASAR Andreas (éd.), *Evaluation im politischen System der Schweiz: Entwicklung, Bedeutung und Wechselwirkungen*, Zurich, 2017.
- SÄGESSER Thomas, « Kommentar zu Art. 170 », in : Sägesser (éd.), *Die Bundesbehörden*, 2000, Berne, p. 345 ss.
- SALAMON Lester (éd.), *The Tools of Government: A Guide to the New Governance*, New York, 2002.
- SALEILLES Raymond, « Le Code civil et la méthode historique », in : Rousseau (éd.), *Le Code civil 1804-1904, livre du centenaire*, vol. 1, Paris, 1904, p. 95 ss.
- SANGRA Emmanuel, « Quels outils pour mesurer quelles performances ? Essai de typologie pour mieux définir les apports respectifs de l'évaluation, de la recherche et de l'audit », in : Fink et al. (éd.), *Evaluation, politique criminelle et réforme du droit pénal*, Berne, 2017, p. 67 ss.
- ŠARČEVIĆ Susan, « The Quest for Legislative Bilingualism and Multilingualism: Co-Drafting in Canada and Switzerland », in : Gémard/Kasirer (dir.), *Jurilinguistique : entre langues et droits*, Bruxelles, 2005, p. 277 ss.
- ŠARČEVIĆ Susan, *New Approach to Legal Translation*, La Haye etc., 1997.
- SAULNIER Sophie, « « Arithmétique politique » et bataille de(s) chiffres », in : *Mots. Les langages du politique*, vol. 100(3), 20 mars 2013, p. 15 ss.
- SAVARY Fiona, *Regulierung dominanter Internetplattformen*, Zurich, 2017.
- SCHÄFFER Heinz (éd.), *Evaluierung der Gesetze: Gesetzesfolgenabschätzung II: Weitere Erfahrungsberichte aus dem In- und Ausland, Staatspraxis und Wirtschaft*, Vienne, 2007.
- SCHÄFFER Heinz, « Rationalisierung der Rechtsetzung », in : Schäffer (éd.), *Theorie der Rechtsetzung*, Vienne, 1998, p. 199 ss.

- SCHERER Klaus, « Zur Rationalität der Emotionen », in : Rössner (éd.), *Der ganze Mensch*, Munich, 1986, p. 181 ss.
- SCHINDLER Benjamin, « Das Asylrecht als Experimentierfeld: der Blick aus der Schweiz », in : *Das Asylrecht als Experimentierfeld: eine Analyse seiner Besonderheiten aus vergleichender Sicht*, Vienne, 2017, p. 189 ss.
- SCHINDLER Benjamin, « Rechtssetzungslehre: Der Beitrag von Kurt Eichenberger aus heutiger Sicht », in : Uhlmann (éd.), *Rechtsetzung und Verfassungsgebung: Kolloquium zu Ehren von Professor Kurt Eichenberger*, Zurich/Saint-Gall, 2013, p. 65 ss.
- SCHINDLER Benjamin, *Verwaltungsermessen: Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz*, Zurich/Saint-Gall, 2010.
- SCHLAG Pierre, *The Enchantment of Reason*, Durham/Londres, 1998.
- SCHLAUFER Caroline/STUCKI Iris, « Die Nutzung wissenschaftlicher Evidenz in Abstimmungserläuterungen », in : *LeGes*, 2017/1, p. 69 ss.
- SCHLEGEL Urs Heinrich, *Ökonomische Grenzen staatlicher Leistungen: Eine systematische und praktische Analyse, dargestellt am Beispiel des Gesundheitsrechts*, Zurich, 2017.
- SCHLUEP Walter, « Der Richter in der Maske des Gesetzgebers und die Notwendigkeit der Demaskierung », in : Forstmoser et al. (éd.), *Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis*, Berne, 2005, p. 199 ss.
- SCHMEHL Arndt, « Symbolische Gesetzgebung », in : *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1991, p. 251 ss.
- SCHMID Boris et al., « Climate-driven introduction of the Black Death and successive plague reintroductions into Europe », in : *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, vol. 112, n° 10, 2015, p. 3020 ss.
- SCHNEIDER Anne/INGRAM Helen, *Policy Design for Democracy*, Lawrence, 1997.
- SCHNEIDER HEUSI Claudia, « Referenze, Labels, Zertifikate », in : Zufferey et al. (éd.), *Marchés publics 2016*, Zurich, 2016, p. 393 ss.
- SCHNEIDER Ulrich, *Legalitätsprinzip und finales Recht: ein Beitrag zur Diskussion über das New Public Management in der Schweiz*, Berne, 2001.
- SCHOTT Markus, « « Bürokratie-Stopp! », Bemerkungen zur eidgenössischen Volksinitiative aus staats- und verwaltungsrechtlicher Perspektive », in : *ZBl*, 2011, p. 229 ss.
- SCHUHMACHER Christian/CAUSSIGNAC Gérard, « Sicherstellung der legislativen Qualität von Gesetzen in den kantonalen Parlamenten », in : *LeGes*, 2006/2, p. 45 ss.
- SCHULTZ Thomas, *Transnational Legality: Stateless Law and International Arbitration*, Oxford, 2014.
- SCHWAB Philippe, « L'évaluation au service du Parlement ? », in : *LeGes*, 2005/1, p. 39 ss.
- SCHWARTZ Jason, « The Economics of Cost-Benefit Analysis », in : Dunlop/Radaelli (éd.), *Handbook of regulatory impact assessment*, Cheltenham, 2016, p. 33 ss.
- SCHWEIZER Mark, « Nudging and the principle of proportionality – Obligated to nudge? », in : Mathis/Tor (éd.), *Nudging – possibilities, limitations and applications in European law and economics*, Cham, 2016, p. 93 ss.
- SCHWEIZER Rainer, « Die Prüfung der Notwendigkeit neuer Erlasse », in : Klug et al. (éd.), *Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozessrecht: Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig*, Berlin, 1978, p. 66 ss.
- SCIARINI Pascal, « La participation des parlements à la planification politique : bilan et perspectives », in : *Parlement, Bulletin d'information de la Société suisse des questions parlementaires*, n° 3, 2004, p. 16 ss.

- SCIARINI Pascal, « Les effets de la consultation sur les processus de décision au niveau fédéral », in : *LeGes*, 2011/2, p. 191 ss.
- SCOTT Colin, « Integrating Regulatory Governance and Better Regulation as Reflexive Governance », in: Garben/Govaere (éd.), *The EU Better Regulation Agenda : A Critical Assessment*, Portland, 2018, p. 13 ss.
- SCRIVEN Michael, « Prose and Cons about Goal-Free Evaluation », in : *American Journal of Evaluation*, 1991, p. 55 ss.
- SECKELMANN Margrit, *Evaluation und Recht*, Tübingen, 2018.
- SEILER Hansjörg, « Art. 5 Abs. 2 : Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns », in: Weerts/Rossat-Favre/Guy-Ecabert/Benoît/Flückiger (éd.), *Révision imaginaire de la Constitution fédérale*, Bâle, 2018, p. 32 ss.
- SEILER Hansjörg, « Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Verfassungsrecht, Richterrecht und Politik », in : *Revue de droit suisse II*, 2010, p. 381 ss.
- SENDEN Linda, *Soft law in European Community Law. Its relationship to legislation*, Oxford/Portland, 2004.
- SENN Myriam, *Non-State Regulatory Regimes*, Heidelberg etc., 2011.
- SÈVE Bernard, « La peur comme procédé heuristique et comme instrument de persuasion », in : Hottois (éd.), *Aux fondements d'une éthique contemporaine. H. Jonas et H. T. Engelhardt en perspective*, Paris, 1993, p. 107 ss.
- SHAPIRO Scott, « The Planning Theory of Law », in : *Yale Law School, Public Law Research Paper*, n°. 600, 2017.
- SHAPIRO Stuart, *Analysis and Public Policy: Successes, Failures and Directions for Reform*, Cheltenham, 2016.
- SHELTON Dinah, *Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System*, Oxford etc., 2000.
- SHEPARD Stephen, *I do solemnly swear : The moral obligations of legal officials*, Cambridge, 2009.
- SHERIDAN John, « Using Data to Understand How the Statute Book Works », in : *Legal Information Management*, vol. 14, iss. 4, 2014, p. 244 ss.
- SIEHR Angelika, « Symbolic legislation and the Need for Legislative Jurisprudence: The Example of the Federal Republic of Germany », in : *Legisprudence*, vol. 2, n° 3, 2008, p. 271 ss.
- SIEHR Angelika, « Symbolic Legislation Under Judicial Control », in : Meßerschmidt/Oliver-Lalana (éd.), *Rational Lawmaking under Review: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*, Berlin, 2016, p. 315 ss.
- SIMON Herbert, « Rational decision making in business organizations », in : *American Economic Review*, vol. 69, Pittsburgh, 1979, p. 493 ss.
- SIMOS Jean, *Evaluer l'impact sur la santé et l'environnement*, Lausanne, 2017.
- SIMOS Jean, *Evaluer l'impact sur l'environnement: une approche originale par l'analyse multicritère et la négociation*, Lausanne, 1990.
- SINZHEIMER Hugo, *Theorie der Gesetzgebung*, Haarlem, 1948.
- SMISMANS Stijn/MINTO Rachel, « Are integrated impact assessments the way forward for mainstreaming in the European Union? », in : *Regulation & Governance*, 2017, p. 231 ss.
- SOLAN Lawrence M., « Patterns in Language and Law », in : *International Journal of Language & Law*, vol. 6, 2017, p. 46 ss.

- SOMA Abdoulaye, *Droit de l'homme à l'alimentation et sécurité alimentaire en Afrique*, Zurich, 2010.
- SOUBEYRAN Olivier, *Pensée aménagiste et improvisation : l'improvisation en jazz et l'écologisation de la pensée aménagiste*, Paris, 2014.
- SOULA Mathieu, « La juristique : un espoir déçu ? », in : Chevreau/ Audren/ Verdier (éd.), *Henri Lévy-Bruhl : juriste sociologue*, Paris, 2018, p. 171 ss.
- STEIN Peter, « Elegance in Law », in : *The Law Quarterly Review*, vol. 77, Londres, avril 1961, p. 242 ss.
- STEINAUER Paul-Henri, *La logique au service du droit, étude de logique contemporaine pour une meilleure communication de la pensée juridique*, Fribourg, 1979.
- STEINAUER Paul-Henri, *L'informatique et l'application du droit*, thèse, Fribourg, 1975.
- STEINAUER Paul-Henri, *Le Titre préliminaire du Code civil*, Bâle, 2009.
- STEINER Jürg/BÄCHTIGER André/SPÖRNDLI Markus/STEENBERGEN Marco R., *Deliberative Politics in Action: Analyzing Parliamentary Discourse*, Cambridge, 2004.
- STEINER Jürg, « Raison et émotion dans la délibération », in : *Archives de philosophie*, 2011/2, Paris, 2011, p. 259 ss.
- STEINER Sigrid, « Art. 56 », in : Theler/Graf/Wyss (éd.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung*, Bâle, 2014, p. 465 ss.
- ST-HILAIRE Maxime, « The Study of Legal Plurality outside < Legal Pluralism >: the Future of the Discipline? », in: Dedek/van Praagh (dir.), *Stateless Law: Evolving Boundaries of a Discipline*, Farnham/Burlington, 2015, p. 115 ss.
- STONE Deborah, « Causal Stories and the Formation of Policy Agendas », in : *Political Science Quarterly*, vol. 104(2), 1989, p. 281 ss.
- STUTZ Hans W., « Private Normen im Umwelt- und Baurecht » in : Uhlmann (éd.), *Private Normen und staatliches Recht*, Zurich, 2015, p. 71 ss.
- SUBILIA-ROUGE Liliane, « Art. 43a LPE », N. 51, in : Moor/Favre/Flückiger (éd.), *Loi sur la protection de l'environnement (LPE)*, Berne, 2010.
- SUNSTEIN Cass, « Cost-Benefit Analysis and Arbitrariness Review », in : *Harvard Public Law Working Paper*, n° 16-12, 2016.
- SUNSTEIN Cass, « Deliberative trouble? Why groups go to extremes », in : *Yale Law Journal*, vol. 110, New Haven, 2000, p. 71 ss.
- SUNSTEIN Cass, « Empirically Informed Regulation », in : *University of Chicago Law Review*, vol. 78, 2011, p. 1349 ss.
- SUNSTEIN Cass, « Nudging and Choice Architecture: Ethical Considerations », in : *Yale Journal on Regulation – Harvard John M. Olin Discussion Paper Series*, Discussion Paper n° 809, janvier 2015.
- SUNSTEIN Cass, « On the Expressive Function of Law », in : *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 144, 1996, p. 2021 ss.
- SUNSTEIN Cass, *Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies: Final Guidance on Implementing the Plain Writing Act of 2010*, Washington DC, 13 avril 2011.
- SUNSTEIN Cass, *Simpler: The future of government*, New York, 2013.
- SUPIOT Alain, *La gouvernance par les nombres*, Paris, 2015.
- TALEB Nassim, *Le cygne noir : la puissance de l'imprévisible* (trad. Christine RIMOLDY), Paris, 2008.

- TAMVAKI Dionysia/LORD Christopher, *The Content and Quality of Representation in the European Assembly: Towards Building an Updated Discourse Quality Index at the EU Level*, présenté à la conférence internationale de l'IPSA, Luxembourg, 18 au 20 mars 2010.
- TANQUEREL Thierry/FLÜCKIGER Alexandre (éd.), *L'évaluation de la recherche en droit : Enjeux et méthodes (Assessing Research in Law: Stakes and Methods)*, Bruxelles, 2015.
- TANQUEREL Thierry, « Le cadre institutionnel des agglomérations en Suisse », in : Tanquerel/Bellanger (éd.), *Les agglomérations*, Genève, 2015, p. 9 ss.
- TANQUEREL Thierry, « Les politiques de simplification administrative en Suisse », in : Auby (éd.), *Droit comparé de la procédure administrative*, Bruxelles, 2016, p. 421 ss.
- TANQUEREL Thierry, *Manuel de droit administratif*, Genève, 2^e éd., 2018.
- TAVARES DE ALMEIDA Marta/MOLL Chris, « Legislative Training » in : Karpen/Xanthaki (éd.), *Legislation in Europe: a Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners*, Oxford/Portland, 2017, p. 257 ss.
- TEISSIER-ENSMINGER Anne, « Droit illustré hypercontemporain : des manuels d'avant-garde ? », in : Chambost (dir.), *Histoire des manuels de droit : Une histoire de la littérature juridique comme forme du discours universitaire*, Paris, 2014, p. 319 ss.
- TEISSIER-ENSMINGER Anne, *La fortune esthétique du Code civil des Français*, Paris, 2004.
- TETLOCK Philip/GARDNER Dan, *Superforecasting: The Art and Science of Prediction*, Londres, 2016.
- TEUBNER Gunther, « Hybrid Laws: Constitutionalizing Private Governance Networks », in : Kagan/Winston (éd.), *Legality and Community*, Berkeley, 2002, p. 311 ss.
- THALER Richard H./SUNSTEIN Cass/BALZ John P., « Choice architecture », in : Shafir (éd.), *The Behavioral Foundations of Public Policy*, Princeton/Oxford, 2013, p. 428 ss.
- THALER Richard H./SUNSTEIN Cass, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, New Haven/Londres, 2008.
- THÉVENOZ Luc, « Pas d'autoréglementation sans consultation », in : Héritier Lachat/Hirsch (éd.), *De lege ferenda. Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du professeur Alain Hirsch*, Genève, 2004, p. 297 ss.
- THIBIERGE Catherine et al., *La densification normative : découverte d'un processus*, Paris, 2013.
- THIBIERGE Catherine, « La force normative : un apport conceptuel pour une « théorie ouverte » du droit et des normes », in : Lalonde/Bernatchez, *La norme juridique « reformatée » : Perspectives québécoises des notions de force normative et de sources revisitées*, Sherbrooke, 2016, p. 99 ss.
- THIBIERGE Catherine, « Le droit souple : réflexion sur les textures du droit », in : *RTDCiv*, 2003, p. 599 ss.
- THOLOZAN Olivier, « L'excellence de la loi dans la pensée juridique et politique française depuis le XVIII^e siècle », in : Fatin-Rouge/Gay/Pini (dir.), *Autour de la qualité des normes*, Bruxelles, 2010, p. 56 ss.
- THOMANN Eva/HUPE Peter/SAGER Fritz, « Serving many masters: Public accountability in private policy implementation », in : *Governance*, vol. 31(2), 2017, p. 1 ss.
- THOMASIIUS Christian, *Lectiones de Prudentia Legislatoria*, Francfort-sur-le-Main, 1740.
- THÜRER Daniel, « « Soft law » : Eine neue Form von Völkerrecht ? », in : *Revue de droit suisse*, vol. 1, Bâle, 1985, p. 429 ss.

- THURNHERR Daniela, *Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandlungen: Die verfassungsrechtlichen Mindestgarantien prozeduraler Gerechtigkeit unter den Bedingungen der Diversität administrativer Handlungsmodalitäten*, Zurich/Saint-Gall, 2013.
- TJONG TJIN TAI Eric, « Networks and informal contract law », in : Brownsord/van Gestel/Micklitz (éd.), *Contract and Regulation: A Handbook on New Methods of Law Making in Private Law*, Cheltenham, 2017, p. 235 ss.
- TODOROV Tzvetan, *Les ennemis intimes de la démocratie*, Paris, 2012.
- TÖLLER Annette Elisabeth, « The Rise and Fall of Voluntary Agreements in German Environmental Policy », in : *German Policy Studies*, vol. 9, n° 2, 2013, p. 49 ss.
- TONER Helen, « Impact assessments and fundamental rights protection in EU Law », in : *European Law Review*, 2006/3, p. 316 ss.
- TREMBLAY Richard, « L'exercice de la profession de rédacteur législatif au Québec », in : Uhlmann *et al.* (éd.), *Professional legislative drafters: status, roles, education*, Zurich, 2016, p. 105 ss.
- TREMBLAY Richard, *Eléments de légistique : comment rédiger les lois et les règlements*, Cowansville, 2010.
- TREVES Renato, *Sociologie du droit*, Paris, 1995.
- TROTTER Wilfred, « Herd Instinct and its Bearing on the Psychology of Civilized Man », in : *Sociological Review*, 1, 1908.
- TROTTER Wilfred, « Sociological Applications of the Psychology of Herd Instinct », in : *Sociological Review*, 2, 1909.
- TRUDEL Pierre, « La Lex Electronica », in : Morand (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, 2001, p. 221 ss.
- TSCHANNEN Pierre, « Amtliche Warnungen und Empfehlungen », in : *Revue de droit suisse*, vol. 2, Bâle, 1999, p. 353 ss.
- TSCHANNEN Pierre, « Art. 164 », in : Ehrenzeller *et al.* (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung : St. Galler Kommentar*, 3^e éd., Zurich, 2014.
- TSCHANNEN Pierre, « Gleichheit im Unrecht: Gerichtsstrafe im Grundrechtskleid », in : *ZBl*, 2011, p. 57 ss.
- TSCHANNEN Pierre, « Interessenabwägung bei raumwirksamen Vorhaben », in : *DEP*, 2, 2018, p. 111 ss.
- TULKENS Françoise/VAN DROOGHENBROECK Sébastien, « Le soft law des droits de l'homme est-il vraiment si soft ? Les développements de la pratique interprétative récente de la Cour européenne des droits de l'homme », in : *Liber amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, 2008, p. 505 ss.
- THURNHERR Daniela, « Rechtsschutz im Kontext von Soft Law : eine Auslegeordnung », in : *LeGes*, 2018/3.
- TURPIN Dominique, « Conclusion générale », in : Philip-Gay (dir.), *Les études d'impact accompagnant les projets de loi*, Paris, 2012, p. 167 ss.
- TYE Larry, *The Father of Spin: Edward L. Bernays & the Birth of Public Relations*, New York, 1998.
- UHLMANN Felix/GERNE Roland/CAUSSIGNAC Gérard/FRIZZONI Walter, « Instrumente guter Regulierungspolitik: Erfahrungen aus den Kantonen », in : *LeGes*, 2017/3, p. 505 ss.
- UHLMANN Felix/GILI Natassia, « Private Normen und staatliches Recht », in : Uhlmann (éd.), *Private Normen und staatliches Recht*, Zurich etc., 2015.

- UHLMANN Felix/BOXLER Adrian, « Gute Gesetzessprache aus dem Blickwinkel der Rechtswissenschaft », in: Uhlmann/Höfler (éd.), *Gute Gesetzessprache als Herausforderung für die Rechtsetzung*, Zurich/St-Gall, 2018, p. 9 ss.
- UHLMANN Felix/HÖFLER Stefan, « Multilingual legislative drafting in Swiss cantons: Burden or blessing? », in : *The Loophole – Journal of the Commonwealth Association of Legislative Counsel*, iss. 1, 2018, p. 54 ss.
- UHLMANN Felix/HÖFLER Stefan, « Professional legislative drafters: new ideas for Switzerland? », in : Uhlmann *et al.* (éd.), *Professional legislative drafters: status, roles, education*, Zurich, 2016, p. 137 ss.
- UHLMANN Felix/KONRATH Christoph, « Participation », in : Karpen/Xanthaki (éd.), *Legislation in Europe: a Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners*, Oxford/Portland, 2017, p. 73 ss.
- UHLMANN Felix/STALDER Beat, « « Unverhältnismässig, weil unwirksam »? Zur Verhältnismässigkeit von Zugangssperren im Internet », in: *sic!*, 2018, p. 365 ss.
- UHLMANN Felix/WOHLWEND Marc, « Die Regulierung des Lobbying in der Schweiz und im Ausland », in : *LeGes*, 2013/3, p. 665 ss.
- UHLMANN Felix, « « Die Normen können bei ... bezogen werden » : Gedanken zur Publikation und Verbindlichkeit privater Normen », in : *LeGes*, 2013/1, p. 89 ss.
- UHLMANN Felix, « Le droit étatique peut-il renvoyer à des normes privées ? », in : *Plaidoyer*, 2/2015, p. 9.
- UHLMANN Felix, « Politische Vorstösse für bessere Gesetze: eine Auslegeordnung und eine vorsichtige Bewertung », in : Canapa *et al.* (éd.), *Sein und Schein von Gesetzgebung: Erwartungen – Auswirkungen – Kritik*, Zurich, 2018, p. 3 ss.
- UHLMANN Felix, « Popular Initiatives for Better Regulation in Switzerland », in : *2011 International Congress of IIAS*, Lausanne, 2011.
- UHLMANN Felix, « Qualität der Gesetzgebung – Wünsche an die Empirie », in : Griffel (éd.), *Vom Wert einer guten Gesetzgebung*, Berne, 2014, p. 171 ss.
- UHLMANN Felix, *Das Willkürverbot (Art. 9 BV)*, Berne, 2005.
- VALLOTTON André, « L'initiative populaire pour une vraie perpétuité : les méfaits du sentiment d'insécurité en démocratie directe (mai 2004) », in : *Champ pénal/Penal field*, 23 février 2007.
- VAN AAKEN Anne, « Constitutional Limits to Paternalistic Nudging: A Proportionality Assessment », in : Kemmerer/Möllers/Steinbeis/Wagner (éd.), *Choice Architecture in Democracies. Exploring the Legitimacy of Nudging*, Baden-Baden, 2016, p. 161 ss.
- VAN AEKEN Koen, « Pushing Evaluation Forward. Institutionalization as a Means to Foster Methodological Growth of Legislative Ex Ante Evaluation », in : Verschuuren (éd.), *The Impact of Legislation: A Critical Analysis of Ex Ante Evaluation*, Leyde, 2009, p. 105 ss.
- VAN DE KERCHOVE Michel, « Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées ? Réflexions sur les phénomènes de dissociation entre la validité formelle et l'effectivité des normes juridiques », in : Dijon/Dumont/Berten (éd.), *Droit et pouvoir*, tome 1 : La validité, Bruxelles, 1987, p. 327 ss.
- VAN GESTEL Rob/DE POORTER Jurgen, « Putting evidence-based law making to the test: judicial review of legislative rationality », in : *The Theory and Practice of Legislation*, 2016, p. 155 ss.
- VAN GESTEL Rob/MICKLITZ Hans-W., « European integration through standardization: How judicial review is breaking down the club house of private standardization bodies », in : *Common Market Law Review*, vol. 50, iss. 1, 2013, p. 145 ss.

- VAN GESTEL Rob/VAN DIJCK Gijs, « Better Regulation through Experimental Legislation », in : *European Public Law*, vol. 17, iss. 3, 2011, p. 539 ss.
- VAN GESTEL Rob/VRANKEN Jan, « Assessing the Accuracy of Ex Ante Evaluation through Feedback Research: A Case Study », in : Verschuuren (éd.), *The Impact of Legislation: A Critical Analysis of Ex Ante Evaluation*, Leyde, 2009, p. 199 ss.
- VAN GESTEL Rob, « The « Deparliamentarisation » of Legislation: Framework Laws and the Primacy of the Legislature », in : *Utrecht Law Review*, vol. 9, n° 2, 2013, p. 106 ss.
- VAN KLINK Bart/VAN BEERS Britta/POORT Lonneke (éd.), *Symbolic Legislation Theory and Developments in Biolaw*, Cham, 2016.
- VAN WAEYENBERGE Arnaud/BÉGASSE DE DHAEM Pauline, « Gouverner par les indicateurs : le cas des classements d'Universités », in : Flückiger/Tanquerel (éd.), *L'évaluation de la recherche en droit – Enjeux et méthodes (Assessing Research in Law: Stakes and Methods)*, Bruxelles, 2015, p. 255 ss.
- VAN WAEYENBERGE Arnaud, « Les normes ISO, CEN et celles issues des consortiums privés : bric à brac ou système pour l'Union européenne ? » in : Frydman/van Waeyenberge (dir.), *Gouverner par les standards et les indicateurs : de Hume aux rankings*, Bruxelles, 2014, p. 93 ss.
- VAN WAEYENBERGE Arnaud, « Lutter contre le réchauffement climatique : le cas des marchés du carbone », in : Bricteux/Frydman (dir.), *Les défis du droit global*, Bruxelles, 2018, p. 117 ss.
- VAN WAEYENBERGE Arnaud, *Nouveaux instruments juridiques de l'Union européenne : évolution de la méthode communautaire*, Bruxelles, 2015.
- VARONE Frédéric/NAHRATH Stéphane, « Regulating the use of natural resources: When policy instruments meet property rights », in : Halpern/Lascoumes/Le Galès (dir.), *L'instrumentation de l'action publique : controverses, résistances, effets*, Paris, 2014.
- VARONE Frédéric, « Développer les capacités d'évaluation », in : Jacob/Varone/Genard (éd.), *L'évaluation des politiques au niveau régional*, Bruxelles etc., 2007, p. 158 ss.
- VARONE Frédéric, *Le choix des instruments des politiques publiques : une analyse comparée des politiques d'efficience énergétique du Canada, du Danemark, des Etats-Unis, de la Suède et de la Suisse*, Berne etc., 1998.
- VEC Miloš, *Recht und Normierung in der Industriellen Revolution*, Francfort-sur-le-Main, 2006.
- VEIT Sylvia/JANTZ Bastian, « Sunset Legislation als Instrument der besseren Rechtsetzung: Wunderwaffe oder stumpfes Schwert? », in : *Schweizer Jahrbuch der Verwaltungswissenschaften*, 2(1), 2011, p. 167 ss.
- VERBRUGGEN Paul, « Private Regulatory Standards in Commercial Contracts: Questions of Compliance », in : Brownsword/van Gestel/Micklitz (éd.), *Contract and Regulation: A Handbook on New Methods of Law Making in Private Law*, Cheltenham, 2017, p. 284 ss.
- VERSCHUUREN Jonathan/VAN GESTEL Rob, « Conclusions: A Conditional Yes to Ex Ante Evaluation of Legislation », in : Verschuuren (éd.), *The Impact of Legislation: A Critical Analysis of Ex Ante Evaluation*, Leyde, 2009, p. 253 ss.
- VERSCHUUREN Jonathan/VAN GESTEL Rob, « Ex Ante Evaluation of Legislation: An Introduction », in : Verschuuren (éd.), *The Impact of Legislation: A Critical Analysis of Ex Ante Evaluation*, Leyde, 2009, p. 1 ss.
- VIENNOT Eliane, *Et la modernité fut masculine (1789-1815)*, Vol. III, Paris, 2016.
- VIENNOT Eliane, *Non, le masculin ne l'emporte pas sur le féminin ! Petite histoire des résistances de la langue française*, 2^e éd., Donnemarie-Dontilly, 2017.

- VILLEY Michel, *Philosophie du droit : Définition et fins du droit : Les moyens du droit*, Paris, 2001.
- VILLIGER Kaspar, *Demokratie und konzeptionelles Denken: Politik im Spannungsfeld von ökonomischen Zwängen, Emotionen und Zufällen*, Zurich, 2015.
- VIRALLY Michel, « Sur la prétendue < primitivité > du droit international », in : *Recueil de Travaux, publié à l'occasion de l'Assemblée de la Société suisse de juristes à Genève*, Genève, 1969, p. 201 ss.
- VOERMANS Wim, « Legislation and Regulation », in : Karpen/Xanthaki (éd.), *Legislation in Europe: a Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners*, Oxford/Portland, 2017, p. 17 ss.
- VOERMANS Wim, « Motive-based Enforcement », in : Mader/Kabyshev (éd.), *Regulatory Reforms ; Implementation and Compliance, Proceedings of the Tenth Congress of the International Association of Legislation (IAL) in Veliky Novgorod, June 28th-29th 2012*, Baden-Baden, 2014, p. 41 ss.
- VOERMANS Wim, « To Measure Is to Know: the Quantification of Regulation », in : *The Theory and Practice of Legislation*, vol. 3(1), 2015, p. 91 ss.
- VOGEL Steven, *Freer Markets, More Rules: Regulatory Reform in Advanced Industrial Countries*, Ithaca, 1996.
- VOM FELD Ina, *Staatsentlastung im Technikrecht. Dampfkesselgesetzgebung und -Überwachung in Preußen 1831-1914*, 2007.
- VON GIERKE Otto, *Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, 2^e éd., Leipzig, 1889.
- VON HUMBOLDT Wilhelm, *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen*, Wroclaw, 1851.
- VON JHERING Rudolf, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement* (trad. Octave DE MEULENAERE), tome 1, 3^e éd., Paris, 1880.
- VON MOHL Robert, *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, tome 2, Fribourg-en-Brigau/Tübingen, 1862.
- VON WYSS Moritz, « Gesetzesformulierung oder Gesetzesabsegnung durch das Parlament? », in : *LeGes*, 2002/3, p. 59 ss.
- Waelti Fabien, « Les guides de légistique formelle : l'exemple des directives genevoises de rédaction législative », in : Flückiger/Guy-Ecabert (éd.), *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer : le rôle des guides de légistique*, Genève, 2008, p. 49 ss.
- WAGNER Anne/CACCIAGUIDI-FAHY Sophie (éd.), *Obscurity and Clarity in the Law: Prospects and Challenges*, Aldershot, 2008.
- WAGNER PFEIFER Beatrice, « Kooperationsprinzip und internationale Umweltstandards, Mehr oder weniger Staat? » in : *Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag*, Berne, 2015, p. 143 ss.
- WALDMANN Bernhard, « Das Klagelied der Überregulierung, einige Gedanken zur Normenflut und Normendichte », in : Waldmann/Belser (éd.), *Mehr oder weniger Staat?, Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag*, Berne, 2015, p. 167 ss.
- WALSER KESSEL Caroline, « Visualisierung des Rechts im digitalen Zeitalter: Wie Kinder und Jugendliche zu Rechtsinformationen gelangen », in : *Recht im digitalen Zeitalter: Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen*, Saint-Gall, 2015, p. 145 ss.

- WALTHER Simone, *Kooperative Steuerungsinstrumente im schweizerischen Stromversorgungsrecht*, Zurich/Saint-Gall, 2014.
- WARIN Philippe, *Le non-recours aux politiques sociales*, Grenoble, 2016.
- WEBER Max, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922.
- WEBER Rolf H., *Realizing a New Global Cyberspace Framework: Normative Foundations and Guiding Principles*, Berlin etc., 2015.
- WEERTS Sophie, *La langue de l'Etat*, Bruxelles, 2015.
- WEIL Sonia, *25 Jahre New Public Management in der Schweiz: Zehn Gestalter erzählen*, Lausanne, 2017.
- WENDLING Christophe, « Les instruments économiques au service des politiques environnementales », in : *Economie & prévision*, 2008/1.
- WENGER David R., « Symbolische Gesetzgebung oder die Tendenz zur Verrechtlichung des Nichtrechtlichen », in : *Revue de droit suisse*, vol. 1, Bâle, 2003, p. 215 ss.
- WIDMER Thomas/BEYWL Wolfgang/FABIAN Carlo (éd.), *Evaluation: Ein systematisches Handbuch*, Wiesbaden, 2009.
- WIDMER Thomas/BINDER Hans-Martin, « Les méthodes de recherche », in : Bussmann/Klöti/Knoepfel (éd.), *Politiques publiques : évaluation*, Paris, 1998, p. 207 ss.
- WIDMER Thomas, « Geschichte der Evaluation im schweizerischen politischen System », in : Sager/Widmer/Balthasar (éd.), *Evaluation im politischen System der Schweiz: Entwicklung, Bedeutung und Wechselwirkungen*, Zurich, 2017, p. 51 ss.
- WILLIAMS Christopher, « The End of the <Masculine Rule>? Gender-Neutral Legislative Drafting in the United Kingdom and Ireland », in : *Statute Law Review*, vol. 29, iss. 3, 2008, p. 139 ss.
- WILLIAMS James, « Experiment in Legislation », in : *Law Magazine and Review*, 1889, p. 299 ss.
- WILLKE Helmut, *Supervision des Staates*, Francfort-sur-le-Main, 1997.
- WILSON Barbara, « L'effectivité des mécanismes de protection des droits de l'homme au sein des Nations Unies », in : Hottelier (éd.), *Albert Cohen, L'écrivain au service de l'Etat de droit*, Genève, 2011, p. 47 ss.
- WINDHOLZ Eric, *Governing through Regulation: Public Policy, Regulation and the Law*, New York, 2018.
- WINKLER Markus, « Einheit oder Harmonie der Rechtsordnung », in : *Revue de droit suisse*, vol. 1, 2017, p. 171 ss.
- WINNER Langdon, « Do Artifacts Have Politics? », in : *Daedalus*, vol. 109, n° 1, janvier 1980, p. 121 ss.
- WINTGENS Luc/OLIVER-LALANA Angel Daniel (éd.), *The Rationality and Justification of Legislation: Essays in Legisprudence*, Heidelberg, 2013.
- WINTGENS Luc, « Rationality in Legislation-Legal Theory as Legisprudence: An Introduction », in : Wintgens (éd.), *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation*, Oxford, 2002, p. 1 ss.
- WINTGENS Luc, *Legisprudence: Practical Reason in Legislation*, Farnham, 2012.
- WINZELER Christoph, « Variationen der Verhältnismässigkeit im Rechtsstaat: symbolische Gesetzgebung ? », in : *Revue suisse de jurisprudence*, 2010/8, p. 181 ss.
- WIRTHS Damien/ROSSER Christian/HORBER-PAPAZIAN Katia/MADER Luzius, « Über die gesetzliche Verankerung von Evaluation: die Verteilung von Evaluationsklauseln und

- deren Auswirkungen auf kantonaler Ebene », in : Sager *et al.* (éd.), *Evaluation im politischem System der Schweiz: Entwicklung, Bedeutung und Wechselwirkungen*, Zurich, 2017, p. 155 ss.
- WITHWORTH Joseph, « A Paper on an Uniform System of Screw Threads, read at the Institution of Civil Engineers, in 1841 », in : *Miscellaneous Papers On Mechanical Subjects*, Londres, 1858, p. 23 ss.
- WITTLIN Maggie, « Buckling Under Pressure: An Empirical Test of the Expressive Effects of Law », in : *Yale Journal on Regulation*, vol. 28, iss. 2, art. 5, 2011.
- WOLFF Christian, *Vernünfftige Gedancken von dem gesellschaftlichen Leben der Menschen und insonderheit dem gemeinen Wesen zu Beförderung der Glückseligkeit des menschlichen Geschlechtes*, Halle-sur-Saale, 1721.
- WRIGHT Susan, « The Impact of Multilingualism on the Judgments of the EU Court of Justice », in : Prieto Ramos (éd.), *Institutional Translation for International Governance: Enhancing Quality in Multilingual Legal Communication*, Londres etc., 2018, p. 141 ss.
- WYNER Adam/BENN Neil, « Introduction to special issue on modelling policy-making », in : *Artificial Intelligence and Law*, vol. 21/4, 2013, p. 367 ss.
- WYSS Daniel, « Die Prüfung von Gesetzen auf ihre Praktikabilität in Grossbritannien und Kanada: Ein Modell für die Schweiz? » in : *Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle*, 2009, p. 276 ss.
- WYSS Martin, « Gold, Glanz und Schein in der Gesetzgebung: Gedanken über Rechtsetzungstraditionen und Tugenden in der Gesetzgebung ». in : *ZBL*, 2018, p. 3 ss.
- WYSS Martin, *Öffentliche Interessen – Interessen der Öffentlichkeit? Das öffentliche Interesse im schweizerischen Staats- und Verwaltungsrecht*, Berne, 2001.
- WYSS Martin, *Rechtsetzungslehre*, Berne, 2016.
- WYSS Martin, « Vom legislatorischen Wirkstoffen, Placebos und Verabreichungsformen », in : Griffel (éd.), *Vom Wert einer guten Gesetzgebung: 16 Essays*, Berne, 2014, p. 183 ss.
- WYSS Martin, « Vom Nutzen und Schaden der Rechtsvergleichung für die Rechtsetzung », in : *LeGes*, 2012/3, p. 259 ss.
- XANTHAKI Helen, « Drafting manuals and quality in legislation: Positive contribution towards certainty in the law or impediment to the necessity for dynamism of rules? », in : *Legisprudence*, vol. 4, n° 2, 2010, p. 111 ss.
- XANTHAKI Helen, « Emerging Trends in Legislation in Europe », in : Karpen/Xanthaki (éd.), *Legislation in Europe: a Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners*, Oxford/Portland, 2017, p. 275 ss.
- XANTHAKI Helen, « Improving the Quality of EU Legislation: Limits and Opportunities? », in : Garben/Govaere (éd.), *The EU Better Regulation Agenda : A Critical Assessment*, Portland, 2018, p. 29 ss.
- XANTHAKI Helen, « Legal Transplants in Legislation: Defusing the Trap », in : *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57(3), 2008, p. 659 ss.
- XANTHAKI Helen, *Drafting Legislation. Art and Technology of Rules for Regulation*, Oxford/Portland, 2014.
- XIFARAS Mikhail, « Après les théories générales de l'État: le droit global ? », in : *Jus Politicum : Revue de droit politique*, n° 8, 2012.
- YEUNG Karen, « Algorithmic regulation: A critical interrogation », in : *Regulation & Governance*, vol. 12, 2018, p. 505 ss.

- YEUNG Karen, « Hypernudge: Big Data as a Mode of Regulation by Design », in : *Information, Communication & Society*, vol. 20, 2017, p. 118 ss.
- ZACHARIÄ VON LINGENTHAL Karl Salomo, *Die Wissenschaft der Gesetzgebung*, Leipzig, 1806.
- ZAMIR Eyal/TEICHMAN Doron, *Behavioral law and economics*, New York, 2018.
- ZANGGER Alfred, « Gute Praxis der Verweisung : Funktionen, Verwendung und Gestaltung von Verweisen », in : *Gute Gesetzessprache als Herausforderung für die Rechtsetzung*, Zurich/St-Gall, 2018, p. 197 ss.
- ZARADNY Aude, « Ecrire : l'influence de la légistique sur les caractéristiques du droit administratif », in : Association française pour la recherche en droit administratif (dir.), *Les méthodes en droit administratif*, Paris, 2018, p. 19 ss.
- ZARKA Yves Charles, « L'évaluation : un pouvoir supposé savoir », in : *Cités*, vol. 37(1), 2009, p. 113 ss.
- ZEEGERS Nicolle/WITTEVEEN William J./VAN KLINK Bart (éd.), *Social and Symbolic Effects of Legislation under the Rule of Law*, Lewiston, 2005.
- ZITELMANN Ernst, *Die Kunst der Gesetzgebung. Auf Grund eines am 23. Januar 1904 in der Gehe-Stiftung zu Dresden gehaltenen Vortrages*, Dresde, 1904.
- ZUFFEREY Jean-Baptiste, « (Dé-, re-, sur-, auto-, co-, inter-) réglementation en matière bancaire et financière : thèses pour un état des lieux en droit suisse », in : *Revue de droit suisse*, vol. 2, 2004, p. 479 ss.
- ZUFFEREY Jean-Baptiste, « Le traitement de l'énergie en droit de la construction : une belle illustration des problèmes du renvoi aux normes techniques », in : *La propriété immobilière face aux défis énergétiques : Du statut juridique de l'énergie au contrôle des loyers*, Genève, 2016, p. 61 ss.
- ZUIDERVEEN BORGESIU Frederik, « Behavioural Sciences and the Regulation of Privacy on the Internet », in : Alemanno/Sibony (éd.), *Nudge and the Law: A European Perspective*, Oxford/Portland, 2015, p. 179 ss.
- ZULAUF Urs, « Koregulierung statt Selbstregulierung: Erfahrungen mit der Selbstregulierung im Schweizer Finanzmarktrecht seit der Finanzkrise von 2007 », in : Jung *et al.* (éd.), *Finanzmarktregulierung in der Krise*, Tübingen, 2014, p. 83 ss.
- ZÜND Andreas/ERRASS Christoph, « Privatisierung von Polizeiaufgaben », in : *Sécurité & Droit*, 2012/3, p. 162 ss.
- ZYSSET Pascal, *Selbstregulierung im Finanzmarktrecht: Grundlagen, verwaltungsrechtliche Qualifikationen und rechtsstaatlicher Rahmen*, Zurich/Bâle/Genève, 2017.

8.2 Documents officiels

- BANQUE MONDIALE, *Global Indicators of Regulatory Governance: Worldwide Practices of Regulatory Impact Assessments*, Washington (DC), 2018 (mise à jour sous rulemaking.worldbank.org).
- BUREAU FÉDÉRAL DE L'ÉGALITÉ ENTRE FEMMES ET HOMMES, *Guide relatif à l'analyse d'impact sur l'égalité entre femmes et hommes dans les projets législatifs*, Berne, 2015.
- CHANCELLERIE D'ÉTAT (GENÈVE), *Directive de rédaction législative*, Genève, 2018.
- CHANCELLERIE FÉDÉRALE, *Aide-mémoire de rédaction législative*, Berne, [s. d.].

- CHANCELLERIE FÉDÉRALE, *Aide-mémoire sur la présentation des messages du Conseil fédéral*, Berne, 2018.
- CHANCELLERIE FÉDÉRALE, *Directives de la Confédération sur la technique législative [DTL]*, Berne, 2013.
- CHANCELLERIE FÉDÉRALE, *Guide de formulation non sexiste des textes administratifs et législatifs de la Confédération*, Berne, 2000.
- COMMISSION EUROPÉENNE, DIRECTION GÉNÉRALE DE LA TRADUCTION, *Document quality control in public administration: a study*, Bruxelles, 2013.
- COMMISSION EUROPÉENNE, DIRECTION GÉNÉRALE DU COMMERCE, *Guidelines on the analysis of human rights impacts in impact assessments for trade-related policy initiatives*, Bruxelles, 2015.
- COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Guidelines*, Bruxelles, 2017.
- COMMISSION EUROPÉENNE, *Better Regulation Toolbox*, Bruxelles, 2017.
- COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication « The REFIT Platform Structure and Functioning » (COM/2015/3260 final)*, Bruxelles, 19 mai 2015.
- COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication « Une réglementation intelligente au sein de l'Union européenne » (COM/2010/0543 final)*, Bruxelles, 8 octobre 2010.
- COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication au Conseil et au Parlement européen « Améliorer la réglementation en matière de croissance et d'emploi dans l'Union européenne » (COM/2005/0097 final)*, Bruxelles, 16 mars 2005.
- COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication sur l'obtention et l'utilisation d'expertise par la commission : Principes et lignes directrices – Améliorer la base de connaissances pour de meilleures politiques (COM/2002/0713 final)*, Bruxelles, [s.d.].
- COMMISSION EUROPÉENNE, *Gouvernance européenne : un livre blanc (COM/2001/0428 final)*, Bruxelles, 25 juillet 2001.
- COMMISSION EUROPÉENNE, *Lignes directrices concernant l'analyse d'impact*, Bruxelles, 2009.
- COMMISSION EUROPÉENNE, *Plan d'action « simplifier et améliorer l'environnement réglementaire » (COM/2002/0278 final)*, Bruxelles, 5 juin 2002.
- COMMISSION EUROPÉENNE, *Programme pour une réglementation affûtée et performante*, Bruxelles, 2014.
- COMMISSION EUROPÉENNE, *Quantification in Commission Impact Assessments and Evaluations: Report of the RSB/SG/JRC Working Group*, Bruxelles, 2018.
- CONSEIL D'ÉTAT BELGE, *Principes de technique législative : Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, Bruxelles, 2008.
- CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS/SECÉTARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT FRANÇAIS, *Guide de légistique*, 3^e éd. mise à jour, Paris, 2017.
- CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, *Étude annuelle 2016, simplification et qualité du droit*, Paris, 2016.
- CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, *Le droit souple : Etude annuelle 2013*, Paris, 2013.
- CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, *Mesurer l'inflation normative*, Paris, 2018.
- CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, *Sécurité juridique et complexité du droit – Rapport public 2006*, Paris, 2006.
- CONSEIL DE L'EUROPE, *L'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes : Cadre conceptuel, méthodologie et présentation des « bonnes pratiques »*, Strasbourg, 2004.
- CONSEIL FÉDÉRAL, « Directives du Conseil fédéral sur l'exposé des conséquences économiques des projets d'actes législatifs fédéraux du 15 septembre 1999 », in : *FF* 2000 942.

- CONTRÔLE FÉDÉRAL DES FINANCES, *Umsetzung der Evaluationsklauseln in der Bundesverwaltung: Prüfung*, Berne, 2011.
- DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'ÉCONOMIE, DE LA FORMATION ET DE LA RECHERCHE, *Analyse d'impact de la réglementation : Manuel*, Berne, 2013.
- GROUPE DES NATIONS UNIES POUR LE DÉVELOPPEMENT, *Intégrer les droits de l'homme dans le développement : recueil de pratiques du terrain*, New York, 2013.
- HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, *Indicateurs des droits de l'homme : Guide pour mesurer et mettre en œuvre*, Genève/New York, 2012.
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Guide fédéral de jurilinguistique législative française (JLF)*, [s. l. n. d.], disponible en ligne.
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Legistics*, [s. l. n. d.], disponible en ligne.
- NATIONS UNIES, SECTION DE LA REPRODUCTION, *Recueil des clauses finales des traités multilatéraux*, New York, 2006.
- NATIONS UNIES, SECTION DES TRAITÉS DU BUREAU DES AFFAIRES JURIDIQUES, *Manuel des traités*, éd. révisée, New York, 2013.
- NATIONS UNIES, SECTION DES TRAITÉS DU BUREAU DES AFFAIRES JURIDIQUES, *Précis de la pratique du secrétaire général en tant que dépositaire des traités multilatéraux*, New York, 1999.
- OCDE, *Construire un cadre institutionnel pour l'analyse d'impact de la réglementation (AIR) : orientations destinées aux décideurs*, Paris, 2008.
- OCDE, *Framework for Regulatory Policy Evaluation*, Paris, 2014.
- OCDE, *L'amélioration de la qualité des lois et réglementations : techniques économiques, juridiques et de gestion/Improving the Quality of Laws and Regulations : Economic, Legal and Managerial Techniques*, Paris, 1994.
- OCDE, *L'analyse d'impact de la réglementation : un outil au service de la cohérence des politiques*, Paris, 2009.
- OCDE, *Mise au point et utilisation des listes de critères à prendre en compte pour l'élaboration des réglementations*, Paris, 1993.
- OCDE, *Perspectives de l'OCDE sur la politique de la réglementation 2015*, Paris, 2016.
- OCDE, *Principes de bonnes pratiques de l'OCDE pour la politique de la réglementation : Contrôle et mise en œuvre de la réglementation*, Paris, 2014.
- OCDE, *Recommandation du Conseil concernant l'amélioration de la qualité de la réglementation officielle*, Paris, 1995.
- OCDE, *Recommandation du Conseil concernant la politique et la gouvernance réglementaires*, Paris, 2012.
- OCDE, *Regulatory Policy Outlook 2018*, Paris, 2018.
- OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT, *Évaluation économique des mesures et des objectifs environnementaux : Manuel*, Berne, 2013.
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Directive sur la présentation d'esquisses d'acte normatif pour les projets législatifs de l'Office fédéral de la justice*, Berne, 2015.
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation : guide pour l'élaboration de la législation fédérale*, 4^e éd., Berne, 2019 [à paraître] (3^e éd., Berne, 2007).
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation, Module « loi », « ordonnance » et « initiative parlementaire »*, Berne, 2014.

- OFFICE FÉDÉRAL DU DÉVELOPPEMENT TERRITORIAL, *Évaluation de la durabilité : Guide pratique pour les services fédéraux et autres intéressés*, Berne, 2008.
- ORGANISATION INTERNATIONALE DES INSTITUTIONS SUPÉRIEURES DE CONTRÔLE DES FINANCES PUBLIQUES (INTOSAI), *Lignes directrices sur l'évaluation des politiques publiques*, Vienne, 2016 (INTOSAI Gov 9400).
- PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Accord interinstitutionnel sur les lignes directrices communes relatives à la qualité rédactionnelle de la législation communautaire du 22 décembre 1998*.
- PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Accord interinstitutionnel « Méthode de travail accélérée pour la codification officielle des textes législatifs » du 20 décembre 1994*.
- PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 13 avril 2016*.
- PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Accord interinstitutionnel du 28 novembre 2001 pour un recours plus structuré à la technique de la refonte des actes juridiques*.
- PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Guide pratique commun du Parlement européen, du Conseil et de la Commission à l'intention des personnes qui contribuent à la rédaction des textes législatifs de l'Union européenne*, 2^e éd., Bruxelles, 2015.
- PARLEMENT EUROPÉEN, POLICY DEPARTMENT FOR CITIZENS' RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *The jurisprudential role of national parliaments in the European Union*, Strasbourg, 2017.
- PARLEMENT EUROPÉEN, *Résolution du Parlement européen du 8 juin 2011 sur la garantie de l'indépendance des études d'impact*, Strasbourg, 8 juin 2011.
- SERVICE DES ETUDES JURIDIQUES DU SÉNAT, *La qualité de la loi, Note de synthèse n° 3*, Paris, septembre 2007.
- UNION INTERPARLEMENTAIRE/FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES ASSOCIATIONS DE BIBLIOTHÉCAIRES ET DES BIBLIOTHÈQUES, *Lignes directrices sur les services de recherche parlementaire*, 2015.

Abréviations

ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950
Cst. féd.	Constitution [fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999]
FF	Feuille fédérale
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
RS	Recueil systématique [du droit fédéral]
TUE	Traité sur l’Union européenne (version consolidée)

Index

- accréditation *Voir* certification
actes matériels *Voir* instruments
matériels
agenda-setting 10, 148, 160, 184
Allemagne 32, 112, 188, 330, 336,
475, 492, 506, 515, 554, 577, 590,
641, 657
amendements législatifs 15, 37, 126,
134, 164, 170, 195, 511, 532, 545
analyse d'impact rétrospective *Voir*
évaluation rétrospective
analyse d'impact prospective 56, 78,
89, 96, 109, 116, 120, 127, 129,
135, 146, 155, 162–79, 181, 209,
219, 239, 282, 318, 327, 364, 391,
403, 428, 440, 449–75, 491, 500,
509, 510, 513, 522, 534, 630
arbitrage 329, 352
arbitraire: interdiction de l' 5, 78, 85,
97, 115–17, 119, 126, 185, 189,
191, 217, 325, 326, 518, 555, 567,
571, 577, 642
ARISTOTE 20, 47, 84, 107, 549, 601
arrangements *Voir gentlemen's*
agreements
audit 282, 338, 461, 624
autorégulation 132, 138, 310, 321,
322, 327, 339, 626
avis 276, 279, 282, 320, 405, 566
BASTIAT Frédéric 47
behavioural law *Voir* biais cognitifs,
Voir Economie comportementale
Belgique 44, 52, 130, 137, 493, 525,
526
benchmarking 292, 404, 405
BENTHAM Jeremy 4, 5, 47, 83, 272,
302, 421, 430, 548, 561, 644, 662
BERNARD Claude 45, 660
BERNAYS Edward 7
best practices 292, 293, 339, 405
biais cognitifs XI, 1, 11, 25, 40, 55,
56, 204, 207, 313, 314, 428, 444,
505, 679
big data 431, 502, 521
BISMARCK Otto von 2
blockchain 59, 523, 629
BOILEAU Nicolas 38, 61, 103
bonne foi 313, 315, 323, 325, 382,
435, 467, 470, 506, 567
brainstorming 248
budget 269
BURDEAU Georges 20, 23
bureaucratie 72, 93, 103, 515, 572,
655; de terrain 356, 612
Canada 109, 113, 370, 374, 393,
515, 526, 578, 584, 591, 597, 649
certification 287, 302, 339, 352, 355,
358
CHARONDAS 192, 481
CHARRON Pierre 192
clarté législative 547–50
clarté linguistique 110, 556, 569,
574
clarté normative 110, 539, 547, 550,
570, 586, 594
Code civil 16, 94, 121, 191, 501,
517, 549, 559, 576, 577, 580, 653
codes de conduite 283, 329, 340,
344, 349, 352, 357, 360, 361, 364,
370

- codification 57, 72, 131, 513, 518, 537, 545, 646
- COHEN Albert 529
- cohérence 115, 120, 126, 468–70, 532, 537, 557, 562, 567–68, 645
- cohésion 541, 566
- commémoration 295, 417, 514
- Compact* 317, 327, 408
- compliance* 374, 463
- compréhensibilité 556, 563, 568, 584, 588, 594, 597
- concision 103, 557, 559, 591
- concours: prix 286, 289, 311, 417
- conseils 192, 243, 281, 293, 303, 594
- CONSTANT Benjamin 106, 272, 303
- constitutionnalité des lois: contrôle de 13, 24, 78, 85, 111–13, 134, 136, 455, 641, 679
- consultation: procédures de 59, 132, 134, 135, 142, 143, 167, 171, 173, 186, 188, 189, 249, 251, 327, 334, 338, 381, 398, 440, 494–95, 495, 505, 511, 532, 594, 636
- contrat 57, 102, 256, 263, 264, 269, 288, 295, 319, 321, 324, 332, 331–35, 349, 364, 376, 383, 396, 400, 424, 434, 520, 522, 528, 666; incomplétude rationnelle 425, 522
- contrats *Voir smart contracts*
- controlling* 51, 672
- corégulation 294, 310, 327, 354, 607, 652
- corruption 292, 308, 316, 341, 375, 408
- Cour de justice de l'Union européenne 112, 116, 188, 280, 324, 383, 438, 472, 474, 505
- Cour des comptes 129, 135–39, 138, 143, 282, 318, 461, 626, 639
- Cour européenne des droits de l'homme 112, 282, 319, 320, 345, 379, 381, 438, 554, 610, 612
- coutume 14, 46, 303, 323
- cristallisation: création de la loi par 109, 155, 244, 285, 295, 300, 324, 336, 349, 399, 668
- croissance normative 11, 13, 45, 92–108, 100, 146, 182, 200, 212, 342, 486, 656
- CRUET Jean 2, 46, 72, 125, 131, 137, 149, 193, 207, 214, 304, 462, 492, 612, 613, 615, 617, 633, 645, 653, 660, 669
- DE GOUGES Olympe 576
- délégation: de la mise en oeuvre 374; législative 58, 120, 220, 353, 538, 539; normative 100, 124, 133, 365, 366, 368, 372, 400, 538
- démagogie *Voir populisme*
- démocratie 5, 19, 60, 73, 75, 78, 87, 124, 133, 142, 325, 380, 495, 680, *Voir Pluraliste (évaluation)*, *Voir Consultation*
- densité normative *Voir clarté normative*
- déréglementation 89, 92–108, 141, 285, 655, 680
- design* 36, 44, 239
- désobéissance 19, 418, 534, 615, 616
- développement durable 134, 175, 342, 409, 450, 454, 658
- DIDEROT Denis 192, 480, 481, 483, 509, 679
- digital *Voir numérique*
- discriminations *Voir égalité*; indirectes 119, 205, 455, 634
- distinctions *Voir concours*

- données personnelles 174, 221, 264, 268, 375, 403, 424, 431, 601, 666
- droit (histoire du) *Voir* histoire
- droit administratif: global 213, 242, 334, 353; nouveau droit administratif 330
- droit bancaire et financier 127, 189, 307, 331, 336, 344, 373, 375
- droit civil *Voir* responsabilité civile; contrat ; Code civil
- droit commercial *Voir* responsabilité sociétale des entreprises; droit comptable
- droit comparé 177, 186, 249, 491, 588
- droit comptable 285, 318, 345, 369
- droit d'auteur 384, 385, 424
- droit de l'environnement 221, 222, 232, 237, 268, 283, 291, 293, 295, 297, 319, 336, 338, 341, 361, 364, 369, 375, 376, 399, 403, 407, 455, 465, 498, 502, 642, 667, *Voir* développement durable, *Voir* principe de précaution
- droit de la circulation routière 91, 191, 236, 264, 303, 348
- droit de la concurrence 106, 204, 358, 375, 454, 459, 494
- droit de la protection des données personnelles *Voir* données personnelles
- droit de l'enfant 601, 621
- droit des finances publiques 110, 136, 138
- droit des migrations 29, 306, 317, 327, 409, 411, 515, 621, 667
- droit des personnes handicapées 94, 303, 456, 486, 592, *Voir* égalité
- droit des sociétés *Voir* droit comptable, *Voir* responsabilité sociétale des entreprises
- droit du bail 376, 434
- droit du numérique *Voir* numérique
- droit du sport 288, 345, 353, 357
- droit du travail 103, 205, 226, 272, 291, 294, 295, 300, 308, 367, 376, 380, 454, 494, 529, 661, 669
- droit fiscal 205, 208, 221, 267, 284, 369, 420, 435, 573, 657, *Voir* taxes
- droit fondamental 12, 74, 85, 114, 143, 171, 303, 320, 450, 459, 494, 548, 554, 571, 610, 639, 641, 671, *Voir* arbitraire (interdiction de l'), *Voir* proportionnalité, *Voir* légalité, *Voir* égalité, *Voir* Cour européenne des droits de l'homme
- droit médical 135, 265, 313, 346, 357, 373, 666
- droit pénal 94, 131, 155, 177, 201, 207, 262, 263, 300, 310, 319, 331, 364, 373, 379, 423, 467, 493, 587, 616, 667, *Voir* corruption
- droit social 94, 221, 272, 295, 358, 363, 380, 434, 454, 486, 498, 554, 611, 666, 667
- droit souple *Voir* instruments non obligatoires ; recommandations
- droits politiques *Voir* démocratie; initiative populaire
- DROZ Numa 151
- DURKHEIM Emile 304, 425, 615
- économie: analyse économique du droit 53, 266, 475, 492; comportementale 1, 30, 53–56, 175, 204, 248, 286, 308, 313, 315, 428, 486, 492; instruments économiques 266, 435
- effectivisme 85, 118, 155, 266, 616

- effectivité 304, 399, 463, 466, 607
- effets: indésirables 4, 29, 84, 145, 147, 157, 198, 204, 206, 617, 629, 633; symboliques 74, 94, 153, 206, 208, 294, 298, 410, 576; utiles 464, 610
- efficacité 94, 114, 165, 307, 380, 410, 427, 437, 461–66, 471, 631, 652
- efficience 465, 473, 496, 498, 631
- égalité 59, 393; de traitement 11, 78, 85, 94, 118–20, 326, 337, 469, 555, 567, 571, 592, 617, 664, 671; des sexes 97, 156, 175, 205, 291, 294, 295, 302, 319, 348, 403, 406, 423, 426, 451, 454, 456, 457, 574, 577, 584, 658
- élégance 43, 517, 584
- émotions 5, 9, 18, 19, 23, 25–30, 40, 81, 108, 148–52, 160, 206, 309–13, 313, 435, 485
- enforcement* 35, 322, 355, 406, 607
- entrée en vigueur 540
- épïcène *Voir* inclusive (rédaction)
- erreurs: correction des 565, 596; de planification 394; de prévision 500, 505
- esquisse normative 532, 533, 545
- Etats-Unis *Voir* USA
- études d'impact 403, 514
- évaluation: pluraliste 142, 505; rétrospective 46, 78, 110, 129, 135, 187, 209, 235, 282, 392, 603, 607, 618, 619–78; concomitante 628; *post-legislative scrutiny* 195, 629
- évaluation prospective *Voir* analyse d'impact prospective
- evidence based lawmaking* 116, 178, 186
- exécutabilité 173, 395, 464
- exécution *Voir* mise en œuvre
- expérimentation *Voir* lois expérimentales
- expertise 132, 133, 186, 282, 320, 676, 679
- fédéralisme: compétences 185, 220, 293, 335, 537, 592, 649; laboratoire 214, 250, 670, 673
- FILANGIERI Gaetano 4, 48, 95, 148, 613, 643, 645
- FLAUBERT Gustave 44, 517
- force: exécutoire 419, 606, 613; normative 252, 260, 305, 321, 419; obligatoire 169, 255, 305, 323, 332, 333, 361, 375, 376, 400, 606, 613
- formation 139, 293, 454; en légistique 33, 123, 128, 536
- framing* 10, 432
- France: codification 646; déréglementation 98, 100, 104, 107; évaluation 88, 127, 129, 135, 139, 150, 164, 182, 194, 195, 247, 248, 455, 474, 501, 514, 627, 653; expérimentation 673; lois symboliques 156; participation 135, 143; rédaction 130, 131, 137, 526, 573, 575, 589, 591, 602
- FREUD Sigmund 7, 18
- gentlemen's agreements* 332, 335, 396
- GÉNY François 23, 45, 66, 80, 524, 669
- globalisation 71, 214, 241, 300, 603, 632
- gouvernance 35, 49, 52, 329–31, 75, 214, 241, 257, 266, 293, 300, 321, 71–73, 358, 387, 403–11, 421, 435, 454, 483, 544, 650

- groupes-cibles 215, 257, 261, 266, 331, 339, 350, 352, 353, 355, 397, 452, 464, 475, 595, 608, 663
- HABERMAS Jürgen 8, 9, 148
- herméneutique 43, 72, 519, 551, 596, 607
- histoire 2, 5, 13, 31, 40, 66, 136, 156, 191, 295, 303, 480, 491, 518, 602, 612, 653, 654, 660
- HUBER Eugen 31, 131, 191, 549, 559, 562, 566, 568, 569, 590, 591
- HUGO Victor 193, 509
- illustrations graphiques 599
- inclusive: (rédaction) 156, 294, 530, 574
- indicateurs 234, 259, 278, 290, 382, 404, 405, 409, 472, 481, 509, 628, 636
- inflation normative Voir croissance normative
- information: campagnes d' 222, 277, 281, 294, 306, 309, 311, 314, 415
- initiative parlementaire 124, 129, 208
- initiative populaire 133, 151, 160, 184, 185, 530
- instruments: coopératifs 110, 138, 269, 285, 329, 340, 538; de coordination 387; matériels 263, 267, 286, 294, 328, 413, 475, 520, 608; non obligatoires 271, 538; obligatoires 255
- intelligence artificielle 41, 57, 133, 134, 217, 221, 248, 264, 343, 424, 502, 521, 536, 629, 652
- interdisciplinarité 69–70, 88, 141, 251, 440, 449, 491, 625
- intérêt public 52, 54, 78, 94, 120, 326, 337, 351, 355, 356, 380, 427, 435, 471, 474, 485, 617
- internet Voir numérique
- interprétation Voir herméneutique, Voir syllogisme, Voir syllogisme; interprétation conséquentialiste 122
- inversion hiérarchique normative 162, 214, 244, 285, 399
- ISO 51, 102, 331, 340, 351, 352, 374, 384, 385, 651
- juristique 69
- KELSEN Hans 20, 23, 399, 518
- labelling 11, 148
- labels 269, 286, 287, 358, 408, 417, 433
- LAVELEYE Emile de 46
- Law and economics Voir analyse économique du droit
- law shopping 208
- LE BON Gustave 5, 7, 18, 125
- légalité 19, 51, 78, 85, 91, 120, 246, 247, 260, 268, 299, 326, 337, 371, 382, 414, 415, 420, 427, 456, 470, 537, 538, 555, 567, 571, 609, 659, 664, 671
- légisprudence 60–62
- légistique: constitutionnelle 45, 530, 531; formelle 36, 42, 78, 518–45; intercantonale 176, 529, 538; internationale 528, 637; matérielle prospective Voir analyse d'impact prospective; matérielle rétrospective Voir évaluation rétrospective; multi-niveaux 75, 124, 215, 398, 404, 649, 680; privée 331, 351, 527, 651
- légitimité 325, 380, 410, 420
- LEIBNIZ Gottfried 42, 43, 248, 521
- liberté de vote 133, 506, 555
- lobby 89, 131, 249, 326, 334, 536

- lois: cadres 100, 361, 539;
 crépusculaires *Voir sunset legislation*; Damoclès 336, 362, 652; digitales 56, 264, 520, 562; émotionnelles 148; expérimentales 45, 48, 52, 84, 155, 214, 244, 299, 300, 313, 492, 493, 499, 504, 540, 652, 655, 658, 660–73; finalisées 259, 274, 539, 542; modèles 284, 287; qualité des 13–18, 77–83, 92, 187, 479, 517, 534, 589, 595, 645, 668; symboliques 153, 278, 294, 296, 475
- MACHIAVEL Nicolas 9, 47, 301, 480, 668
- mainstreaming* 406, 410
- manipulation 7, 12, 25, 26, 59, 192, 313–15, 429, 444, 467, 503
- marchés: (création de) 267, 435, 436; publics 288, 295, 358, 373
- médiation 263, 277, 278, 312, 327, 329, 337, 338, 352, 411, 667
- meilleures pratiques *Voir best practices*
- Mieux légiférer: programme 35, 80, 89, 97, 170, 650
- migrations *Voir droit des migrations*
- mise en œuvre 33, 78, 85, 107, 118, 136, 195, 208, 251, 316, 352, 374, 382, 392, 397, 406, 416, 417, 421, 436, 602, 603–18, 619, 628, *Voir* effectivité, *Voir* délégation (de la mise en oeuvre); acteurs de 261, 331, 355, 464, 475, 608
- mises en garde 280, 286, 565
- modèle *Voir* lois modèles; comportement 288, 292, 294, 416, 583
- mondialisation *Voir* globalisation
- monitoring* 99, 291, 355, 628
- MONTAIGNE Michel de 5, 104, 395, 528, 606
- MONTESQUIEU Charles Louis de
 Secondat 2, 3, 43, 72, 73, 421
naming and shaming: (mise à l'index) 278, 280, 290, 311
- normes privées *Voir* instruments coopératifs
- nouvelle gestion publique 51, 258, 261, 335, 396, 466, 477
- NPM *Voir* nouvelle gestion publique
- nudges* 55, 93, 265, 284, 287, 316, 428–35, 597, 656
- numérique 57, 170, 249, 266, 343, 349, 359, 378, 424, 451, 454, 494, 495, 520, 562, 599, 617, 629, 666, *Voir* robot, *Voir* big data, *Voir* intelligence artificielle
- objectifs 118, 219, 631, 633; gouvernance par 257
- OCDE 35, 51, 53, 139, 157, 167, 182, 183, 187, 197, 247, 450, 488, 513, 609, 622, 628, 635, 645
- orthographe 564, 574
- pairs: évaluation par les 278, 290, 311, 316, 627; pression par les 278, 290, 311, 406, 410
- partenariat public-privé 334, 342, 351, 383, 396, 421
- participation du public *Voir* évaluation pluraliste, *Voir* consultation
- passif (mode) 586
- performance 139, 258, 405, 461, 626, 632
- pertinence 77, 117, 145–46, 165, 468, 496, 604, 620, 633, 652
- pesée des intérêts 220, 237, 257, 509, 510
- PETRAZYCKI Leon 194, 481

- PETTY William 480
- planification 159, 189, 215, 264, 268, 335, 337, 389, 403, 405, 408
- PLATON 12, 28, 37, 43, 84, 464, 644
- pluralisme normatif 75, 241, 271, 300, 339
- pluraliste *Voir* Evaluation
- poésie 42, 556
- politiques publiques 1, 34, 55, 239, 241, 250, 341, 357, 407, 422, 493, 621
- populisme 5–8, 74, 81, 108, 204, 679
- PORTALIS Jean-Étienne-Marie 3, 66, 104, 500, 543, 549, 551, 633
- POUND Roscoe 83, 606
- praticabilité 464
- précaution: principe de 60, 190, 203, 319, 465, 641
- promulgation 545
- proportionnalité 78, 85, 91, 97, 117–18, 145, 155, 170, 187, 191, 205, 208, 220, 230, 235, 245, 326, 427, 435, 438, 450, 453, 458, 469, 470–75, 488, 489, 503, 505, 555, 567, 617, 635, 664, 671
- PROUDHON Pierre-Joseph 15, 17, 101, 107, 329
- psychologie *Voir* émotions
- publication 327, 385, 545, 596, 602
- QUINTILIEN 103
- ranking *Voir* *rating*
- rating* 278, 290, 310, 404, 406
- rationalisme 85, 217
- rationalité communicationnelle 8–13, 23, 33, 63, 72, 81, 148, 151, 437, 479, 511, 620
- rationalité et raison 1–30, 39–62
- recommandations 176, 243, 274, 279, 286, 338, 372, 373, 379, 417, 420, 463, 527, 565, 621
- rédaction législative *Voir* Légistique formelle
- redondance 564
- régulation 34, *Voir* gouvernance, *Voir* autorégulation
- renseignements 283, 415
- renvois: entre articles 562; normatifs 64, 100, 133, 287, 297, 298, 320, 323, 324, 347, 359, 367, 371, 372, 377, 384, 400, 413, 538, 563
- responsabilité civile 202, 310, 319, 349, 373, 379
- responsabilité sociétale des entreprises 292, 300, 341, 358, 380, 408
- robot *Voir* intelligence artificielle, *Voir* *blockchain*
- ROSSI Pellegrino 5, 25, 29, 42, 69, 193, 481, 517, 557, 681
- ROUSSEAU Jean-Jacques 6, 25, 89, 193, 312, 395, 434, 609, 613
- ROUSSET Gustave 3, 5, 30, 42, 67, 80, 645
- serment 278, 312
- simplification 13, 90–108, 120, 161, 204, 220, 549, 559, 588, 592, 602, 647, 649
- Simplification 102
- smart contracts* 57, 424, 520
- sociologie 2, 6, 69–70, 88, 109, 153, 194, 304, 524, 607, 615, 618, 625
- standard 340, 349
- statistiques 28, 120, 186, 192, 260, 320, 405, 481, 492
- STENDHAL 44, 517
- storytelling* 11, 148, 312

- street-level bureaucracy* Voir
bureaucratie de terrain
- structuration 540, 541, 560, 566
- subsidiarité 76, 120, 185, 245, 440,
450, 456, 470, 537, 567
- subventions 269, 288, 289, 295, 401,
416, 436, 666
- sunset legislation* 98, 540, 652, 655
- sylogisme 41, 46, 121, 122, 518–23,
519
- symbolique Voir lois symboliques
- taxes 267, 435, 436
- traduction 385, 556, 562, 564, 595
- transparence 133, 233, 326, 327,
381, 404, 406, 410, 433, 620, 625,
667, 671, 677, 679
- TROTTER Wilfred 7
- Union européenne Voir Cour de
justice de l'UE; effet utile; mieux
légiférer (programme); analyse
d'impact 132, 140, 157, 163, 169,
182, 186, 197, 210, 223, 403, 443,
444, 446, 450, 453, 477, 488, 497,
513; autorégulation 356, 360, 382;
charte des droits fondamentaux
303; consultation 189;
déréglementation 96, 98;
évaluation *ex post* 609, 620, 623,
636, 646, 649; *evidence based
regulation* 187; légistique
formelle 87, 106, 526, 527, 544,
550, 561, 564, 589; méthode
ouverte de coordination 405;
planification 160, 391;
recommandations 276, 279, 318;
sunset clause 657; traduction 596
- USA 96, 98, 177, 188, 201, 299,
522, 557, 590, 654, 655, 670
- VON MOHL Robert 4, 645
- WEBER Max 6, 39, 40, 44, 49, 72, 83
- WILDE Oscar 487
- ZITELMANN Ernst 4, 47, 48, 67, 219,
460, 492

Liste des figures et tableaux

Figures

Figure 1-1 –	Cycle légistique	38
Figure 2-1 –	Diagramme d'intervention logique – Evaluation de la pertinence du problème et des objectifs	147
Figure 2-2 –	Phases de l'analyse d'impact prospective (légistique matérielle prospective)	164
Figure 2-3 –	Typologie des différentes évaluations à effectuer dans le cadre de l'analyse d'impact	166
Figure 2-4 –	Processus de l'analyse d'impact de la réglementation (OCDE)	167
Figure 2-5 –	Phases de l'analyse d'impact prospective (phase analytique)	181
Figure 2-6 –	Soutien analytique des services parlementaires	196
Figure 2-7 –	Analyse du problème – synthèse des points à examiner	198
Figure 2-8 –	Evaluation de la pertinence du problème – méthode d'examen des effets potentiellement problématiques	199
Figure 2-9 –	Modélisation des causes du problème et de ses effets	211
Figure 2-10 –	Phases de l'analyse d'impact prospective (phase téléologique)	219
Figure 2-11 –	Arbre d'objectifs	224
Figure 2-12 –	Evaluation de la pertinence des objectifs – méthode d'examen selon le bien-fondé de la cause du problème ou non	225
Figure 2-13 –	Diagramme d'intervention logique – schéma général	227
Figure 2-14 –	Diagramme d'intervention logique – problème et objectifs (exemple)	228
Figure 3-1 –	Phases de l'analyse d'impact prospective (phase stratégique I et II)	240
Figure 4-1 –	Phases de l'analyse d'impact prospective (phase stratégique III et IV)	441
Figure 4-2 –	Diagramme d'intervention logique – schéma général	447
Figure 4-3 –	Diagramme d'intervention logique – options stratégiques (exemple)	448
Figure 4-4 –	Impacts examinés dans les analyses d'impact (OCDE et UE)	457
Figure 4-5 –	Diagramme d'intervention logique – modèle d'impact	476
Figure 4-6 –	Diagramme d'intervention logique – modèle d'impact (exemple)	478
Figure 5-1 –	Phases de la légistique formelle	532
Figure 6-1 –	Phases de l'analyse d'impact rétrospective (légistique matérielle rétrospective ou évaluation ex post)	619

Tableaux

Tableau 1-1 –	Méthodes vs techniques en légistique	65
Tableau 2-1 –	Distinction entre objectifs et mesures	221
Tableau 3-1 –	Panorama des instruments d'action de l'Etat	253
Tableau 3-2 –	Typologie normative des normes obligatoires	256
Tableau 3-3 –	Typologie normative des normes souples	276
Tableau 3-4 –	Degrés d'autonomie du secteur privé dans l'autorégulation	357
Tableau 3-5 –	Clauses d'impérativité en cas de corégulation (délégation et reprise)	365
Tableau 3-6 –	Typologie des instruments de coordination	389
Tableau 3-7 –	Typologie des mesures des plans-programmes	396
Tableau 3-8 –	Clauses d'impérativité directe (actes de planification)	402
Tableau 3-9 –	Clauses d'impérativité indirecte (actes de planification)	402
Tableau 3-10 –	Typologie des actes matériels selon leur visée comportementale	415
Tableau 3-11 –	Typologie des degrés de contrainte des actes matériels de mise en œuvre proprement dits en rapport avec les degrés d'obligatorité des normes sous-jacentes	420
Tableau 3-12 –	Typologie des architectures de mise en œuvre	422

Table des matières

Sommaire	VII
Avant-propos	IX

1	La loi raisonnée	1
1.1	Introduction	1
1.2	La loi critiquée	1
1.2.1	Le défaut de raison	1
1.2.1.1	La loi rationnelle : du mythe à la nécessité	1
1.2.1.2	Le législateur irrationnel	4
a.	De la démocratie à l'ochlocratie	5
b.	La nécessité d'une rationalité communicationnelle	8
1.2.1.3	La critique persistante envers la qualité des lois	13
1.2.2	L'exigence d'une raison législative	19
1.2.2.1	L'autorité chancelante des lois irrationnelles	19
1.2.2.2	Quelques attitudes possibles	19
a.	La mystification de la loi	19
b.	L'épuration de la science du droit de ses soubresauts irrationnels	20
c.	Aller « après la loi »	22
d.	Raisonner le législateur : des espoirs déçus d'une « science exacte des lois » à l'amélioration des conditions d'une rationalité communicationnelle en matière législative	23
1.2.3	Les défis de la raison législative	25
1.2.3.1	« Il faudrait des Dieux pour donner des lois aux hommes »	25
1.2.3.2	(Re)définir la rationalité à l'aune des sciences affectives	25
a.	L'émotion rationnelle	25
b.	La figure argumentative de l'appel à la raison	27
1.2.3.3	L'argumentation émotionnelle : la possibilité d'une « noble émotion » ?	27
1.3	La réponse légistique	31
1.3.1	L'émergence de la légistique	31
1.3.2	La définition et les fondements de la légistique	33
1.3.2.1	La légistique matérielle et la légistique formelle dans le cycle des politiques publiques	33
1.3.2.2	Le fondement de la loi en raison	39
a.	Rationalité et raison	39
b.	Un fondement rationnel évolutif	40
I.	L'adaptation de la légistique à l'évolution des rationalités scientifiques	40
II.	Légiférer logiquement et élégamment	41
III.	Légiférer expérimentalement	45
IV.	Légiférer programmatiquement et managérialement	47
V.	Légiférer économiquement et psycho- comportementalement	53
VI.	Légiférer robotiquement	56

	c.	Du législateur rationnel au législateur raisonnable : la légistique à l'aune de la légisprudence	60
1.3.2.3		La discussion sur la nature scientifique de la légistique	63
	a.	Introduction.....	63
	b.	Méthode, méthodologie ou technique ?.....	63
	c.	Art ou science ?	66
1.3.2.4		La légistique comme objet interdisciplinaire : le débat oublié sur la science du droit et la « juristique »	69
1.3.3		Les buts de la légistique	71
1.3.3.1		Prélude : la nécessité d'une méthode visant à créer la loi à l'ère de la gouvernance et du droit global ?.....	71
	a.	Vers une science des normes et de la régulation : une normistique ?	71
	b.	La loi comme élément structurant de la démocratie.....	73
	c.	Pour une légistique inscrite au cœur de l'Etat de droit et de la démocratie dans une gouvernance multi-niveaux.....	75
1.3.3.2		Bien légiférer	77
	a.	Les critères de qualité de la loi	77
	b.	La quête méthodique de la « bonne » loi	79
	c.	La quête d'un impact juste et optimal de la loi.....	83
1.3.3.3		L'instrumentalisation des buts : les usages détournés de la légistique.....	87
1.3.3.4		Postlude : raréfier et simplifier la loi	90
	a.	Un idéal constamment défié.....	90
	b.	La déréglementation et la simplification législative et administrative	92
	I.	L'appropriation partisane de la critique envers la quantité et la complexité des lois	92
	II.	Les instruments de déréglementation et de simplification	95
	III.	Les limites de la déréglementation et de la simplification de la loi : quatre thèses	99
	IV.	Le bilan	107
1.3.4		Les fondements juridiques de la légistique	108
1.3.4.1		Introduction : la légitimité d'une théorie prescriptive	108
1.3.4.2		Les fondements spécifiques : du droit souple aux règles obligatoires	109
1.3.4.3		L'intégration de la légistique dans le contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité des lois et du contrôle de légalité des actes infra-législatifs	111
1.3.4.4		Les fondements généraux dans les principes de l'Etat de droit et les droits fondamentaux	114
	a.	Introduction : l'émergence du principe d'efficacité	114
	b.	L'interdiction de l'arbitraire et l'accomplissement rationnel des tâches étatiques	115
	c.	Le principe de proportionnalité	117
	d.	L'égalité de traitement et l'interdiction des discriminations.....	118
	e.	Les autres principes	120
	f.	Le cas du droit prétorien (judex in modo legislatoris)	121

1.3.5	L'institutionnalisation de la légistique : les compétences et l'organisation.....	123
1.3.5.1	Introduction : qui conçoit et qui rédige la loi ?.....	123
1.3.5.2	Les rôles respectifs du parlement et du gouvernement	124
1.3.5.3	L'externalisation de la conception et de la rédaction	130
1.3.5.4	Les organismes exerçant une fonction légistique	133
a.	Les organes de réflexion et de conseil en matière scientifique.....	133
b.	Les autres organes dans l'architecture des pouvoirs	135
I.	Introduction historique	135
II.	Les organes judiciaires, en particulier les Conseils d'Etat [sur le modèle français]	136
III.	Les organes de contrôle des finances publiques, en particulier les Cours des comptes.....	138
IV.	Les organes de contrôle de la réglementation.....	139
V.	Les organismes participatifs et pluralistes	142
VI.	Les organismes en matière de droits fondamentaux....	143
2	La loi pertinente	145
2.1	Le critère de la pertinence.....	145
2.1.1	Définition.....	145
2.1.2	Les fonctions du critère.....	147
2.1.2.1	Prévenir des lois inutiles aux effets possiblement problématiques	147
a.	A mauvais diagnostic, mauvais remède.....	147
b.	Les lois émotionnelles	148
c.	Le cas des lois (sincèrement) symboliques et des lois-alibis	153
2.1.2.2	Le test de la nécessité d'une intervention politico-juridique.....	157
2.2	Les instruments pour évaluer la pertinence (planification législative et analyse d'impact prospective).....	159
2.2.1	Introduction	159
2.2.2	La planification législative.....	159
2.2.2.1	La rationalisation de l'agenda parlementaire et ses limites.....	159
2.2.2.2	Les programmes législatifs	160
2.2.2.3	Les planifications thématiques.....	162
2.2.3	L'analyse d'impact prospective (analyse d'impact au sens large)	162
2.2.3.1	Une concrétisation en droit positif de la démarche de légistique matérielle	162
2.2.3.2	Une quadruple séquence d'évaluations	164
2.2.3.3	Les sources	166
a.	OCDE.....	167
b.	Union européenne.....	169
c.	Suisse	171
d.	Etats-Unis.....	177
2.3	La phase analytique de l'analyse d'impact prospective.....	181
2.3.1	L'objet	181
2.3.2	Les fonctions et les sources : la nécessité d'une intervention politico-juridique.....	181

2.3.3	L'analyse de l'impulsion politique initiale : l'examen préalable de la marge de manœuvre du législateur et de la compétence de légiférer	183
2.3.4	L'analyse des données disponibles	186
2.3.4.1	Légiférer sur la base de faits pertinents et suffisamment établis	186
a.	Les principes et les sources	186
b.	Les racines historiques	191
2.3.4.2	Le rôle des parlements : la proposition de développer une infrastructure de soutien légistique	194
2.3.5	L'analyse du problème	196
2.3.5.1	Les méthodes et les sources	196
2.3.5.2	L'évaluation de la pertinence du problème : l'examen des effets potentiellement problématiques de la situation existante	198
2.3.5.3	L'évaluation du bien-fondé des chaînes de causalité	201
a.	Introduction.....	201
b.	Une catégorisation des causes possibles	202
I.	Les causes directes, adéquates, prouvées et non biaisées vs les causes indirectes, inadéquates, non prouvées et biaisées	202
II.	Les causes véritables vs les causes prétextes	204
III.	Les causes émotionnelles vs les causes rationnelles ...	206
IV.	Les causes volontaires vs les causes involontaires	206
V.	Les causes relatives à l'imperfection de la loi, à son retard sur l'évolution des faits ou du droit ainsi qu'à son impact déficient.....	206
c.	Les techniques de modélisation des causes du problème et de ses effets	209
2.3.5.4	L'analyse de la dynamique et de l'ampleur du problème : un auxiliaire à l'analyse de la nature et des causes.....	212
a.	La dynamique du problème : évolution, périodicité et durabilité	212
b.	L'ampleur du problème : géographique, thématique, personnelle et politique	214
2.3.5.5	Les limites de l'évaluation de la pertinence du problème : le problème public comme construction dialectique.....	216
2.4	La phase téléologique de l'analyse d'impact prospective	219
2.4.1	L'objet	219
2.4.2	Les fonctions	220
2.4.3	Les méthodes et techniques	223
2.4.4	L'évaluation de la pertinence des objectifs	224
2.4.5	Le lien entre les objectifs et les causes du problème.....	226
2.4.5.1	L'objectif comme la part du problème à résoudre	226
2.4.5.2	La modélisation des objectifs dans le diagramme d'intervention logique	227
2.4.6	Le degré de clarté des objectifs.....	229
2.4.6.1	La problématique.....	229
2.4.6.2	Les exigences légistiques	231
2.4.6.3	Une analyse critique	232

3	La loi stratégique	239
3.1	Des buts aux moyens	239
3.1.1	L'objet	239
3.1.2	Les fonctions	241
3.1.2.1	L'appropriation par l'Etat du pluralisme normatif : du législateur impuissant au législateur stratégique	241
3.1.2.2	Le test du besoin d'intervention par la loi : le principe et les sources	245
3.1.3	La méthode	248
3.1.3.1	De l'impératif de créativité à l'inertie du mimétisme	248
3.1.3.2	De la synthèse des instruments existants à l'inventaire des instruments potentiels	250
3.1.4	Le panorama général des instruments	251
3.2	Les instruments obligatoires	255
3.2.1	Introduction	255
3.2.2	Les normes obligatoires	255
3.2.2.1	Les droits et les obligations	255
3.2.2.2	Les normes primaires obligatoires	257
a.	La distinction entre instruments d'action et formes juridiques : les combinaisons réciproques	257
b.	La gouvernance par objectifs vs par prescriptions	257
3.2.2.3	Les normes auxiliaires obligatoires	261
3.2.2.4	Les normes dynamiques automatisées : vers des lois personnalisées dans le monde de la législation digitale	264
3.2.3	Le cas des instruments économiques	266
3.3	Les instruments non obligatoires	271
3.3.1	Introduction	271
3.3.2	L'origine et les caractéristiques du droit souple	272
3.3.2.1	L'origine	272
3.3.2.2	La définition et les caractéristiques du droit souple	273
a.	Le droit souple formel vs le droit souple matériel	273
b.	Les droits souples et les obligations souples (espérances et recommandations)	274
3.3.3	Les types d'instruments non obligatoires	277
3.3.3.1	Introduction	277
a.	Les normes primaires souples vs les normes auxiliaires souples	277
b.	Les autres instruments non obligatoires	278
3.3.3.2	Les recommandations explicites	279
a.	Introduction	279
b.	Les recommandations proprement dites	279
c.	Les mises en garde et les avertissements	280
d.	Les campagnes d'information	281
e.	Les conseils	281
f.	Les avis et les expertises	282
g.	Les conclusions d'évaluations ex ante ou ex post ainsi que de rapports administratifs	282
h.	Les renseignements incitateurs	283
i.	Les explications	283

j.	Les codes de conduite.....	283
k.	Les lois-modèles et autres réglementations-types	284
3.3.3.3	Les recommandations implicites.....	286
a.	Introduction.....	286
b.	La description incitatrice et la communication d'une norme sociale	286
c.	La labellisation et la certification	287
d.	Les distinctions, les concours, les prix et les loteries	289
e.	La notation, le classement, les indicateurs, la stigmatisation, l'évaluation et la pression par les pairs	290
f.	Les analyses comparatives et les référentiels des meilleures pratiques.....	292
g.	La formation et la recherche.....	293
h.	L'aide et l'assistance	293
i.	L'exemplarité des autorités	294
j.	La commémoration, la reconnaissance mémorielle et les journées symboliques	295
k.	Le droit étranger et les projets de loi ou de traité	297
3.3.4	Les fonctions du droit souple	299
3.3.4.1	En général	299
3.3.4.2	Le cas de la fonction pré-juridique et expérimentale : un processus de création de la loi par cristallisation	300
3.3.5	L'effectivité des instruments non obligatoires	304
3.3.5.1	Introduction : une normativité graduelle	304
3.3.5.2	Les effets non juridiques	306
a.	L'effectivité des instruments non obligatoires et les techniques de renforcement de celle-ci	306
b.	Le maniement des émotions et des sentiments	309
c.	La manipulation comportementale	313
I.	Introduction.....	313
II.	Les techniques de l'engagement	314
III.	L'économie comportementale.....	315
d.	L'évaluation (par les pairs ou non) de la mise en œuvre des actes non obligatoires.....	316
3.3.5.3	Les effets de nature juridique	318
a.	Introduction.....	318
b.	Les effets semi-obligatoires	319
c.	Les effets obligatoires.....	323
3.3.6	La légitimité démocratique des instruments non obligatoires	325
3.3.6.1	Une légitimité par les résultats obtenus vs par les procédures suivies (« output vs input legitimacy »).....	325
3.3.6.2	Le renforcement de la légitimité par une formalisation adaptée et des contrôles adaptés.....	326
3.4	Les instruments coopératifs	329
3.4.1	L'expansion des instruments coopératifs : vers une théorie de la gouvernance en droit public et en droit privé	329
3.4.2	Les types d'instruments coopératifs	331
3.4.2.1	Introduction	331
3.4.2.2	Les normes privées	332

3.4.2.3	Les normes concertées (public-privé).....	333
a.	Les normes concertées obligatoires	333
b.	Les normes concertées souples (arrangements informels).....	335
I.	Introduction et classification	335
II.	Les arrangements informels en prévention de l'adoption de règles de droit ou de décisions.....	336
III.	Les arrangements informels en préparation de l'adoption d'actes juridiques	337
IV.	Les arrangements informels visant à l'exécution d'actes juridiques	338
V.	Les arrangements informels en rapport avec des actes non obligatoires	338
3.4.3	L'autorégulation : une régulation par les groupes-cibles.....	339
3.4.3.1	Introduction	339
3.4.3.2	Les mondes autorégulés	339
a.	Introduction : le modèle de la lex mercatoria	339
b.	Lex technica (normes techniques, « standards »)	340
c.	Lex electronica, informatica ou digitalis	343
d.	Lex finanziaria	344
e.	Lex sportiva	345
f.	Lex medicalis.....	346
3.4.3.3	Les auteurs des normes d'autorégulation	348
a.	Les associations professionnelles et les communautés d'intérêt.....	348
b.	Les organismes privés de régulation.....	349
c.	Les directives de rédaction de normes privées	351
3.4.3.4	La mise en œuvre par les groupes-cibles (arbitrage, certification, médiation)	352
3.4.4	Les différents degrés d'autonomie du secteur privé dans l'autorégulation.....	353
3.4.4.1	Introduction : de l'autorégulation à la corégulation	353
a.	L'autorégulation	353
b.	La corégulation	354
c.	Le degré d'autonomie variable du secteur privé	356
3.4.4.2	L'autorégulation autonome et spontanée.....	357
3.4.4.3	Les figures de la corégulation	358
a.	L'autorégulation facilitée par l'Etat	358
b.	L'autorégulation incitée par l'Etat	359
c.	L'autorégulation provoquée par l'Etat.....	362
d.	L'autorégulation imposée par l'Etat	364
3.4.4.4	La corégulation par délégation et reprise.....	365
a.	Introduction.....	365
I.	Les techniques légistiques d'attribution d'impérativité aux normes privées	365
II.	La figure de la délégation	366
b.	L'autorégulation déléguée par l'Etat.....	366
I.	La délégation normative proprement dite	366
II.	Le renvoi dynamique direct obligatoire	367
III.	Le renvoi dynamique direct semi-obligatoire	371

	IV. Le renvoi dynamique indirect ou non spécifié et le renvoi implicite	372
	V. La délégation de la mise en œuvre, de la surveillance, de la police et du contentieux – le cas de la compliance	374
	c. L'autorégulation reprise par l'Etat	375
	I. Introduction.....	375
	II. L'incorporation dans un acte législatif.....	375
	III. La déclaration de force obligatoire ou de reconnaissance juridique	376
	IV. Le renvoi statique	377
	V. Le cas de la référence aux normes privées par les autorités administratives ou judiciaires	379
3.4.5	Les techniques de renforcement de la légitimité des instruments coopératifs	380
3.5	Les instruments de coordination.....	387
3.5.1	Introduction : coordination et gouvernance.....	387
3.5.2	Les actes de planification	389
3.5.2.1	Grandeur et disgrâce de la planification	389
3.5.2.2	La planification : plan-programme et plan territorial	392
3.5.2.3	Fonction et forme des plans	394
3.5.2.4	La diversité des mesures prévues par le plan-programme	396
a.	Introduction.....	396
b.	Les mesures immédiates et les mesures projetées	397
c.	Les mesures primaires et les mesures auxiliaires	397
d.	Le cas des mesures échappant à la compétence du planificateur : un intérêt pour la légistique multi-niveaux ..	398
3.5.2.5	L'effectivité des plans	399
a.	Une diversité des effets normatifs.....	399
b.	Les techniques légistiques d'attribution d'impérativité aux plans	400
3.5.3	Les études d'impact.....	403
3.5.4	Les actes de gouvernance.....	403
3.5.4.1	Introduction	403
3.5.4.2	Les illustrations.....	404
a.	Introduction.....	404
b.	La méthode ouverte de coordination.....	405
c.	L'approche intégrée ou l'intégration (« mainstreaming »).....	406
3.5.4.3	Les actes de gouvernance : des actes de planification émergente ?.....	408
3.5.4.4	La légitimité et l'efficacité des actes de gouvernance.....	410
3.6	Les instruments matériels	413
3.6.1	Introduction	413
3.6.2	Définition et typologie	413
3.6.3	Les actes matériels de mise en œuvre proprement dits.....	416
3.6.3.1	Introduction	416
3.6.3.2	La mise en œuvre d'une norme sous-jacente explicite ou implicite, obligatoire ou souple.....	416
3.6.3.3	L'acte contraignant de fait vs l'acte obligatoire	417

3.6.3.4	Un degré de contrainte graduel : la force exécutoire des actes matériels en rapport avec la force normative des normes sous-jacentes	419
3.6.4	La création d'architectures de mise en œuvre au moyen d'actes matériels	421
3.6.4.1	D'une architecture de contrôle des comportements (mise en œuvre contraignante) à un environnement comportemental incitateur (mise en œuvre souple)	421
3.6.4.2	La contrainte physico-technique	422
3.6.4.3	L'influence psycho-comportementale	428
a.	Les incitations comportementales : la création d'environnements comportementaux incitateurs (« nudges »)	428
b.	Les incitations psychologiques : le recours aux émotions et aux sentiments	435
3.6.4.4	Les incitations économiques	435
4	La loi efficace	437
4.1	La combinaison stratégique des instruments d'action	437
4.1.1	La fonction d'aide au choix	437
4.1.2	La liberté de choix de principe du législateur	437
4.1.3	La démarche méthodique	440
4.2	L'évaluation préliminaire des options stratégiques	443
4.2.1	La démarche méthodique	443
4.2.2	L'évaluation préalable des instruments les plus appropriés	443
4.2.3	L'esquisse d'un jeu d'options stratégiques combinant des variantes	444
4.2.4	La modélisation des options stratégiques dans le diagramme d'intervention logique	447
4.3	L'évaluation approfondie des impacts (analyse d'impact au sens étroit)	449
4.3.1	Introduction	449
4.3.2	L'évaluation de l'ensemble des impacts potentiels économiques, environnementaux et sociaux	450
4.3.2.1	La nécessité d'une analyse d'impact intégrée de l'ensemble des composantes d'un développement durable	450
4.3.2.2	La démarche méthodique	451
a.	Introduction	451
b.	L'identification de l'ensemble des impacts potentiels	452
c.	La sélection des impacts à évaluer de manière approfondie	457
d.	L'évaluation des impacts	458
4.3.3	L'évaluation de l'impact par rapport à l'efficacité, l'effectivité et l'efficience (efficacité au sens large)	460
4.3.3.1	Introduction	460
4.3.3.2	L'efficacité dans ses différentes composantes : l'efficacité, l'effectivité et l'efficience	461
a.	L'efficacité au sens large (« performance »)	461
b.	L'efficacité proprement dite	462
c.	L'effectivité	463
d.	L'efficience	465

4.3.3.3	Le rapport entre les différentes composantes de l'efficacité et la pertinence.....	466
a.	Introduction.....	466
b.	L'efficacité et l'effectivité.....	466
c.	L'efficacité et la pertinence.....	468
4.3.3.4	Le rapport de l'efficacité avec les exigences de cohérence et de proportionnalité	468
a.	Introduction.....	468
b.	La cohérence.....	468
c.	La proportionnalité	470
I.	Introduction.....	470
II.	La nature juridique de l'efficacité	471
III.	La nature juridique de l'efficience	473
4.3.3.5	La technique de modélisation des impacts dans un diagramme d'intervention logique.....	475
4.4	Les méthodes d'évaluation	479
4.4.1	Introduction : les points de controverse.....	479
4.4.2	Les méthodes quantitatives vs les méthodes qualitatives.....	479
4.4.2.1	Le quantitativisme à l'épreuve du politique au cours des siècles : l'« arithmétique politique »	479
4.4.2.2	Les critiques à la quantification économique	485
4.4.3	Le choix de la bonne méthode	487
4.4.3.1	Introduction	487
4.4.3.2	OCDE	488
4.4.3.3	Union européenne.....	488
4.4.3.4	Suisse	490
4.4.4	La variété des méthodes : le défi interdisciplinaire.....	491
4.4.4.1	Les repères historiques : du droit comparé à la psychologie	491
4.4.4.2	Les méthodes par domaines et par degré de participation démocratique	494
4.4.4.3	Les méthodes de comparaison des options.....	496
a.	Introduction.....	496
b.	L'analyse coût-bénéfice et l'analyse coût-efficacité	496
c.	De l'analyse multicritère à l'évaluation sociale multicritère.....	497
d.	Les autres méthodes (moindres coûts, coûts standards, analyses contrefactuelles, SWOT)	498
4.4.5	La problématique des pronostics	500
4.4.5.1	La fiabilité des prévisions	500
4.4.5.2	Les méthodes pour légiférer dans un contexte incertain	503
4.5	Le choix de l'option législative préférable.....	509
4.5.1	La pesée des intérêts.....	509
4.5.2	Les limites des méthodes de pondération des intérêts ou le retour du politique	510
4.6	Le bilan.....	513
5	La loi claire	517
5.1	Introduction : de l'élégance à l'impact.....	517
5.2	La légistique formelle	518

5.2.1	Des « vieux rêves perfectionnistes d'écriture législative » aux rêves nouveaux de codification robotique ?.....	518
5.2.2	La définition	523
5.2.3	Les sources et l'objet de la légistique formelle	525
5.2.4	La méthode	531
5.2.4.1	Les phases de création.....	531
5.2.4.2	L'esquisse normative.....	532
a.	Introduction.....	532
I.	La fonction et le contenu de l'esquisse	532
II.	La place de l'esquisse normative dans les systèmes de rédaction législative centralisée.....	533
III.	Le problème de l'externalisation de la rédaction législative	536
b.	La mise en thèses normatives.....	536
c.	L'emboîtement normatif	537
I.	L'emboîtement formel (choix de la forme législative).....	537
II.	L'emboîtement matériel (choix de la densité normative)	539
III.	L'emboîtement spatial et temporel.....	539
d.	La structuration de l'acte	540
5.2.4.3	L'ébauche du projet de loi.....	541
a.	La formulation des énoncés normatifs.....	541
b.	La normativité des énoncés	542
5.2.4.4	La finalisation de l'ouvrage : l'adoption de la loi	544
5.2.4.5	La communication de la loi.....	545
5.3	La clarté législative	547
5.3.1	Un double éclairage sur la clarté.....	547
5.3.2	La clarté normative	550
5.3.2.1	La définition de la clarté normative : un rapport historique avec la théorie interprétative du « sens clair ».....	550
5.3.2.2	La nature et les sources juridiques de la clarté normative.....	553
5.3.3	La clarté linguistique.....	556
5.3.3.1	Introduction	556
5.3.3.2	Les critères et les sources	559
a.	La lisibilité	559
I.	La question de la mesure	559
II.	La concision et la simplicité	559
III.	La précision terminologique.....	561
IV.	Les renvois et les redondances	562
V.	La grammaire et l'orthographe.....	564
VI.	La lisibilité des instruments non obligatoires	565
b.	La cohésion	566
c.	La cohérence	567
d.	La compréhensibilité	568
I.	La question de la mesure : le problème des destinataires.....	568
II.	La distinction entre lisibilité, compréhensibilité linguistique et compréhensibilité normative.....	569
III.	Les fondements juridiques de la compréhensibilité	571

	e.	Le langage inclusif et son impact sur la clarté linguistique.....	574
	I.	Introduction : le langage inclusif entre féminisation et neutralisation.....	574
	II.	Une exigence déjà ancienne	575
	III.	Les exigences juridiques.....	577
	IV.	Les techniques de rédaction inclusive.....	584
5.3.3.3		Les techniques visant à améliorer la compréhensibilité des textes normatifs	588
	a.	Introduction.....	588
	b.	La simplification : le style législatif en droit comparé	588
	c.	Une tentative de simplification radicale : la loi en langue facile.....	592
	d.	Les tests de compréhensibilité	594
	e.	La rédaction multilingue de la législation comme processus de test-qualité.....	595
	f.	Les illustrations graphiques : un tournant visuel ?	599
5.3.4		Conclusion : la vulgarisation de la loi et la simplification de sa mise en œuvre	601
6		La loi réflexive	603
6.1		La mise en œuvre	603
6.1.1		La mise en œuvre comme horizon de la légistique	603
6.1.2		Du texte à sa mise en œuvre : le texte de loi est-il « juridique » ?	604
6.1.3		L'obligation de mise en œuvre et d'effectivité	607
	6.1.3.1	La terminologie	607
	6.1.3.2	Le principe : produire des « droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs »	609
	6.1.3.3	Le tempérament au principe : summa efficia, summa iniuria.....	612
6.2		L'analyse d'impact rétrospective (évaluation rétrospective).....	619
6.2.1		Définition, objet et fonction.....	619
	6.2.1.1	La définition	619
	6.2.1.2	L'objet : lois, politiques publiques et droit souple	621
	6.2.1.3	La fonction d'apprentissage	622
	a.	Un mode spécifique d'examen rétrospectif de la loi	622
	b.	L'exigence de couplage entre l'analyse d'impact prospective et rétrospective comme expression de la fonction d'apprentissage.....	622
	c.	La démarcation entre l'évaluation et les techniques de contrôle	624
	d.	Le suivi de la mise en œuvre (« monitoring »).....	628
	e.	Conclusion	629
6.2.2		Les critères et les méthodes d'analyse : une quadruple séquence d'évaluations	630
	6.2.2.1	L'évaluation au-delà des objectifs : penser autrement l'efficacité	631
	6.2.2.2	Les effets non voulus, imprévus ou indésirables	633
	6.2.2.3	Les autres catégories d'effets	635
6.2.3		Les sources juridiques	635
	6.2.3.1	Les sources internationales	635

6.2.3.2	Les sources nationales	637
6.2.3.3	Les sources jurisprudentielles	641
6.2.4	Les modalités d'analyse	643
6.2.4.1	Le réexamen systématique de la législation	643
a.	Une exigence remontant à l'Antiquité	643
b.	Le réexamen systématique formel vs matériel	645
I.	Introduction : la maintenance des lois	645
II.	Suisse : la mise à jour formelle en droit fédéral et cantonal	647
III.	Union européenne : le programme pour une réglementation affûtée et performante (REFIT)	649
IV.	Les organismes privés de régulation : l'exemple de l'Organisation internationale de normalisation (ISO)	651
6.2.4.2	Le réexamen ponctuel de la législation	651
a.	Le fondement dans des clauses de réexamen, d'évaluation et de caducité	651
b.	Le fondement jurisprudentiel	652
c.	Les traces historiques : les clauses de réexamen et d'évaluation des constitutions et des lois	653
6.2.4.3	Le cas de la législation temporaire soumise à réexamen	654
a.	Une pratique remontant à l'Antiquité	654
b.	La législation crépusculaire (« sunset legislation »)	655
c.	La législation expérimentale	660
I.	Histoire	660
II.	Définition et but	662
III.	L'habitation stratégique aux impacts possibles des nouvelles règles : convaincre par l'expérience en contexte d'incertitude	668
IV.	La distinction avec d'autres formes d'expérimentation législative	669
V.	Les exigences juridiques	671
6.3	Le bilan	675
7	Conclusion	679
8	Bibliographie	683
8.1	Ouvrages	683
8.2	Documents officiels	733
	Abréviations	737
	Index	739
	Liste des figures et tableaux	747
	Figures	747
	Tableaux	748

