

Bien légiférer: comment aller au-delà des slogans et produire des lois efficaces?

Colette Rossat-Favre

Comme mentionné en préface, les organisateurs du Congrès ont demandé à quatre intervenants issus de milieux professionnels très différents de s'exprimer brièvement sur ce qui constitue pour eux une bonne loi, et ce à l'aune de trois questions. La présente contribution reflète un avis (parmi d'autres) et la sensibilité personnelle d'une praticienne des questions de technique législative à l'Office fédéral de la justice (OFJ).

Qu'est-ce qu'une bonne loi?

Une bonne loi doit être nécessaire

Nous avons bien sûr tous en tête les propos de Montesquieu: «Les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires». On a beaucoup parlé, ces dernières années, de la tendance à l'inflation de la réglementation; la loi est souvent vue comme inutile ou trop complexe. Le consensus est moins évident lorsqu'il s'agit de déterminer ce qu'est une loi nécessaire. Je dirais pour ma part qu'une loi est nécessaire lorsqu'on est face à une question de société qui pose problème et que la résolution de ce problème suppose une intervention de l'Etat. Peut-être trouverez-vous étonnant qu'une représentante de l'administration commence par mentionner le critère de la nécessité. Ce n'est évidemment pas l'administration qui détermine s'il est nécessaire de légiférer ou non. L'impulsion de préparer une nouvelle loi vient de la politique et peut revêtir plusieurs formes, notamment la motion, l'initiative parlementaire ou encore l'initiative populaire. La question de la nécessité de légiférer est naturellement une question susceptible de faire l'objet de controverses. Selon l'appartenance politique, on n'obtiendra pas la même réponse.

Une bonne loi doit être conforme au droit supérieur, être claire et compréhensible
Cette exigence constitue le «core business» des Unités de législation de l'OFJ. S'agissant de la question de savoir si une loi est claire et compréhensible, nous avons tous à l'esprit des contre-exemples. On peut évoquer notamment, en particulier pour les francophones, l'art. 63 al. 1 du Code des obligations «Celui qui a payé volontairement ce qu'il ne devait pas ne peut le répéter s'il ne prouve qu'il a payé en croyant, par erreur, qu'il devait ce qu'il a payé» qui a le mérite de nous garder de la nostalgie de la «bonne vieille loi». Peut-être serait-il plus juste de dire que la loi «doit être la plus claire et la plus compréhensible possible».

Une bonne loi doit être appliquée

Cela semble aller de soi. Cela suppose, pour commencer, que la loi soit effectivement mise en œuvre. En Suisse, il arrive que les ordonnances d'application soient rédigées en même temps que la loi, afin de garantir une mise en œuvre rapide. Dans certains pays voisins, il n'est pas rare que les lois votées par le parlement ne soient jamais mises en œuvre, faute de législation d'exécution.

En Suisse, la loi est-elle de qualité?

Ici aussi, la réponse est différente selon les milieux interrogés; l'appréciation peut être conditionnée par l'opinion que l'on a de la nécessité de la norme. Avec mon expérience du contrôle de la qualité des textes législatifs, je vous répondrai quant à moi que nous mettons beaucoup de moyens en œuvre pour assurer une législation de qualité. La recette connaît des variations. A mon avis, on peut faire l'inventaire suivant des «ingrédients» de base:

Eloge de la lenteur

Produire une bonne loi prend du temps. Le temps de prendre la mesure d'un problème. Le temps de définir les objectifs que l'on vise. Le temps de déterminer si la loi est un bon instrument pour atteindre les objectifs et résoudre les problèmes. Et puis ensuite, le temps d'élaborer un projet. La lenteur est un facteur qui peut contribuer à favoriser la compréhension, l'acceptation et la bonne mise en œuvre des normes. On pourrait être tenté de dire que la lenteur d'élaboration contribue à une mise en œuvre plus rapide. Mais la lenteur n'est pas toujours une vertu. On peut aussi être dépassé rapidement par de nouvelles évolutions, en particulier dans le monde actuel où les mutations technologiques sont fréquentes et rapides.

Processus formalisés et transparence

Elaborer un projet de loi ne s'improvise pas. Les processus sont très formalisés. Non seulement en ce qui concerne la procédure d'adoption proprement dite, mais également les processus internes de préparation des textes.

Procédure de consultation

L'art. 147 Cst. prévoit que les cantons, les partis politiques et les milieux intéressés sont invités à se prononcer sur les textes législatifs importants. La procédure de consultation est une procédure que de nombreux pays nous envient. Elle garantit la participation des cercles concernés à l'élaboration de la loi. Cette phase de la procédure vise plusieurs objectifs, notamment: améliorer la qualité du projet par de meilleures connaissances du terrain; tester l'acceptation politique et la mise en œuvre; assurer la transparence de l'action de l'Etat et évaluer les risques de référendum.

Multilinguisme et travail multidisciplinaire

Nous avons la chance en Suisse d'avoir une législation en trois langues, dont la valeur juridique est équivalente. Assurer l'équivalence des textes est une tâche exigeante. On peut affirmer que les textes y gagnent en précision, en clarté, et probablement en simplicité. Par ailleurs, légiférer est un travail d'équipe, pas seulement de juristes mais également de spécialistes d'une matière déterminée. Le défi est de traduire les besoins de réglementation des spécialistes en un langage juridique compréhensible pour les destinataires.

Fédéralisme

On décrit souvent le fédéralisme comme un laboratoire d'essai. Cette façon de voir est confirmée dans une récente étude réalisée par la Fondation pour la collaboration confédérale. Le laboratoire du fédéralisme y est décrit comme un outil d'encouragement à l'innovation politique. Les cantons et communes sont un laboratoire d'idées et offrent un terrain fertile pour élaborer et tester de nouvelles solutions. Celles qui ont fait leurs preuves peuvent ensuite être adoptées par d'autres communes, d'autres cantons ou la Confédération. On peut donc affirmer que le fédéralisme limite les risques inhérents aux expériences politiques.

Droit comparé

De la même manière qu'il s'inspire de solutions pratiquées par les cantons, le droit fédéral s'inspire volontiers des solutions pratiquées à l'étranger.

Clause référendaire

La possibilité d'un référendum stimule le compromis. La procédure de consultation permet déjà bien de mettre en évidence les sujets de tension.

Quelles sont les conditions nécessaires pour produire une bonne loi?

Respecter les équilibres

Les conditions sont multiples. Si l'on devait les résumer à un principe général, je commencerais par citer un principe qui me semble fondamental, celui du respect des équilibres. Tout d'abord l'équilibre des intérêts en présence; à cet égard, la participation des milieux intéressés, en particulier au moyen de la procédure de consultation, est propre à favoriser la prise en compte des intérêts en présence. Ensuite, l'équilibre entre la prévisibilité et la flexibilité, ou, exprimé différemment, l'équilibre entre la précision de la norme (pour assurer la sécurité du droit nécessaire) et le degré d'abstraction de la norme (pour laisser la flexibilité dans

l'application). La stabilité du droit passe par la «durabilité» du droit. A cet égard, plus les textes laissent une marge de manœuvre à l'appréciation de la justice, plus ils sont susceptibles de pouvoir évoluer avec le temps et de ne pas devoir être modifiés. On observe toutefois, qu'à l'ère de la méfiance généralisée, il semble parfois difficile au législateur de laisser une large marge d'appréciation aux autorités d'application. On peut enfin mentionner la nécessité de respecter les équilibres s'agissant du volume de la réglementation. Faut-il pour chaque nouveau problème créer une nouvelle loi? N'est-ce pas une illusion de légiférer pour avoir le sentiment d'agir? On ne peut pas à la fois vouloir tout régler et vouloir que tout reste simple. Il faudrait savoir s'en tenir aux fondamentaux et se poser la question de savoir quelles règles sont réellement indispensables à une société qui fonctionne.

Penser à la mise en œuvre et intégrer une vision à long terme

La réflexion sur la mise en œuvre et sur les effets doit être intégrée dès le début du processus d'élaboration de la loi. Penser à long terme implique de, prospectivement, faire des analyses d'impact et, rétrospectivement, de tenir compte des évaluations. Intégrer une vision à long terme implique aussi de s'intéresser à l'application de la loi. Comme le relève Jean-François Aubert (N 6). «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 (...)».

Former à la «bonne loi»

Tant l'OFJ que la Société suisse de législation (SSL) jouent un rôle essentiel dans la formation à «la bonne loi». Chaque année, l'OFJ offre un cours de législation à l'attention des juristes de la Confédération. En outre, sur mandat de la SSL, deux cours de législation ont lieu à Jongny-Vevey pour les francophones et à Morat pour les germanophones. L'OFJ publie en outre un guide de législation, instrument contenant de nombreuses informations sur la technique législative et sur le déroulement du processus législatif. En matière de formation et d'instruments, l'offre est variée et abondante.

Travailler à la «bonne loi» est une tâche permanente. Les spécialistes qui y travaillent y mettent de l'énergie, de l'enthousiasme et, croyez-moi ou non, beaucoup de cœur.

*Colette Rossat-Favre, Cheffe de l'Unité Législation I de l'Office fédéral de la justice (OFJ); coordonnatrice (f) de la Commission interne de rédaction (CIR),
e-mail: Colette.Rossat-Favre@BJ.admin.ch*

Bibliographie

Aubert, Jean-François, art. 170 Cst., in: Aubert/Mahon (éd.), *Petit commentaire de la de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève 2003.

Feld, Lars P./ Schaltegger, Christoph A. et. al, *Föderalismus und Wettbewerbsfähigkeit in der Schweiz. Staatsstrukturen für eine erfolgreiche Schweiz im 21. Jahrhundert: Studie im Auftrag der ch Stiftung für eidgenössische Zusammenarbeit und des Verbands Schweizerischer Kantonalbanken*, Zurich, 2017.