

# Les racines historiques de la légistique en Suisse<sup>1</sup>

1	Introduction .....	2
2	La codification comme démarche légistique.....	4
2.1	. Introduction .....	4
2.2	Les limites de la codification : l'intrinsèque conservatisme et l'impossible exhaustivité.....	5
2.3	Le Code civil suisse de 1907 : une leçon de légistique formelle .....	8
2.3.1	Une législation populaire et intelligible .....	8
2.3.1.1	La clarté.....	8
2.3.1.2	La concision .....	9
2.3.1.3	La simplicité.....	10
2.3.1.4	Synonymes, renvois et structure.....	10
2.3.2	Les critiques envers une législation trop simple .....	11
2.3.3	La réception des principes en droit contemporain .....	12
3	De la légistique formelle à la légistique matérielle .....	14
3.1	La légistique matérielle, ou le développement d'une méthode pour la conception des lois .....	14
3.2	Les repères historiques .....	15
3.3	La réception des principes en droit contemporain .....	16
3.4	Conclusion.....	17

---

<sup>1</sup> Ce texte est repris en partie le contenu de l'article suivant : Alexandre Flückiger/ Jean-Daniel Delley, «L'élaboration rationnelle du droit privé: de la codification à la légistique», Christine Chappuis/ Bénédicte Foëx/ Luc Thévenoz (éd.), *Le législateur et le droit privé*, Mélanges en l'honneur de Gilles Petitpierre, 2007, p. 123-143.

# 1 Introduction

Un promoteur de la rédaction législative en langue courante (« *plain language* ») a écrit il y quelques années avoir rêvé pouvoir s’asseoir à sa table de cuisine et ouvrir un petit livre ou un cédérom contenant l’ensemble des lois de l’Union européenne les plus importantes clairement et simplement rédigées dans leur version non abrégée :

“Like a poor man's Martin Luther King, I have a dream. It is that every person of reasonable intelligence and literacy may sit at their kitchen table and open a small book or CD-ROM in which the most important laws that govern them are clearly and simply written in their original, unabridged form. I have that dream. But we stand a long, long way from making it reality. Indeed, I sometimes think the prospect is daily receding. »<sup>2</sup>

Une telle vision paraît aujourd’hui totalement irréaliste pour qui a pris connaissance de l’acquis communautaire (environ 48 millions de mots par langue en moyenne s’agissant du corps de texte y compris les signatures et les annexes)<sup>3</sup> :

---

<sup>2</sup> Cutts, Martin, *Clarity in EU legislation*, Conférence donnée le 28 janvier 2000 (<http://europa.eu.int/comm/translation/en/ftfog/cutts.htm> [27.06.2005]).

<sup>3</sup> Commission européenne, Joint Research Centre, “Size of version 3.0 of the JRC collection of the Acquis Communautaire in 22 of the official languages of the European Union” (<http://langtech.jrc.it/JRC-Acquis.html> [26.09.2007]).

Language ISO code	N° of texts	Text body			Signatures	Annexes	Total N° words (text + signatures + annexes):
		Total N° words	Total N° characters	Average n° words	Total N° words	Total N° words	
bg	11384	16140819	104522671	1417.85	2170075	14114612	32425506
cs	21438	22843279	148972981	1065.55	7225300	16763733	46832312
da	23624	31459627	213468135	1331.68	2629786	16855213	50944626
de	23541	32059892	232748675	1361.87	2542149	16327611	50929652
el	23184	36453749	239583543	1572.37	2973574	16459680	55887003
en	23545	34588383	210692059	1469.03	3198766	17750761	55537910
es	23573	38926161	238016756	1651.3	3490204	19716243	62132608
et	23541	24621625	192700704	1045.9	1336051	14995748	40953424
fi	23284	24883012	212178964	1068.67	2677798	12547171	40107981
fr	23627	39100499	234758290	1654.91	3021013	19978920	62100432
hu	22801	28602380	213804614	1254.44	2529488	15056496	46188364
it	23472	35764670	230677013	1523.72	3120797	18331535	57217002
lt	23379	26937773	199438258	1152.22	2436585	15018484	44392842
lv	22906	27592514	196452051	1204.6	1673124	15437969	44703607
mt	10545	20926909	128906748	1984.53	1336042	15620611	37883562
nl	23564	35265161	231963539	1496.57	3039580	18467115	56771856
pl	23478	29713003	214464026	1265.57	2513141	17027393	49253537
pt	23505	37221668	227499418	1583.56	3034308	19350227	59606203
ro	6573	9186947	60537301	1397.68	514296	11185842	20887085
sk	21943	26792637	179920434	1221.01	3227852	16190546	46211035
sl	20642	27702305	178651767	1342.04	3103193	16837717	47643215
sv	20243	29433037	199004401	1453.99	2575771	14965384	46974192
<b>Total</b>	<b>463'792</b>	<b>636'216'050</b>	<b>4'288'962'348</b>	<b>1387.23</b>	<b>60'368'893</b>	<b>358'999'011</b>	<b>1'055'583'954</b>

L'histoire de la légistique montre pourtant que l'exigence de rédiger des lois claires et lisibles n'est pas uniquement une préoccupation contemporaine<sup>4</sup>.

Pendant longtemps cependant, et aujourd'hui encore d'ailleurs, on s'est demandé si la conception et la rédaction de « bonnes » lois relevaient de *l'art ou de la science*<sup>5</sup>. François Gény optait pour le second terme de l'alternative en écrivant en 1904 à propos du droit privé français qu'une technique législative réfléchie l'emportait sur les vagues suggestions de l'instinct et les directions indéterminées de la tradition :

« il s'agit, avant tout, de savoir s'il est bien nécessaire, voire même utile, que le législateur prenne conscience d'une méthode, dont il soit résolu à suivre fidèlement les directions, ou s'il ne serait pas mieux qu'il s'en remît tout simplement aux vagues suggestions de l'instinct ou aux directions indéterminées de la tradition, pour lui inspirer les procédés les plus adéquats à son but. Et l'exemple du Code Napoléon peut faire hésiter sur ce point, par cela que ses rédacteurs, à peine influencés par les préoccupations d'une technique vraiment sérieuse, ont su trouver en eux-mêmes et dans l'acquis de leur passé tous les éléments indispensables à la viabilité et au succès de

<sup>4</sup> Mertens 2004, p. 354ss et 380ss.

<sup>5</sup> NOLL 1973, p. 14 ; MERTENS, p. 3 s.

leur œuvre. – Toutefois, je ne crois pas qu'il y ait là matière à une objection de quelque valeur contre la supériorité d'une technique réfléchie. »<sup>6</sup>

François Gény ne visait toutefois pas la loi dans son contenu proprement dit (légistique matérielle) mais se limitait à la légistique formelle :

« Celle-ci [la technique législative] présente un "côté substantiel ou interne", d'une valeur autrement fondamentale, parce qu'il a trait, de quelque façon que soit constitué et fonctionne son organe créateur, au contenu même de l'œuvre législative. En laissant de côté le fond proprement dit de cette œuvre, que la science (sociologie), dirigée par un postulat moral, permet seule d'apprécier, il s'agit de savoir comment, en la forme, elle devra être conçue et réalisée, pour embrasser aussi pleinement et dominer aussi efficacement que possible les rapports juridiques, méritant règlement légal, bref pour constituer une loi ou un code, qui, au point de vue de la mise en œuvre du Droit positif, réponde aux exigences de la vie pratique. »<sup>7</sup>

## 2 La codification comme démarche légistique

### 2.1 Introduction

Le XIXe siècle fut la période des grandes codifications nationales. La Suisse n'a pas échappé au mouvement. Le père du Code civil, Eugène Huber (1849-1923)<sup>8</sup>, a formulé les bases de la légistique formelle contemporaine. Les principes de rédaction qu'il a développés dans le cadre du Code civil suisse du 10 décembre 1907 subsistent aujourd'hui encore dans les directives de techniques législatives fédérales auxquelles se réfèrent les rédacteurs des textes législatifs fédéraux.

La codification a été considérée comme l'instrument privilégié de la rationalisation législative<sup>9</sup> :

« Depuis les débuts de l'époque moderne, s'affirme une volonté de simplification et de clarification du droit, comme si l'édification et le

---

<sup>6</sup> GÉNY, François, « La technique législative dans la codification civile moderne », *Le Code civil 1804-1904, livre du centenaire*, Paris 1904, p. 987 ss (1019).

<sup>7</sup> GÉNY 1904, p. 987 ss (995 en relation avec 1019).

<sup>8</sup> MANAI, Dominique, *Eugen H., jurisconsulte charismatique*, 1990.

<sup>9</sup> DUPRAT 2005, p. 13.

développement d'un Etat en voie de sécularisation comportait comme condition à sa réalisation une organisation normative rationnelle. Pour cela, le procédé de la codification apparut rapidement comme une condition nécessaire à satisfaire ».

Les buts visés par la codification - à savoir régler aussi complètement que possible une matière en tentant d'éviter d'être lacunaire tout en assurant la sécurité et l'accessibilité du droit, dans un souci de stabilité et de permanence<sup>10</sup> - contraignent évidemment leurs auteurs à rédiger une législation plus réfléchie, et, partant, en principe de plus grande qualité. Pour Jean Carbonnier, la méthode législative du Code civil est celle du refus de légiférer par « passion » :

« Le Code civil, justement, avait clos en France le temps des passions législatives. On pensera peut-être que c'était un simple effet mécanique : parce qu'il était soulé de textes, le pays n'avait plus soif ; toutes les lois paraissant faites et bien faites, et pour longtemps, il était possible de donner congé à la législation. Mais ce serait s'arrêter à la surface de l'événement de 1804 : avant d'être production saturante de règles, la codification avait été le choix d'une méthode législative, et ce choix impliquait l'exclusion des législateurs par passion. »<sup>11</sup>

Deux écueils guettent cependant le codificateur : celui de s'abstraire des réalités sociales et politiques en privilégiant la perspective intellectuelle de son œuvre et celui, bien connu depuis la critique de Friedrich Carl von Savigny envers la codification du droit allemand<sup>12</sup>, de figer et de scléroser le droit. Alors que le premier obstacle ne peut être surmonté que par des méthodes de légistique matérielle (analyse de la réalité sociale par l'apport des sciences humaines), le second l'a été dans un premier temps par des procédés de légistique formelle qui, aussi ingénieux qu'ils fussent (en particulier rédaction de normes ouvertes pour laisser place à l'évolution jurisprudentielle et adoption de lois spéciales pour les domaines nouveaux), ont montré leurs limites dans le contexte d'un mouvement que d'aucuns ont qualifié de décodification<sup>13</sup>.

## **2.2 Les limites de la codification : l'intrinsèque conservatisme et l'impossible exhaustivité**

La codification, dans son esprit, obéit essentiellement à une logique de conservation<sup>14</sup>. Eugène Huber, à propos du Code civil suisse, affirmait de même que

---

<sup>10</sup> DUNAND, Jean-Philippe, « Entre tradition et innovation : analyse historique du concept de code », in WINIGER, Bénédict / DUNAND, Jean-Philippe (éd.), *Le Code civil français dans le droit européen: actes du colloque sur le bicentenaire du Code civil français*, Bruxelles 2005, p. 10 ss.

<sup>11</sup> CARBONNIER, Jean, *Essais sur les lois ?*, Paris 1979, p. 219.

<sup>12</sup> SAVIGNY (VON), Friedrich Carl, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, p. 71 s. et 81 s.

<sup>13</sup> Réf. cit. in KRAMER, Ernest, « Nationale Privatrechtskodifikationen, internationale Privatrechtsvereinheitlichung und Privatrechtsvergleichung zu Beginn des neuen Jahrhunderts », *Revue de droit suisse* 2005 I p. 423 s., qui préfère parler de recodification et d'un renouveau de la codification (p. 424 s.).

<sup>14</sup> DUNAND 2005, p. 32 ss.

« dans une codification il vaut mieux conserver qu'innover »<sup>15</sup>, bien que son projet ait instillé de nombreuses innovations dont il a préféré minimiser la portée<sup>16</sup>. Dans son Discours préliminaire au Code civil français, Portalis notait ainsi « qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir »<sup>17</sup>.

Une fois codifiée, la matière tend à se figer. Un tel constat n'est pas nouveau :

« Aussi, assez vite, se creuse un décalage entre le contenu du code [Napoléon] et la situation réelle du pays »<sup>18</sup>.

En 1837 déjà, un professeur à la Faculté de droit de Paris pouvait écrire que « la société nouvelle commence à éprouver quelque gêne et à ne plus se sentir complètement à l'aise dans les limites posées par nos codes... Le Code (civil), image fidèle d'abord de la société rajeunie, perd tous les jours un peu de cette fidèle ressemblance »<sup>19</sup>. Un siècle plus tard, en 1948, Julliot de la Morandière notait que « le Code [civil français] est toujours là ; sur son fronton il est toujours écrit "Code civil". En réalité, il est comme ces vieux palais qui, dans le quartier Saint-Germain, sont toujours en apparence le siège d'un ministère... Mais leur façade a été mutilée, déformée par mille réparations, leur intérieur a été bouleversé sans ordre et sans plan »<sup>20</sup>. L'idée directrice selon laquelle seule une matière stabilisée, dont les contours ont été définis, rôdés et expérimentés par le temps, est susceptible d'être codifiée est largement présupposée.

En outre, la prolifération des lois depuis un siècle a eu raison de l'idéal d'exhaustivité des codes. Même si le concept benthamien, largement utopique, du *pannomion*, un code complet censé regrouper toutes les règles de droit, n'a jamais été concrétisé comme l'exemple, parmi tant d'autres, du Code civil suisse le montre<sup>21</sup>, la particularité des codes civils a toujours consisté « dans le fait qu'ils ne se limitent pas à des recueils de lois, mais qu'ils codifient un système de règles en tant qu'ordre juridique complet et entier. »<sup>22</sup> Le Code civil devient un code parmi les autres, une loi parmi les lois, subordonnée même au droit constitutionnel et conventionnel, une loi désacralisée<sup>23</sup>. Comme le résume en substance Jean-Philippe Dunand, « les codes

<sup>15</sup> HUBER, Eugène, *Code civil suisse : exposé des motifs*, Berne 1901, p. 5. DUNAND, Jean-Philippe, « Le code civil de Eugen Huber: une loi conçue dans l'esprit de la démocratie? », in TSCHANNEN, Pierre (éd.), *La démocratie comme idée directrice de l'ordre juridique suisse*, Genève, Zurich, Bâle 2005, p. 57.

<sup>16</sup> DUNAND 2005, p. 40.

<sup>17</sup> Réf. cit. in DUNAND 2005, p. 36, note 104.

<sup>18</sup> BART, Jean, « Le code Napoléon », in WINIGER, Bénédict / DUNAND, Jean-Philippe (éd.), *Le Code civil français dans le droit européen: actes du colloque sur le bicentenaire du Code civil français*, Bruxelles 2005, p. 75.

<sup>19</sup> Réf. cit. in BART 2005 (note 18), p. 75, note 18. Voir également Discours d'ouverture aux conférences de l'Ordre des avocats par le Bâtonnier Chaix d'Est-Ange, du 26 novembre 1842, in *Discours et plaidoyers de M. Chaix d'Est-Ange*, t. 1, 1877, p. 234-235 [cit. in DUPRAT 2005].

<sup>20</sup> Réf. cit. in DUNAND 2005, p. 41.

<sup>21</sup> DUNAND 2005, p. 14.

<sup>22</sup> SCHMIDLIN, Bruno, « Le mouvement des codifications en Europe: la formation du système du code civil français », in WINIGER, Bénédict / DUNAND, Jean-Philippe (éd.), *Le Code civil français dans le droit européen: actes du colloque sur le bicentenaire du Code civil français*, Bruxelles 2005, p. 46.

<sup>23</sup> RÉMY 2005, p. 212 ss.

civils des Etats européens ne remplissent plus une fonction centrale et prééminente dans leurs ordres juridiques respectifs. »<sup>24</sup>

Certains grands codificateurs ont pourtant pris leurs précautions pour permettre d'innover et d'adapter les codes à la modernité. D'une part, la relégation de la réglementation des domaines nouveaux au champ d'application de *lois spéciales* est une technique qui devait garantir que la codification ne systématiserait que des solutions pérennes, éprouvées par le temps et qui ne soient pas sujettes à des changements incessants. Ne sont dès lors codifiées que les règles stabilisées, c'est-à-dire celles dont le potentiel de transformation future est le plus faible. Tel est la philosophie explicite du Code civil suisse notamment, qui a exclu pour ces motifs de son champ d'intervention la propriété littéraire et artistique, les marques de fabrique, les brevets d'invention et le contrat d'assurance :

« Quand une institution, et pour des raisons parfois très artificielles, s'était acclimatée dans une portion de notre territoire et avait été jugée bonne à l'épreuve, il convenait de lui faire place dans le futur code civil, à moins qu'on eût d'impérieux motifs de la rejeter. [...] Un code civil doit, en principe, embrasser tout le droit privé. Mais il est nécessaire d'admettre des exceptions à cette règle ; le projet en connaît d'assez importantes. Elles concernent, en première ligne, les lois spéciales actuellement en vigueur dans le domaine du droit civil fédéral ; [...] celles qui ont trait à la propriété littéraire et artistique, aux marques de fabrique, aux brevets d'invention, au contrat d'assurance, ont été laissées en dehors du projet, pour les mêmes raisons que celles qui les avaient fait exclure du code fédéral des obligations ; il s'agit ici de matières relativement nouvelles, où des solutions d'une valeur permanente ne sont pas encore trouvées et où se produisent des changements incessants, qu'il est plus aisé d'opérer sous le régime de la législation spéciale que sous celui d'une codification intégrale ; bien plus, ces matières ne peuvent être élucidées d'après les mêmes méthodes que les parties du droit privé qui sont au bénéfice d'expériences séculaires et qui ont reçu leurs formes en quelque sorte définitives. »<sup>25</sup>

D'autre part, la rédaction de *normes à texture ouverte*, laissant une certaine marge de manœuvre à l'évolution jurisprudentielle, devait permettre à la pratique de s'adapter en s'ouvrant à l'innovation. Une telle conception a pourtant été critiquée au regard de l'idéal de sécurité du droit, puisque la rédaction de dispositions juridiquement indéterminées accroît l'autonomie du juge, qui assure dès lors l'adaptation du code à la réalité. Nous y reviendrons en conclusion du chapitre suivant.

---

<sup>24</sup> DUNAND 2005, p. 42.

<sup>25</sup> Conseil fédéral suisse, *Message à l'Assemblée fédérale concernant le projet de code civil suisse, Feuille fédérale*, vol. IV, no 24, 1904, p. 10 s.

## 2.3 Le Code civil suisse de 1907 : une leçon de légistique formelle

### 2.3.1 Une législation populaire et intelligible

Les principes de rédaction du Code civil suisse développés par Eugène Huber sont à l'origine de la légistique formelle moderne.

Eugène Huber estimait que le Code civil devait être une « *législation populaire* » rédigée non pas à l'attention des juges mais de tous les citoyens. Les lois doivent être *intelligibles* (*leges intellegi ab omnibus debent*<sup>26</sup>) :

« Les lois modernes ne sont pas rédigées dans le seul but d'enseigner aux juges comment ils auront à procéder, le cas échéant. La loi s'adresse à tous ceux qui sont soumis à son empire. Les commandements du législateur doivent, dès lors, dans la mesure où cela est compatible avec la matière traitée, être intelligibles pour chacun ou, du moins, pour les personnes qui sont tenues, de par leur profession, à se familiariser avec le droit. Les règles établies doivent avoir un sens même pour le profane, ce qui n'empêchera pas le spécialiste de leur découvrir toujours un sens plus étendu ou plus profond que le profane. C'est là ce que l'on entend par les mots de législation populaire. »<sup>27</sup>

Afin de rendre le Code civil suisse intelligible, Eugène Huber a préconisé en 1901 différents principes de lisibilité qu'il a mis systématiquement en pratique.

#### 2.3.1.1 La clarté

L'intelligibilité du texte de loi, sa simplicité, peut être atteinte en recourant à des expressions *claires* :

« Rien ne contribue davantage à la simplification des lois que l'art de condenser les préceptes juridiques en des principes clairs et nets. »<sup>28</sup>

Le sens véritable de ce principe n'est pourtant pas si évident. Le principe de clarté peut en effet être entendu soit sous un aspect *linguistique* de lisibilité et de concision (c'est l'aspect d'intelligibilité du texte), soit, selon les points de vue, être reçu sous un angle plus *juridique* : celui de la concrétisabilité, qui met l'accent sur la précision de l'énoncé, permettant à son interprète de fournir, aussitôt et sans controverse, la solution précise dans un cas concret. La première découle de l'adage selon lequel nul n'est censé ignorer la loi (*nemo legem ignorare censetur*) alors que la seconde est dérivée du principe de prévisibilité et de sécurité du droit, ainsi que du principe de la séparation des pouvoirs et de la protection contre l'arbitraire ; le

---

<sup>26</sup> *Corpus iuris civilis*, 1.14.9.

<sup>27</sup> HUBER, Eugène, *Code civil suisse : exposé des motifs*, Berne 1901, p. 10 s. DUNAND 2005b, p. 63 ss.

<sup>28</sup> HUBER 1901, p. 8.



pouvoir du juge s'élargissant au détriment de celui du législateur en cas de formules vagues.

On en conclut donc que le principe de clarté n'est, paradoxalement, pas aussi clair qu'il y paraît de prime abord, car les deux aspects précédents s'opposent : en poursuivant l'un, le rédacteur législatif négligera nécessairement l'autre ; le texte sera clair dans un sens, mais obscur de l'autre, et vice versa. Les deux faces de la clarté sont condamnées à s'opposer<sup>29</sup>.

### 2.3.1.2 La concision

Ses premiers préceptes visaient à produire un *texte concis* : chaque article devait comporter trois alinéas au maximum ; les alinéas devaient être rédigés en une seule phrase ; les phrases devaient être brèves et les subdivisions être rares :

« En dehors des énumérations [...], nous avons réussi presque constamment à n'avoir jamais plus de trois alinéas par article. Les alinéas sont en général composés d'une seule phrase ; ils seront toujours assez brefs, pour qu'une personne, même peu habituée à consulter les lois, puisse se rendre compte à première vue de leur contenu. Les subdivisions sont rares, et nulle part l'article n'a été divisé en paragraphes. On obtient de la sorte une orientation facile et on simplifie les citations »<sup>30</sup>.

La concision du propos est en effet une exigence cardinale en matière de lisibilité. C'est, comme le souligne le gouvernement fédéral suisse en 1904 à propos du projet de Code civil, l'idéal de toute législation populaire :

« Nous n'en devons pas moins veiller à ce que la loi ne pèche point contre l'idéal de concision qui est celui de toute législation populaire, et nous espérons y avoir réussi »<sup>31</sup>

Il s'agit de « *tout dire, brièvement* » pour reprendre la formule du père du Code civil helvétique<sup>32</sup> et sacrifier l'accessoire au principal<sup>33</sup>. Les détails appellent les

---

<sup>29</sup> Alexandre Flückiger, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel* no 21, 2006 Paris, p. 74-78 (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccn21/normativite4.htm>). Le Conseil constitutionnel vient cependant de consacrer l'objectif d'intelligibilité comme la norme de référence unique en matière de qualité de la loi ; il n'est dès lors plus question dans la décision du principe de clarté (décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 portant sur la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information [Cahiers du Conseil constitutionnel n° 21, rubrique jurisprudence]). Voir également Service des études juridiques du Sénat, *La qualité de la loi*, note de synthèse no 3, Paris septembre 2007, p. 15ss.

<sup>30</sup> HUBER 1901, p. 12.

<sup>31</sup> Conseil fédéral suisse, *Message à l'Assemblée fédérale concernant le projet de code civil suisse*, Feuille fédérale, vol. IV, no 24, 1904, p. 10.

<sup>32</sup> « Si l'on jette un coup d'œil sur le projet, ceci en apparaîtra comme l'une des particularités extérieures les plus originales : il dit tout, brièvement. Et cette brièveté n'est pas un leurre ; on n'a pas, comme dans d'autres œuvres similaires, compensé le petit nombre des articles par leur longueur ; le projet est court, absolument et relativement. Il est aisé de concevoir combien l'étude et le maniement de la loi en deviennent plus aisés. » (Huber 1901, p. 17).

<sup>33</sup> « Le législateur, au contraire, a la faculté, et même l'obligation, si l'on considère son but éminemment pratique, de sacrifier l'accessoire au principal, ce qui est l'exception à ce qui est la règle. C'est là une différence subtile, qui frappe néanmoins. » (Huber 1901, p. 9).

détails tant pour Portalis<sup>34</sup> que pour Montesquieu<sup>35</sup>, qui prenait la loi des Douze Tables comme modèle :

« Le style en doit être concis. Les lois des Douze Tables sont un modèle de précision : les enfants les apprenaient par cœur. »<sup>36</sup>

### 2.3.1.3 La simplicité

L'intelligibilité du texte de loi peut également être atteinte en recourant à des *expressions simples*. On peut reprendre à ce propos la tradition rédactionnelle suisse telle qu'exposé par Eugène Huber en 1901 :

« En ce qui concerne la langue, l'idée dominante est que le projet, comme on l'a dit plus haut, devrait être intelligible à tous ; nous avons cherché à atteindre ce but en choisissant des expressions simples et claires. »<sup>37</sup> « Rien ne contribue davantage à la simplification des lois que l'art de condenser les préceptes juridiques en des principes clairs et nets. »<sup>38</sup>

Le siècle des Lumières avait d'ailleurs auparavant déjà popularisé cette exigence. Montesquieu, notamment<sup>39</sup>, estimait que les lois devaient être simples afin que chaque citoyen puisse les comprendre facilement :

« Le style des lois doit être simple; l'expression directe s'entend toujours mieux que l'expression réfléchie. Il n'y a point de majesté dans les lois du bas-empire; on y fait parler les princes comme des rhéteurs. Quand le style des lois est enflé, on ne les regarde que comme un ouvrage d'ostentation. [...]» Les lois ne doivent point être subtiles; elles sont faites pour des gens de médiocre entendement: elles ne sont point un art de logique, mais la raison simple d'un père de famille. »<sup>40</sup>

### 2.3.1.4 Synonymes, renvois et structure

Le rédacteur ne devait pas craindre de reprendre les mêmes termes pour désigner les mêmes notions, et *éviter ainsi d'utiliser des synonymes*, même s'il en résultait une certaine monotonie :

« En tant que cela paraissait compatible avec les exigences de la langue, nous avons désigné toujours par les mêmes termes les notions qui se répètent [...]. L'application

---

<sup>34</sup> « L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière » (Portalès, *Écrits et discours juridiques et politiques*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1988, p. 26).

<sup>35</sup> « Lorsque, dans une loi, les exceptions, limitations, modifications, ne sont point nécessaires, il vaut beaucoup mieux n'en point mettre. De pareils détails jettent dans de nouveaux détails. » (Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, Genève 1758, livre XXIX, chapitre XVI).

<sup>36</sup> Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, Genève 1758, livre XXIX, chapitre XVI.

<sup>37</sup> Huber 1901, p. 12.

<sup>38</sup> Huber 1901, p. 8.

<sup>39</sup> Pour les références à d'autres auteurs, en particulier à Jeremy Bentham, voir Mertens 2004, p. 380ss..

<sup>40</sup> Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, Genève 1758, livre XXIX, chapitre XVI.

des lois existantes a surabondamment démontré dans quelle perplexité une simple divergence de texte, due à l'inadvertance du législateur, peut plonger le juge. »<sup>41</sup>

L'exigence de lisibilité ne concernait pas le texte pris dans son ensemble seulement, mais devait s'appliquer à chaque article pris isolément. Ce qui nécessitait d'éviter autant que possible les *renvois*. En cas de nécessité, le renvoi devait s'effectuer par une phrase reflétant le contenu, et non par une indication du numéro d'article :

« En seconde ligne, on a visé à rendre intelligible ou du moins lisible chaque article pris isolément. De là, la nécessité de faire autant que possible abstraction des renvois. Lorsque ceux-ci ont paru inévitables, on y a pourvu non par l'indication d'un numéro d'article, mais par une phrase claire, donnant le contenu du renvoi. [...] On a fait l'expérience que ces renvois avec indication de numéros d'article entre parenthèses provoquent souvent des difficultés dans la pratique, car ils peuvent facilement présenter des lacunes ou des erreurs embarrassantes pour les juges. Voir par exemple Arrêts du Tribunal fédéral, vol. XXII, page 342. »<sup>42</sup>

Eugène Huber estimait qu'une *structure clairement conçue* améliorerait l'intelligibilité du texte :

« L'ordre adopté dans la suite des articles se référant à une matière déterminée est en général celui-ci : Les règles générales viendront en premier lieu, puis, les prescriptions concernant la constitution et l'extinction d'un rapport de droit, et enfin celles qui en régissent les effets. Cette méthode [...] donne au projet une disposition claire et facile »<sup>43</sup>

« Le législateur ne s'est pas borné à s'espacer sur certaines matières essentielles ; il a tout ordonné d'après un plan facile à embrasser d'un regard. »<sup>44</sup>

### 2.3.2 Les critiques envers une législation trop simple

Certains auteurs ont mis en garde contre les attentes exagérées placées dans une législation trop simple et trop brève qui serait conçue comme un livre de chevet populaire<sup>45</sup>. Au début du XVII<sup>e</sup> siècle déjà, Francis Bacon avait montré les dangers d'une brièveté excessive. La loi ne doit pas, selon le philosophe anglais, ressembler à la règle des architectes de Lesbos ; cette règle de plomb flexible en tous les sens utilisée pour mesurer les surfaces planes aussi bien que les courbes :

« Il ne faut pas pour cela tomber dans une brièveté trop concise ou affectée, pour donner aux lois un certain air de majesté et un ton plus impératif, surtout de notre temps, de peur qu'elles ne ressemblent à la règle des architectes de Lesbos. Ce qu'il faut affecter c'est seulement le style moyen, en choisissant des expressions générales et

---

<sup>41</sup> HUBER 1901, p. 14.

<sup>42</sup> HUBER 1901, p. 13.

<sup>43</sup> HUBER 1901, p. 13.

<sup>44</sup> HUBER 1901, p. 17.

<sup>45</sup> Voir notamment Svarez, Carl Gottlieb (1788) ; Schlosser, Johann Georg (1789) ; Reitemeir, Johann Friedrich (1800). Les références sont citées in Mertens 2004, p. 383, note 417.

bien déterminées, lesquelles, sans spécifier minutieusement tous les cas qu'elles comprennent, ne laissent pas d'exclure visiblement tous ceux qu'elles ne comprennent pas. »<sup>46</sup>

Le Code civil suisse a ainsi été critiqué très tôt sur ce point par différents auteurs. Les « dispositions en caoutchouc »<sup>47</sup> qu'il contiendrait, résultant d'une concision excessive, laisseraient une trop grande liberté à la doctrine et à la jurisprudence<sup>48</sup>. D'autres, au contraire, l'on loué pour ce même motif précisément en raison de la plus grande évolutivité qu'un tel procédé autorise<sup>49</sup>.

Ce débat relatif au degré de concision met en évidence le second pôle du principe de clarté que nous avons vu ci-dessus : celui de la concrétisabilité du texte normatif. Trop simple, trop concise, une loi ne permet en effet plus à son lecteur de prévoir son application à un cas concret.

Afin d'éviter d'être charrié de Charybde en Scylla, le législateur n'a d'autre moyen que d'opter pour une voie médiane et de pondérer ces deux idéaux que sont l'intelligibilité d'un texte simple et concis et la précision d'une loi détaillant tous les cas de figure possibles<sup>50</sup>, comme Francis Bacon le préconisait il y a plus de trois siècles:

« L'obscurité dans l'expression des lois vient ou de ce qu'elles sont trop verbeuses, trop bavardes, ou au contraire de leur excessive brièveté. »<sup>51</sup>

### 2.3.3 La réception des principes en droit contemporain

Le principe de clarté est un précepte de légistique formelle, devenu au fil du temps un principe juridique s'imposant au législateur à des degrés divers, soit par le biais de directives de légistique édictées par les collectivités publiques<sup>52</sup>, soit par un

---

<sup>46</sup> Bacon, Francis, *Œuvres de Bacon : De la dignité et de l'accroissement des sciences* [1623], trad. par M. F. Riaux, Paris : Charpentier, 1843, livre 8, p. 435, aphorisme no 67.

<sup>47</sup> Sur ce terme, voir par exemple Gmür, Rudolf, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zurich, 1965, p. 41.

<sup>48</sup> Merz, JZ 1962, p. 588 ; Gény, François, La technique législative dans la codification civile moderne, Le Code civil 1804-1904, livre du centenaire, Paris 1904, p. 989ss (1034ss) (CIT in Gmür 1965, p. 42).

<sup>49</sup> Saleilles, Raymond, Le Code civil et la méthode historique, 1904, p. 95ss (103) ; Gaudemet, Eugène, Le Code civil 1804-1904, livre du centenaire, Paris 1904, p. 965ss (969) ; Planiol, Marcel, Inutilité d'une révision générale du Code civil, Le Code civil 1804-1904, livre du centenaire, Paris 1904, p. 953ss (960).

<sup>50</sup> Flückiger, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel* no 21, 2006 Paris, p. 74-78 (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc21/normativite4.htm>).

<sup>51</sup> Bacon, Francis (1561-1626), *De la dignité et de l'accroissement des sciences*, aphorisme no 65.

<sup>52</sup> En droit suisse, le *Guide pour l'élaboration de la législation fédérale* (Office fédéral de la justice, Guide de législation: guide pour l'élaboration de la législation fédérale, Berne 2002) pose des principes analogues. Il rappelle que « le langage législatif, à la différence par exemple du langage poétique, se doit d'être le plus clair, le moins approximatif et le plus direct possible. Il possède donc les spécificités suivantes : la nécessité d'une bonne conception préalable de la matière normative ; la cohérence ; la clarté ; la concision ; le respect d'un éventuel cadre terminologique préexistant » (Guide de législation 2002, p. 365) et précise que la clarté « est la qualité principale d'un texte normatif. » (p. 367).

En droit communautaire, l'Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 16 décembre 2003 (JO C 321 du 31.12.2003) précise que les trois institutions de l'Union européenne (Parlement européen, Conseil, Commission) « conviennent également de promouvoir la simplicité, la clarté et la cohérence dans la rédaction des textes législatifs » (ch. 2) et qu'elles « veilleront à la qualité de la législation, à savoir à sa

développement jurisprudentiel, tant national qu'international, essentiellement reconnu sous son aspect de concrétisabilité<sup>53</sup>.

Ces principes d'intelligibilité ont été repris dans les directives de technique législative actuellement en vigueur en droit suisse et qui s'imposent aux rédacteurs de textes normatifs fédéraux<sup>54</sup> - même si, en réalité, la technicité de certaines matières a pour conséquence qu'aujourd'hui, en droit fédéral helvétique, les textes de loi ne sont plus forcément toujours rédigés de manière à être accessibles au grand public<sup>55</sup>. Ils devraient l'être au moins pour leurs destinataires comme l'Accord interinstitutionnel sur les lignes directrices communes relatives à la qualité rédactionnelle de la législation communautaire le précise<sup>56</sup>.

---

clarté, à sa simplicité et à son efficacité. » (ch. 25) Plus tôt, l'exigence de clarté a déjà affirmée dans l'Accord interinstitutionnel sur les lignes directrices communes relatives à la qualité rédactionnelle de la législation communautaire du 22 décembre 1998 (Accord relatif à la qualité rédactionnelle ; JO C 73 du 17.3.1999). Elle est couplée à celle de simplicité et de précision : « Les actes législatifs communautaires sont formulés de manière claire, simple et précise. » (ch. 1).

En *droit français*, le *Guide français pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires* du 6 juin 2005 (Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires, Paris, juin 2005), élaboré conjointement par des membres du Conseil d'Etat et des fonctionnaires du secrétariat général du Gouvernement, et qui reprend une grande partie des circulaires du Premier ministre, notamment la circulaire du 30 septembre 2003 relative à la maîtrise de l'inflation normative et à l'amélioration de la qualité de la réglementation ainsi que la jurisprudence et les rapports du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel, précise dans le chapitre consacré à la rédaction législative que « la rédaction d'un projet de texte et du document qui l'accompagne (exposé des motifs ou rapport de présentation) doit être claire, sobre et grammaticalement correcte. » (fiche 3.3.1, p. 189).

<sup>53</sup> Voir ci-dessus note de bas de page 29.

<sup>54</sup> Concision : Guide de législation 2002, p. 349 ; renvois : Guide de législation 2002, p. 353 ; principes généraux de structuration : Guide de législation 2002, p. 345 ss.

<sup>55</sup> BERTAGNOLLO, Fabienne / LAURENT, Caroline, « Unkraut vergeht nicht : la corédaction dans l'administration fédérale suisse », in GÉMAR, Jean-Claude / KASIRER, Nicholas (dir.), *Jurilinguistique – Jurilinguistics : entre langue et droit – Between Law and Language*, Bruxelles et Montréal 2005, p. 119 ss, 123 s. On ne saurait cependant suivre ces deux auteures lorsqu'elles prétendent que « personne n'avance plus guère l'argument selon lequel les textes législatifs devraient être rédigés de manière à être accessibles au public », l'accessibilité des lois devenant de plus en plus utopiques selon elles (BERTAGNOLLO / LAURENT 2005, p. 123).

<sup>56</sup> «The drafting of acts shall take account of the persons to whom they are intended to apply, with a view to enabling them to identify their rights and obligations unambiguously, and of the persons responsible for putting the acts into effect. » (ch. 3 de l'Accord interinstitutionnel sur les lignes directrices communes relatives à la qualité rédactionnelle de la législation communautaire du 22 décembre 1998).

## 3 De la légistique formelle à la légistique matérielle

### 3.1 La légistique matérielle, ou le développement d'une méthode pour la conception des lois

On peut définir la *légistique* comme une méthodologie de la conception de l'action publique et de sa traduction normative, qui cherche à déterminer les meilleures modalités d'élaboration, de rédaction, d'édiction et d'application de la norme<sup>57</sup>. Visant à rationaliser la production normative, la légistique prend appui sur les sciences sociales pour appréhender la réalité et sur les sciences de la communication et du langage pour formuler les normes<sup>58</sup>.

On distingue la légistique *matérielle*, qui porte sur le contenu de la matière à réglementer et la manière de concevoir l'action, de la légistique *formelle*, qui porte sur la mise en forme normative de l'intervention<sup>59</sup> et dont nous avons examinés les préceptes dans la première partie de ce texte.

Le développement contemporain de la légistique matérielle accompagne celui de l'Etat interventionniste, l'Etat des grandes politiques publiques qui ambitionne, si ce n'est de révolutionner la société, du moins d'en influencer le cours, que ce soit en matière économique (stimuler la croissance, maîtriser l'inflation), sociale (combattre les inégalités, éviter l'exclusion) ou de formation (promouvoir une part déterminée d'une classe d'âge à un degré explicite de formation) notamment.

On comprend aisément que de telles ambitions impliquent une approche rationnelle de l'action publique : une connaissance précise du terrain d'intervention, de sa logique de fonctionnement, un diagnostic explicite de la situation qui met en évidence non seulement le but poursuivi, mais encore les objectifs qui le concrétisent, l'élaboration d'une stratégie efficace, son évaluation aussi bien prospective que rétrospective et, le cas échéant, les corrections qui s'imposent.

---

<sup>57</sup> CHEVALLIER, Jacques, « L'évaluation législative: un enjeu politique », in DELCAMP, Alain *et al.*, *Contrôle parlementaire et évaluation*, Paris 1995, p. 15 ; MORAND, Charles-Albert, « Eléments de légistique formelle et matérielle », in MORAND, Charles-Albert (dir.), *Légistique formelle et matérielle - Formal and Material Legistic*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence 1999, p.18 ss. Voir également WINTGENS, Luc, *The justification of legislation : an introduction to legisprudence, a new theory of legislation*, thèse, Bruxelles 2005, qui préfère utiliser la notion de « legisprudence ».

<sup>58</sup> MORAND 1999, p. 28 ss.

<sup>59</sup> MORAND 1999, p. 17 s.

## 3.2 Les repères historiques

Sans remonter à l'Antiquité - Platon déjà évoque la nécessité de réviser régulièrement les lois pour les adapter à leur temps<sup>60</sup> -, on rappellera que les auteurs du XVIII<sup>e</sup> siècle se sont autant si ce n'est plus intéressés à la formation de la loi qu'à son application<sup>61</sup>. Ainsi la préoccupation majeure de Jeremy Bentham a été de développer une théorie cohérente de la législation<sup>62</sup>. Pour y parvenir, Jeremy Bentham prône le recours à la codification, conçue comme un corps complet de législation élaborée selon certains principes<sup>63</sup>. Il s'intéresse de près à l'élaboration des lois et confectionne le premier ouvrage de légistique formelle sous le titre « *Nomography or the art of inditing Laws* »<sup>64</sup>. Il envisage de créer une école internationale de législation regroupant les juristes du monde entier afin de rédiger les textes de lois sur le modèle du code intégral (*pannomium*)<sup>65</sup>. Même si la construction en a été plus empirique, les études de légistique matérielle actuelles, centrées sur l'impératif d'efficacité, renouent avec cette logique benthamienne.

Il faut encore mentionner l'apport de Gaetano Filangieri<sup>66</sup>. Ce comte napolitain, auteur d'une monumentale « *Science de la législation* »<sup>67</sup>, a théorisé l'évaluation législative, une démarche centrale pour la rationalisation du processus législatif. Il imagine un quatrième pouvoir, le « *censeur des lois* », qui doit tout à la fois remédier à la multiplicité des lois et veiller à leur adaptation aux circonstances nouvelles :

« Consacré à la garde des lois, instruit de l'état de la nation, attentif à démêler et à saisir toutes les causes du désordre, il apercevrait le premier les erreurs de la législation ; et la nature du mal une fois connue, il saurait employer les moyens les plus propres à le détruire. »<sup>68</sup>

Deux évolutions vont toutefois contribuer à affaiblir ces tentatives d'élaboration d'une véritable science de la législation. Tout d'abord la conception libérale de l'Etat, qui s'impose au XIX<sup>e</sup> siècle, restreint la sphère de l'activité publique aux seules tâches de police. Par ailleurs l'amour immodéré des lois manifesté par les Lumières débouche, après la Révolution, à leur sacralisation. Pour garantir l'objectivité du droit, lui assurer le statut de science, le positivisme juridique postule la dissociation du droit d'avec les valeurs et se concentre sur les méthodes concourant à une

<sup>60</sup> MERTENS 2004, p. 275.

<sup>61</sup> L'ouvrage de MERTENS 2004 est précisément consacré aux auteurs du XVIII<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle. Voir ég. DUPRAT 2005.

<sup>62</sup> OST, François, « Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », in GERARD, Philippe/ OST, François/ KERCHOVE (VAN DE), Michel (éd.), *Actualité de la pensée de Jeremy Bentham*, Bruxelles 1987, p. 163 ; DUPRAT 2005, p. 16 ss.

<sup>63</sup> BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1<sup>ère</sup> publication en 1789 (et revision par l'auteur en 1823).

<sup>64</sup> BENTHAM, Jeremy, « Nomographie or the art of inditing laws », in BOWRING, John (éd.), *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 3, Londres 1838-1843. Voir Morand 1999 (note 57), p. 24.

<sup>65</sup> OST 1987, p. 177 s.

<sup>66</sup> MORAND 1999, p. 24.

<sup>67</sup> FILANGIERI, Gaetano, *La scienza della legislazione*, Milan (Prima edizione Milanese) 1784.

<sup>68</sup> FILANGIERI, Gaetano, *Œuvres*, vol. I, Paris 1822, p. 89.

application correcte des lois, au détriment de celles qui devraient présider à leur élaboration<sup>69</sup>.

Toutefois on peut retrouver jusqu'à nos jours ce souci de prendre en compte la réalité sociale – ce « matériau » pour reprendre l'expression d'Eugen Huber<sup>70</sup> -, présent comme un fil rouge dans la théorie, si ce n'est dans la pratique législative<sup>71</sup>. Ainsi au XIX<sup>e</sup> siècle, la théorie allemande de la législation souligne le rapport étroit qui doit se nouer entre l'acte de légiférer et l'état de la situation à laquelle va s'appliquer la loi. La nécessité de soumettre le droit en vigueur à des révisions régulières pour l'adapter aux changements sociétaux, déjà exprimée par Platon, est reconnue et justifie l'évaluation législative<sup>72</sup>.

Au début du XX<sup>e</sup> siècle en Allemagne, Ernst Zitelmann évoque les différentes étapes d'une démarche méthodique que doit parcourir le législateur<sup>73</sup>:

« Zunächst nun die inhaltliche Seite : in welcher Weise findet der Gesetzgeber den Inhalt der Gesetze ? Da sieht man sofort : alle Gesetzgebung gebraucht Befehle und Verbote, um damit auf das Verhalten der Menschen nach bestimmten Richtung hin einzuwirken, die gesetzgeberische Arbeit ist also Zwecktätigkeit : sie setzt sich bestimmte Zwecke und wählt die Mittel zu ihrer Erreichung, in nichts anderem kann sie bestehen, wie denn auch die inhaltliche Kritik des Gesetzes notwendig nach diesen beiden Seiten hin erfolgen muss. »

Une démarche que Peter Noll (1926-1982), un pénaliste suisse, a contribué à populariser dans son célèbre traité de légistique paru en 1973<sup>74</sup> dans lequel il plaide pour une approche méthodique et pluridisciplinaire de la législation, en demandant de planifier la législation, de définir le problème avant d'agir, d'explicitier les buts à atteindre, de prendre le temps d'analyser la situation de fait, de concevoir des solutions alternatives pour résoudre le problème posé et, enfin, d'évaluer tant prospectivement que rétrospectivement la solution législative retenue puis de la corriger en conséquence.

### **3.3 La réception des principes de légistique matérielle en droit contemporain**

Cette démarche a trouvé un écho institutionnel tant en Suisse dans le Guide de législation<sup>75</sup> qu'au sein de l'Union européenne dans les Lignes directrices concernant l'analyse d'impact de la Commission européenne du 15 juin 2005<sup>76</sup>. L'effet le plus

---

<sup>69</sup> NOLL, Peter, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek bei Hamburg 1973, p. 18 ss.; LUHMANN, Niklas, *Öffentlichrechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet*, Berlin 1965, p. 11; MORAND 1999 (note 57), p. 25 s.

<sup>70</sup> HUBER, Eugen, *Recht und Rechtsverwirklichung. Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie*, Bâle 1925, p. 281.

<sup>71</sup> MERTENS 2004, p. 42 ss.

<sup>72</sup> MERTENS 2004, p. 274 ss.

<sup>73</sup> ZITELMANN, Ernst, *Die Kunst der Gesetzgebung*, Dresde 1904, p. 7.

<sup>74</sup> *Gesetzgebungslehre*, Reinbek bei Hamburg 1973, p. 63-163.

<sup>75</sup> P. 109ss.

<sup>76</sup> SEC(2005) 791 ([http://ec.europa.eu/governance/impact/docs/key\\_docs/sec\\_2005\\_0791\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/governance/impact/docs/key_docs/sec_2005_0791_fr.pdf)).



palpable de l'essor de la légistique matérielle est le développement et l'institutionnalisation progressive de l'évaluation législative qu'un autre juriste suisse, Luzius Mader, a contribué à vulgariser dès 1985<sup>77</sup>.

En droit fédéral, le fondement de la légistique matérielle se trouve dans l'obligation faite à l'Assemblée fédérale de veiller à ce que l'efficacité des mesures prises par la Confédération soit évaluée (art. 170 Cst.) consacrant un nouveau principe constitutionnel : celui d'efficacité<sup>78</sup>. Cette disposition inclut dans son champ d'application tant l'activité du Conseil fédéral, de l'administration, des tribunaux fédéraux, ou encore les mesures prises par les cantons dans la mise en œuvre du droit fédéral<sup>79</sup>, que l'ensemble des tâches et des activités de l'Assemblée fédérale<sup>80</sup>, y compris l'activité législative du parlement<sup>81</sup>. La loi sur l'Assemblée fédérale<sup>82</sup> explicite cette dernière aux articles 27 (évaluation de l'efficacité), 44 al. 1<sup>er</sup> let. f (prise en compte des résultats des évaluations de l'efficacité par les commissions parlementaires) et 141 (contenu du message accompagnant un projet d'acte législatif) notamment. Cette dernière disposition contraint le Conseil fédéral à faire figurer dans le message accompagnant tout projet d'acte notamment « les points de vue et variantes discutés au stade préliminaire de la procédure législative et leur appréciation par le Conseil fédéral » (art. 141 al. 2 let. c), « les modalités de mise en œuvre du projet, l'évaluation à laquelle cette mise en œuvre donnera lieu et les possibilités de mise en œuvre qui ont été examinées au stade préliminaire de la procédure législative » (art. 141 al. 2 let. d), « les conséquences économiques, sociales, environnementales du projet » (art. 141 al. 2 let. g). Cet article fait référence à l'essentiel de la démarche méthodique proposée par la légistique : élaboration des stratégies possibles, faisabilité, évaluation aussi bien prospective que rétrospective.

Par ailleurs, on trouve une obligation d'évaluer les effets de tout ou partie d'un acte normatif dans plus d'une soixantaine de lois et d'ordonnances fédérales<sup>83</sup>. Cette obligation a le plus souvent précédé celle de l'article 170 Cst.

### 3.4 Conclusion

La légistique possède une histoire séculaire au cours de laquelle la critique envers la piètre qualité de la législation fut récurrente et qui généra de nombreux écrits pour

<sup>77</sup> Luzius Mader, *L'évaluation législative : pour une analyse empirique des effets de la législation*, Payot 1985.

<sup>78</sup> Sur la nature de ce principe, voir FLÜCKIGER, Alexandre, « Le droit administratif en mutation : l'émergence d'un principe d'efficacité », *Revue de droit administratif et fiscal*, 2001, p. 93-119.

<sup>79</sup> AUBERT, Jean-François / MAHON, Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich, Bâle, Genève 2003, p.1291.

<sup>80</sup> EHRENZELLER, Bernhard / MASTRONARDI, Philippe / SCHWEIZER, Rainer J. / VALLENDER, Klaus A. (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar*, Zürich 2002, p. 1680.

<sup>81</sup> Office fédéral de la justice, *Efficacité des mesures prises par la Confédération : propositions de mise en œuvre de l'art. 170 de la Constitution fédérale dans le contexte des activités du Conseil fédéral et de l'administration fédérale*, Rapport du Groupe de contact interdépartemental "Evaluations de l'efficacité" à la Conférence des secrétaires généraux de la Confédération suisse, Berne, 14 juin 2004, p. 11.

<sup>82</sup> RS 171.10.

<sup>83</sup> On trouve la liste de ces actes sous l'intitulé « Clauses d'évaluation » sur le site de l'Office fédéral de la justice ([www.ofj.admin.ch](http://www.ofj.admin.ch), onglet : thèmes, rubrique : documentation, sous-rubrique : documentation ; état au 30 juillet 2007, consulté le 27 septembre 2007).

tenter d'y remédier. Les grandes codifications nationales du XIXe siècle ont été dans le cadre de ce développement un formidable terreau pour tester les différentes théories de technique législative. Les préceptes de légistique formelle qu'Eugène Huber, le père du Code civil suisse de 1907, a élaborés dans ce cadre sont toujours appliqués en Suisse (simplicité, concision, clarté, etc.). Les institutions de démocratie semi-directe expliquent en grande partie cette caractéristique et la persistance de celle-ci.

Avec l'essor des politiques publiques au XXe siècle, la bonne loi n'est plus forcément celle qui est bien rédigée, mais celle qui produit des effets sur la réalité sociale, environnementale et économique. Cette conception instrumentale a conféré une importance grandissante à la légistique matérielle, dont la méthodologie a été popularisée dès 1973 par un pénaliste suisse, Peter Noll, et qui trouve aujourd'hui écho dans l'essor de l'évaluation législative notamment.