

La démarche légistique entre théorie et pratique

Margit Jochum/Simone Ledermann | *La légistique propose une démarche méthodique afin de rationaliser la production normative. L'objectif de cette recherche de caractère exploratoire est de saisir dans quelle mesure les pratiques de l'administration correspondent au modèle théorique et de déterminer les facteurs qui rendent difficile son application. La recherche a montré que les pratiques observées différaient significativement du modèle théorique d'une élaboration méthodique des lois tel que préconisé par la légistique. L'ambition de la légistique comme référence idéale doit pourtant subsister.*

*L'idéal de la vie n'est pas l'espoir de devenir parfait,
c'est la volonté d'être toujours meilleur.
[Ralph Waldo Emerson]*

Sommaire

- 1 Introduction
- 2 La légistique en théorie
- 3 La légistique en pratique
- 4 Discussion

1 Introduction¹

La légistique propose une démarche méthodique susceptible de rationaliser la production normative et d'optimiser les interventions publiques. L'objectif de la recherche présentée ici est de saisir dans quelle mesure les pratiques de l'administration fédérale correspondent au modèle théorique de la légistique et de déterminer les facteurs qui rendent difficile son application. Il s'agit également d'interroger l'ambition de la légistique et sa capacité à répondre aux contraintes multiples du processus législatif.

Nous avons analysé le premier stade du processus législatif, celui qui débute par un mandat délivré à un groupe de travail interne à l'administration, à un groupe d'experts externes ou à un groupe mixte, et se termine avec l'élaboration d'un avant-projet. Si le processus législatif est l'un des objets d'étude privilégié de la science politique, la phase initiale de la conception des projets législatifs n'a guère fait l'objet d'une investigation empirique.

L'intérêt des politologues porte surtout sur les politiques publiques, un objet plus large que le seul texte normatif, qui inclut la législation, sa genèse aussi bien que sa mise en œuvre. La littérature à ce sujet est abondante (notamment Knoepfel/Larrue/Varone 2001 ; Mény/Thoening 1981 ; Muller/Surel 1998 ; Scharpf 1997). Pour ce qui est de la Suisse, le processus législatif a fait l'objet de nombreuses publications portant aussi bien sur le processus en général (Kriesi 1980 ; Poitry 1989 ;

Papadopoulos 1997) que sur des législations ou des politiques particulières (Mironesco/Boysan/Papadopoulos 1986 ; Linder 1987 ; Delley/Derivaz/Mader/Morand/Schneider 1982 ; Delley/Mader 1986 ; Delley 1992 ; Delley 1994 ; Lascoumes/Roth/Sansonetti 1989 ; Fischer 2003), ou encore des étapes particulières de ce processus (Delley 1978 ; Germann 1981 ; Blaser 2003 ; Klöti/Vögeli 2005). Ces travaux mettent en évidence les acteurs impliqués dans le processus, les logiques et les stratégies qu'ils déploient pour préserver leurs intérêts. Cependant, la phase pré-parlementaire reste relativement confidentielle (Sciarini 2006), et plus encore sa première étape au cours de laquelle l'administration ou les personnes mandatées par l'administration (ci-après appelés légistes) préparent une première ébauche de projet. A notre connaissance, cette étape préparatoire, celle qui précisément fait l'objet de la présente recherche, n'a jamais été soumise à des analyses empiriques permettant de cerner le mode opératoire et les principes méthodologiques de l'administration.

Partant de ce constat sur les connaissances empiriques existantes, cette recherche ne peut avoir qu'un caractère exploratoire. Elle porte sur une dizaine de dossiers qui ne constituent pas un échantillon statistiquement représentatif. Ses conclusions doivent donc être considérées avec précaution.

Dans cet article, nous présentons tout d'abord le modèle théorique de la légistique matérielle telle qu'exposé dans la littérature (chap. 2). Puis nous analysons les différentes étapes de l'élaboration des projets législatifs, comme nous les avons observées dans la pratique (chap. 3) avant de proposer une discussion des résultats (chap. 4).

2 La légistique en théorie

Pour les juristes, d'abord préoccupés par le texte normatif et sa lecture jurisprudentielle (Noll 1973, 18), la production législative constitue une boîte noire de peu d'intérêt et qui relève de la politique plutôt que de la science du droit (Morand 1999a, 25). Ce désintérêt trouve son origine dans le positivisme juridique qui confine la science du droit à la méthodologie d'application des normes en vigueur. Cependant, avec l'entrée en scène de l'Etat « propulsif » (Morand 1999b, 71) dans la deuxième moitié du 20^{ème} siècle, la discipline du droit s'est ouverte à une approche plus systématique de la production législative. Dans cette forme d'Etat qui manifeste l'ambition de transformer la société, la loi devient un instrument au service des objectifs des politiques publiques. Puisque la loi vise l'efficacité, sa conception nécessite une connaissance approfondie de la situation considérée comme problématique, pour en déduire les objectifs concrets et la stratégie d'action pour les atteindre (Flückiger/Delley 2006, 125–126).

La légistique en tant que « science » (science appliquée) de la législation, qui cherche à déterminer les meilleures modalités d'élaboration, de rédaction, d'édiction et d'application des normes » (Chevallier 1991, 15) a pris son essor dans l'aire germanophone (Noll 1973 ; Hugger 1983). En s'inspirant de ces auteurs et des résultats de leurs propres recherches sur la mise en œuvre des lois (Delley/ Derivaz/Mader/Morand/Schneider 1982 ; Delley/Mader 1986 ; Delley 1992 ; Delley 1994), un groupe de chercheurs de l'Université de Genève a développé une démarche méthodique qu'il a nommé la « légistique matérielle » (Morand 1999a ; Morand/Delley/Flückiger 2004). Le modèle théorique développé a trouvé place dans la pratique par le biais de la formation continue offerte en Suisse romande et alémanique et surtout grâce au *Guide de Législation* édité par l'Office fédéral de la justice (OFJ 2007).

Le modèle théorique de la légistique découpe le processus de création de la loi en plusieurs étapes présentées de manière chronologique et propose, pour chacune d'elle, des techniques propres à en optimiser le déroulement et le produit (Delley 1999, 82).

(1) *La définition du problème*

Le modèle théorique préconise une prise de distance pour évaluer le degré de gravité et d'urgence de la situation. Dans ce sens, le légiste se doit de récolter les données disponibles de manière méthodique, prendre en considération les résultats d'éventuelles études scientifiques et solliciter les informations qui lui manquent pour parvenir à une définition fondée du problème. Pour l'analyse du problème, la légistique propose deux instruments (OFJ 2007, 117s). Selon la *grille d'analyse*, il s'agit de déterminer la nature, les causes, la durée, la dynamique et les effets du problème, ainsi que l'impact d'une non-intervention. L'analyse peut ensuite être affinée dans une représentation graphique du problème, soit la *modélisation causale* qui met en évidence les relations mutuelles entre les facteurs explicatifs. Finalement, le légiste est tenu de mettre en évidence une éventuelle contradiction entre la définition du problème fournie par la politique (par les impulsions et le mandat) et l'appréciation de la situation émanant de son analyse systématique.

(2) *La détermination des buts et objectifs*

Après avoir procédé à l'analyse de la situation jugée insatisfaisante, le légiste doit se faire une idée de la situation désirée. Idéalement les buts et objectifs à atteindre sont mentionnés dans les impulsions et les mandats confiés au légiste. Ils expriment le choix politique d'une perspective d'avenir. Mais leur explicitation est souvent insuffisante pour que le légiste puisse en déduire une stratégie d'action. Dans

un premier temps, la détermination des buts et objectifs nécessite donc que le légiste explicite les finalités qui lui sont proposées dans le mandat (et les impulsions), puis qu'il élargisse le spectre des buts possibles sur la base de l'analyse du problème. Le légiste procède tout à la fois à une concrétisation des buts en traduisant ces derniers en objectifs opérationnels et à leur rattachement à des finalités plus générales établies dans le système de valeur de la société. Ce système de buts et objectifs ainsi hiérarchisés permet de détecter d'éventuelles incompatibilités et, le cas échéant, de pondérer les différents buts et objectifs.

(3) Le choix des instruments d'action

Afin de résoudre le problème identifié et d'atteindre les buts visés, l'Etat dispose de toute une panoplie d'instruments (OFJ 2007, 265) susceptibles d'influencer le comportement des acteurs sociaux. Comme une mesure isolée se révèle rarement suffisante pour répondre au problème posé, il s'agit d'en combiner plusieurs dont l'ensemble constituera une stratégie d'action. Le modèle théorique préconise de ne pas se limiter rapidement à un scénario d'action, mais de retenir plusieurs possibilités d'intervention et d'analyser les avantages et les inconvénients des mesures et de différents arrangements institutionnels pour leur mise en œuvre. Après une première sélection des stratégies d'action potentielles, le légiste procède à une évaluation prospective qui lui permet de privilégier une des solutions retenues.

Nous avons suivi ces trois étapes principales du modèle théorique dans notre analyse de la pratique, toute en reconnaissant qu'il s'agit d'un processus itératif, dans lequel les trois étapes peuvent être parcourues plusieurs fois pour arriver à un texte normatif.

3 La légistique en pratique

3.1 La démarche de recherche

Notre intérêt porte donc sur le début de la phase pré-parlementaire du processus législatif, avant la procédure de consultation. Comment procèdent les légistes dès lors qu'ils sont mandatés pour élaborer un projet législatif ? Pour répondre à cette question, nous avons choisi d'étudier une dizaine de dossiers récents relevant de différentes administrations fédérales, concernant aussi bien le droit privé que le droit public et pilotés selon des modalités diverses. Etant donné le caractère exploratoire de la recherche, cette diversité voulue soutient une vue globale, mais ne garantit en aucun cas la représentativité de notre échantillon.

Les dossiers choisis sont présentés dans le Tableau 1.² Souvent, les projets législatifs sont élaborés en plusieurs phases donnant lieu à différents produits inter-

médiaires – rapports préliminaires, avant-projets de loi, etc. On observe parfois des changements dans l'équipe ou même d'équipe chargée du projet.

Nous avons procédé à l'analyse matérielle et formelle de chacune des phases d'élaboration au moyen de grilles reprenant les éléments du modèle théorique (cf. chap. 2). Pour recueillir nos informations, nous avons consulté les procès-verbaux de séance et autres documents disponibles et procédé à des entretiens avec certains des acteurs impliqués dans la conception des projets.

Tableau 1: Caractérisation des dossiers

Titre du dossier	Titre du projet de loi concerné	Phases, types d'avant-projets et modalités de leur élaboration	Autorité fédérale compétente
Assistance au décès	Code pénal (CP) ; nouvelle législation	1) Rapport : Groupe de travail mixte 2) Rapport : Commission extraparlamentaire 3) Rapport : Groupe de travail interne	Office fédéral de la justice
Chiens dangereux	Ordonnance sur la protection des animaux (OPAn)	1) Rapport : Groupe de travail mixte 2) Ordonnance : Groupe de travail interne	Office vétérinaire fédéral
Contrôle de sécurité	Loi sur le contrôle de la sécurité (LCS)	1) Rapport : Groupe de travail interne 2) Loi : Groupe de travail interdépartemental/mixte	Secrétariat général DETEC
Don d'organes	Loi sur la transplantation	1) Loi : Groupe de travail interne	Office fédéral de la santé publique
Langues	Loi sur les langues (LLC)	1a) Loi : Groupe de travail interdépartemental 1b) Rapport : Groupe de travail interne 2) Rapport : Groupe de travail mixte 3) Loi : Groupe de travail paritaire avec cantons	Office fédéral de la culture
Loteries et paris	Loi sur les loteries et paris (LLP)	1) Loi : Groupe de travail paritaire avec cantons	Office fédéral de la justice
Sites contaminés	Loi sur la protection de l'environnement, (LPE)	1) Loi : Expert individuel 2) Loi : Commission parlementaire avec experts	Parlement : CEATE-N
Société anonyme	Code des obligations (CO) : Droit des sociétés	1) Loi : Groupe de travail externe 2) Loi : Groupe de travail interne	Office fédéral de la justice
Transparence	Loi sur la transparence (LTrans)	1) Loi : Groupe de travail interdépartemental	Office fédéral de la justice
Tutelle	Code civil (CC) : Droit de la tutelle	1) Rapport : Groupe de travail externe 2) Loi : (Petit) groupe de travail mixte 3) Loi : (Grand) groupe de travail mixte	Office fédéral de la justice

Légende : CEATE-N : Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national ; DETEC : Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication.

3.2 Les résultats de la recherche

3.2.1 Définition du problème

L'analyse de la situation présentée comme problématique constitue la première étape de la démarche méthodique proposée par la légistique matérielle. Comment les légistes apprécient-ils le problème ? Nous avons examiné si les dimensions du problème ont été analysées de manière systématique et si les instruments proposés par la légistique à cet effet ont été appliqués. Puis, nous avons étudié l'objectivité des informations prises en compte par le légiste. Est-ce qu'il s'agit d'informations qui ont été récoltées de manière systématique ? Nous avons cherché à savoir à quel point les légistes ont pris de la distance par rapport à la définition politique qui leur était proposée.

En fait, nous n'avons observé l'application explicite de l'un ou l'autre des instruments proposée par la légistique (la grille d'analyse et la modélisation causale) dans aucun des dossiers. Pourtant, les différentes *dimensions du problème* ont bien été prises en compte dans huit des dix dossiers : La nature du problème, ses causes et effets ainsi que son évolution ont été examinés de manière assez compréhensive soit par l'administration, soit par un groupe d'experts ou même par une sous-commission parlementaire. Dans le cas des chiens dangereux, l'analyse a été très systématique dans une première phase, mais a été ignorée complètement ensuite, pendant que dans le dossier des langues, la définition du problème est restée floue jusqu'à la fin. Toutefois, dans l'ensemble, nous constatons que les dimensions des problèmes ont été prises en considération de manière satisfaisante, même si aucun des instruments proposés n'a été appliqué.

Selon nos analyses de l'*objectivité des informations* prises en compte, les cas peuvent être classés en trois groupes. Tout d'abord, quatre dossiers s'inscrivent dans la catégorie « méthodique » (don d'organes, loteries et paris, transparence, tutelle). Ils se caractérisent par une phase de collecte systématique de données de base, une documentation compréhensive et de qualité scientifique élevée. Le discours d'experts y est dominant et on constate l'élaboration de nombreux papiers de travail et l'octroi de mandats d'études auprès d'instituts de recherche. Cependant, à l'exception du dossier des loteries et paris, les légistes n'ont pas suivi de manière explicite une démarche méthodique. Ensuite, les trois cas « moyens » (chiens dangereux, contrôle de sécurité, société anonyme) révèlent quelques éléments d'objectivation, mais ces efforts restent limités dans l'ensemble du dossier. Les autres cas peuvent être qualifiés de « peu objectifs ». Ils sont marqués par une recherche d'informations plutôt arbitraire, une documentation restreinte et lacunaire et un manque de documents de caractère scientifique.

Il est intéressant d'observer que les légistes ont en effet pris de la distance par rapport à la définition politique qui leur était proposée – ceci malgré une forte

pression parlementaire ou publique pour une intervention étatique comme dans le dossier de l'assistance au décès par exemple. La possibilité de non-intervention a été évoquée dans la majorité de nos dossiers. Les légistes mettent en cause le besoin de légiférer pour autant que le chef de département partage leur doute. Par contre, dès que le chef de département a fait sienne la définition du problème issue du débat politique ou public, la possibilité d'une non-intervention n'est plus discutée.

En résumé, cette analyse montre une assez grande diversité entre les dossiers quant au degré de confrontation de la définition politique du problème à d'autres informations et quant au degré d'exhaustivité et d'objectivité de ces informations.

3.2.2 Détermination des buts et objectifs

Après avoir procédé à l'analyse de la situation jugée insatisfaisante, le légiste doit se faire une idée des buts et objectifs visés, de la situation désirée. Le modèle théorique prévoit d'explicitier les finalités proposées dans le discours politique, avant d'élargir le spectre des buts possibles, de les traduire en objectifs opérationnels (concrétisation), de les hiérarchiser et de les pondérer.

Bien qu'ils soient l'endroit prédestiné pour définir les finalités, les impulsions et plus particulièrement encore les mandats sont généralement pauvres en buts et objectifs. Ainsi, nous observons que la formulation de ceux-ci n'intervient souvent que durant le processus d'élaboration du projet. Nos analyses montrent que des *objectifs relatifs au contenu* sont fréquemment mentionnés côte à côte soit avec des *objectifs procéduraux* (OFJ 2007, 121–122), soit avec des *objectifs relatifs à la « forme »* de l'acte et de l'ordre normatif, comme par exemple la structure de l'acte normatif ou l'harmonisation des règles existantes. Contrairement aux objectifs relatifs au contenu, ces buts « formels » perdent leur importance lorsque le projet de loi est terminé.

Quant à la démarche des légistes pour déterminer et concrétiser les objectifs d'un projet, nos informations sont très limitées. Ces démarches ne sont pas explicitées dans les documents et, lors des entretiens, nos interlocuteurs peinent à donner des réponses. Cela laisse soupçonner que dans la majorité des cas, les légistes ne procèdent pas à une *hiérarchisation* explicite, mais fixent les objectifs dans un ordre plus ou moins spontané.

Le degré de *concrétisation* des objectifs est souvent assez faible; rares sont les objectifs « opérationnels ». Lorsque nous constatons une concrétisation relativement prononcée des buts, celle-ci est en général étroitement liée à la discussion des mesures. Autrement dit, les légistes semblent confrontés à la question des

buts et objectifs en discutant des mesures à prendre afin de remédier au problème et ils s'en occupent « en passant ». Non seulement on trouve rarement une phase propre aux buts et objectifs, mais – contrairement à la démarche méthodique préconisée par la légistique – sur le terrain, les objectifs ne sont explicités, discutés et concrétisés très souvent que *tardivement* dans le processus. Et dans certains cas, une telle discussion n'a tout simplement jamais lieu. Ainsi la troisième phase du dossier de la tutelle : un papier de travail sur les buts de la révision est établi en vue de la 31^{ème} et dernière séance de la commission d'experts, mais en fin de compte, ce papier ne semble même pas avoir été discuté. Parmi nos dix dossiers, nous trouvons un seul cas (contrôle de sécurité) dans lequel, au début du processus, une discussion des objectifs à lieu indépendamment des réflexions sur les mesures et une liste d'objectifs est explicitement soumise au jugement du chef du département qui donne son approbation.

Nous n'avons trouvé aucune indication que les légistes procèdent à une *pondération* des objectifs. Nous ne savons pas non plus dans quelle mesure les groupes de travail ou commissions d'experts ont considéré la *compatibilité* des différents buts et objectifs. Le dossier des loteries et paris constitue une exception. Dans ce cas, le conflit entre la lutte contre l'addiction au jeu et la production de revenus à des fins d'utilité publique et de bienfaisance est explicitement évoqué.

De manière générale, nos analyses montrent que les légistes n'accordent qu'un rôle marginal aux objectifs, même si au final chacun des dix projets comporte des objectifs qui peuvent au moins implicitement être rattachés à la définition du problème. Le manque d'objectifs concrets traduit néanmoins le fait qu'ils sont rarement le fruit d'un travail systématique pour décrire une situation désirée, mais découlent plutôt d'une inversion de la situation jugée inadéquate.

3.2.3 *Le choix des instruments d'action*

Le choix des instruments d'action, et l'élaboration d'une stratégie intégrant ceux-ci, est déterminé tout à la fois par la qualité de l'analyse du problème et par la précision des buts recherchés. La légistique propose d'établir un inventaire des mesures susceptibles de réaliser les objectifs opérationnels, d'élaborer diverses combinaisons de ces mesures, d'examiner les arrangements institutionnels possibles pour la mise en œuvre et de procéder à une évaluation prospective des alternatives d'action avant d'opérer le choix d'un scénario.

Dans aucun des dossiers étudiés nous n'avons observé l'application stricte d'une telle démarche méthodique : soit l'analyse du problème reste superficielle, ce qui ne permet pas de sélectionner les mesures adéquates ; soit les buts sont très généraux et donc les effets attendus ne sont pas spécifiés, d'où l'absence de

lien entre buts et mesures ; soit les légistes ne proposent qu'une seule solution sans alternatives ; soit encore les mesures ne sont pas évaluées de manière prospective ; soit, et c'est le scénario le plus fréquent, le dossier cumule plusieurs de ces lacunes.

Trois dossiers se distinguent néanmoins par une certaine qualité méthodique de la démarche adoptée. Dans le dossier de la tutelle, les trois experts ont procédé à une analyse approfondie de la situation, montrant le fossé qui s'est creusé entre le droit et la réalité. Ils ont tenté de déduire les mesures des buts visés. Par contre ils n'ont pas procédé explicitement à l'évaluation prospective de ces mesures. Le dossier du contrôle de sécurité a bénéficié d'une analyse compréhensive de la situation et d'un catalogue de buts, certes peu structurés, mais validés par le chef du département. Si le groupe de travail a rapidement fait le choix du modèle européen de régulation, il a ensuite étudié plusieurs variantes de mise en œuvre des contrôles, sans pourtant procéder à leur évaluation. Dans le dossier du droit de la société anonyme, les experts en charge aboutissent à une analyse du problème assez détaillée malgré une statistique très lacunaire de la société anonyme en Suisse. Au chapitre des buts et objectifs, les experts s'appuient par contre sur un système peu structuré et hiérarchisé. S'ils débattent de plusieurs variantes de mesures, de leurs avantages et de leurs inconvénients, ils ne font pas mention d'une évaluation de leur impact économique.

Dans les autres dossiers, on constate que les légistes manifestent un attrait prononcé pour le débat sur les instruments d'action et leur mise en œuvre, au détriment de l'analyse du problème et de la détermination des buts et des objectifs. Commissions d'experts et groupes de travail ne consacrent que peu de temps à ces deux aspects, quand ils ne les ignorent pas tout simplement. Ainsi les séances de la commission d'experts sur les loteries et paris consacrées à l'analyse du problème ont constamment dévié sur le thème des mesures à prendre. Quant à la sous-commission parlementaire chargée de préparer la révision de la loi fédérale sur l'environnement (sites contaminés), elle a élargi son mandat initial et préconisé des mesures sans procéder à une analyse approfondie de la situation.

L'analyse de l'impact de la stratégie d'action préconisée fait généralement défaut dans les dossiers étudiés, si l'on ne tient pas compte des réflexions sur les avantages et inconvénients de telle ou telle mesure, qui ne relèvent pas d'une évaluation prospective systématique. Seule exception, le dossier de la transparence. Les représentants des différents départements au sein du groupe de travail ont été invités à tester le projet de dispositif d'accès aux documents sur la base d'un cas concret relevant de leur administration, de manière à établir l'inventaire des difficultés potentielles résultant d'un tel dispositif.

En résumé, les pratiques observées divergent significativement du modèle théorique de l'élaboration de la stratégie d'action préconisé par la légistique. Le constat n'étonne pas dès lors que l'une ou l'autre des étapes précédentes, et parfois les deux – définition du problème, détermination des buts et objectifs – ont été parcourues de manière plus ou moins lacunaire. En particulier l'élaboration insuffisante des buts et objectifs poursuivis, l'absence générale d'opérationnalisation de ces objectifs n'ont pas permis une articulation cohérente avec les mesures préconisées et un choix de ces mesures en rapport explicite avec les effets attendus.

4 Discussion

Cette recherche visait à saisir la démarche de l'administration fédérale lors de l'élaboration des projets législatifs. Pour ce faire, nous avons appliqué une grille d'analyse reprenant les exigences de la légistique matérielle, ce qui nous permis d'observer les écarts entre la démarche observée et le modèle théorique.

Nous avons constaté de grandes variations dans la qualité et la quantité des données réunies pour définir le problème à résoudre. La détermination des buts et objectifs souffre de la même insuffisance de systématisation. Parfois les légistes se contentent d'exprimer des buts relatifs à la procédure ou à la forme. La phase du choix des mesures, de la conception de la stratégie d'action, domine très fortement tout le processus de préparation des projets au point que, dans certains cas, les discussions sur les mesures à prendre ou sur l'organisation de la mise en œuvre de ces mesures ont précédé la détermination des objectifs à atteindre. Par ailleurs, mis à part quelques variantes ponctuelles, les légistes n'étudient pas de véritables alternatives d'action. À l'aune du modèle théorique, la pratique des légistes, telle qu'elle ressort de notre lecture des procès-verbaux, des documents internes et des entretiens avec les acteurs du processus législatif, apparaît dans la plupart des cas très lacunaire.

Et pourtant, le sérieux du travail des légistes n'est pas en cause. Pourquoi une démarche méthodique lors de la légifération fait-elle défaut ? Nous discutons deux obstacles majeurs à l'application de la démarche méthodique proposée par la légistique. Face à ces obstacles, le modèle théorique peut-il tout de même prétendre au statut de référence idéale pour le légiste ? Nous nous posons cette question en conclusion.

4.1 Les obstacles à une démarche méthodique

Les légistes se voient confrontés à de multiples contraintes dans leur travail. Nous avons identifié deux causes majeurs qui entravent l'application de la légistique telle qu'elle est présentée en théorie: les limites à la rationalité parfaite et le caractère politique du processus.

La démarche méthodique proposée par la légistique relève sans conteste de la rationalité parfaite. Le modèle théorique présuppose que l'individu confronté à un problème est capable, pour prendre sa décision : d'évoquer toutes les alternatives à un moment donné ; d'envisager l'ensemble des conséquences possibles de ces alternatives ; de hiérarchiser les alternatives en fonction de leurs conséquences ; d'évoquer l'ensemble des moyens disponibles et adéquats ; de décider du but optimal en termes de valeurs et de moyens.

Or ce qu'on nomme la « réalité » ne se présente au légiste que de manière partielle et contingente. Notre environnement externe n'est jamais complètement donné. De plus les ressources cognitives limitées de l'être humain réduisent sa capacité à appréhender la partie donnée de l'environnement. Cette double limitation engendre une propension à rechercher des solutions satisfaisantes plutôt qu'optimales. Au modèle abstrait qui devrait engendrer la décision optimale, on peut opposer la propension à sélectionner les aspects qui retiennent le plus l'attention, d'où une simplification de la réalité, une réduction des alternatives d'action et la priorité donnée aux solutions connues, aux routines. La légistique, parce qu'elle est une discipline finalisée par l'action, ne peut ignorer les limites d'une approche purement rationnelle, limites qu'Herbert Simon (1985; voir également Demailly 2004) a mentionnées sous l'appellation de « rationalité limitée ».

Même en admettant que la rationalité des légistes ne soit que limitée, l'écart important entre la démarche méthodique proposée par le modèle théorique et la démarche pratique observée indique qu'il y a d'autres obstacles importants à l'application de la légistique. Dans le dossier des loteries et paris, par exemple, de grands efforts ont été faits pour suivre le modèle théorique de la légistique. Toutefois, nous constatons dans notre analyse qu'en pratique, la démarche observée a différé sensiblement du modèle théorique. Ces différences mettent en évidence le caractère politique de la préparation d'une loi.

D'après la théorie de la légistique, les rapports entre politiques et administratifs devraient être tels que présentés par Max Weber (1995 [1921]) : le rôle de la politique est de spécifier les fins (jugement de valeur) pour que le légiste puisse élaborer les moyens adéquats à les atteindre. C'est l'autorité politique seule qui détient la légitimité indispensable à la définition de la situation désirée. Le lé-

giste doit se limiter à expliciter, hiérarchiser et le cas échéant pondérer les buts et objectifs mentionnés dans le mandat pour parvenir à un système cohérent (OFJ 2007, 121–123).

En réalité, les mandats restent généralement vagues pour ce qui est des buts visés, de la définition du problème en jeu et des moyens à mettre en œuvre. D'un point de vue légistique, l'imprécision des mandats est positive dans la mesure où elle procure au légiste un espace d'autonomie qui va lui permettre de réunir les données nécessaires à l'explicitation du problème à résoudre et de développer une stratégie d'action adéquate à la fois aux spécificités de ce problème et aux objectifs visés. Par contre le flou qui prévaut en matière de buts et d'objectifs peut se révéler problématique s'il s'avère que le projet du légiste ne correspond pas aux exigences de l'autorité politique. Or, dans les cas étudiés, les légistes ne cherchent guère le dialogue avec le mandant politique en vue d'une explicitation des buts. Ils prêtent généralement peu d'attention aux buts et objectifs, probablement afin d'éviter des débats politiques.

Car une définition claire des buts et objectifs d'un projet législatif n'est pas toujours souhaitée par les politiques (Delley/Mader 1981). Premièrement, un certain flou dans les buts permet de trouver un consensus entre des intérêts divergents. Le dossier de l'assistance au décès révèle ce genre de problème : les buts et objectifs mentionnés dans le rapport final sont bien plus abstraits que ceux, pourtant peu concrets, invoqués dans différents documents durant le processus. Deuxièmement, si d'un point de vue légistique, seuls des objectifs clairs permettent de vérifier par la suite le succès d'une stratégie d'action, le politique ne souhaite pas forcément qu'on puisse procéder à cette vérification qui ferait office de bilan. De plus les politiques eux-mêmes ne sont pas toujours au clair sur les buts et objectifs visés ; en ouvrant une procédure législative, ils manifestent qu'ils ont pris conscience du problème plus qu'ils n'expriment une vision précise de la situation désirée, ce qui était le cas dans le dossier des langues, par exemple.

Même si les autorités politiques ne fixent pas des objectifs clairs aux légistes, l'intervention politique est tout de même visible dans nos dossiers. 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.

De plus, l'aspect politique ne conditionne pas seulement le processus depuis l'extérieur, mais imprègne le processus lui-même. Ainsi, la connaissance partagée des données ne garantit pas une définition communément acceptée du problème en jeu. Par exemple la commission d'experts sur les loteries et paris dispose d'une bonne connaissance de la situation, ce qui n'empêche pas les représentants de la Confédération et ceux des cantons de porter une appréciation très différente sur la nature du problème. A partir des mêmes informations, les premiers concluent que la loi en vigueur n'est plus adaptée aux développements technologiques et à l'importance économique des loteries, alors que les seconds estiment que le monopole concédé par les cantons aux sociétés de loteries romande et alémanique a contribué à une gestion efficace des loteries et paris. Cet exemple nous rappelle que l'analyse d'un problème revêt deux dimensions : l'une factuelle, qui s'appuie sur l'observation empirique de la réalité ; l'autre normative, qui exprime une appréciation en fonction d'un système de valeurs ou d'intérêts. Dès lors qu'il n'existe pas de consensus sur les deux dimensions, les exigences du modèle théorique ne peuvent être respectées. Reste alors à élaborer un compromis qui ne relève plus de ce modèle, mais d'une négociation de caractère politique.

La littérature sur les politiques publiques est unanime à considérer le processus législatif comme un lieu tout à la fois d'affrontement entre intérêts divergents et d'élaboration de compromis indispensables à l'aboutissement d'un projet (Mény/Thoenig 1981, 205s ; Muller/Surel 1998, 112s ; Knoepfel/Larrue/Varone 2001, 86ss ; Sciarini 2006). Les études sur les commissions d'experts chargées de la préparation de certains projets législatifs (Germann 1985, Papadopoulos 1997, Poitry 1986) montrent que les experts remplissent la double fonction d'expertise matérielle – souvent assez limitée en ce qui concerne l'interdisciplinarité des groupes (Richli 2000, 78) – et de représentation des principaux intérêts en jeu. Et même lorsqu'un projet est élaboré au sein de l'administration, cette dernière travaille dès le départ dans la perspective de son acceptabilité par les acteurs politiques et socio-économiques. L'exigence de faisabilité politique paraît difficilement compatible avec le postulat de rationalité qui sous-tend la démarche méthodique proposée par la légistique, même si nous admettons que cette rationalité est limitée.

4.2 Faut-il sacrifier l'idéal ?

Le modèle théorique peut-il vraiment être considéré comme point de référence ? Pour leur défense, les praticiens auront beau jeu de mentionner son caractère théorique, son ignorance des contraintes de toutes sortes auxquelles ils sont soumis au cours du déroulement concret du processus législatif. Dans ces conditions,

la légistique présente-t-elle encore un intérêt autre que théorique ? Ne constitue-t-elle pas le dernier avatar de la rationalité abstraite ? A quoi bon préconiser une démarche méthodique, alors que le processus législatif est marqué par la lutte entre des intérêts divergents et la recherche d'une solution susceptible de réunir une majorité politique au sein du Conseil fédéral, du Parlement et, le cas échéant, une majorité du peuple ?

Nous devons tout d'abord garder à l'esprit que la légistique est une discipline appliquée, finalisée par l'action ; le respect scrupuleux des exigences méthodiques ne présente guère d'intérêt si le projet de loi ainsi engendré n'est pas adopté ou se révèle inapplicable. Ce constat ne permet pas cependant de dénier au processus de conception de la loi tout caractère méthodique et de le laisser se dérouler au gré des seuls rapports de force et des perceptions partisans.

L'approche, qui privilégie la recherche précoce du compromis, confère une forte légitimité politique à la décision, ce qui facilite sa mise en œuvre. Par contre, elle ralentit sensiblement le processus de décision, affaiblit la réactivité du système politique et implique une grande opacité. Les non-dits prennent le pas sur l'explicitation des choix multiples auxquels donne lieu l'activité de légifération. Comme «...la démocratie ne peut que gagner en intensité lorsque le jugement fondé fait reculer l'opinion » (Delley 2005, 173), les efforts pour suivre une démarche plus méthodique contribuent en fin de compte à la qualité du débat démocratique.

Il n'est pas question de contester la légitimité des autorités politiques en matière législative. Les choix normatifs relèvent en dernière instance de l'ordre politique, quand bien même ces choix ne bénéficient pas d'une totale liberté parce que les grands principes du droit renvoient tous à l'obligation d'une approche rationnelle de la loi (Morand 1999b, 109 ; Morand/Delley/Flückiger 2004). En effet, de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.) on peut déduire que la loi doit reposer sur un fondement objectif et sérieux, des faits suffisamment établis ; elle doit manifester une cohérence interne et ne pas être contradictoire. Le principe d'égalité (art. 8 Cst.) exige que le champ d'application de la loi soit correctement délimité en fonction des objectifs visés et des caractéristiques des rapports sociaux en cause pour éviter que la loi ne crée des différences injustifiées. Enfin le principe de proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.) impose que la loi soit apte à atteindre les objectifs visés ; que les mesures envisagées soient nécessaires : entre plusieurs mesures possibles, celles qui portent le moins atteinte aux intérêts privés doivent être privilégiées ; que soient mis en balance les effets des mesures sur la situation des particuliers et les effets attendus sous l'angle de l'intérêt public.

La démarche méthodique préconisée par la légistique – en particulier l'analyse systématique du problème, l'explicitation et la hiérarchisation des buts et

des objectifs et l'évaluation prospective des mesures – fournit des moyens pour tenir compte de ces exigences constitutionnelles. La légistique est d'ailleurs relayée par la Constitution fédérale elle-même qui demande à l'Assemblée fédérale de veiller à ce que l'efficacité des mesures fédérales fasse l'objet d'une évaluation (art. 170 Cst.) – ce qui inclut l'évaluation ex ante. Ce principe est reflété dans la loi fédérale sur le Parlement (art. 141) qui stipule que le message du gouvernement à l'appui d'un projet législatif adressé aux Chambres fédérales fasse mention des conséquences financières, économiques, sociales et environnementales de ce projet, ce qui implique la nécessité d'une évaluation prospective. En plus, le message doit rendre transparent « les points de vue et variantes discutés au stade préliminaire de la procédure législative ».

Des projets élaborés selon les standards de la légistique permettent aux acteurs politiques et socio-économiques, lors de la procédure de consultation et ensuite au Parlement, de débattre sur des bases plus claires et de proposer des modifications en connaissance de cause. Non pas que la légistique prétende détenir les clés de l'appréhension parfaite du réel et des moyens de le modifier. La situation qui est considérée comme problématique reste une construction sociale. Mais la légistique propose une construction plus systématique de la réalité que ne le garantit une simple opinion ou idée préconçue. L'absence d'un contrôle de constitutionnalité efficace des lois fédérales en Suisse – le Tribunal fédéral peut constater des contradictions mais ne peut pas les corriger – rend d'autant plus nécessaire l'application de la démarche méthodique proposée par la légistique dans la phase préparatoire des projets législatifs.

Certes la tension entre exigences méthodiques et contexte politique subsistera toujours. La question est de savoir quel équilibre établir entre ces deux facteurs. Nous retenons que même si la démarche méthodique telle que proposée par la légistique restera toujours un idéal inatteignable, elle constitue pour le légiste un point de repère essentiel dans son entreprise inextricable de répondre aux diverses exigences.

*Margit Jochum, Mag. phil., politologue, collaboratrice scientifique au Centre d'étude, de technique et d'évaluation législatives (CETEL) de l'Université de Genève,
E-mail: margit.jochum@unige.unige.ch*

*Simone Ledermann, lic. rer. soc., ancienne collaboratrice scientifique du Centre d'étude, de technique et d'évaluation législatives (CETEL) et doctorante à l'Université de Genève,
E-mail: lederms8@etu.unige.ch*

Notes

- 1 Cette recherche a été financée par le Fonds National Suisse de la Recherche Scientifique (Projet no. 113420) et a été effectuée sous la direction du Professeur Jean-Daniel Delley au Centre d'étude, de technique et d'évaluation législatives (CETEL) de l'Université de Genève. Nous remercions les professeurs Jean-Daniel Delley, Alexandre Flückiger et Frédéric Varone pour leur lecture critique du texte et leurs précieux commentaires.
- 2 Pour plus de détail concernant la démarche de recherche et pour des synthèses des dossiers, cf. Delley/Jochum/Ledermann 2009.

Bibliographie

- Blaser, Jeremias, 2003, Die Organisation des Vernehmlassungsverfahrens in der Schweiz, thèse, Lausanne.
- Chevallier, Jacques, 1991, La rationalisation de la production juridique, in : Morand, Charles-Albert (éd.), L'Etat propulsif, Paris.
- Delley, Jean-Daniel, 1978, L'initiative populaire en Suisse, Lausanne.
- Delley, Jean-Daniel/Mader, Luzius, 1981, Que faire des objectifs dans une étude de mise en œuvre de la législation?, Revue suisse de sociologie 1981/3, p. 383–395.
- Delley, Jean-Daniel/Derivaz, Richard/Mader, Luzius/Morand, Charles-Albert/Schneider, Daniel K., 1982, Le droit en action, Saint-Saphorin.
- Delley, Jean-Daniel, L. Mader, 1986, L'Etat face au défi énergétique, Lausanne.
- Delley, Jean-Daniel, 1992, La protection de l'air. Objectifs, moyens, pratiques, in : Morand, Charles-Albert (éd.), Droit de l'environnement, Bâle.
- Delley, Jean-Daniel, 1994, Impact et limites des mesures de protection de l'air. Le cas des installations industrielles à Genève, Travaux CETEL n°42.
- Delley, Jean-Daniel, 1999, Penser la loi : introduction à la démarche méthodique, in : Morand, Charles-Albert (dir.), Légistique formelle et matérielle, Aix-en-Provence.
- Delley, Jean-Daniel, 2005, L'évaluation législative. Un outil d'intelligence politique, in : Widmer, Eric D./Royer, Daniel/Bürgenmeier, Beat/Schultheis, Franz (éd.), Théorie et pratique de la démocratie. Essais en l'honneur du professeur Yves Fricker, Paris.
- Delley, Jean-Daniel/Jochum, Margit/Ledermann, Simone, 2009, La conception des lois. La démarche légistique entre théorie et pratique, Travaux CETEL N° 56.
- Demailly, André, 2004, Herbert Simon et les sciences de la conception, Paris.
- Fischer, Alex, 2003, Vetospieler und die Durchsetzbarkeit von Side-Payments, Revue suisse de science politique 2003/2, p. 27–58.
- Flückiger, Alexandre/Delley, Jean-Daniel, 2006, L'élaboration rationnelle du droit privé : de la codification à la légistique, in : C. Chappuis, Christine/Foëx, Bénédicte/Thévenoz, Luc (éd.), Le législateur et le droit privé. Mélanges en l'honneur de Gilles Petitpierre, Genève, Zurich, Bâle.
- Germann, Raimund, 1981, Ausserparlamentarische Kommissionen : die Milizverwaltung des Bundes, Bern.
- Germann, Raimund, 1985, Experts et commissions de la Confédération, Lausanne.
- Hugger, Werner, 1983, Gesetze – Ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung, Baden-Baden.
- Klöti, Ulrich/Vögeli, Chantal, 2005, Das vorparlamentarische Gesetzgebungsverfahren, Ius.full 2005/5, p. 286–294.
- Knoepfel, Peter/Larrue, Corinne/Varone, Frédéric, 2001, Analyse et pilotage des politiques publiques, Zurich, Coire.
- Kriesi, Hanspeter, 1980, Entscheidungsstrukturen und Entscheidungsprozesse in der Schweizer Politik, Frankfurt.
- Lascoumes, Pierre/Roth, Robert/Sansonetti, Riccardo, 1989, L'incrimination économique, Travaux CETEL n°34.
- Linder, Wolf, 1987, La décision politique en Suisse, Lausanne.
- Mény, Yves/Thoenig, Jean-Claude, 1981, Politiques publiques, Paris.
- Mironesco, Christine/Boysan, Turhan/Papadopoulos, Yannis, 1986, Débats sur l'énergie en Suisse. Les processus législatifs fédéraux de 1973 à 1983, Lausanne.
- Morand, Charles-Albert (dir.), 1999a, Légistique formelle et matérielle, Aix-en-Provence.
- Morand, Charles-Albert, 1999b, Le droit néo-moderne des politiques publiques, Paris.
- Morand, Charles-Albert/Delley, Jean-Daniel/Flückiger, Alexandre, 2004, CEFOLEG, Certificat de formation continue en légistique : Cours interactif, Genève (<http://webdroit.unige.ch/cefoleg,01/10/2008>).
- Muller, Pierre/Surel, Yves, 1998, L'analyse des politiques publiques, Paris.
- Noll, Peter, 1973, Gesetzgebungslehre, Reinbek bei Hamburg.
- Office fédéral de la justice (OFJ), 2007, Guide de la législation. Guide pour l'élaboration de la législation fédérale, Berne.
- Papadopoulos, Yannis, 1997, Les processus de décision fédéraux en Suisse, Paris.
- Poitry, Alain-Valéry, 1986, Les commissions extra-parlementaires comme éléments du processus législatif, Revue suisse de sociologie 1986/3, p. 397–416.
- Poitry, Alain-Valéry, 1989, La fonction d'ordre de l'Etat. Analyse des mécanismes et des déterminants sélectifs dans le processus législatif suisse, Berne.
- Richli, Paul, 2000, Interdisziplinäre Daumenregeln für eine faire Rechtsetzung, Basel.

Scharpf, Fritz W., 1997, *Games Real Actors Play*, Boulder.
Sciarini, Pascal, 2006, *Le processus législatif*, in: Klöti, Ulrich/Knoepfel, Peter/Kriesi, Hanspeter/Linder, Wolf/Papadopoulos, Yannis/Sciarini, Pascal (éds.), *Handbuch der Schweizer Politik*, Zurich.

Simon, Herbert, 1985, *Human Nature in Politics : The Dialogue of Psychology with Political Science*, *The American Political Science Review* 1985/2, p. 293–304.
Weber, Max, 1995 [1921], *Économie et Société*, Paris.

Zusammenfassung

Die Legistik befasst sich mit den Kenntnissen und Methoden, die bei der Gesetzgebung verwendet werden. Sie will mit einem methodischen Vorgehen die Gesetzesflut eindämmen. Deshalb wird untersucht, ob und wie gut die Gesetzgebung in der Verwaltungspraxis mit den theoretischen Modellen der Legistik übereinstimmt, und es wird nach Faktoren gesucht, die dafür verantwortlich sein könnten, dass Theorie und Praxis auseinanderklaffen. Der Beitrag zeigt anhand einer Untersuchung auf, dass der Unterschied zwischen der legistischen Praxis in der Verwaltung und der von der methodisch erarbeiteten Theorie der Legistik signifikant ist. Es zeigt sich aber auch, dass das von der Legistik erarbeitete Ideal einer Gesetzgebung nicht aus den Augen gelassen werden darf.