

Paru dans : *Vom Wert einer guten Gesetzgebung*, Alain GRIFFEL édit. Berne, 2014, p. 49-62

DE LA DIFFICULTE CONTEMPORAINE A LEGIFERER

Hier et aujourd'hui

Beaucoup considèrent que la qualité de la production normative du législateur a diminué, quasi symétriquement à son augmentation quantitative. Une telle appréciation dépend évidemment de la référence. Si on prend pour modèle Eugen Huber, le phénomène est trop manifeste pour qu'il soit nécessaire de le démontrer ; mais il remonte à plus d'un siècle, et ne saurait donc servir de modèle. Il est toutefois indéniable que les griefs qui sont portés à la production législative actuelle sont souvent justifiés. Les réglementations sont foisonnantes, articulées en règles générales, assorties d'exceptions, lesquelles souffrent à leur tour de sous-exceptions. Elles sont parfois excessivement détaillées, d'autres fois d'une densité normative très réduite. Le style n'est pas toujours limpide ni aisé. Certes, à suivre la structure formelle des lois, le même plan est toujours appliqué : *grosso modo*, but, moyens, exécution, contrôle, ce qui en rend la lecture formelle facile — mais cela ne signifie pas pour autant que la compréhension matérielle en soit évidente.

A partir de quand cette évolution peut-elle être repérée, à partir de quand un tel diagnostic peut-il être posé ? L'origine du phénomène n'est pas si récente qu'on pourrait le penser, et des lois datant des années 1960 pourraient être citées qui ont été fort loin d'être exemplaires — ainsi les réglementations relatives à l'acquisition d'immeubles «par des personnes domiciliées à l'étranger» dont les moutures successives, depuis 1961¹, sont devenues de plus en plus complexes, et cela même si d'éminents juristes ont collaboré à leur rédaction (ainsi le régime du recours de droit administratif²).

Sans doute, en effet, peut-on placer dès les années 60 deux évolutions parallèles. La plus importante est celle du nombre de domaines dans lesquels l'Etat

¹ Arrêté fédéral du 23 mars 1961.

² Voir l'art. 101, lit. d OJF, dans sa teneur de 1968 : «Le recours n'est pas non plus recevable contre : [...] d. Les décisions sur la révocation totale ou partielle de décisions contre lesquelles le recours de droit administratif n'est pas recevable, sauf les décisions sur la révocation de décisions attributives d'avantages, visées à l'article 99, lettre c à f et h, et à l'article 100, lettre b, chiffre 3, lettre c, lettre e chiffre 1^{er}, lettres k et l».

a été appelé à intervenir. Les caractéristiques des objets sur lesquels les tâches publiques portent et des champs sociaux, économiques, écologiques sur lesquels les collectivités publiques agissent vont rétroagir sur le produit de l'activité législative : en effet, elles induisent un changement profond dans les modes d'action étatiques et, par voie de conséquence, sur les potentialités de les régir par voie normative. Il s'agit ici d'une évolution qui constitue un ensemble de facteurs exogènes qui auront un impact définitif sur la possibilité même que le législateur a de concevoir les lois de manière claire, précise, concise³.

La seconde évolution concerne les activités et la situation des parlementaires. Les mœurs politiques ont changé. Les conditions dans lesquelles nos représentants travaillent au sein de l'organe législatif et, aussi, militent politiquement dans la société ne sont plus les mêmes que par le passé. Quelques observations, sans souci d'exhaustivité. Leur attention est dispersée entre une multitude d'objets, d'importance très variable; leurs moyens d'intervention, à tout sujet, se sont multipliés ; ils sont sans cesse sollicités par les médias et par les groupes de pression. C'est là un ensemble de facteurs endogènes aux processus politiques de la production normative qui ne peut pas être sans influence sur le résultat auquel ils aboutissent.

On ne peut juger de la qualité d'une chose que lorsqu'on considère en même temps l'environnement dans lequel elle se situe et sur lequel elle veut influencer. C'est seulement en fonction de cette relation qu'on peut apprécier dans quelle mesure les potentialités de cette chose sont adaptées à l'action qu'elle veut déployer. C'est sur cette relation que nous allons nous arrêter, en nous concentrant sur les facteurs exogènes.

Or, depuis Eugen Huber, les temps ont spectaculairement changé. Et les mutations qui sont intervenues ont profondément affecté le travail d'élaboration des normes juridiques, le rendant incomparablement plus difficile que par le passé ; il faut en tenir compte lorsqu'on juge de la qualité des lois aujourd'hui. La critique est facile, l'art est difficile. C'est pourquoi cette contribution aura trait essentiellement aux difficultés qu'il y a de nos jours à légiférer. Et nous verrons

³ A cet égard, la législation sur l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger, citée plus haut, était déjà caractéristique : face à l'ingéniosité des «personnes domiciliées à l'étranger, le législateur a été contraint de rendre sa réglementation de plus en plus subtile et complexe, pour contrer les opérations économiques qui arrivaient à l'éluder. De même, l'introduction d'une innovation peut se heurter à des principes auxquels on ne veut pas tout à fait renoncer — ici, l'exemple du recours de droit administratif était lui aussi déjà démonstratif.

qu'elles sont pour l'essentiel objectives, ce qui signifie qu'elles sont incontournables⁴.

Et il nous faudra aussi oublier, ne serait-ce que le temps de cette réflexion, la notion que nous véhiculons dans notre imaginaire juridique, plus ou moins inconsciemment : celle de la norme générale et abstraite, dont la structure permettrait de maîtriser adéquatement toutes les différences concrètes de la réalité. Si cette notion n'était certes pas celle d'Eugen Huber, il n'en reste pas moins, malgré les efforts de la théorie moderne du droit, que si on demandait à des juristes ce qu'est une norme juridique et quelle est sa logique, un certain nombre répondraient encore en se référant à la clarté et même à l'évidence du soi-disant syllogisme juridique ; ou, en tout cas, beaucoup voient dans la règle conditionnelle l'essence même de la norme juridique⁵. Or c'est précisément cela que les évolutions que nous allons décrire mettent substantiellement en question.

Le droit et l'action publique

L'évolution des tâches publiques

Un historique est nécessaire ; ce serait cependant un sujet en soi, et on comprendra qu'il sera ici seulement esquissé, sous forme d'un rappel de certaines tendances les plus évidentes, sans tenir compte de tout ce qui mériterait des précisions et des ajustements, notamment chronologiques.

Jusqu'à la fin des années 1950 — bien sûr approximativement — les tâches publiques pouvaient quasi exhaustivement se résumer en deux catégories devenues classiques⁶. La première, et la plus ancienne, est celle de l'administration de police

⁴ Sur les difficultés que présente aujourd'hui l'art de légiférer et sur une véritable méthodologie de la conception et de l'écriture des normes juridiques, on consultera avant tout Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 3^e éd., Zurich, 2013, spécialement le § 9 (p. 124 ss).

⁵ C'est-à-dire : «si A, alors B».

⁶ Sur cet historique, cf. Pierre MOOR/Alexandre FLÜCKIGER/Vincent MARTENET, *Droit administratif I : Les fondements*, 3^e éd., Berne, 2012, p. 22 ss ; Pierre MOOR, Les états du droit administratif — Variations épistémologiques, in : *Recueil de travaux en l'honneur du Professeur Suzette Sandoz*, Zurich, 2006, p. 69-84. Une terminologie et une approche légèrement différente, dans un exposé plus bref, chez Ulrich HÄFELIN/Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6^e éd., Zurich, 2010, N. 27 ss.

(*Polizeiverwaltung*), visant par ordres et interdictions à protéger l'ordre public. La seconde est celle de l'administration de prestation (*Leistungsverwaltung*), tendant à promouvoir le bien-être social, principalement par le versement de prestations en argent : elle est plus tardive, puisque, abstraction faite de quelques exceptions, elle ne s'est véritablement installée que dans l'immédiat après-guerre. Cependant, progressivement, les développements démographiques et économiques que la Suisse a connus après la fin de la seconde guerre mondiale, comme le monde occidental en général, ont très largement étendu les tâches publiques au-delà de ces deux catégories. Un des facteurs de cette extension a été le souci politique de redistribution des bienfaits du développement économique : développement de la sécurité sociale, la démocratisation des études, les politiques de santé. Un autre, tout aussi important, a été celui de ménager certaines des ressources communes à disposition, qui, qualitativement et quantitativement, se sont révélées menacées — ce qui signifie qu'elles avaient tendance à se raréfier : les eaux, l'espace, l'environnement, l'énergie. Enfin, des politiques d'infrastructures se sont imposées pour faire face aussi bien aux besoins accrus de la population qu'à la gestion des ressources rares. Les dépenses de l'Etat se sont élevées à des montants à ce point considérables que les finances publiques sont également devenues une ressource rare.

La planification comme prévision et cohérence

On peut désigner ces nouvelles tâches comme des administrations de planification et de gestion (*Planungs- und Bewirtschaftungsverwaltung*). Elles ont des caractéristiques différentes de celles qui étaient — et sont encore, d'ailleurs — propres aux administrations de police et de prestation. Comme on l'a dit, celles-ci étaient — et sont encore — mises en œuvre par des moyens qui suffisent à en remplir les objectifs : ordres et interdictions d'une part permettent assez de garantir l'ordre public, la fourniture de prestations individuelles de l'autre améliorent la situation de leurs destinataires. Et il est vrai que ces moyens peuvent aussi être investis dans les nouvelles tâches — par exemple l'interdiction de déverser des eaux usées dans les eaux publiques, ou celle de construire en dehors des zones à bâtir : mais ce sont alors des moyens parmi d'autres, s'insérant dans une panoplie d'instruments constituant dans leur ensemble une politique publique. Mais, dans la plupart de ces tâches nouvelles, l'essentiel des décisions ne consiste cependant pas dans leurs effets propres, comme c'est le cas par exemple de la traditionnelle autorisation de police, car elles n'ont de sens et de portée que *dans leurs rapports avec d'autres mesures*, d'un niveau supérieur (un plan de zones) ou égal

(l'installation d'un réseau de canalisations et de stations d'épuration). C'est la cohérence de cet *ensemble de mesures* qui est déterminante, et non plus chaque acte pris isolément. C'est en fonction du zonage que prend sens l'interdiction de construire en dehors des zones à bâtir, c'est en fonction des infrastructures collectives d'épuration des eaux que le déversement d'eaux usées dans les eaux publiques peut être interdit.

C'est une première caractéristique des nouvelles tâches publiques : celle d'exiger une vision à plus long terme — prévoir les besoins ; car ces ensembles ne peuvent se contenter de satisfaire les besoins actuels, ils doivent travailler dans la durée. Une seconde : les mesures doivent être conçues comme des éléments d'une politique d'ensemble qui en assure la cohérence. Tous les actes qui, quels que soient leur nom, la compétence à les adopter, la forme qui leur est donnée, visent ces deux objectifs, peuvent être appelés des plans, ou, en tout cas, des actes de planification⁷.

Toutefois, il faut bien noter que la planification comme acte politico-administratif *n'a pas pu être intégrée dans les formes classiques* des actes de droit public. Elle est trop diverse et variée dans ses objectifs, dans ses enjeux, dans les instruments de sa concrétisation. Ce défaut de qualification juridique entraîne l'impossibilité de la distribuer de manière claire dans le modèle de la séparation des pouvoirs, ce qui a pour conséquence aussi la difficulté d'en attribuer les responsabilités et les compétences — en particulier de définir ce qui, dans la planification, peut être l'objet d'une norme ou, au moins, entrer dans les attributions du pouvoir législatif. De manière parallèle, il n'est guère possible d'insérer l'exercice du pouvoir planificateur dans un cadre juridique normatif qui en prédéterminerait avec précision le contenu⁸.

⁷ La doctrine est encline à traiter avant tout les plans d'affectation et les plans directeurs, car ce sont les plus connus et, aussi, ceux dont le régime juridique est le moins mal établi. Ainsi, Ulrich HÄFELIN/Georg MÜLLER/Felix UHLMANN ne traitent que de ceux-ci (cf. le terme «Plan» dans leur index); Thierry TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, Genève, Zurich/Bâle, 2011, N. 1084 ss, consacre cependant trois pages à la planification en général (non spatiale), de même que Pierre TSCHANNEN/Ulrich ZIMMERLI/Markus MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3^e éd., Berne, 2009, p, 342 ss.

⁸ Cf. Pierre MOOR/Etienne POLTIER, *Droit administratif II : Les actes administratifs et leur contrôle*, 3^e éd., Berne, 2011, p. 475 ss, 481 ss (avec une bibliographie) ; Pierre MOOR, Principes du droit de la gestion territoriale, in: *Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag*, Zurich/Saint-Gall, 2011, p. 299-314

On sait que la Constitution fédérale s'est efforcée d'assurer la participation du Parlement⁹. Cependant, d'une part, cela ne vise que les «planifications importantes des activités de l'Etat», alors que nombre d'activités «non importantes» sont également l'objet de planifications, qui, en vertu du renversement hiérarchique *bottom up* dans leur mise en œuvre — ce dont il sera question plus bas —, constituent le niveau auquel la législation prend sens. D'autre part — et outre l'indétermination des termes utilisés par la Constitution et la loi sur le Parlement¹⁰ — une question est laissée dans l'ombre, qu'il s'agisse de planifications importantes ou non : celle de savoir quel est le *partage à opérer*, dans les activités à planifier, entre ce qui doit (ou peut) figurer dans une loi — en d'autres mots, quels sont les aspects normatifs — et donc *normables* — des activités planifiées¹¹. La solution usuelle est de définir des objectifs et les moyens mis à disposition de l'administration ; cela ne suffit guère pour savoir quelle sera, sur le terrain, la portée réelle et concrète de la mise en œuvre, à moins que, sur certains points, le parlement juge nécessaire de fixer un cadre rigide et impératif à l'application¹². Un tel partage de la matière à normer par loi peut certes être jugé minimal ; mais, souvent, on ne voit pas comment étendre plus loin l'intervention du législateur sans nuire à l'efficacité de la mise en œuvre.

La diversification des intérêts publics

Une deuxième caractéristique des tâches étatiques doit également être mise en évidence. Auparavant, les diverses activités de police de l'Etat — protection de l'ordre public, de la santé, de la moralité, etc., n'interféraient pas les unes avec les autres : ce qui se faisait dans un domaine restait sans conséquence sur les autres ; de même les politiques de promotion du bien-être social. Aujourd'hui, cela n'est

⁹ Art. 173 I lit. g. Cf. la concrétisation de ce principe dans l'art. 28 LParl. Il est à noter que «les décisions préliminaires qui fixent les objectifs à atteindre, les principes ou critères à respecter ou les mesures à prévoir» sont prises «sous la forme d'un arrêté simple» ou, si elles sont «de portée majeure, peuvent être prises sous la forme d'un arrêté fédéral» (art. 28 II et III LParl) — soit des actes en principe non susceptibles de référendum. Cf. Christoph LANZ/Philippe MASTRONARDI, Art. 173 BV, N. 82 ss, in : Bernhard EHRENZELLER *et al.* édit., *Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar*, 2^e éd., Zurich etc., 2008.

¹⁰ «Importantes», «principes», «portée majeure».

¹¹ L'art. 164 Cst. ne dit mot sur la planification.

¹² Ainsi les art. 16a et b, 24 ss LAT, 32e, 35b ss LPE.

plus aussi simple : les effets de ce qui se fait pour la protection de la nature ou de l'environnement, pour le développement territorial, pour la production et les économies d'énergie, pour la croissance économique, pour les transports, etc., se répercutent les uns sur les autres ; les domaines d'activité se compénètrent, et les interventions dans chacun d'eux doivent prendre en compte les conséquences qu'elles ont dans les autres.

Il en résulte une diversification des intérêts publics mis en cause par la poursuite d'un objectif¹³. Ils peuvent être convergents ou divergents, non seulement en général, mais aussi, voire surtout dans le concret : la densification de la construction dans un certain périmètre, par exemple, peut se heurter au souci de protéger un biotope, ou le développement des installations touristiques à celui de protéger une forêt, etc. Il peut même se trouver que des intérêts privés constituent aussi, suivant les circonstances, un intérêt public (la promotion économique, par exemple).

La prise en compte de cette diversification entraîne parfois une complexité certaine de la réglementation juridique, afin d'en tenir compte le plus adéquatement possible. Le législateur peut ainsi adopter une règle générale, assortie d'exceptions, suivant la constellation des intérêts en jeu, exceptions souvent d'ailleurs munies de sous-exceptions¹⁴. Mais il n'est pas toujours possible de procéder de la sorte. Car une troisième caractéristique des tâches étatiques entre en jeu, qui dépend de la nécessité d'arbitrages qui ne peuvent se faire qu'en fonction de situations concrètes.

La prédominance des situations concrètes dans l'application de la loi

En effet, l'arbitrage entre intérêts publics, voire privés divergents n'est pas toujours réalisable au plan abstrait, c'est-à-dire au niveau de la loi. Très souvent, les situations de conflit n'apparaissent qu'en présence des configurations concrètes, sur le terrain précis au sujet duquel la collectivité doit prendre une décision. Et le conflit ne peut se régler le plus adéquatement qu'en fonction des spécificités propres à chaque situation. C'est dire que l'application même de la loi ne peut se faire que moyennant une certaine *compétence discrétionnaire* de l'administration. En effet, pour pouvoir élaborer la solution la mieux arbitrée, il

¹³ Cf. le développement de ce thème dans MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 781 ss (avec une bibliographie).

¹⁴ Ainsi, à nouveau, les art. 24 ss LAT ; ou les législations fiscales et parafiscales.

faut qu'elle puisse prendre en compte la spécificité de chaque cas, ce qui implique qu'elle doit jouir d'une certaine liberté dans la concrétisation. La pondération des intérêts doit reposer sur les caractéristiques propres à chaque lieu, car l'équilibre des valeurs engagées n'est pas le même d'un lieu à l'autre : celles-ci ne peuvent pas être pondérées exhaustivement dans l'abstrait, il faut la plupart du temps déterminer dans les situations concrètes la mesure dans laquelle elles sont effectivement engagées. Une forêt, un paysage, une route, une tour, un monument ont toujours une individualité propre qui empêche que leur valeur puisse être juridiquement appréhendée à l'aide de critères généraux et abstraits valables identiquement dans toutes les situations imaginables possibles.

Cela explique que le législateur soit contraint d'utiliser ce qu'on appelle des notions juridiques indéterminées (*unbestimmte Rechtsbegriffe*). Certaines de ces notions sont manifestement vagues : «digne de protection», «dans la mesure du possible», par exemple. Mais même si le législateur s'efforce de les préciser, leur application — ou leur concrétisation — n'en est pas moins tributaire de l'évaluation des situations concrètes : ainsi l'article 15 I LAT («Les zones à bâtir sont définies de telle manière qu'elles répondent aux besoins prévisibles pour les quinze années suivantes»)¹⁵. Certes, le législateur peut doubler ces notions par l'énumération des principes, buts, objectifs à poursuivre dans l'application¹⁶ : mais il ne s'agit que d'une aide à la décision, aide boiteuse, d'ailleurs, dans la mesure où les valeurs ainsi énumérées sont elles aussi tout à fait indéterminées.

L'indétermination de telles notions a pour conséquence nécessaire une inversion de la hiérarchie normative : c'est seulement au moment de leur application qu'elles prennent sens. Ce sont seulement les mesures effectivement prises par l'administration qui déterminent la politique qu'elle suit et qui définissent ainsi les effets et la portée de la loi, dans un mouvement *Bottom up*¹⁷.

Le concept de notions juridiques indéterminées est synonyme de celui de faible densité normative (*Regelungsdichte*). Leur emploi est incontournable, alors même qu'il va à l'encontre des principes de prévisibilité et de sécurité du droit, principes

¹⁵ Dans la teneur suite à la révision de 2012. Ce n'est de loin pas le seul exemple qu'on peut trouver dans la LAT. La LPE, elle aussi, en offre un grand nombre.

¹⁶ Art. 15 III, renvoyant aux art. 1 et 3 LAT, et 15 IV LAT.

¹⁷ Sur cette thématique, cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 60 ss, 446 ss, 734 ss (avec une bibliographie). Voir aussi, en rapport avec l'élaboration des lois, MÜLLER/UHLMANN, p. 26 ss, 165 ss.

directeurs — en théorie — de l'Etat de droit. Il est légitimé par le souci de permettre la prise des décisions les mieux adaptées à la réalité, ce qui exige que celle-ci soit appréhendée au plus proche de ses caractéristiques concrètes. Mais dire «adaptation», c'est en fait éviter un autre terme, beaucoup moins juridique : celui de l'*efficacité* des activités administratives.

Politiques publiques et évaluation

C'est comme ensembles coordonnés qu'il faut concevoir les interventions publiques. Un ensemble d'objectifs, convergents ou, s'ils sont divergents, équilibrés et pondérés ; un ensemble d'acteurs — autorités, relevant ou non d'une même collectivité, hiérarchisées ou non ; un ensemble de mesures, de toutes natures (réglementations, contrats, décisions, négociations, incitations, financements, investissements, etc.)¹⁸. Les normes juridiques sont donc conçues sous cet angle comme un moyen et, en conséquence, pensées et élaborées dans un cadre — la politique publique dans laquelle elles s'intègrent — qui les dépasse. On relèvera en passant que c'est là un facteur décisif de l'instabilité des lois, perpétuellement modifiées¹⁹.

Ce n'est pas un hasard si l'idée même de politique publique est contemporaine de l'apparition d'une thématique nouvelle : celle de l'efficacité²⁰, que nous venons d'ailleurs de mentionner, thématique accompagnée d'une autre — la nouvelle gestion publique. Ces approches ont introduit dans la gestion des affaires publiques un *nouveau paradigme*, qui, manifestement, entre en tension avec celui de l'Etat de droit — c'est-à-dire un Etat dont la logique institutionnelle est d'être régi par le droit : dorénavant, il doit aussi obéir en même temps à une autre logique, qui est celle des impératifs d'une activité réussie.

Ces développements récents ne sont pas non plus le fruit d'une mode — même si le choix des termes et des techniques l'est. Le droit des interventions publiques

¹⁸ Voir une définition plus complète chez Peter KNOEPFEL/Corinne LARRUE/Frédéric VARRONE, *Analyse et pilotage des politiques publiques*, Zurich/Coire, 2006, p. 25 ss, 290 ss.

¹⁹ Voir aussi le phénomène des lois expérimentales (MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 480 ss) ou des lois-Damoclès (Alexandre FLÜCKIGER, La loi Damoclès, in : *Mélanges Pierre Moor*, Lausanne, 2005, p. 233 ss).

²⁰ Cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 31 ss ; MOOR/POLTIER, p. 603 ss (avec des bibliographies).

est un droit régissant l'activité administrative, il régit les actions de l'administration. Or toute action a pour but d'obtenir un résultat, c'est-à-dire produire, dans une situation déterminée, le changement d'un certain état économique, écologique, social, culturel. Il en découle tout naturellement la problématique du rapport entre, d'une part, l'action, son coût et l'attente de ses effets et, d'autre part, le résultat qui en est obtenu.

Le résultat — le succès ou l'échec — de l'intervention étatique constitue de plus en plus la mesure de sa validité, du moins politiquement parlant ; et cela même dans le domaine classique de la police (que l'on pense à la politique sécuritaire). Il faut garder en mémoire ce qui a été dit plus haut : essentiellement, d'une part, que l'issue, bonne ou mauvaise, de l'intervention dépend de la conception adéquate, coordonnée, intégrée qu'on en a fait et, de l'autre, des actions concrètes que les acteurs publics mènent sur le terrain — ces deux éléments étant gérés par l'administration, qui, seule, dispose de l'information nécessaire et est en relation constante avec les acteurs privés. Mais alors, que reste-t-il du dogme de la primauté de la loi et de la suprématie de l'activité législative du parlement ? La question n'est pas celle d'un hérétique ; elle est réaliste. Elle devrait conduire en particulier à procéder à une évaluation du travail parlementaire, non seulement dans ses méthodes et son organisation interne, mais aussi dans ses relations avec l'administration ; l'ensemble des activités des parlementaires — notamment ce que nous avons en introduction appelé les facteurs endogènes — devrait être alors analysé comme un des éléments d'une *politique publique de la production normative*, ensemble qui en favoriserait ou, au contraire, en entraverait l'efficacité. On ne saurait toutefois en attendre le retour à un âge d'or où la loi pouvait être considérée comme l'alpha et l'oméga de la puissance étatique : les conditions mêmes dans lesquelles les activités publiques doivent se déployer au sein d'évolutions sociales, économiques, écologiques et technologiques l'en empêchent, conditions qui dictent les possibilités matérielles de cette politique publique.

Conclusion

C'est ainsi la fonction de la loi qui est mise en cause : celle qui consiste à diriger l'ensemble de l'Etat, grâce au contrôle *a priori* qu'elle exerce sur toutes les interventions publiques, en les limitant et en dictant les conditions (le fameux

principe de la légalité, bien affaibli aujourd'hui, malgré les apparences²¹). On peut penser qu'un type de contrôle se met en place, doublant celui, préventif, assuré par la suprématie de la loi: précisément celui de l'évaluation, qui est un contrôle *a posteriori*²². Il a — ou est de nature à avoir — un avantage décisif — qui, il est vrai, peut déplaire au législatif: à savoir d'inclure la loi dans l'évaluation de «l'efficacité des mesures prises par la Confédération»²³. La loi n'est plus la mesure de toutes choses, elle est elle-même mesurée comme un élément dans un ensemble dans lequel ses qualités et ses défauts doivent être évalués.

C'est dire que la production normative doit obéir à une double programmation. D'une part, la première programmation doit s'insérer dans les structures d'un Etat de droit, en particulier sous l'angle des principes de la séparation des pouvoirs, de la suprématie de la loi, de la sécurité et de la prévisibilité du droit; «elle tient à l'équipement conceptuel du droit, qui vise à ce que les moyens d'action soient juridiquement valables»²⁴. D'autre part, la seconde vise à l'intégration dans la politique publique: elle «relève de la situation matérielle du champ social dans lequel elles interviennent: les moyens d'action doivent être tels qu'ils atteignent le but visé, en rapport avec les caractéristiques du champ dans lequel l'Etat va les utiliser»²⁵, non seulement dans l'abstrait des objectifs, mais aussi, sinon surtout, dans les situations concrètes dans lesquels l'efficacité va être évaluée.

La mise en œuvre de cette double programmation constitue toute la difficulté à légiférer.

²¹ Sur ce principe, cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 649 ss (avec une bibliographie). Voir aussi les discussions byzantines menées sur les adjectifs *important* et *fondamental* à l'art. 164 I Cst.: «Toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale. Appartiennent en particulier à cette catégorie les dispositions fondamentales relatives à [...]».

²² Sur ce thème, cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 499 ss (pour une bibliographie).

²³ Art. 170 Cst. Voir, dans la LParl, l'art. 27, de même que l'art. 26 III, sur les critères de la haute surveillance. Philippe MASTRONARDI, Art. 170 BV, in: Bernhard Ehrenzeller et al. édit., *op. cit.* Mais il est clair que l'évaluation peut aussi être prospective (cf. art. 141 II lit. d LParl), voir à ce sujet Müller/Uhlmann, p. 58 ss.

²⁴ Voir Pierre MOOR, Instrumentalisation du droit public, unité de l'ordre juridique et sujet de droit, in: *PJA/AJP* 2013/4, p. 767 ss.

²⁵ *Ibid.*

