

**Christoph Errass: Kooperative Rechtssetzung, Habilitationsschrift
St. Gallen, Dike, Zürich 2010, 338 S., Fr. 142**

Der moderne Staat ist aufgrund des Aufgabenzuwachses bei gleichzeitiger Abnahme der staatlichen Handlungsmöglichkeiten auf Alternativen zur herkömmlichen Aufgabenerledigung angewiesen. Christoph Errass widmet sich in seiner Habilitationsschrift einer dieser Alternativen, der kooperativen Rechtssetzung. Die zentrale Fragestellung seiner Studie lautet, inwiefern der Staat aus juristischer Sicht auf die Mitwirkung Privater beim Erlass von Rechtsnormen zurückgreifen und inwiefern er die Arbeit privater Rechtssetzer nutzen darf.

Die Arbeit gliedert sich in vier Teile: Im ersten Teil werden die Phänomene kooperativer Rechtssetzung dargestellt und systematisiert. Der zweite Teil analysiert die Begriffe zur kooperativen Rechtssetzung. Im dritten Teil werden die staatstheoretischen Voraussetzungen kooperativer Rechtssetzung beleuchtet, und der vierte Teil behandelt die Dogmatik des Untersuchungsgegenstands.

Nach Vorbemerkungen, die insbesondere auf die umfangreiche Literatur zum Thema der abnehmenden Steuerungsfähigkeit des modernen Gewährleistungsstaates verweisen, nennt Christoph Errass im ersten Kapitel anschauliche Beispiele kooperativer Rechtssetzung im Bundesrecht (S. 26–40). Der sich anschließende kurze Hinweis auf die kantonale, supranationale und internationale Ebene (S. 40–48) verdeutlicht die Absicht des Autors, in erster Linie auf die kooperative Rechtssetzung auf Bundesebene einzugehen. Im zweiten Kapitel folgt die Systematisierung der Phänomene kooperativer Rechtssetzung. Diese soll gemäss Christoph Errass an bereits geläufige Muster anknüpfen (S. 1) und erfolgt in fünf Kategorien. Die erste Kategorie bildet die Übernahme privater Regelungen (Standesregeln, Branchenvereinbarungen, Gesamtarbeits- und Rahmenmietverträge) ins Recht, was durch Inkorporation, statische Verweise sowie durch Verbindlicherklärung geschehen kann. Als zweite Kategorie erscheint die Förderung privater Regelungen in Sachgebieten, die im öffentlichen Interesse liegen und bei denen der Staat die Ziele der Regelung festlegt, die Gesellschaft aber ermutigt wird, die entsprechenden Instrumente selbst zu wählen (S. 58 f.). Die Delegation von Rechtssetzungskompetenzen an Private wird als dritte Kategorie genannt. Der vierten Kategorie ordnet Christoph Errass die Zielfestlegung durch Staat und Private zu, wobei rechtlich verbindliche von rechtlich unverbindlichen Vereinbarungen abgegrenzt werden (S. 62 f.). Unter freiwilligen Massnahmen schliesslich versteht der Autor dem Gemeinwohl dienende gesellschaftliche Handlungen, die jedoch ohne staatliche Verpflichtung, sondern in eigener gesellschaftlicher Verantwortung vorgenommen werden. Dazu gehört etwa das Ökolabel als freiwilliges System für die Kennzeichnung von Umweltverträglichkeit (S. 64).

Der zweite Teil der Habilitationsschrift widmet sich zunächst den Begriffen «Steuerung», «Regulierung» sowie «regulierte» bzw. «gesteuerte Selbstregulierung». Diese Termini seien als Brückenbegriffe aus der Soziologie und Politologie zur Diagnose der Überforderung des modernen Staates eingebracht worden. Dem folgt die Feststellung, «kooperative Rechtssetzung» sei eingerahmt von staatlicher Rechtssetzung einerseits und reiner Selbstregulierung andererseits und umfasse die Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen an Private, die Übernahme privater Normbestände sowie die regulierte Selbstregulierung (S. 98). Nicht Gegenstand kooperativer Rechtssetzung seien die Vernehmlassung, Expertenkommissionen sowie informelle Verhandlungen im Vorverfahren der Gesetzgebung, weil die Geltung der Norm nicht vom Konsens dieser Kooperationspartner abhängt (S. 97). Dem ist entgegenzuhalten, dass der hauptsächliche Inhalt einer Norm in aller Regel im Vorverfahren der Gesetzgebung geschaffen wird und viele dieser Verhandlungen oder Expertenrunden den Norminhalt de facto regelrecht determinieren, sodass sie zwar nicht formell, so aber materiell Rechtssetzung darstellen. Insofern sollte der Begriff «kooperative Rechtssetzung» m.E. in einem weiteren Sinn verwendet werden und zumindest normprägende Verhandlungen im Gesetzgebungsverfahren mitumfassen.

Im dritten Teil der Studie steht unter dem Titel der (staats)theoretischen Voraussetzungen kooperativer Rechtssetzung die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im Mittelpunkt. Nach bisweilen etwas weitreichenden staatsphilosophischen und historischen Ausführungen (S. 102–138), nach der Beschreibung verschiedener theoretischer Positionen schweizerischer und deutscher Staatsrechtler (S. 139–155) sowie nach der Analyse einiger Verfassungsbestimmungen, die mit dem Verhältnis von Staat und Gesellschaft in Verbindung gebracht werden können (S. 156–176), kommt Christoph Errass zum wohl unbestrittenen Schluss, dass Staat und Gesellschaft nicht identisch, sondern als zwei getrennte Größen zu qualifizieren seien.

Die Dogmatik der kooperativen Rechtssetzung ist Gegenstand des vierten Teils der Habilitationsschrift. Das erste Kapitel enthält Ausführungen zu Begriff, verfassungs- sowie gesetzesrechtlichen Grundlagen der Rechtssetzung (S. 181–235). Entsprechend der Qualifikation von kooperativer Rechtssetzung im zweiten Teil beschäftigt sich der Autor zunächst mit der Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen an Private, geht mithin der Frage nach, ob Private nach der geltenden Verfassungsordnung als Rechtssetzungssubjekte in Frage kommen. Private seien de lege lata weder mit originären Rechtssetzungskompetenzen, noch mit delegierten Rechtssetzungskompetenzen ausgestattet. Für eine Übertragung der Rechtssetzungsbefugnisse müssten de lege ferenda zum einen eine entspre-

chende Verfassungsbestimmung, zum andern eine Grundlage in einem Gesetz geschaffen werden. Der Staat müsste darüber hinaus bei allen Formen kooperativer Rechtssetzung sicherstellen, dass eine Delegation im öffentlichen Interesse liege, verhältnismässig ist, die Grundrechte wahrt und sich nicht auf die gemäss Artikel 164 Absatz 1 BV wichtigen Bestimmungen bezieht. Die Grundrechtsbindung und der öffentlich-rechtliche Rechtsschutz müssten gleichermassen für staatliche wie für private Rechtssetzung gelten. Ferner müssten die privaten Rechtssetzer der staatlichen Aufsicht unterstellt sein. Schliesslich müsste gewährleistet werden, dass private Rechtssetzer nicht gemäss ihren privaten Interessen tätig werden, sondern «über eine demokratische Legitimation vom Volk» und über «eine Intra-Organ-Kontrolle» verfügen (S. 272). Im nächsten Kapitel befasst sich Christoph Errass mit der Übernahme gesellschaftlicher Normbestände, wobei er zunächst die Arten – Inkorporation, statische Verweisungen, Allgemeinverbindlicherklärung (S. 275–287) – und danach die Voraussetzungen der staatlichen Übernahme (s. oben) beleuchtet (S. 287–309). Schliesslich widmet sich der Autor im letzten Kapitel dem Verzicht auf eine staatliche Regelung zur Verwirklichung von Verfassungsaufgaben als dritter Kategorie kooperativer Rechtssetzung. Beim Verzicht auf eine staatliche Regelung auf Gesetzesebene (S. 311–316) unterscheidet Christoph Errass den Verzicht ohne Beeinflussung der Privaten – so etwa die Selbstregulierung der Presse durch den Presserat – vom Verzicht mit nichtrechtsverbindlicher Verständigung mit Privaten – sogenannte normvertretende Absprachen, anlässlich derer die Privaten etwa Verhaltensnormen für Verbandsmitglieder zur Verwirklichung eines dem Gemeinwohl dienenden Sachverhalts erlassen. Beim Verzicht auf eine konkretisierende Rechtssetzung auf Verordnungsebene (S. 316–329) geht es um die Konstellation der regulierten Selbstregulierung, mithin um eine staatliche Verpflichtung oder Ermächtigung der Privaten, unter bestimmten, gesetzlich vorgegebenen Rahmenbedingungen zur Verwirklichung des mit dem Gesetz angestrebten Ziels auf privatrechtlicher Ebene beizutragen. Die Voraussetzungen, unter welchen regulierte Selbstregulierung zulässig ist, sind dieselben wie bei den übrigen Formen der kooperativen Rechtssetzung (S. 321). Darüber hinaus solle der Staat mit Letztverantwortung die Selbstregulierung regulieren, diese mithin so nahe als notwendig, jedoch so wenig als möglich an die staatliche Rechtssetzung heranführen.

Die umfangreiche Arbeit behandelt eine sehr aktuelle, komplexe und interessante Thematik, die immer mehr Gegenstand verschiedener wissenschaftlicher Abhandlungen darstellt. Streckenweise wären weiterführende Analysen aufschlussreich gewesen, so zum Beispiel bezüglich der mangelnden demokratischen Legitimation privater Rechtssetzer sowie zu den rechtsstaatlichen Herausforde-

runen und Defiziten kooperativer Rechtssetzung. Die Studie von Christoph Er-rass stellt jedenfalls einen wertvollen Beitrag zur dogmatischen Strukturierung kooperativer Rechtssetzung und für die wissenschaftliche Aufbereitung der The-matik dar.

Lucy Keller Läubli, Bundesamt für Justiz, Bern

Rediscovering Public Law and Public Administration in Comparative Policy Analysis: a Tribute to Peter Knoepfel; Stéphane Nahrath/Frédéric Varone (édit.), Presses polytechniques et universitaires romandes, Lausanne 2009 (338 p.)

C'est à «un homme qui rajeunit», Peter Knoepfel, que deux de ses disciples, amis et éditeurs scientifiques – Stéphane Nahrath et Frédéric Varone –, offrent «Rediscovering Public Law and Public Administration in Comparative Policy Analysis: a Tribute to Peter Knoepfel».

Les contributions sont réparties en cinq thématiques: Law as a Policy Resource and Institutional Rule (I), Public Administration as a Policy Actor (II), Federalism and Multilevel Governance (III), Sustainable Resources Management (IV) et Epistemology and Methodology of Comparative Policy Analysis (V). La diversité disciplinaire des seize contributeurs, de leurs origines géographiques et des thèmes qu'ils traitent témoigne à elle seule du rayonnement, de la curiosité et de la polyvalence du jubilaire.

Nonobstant l'intérêt des articles, la présente recension se focalisera sur six d'entre eux qui semblent les plus pertinents pour le public cible de LeGes.

The Law as a Policy Resource: Some Scattered Thoughts, par Bruno Dente

L'auteur pose comme prémisse de son article que la loi est une ressource permettant, au même titre que d'autres, d'influencer les résultats politiques. Il part de la distinction entre le droit (Recht/jus) et la loi (Gesetz/lex). La loi se définit comme une décision adoptée par des autorités légitimes qui tend à influencer les comportements des particuliers et des organisations publiques ou privées sous la menace de la sanction. Le droit ne se limite pas à définir l'ensemble des lois mais comprend également le corpus des principes qui président à l'interprétation de la loi. Cette définition a pour conséquence que la loi peut être interprétée à la lumière de principes et de critères importants qui ne sont pas forcément inscrits dans une loi (par exemple, *pacta sunt servanda*). Elle conduit à considérer la loi comme une ressource politique dont disposent certains acteurs qui peuvent la mobiliser soit parce que la loi leur donne cet avantage soit parce que le droit leur reconnaît une position juridique supérieure.

Définir la loi en tant que «ressource» a des conséquences diverses. Tout d'abord, elle ne peut avoir d'impact politique que si l'acteur qui a le pouvoir de la mobiliser choisit de le faire. Diverses raisons peuvent aussi le dissuader d'agir, que ce soit le rapport coût/bénéfice défavorable de son action (par exemple le coût d'une action en justice) ou la préférence pour d'autres ressources (par exemple la ressource «consensus» ou «temps» plutôt que «loi»). C'est pourquoi il convient de réfléchir aux moyens de modifier la distribution, entre les acteurs, des ressources légales et non légales. Les ressources de savoir et d'information font partie de ces dernières. Elles peuvent garantir, dans le processus politique, l'influence d'un acteur qui ne disposerait pas d'un autre type de ressource. C'est par exemple l'apanage des experts en sciences politiques qui, dans un monde complexe et incertain, influencent notablement les gouvernements et les administrations. A l'inverse, la loi peut également réduire considérablement l'influence des autres ressources.

Why Do We Obey Soft Law?, par Alexandre Flückiger

Dans la première partie de son article (il s'agit d'une version abrégée d'un article publié en français dans la Revue européenne des sciences sociales 2009 [144] p. 73 ss, sous le titre «Pourquoi respectons-nous la soft law?»), Alexandre Flückiger met en évidence le rôle des émotions dans les techniques de persuasion, car en effet l'Etat a pris l'habitude, pour influencer les comportements des individus, de recourir à la soft law, qui fait partie du droit normatif appréciatif («devrait-être»). Les ressorts émotionnels du respect de la soft law sont en particulier le respect de l'autorité, qui s'exprime à travers l'ascendant de l'auteur et qui peuvent induire des effets de bluff de l'autorité ou des attitudes de soumission stratégiques du destinataire. La peur et ses différentes déclinaisons sont particulièrement utilisées en matière de santé publique, sous forme d'images (lutte anti-tabac), de mises en garde diverses, de pressions financières (taxes incitatives) ou de menaces de légiférer ou de porter l'affaire devant un tribunal. Honte et culpabilité sont étroitement liées à la peur (campagnes stop-SIDA). Parmi les autres émotions figurent la joie (remise de prix ou de distinctions), la surprise (approche anticipée des parents d'un sujet en coma grave) et l'empathie (campagne de promotion des dons d'organes). Au-delà encore des arguments de nature émotionnelle, l'Etat a recours à certaines techniques de manipulation amenant les individus à modifier leur comportement à leur insu. Inspirées par les travaux de la psychologie sociale, en particulier celles de Beauvois et Joule, ces techniques se réfèrent aux théories de l'engagement (fondées sur le principe que la conduite du sujet est déterminée

par une conduite préalable préparée à son insu), sur l'utilisation stratégique de la dissonance cognitive (par effet de l'obligation de motiver sa décision) et sur les effets de contexte (contraste et compromis).

Confronté à l'inefficacité des instruments juridiques traditionnels dans le pilotage des politiques publiques, les Etats recourent au soft power en renforçant l'impact de la soft law par le recours à des stratégies persuasives voire manipulatrices qui ont fait la preuve de leur efficacité. Or, la soft law ne jouit pas de la même légitimité démocratique que la hard law. Un régime de légitimation et de contrôle de conformité aux principes matériels de l'Etat de droit et à des règles procédurales s'avère donc nécessaire, au même titre que des mécanismes de consultation.

**The Impact of Direct Democracy on Public Policies: a Historical Perspective, par
Wolf Linder**

Les dispositifs de la démocratie directe exercent différentes fonctions dans le processus politique. Ils contribuent en particulier à partager le pouvoir politique et sont à la source de la concordance suisse. La démocratie directe influence les résultats politiques dans la mesure où elle constitue un frein à la centralisation et réduit l'importance du secteur public. Une présentation historique de l'usage de l'initiative et du référendum de 1875 à 2004 permet à l'auteur d'analyser le développement et les scores de réussite et d'échec de ces instruments de la démocratie directe. Elle démontre que, contrairement à certaines idées reçues, la modernisation et le développement de l'Etat de droit n'a pas mobilisé le peuple contre les autorités fédérales. Bien plus, le peuple suit aujourd'hui davantage qu'avant ses élites politiques. Enfin, au terme d'une analyse fouillée, il n'est pas possible d'établir un lien de causalité entre la polarisation des citoyens (par exemple centre contre périphérie, ville contre campagne, capital contre travail, etc.) et le succès ou l'échec des politiques fédérales. En d'autres termes, les relations entre la politique et la démocratie directe ne sont pas davantage prédictibles que le cours de l'Histoire.

**The Role of the Federal Government in Direct-Democratic Campaigns, par
Hanspeter Kries**

Hanspeter Kries analyse le rôle du gouvernement dans les campagnes des votations sur des initiatives et des référendums. Il prend pour point de départ de son étude l'initiative «muselière» dont le but était d'interdire au gouvernement d'intervenir dans les campagnes précédant les votations et qui fut massivement rejetée par le corps électoral suisse en 2008. En Suisse, le système de collégialité et de concordance est sensiblement miné par la polarisation due à l'essor de

l'Union démocratique du centre et par la médiatisation qui conduit à une personnalisation de la politique en opposition avec l'idée de collégialité. L'examen empirique de trois campagnes référendaires récentes suggère que le gouvernement fédéral représente une force majeure dans les campagnes de votation de la démocratie directe et que les conseillers fédéraux ayant du charisme et une grande habileté à communiquer ont un impact important sur les médias. Il n'est néanmoins pas souhaitable que le gouvernement et ses représentants s'abstiennent de s'exprimer dans le processus de formation de l'opinion politique dans les campagnes d'information. De deux choses l'une: ou bien, s'agissant d'un référendum, les propositions soumises au vote sont soutenues aussi bien par le gouvernement que par le parlement, ou bien, s'agissant d'une initiative populaire, le gouvernement et la majorité du parlement adoptent une position claire sur la proposition soumise à votation et ont la possibilité de présenter un contre-projet. Cela fait partie de la compétition qui marque le processus politique et qui permet la confrontation entre les groupes constitués et les groupes informels. L'important est d'enrichir le débat public et non pas d'y soustraire un acteur prépondérant. L'implication des membres d'un gouvernement est aussi un moyen de rendre ce dernier responsable devant ses électeurs des choix politiques qu'il a faits pendant la législature et de le sanctionner si nécessaire aux prochaines élections.

Institutional Policies and Reforms of Public Administration, par Yves Emery, David Giaouque et Adrian Ritz

Les auteurs analysent, d'un point de vue politologique, d'une part, et managérial, d'autre part, douze réformes auxquelles la Confédération a procédé dans la mouvance de la nouvelle gestion publique. Ils arrivent à la conclusion, d'ailleurs peu surprenante, que, dans l'appréciation des résultats (outcomes), les indicateurs de performance sont en général négligés. Les objectifs politiques inhérents à la résolution d'un problème collectif sont certes mentionnés, mais on n'évalue que rarement les mesures prises en utilisant des indicateurs qui concrétisent ces buts. Les liens de causalité entre les résultats (outcomes) produits par les agences gouvernementales et les résultats politiques sont essentiellement basés sur la vraisemblance.

Ces réformes ont certes engendré des changements structurels, managériaux et culturels dans le système politico-administratif. Mais elles ont aussi révélé leurs limites et les problèmes qu'elles engendrent: développement d'une nouvelle technocratie, problèmes techniques de coordination de l'information et des données et difficulté à formuler des objectifs, en terme d'output et d'outcome, qui soient adéquats pour évaluer les résultats en terme de politique. La tendance à simplifier à l'extrême ne rend pas compte de la complexité inhérente à l'action

politique contemporaine. En conclusion de leur article, les auteurs proposent diverses pistes de recherche.

How does European Union Law Influence Swiss Law and Policies?, par Astrid Epiney

Bien que la Suisse ne soit pas membre de l'Union européenne (UE), son ordre juridique est largement influencé par le droit communautaire. Ces influences se présentent sous quatre différentes formes – qui d'ailleurs peuvent partiellement se recouvrir –. Premièrement, l'adaptation autonome s'explique en règle générale par des raisons économiques. Elle se manifeste sous deux formes, d'une part, la copie plus ou moins complète de la réglementation communautaire dans le droit suisse, qui concerne particulièrement les relations économiques transnationales, et, d'autre part, une influence très sélective par le droit communautaire, qui se rapproche plutôt de la méthode du droit comparé. Vu l'absence d'implication de la Suisse dans ce processus, cette situation n'est acceptable, d'un point de vue politique, que dans la mesure où elle porte sur des questions techniques. Deuxièmement, les traités internationaux peuvent, à l'instar des accords bilatéraux, obliger la Suisse à respecter, dans sa législation, une partie de l'acquis communautaire. Tel est le cas lorsque l'adaptation autonome ne garantit pas les résultats attendus, à savoir lorsque la Suisse souhaite participer à une agence communautaire, lorsque la reconnaissance des normes suisses est requise par la CE ou par ses membres et lorsqu'il s'agit de garantir l'accès à un marché. Dans ces domaines, la Suisse est exclue du processus de décision. Troisièmement, le droit communautaire est, grâce au travail de comparaison des régimes juridiques, une source d'inspiration tant pour le législateur que pour le Tribunal fédéral. Ce dernier semble d'ailleurs utiliser le droit communautaire comme outil d'interprétation d'une façon plus pragmatique que systématique. Quatrièmement, en souscrivant à des traités multilatéraux auxquels la CE (et ses Etats membres) sont parties, la Suisse et la CE s'engagent à transposer en droit national et communautaire un certain nombre d'obligations, ce qui contribue aussi à l'harmonisation des législations, comme c'est par exemple le cas dans le domaine de la protection de l'environnement.

Parmi les différentes formes d'intégration du droit communautaire dans les accords bilatéraux, on distingue deux types de références: ou bien l'accord se réfère directement à certaines règles du droit communautaire et la Suisse est obligée d'adopter une législation équivalente (référence directe); soit l'accord lui-même fait indirectement référence à la loi communautaire en reproduisant certaines dispositions dont le contenu est largement ou entièrement basé sur la situation dans la Communauté. La méthode bilatérale conduit inévitablement à

un certain nombre de difficultés d'interprétation lorsque les accords qu'il s'agit d'interpréter se réfèrent à des dispositions communautaires ou les reprennent, en particulier par rapport à la portée juridique de l'interprétation qu'en fait la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE). Or, la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui donne des réponses variables à la question de savoir si la jurisprudence de la CJCE doit ou non être suivie, ne contribue pas à la sécurité juridique. Les développements de l'acquis communautaire postérieurs à la signature des accords posent également problème. Ils font l'objet de deux mécanismes d'adaptation différents: ou bien la compétence de modifier les dispositions listées dans les accords (ou dans leurs annexes) est déléguée aux comités mixtes, ce qui est le cas de la plupart des accords, ou bien les accords obligent la Suisse à reprendre en principe les développements futurs. Dans ce dernier modèle, qui est illustré par les accords d'association à Schengen et Dublin, si la Suisse ne reprenait pas un développement, l'accord bilatéral pourrait automatiquement cesser d'être applicable.

Enfin, l'auteure constate que les accords bilatéraux qui permettent à la Suisse de participer à certaines parties de l'acquis communautaire relèvent du droit international et n'ont pas un effet intégratif comparable au traité EEE. Pourtant, l'analyse des conséquences juridiques des dispositions du droit communautaire auquel la Suisse s'est directement ou indirectement liée, amène à faire les constatations suivantes. Premièrement, s'agissant de l'interprétation des dispositions intégrées dans les accords bilatéraux qui se réfèrent au droit communautaire, la portée exacte de la jurisprudence de la CJCE restera obscure tant et aussi longtemps que le Tribunal fédéral n'aura pas développé une pratique cohérente, en posant le principe de l'interprétation parallèle et en définissant ses exceptions. Deuxièmement, lorsque les accords bilatéraux prévoient l'adaptation future au droit communautaire, la pression politique et économique sera forte nonobstant le fait que la Suisse ne participe pas au processus d'adoption du droit communautaire. Le résultat de ce système complexe est que, tout compte fait, les accords bilatéraux conduisent de facto à une intégration partielle. Il faut maintenant clairement poser la question de savoir si ce mode de relation particulière présente des vrais avantages ou s'il ne vaudrait pas mieux adhérer, avec la perte de souveraineté que cela implique. En effet, plus la Suisse s'europeanise sous l'influence des accords bilatéraux, plus la question de l'adhésion devient prégnante.

Christine Guy-Ecabert, Office fédéral de la justice, Berne