

Alexandre Flückiger

(Re)faire la loi

Traité de légistique à l'ère
du droit souple



Stämpfli Editions

La loi peine toujours plus à « faire la loi » à l'ère du droit souple et de la globalisation. Afin de produire un impact législatif aussi juste qu'optimal, la légistique doit proposer dans ce nouveau contexte une démarche permettant d'intégrer démocratiquement la force du droit souple dans le processus législatif, sans se contenter d'améliorer la clarté des textes.

Ce traité présente les fondements de la légistique, constituée historiquement pour faire recouvrer à la loi sa rationalité, son efficacité, sa clarté et sa concision.

Il explique comment :

- créer une analyse d'impact intégrée qui prenne en compte toutes les composantes du développement durable parmi la multiplicité des instruments d'action tant publics que privés (légistique matérielle prospective);
- formuler des textes clairs et cohérents (légistique formelle) ;
- évaluer rétrospectivement les effets des lois et des politiques publiques par des méthodes appelées à devenir participatives (légistique matérielle rétrospective).

Ce traité porte sur le droit suisse et le droit de l'Union européenne, avec des aspects de droit comparé. Il intègre de manière critique les développements en économie comportementale, en sciences affectives, en intelligence artificielle et en sciences de la gouvernance et de la régulation.

Il s'adresse non seulement aux juristes mais aussi aux spécialistes en sciences sociales, au personnel politique et administratif ainsi qu'à toute personne intéressée par le pilotage des politiques publiques.

Alexandre Flückiger

(Re)faire la loi

Traité de légistique à l'ère du droit souple



Stämpfli Editions

L'auteur:

Alexandre Flückiger, professeur ordinaire au Département de droit public de la Faculté de droit de l'Université de Genève, docteur en droit, membre du comité directeur du Centre d'étude, de technique et d'évaluation législatives (CETEL) de la Faculté de droit. Il a notamment été chef du Service de méthode et formation législatives à l'Office fédéral de la justice à Berne et membre de la Commission externe d'évaluation des politiques publiques du canton de Genève.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Cette œuvre est mise à disposition sous licence Attribution – Pas d'Utilisation Commerciale – Pas de Modification 4.0 International. Pour une copie de cette licence, cf. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>

© Stämpfli Editions SA Berne · 2019
www.staempfliverlag.com

E-Book ISBN 978-3-7272-1041-9 (Open Access)

Dans notre librairie en ligne
www.staempflishop.com, les versions suivantes sont également disponibles :

Judocu ISBN 978-3-0354-1602-2
Print ISBN 978-3-7272-1040-2





© 2019, ProLitteris, Zurich¹

« J'aime la règle qui corrige l'émotion.
J'aime l'émotion qui corrige la règle »²

Georges BRAQUE

¹ Reproduction tirée de Georges BRAQUE, *Cahier de Georges Braque 1917-1947*, Paris, 1948, p. 18.
² Réf. cit. ci-dessous notes de bas de page 189 et 668.

Sommaire

Avant-propos.....	IX
1 La loi raisonnée	1
1.1 Introduction.....	1
1.2 La loi critiquée.....	1
1.3 La réponse légistique	31
2 La loi pertinente	145
2.1 Le critère de la pertinence	145
2.2 Les instruments pour évaluer la pertinence (planification législative et analyse d’impact prospective).....	159
2.3 La phase analytique de l’analyse d’impact prospective.....	181
2.4 La phase téléologique de l’analyse d’impact prospective.....	219
3 La loi stratégique	239
3.1 Des buts aux moyens	239
3.2 Les instruments obligatoires	255
3.3 Les instruments non obligatoires.....	271
3.4 Les instruments coopératifs	329
3.5 Les instruments de coordination.....	387
3.6 Les instruments matériels	413
4 La loi efficace.....	437
4.1 La combinaison stratégique des instruments d’action.....	437
4.2 L’évaluation préliminaire des options stratégiques	443
4.3 L’évaluation approfondie des impacts (analyse d’impact au sens étroit)	449
4.4 Les méthodes d’évaluation.....	479
4.5 Le choix de l’option législative préférable.....	509
4.6 Le bilan	513
5 La loi claire.....	517
5.1 Introduction : de l’élégance à l’impact.....	517
5.2 La légistique formelle.....	518
5.3 La clarté législative.....	547

6	La loi réflexive	603
6.1	La mise en œuvre	603
6.2	L'analyse d'impact rétrospective (évaluation rétrospective)	619
6.3	Le bilan	675
7	Conclusion	679
8	Bibliographie	683
8.1	Ouvrages.....	683
8.2	Documents officiels.....	733
	Abréviations	737
	Index	739
	Liste des figures et tableaux	747
	Figures.....	747
	Tableaux	748
	Table des matières	749

Avant-propos ³

La loi ne fait plus la loi – La puissance de la loi a probablement toujours été surestimée comme instrument de gouvernement des êtres humains. « Ce que sanctionne la loi, écrit Laurent DE SUTTER, n'est pas tant l'inobservance du principe qu'on peut y trouver ; c'est plutôt le rappel de son incapacité à faire en sorte que son observance soit garantie – son incapacité à remplir sa fonction. La loi est impuissance : elle est le témoignage vivant de ce que ce n'est pas la sanction qui constitue son essence, mais bien sa transgression – car c'est elle qui la fait devenir loi, raison pour laquelle elle est obligée de la prévoir. »⁴

A l'ère du droit souple, de la gouvernance, de la régulation et de la globalisation, le constat est renouvelé avec une envergure sans commune mesure. Benoît FRYDMAN est l'un des multiples auteurs à le rappeler, car « [l]a globalisation affecte l'effectivité du droit des Etats dans la mesure où elle offre aux acteurs des possibilités de plus en plus larges et accessibles d'échapper aux règles d'un droit national et de choisir de manière opportuniste, parmi les règles de différents ordres juridiques ou par le moyen de leur combinaison, le régime juridique le plus favorable. »⁵ Les législateurs, dans nos Etats de droit démocratiques, se sentent fondamentalement impuissants face aux problèmes qu'ils sont censés résoudre. L'aveu est lourd. La loi n'est qu'un texte de normes. La loi « se révèle véritablement moins dans son concept ou dans sa formule que dans sa mise en œuvre et les effets que celle-ci produit. »⁶ Outil symbolique de la démocratie, son impuissance est aussi celle des citoyennes et des citoyens à participer pleinement à la chose publique.

Refaire la loi – Faut-il dès lors se résigner ? Ce sentiment d'impuissance collective est un ferment rêvé pour du terreau populiste. Comme la loi a toujours été produit d'émotions et de multiples contorsions, alors qu'elle se devrait d'incarner la raison, elle se révèle extrêmement fragile face aux assauts démagogiques⁷. On flaire un certain danger à faire semblant de croire (ou de faire croire) au mythe d'une loi puissante et rationnelle⁸. Nos démocraties sont-elles dans ce contexte capable de « refaire la loi », c'est-à-dire de l'aider à recouvrer son efficacité ?

³ Etat des sources et des liens hypertextes au 1^{er} janvier 2019.

⁴ Laurent DE SUTTER, *Après la loi*, Paris, 2018, p. 143 s. Sur ce thème, cf. plus particulièrement ci-dessous ch. 3.6.3.3, p. 417, 5.2.1, p. 516 et 6.1.2, p. 602.

⁵ Benoît FRYDMAN, « Les défis du droit global », in : Frydman, *Les défis du droit global*, Bruxelles, 2018, p. 9 s.

⁶ FRYDMAN (2018), p. 10.

⁷ Cf. ci-dessous ch. 1.3.3.1, p. 71.

⁸ Cf. ci-dessous ch. 1.2.2, p. 19.

Tel est précisément le défi lancé à la légistique : comment penser, évaluer et rédiger la loi afin de lui assurer un impact aussi juste qu'optimal ? Il ne s'agit plus dans ces conditions de se contenter d'améliorer la clarté des textes mais bien d'aller au-delà des mots. Nous nous proposons dès lors de *revisiter la légistique classique*, dans un contexte toujours plus imbibé de normes souples qui défient le législateur : une légistique qui devra s'inscrire au cœur de l'Etat de droit et de la démocratie dans une gouvernance multi-niveaux à l'ère du droit global⁹. Les législateurs seront amenés à développer, dans les politiques publiques qu'ils instaurent, des stratégies d'impact forcément moins directes, forcément plus souples, forcément moins spectaculaires pour tenter de s'imposer démocratiquement. La force de la loi résidera dans une *réappropriation stratégique de tous les instruments d'action* à sa disposition, juridiques ou non juridiques, publics ou privés, unilatéraux ou coopératifs, normatifs ou matériels, forts ou faibles, durs ou souples¹⁰ : la législation devient cheffe d'orchestre de la régulation¹¹. Une légistique qui dépassera la simple lettre, une légistique tournée vers la substance de la norme pour en assurer un *impact aussi juste qu'efficace*¹².

Une telle légistique ne pourra cependant être que très *modeste* – la force de la loi résidant dans l'utilisation stratégique de sa faiblesse – et très *patiente*, amenée à reconnaître que la fragilité (apparente) de ses impacts immédiats ne se révélera que de manière décalée lorsque, par un phénomène de maturation progressive, un certain nombre de normes diffuses, souples, expérimentales et plurielles se transformeront en règles progressivement obligatoires (*création de la loi par cristallisation*)¹³. Une telle légistique demande aussi de *repenser la notion d'efficacité*, se détournant de l'idée ordinaire d'écart de conduite par rapport aux buts visés vers une *capacité à utiliser stratégiquement l'inattendu*¹⁴.

François OST en a esquissé les contours en se demandant « [c]omment, dans un contexte de remise en cause permanente, restaurer la sécurité juridique, tout en assurant l'efficacité des lois, leur prise sur le réel ?¹⁵ [...] Sur le plan positif, il faut saluer la lucidité d'un législateur qui a compris que le postulat de rationalité, voire d'infailibilité, qui, hier encore, s'attachait à la loi, a disparu aujourd'hui, de sorte qu'il lui appartient d'apporter la preuve, pour chacun de ces textes en projet, de leur nécessité, pertinence et praticabilité¹⁶ [...] Ce souci va au-delà de la légistique classique qui se préoccupait de la qualité formelle des textes ; il y va,

⁹ Cf. ci-dessous ch. 1.3.3.1c, p. 75.

¹⁰ Cf. ci-dessous ch. 3, p. 239.

¹¹ Sur cette évolution de la législation vers la régulation, cf. ci-dessous ch. 1.3.3.1a, p. 71.

¹² Cf. ci-dessous ch. 1.3.3.2c, p. 83.

¹³ Cf. ci-dessous ch. 3.3.4.2, p. 300 et 6.2.4.3c.III, p. 666.

¹⁴ Cf. ci-dessous ch. 6.2.2.1, p. 629.

¹⁵ François OST, *A quoi sert le droit ?*, Bruxelles, 2016, p. 533.

¹⁶ OST (2016), p. 534.

ici, d'un contrôle substantiel portant sur le contenu même de la législation¹⁷. [...] Tout ceci conduit le législateur à une nouvelle modestie : vu l'incertitude grandissante qui entoure chacune de ses interventions, le voilà tenu de n'adopter que des règles à la fois informées et provisoires, dont la validité n'est, somme toute, que précaire et conditionnelle¹⁸. [...] Le bon droit n'est plus le droit durable, mais le droit révisable – parfois même jetable après emploi »¹⁹.

« Refaire la loi », c'est donc aussi vingt fois la remettre sur le métier²⁰ afin de *l'évaluer et la réviser* dans des cycles successifs d'apprentissage continu, à la manière du législateur de PLATON, ce peintre « incapable d'arrêter jamais ses retouches à un point où le tableau ne puisse plus gagner en beauté ni en expression »²¹.

Faire la loi – Pour faire une telle loi, la légistique prend le *pari de la méthode* en ouvrant un *carrefour interdisciplinaire*. Dans un cycle inspiré par l'analyse des politiques publiques, la loi sera successivement et inlassablement croquis, esquisse, ébauche, ouvrage, usage puis retouche (cf. Figure 1-1²²). Croquis, elle sera crayonnée dans le cadre de la *légistique matérielle prospective* (analyse d'impact prospective ou évaluation *ex ante* [cf. Figure 2-2²³]) ; usage et retouche, elle sera posée sur le chevalet de la *légistique matérielle rétrospective* (analyse d'impact rétrospective, plus fréquemment appelée évaluation législative ou évaluation des politiques publiques [cf. Figure 6-1²⁴]) ; entre les deux, elle sera livrée aux pinceaux de plus en plus fins de la *légistique formelle* (cf. Figure 5-1²⁵).

La loi n'en deviendra pas pour autant rationnelle mais plus modestement *raisonnée*, tenant désormais compte de la *rationalité limitée* de nos comportements, des biais cognitifs qui nous affectent, de la place des émotions qui s'y invitent ainsi que des limites du modèle logique en droit²⁶ (chap. 1 – *La loi*

¹⁷ OST (2016), p. 534.

¹⁸ OST (2016), p. 536.

¹⁹ OST (2016), p. 536.

²⁰ Pour paraphraser BOILEAU : cf. ci-dessous ch. 1.3.2.1 *i.f.* (réf. cit.).

²¹ Cf. ci-dessous ch. 1.3.2.1, p. 33 ss (réf. cit.).

²² Cf. ci-dessous, Figure 1-1 – Cycle légistique, p. 38.

²³ Cf. ci-dessous Figure 2-2 – Phases de l'analyse d'impact prospective (légistique matérielle prospective), p. 164.

²⁴ Cf. ci-dessous Figure 6-1 – Phases de l'analyse d'impact rétrospective (légistique matérielle rétrospective *ou* évaluation législative), p. 617. Nous ne faisons pas de différence dans le cadre de notre ouvrage entre l'*évaluation législative* et celle des *politiques publiques* dans la mesure où toute politique publique doit reposer sur une loi dans un Etat de droit et où la législation doit être comprise comme la cheffe d'orchestre de la régulation, cf. ci-dessous ch. 6.2.1.2, p. 619.

²⁵ Cf. ci-dessous Figure 5-1 – Phases de la légistique formelle, p. 530.

²⁶ Sur cette évolution des rationalités, cf. ci-dessous ch. 1.3.2.2b, p. 40.

raisonnée). Les objectifs que la loi se fixe auront ensuite un impact *pertinent* sur la réalité sociale, à même de résoudre au mieux le problème de société sans effets indésirables disproportionnés (chap. 2 – *La loi pertinente*). Pour ce faire, la loi devra s'approprier de manière *stratégique* le pluralisme normatif afin de le mettre au service de ses buts tout en tentant de lui trouver une assise *démocratique*. On étudiera un certain nombre de techniques à disposition du législateur destinées à renforcer tant l'effectivité²⁷ que la légitimité²⁸ des instruments d'action (chap. 3 – *La loi stratégique*). L'évaluation de l'impact de la loi ne se limitera pas aux critères économiques mais prendra en compte de manière intégrée *l'ensemble des composantes du développement durable*, y compris l'impact social et écologique. L'évaluation de l'efficacité, de l'effectivité et de l'efficience (cf. Figure 4-5²⁹) ne constituera qu'une *aide* au législateur destinée à *éclairer ses choix* de la manière la plus transparente possible, sans décider à sa place, tout en prévenant les excès économistes et rationalistes (chap. 4 – *La loi efficace*). Visant à une certaine *élégance* du texte, la légistique formelle tentera de rendre la loi *claire*, avec toute l'ambiguïté qui se cache derrière cet objectif, afin de garantir l'impact le plus fidèle possible de la loi sur ses destinataires (chap. 5 – *La loi claire*). Se penchant enfin sur l'impact du texte de loi dans la réalité, la légistique ne fait pas qu'anticiper la mise en œuvre mais l'accompagne également. Rapprochant le droit qu'a voulu faire le législateur de celui qu'il a fait, l'*évaluation législative* suggère de réexaminer la loi de sorte que celle-ci apprenne de l'expérience (chap. 6 – *La loi réflexive*).

Méthodologiquement, nous avons régulièrement pris dans cet ouvrage le parti du *flashback* en revenant chaque fois qu'il était possible aux origines des « sciences de la législation » si populaires au XVIII^e siècle, en relisant des auteurs parfois oubliés depuis longtemps, aidé en cela par la digitalisation des collections. Nous avons ensuite posé l'ancre en *droit suisse*, non seulement parce que c'est le droit que nous enseignons, mais également parce que la légistique s'y est très tôt implantée, dans la doctrine d'abord, puis en droit souple. Nous avons simultanément pris le parti d'analyser le *droit de l'Union européenne* pour deux motifs : à l'ère de la mondialisation, il serait vain de traiter des meilleures manières qui s'offrent à la loi pour retrouver un peu d'impact si l'on reste confiné dans les enceintes nationales, ouvrant l'immense chantier d'une légistique multi-niveaux qui reste à construire ; l'Union européenne a dorénavant institutionnalisé la démarche légistique de manière très formalisée dans le cadre d'un programme

²⁷ Cf. ci-dessous ch. 3.3.5.2a, p. 306 (pour les instruments non obligatoires) et ch. 3.5.2.5b, p. 400 (pour les instruments de coordination).

²⁸ Cf. ci-dessous ch. 3.3.6, p. 325 (pour les instruments non obligatoires), ch. 3.4.5, p. 380 (pour les instruments coopératifs) et ch. 3.5.4.4, p. 410 (pour les actes de gouvernance).

²⁹ Cf. ci-dessous ch. 4.3.3.5 – Figure 4-5 – Diagramme d'intervention logique – modèle d'impacts p. 476.

visant à « mieux légiférer ». Des incursions en droit *français, allemand* ou *étatsunien* notamment complètent le tableau.

Faire ce livre – Intrinsèquement interdisciplinaire, la démarche légistique ne saurait se satisfaire d'une quelconque monoculture. Or s'aventurer en dehors de son champ traditionnel de compétence, c'est prendre un risque, celui de la superficialité ou, pis, de l'ignorance, de l'erreur ou de la lacune. Que les spécialistes en science politique, en philosophie, en histoire, en psychologie, en sociologie, en économie, en gestion, en gouvernance, en évaluation, en sciences de la communication ou en linguistique pardonnent par avance les incursions aussi furtives qu'arbitraires d'un juriste simplement soucieux d'intégrer ces diverses perspectives pour comprendre ce qu'est devenue la loi à l'ère de la gouvernance et du droit global.

A l'origine, ce livre a été pensé pour aider les *rédactrices et rédacteurs législatifs* à concevoir un projet de loi, souvent déroutés dès l'article premier lorsqu'on leur demande d'écrire un texte normatif pour la première fois. La maîtrise des seuls outils de légistique formelle est totalement insuffisante pour rédiger une loi censée avoir de l'impact. Intégrer la rédaction législative (légistique formelle) dans l'écrin élargi de sa conception stratégique (légistique matérielle) permet d'en mieux connaître la substance, la potentialité et les limites dans une perspective de mise en œuvre et de diversité des normativités.

Foncièrement, ce livre devrait viser d'abord le *législateur*, c'est-à-dire les politiciennes et les politiciens qui adoptent la loi. En pratique, l'enseignement de cette branche depuis deux décennies dans le cadre de la formation continue nous a montré tout au plus une indifférence polie de leur part. Décortiquer la boîte à outils de la gouvernance contemporaine les aiderait pourtant dans leur travail de conception de scénarios réglementaires plus cohérents.

Du point de vue des *juristes*, ce livre s'inscrit en complément des ouvrages de droit administratif, constitutionnel, parlementaire ou de théorie du droit. Il vise tant les académiques (méthodologie juridique, théorie des sources) que celles et ceux qui sont amenés à concevoir, proposer et mettre en œuvre des réformes législatives et qui sont ouverts à la genèse de la loi en plus de l'application de celle-ci.

Les *spécialistes de l'évaluation* trouveront l'occasion d'apprendre comment leur pratique s'insère dans un cadre juridique et les implications qui en découlent.

Enfin, comme ce livre est né de l'étonnement progressif d'un juriste qui – découvrant peu à peu l'archipel immense des normativités alternatives – s'est amusé comme un entomologiste à les classer dans son schéma de pensée normatif, il pourrait intéresser toutes celles et ceux qui observent et analysent les *nouvelles formes de gouvernance et de régulation*.

Qu'il nous soit enfin permis de remercier chaleureusement les prof. Christine Guy-Ecabert, Luzius Mader, Pierre Moor et Frédéric Varone pour leur relecture aussi attentive qu'avisée, ainsi que MM. Simon Junod et Mike Minetto, assistants au Centre d'étude, de technique et d'évaluation législatives (CETEL) de la Faculté de droit de l'Université de Genève pour leur minutieux et patient travail de mise en forme, de révision et de correction.

1 La loi raisonnée

1.1 Introduction

Le prix Nobel d'économie 2017 a été attribué à Richard THALER, un spécialiste de l'économie comportementale qui a rappelé la nature si peu rationnelle de nos décisions en matière économique. Dans son ombre se profile un philosophe du droit et constitutionnaliste étasunien, Cass SUNSTEIN, avec lequel il a cosigné un ouvrage proposant d'exploiter nos biais comportementaux à des fins de mise en œuvre des politiques publiques³⁰. Interrogé sur la façon dont il utiliserait son prix, l'économiste a répondu qu'il le dépenserait « de la façon la plus irrationnelle possible. »³¹ Le propos n'a guère surpris, démontrant par incidence que la croyance en la rationalité de l'économie n'est plus vraiment partagée.

Dans une expérience de pensée, imaginons un instant l'existence d'un prix Nobel de droit : le juriste aurait-il pu s'écrier sans choquer qu'avec cet argent il légiférerait désormais « de la façon la plus irrationnelle possible » ? Poser la question, c'est y répondre : non évidemment, dans un Etat de droit démocratique. Loin de nous de prétendre que la croyance en la rationalité de la loi serait plus grande ; nous montrerons dans le premier chapitre que tel n'est pas le cas (ch. 1.2). Cependant, le besoin de rationalité reste un idéal essentiel auquel on ne saurait renoncer sans dégâts. La légistique tente de contribuer, modestement, à la réalisation de celui-ci (ch. 1.3).

1.2 La loi critiquée

1.2.1 Le défaut de raison

1.2.1.1 *La loi rationnelle : du mythe à la nécessité*

« Si l'on a pu suivre dans la série de ses phases secrètes ou publiques la lente et pénible gestation d'une loi déterminée, le fondement rationnel de son autorité apparaît comme singulièrement incertain, et le sentiment traditionnel de respect qui peut persister à son égard n'est pas exempt de quelque réserve »

³⁰ Richard THALER/Cass SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, New Haven/Londres, 2008. Cf. ci-dessous ch. 1.3.2.2b.V, p. 53 et ch. 3.6.4.3a, p. 428.

³¹ « Richard Thaler dépensera son million de dollars < de la façon la plus irrationnelle > », *Le Temps*, édition du 9 octobre 2017.

écrivait Jean CRUET, un pionnier aujourd'hui oublié de la sociologie juridique³² que nous allons tenter de faire revivre, dans son ouvrage intitulé *La vie du droit et l'impuissance des lois* publié en 1908³³. N'est-ce pas la raison pour laquelle on drape la confection de la loi de ce « voile de mystère », qu'évoque le philosophe du droit Herbert HART, afin de mettre celle-ci à l'abri de la critique pour ne pas révéler son caractère possiblement « injuste, anachronique, inefficace » voire même « nuisible » ?

« Certaines institutions sociales, telles que les lois, sont souvent mises à l'abri de la critique grâce au voile de mystère dont on les drape, en dépit de leur caractère injuste, anachronique, inefficace ou, par ailleurs, nuisible. Ce voile masque leurs nature et effets véritables, suscite perplexité et timidité chez celui qui aspirerait à les réformer, et prolonge ainsi la vie d'institutions néfastes. »³⁴

Si la formule est plus raffinée que la citation, attribuée à Otto VON BISMARCK³⁵, comparant la genèse des lois à la fabrication de la charcuterie pour conclure qu'il ne vaudrait mieux ne pas en connaître la composition, elle véhicule le même message : la loi, dans la mesure où elle est le produit politique de mouvements instinctifs et d'émotions peu maîtrisées, se révèle possiblement irrationnelle. MONTESQUIEU écrivait que « [l]es lois rencontrent toujours les passions et les préjugés du législateur : quelquefois elles passent au travers et s'y teignent ; quelquefois elles y restent et s'y incorporent. »³⁶

Traditionnellement pourtant, la théorie du droit a travaillé à postuler la rationalité du législateur afin d'asseoir l'autorité de la loi. Le postulat d'un législateur rationnel exerce en effet une fonction de légitimation des décisions tant judiciaires

³² Sur cet auteur, uniquement cité en quelques lignes par Jean CARBONNIER et André-Jean ARNAUD, qui a pourtant publié en 1908 un ouvrage « retentissant », d'une grande modernité, rédigé dans un style clair et tranchant, retiré à trois reprises jusqu'en 1920, cf. Frédéric AUDREN, « Jean Cruet, la vie du droit et l'impuissance des lois », in : *Revue trimestrielle de droit civil*, 2013, p. 917 ss.

³³ Jean CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, 1908, p. 2.

³⁴ Herbert L. A. HART, « La démystification du droit », cit. in : Ost/van de Kerchove (dir.), *Actualité de la pensée de Jérémy Bentham*, Bruxelles, 1987, p. 89.

³⁵ « Gesetze sind wie Würste, man sollte besser nicht dabei sein, wenn sie gemacht werden. » La citation est souvent attribuée à Otto VON BISMARCK (1815 – 1898), mais sans référence à des sources sûres ; il n'est pas exclu que le chancelier l'ait effectivement prononcée, mais la métaphore gastronomique était vraisemblablement largement répandue à l'époque. On la trouve par exemple dans un journal publié à Cleveland, dans l'Ohio, sous la plume d'un journaliste : « Laws, like sausages, cease to inspire respect in proportion as we know how they are made. » (John Godfrey SAXE, *The Daily Cleveland Herald*, 29 mars 1869, cit. in : Fred R. SHAPIRO, « Quote ... Misquote », in : *The New York Times*, 21 juillet 2008).

³⁶ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Genève, 1748, livre XXIX, chapitre XIX (cit. in : Jean CARBONNIER, « La passion des lois au siècle des lumières », in : *Bulletin de l'Académie royale de Belgique*, séance du 6 décembre 1976, p. 552).

qu'administratives indispensable à la cohérence du fonctionnement de l'Etat de droit³⁷. Historiquement, les plus grands auteurs n'ont cessé de prétendre que la loi était un acte de raison :

« La loi est un ordre rationnel ayant pour but le bien commun » (SAINT THOMAS D'AQUIN); « L'art d'établir et de maintenir les Républiques repose, comme l'arithmétique et la géométrie, sur des règles déterminées » (HOBBS)³⁸; « Les lois ne sont pas des purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison » (PORTALIS)³⁹; « Une nation doit faire elle-même ses lois, parce qu'elle est composée d'êtres intelligents à qui Dieu a donné une raison pour juger de ce qui leur convient » (MABLY)⁴⁰; « La loi, en général, est la raison humaine » (MONTESQUIEU)⁴¹.

A partir du XVIII^e siècle pourtant, plusieurs auteurs ont commencé à remettre en cause le mythe d'une loi en soi rationnelle. Soucieux de garantir une rationalité législative effective, ils ont proposé de confier à la science le mandat de trouver les « bonnes lois » afin d'être en mesure, ensuite, de les rédiger « rationnellement »⁴². Un exemple parmi de nombreux, Gustave ROUSSET, juge et membre de l'Académie de Marseille, demande en 1858 dans son ouvrage intitulé *De la rédaction et de la codification rationnelles des lois ou méthodes et formules suivant lesquelles les lois doivent être rédigées et codifiées* de soumettre les textes de loi à une « rédaction rationnelle »⁴³ fondée sur la « logique » afin de construire un système juridique cohérent reposant sur des bases sûres. Cette exigence présuppose un législateur lui-même rationnel et, partant, une « science des bonnes lois » comme préalable à « l'art de les bien dire » :

³⁷ Jacques LENOBLE/François OST, *Droit, mythe, raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, 1980, p. 161.

³⁸ Réf. cit. in : LENOBLE/OST (1980), p. 258. Cf. également François OST/Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002, p. 388 : la volonté du législateur est l'expression même de la raison selon Hobbes.

³⁹ LENOBLE/OST (1980), p. 155 (réf. cit. avec d'autres auteurs). Sur l'histoire de la rationalisation du droit occidental depuis le Moyen Âge, cf. les développements in LENOBLE/OST (1980), p. 254 ss.

⁴⁰ Réf. cit. in : LENOBLE/OST (1980), p. 263.

⁴¹ Réf. cit. in : LENOBLE/OST (1980), p. 264.

⁴² Sur l'ambition d'ériger la législation au rang de science entre le XVIII^e et le XIX^e siècle, cf. Denis BARANGER, *Penser la loi : essai sur le législateur des temps modernes*, Paris, 2018, p. 16.

⁴³ Gustave ROUSSET, *De la rédaction et de la codification rationnelles des lois ou méthodes et formules suivant lesquelles les lois doivent être rédigées et codifiées*, Paris, 1858, p. 6. L'ouvrage a été développé en 1871 en deux volumes sous le titre : *Science nouvelle des lois : principes, méthodes et formules suivant lesquels les lois doivent être conçues, rédigées et codifiées*, tomes I et II, Paris, 1871.

« La logique n'est d'ordinaire appelée à rédiger les lois que lorsque la raison les médite et les prépare. Une rédaction rationnelle ne pouvait donc convenir à des lois irrationnelles ; cette rédaction logique n'étant elle-même d'ailleurs possible qu'avec les gouvernements rationnellement fondés sur la morale, la justice et l'intérêt général [...]. La science des bonnes lois devait ainsi forcément précéder l'art de les bien dire, et le moment semble dès lors venu de reconnaître que la loi étant de nos jours l'expression de la raison, la règle utile et morale de la liberté, la logique en peut désormais rédiger la formule. »⁴⁴

Quelques décennies plus tôt, le philosophe et juriste anglais Jeremy BENTHAM a cherché à rationaliser le contenu de la législation en rédigeant notamment un ouvrage sur la manière de les rédiger (« Nomography or the art of inditing Law »)⁴⁵. Si l'on remonte plus loin dans le temps, on évoquera ceux qui, à des degrés divers, ont posé des jalons dans l'histoire de l'évaluation de la législation⁴⁶, à l'instar de Gaetano FILANGIERI, philosophe et juriste napolitain, qui, dans *La scienza della legislazione*, proposait en 1780 déjà d'ajouter un quatrième pouvoir, de nature consultative, destiné à améliorer la qualité de la législation et d'en prévenir les effets pervers⁴⁷. En 1862, le professeur de droit et homme politique allemand Robert VON MOHL, qui a popularisé le concept d'Etat de droit, et en 1904 Ernst ZITELMANN, également professeur, demandaient pareillement de développer une « science » de la législation applicable au contenu souhaitable de la loi qu'ils distinguent de la rédaction des textes assimilée à un « art » de légiférer⁴⁸.

1.2.1.2 *Le législateur irrationnel*

La source de la difficulté est à rechercher auprès de l'auteur de la loi. Comment en effet rédiger une loi rationnelle si son géniteur ne l'est pas ? Si les critiques envers le législateur sont courantes (ch. 1.2.1.2a), les conditions d'une délibération rationnelle ne sont pas évidentes à instaurer (ch. 1.2.1.2b).

⁴⁴ ROUSSET (1858), p. 90 ss.

⁴⁵ Jeremy BENTHAM, « Nomography or the Art of Inditing Laws », in : Bowring (éd.), *The Works of Jeremy Bentham*, Edimbourg, 1838. Cf. Charles-Albert MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, 1999, p. 24 ; François OST/Michel VAN DE KERCHOVE (dir.), *Actualité de la pensée de Jérémy Bentham*, Bruxelles, 1987.

⁴⁶ Cf. ci-dessous ch. 6.2.4.3a et 6.2.4.3c.I.

⁴⁷ Cf. ci-dessous ch. 1.3.3.4b.II.

⁴⁸ Réf. cit. in : Luzius MADER, *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Lausanne, 1985, p. 11 ss. Sur la légistique comme art ou science, cf. ci-dessous ch. 1.3.2.3c.

a. De la démocratie à l'ochlocratie

Selon Pellegrino ROSSI, professeur de droit à l'Université de Bologne et à l'Université de Genève⁴⁹ où il y enseignait le droit pénal et constitutionnel notamment⁵⁰, le législateur se serait trop souvent détourné de la science au profit de l'arbitraire. Il écrivait en 1829 que « l'histoire du droit nous apprend aussi que trop souvent le législateur, par ses décisions arbitraires, a détourné la science de ses allures franches et directes, au lieu de profiter des secours qu'elle était prête à lui offrir »⁵¹. Telle était également la position de Jeremy BENTHAM⁵². En 1858, « [l']instinct et les rhéteurs » tiendraient encore la plume d'après Gustave ROUSSET et le « caprice, la superstition et l'ignorance » disposeraient toujours du droit de rédiger les lois⁵³. Olivier THOLOZAN a montré comment à partir des années 1870 « le mythe de l'excellence du législateur va être tout particulièrement attaqué » : « volontarisme parlementaire capricieux incapable d'être à l'écoute de la réalité sociale », « stéréotype du parlementaire canaille [...] largement mis en avant », « antiparlementarisme de masse » durant l'entre-deux-guerres, « doctrine publiciste irritée par l'instabilité parlementaire » ou « dénonciation de l'incompétence technique de députés issus de l'ascension sociale »⁵⁴.

La critique est en réalité bien plus ancienne. MONTAIGNE n'écrivait-il pas en 1595, que les lois « sont souvent faictes par des sots, plus souvent par des gens qui, en haine d'égalité, ont faute d'équité, mais tousjours par des hommes, auteurs vains et irresolus. Il n'est rien si lourdement et largement fautier que les loix, ny si ordinairement. Quiconque leur obeyt parce qu'elles sont justes, ne leur obeyt pas justement par où il doibt. Les nostres françoises prestent aucunement la main, par leur desreiglement et deformité, au desordre et corruption qui se voit en leur dispensation et execution. Le commandement est si trouble et inconstant qu'il excuse aucunement et la desobeysance et le vice de l'interpretation, de l'administration et de l'observation. »⁵⁵

A la fin du XIX^e siècle, le problème résiderait selon les premiers psychologues sociaux dans la psychologie des foules à laquelle le législateur obéirait, plus sensible aux idées simples, aux arguments émotionnels qu'aux préceptes de la raison. Le sociologue français Gustave LE BON prend en 1895 notamment

⁴⁹ Appelée Académie de Genève.

⁵⁰ Alfred DUFOUR, *Hommage à Pellegrino Rossi (1787-1848), Genevois et Suisse à vocation européenne*, Bâle, 1998.

⁵¹ Pellegrino ROSSI, *Traité de droit pénal*, Bruxelles, 1829, p. 6.

⁵² BARANGER (2018), p. 234 (réf. cit.).

⁵³ ROUSSET (1858), p. 91.

⁵⁴ Olivier THOLOZAN, « L'excellence de la loi dans la pensée juridique et politique française depuis le XVIII^e siècle », in : Fatin-Rouge/Gay/Pini (dir.), *Autour de la qualité des normes*, Bruxelles, 2010, p. 56 ss. Pour d'autres références, cf. ci-dessous ch. 1.3.5.2.

⁵⁵ Michel de MONTAIGNE, *Essais*, Bordeaux, 1595 (texte établi par Pierre VILLEY et Victor-Louis SAULNIER, Paris, 1965, p. 474), livre III.

l'exemple des assemblées parlementaires pour illustrer son hypothèse selon laquelle des individus réunis en foule raisonneraient différemment qu'isolément :

« Nous retrouverons dans les assemblées parlementaires les caractéristiques générales des foules : le simplisme des idées, l'irritabilité, la suggestibilité, l'exagération des sentiments, l'influence prépondérante des meneurs. »⁵⁶ « Le tableau peut paraître sombre. Il est exact pourtant. Les assemblées parlementaires suffisamment excitées et hypnotisées présentent les mêmes caractères. Elles deviennent un troupeau mobile obéissant à toutes les impulsions. [...] On y retrouve tous les sentiments exagérés que j'ai décrits dans les foules, et cette mobilité excessive qui permet de passer d'un instant à l'autre par la gamme des sentiments les plus contraires. »⁵⁷

Du législateur, la critique ressurgit auprès de l'électeur. Les « foules électorales » procèderaient selon LE BON des mêmes mécanismes :

« Quant à l'influence que pourraient avoir des raisonnements sur l'esprit des électeurs, il faudrait n'avoir jamais lu le compte rendu d'une réunion électorale pour n'être pas fixé à ce sujet. On y échange des affirmations, des invectives, parfois des horions, jamais des raisons [...] Les foules ont des opinions imposées, jamais des opinions raisonnées... Telle est la psychologie des foules électorales. Elle est identique à celle des autres foules. »⁵⁸

On retrouve cette critique chez le sociologue allemand Max WEBER, lequel dénonce en particulier le caractère purement irrationnel de la « démocratie de la rue »⁵⁹. Jean-Jacques ROUSSEAU réservait pour sa part une telle critique non pas au pouvoir du peuple (démocratie) mais à celui de la foule (ochlocratie) :

« Quand l'État se dissout, l'abus du gouvernement, quel qu'il soit, prend le nom commun d'anarchie. En distinguant, la démocratie dégénère en ochlocratie, l'aristocratie en oligarchie ; j'ajouterais que la royauté dégénère en tyrannie »⁶⁰.

Le Genevois reconnaissait que la « volonté générale », toujours « droite » et tournée vers l'utilité publique, peut « errer ». Elle devient alors « volonté de tous » dès lors qu'elle n'incarne plus que les intérêts particuliers de certains sans se préoccuper de l'intérêt commun. Le peuple peut être trompé lorsqu'il délibère :

« Il s'ensuit de ce qui précède que la volonté générale est toujours droite & tend toujours à l'utilité publique : mais il ne s'ensuit pas que les délibérations du peuple aient toujours la même rectitude. On veut toujours son bien, mais on ne le voit pas toujours : jamais on ne corrompt le peuple, mais souvent on le trompe ; & c'est alors seulement qu'il paroît vouloir ce qui est mal. Il y a souvent bien de la différence entre la volonté de tous & la

⁵⁶ Gustave LE BON, *Psychologie des foules*, 9^e éd., Paris, 1895, p. 114.

⁵⁷ LE BON (1895), p. 120.

⁵⁸ LE BON (1895), p. 109.

⁵⁹ Michel COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, 1995, p. 232, se référant à Max WEBER, *Wahlrecht und Demokratie in Deutschland*, 1917.

⁶⁰ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social, ou Principes du droit politique*, Amsterdam, 1762, livre III, chapitre X.

volonté générale : celle-ci ne regarde qu'à l'intérêt commun, l'autre regarde à l'intérêt privé, & n'est qu'une somme de volontés particulières »⁶¹.

Le peuple n'a jamais été à l'abri de la *démagogie* et du *populisme*. Dès lors que le pouvoir souverain lui revient, les tentatives de le *manipuler* deviennent irrésistibles pour certains. Edward BERNAYS a clairement ouvert la voie de la manipulation des foules en suggérant à une minorité de s'adresser au subconscient des masses. Combinant les thèses de Gustave LE BON sur la psychologie des foules et celles de Wilfred TROTTER sur le comportement de masse (« herd behavior »)⁶² avec les découvertes en psychanalyse de son oncle Sigmund FREUD, il préconisait une méthode à cet effet: « Propaganda : comment manipuler l'opinion en démocratie »⁶³. Celui qui est aujourd'hui considéré comme le père des relations publiques modernes et de la communication politique⁶⁴ estimait que « la manipulation consciente, intelligente, des opinions et les habitudes organisées des masses jouait un rôle important dans une société démocratique. Ceux qui manipulent ce mécanisme social imperceptible formeraient un gouvernement invisible qui dirigerait véritablement le pays. »⁶⁵ Il postulait la nécessité d'« organiser le chaos » qu'engendrerait selon lui la vie démocratique⁶⁶ :

« Nous ne réalisons pas, d'ordinaire, à quel point ces chefs invisibles sont indispensables à la marche bien réglée de la vie collective. Théoriquement, chaque citoyen peut voter pour qui il veut. [...] Les électeurs américains se sont cependant vite aperçus que, faute d'organisation et de direction, la dispersion de leurs voix individuelles entre, pourquoi pas, des milliers de candidats ne pouvait que produire de la confusion. »⁶⁷

Cyniquement, il poursuivait en comparant la propagande à l'organe exécutif de ce gouvernement invisible :

« La minorité a découvert qu'elle pouvait influencer la majorité dans le sens de ses intérêts. Il est désormais possible de modeler l'opinion des masses pour les convaincre d'engager leur force nouvellement acquise dans la direction voulue. Etant donné la structure de la société, cette pratique est inévitable. [...] La propagande est l'organe exécutif du gouvernement invisible. »⁶⁸

⁶¹ ROUSSEAU (1762), livre II, chapitre III.

⁶² Wilfred TROTTER, « Herd instinct and its bearing on the psychology of civilized man », in : *Sociological Review*, 1, 1908 ; Wilfred TROTTER, « Sociological Applications of the Psychology of Herd Instinct », in : *Sociological Review*, 2, 1909.

⁶³ Edward BERNAYS, *Propaganda, comment manipuler l'opinion en démocratie* (trad. Oristelle BONIS), Paris, 2007 (1^{re} parution à New York en 1928 sous le titre *Propaganda*).

⁶⁴ Larry TYE, *The Father of Spin: Edward L. Bernays & the Birth of Public Relations*, New York, 1998.

⁶⁵ BERNAYS (trad. 2007), p. 31.

⁶⁶ BERNAYS (trad. 2007), p. 31 ss.

⁶⁷ BERNAYS (trad. 2007), p. 32.

⁶⁸ BERNAYS (trad. 2007), p. 39.

Presque un siècle plus tard, les fantômes de la manipulation et de la démagogie rôdent à nouveau à l'ère des réseaux sociaux⁶⁹. En conséquence, prévenir les dérives ochlocratiques devient à notre sens une tâche aussi essentielle pour le sain exercice des droits démocratiques que difficile dans l'univers communicationnel contemporain.

b. *La nécessité d'une rationalité communicationnelle*

Les philosophes allemands Jürgen HABERMAS⁷⁰ et Karl-Otto APEL⁷¹ défendent la possibilité d'une rationalité communicationnelle en précisant les conditions de la « situation idéale de parole » – proposition transposée au droit par Robert ALEXY⁷². On se trouve dans une telle situation si tous les participants à une discussion s'accordent aux termes d'un débat libre et transparent mené selon la loi du meilleur argument⁷³. Pourtant, l'idéal délibératif est mis à mal en pratique, car les acteurs agissent souvent de manière stratégique ou ne disposent pas d'une information complète comme l'explique par exemple Cass SUNSTEIN :

« those who emphasize the ideals associated with deliberative democracy tend to emphasize its preconditions, which include political equality, an absence of strategic behavior, full information, and the goal of <reaching understanding>. In real-world deliberations, behavior is often strategic, and equality is often absent in one or another form. »⁷⁴

François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, pour leur part, se demandent si ces auteurs ne font pas preuve d'angélisme en scotomisant les passions du législateur :

« N'est-ce pas faire preuve d'angélisme que de passer sous silence l'hypothèse, hautement réaliste, de la mauvaise volonté et de tous les conflits qu'elle engendre ? N'est-ce pas, une fois encore, prétendre s'évader du monde des passions pour construire une cité rationnelle et abstraite, alors que c'est au travers d'un nœud de rancunes, d'envies, de malentendus et de différends en tout genre, que le politique est contraint de se frayer un chemin ? »⁷⁵

⁶⁹ Cf. section suivante et ch. 2.1.2.1b.

⁷⁰ Jürgen HABERMAS, *De l'éthique de la discussion* (trad. Mark HUNYADI), Paris, 1992 (1^{re} parution en 1991 sous le titre *Diskursethik*).

⁷¹ Karl-Otto APEL, « L'éthique de la discussion, sa portée, ses limites », in : *Encyclopédie philosophique universelle*, vol. 1, Paris, 1989, p. 160.

⁷² OST/VAN DE KERCHOVE (2002), p. 430, citant Robert ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, Francfort-sur-le-Main, 1978.

⁷³ OST/VAN DE KERCHOVE (2002), p. 528.

⁷⁴ Cass SUNSTEIN, « Deliberative trouble? Why groups go to extremes », in : *Yale Law Journal*, vol. 110, New Haven, 2000, p. 107.

⁷⁵ OST/VAN DE KERCHOVE (2002), p. 530.

Dans le même sens, la politologue Anne-Marie GINGRAS montre que la sphère publique comme idéal démocratique est trop imprégnée de la vision selon laquelle la force de la raison et la richesse des arguments seraient déterminantes, alors que le statut, la fortune, l'expertise ou l'image physique interfèrent dans la communication au détriment du raisonnement :

« Prétendre que la rationalité constitue la marque de la sphère publique et que l'irrationalité n'y a pas sa place, c'est adopter une posture intellectuelle fort dogmatique. De nombreux auteurs ont fait remarquer à quel point le rationalisme était impuissant à rendre compte de la vie politique. Pour Platon, tout être humain est essentiellement un être de désirs, toute cité est une « cité de besoins » « gonflée d'humeurs », et la structure des systèmes passionnels reflète la structure sociale inégalitaire. Pour Machiavel, les passions ont un caractère d'universalité et de normalité. Dans la vie politique, les sentiments et les passions constituent des forces et des contre-forces qu'on doit savoir gouverner. [...] Alexis de Tocqueville prend en considération les sentiments des Américains [...] En démocratie, conflits et passions vont de pair, écrit-il ; l'amour du bien-être et des biens matériels détourne du service public, mais engendre aussi les conditions de la tranquillité publique »⁷⁶.

Il nous faut donc résolument admettre avec le politologue Philippe BRAUD, dans *L'émotion en politique*, que « toute interaction sociale est émotionnellement colorée »⁷⁷. Afin de tester empiriquement la rationalité postulée par HABERMAS dans les débats parlementaires, une équipe de chercheurs a analysé des exemples de délibération en Suisse, en Allemagne, au Royaume-Uni et aux États-Unis⁷⁸. Ils qualifient de « sophistiqué » un niveau de délibération lorsqu'un argument est motivé par plus d'une raison et que ces raisons sont logiquement liées aux résultats postulés. Leurs conclusions diffèrent selon que les débats se déroulent en séance plénière – publique – ou en commission – non publique : 76% d'actes de langage révèlent une justification sophistiquée en plénière pour seulement 30% en commission. Si les discussions dans le second cas sont « apparemment loin de l'idéal habermassien », les plénières en semblent plus proches, même si les chercheurs n'ont pas été en mesure de vérifier la qualité logique des arguments en raison de « gros problèmes de mesure »⁷⁹. Sachant l'importance déterminante des travaux en commission en comparaison avec les débats en séance publique, une telle conclusion n'infirme pas l'hypothèse selon laquelle la décision législative tend à se prendre sur la base d'une justification limitée.

⁷⁶ Anne-Marie GINGRAS, *Médias et démocratie : le grand malentendu*, Québec, 1999, p. 17.

⁷⁷ GINGRAS (1999), p. 18, citant Philippe BRAUD, *L'émotion en politique*, Paris, 1996.

⁷⁸ Jürg STEINER/André BÄCHTIGER/Markus SPÖRNLI/Marco R. STEENBERGEN, *Deliberative Politics in Action: Analyzing Parliamentary Discourse*, Cambridge, 2004, p. 98 ss.

⁷⁹ Jürg STEINER, « Raison et émotion dans la délibération », in : *Archives de philosophie*, 2011/2, Paris, 2011, p. 259 ss.

La même méthode a été répliquée avec les séances plénières du Parlement européen entre 2004 et 2009⁸⁰ : le niveau de délibération est nettement inférieur, les débats étant « plus semblables aux réunions des comités que des séances plénières des parlements nationaux »⁸¹.

Jürgen HABERMAS exclut explicitement de compter les *narrations* et les *images* comme de véritables justifications délibératives⁸². Or celles-ci sont omniprésentes dans le discours législatif, influençant émotionnellement les acteurs par l'empathie qu'elles suscitent.

L'éthicien Pierre LE COZ en donne une illustration : « Certains élus de la nation n'hésitent plus à substituer aux rigueurs de l'argumentation la narration de leurs épreuves personnelles. Ainsi, lors d'un débat sur l'euthanasie, une députée évoqua le cas douloureux de sa « maman » pour triompher de son adversaire sur un plateau de télévision. »⁸³

De manière plus large, une étude empirique conduite lors du débat relatif à l'introduction d'un article sur les langues dans la Constitution fédérale en Suisse a montré que 30% des actes de langage contenaient une *histoire personnelle* dans les sessions plénières contre 19% dans les séances de comité et que celles-ci décroissaient au fur et à mesure des séances⁸⁴.

Pour attirer médiatiquement⁸⁵ l'attention du politique dans l'espoir que celui-ci mette à l'agenda une question sociétale déterminée (« agenda-setting »)⁸⁶, les acteurs sociaux doivent en effet construire le problème en le *cadrant* (« framing ») par diverses techniques de communication destinées à convaincre émotionnelle-

⁸⁰ Dionysia TAMVAKI/Christopher LORD, *The Content and Quality of Representation in the European Assembly: Towards Building an Updated Discourse Quality Index at the EU Level*, présenté à la conférence internationale de l'IPSA, Luxembourg, 18 au 20 mars 2010.

⁸¹ STEINER (2011), p. 267.

⁸² « Nicht diskursive Ausdrucksformen wie Narrative und Bilder », in Jürgen HABERMAS, *Ach, Europa*, Francfort-sur-le-Main, 2008, p. 157. Pour un tour des opinions, contrastées, sur cette question, cf. STEINER (2011) (réf. cit. et résumées).

⁸³ Pierre LE COZ, *Le gouvernement des émotions... et l'art de déjouer les manipulations*, Paris, 2014, p. 11.

⁸⁴ André BÄCHTIGER/Susumu SHIKANO/Seraina PEDRINI/Mirjam RYSER, *Measuring Deliberation. Standards, Discourse Types, and Sequenzialization*, présenté à la conférence générale de l'ECPR General, septembre 2009, cit. in : STEINER (2011), p. 265.

⁸⁵ Sur le rôle des médias en Suisse dans ce processus, cf. Nino LANDERER, *Mass Media and Political Decision-Making: Analyzing Mediatization in Switzerland*, Baden-Baden, 2015, 4^e de couverture : « Letztendlich kann eine starke Mediatisierung dazu führen, dass Politiker sich vor allem den Anforderungen kommerzieller Massenmedien anpassen, die primär an Konflikt, Drama, Personen und Unmittelbarkeit interessiert sind. Dies könnte etablierte demokratische Institutionen und Prozesse in Frage stellen. »

⁸⁶ Cf. ci-dessous ch. 2.1.2.1b et 2.3.3.

ment l'opinion publique⁸⁷ telles que la *narration* (« storytelling ») que nous venons d'exposer, la *sélectivité* des informations (« selectivity ») ou l'*étiquetage* (« labelling ») consistant à en faire ressortir l'essence affective par une métaphore, un symbole, une image, un slogan communiquant une valeur positive ou négative :

Exemples :

- pro-vie vs pro-choix en matière d'avortement ;
- vidéo-surveillance vs vidéo-protection ;
- dénonciateurs vs lanceurs d'alerte ;
- traitement préférentiel vs mesures positives en matière d'égalité de traitement ;
- inflation normative vs croissance normative ;
- juges étrangers vs juges internationaux s'agissant des magistrats de la Cour européenne des droits de l'homme ;
- accords bilatéraux Suisse-UE vs accords d'accès au marché européen ;
- perte de souveraineté vs transfert de compétences.

Ces exemples montrent que, pour être raisonnablement fondée, la logique argumentative ne peut se contenter d'être formelle. Elle doit également ne pas être *mensongère* et se fonder sur des données de fait⁸⁸. La place des données scientifiques dans le débat législatif est pourtant contestée, comme l'illustre le développement du « climato-scepticisme » depuis les années 1990⁸⁹. Cette exigence d'objectivité est en effet mise à rude épreuve à une époque qualifiée de *post-vérité*, « mot de l'année 2016 » défini comme « les circonstances dans lesquelles les faits objectifs ont moins d'influence pour former l'opinion publique que l'appel à l'émotion et aux croyances personnelles »⁹⁰. Le problème est encore aujourd'hui accru par le développement des *sciences comportementales* dont les enseignements peuvent être mis à profit pour manipuler l'opinion publique, notamment en exploitant nos biais cognitifs⁹¹.

⁸⁷ Sur ces différentes techniques, cf. Eric WINDHOLZ, *Governing through Regulation: Public Policy, Regulation and the Law*, New York, 2018, p. 132 ss (réf. cit.).

⁸⁸ Cf. ci-dessous ch. 2.3.4.

⁸⁹ Cf. le rôle du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) ci-dessous note de bas de page 2850.

⁹⁰ « Post-truth : < relating to or denoting circumstances in which objective facts are less influential in shaping public opinion than appeals to emotion and personal belief > » (Oxford Dictionaries, Word of the Year 2016). Pour une critique de l'expression « ère de la post-vérité » au motif que le mensonge, les théories du complot et autres grands délires collectifs sont aussi vieux que notre espèce, cf. PINKER (2018), p. 430.

⁹¹ ZAMIR/TEICHMAN (2018), p. 408 s. Cf. ég. ci-dessus ch. 1.3.2.2b.V.

Dans *La parole manipulée*, le spécialiste de la communication Philippe BRETON cherche à déterminer comment on est passé de l'argumentation à la manipulation en démocratie⁹². En politique, les exemples de mensonges, de demi-vérités ou de « faits alternatifs » sont aisés à recenser ; la chose n'est cependant pas nouvelle⁹³.

Jouer avec les limites de la vérité par l'*exagération* ou la *minimisation stratégique* des faits est un grand classique. L'expression contradictoire d'« hyperbole véridique » de Donald TRUMP (« truthful hyperbole [...] an innocent form of exaggeration – and a very effective form of promotion »)⁹⁴ et de « faits alternatifs » de sa conseillère Kellyanne CONWAY en illustrent les dangers manipulateurs.

Le mensonge des dirigeants – fût-il « noble » comme celui que PLATON défendait dans *La République* pour attacher les citoyens à leur cité⁹⁵ – est pourtant difficilement tolérable en démocratie⁹⁶. S'il faut reconnaître avec l'essayiste Tzvetan TODOROV que « [l]a démocratie est constamment menacée par la démagogie, le beau parleur risque d'emporter la conviction (et le vote) de la majorité, au détriment d'un conseiller plus raisonnable mais moins éloquent »⁹⁷, il faut pourtant également admettre la possibilité d'une émotion rationnelle⁹⁸.

Afin d'assurer cette rationalité communicationnelle, les *libertés de communication* doivent être impérativement renforcées dans le contexte actuel de concentration des médias et de développement des réseaux sociaux. Les libertés d'expression, d'opinion, d'information, de la presse et des médias, de l'art et de la science rendent en effet possibles les conditions mêmes d'existence de la démocratie politique⁹⁹.

La *légistique* y contribue quant à elle, modestement, en suggérant en toute liberté au législateur d'asseoir son intervention sur des fondements objectifs, sur une analyse du problème fondée, des buts basés sur des causes réfléchies et une

⁹² Philippe BRETON, *La parole manipulée*, Paris, 1997.

⁹³ Sur le continent, on citera par exemple Thomas GUÉNOLÉ, *Petit guide du mensonge en politique*, Paris, 2017, qui recense de multiples exemples plus anciens en politique française. Sur l'ancienneté du mensonge, cf. PINKER (2018) cit. ci-dessus note 90.

⁹⁴ Donald TRUMP/Tony SCHWARTZ, *The Art of the Deal*, New York, 1987 (cit. in : Vincent GLAD, « Billet du 20 février 2017 », in : *Les Blogs de Libération*, an-2000.blogs.liberation.fr/2017/02/20).

⁹⁵ PLATON, *La République*, livre III, en particulier le dialogue 21.

⁹⁶ Fabrice D'ALMEIDA, *La manipulation*, Paris, 2017, p. 9.

⁹⁷ Tzvetan TODOROV, *Les ennemis intimes de la démocratie*, Paris, 2012, p. 186.

⁹⁸ Cf. ci-dessous ch. 1.2.3.2.

⁹⁹ Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I : L'Etat, 3^e éd., Berne, 2013, N. 529 ss.

estimation raisonnée des effets¹⁰⁰. L'inscrire dans le *contrôle de constitutionnalité des lois* permet de renforcer l'assise prescriptive de la légistique en lui assurant une place plus forte pour garantir ce délicat équilibre entre raison et démocratie au sein des États de droit démocratiques¹⁰¹.

1.2.1.3 *La critique persistante envers la qualité des lois*

Les critiques envers la mauvaise qualité des lois, leur inefficacité, leur trop grande quantité, leur extrême complexité, leur révision trop fréquente ou, au contraire, trop peu fréquente, leur trop forte précision ou, simultanément et paradoxalement, leur trop forte imprécision sont récurrentes¹⁰². Beaucoup de nos contemporains semblent avoir perdu la mémoire de l'histoire, car ces attaques persistent depuis des temps immémoriaux, exactement dans les mêmes termes¹⁰³,¹⁰⁴. « Pour éclairer la défiance qu'elle suscite, repenser l'histoire de la

¹⁰⁰ Cf. ci-dessous ch. 1.3.2.2.

¹⁰¹ Cf. ci-dessous ch. 1.3.4.3.

¹⁰² On citera plus spécifiquement Denis BARANGER, *Penser la loi : essai sur le législateur des temps modernes*, Paris, 2018, p. 10 ss et 194 ss ainsi que Bernd MERTENS, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen*, Tübingen, 2004, p. 17 ss et 406 ss. Cf. ég. Anne FOUBERT, « La technique ou l'oubli du droit ? Quelques observations sur la production normative contemporaine », in : Desrameaux/Colonna d'Istria (dir.), *Penser la technique juridique*, Paris, 2018, p. 215 ss. On trouvera également un florilège de citations in : Bertrand-Léo COMBRADE, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, Paris, 2017, p. 220 ss ; Vito MARINESE, *L'idéal législatif du Conseil constitutionnel : étude sur les qualités de la loi*, thèse dactylographiée (Paris X), Nanterre, 2007, p. 20 ; Florent GARNIER, « Temporalités juridiques ou quelques considérations historiques sur la production normative », in : *Les rythmes de production du droit : journée d'études de l'Institut de Droit privé*, Toulouse, 2005, p. 7 ss.

¹⁰³ Cf. par exemple l'éditeur d'un ouvrage collectif consacré à « la valeur d'une bonne législation » prétendant que « la dégradation progressive de la qualité est devenue un problème grave dans la législation suisse » (« *Der schleichende Qualitätsverlust in der schweizerischen Gesetzgebung ist ein ernst zu nehmendes Problem geworden* ») et que la qualité de la loi ne susciterait étrangement aucun débat (« *über die Qualität der Gesetzgebung findet merkwürdigerweise keine Diskussion statt* ») (Alain GRIFFEL [éd.], *Vom Wert einer guten Gesetzgebung*, Berne, 2014, 4^e de couverture).

¹⁰⁴ On retrouve dans cette section en partie les développements publiés in : Alexandre FLÜCKIGER, « Qu'est-ce que « mieux légiférer » ? Enjeux et instrumentalisation de la notion de qualité législative », in : Flückiger/Guy-Ecabert (éd.), *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer : le rôle des guides de légistique*, Genève, 2008, p. 11 ss ; FLÜCKIGER Alexandre/GUY-ECABERT Christine, « La bonne loi ou le paradis perdu ? », in : *LeGes*, 2015/1, p. 21.

législation, suggère Denis BARANGER, paraît plus satisfaisant que d'en rester à un constat faussement objectif de prolifération, de médiocrité ou de confusion. »¹⁰⁵

De DÉMOSTHÈNE, qui rapportait une coutume grecque consistant à pendre le promoteur de toute loi nouvelle refusée par l'assemblée du peuple afin d'en limiter la quantité¹⁰⁶, à TACITE qualifiant de « corruptissima » la république qui a le plus de lois¹⁰⁷, de Martin LUTHER au Marquis de SADE qui, tous deux, se rejoignent sur la nécessité de « faire court et bon, peu et bien »¹⁰⁸, les métaphores percutantes et les hyperboles abondent :

Catastrophes naturelles : on assisterait à une « marée montante » d'actes législatifs¹⁰⁹, une « avalanche » de normes¹¹⁰, une « inondation » (« increasing flood of legislation »)¹¹¹ [« Gesetzesflut »]¹¹², un « fracas de mots »¹¹³, une « grêle » recouvrant

¹⁰⁵ Denis BARANGER, *Penser la loi : essai sur le législateur des temps modernes*, Paris, 2018, p. 14.

¹⁰⁶ « Quiconque propose une loi nouvelle se présente à l'assemblée du peuple la corde au cou. Si la proposition paraît louable et utile, l'auteur se retire la vie sauve. Sinon, on sert la corde et c'est la mort » (DÉMOSTHÈNE, cit. in : Jacqueline DE ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque*, Paris, 2001, p. 216).

¹⁰⁷ « Corruptissima republica plurimae leges » (TACITE, *Les Annales*, livre III, chapitre 27 [3]).

¹⁰⁸ « Elaborer des lois est une chose grande, importante et délicate, et sans l'esprit de Dieu, on ne fait rien de bon. Aussi faut-il agir toujours avec crainte et humilité devant Dieu et observer cette règle : faire court et bon, peu et bien, aller doucement et sans cesse en avant. Ensuite si ces lois s'enracinent, les compléments nécessaires se présenteront d'eux-mêmes » (Martin LUTHER, *Lettre à Philippe de Hesse*, 1527 [cit. in : Jean CARBONNIER, *Essais sur les lois*, 2^e éd., Paris, 1995, p. 298]) ; « Faisons peu de lois, mais qu'elles soient bonnes. Il ne s'agit pas de multiplier les freins : il n'est question que de donner à celui qu'on emploie une qualité indestructible. Que les lois que nous promulguons n'aient pour but que la tranquillité du citoyen, son bonheur et l'éclat de la république » (Marquis DE SADE, *La philosophie dans le boudoir ou Les instituteurs immoraux – Dialogues destinés à l'éducation des jeunes Demoiselles*, 5^e dialogue, Paris, 1795).

¹⁰⁹ « Face à la marée montante des actes législatifs, un sentiment de malaise se développe depuis quelque temps dans le public, qui n'y voit que le produit incontrôlable d'une « machine à légiférer » » (Conseil fédéral, Message du 22 août 2007 relatif à la mise à jour formelle du droit fédéral, FF 2007 5794).

¹¹⁰ Conseil fédéral, Message du 22 août 2007 relatif à la mise à jour formelle du droit fédéral, FF 2007 5797.

¹¹¹ Hans GIGER, *Increasing flood of legislation in a changing environment*, Berne, 2016.

¹¹² Walther HUG, « Gesetzesflut und Rechtsetzungslehre », in : Klug/Ramm/Rittner/Schmiedel (éd.), *Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozeßrecht*, Berlin/Heidelberg, 1978, p. 3 ss.

¹¹³ « Et grâce à ce fracas de mots, l'interprétation, suivant l'esprit de la loi, laquelle est la plus saine et la mieux fondée, n'en marche que plus difficilement » (Francis BACON, *Œuvres philosophiques, morales et politiques de François Bacon* (trad. Jean-Alexandre BUCHON), Paris, 1838 (1^{re} parution en 1605 sous le titre *De dignitate et augmentis scientiarum/The Advancement of Learning*), livre VIII, chapitre III, p. 246, n^o 53).

« le sol politique » d'une couche de papier que les géologues nommeront « formation papyracée »¹¹⁴.

Abus : une « dépravation »¹¹⁵, un « vice »¹¹⁶, une « décadence »¹¹⁷, une « intempérance normative »¹¹⁸ ; un « bavardage »¹¹⁹ qui nécessite un « coup de balai »¹²⁰ ; un « enfer »¹²¹.

114 « Le gouvernement devra faire des lois, c'est-à-dire s'imposer à lui-même des limites : car tout ce qui est règle pour le citoyen devient limite pour le prince. Il fera autant de lois qu'il rencontrera d'intérêts : et puisque les intérêts sont innombrables, que les rapports naissant les uns des autres se multiplient à l'infini, que l'antagonisme est sans fin, la législation devra fonctionner sans relâche. Les lois, les décrets, les édits, les ordonnances, les arrêtés tomberont comme grêle sur le pauvre peuple. Au bout de quelque temps, le sol politique sera couvert d'une couche de papier, que les géologues n'auront plus qu'à enregistrer, sous le nom de « formation papyracée », dans les révolutions du globe. » (Pierre-Joseph PROUDHON, *Idée générale de la révolution au XIX^e siècle – choix d'études sur la pratique révolutionnaire et industrielle*, Paris, 1851, p. 147 ss.).

115 « La dépravation générale du style des lois anglaises – Pour mettre en évidence et résumer les imperfections de la loi anglaise écrite, il suffit de relever les points par lesquels le langage utilisé par les juristes anglais pour légiférer se distingue du langage ordinaire. En effet, à chaque fois qu'il s'en éloigne, ce sera à son désavantage : l'effet immédiat en sera une curieuse absurdité, et le résultat une curieuse malice » [traduction] (Jeremy BENTHAM, « Nomography or the Art of Inditing Laws », in : Bowring (éd.), *The Works of Jeremy Bentham*, Edimbourg, 1838, p. 241).

116 « Si l'on me demandait quel est le plus vicieux de tous les peuples, je répondrais sans hésiter que c'est celui qui a le plus de lois » (Jean-Jacques ROUSSEAU, « Fragments des institutions politiques », in : Streckeisen-Moultou (éd.), *Œuvres et Correspondance inédites*, Paris, 1861, p. 228 ss.) ; « Et comme la multitude des lois fournit souvent des excuses aux vices, en sorte qu'un État est bien mieux réglé lorsque, n'en ayant que fort peu, elles y sont fort étroitement observées » (René DESCARTES, *Discours de la méthode pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences, plus la dioptrique, les météores et la géométrie qui sont des essais de cette méthode*, Leyde, 1637, Deuxième partie, p. 19) ; « Que les projets de loi soient préparés d'avance avec soin. [...] C'est un vice capital de notre législation que les articles innombrables de nos projets de lois : ils amènent de force des discussions interminables et des amendements sans fin » (François-René DE CHATEAUBRIAND, « Mélanges politiques », in : *Œuvres complètes*, Paris, 1836, p. 138).

117 « Toute révision des textes de notre Code civil devrait donc être préparée, étudiée, rédigée avec la plus grande application. Malheureusement, l'art de faire les lois est en pleine décadence, et jamais le législateur n'a apporté moins de soin à cette tâche qu'à l'heure actuelle » (Henri CAPITANT, « Comment on fait les lois aujourd'hui », in : *Revue politique et parlementaire*, Paris, 1917, vol. 91, p. 307).

118 CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, *Sécurité juridique et complexité du droit – Rapport public 2006*, p. 254.

119 « Le bavardage et la prolixité qui est passée en usage dans l'expression des lois, ne nous plaît guère » (BACON [1838], livre VIII, chapitre III, p. 248, n^o 66).

120 Motion Peter Spuhler, « Un coup de balai dans le droit fédéral », transmise au Conseil fédéral sous forme de postulat le 4 octobre 2001.

*Maladie*¹²² : une loi en « crise »¹²³, contaminée par le virus des « L.H.I. » (lois hautement inutiles)¹²⁴, « des lois comme frappées d'obésité »¹²⁵, relevant de la « pathologie »¹²⁶, « pathogène »¹²⁷, nécessitant une « radioscopie »¹²⁸, déformant le « vieux Code civil » comme des « verrues »¹²⁹, témoin de l'« impuissance de la force digestive intellectuelle »¹³⁰ et de « fécondités éphémères qui ne laissent derrière elle que la stérilité »¹³¹, une société « mordu[e] du chien de la légomanie »¹³², une « réglementation » fédérale (« eidgenössische Reglementitis »)¹³³, une « démangeaison législative »¹³⁴.

- 121 Christian MOREL, *Les décisions absurdes III : l'enfer des règles : les pièges relationnels*, Paris, 2018.
- 122 « Sachons mettre un terme à la prolifération législative, cette maladie nous la connaissons, elle a été tant et tant nommée et je crains moi-même dans une vie antérieure d'y avoir participé. » (Emmanuel MACRON, *Discours du Président de la République devant le Congrès* du 3 juillet 2017, cit. in : CONSEIL D'ÉTAT, *Mesurer l'inflation normative*, Paris, 2018, p. 4) ; Valérie LASSERRE-KIESOW, « Comment faire les lois ? L'éternel retour d'un défi », in : Drago (dir.), *La confection de la loi*, Paris, 2005, p. 209 ; Yves JÉGOUZO « Y a-t-il une maladie de la norme ? », Tribune, in : *Actualité juridique Droit administratif*, n° 38, 2012, p. 2081.
- 123 Alain VIANDIER, « La crise de la technique législative », in : *Droits*, n°4, 1986, p. 75 (cit. in : Jean-Pierre DUPRAT, « Genèse et développement de la légistique », in : Drago (dir.), *La confection de la loi*, Paris, 2005, p. 11).
- 124 Dominique TURPIN, « Conclusion générale », in : Philip-Gay (dir.), *Les études d'impact accompagnant les projets de loi*, Paris, 2012, p. 173, cit. in : COMBRADE (2017), p. 233.
- 125 Georges HISPALIS, « Pourquoi tant de loi(s) », in : *Pouvoirs*, n° 114, septembre 2005, p. 111.
- 126 Bertrand MATHIEU, *La loi*, 2^e éd., Paris, 2004, p. 71 ss.
- 127 HOULE (2012), p. 30 ss.
- 128 Cf. « radioscopie » de la législation dans le canton de Zurich, in : Message du Conseil fédéral du 22 août 2007 relatif à la mise à jour formelle du droit fédéral, FF 2007 5798 ss.
- 129 « De telles lois ne font pas honneur au Parlement ; elles sont vraiment indignes d'être insérées dans une œuvre comme notre vieux Code civil, car elles le déparent et le déforment comme des verrues » (CAPITANT [1917], p. 317).
- 130 « La quantité des règles de droit est un signe de faiblesse. Elle dénonce l'impuissance de la force digestive intellectuelle, l'absence de la force nécessaire pour extraire la quintessence logique de la somme des règles, et pour convertir celles-ci en chair et en sang. » (Rudolf VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement* [trad. Octave DE MEULENAERE], tome 1, 3^e éd., Paris, 1880, p. 42).
- 131 *Ibidem*.
- 132 « Je concevrais qu'on eût la logophobie, c'est-à-dire l'horreur des lois nouvelles [...]. Malheureusement nous sommes mordus du chien de la légomanie. » (Louis-Marie DE LAHAYE CORMENIN (TIMON), *La légomanie*, Paris, 1844, p. 5).
- 133 *Nebelspalter: das Humor- und Satire-Magazin*, édition du 26 mai 1917.
- 134 « Un fait divers, une émotion quelconque, mais aussi un problème tangible provoquent une démangeaison législative plus ou moins rapide. La loi est une réponse, à défaut d'être une solution » (Guy CARCASSONNE, « Penser la loi », in : *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n° 114, 2005, p. 40).