

La méthode législative ou la rationalisation de l'action finalisée de l'Etat

CHARLES-ALBERT MORAND

Zusammenfassung

Der Beitrag stellt ein neues Instrument zur Optimierung staatlichen Handelns vor: die Gesetzgebungsmethodik. Sie wird im 1. Kapitel als fachübergreifende Disziplin beschrieben, die die Grenzen des Juristischen weit überschreitet. Ihr entscheidendes Kriterium ist die Wirksamkeit staatlichen Handelns (Kapitel 2). Kapitel 3 skizziert die Besonderheiten der Gesetzgebungsmethodik: ihre pragmatische, "zweckrationale" Ausrichtung (1), ihre Berücksichtigung aller Faktoren des Gesetzgebungsprozesses, den sie als kybernetisches System versteht (2), ihr Interesse am Entstehungsprozess von Gesetzen (3) und ihre dynamische Konzeption von der Wechselwirkung von Recht und Gesellschaft (4). Das 4. Kapitel behandelt die rechtliche Einbindung der Gesetzgebungsmethodik: die Prüfung der Verfassungsrechtlichkeit (1), die Richtlinien für Gesetzgebung und Gesetzestechnik (2) und die Verankerung in Spezialgesetzen (3).

1. Une méthode aux contours vastes

La méthode législative est une vaste discipline qui ne se borne pas à indiquer comment il faut rédiger des textes légaux (légistique) et qui n'a rien à voir avec un art de légiférer. La méthode législative établit les principes méthodiques permettant à ceux qui préparent un texte légal d'analyser une réalité sociale complexe afin de trouver une solution à un problème de société et d'apprécier les effets produits par la législation adoptée. Elle revêt une importance particulière depuis que l'on connaît les difficultés qu'a le droit en tant que système autopoïétique (voir les travaux de Luhmann, de Teubner, Willke) à agir sur d'autres systèmes (famille, économie, science etc.) en vue de provoquer des modifications de comportements.

La méthode législative porte avant tout sur la législation. Mais son objet est plus vaste pour deux raisons. D'une part, la législation doit être considérée non pas de manière statique, mais comme un processus continu partant de la genèse d'un problème impliquant une solution normative et se continuant à travers les diverses étapes de la mise en oeuvre de la législation et de l'évaluation des effets produits par celle-ci. D'autre part, vu que dans l'Etat-providence les instruments dont les pouvoirs publics se servent pour réaliser de vastes finalités économiques et sociales ne sont pas seulement juridiques mais aussi non-juridiques, vu que certains instruments juridiques, comme le plan par exemple, génèrent du droit, mais aussi de l'information, la méthode législative dépasse le cadre étroit du juridique. Elle porte tout autant sur l'agencement des politiques publiques que sur les textes de lois.

2. Le critère décisif: l'efficacité

A tous les stades, y compris à celui de la rédaction, la méthode législative repose sur le critère de l'efficacité. Elle est la recherche de règles pragmatiques, basées sur l'expérience, qui peuvent assurer à l'interventionnisme étatique sa plus grande efficacité, qu'il s'agisse de l'efficacité du discours juridique, des moyens matériels mis en oeuvre, de l'information diffusée, des incitations utilisées. Elle n'exprime de valeurs qu'indirectement en suggérant aux acteurs de la scène juridique d'adopter une attitude rationnelle. Elle accroît la liberté des instances politiques dans la mesure où elle élargit le champ des possibles (p.ex. mise en place de scénarios), mais elle la limite aussi, lorsque le droit prescrit l'utilisation de méthodes propres à assurer l'efficacité de l'action. L'opposition entre science et valeurs, démocratie et technocratie est assez vaine, dans la mesure où le droit d'après les règles qui gouvernent sa confection prescrit, comme nous le verrons, parfois le respect de règles méthodiques.

3. Spécificité: un deuxième niveau de rationalité

La méthode législative se distingue radicalement de la dogmatique juridique du droit moderne mise en place au XIXe siècle. Elle s'en distingue au moins sur quatre points:

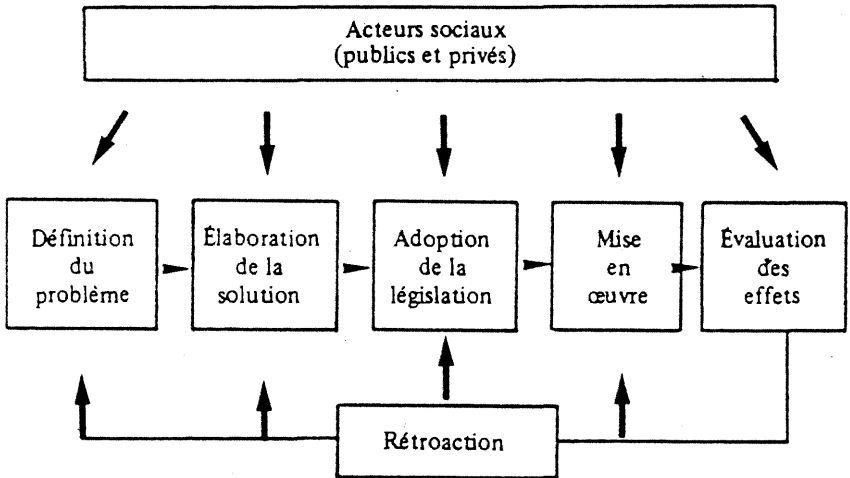
1. La méthode juridique de l'Etat libéral a introduit une rationalité fondée sur la généralisation des réalités sociales appréhendées de manière abstraite, sur la prévisibilité des conséquences des actions humaines et sur la systématité, les ordres juridiques étant présentés comme des ensembles cohérents excluant les contradictions. Cette méthode est centrée sur le contrôle du respect des procédures réglementant la confection des actes juridiques dans un ordre hiérarchisé. En utilisant les instruments juridiques traditionnels pour réaliser de vastes transformations économiques et sociales, l'Etat-providence a miné les règles de rationalité mises en place par la méthodologie de l'Etat libéral. Pour reprendre une distinction établie par Max Weber, la rationalité de la méthode juridique traditionnelle concerne les valeurs. Elle est "wertrational". Chaque action est jugée légale ou illégale par rapport aux valeurs inscrites dans le droit.

Tout retour en arrière s'avérant exclu, le besoin s'est fait sentir de trouver un deuxième niveau de rationalité formant un autre type de légitimité que celle qui était basée sur la régularité des procédures. Il s'agit d'une rationalité technico-économique "managériale", qui porte sur le contrôle de l'efficacité de l'action des pouvoirs publics, sur l'aptitude des lois et des politiques publiques à atteindre les buts qu'elles se fixent. Le moment central n'est plus le contrôle judiciaire de conformité des actes étatiques, mais l'évaluation par le Parlement, l'administration ou des organes ad hoc (comme la Cour des comptes en France) des effets produits.

2. La méthode juridique traditionnelle est linéaire. Elle implique un raisonnement à la fois déductif, axiomatisé et formalisé. La loi - et son expression parfaite la codification - implique que des règles générales et abstraites forment des moules indéfiniment reproductibles à la périphérie, des centrales normatives permettant de déduire, grâce au syllogisme juridique, la solution de tous les cas concrets. L'image qui vient à l'esprit avec ce mode de diffusion est celle de la centrale électrique qui assure la distribution de l'énergie jusque dans les chaumières les plus reculées.

La méthode législative implique elle un raisonnement systémique, cybernétique.

"Le processus législatif peut être présenté comme un système, c'est à dire comme une "unité globale organisée d'interrelations entre éléments, actions, ou individus". A mon avis cette conception facilite tout particulièrement l'approche globale et la compréhension du phénomène législatif que vise la science de la législation. On peut la présenter graphiquement de la manière suivante:



*Ce modèle ne fournit évidemment pas une représentation exacte d'un processus législatif concret. Il s'agit d'un modèle purement cognitif. Les séquences d'action qui sont distinguées ne sont pas de nature chronologique, mais analytique. Le découpage entre ces séquences est inévitablement artificiel. Il permet toutefois de mettre en évidence et de mieux comprendre certains aspects importants de la législation.*¹

3. La méthode juridique traditionnelle s'applique exclusivement à la phase d'application des textes légaux. Elle se désintéresse de la phase de création des normes qui, sous réserve de la conformité aux règles de rangs supérieurs, est conçue comme une phase pu-

¹Voir L. Mader, "La législation objet d'une science en devenir?", in *La science de la législation*, Paris, PUF, 1988, p. 13.

rement politique. La méthode législative porte elle sur toute la phase de production et d'application des normes dans un processus sans fin d'adaptation de ces normes à une réalité sociale mouvante.

4. La méthode juridique traditionnelle présuppose que le droit est *isolé* des rapports sociaux qui le sous-tendent, de la réalité sociale sur laquelle il porte. La purification du droit à laquelle Kelsen a consacré sa vie conditionnait le fonctionnement autonome du droit. La méthode législative au contraire porte sur les *interactions entre le droit et la société*. Elle a trait à l'analyse des faits sociaux qui doivent être pris en considération dans le cadre de la genèse d'un texte légal. Elle développe par ailleurs les principes servant à évaluer les effets des normes prévues par ces textes sur la réalité.

4. La réglementation juridique de la méthode législative

Progressivement, les exigences de rationalité de l'action du législateur, d'adéquation et d'efficacité sont reconnues et prescrites par le droit. Des règles juridiques encore embryonnaires se trouvent dans des textes divers.

4.1 Dans des règles constitutionnelles

La *formation des lois* est régie par des règles procédurales et des règles substantielles découlant principalement de l'exigence du respect des droits fondamentaux. La législation n'est dès lors plus comme elle l'était au XIXe siècle, un acte totalement libre et souverain.

Au sein des droits fondamentaux et des principes qui gouvernent les restrictions que l'on peut y apporter apparaissent des règles qui prescrivent au législateur l'adoption d'un comportement rationnel.

Selon une formule classique, "un arrêté législatif est contraire à l'article 4 cst, lorsqu'il est dénué de base objective et sérieuse, qu'il n'a ni sens ni but, ou lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui n'ont pas de justification raisonnable dans les faits". Le principe de proportionnalité comporte lui aussi diverses règles impliquant des exigences de rationalité.

Selon la règle d'*aptitude*, une mesure étatique doit être apte à atteindre les buts poursuivis par la loi. La règle de *nécessité*, qui implique de choisir entre les diverses mesures celles qui restreignent le moins la liberté, suppose une analyse des effets produits par une loi sur la sphère d'autonomie des individus.

La règle de *proportionnalité* au sens étroit, qui implique une comparaison des intérêts publics et privés en jeu, implique en outre une analyse des effets prévisibles d'une loi pour la sauvegarde des intérêts publics catégoriels ou généraux en cause.

Le juge constitutionnel est pourtant dépourvu d'instrument lui permettant d'analyser la réalité sociale et de se prononcer en connaissance de cause sur la rationalité des mesures étatiques. Il n'a pas de service de recherche pour déterminer au moins avec une certaine vraisemblance les effets prévisibles d'une mesure sur le respect des droits fondamentaux. La Cour constitutionnelle allemande s'en est rendue compte. Pour se mettre en mesure de contrôler la rationalité des mesures étatiques et leur impact futur sur les droits fondamentaux, elle a enjoint au législateur le respect de certains principes de méthode législative. Elle a ainsi prévu à la charge du législateur l'obligation d'établir soigneusement les faits qui sont à la base d'une réglementation; l'obligation de formuler des alternatives de réglementation, permettant de choisir les mesures les plus adéquates; l'obligation d'évaluer prospectivement les effets d'une législation; enfin l'obligation d'observer et de corriger une loi en fonction des effets produits.

Le Tribunal fédéral ferait bien de s'inspirer de cette jurisprudence, s'il veut réellement faire ce qu'il dit et s'il ne veut pas se contenter d'assurer un exercice purement symbolique des préceptes qu'il établit. Ce qui est valable pour un juge constitutionnel l'est a fortiori pour le juge administratif dans la mesure où il est appelé lui aussi à contrôler la rationalité des mesures étatiques.

L'inclusion de règles minimales de méthode législative dans la procédure tendant au contrôle de conformité des actes étatiques au droit supérieur montre que la rationalité "managériale", fondée sur l'analyse des effets prévisibles ou produits par les mesures étatiques, vient progressivement se greffer sur les modes classiques de contrôles. Bien qu'embryonnaire, le mouvement vers l'interpénétration de ces deux types de rationalités nous paraît inévitable.

4.2 Dans les directives de méthode législative

Tant au niveau de la Confédération que des cantons ont été édictés des principes de méthode législative qui bien souvent dépassent largement le cadre étroit de la légistique. Ces règles sont certes très vagues. Il n'est pas sûr que les autorités qui les édictent se sentent obligées de les suivre. Elles ont toutes les peines du monde à les faire respecter, notamment par les commissions d'experts.

Et pourtant, peu à peu se met en route dans les services de législation ou dans les chancelleries un mécanisme de contrôle du respect des principes de méthode législative.

La recherche du "mieux d'Etat", les slogans en faveur d'une administration efficace passent pour leur réalisation par l'affinement des exigences de méthode législative, par un renforcement du caractère obligatoire des directives et par la mise en place de mécanismes de contrôle du respect de ces exigences.

Le moment viendra peut-être où, comme cela est déjà le cas en Pologne, on songera à l'élaboration d'une loi sur les lois, codifiant non seulement les règles de procédure traditionnelles, mais aussi des principes de méthode législative. Dans la mesure où le contrôle de l'efficacité des lois est déjà institutionnalisé par l'activité des commissions de gestion en Suisse ou de la Cour des comptes en France, l'élaboration d'une réglementation facilitant ce type de contrôles est à longue échéance inévitable.

4.3 Dans des lois spéciales

Le projet de loi fédérale sur les aides financières et les indemnités (Feuille fédérale 1987, I, 442 ss) est le plus bel exemple de réglementation tendant à faire respecter des principes de méthode législative orientés vers la réalisation de l'efficacité. Aux termes de l'article 1, 1er alinéa, lettre b, les buts auxquels les subventions tendent doivent être atteints de manière économique et efficace. L'article 5, qui prescrit un réexamen périodique des actes normatifs régissant les subventions,

suppose une évaluation régulière des effets produits. L'ensemble du projet implique l'application et le développement de principes de méthode législative.

Il est intéressant de constater qu'au moment où l'on tend à développer des principes juridiques inspirés d'une rationalité "managériale", les principes juridiques traditionnels tournés vers le respect de la conformité sont minimisés, atténués. Bien que la jurisprudence et la doctrine s'accordent à penser que l'exigence de bases légales s'applique aussi à l'administration de promotion, le message (*Ibid.*, 410) affirme que les subventions peuvent être accordées même sans base légale. On assiste donc à une substitution remarquable des modes de légitimation. La légitimation par la démocratie et les procédures s'efface pour donner naissance à une légitimation technocratique tournée vers l'efficacité.

Des lois particulières prescrivent des contrôles visant à assurer l'efficacité des mesures étatiques. Ainsi l'article 44 al. 1 de la loi sur la protection de l'environnement prévoit que la Confédération et les cantons doivent contrôler l'efficacité des mesures prises en vertu de la loi. L'ordonnance du 20 décembre 1989 permettant d'introduire un régime de bonus et des caisses de santé à l'américaine du type HMO prévoit que les effets produits devront être évalués. L'évaluation, mécanisme central de la méthode législative, est ainsi officialisée. Nul doute que l'exemple sera suivi et qu'aucune politique finalisée ne pourra de manière au moins implicite se passer d'un mécanisme d'évaluation.

Courte bibliographie

MADER Luzius, *L'évaluation législative*, Lausanne, Payot, 1985.

MADER Luzius, "La législation: objet d'une science en devenir?", *La Science de la législation*, Paris, PUF, 1988, p. 9-20.

MORAND Charles-Albert, "Die Erfordernisse der Gesetzgebungsmethodik und des Verfassungsrechts im Hinblick auf die Gestaltung der Rechtsvorschriften", *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1988, S. 11-29.

NOLL Peter, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek, Rowolth, 1973.

PERRIN Jean-François, "Possibilités et limites d'une 'science' de la législation", *La Science de la législation*, Paris, PUF, 1988, p. 21-36.