

Alain Griffel (éd.), Vom Wert einer guten Gesetzgebung, 16 Essays, éditions Stämpfli, Berne 2014, 203 p.

Cet ouvrage contient les essais de 16 personnalités du monde juridique, professeurs et professeurs émérites pour la plupart, ou politiciens, certains cumulant les deux qualités. On notera parmi ces auteurs une forte représentation de l'Université et de l'École polytechnique de Zurich (8 personnes sans compter l'éditeur). Les Universités de Berne et de Bâle sont représentées par respectivement trois et deux auteurs, celles de Fribourg et de Lausanne chacune par un professeur. Kurt Fluri, licencié en droit, conseiller national et maire de la ville de Soleure, dont la contribution figure en tête du recueil selon l'ordre alphabétique des noms des auteurs, complète la docte équipe réunie par Alain Griffel. Si le choix des rédacteurs fait apparaître le souci de couvrir les secteurs du droit privé, du droit pénal et du droit administratif, il en va tout différemment de la représentation des sexes puisqu'aucune contribution n'émane d'une femme. Quant à la représentation des langues latines, elle est assurée par deux articles en français.

Comme l'indique très justement Alain Griffel dans sa préface, l'ouvrage réunit une grande richesse d'expériences et de réflexions critiques autour du thème de la qualité de la législation, mêlant aspects fondamentaux et anecdotes, réflexions approfondies et humour. Il n'a en revanche pas pour prétention de fournir des solutions ou des remèdes à la baisse de qualité de la législation suisse constatée par les auteurs. S'il peut sensibiliser le monde de la politique et peut-être même un public plus large intéressé à l'activité législative, il aura atteint son objectif.

Kurt Fluri critique la tendance qu'il constate chez le législateur fédéral de vouloir appréhender des problèmes ponctuels, souvent fortement médiatisés, par le biais de modifications législatives alors qu'une loi, en tant qu'ensemble de normes générales et abstraites, sert à régler une multitude de cas semblables touchant un nombre indéterminé de justiciables. A la lumière de quelques exemples concrets récents, tels que l'idée d'imposer un délai d'attente aux anciens membres du Conseil fédéral avant qu'ils ne puissent assumer des fonctions au sein d'entreprises économiques, ou la modification des délais pour l'attestation des signatures lors de référendums, l'auteur déplore ce développement qui porte atteinte à la consistance et à la pérennité du droit.

Peter Forstmoser constate l'accélération de l'activité législative due au développement technique et aux changements dans la société ainsi qu'aux influences venues de l'étranger (Europe, Etats-Unis). La critique porte moins sur l'augmentation du rythme de travail du législateur que sur les méthodes qu'il applique pour accomplir plus rapidement son travail. L'auteur mentionne notam-

ment le recours accru à la loi-cadre, qui laisse le soin à l'exécutif de définir le contenu concret de la réglementation, l'élaboration de réglementations exploratoires, dont on n'attend pas une évaluation complète pour les modifier ou les abroger. La pratique consistant à « raccrocher » des projets de modification à des révisions législatives en cours, sans qu'il y ait forcément un lien matériel étroit entre les projets, est un autre exemple de ces méthodes de travail dont le défaut principal est de brûler les étapes de la procédure législative qui servent à garantir la prise en compte de tous les intérêts en présence ainsi que des avis et du savoir de tous les acteurs intéressés ou concernés. Fréquemment, le législateur ne prend plus non plus le temps nécessaire de la réflexion.

Selon *Riccardo Jagmetti*, les lois répondent aux défis auxquels la société est confrontée. Mais chaque défi ne justifie pas la création d'une loi. L'évolution de la technique, la mobilité, l'individualisation de la société, l'internationalisation du droit font partie de ces défis que le législateur doit discerner, puis maîtriser. Pour être bonne, une loi doit être nécessaire. Elle doit être compréhensible pour la population, qui doit aussi pouvoir en reconnaître la portée. Et pour être efficace, elle doit avoir une certaine pérennité. Enfin la norme générale et abstraite n'est pas la seule forme d'expression du droit. Nombre de décisions de planification ont des effets importants et directs sur la population et sur l'environnement.

Dans son essai philosophique, *Georg Kohler* identifie trois causes de l'inflation législative : il y a tout d'abord les progrès techniques et scientifiques; ils ouvrent toujours plus de possibilités et de libertés d'action qui appellent des réglementations. Ensuite, il mentionne la société de consommation dont les conséquences, notamment sur l'environnement, nécessitent un cadre normatif limitatif. La troisième cause doit être recherchée dans les mécanismes de redistribution de l'Etat-providence, qui génèrent une activité législative permanente. Il ne semble pas qu'il soit possible de la freiner véritablement. Face à cette situation, l'auteur préconise une attitude critique vis-à-vis des résultats de l'activité législative et de la manière dont ils sont produits ainsi qu'un débat public permanent à leur sujet.

Pierre Moor explique que l'extension des tâches publiques au-delà des catégories classiques de l'administration de police et de l'administration de prestation, notamment pour assurer la redistribution des bienfaits du développement économique, d'une part, et une meilleure gestion de l'environnement et des ressources naturelles à disposition, d'autre part, conduit à une diversification des intérêts publics à prendre en compte. La suprématie de la loi dans le pilotage des politiques publiques entre en concurrence avec les nécessités de la planification et de l'évaluation. La difficulté à légiférer réside dans le besoin, pour la production normative, de satisfaire à ces exigences.

Georg Müller plaide pour plus de réflexion dans l'activité législative, notamment dans la phase de conception de la législation. Réagir à chaque problème par la création ou la modification d'une loi n'est pas adéquat. La réflexion commence par la question de la nécessité d'agir par voie législative, et se poursuit par la détermination des instruments à mettre en œuvre, la loi n'étant pas le seul. Une amélioration de la situation peut être atteinte par la création de services spécialisés en légistique ainsi que par l'instauration de dispositions obligeant à procéder à l'évaluation de la législation projetée, notamment quant à son efficacité, à ses coûts et à son impact sur certaines catégories d'administrés. La formation des personnes chargées de tâches législatives, à commencer par les étudiants et les étudiantes en droit, en passant par le personnel des administrations, les politiciens et les gens des médias, est aussi importante.

Jörg Paul Müller met l'accent sur la légitimation démocratique de la loi. Le législateur n'est plus ou ne peut plus être une personnalité, au sens où Rousseau l'entendait, disposant de suffisamment de savoir, de sagesse et de charisme pour rédiger la loi. L'activité législative doit donc reposer sur une procédure qui garantisse une prise en compte équitable de tous les intérêts manifestés dans la société, une manière de s'orienter vers une « volonté générale » qu'il faut en permanence tenter de déterminer, étant entendu qu'il s'agit d'un idéal qui ne peut être atteint.

Pour *Markus Notter*, le processus politique, et donc en partie aussi l'activité du législateur, n'est pas encadré par le droit. La politique, en tant que forme de la manifestation de la volonté publique, s'impose en tant que référence, sans avoir besoin de se justifier. Cette absence de cadre juridique pour l'activité législative elle-même est un défaut qui nuit à la qualité de la législation. Il prône par conséquent l'adoption d'un véritable droit de la procédure législative qui cadre le législateur dans son activité d'élaboration du droit et le contraint à plus d'objectivité.

Heribert Rausch déplore la baisse de la qualité linguistique des lois et ordonnances fédérales. Il étaye son propos par de nombreux exemples, classés par catégories, telles que les fautes de grammaire, les incohérences, les néologismes, le recours accru aux abréviations, l'orthographe, etc. Il invite à lutter contre ce « délabrement linguistique » et plaide pour une décélération du rythme législatif afin de laisser plus de place à la réflexion.

René Rhinow traite des dégâts causés à la Constitution fédérale par les initiatives populaires qui tendent à y introduire des dispositions relevant de la symbolique ou de la loi. L'initiative populaire revêtant la forme d'un projet rédigé est parfois utilisée comme acte de protestation alors que la forme d'une proposition conçue en termes généraux serait mieux adaptée. De plus en plus, les initiatives

contiennent des dispositions ponctuelles qui auraient leur place au niveau de la loi et non de la Constitution. Elles sont devenues un instrument de marketing politique. L'auteur choisit l'initiative « Oui à la protection de la sphère privée » pour illustrer d'une manière particulièrement convaincante les problèmes juridiques que soulève ce type d'initiative. Le soin apporté à la législation doit être une des préoccupations premières dans un Etat de droit. Avec ce genre d'initiatives, on fait exactement le contraire, et qui plus est, au rang normatif le plus élevé.

Fritz Schiesser revient sur ses expériences personnelles d'ancien conseiller aux Etats. Il énonce les conditions qui sont, selon lui, indispensables à une bonne législation, telles que l'analyse approfondie de la problématique à régler et le recours à des spécialistes. La pression du temps et le programme législatif chargé du Parlement fédéral sont aussi des éléments qui influent sur la qualité de la législation. Les causes de la diminution de la durabilité et de la fiabilité de notre législation ne résident pas seulement dans notre procédure législative et notre système parlementaire, mais aussi pour une bonne part dans l'évolution de notre société.

En prenant comme exemples quelques-unes des nombreuses modifications subies par le droit pénal ces dernières décennies, *Günter Stratenwerth* dresse un véritable réquisitoire contre les atteintes portées à la qualité de certaines parties de notre droit pénal. Quelques-unes de ces révisions partielles ont été influencées de manière non négligeable, pour ne pas dire déterminante, par la législation américaine. Dans d'autres cas, récents, la cause doit être attribuée à l'adoption d'initiatives populaires. L'essayiste conclut sa contribution par un constat d'impuissance à trouver des solutions à ces problèmes.

Partant du constat que nous vivons dans un monde agité où les moyens de communication modernes et les médias sont présents dans tous les domaines, donc aussi dans celui de la production normative, *Pierre Tschannen* constate la tendance du législateur à l'activisme, à la monopolisation du pouvoir vis-à-vis de l'exécutif et du judiciaire ainsi qu'au paternalisme. Il lance deux appels au législateur : premièrement, faire preuve de moins de précipitation à la création de nouvelles lois. L'Etat ne doit pas tout régler, il doit laisser de la place à la responsabilité individuelle et une marge d'appréciation et de décision à l'exécutif et au judiciaire. Deuxièmement, mettre plus de soin à l'élaboration des nouvelles lois, ce qui signifie ne pas emprunter de manière intempestive la voie de l'initiative parlementaire, recourir aux services d'experts, procéder à une évaluation prospective des projets législatifs, ne pas impliquer les milieux intéressés avant la procédure de consultation, tous des principes qui sont en vigueur et qu'il suffit donc d'appliquer.

Partant de l'hypothèse que la loi est de mauvaise qualité, *Felix Uhlmann* lance l'idée de définir la qualité de la législation par le biais de mesures empiriques. Il établit une liste de critères au sujet desquels des données chiffrées pourraient être récoltées pour être ensuite comparées. Par exemple : le nombre d'actes législatifs, globalement, par domaine du droit et entre plusieurs cantons, le nombre de modifications par unité de temps pour les actes législatifs d'un domaine juridique, la répartition des actes entre les rangs normatifs (lois, ordonnances), l'emploi de termes spécialisés, etc. La confrontation des résultats des différents critères sélectionnés devrait permettre de tirer des conclusions sur la qualité de la législation considérée. L'auteur est cependant conscient qu'il ne s'agit que d'une méthode d'évaluation qui, selon les besoins, pourrait ou devrait être complétée par des analyses plus poussées.

Martin Wyss présente des réflexions personnelles sur quelques caractéristiques d'une législation de qualité. La recherche du degré de précision approprié d'une norme revêt une difficulté particulière, car il s'agit d'être précis dans l'énoncé de la norme sans pour autant en limiter trop la souplesse lors de l'application. La qualité de la législation dépend aussi de la nécessité pour la procédure législative d'assurer la transparence, d'offrir des possibilités d'intervention et de participation aux administrés et de permettre la recherche du compromis. Les moyens de porter le droit à la connaissance du public au-delà de la publication officielle devraient être développés dans l'idée d'une plus grande proximité entre citoyens et autorités. Enfin, l'auteur critique la tendance à certaines formulations du législateur qui donnent l'impression que celui-ci s'adresse plus à des clients qu'à des personnes soumises au droit. On n'attend pas des formules de politesse de la part de la loi, mais de la part des autorités qui l'appliquent.

Jean-Baptiste Zufferey jette un regard critique sur le développement de diverses pratiques paralégislatives. Il évoque les vecteurs de pseudo-légalité traditionnels (p. ex. les ordonnances législatives d'autorités administratives, les ordonnances administratives, l'autorégulation) ainsi que les nouvelles formes de pseudo-légalité, telles que les plans, les chartes, les documents de position (Positionspapier), les FAQ sur Internet et les décisions réglementaires. Ces phénomènes s'expliquent notamment par le fait que le législateur tend à édicter des clauses générales et à déléguer leur mise en œuvre à l'exécutif, à l'administration et aux associations professionnelles. Il arrive aussi que des autorités administratives prennent elles-mêmes des initiatives de régulation en raison des procédures législatives lentes et incertaines ainsi que pour garder la main sur la réglementation dans leurs domaines de compétences. L'auteur propose pour conclure quelques pistes pour maîtriser cette évolution, en rappelant notamment la suprématie de la loi et en encourageant l'exécutif et l'administration à ne pas cé-

der aux appels à la réglementation des administrés qui sont souvent ceux qui se plaignent d'une sur-réglementation.

De notre point de vue, et pour conclure, l'activité législative d'aujourd'hui est à l'image de notre société moderne : submergeante et envahissante comme la masse d'informations qui nous assaillent tous les jours; pressée comme notre rythme de vie; guidée par l'émotion plus que par la réflexion comme l'activité des médias et des réseaux sociaux; industrielle comme celle des entreprises économiques qui fabriquent nos produits de consommation; et de plus en plus globalisée, comme notre monde. Alors, dans notre société de consommation, la législation serait-elle devenue une sorte de produit de consommation, souvent fabriqué rapidement et à l'économie, en grande quantité, pour être jeté peu de temps après et remplacé par un autre que l'on pense meilleur, plus efficace ou plus beau?

*Gérard Caussignac est chef du Service de législation, des affaires jurassiennes et du bilinguisme à la Chancellerie d'Etat du canton de Berne ;
e-mail : gerard.caussignac@sta.be.ch.*