

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	93 (1974)
Artikel:	L'organisation des travaux préliminaires de législation
Autor:	Grossen, Jacques-Michel
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896377

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 20.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

JACQUES-MICHEL GROSSEN

L'organisation des travaux préliminaires de législation

I. Introduction

Le sujet qui est abordé ici correspond au domaine d'application des directives concernant la procédure préliminaire en matière de législation, telles que le Conseil fédéral les a arrêtées le 6 mai 1970¹.

S'il en était besoin, l'existence de ces directives prouverait que le terrain à parcourir n'est pas vierge. La Société suisse des juristes elle-même en a déjà étudié les principaux aspects, grâce aux rapports qui lui ont été présentés en 1950 par M. HANS NEF², en 1954 par M. KURT EICHENBERGER³, en 1966 par MM. RICHARD BÄUMLIN⁴ et RENÉ HELG⁵. Plus récemment, de nouveaux éléments de discussion sont ressortis des publications du Groupe de travail pour la préparation d'une revision totale de la Constitution fédérale⁶, comme aussi du rapport de la Commission d'experts chargée de préparer la revision totale de la loi sur l'organisation de l'administration fédérale⁷. Sans mentionner tous les apports de la doctrine,

¹ FF 1970 I, p. 1002. Le seul mot de «directives» désignera désormais ce texte.

² Sinn und Schutz verfassungsmäßiger Gesetzgebung und rechtmäßiger Verwaltung im Bunde, RDS 69, 1950, p. 133a.

³ Rechtsetzungsverfahren und Rechtsetzungsformen in der Schweiz, RDS 73, 1954, p. 2a.

⁴ Die Kontrolle des Parlaments über Regierung und Verwaltung, RDS 85 II, 1966, p. 165.

⁵ La haute surveillance du parlement sur le gouvernement et l'administration, RDS 85 II, 1966, p. 85.

⁶ Par un juste hommage à son président, ce groupe est connu sous le nom de «Groupe WAHLEN». Ainsi sera-t-il nommé dans les pages qui suivent.

⁷ Présidée par M. KARL HUBER, chancelier de la Confédération, cette commission a publié son rapport, accompagné d'un projet de loi, en septembre 1971.

il convient de signaler enfin l'ouvrage que M. PETER NOLL vient de faire paraître sous le titre de «*Gesetzgebungslehre*», signe particulièrement bienvenu de l'intérêt croissant que les professeurs de droit de notre pays portent aux problèmes généraux de la législation⁸.

Pour n'être pas nouveau, le sujet ne reste pas moins beaucoup plus étendu, plus délicat aussi qu'il n'y paraît à première vue. Il est vrai que la confection des lois suisses suit souvent le schéma classique que les auteurs décrivent⁹. Mais il n'en va pas toujours ainsi. De toute manière, ce schéma s'accorde de multiples variations. Au surplus, telle méthode qui convient par exemple à la révision d'un titre du Code fédéral des obligations ne saurait s'appliquer sans changement à l'élaboration d'un nouvel article constitutionnel, ni à celle d'une ordonnance touchant quelque détail de l'économie agricole. Encore moins pourra-t-elle servir de base à la négociation d'un traité international¹⁰. C'est dire que la procédure législative ne se laisse pas réduire à un modèle unique.

Il faut ajouter que si la critique est facile, l'art de légiférer – M. NOLL dirait la science¹¹ – est difficile. A une question du Groupe WAHLEN, le Canton de Neuchâtel a répondu: «Les formes actuelles de la législation et la procédure législative sont satisfaisantes. Il n'y a pas de raison de les changer»¹². Cette appréciation se singularise par une bienveillance qui a cessé d'appartenir au bon ton. A tout

⁸ L'ouvrage de M. NOLL a paru sous la forme d'un livre de poche aux Editions Rowohlt, Reinbek près Hambourg, 1973. La nécessité du développement d'une science de la législation a notamment été mise en évidence par M. KURT EICHENBERGER (RDS 90 II, 1971, p. 383) et par M. WALTER KERN, dans un article intitulé: «Grundsätzliche Probleme der Rechtsetzung» (*Neue Zürcher Zeitung*, no. 567, du 5 décembre 1971). M. NOLL l'avait déjà notée dans sa contribution aux *Mélanges Germann*, «*Rechtsfindung*», Berne 1969, p. 159.

⁹ Voir par exemple la description qu'en donne M. JEAN-FRANÇOIS AUBERT dans son *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel/Paris 1967, tome II, nos. 1593 et s.

¹⁰ Le droit suisse sera fait, de plus en plus, de traités internationaux, cf. MAX BAUMGARTNER, *Handicaps für eine harmonische Verwaltungsgesetzgebung*, en «*Stillstand und Fortentwicklung im schweizerischen Recht*», St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1965, Berne 1965, p. 13.

¹¹ Pour de bonnes raisons qui se lisent dans son livre «*Gesetzgebungslehre*» (note 8), p. 14.

¹² Réponse au questionnaire du Groupe WAHLEN, vol. I (Cantons), no. 88, p. 948.

prendre, je la préfère à certaines visions apocalyptiques de la législation fédérale d'aujourd'hui, voire à certaines propositions de réforme qui n'ont que le tort d'être irréalisables.

A ce propos, il paraît vain de supposer que le parlement pourrait prendre une part beaucoup plus large et plus directe à l'établissement des projets de lois¹³. Ni l'extension des services auxiliaires de l'Assemblée fédérale¹⁴, ni le fait que les députés exercent leur mandat politique à titre professionnel ne produiraient de transformation profonde sur ce point. Pour s'en convaincre, il suffit d'observer l'activité des parlements étrangers qui ont passé au professionnalisme. En Suisse même, quelques initiatives individuelles ont montré combien il est malaisé de se passer d'une procédure préparlementaire. Elles n'ont pas moins occupé l'administration que les motions les plus ordinaires n'auraient pu le faire¹⁵.

Il ne paraît pas très réaliste non plus d'exiger du Conseil fédéral, comme collège, qu'il se voue davantage à l'examen des projets de lois ou d'ordonnances¹⁶. A l'heure qu'il est, son attention se concentre sur les textes de grande portée et sur les questions qui suscitent les controverses les plus opiniâtres. Il est difficile d'imaginer que la charge correspondante pourrait être augmentée sans détriment pour d'autres tâches dignes de la vigilance gouvernementale¹⁷. On ne voit pas mieux comment les conseillers fédéraux pris à titre individuel pourraient assumer la présidence d'une série de

¹³ En répondant au Groupe WAHLEN (ib., no. 102, p. 308–309), le Canton de Glaris, par exemple, a fait une suggestion en ce sens.

¹⁴ Dès 1955, M. HANS BRÜHWILER observait que cette extension ferait naître une nouvelle administration, sans modifier les données fondamentales du problème du rôle respectif des députés et des fonctionnaires (*Gesetzgebung und Verwaltung*, Zbl 56, 1955, p. 228).

¹⁵ M. BÄUMLIN l'avait prévu, op. cit. (note 4), p. 269, en écrivant au sujet de l'initiative individuelle: «Sie ist nicht geeignet, den üblichen Gang der Geschäfte zu ersetzen».

¹⁶ M. WALTHER HUG est du même avis: *Zur Praxis der Bundesgesetzgebung*, en «*Rechtsfindung*» (Mélanges Germann), Berne 1969, p. 141.

¹⁷ Certains écrits laissent l'impression que le collège gouvernemental perdrat en besognes infimes un temps qu'il voudrait plus utilement à la législation. La discréption qui entoure les séances du Conseil fédéral peut seule expliquer une appréciation aussi sommaire.

commissions d'experts, suivant la suggestion qui leur en est faite parfois¹⁸.

Pour autant qu'elles auront emporté la conviction du lecteur, ces quelques remarques auront marqué du même coup l'importance qui revient nécessairement à la procédure préliminaire de législation¹⁹. Quelles que soient les réformes à venir, il semble en effet acquis que, sous des formes et à des moments différents, l'élaboration des lois exigera toujours le triple concours de l'administration, des experts et des organisations intéressées.

II. La critique de la procédure actuelle

Quelque opinion que l'on ait des méthodes qui président aujourd'hui à l'élaboration de nos lois²⁰, le fait est que les critiques se multiplient et qu'elles prennent une vivacité dont elles étaient naguère dépourvues. Critiques de détail parfois, qu'il n'est pas indispensable de rappeler dans ce chapitre. Critiques contradictoires, d'autres fois, comme celles qui se rapportent au rythme des travaux : A croire certains auteurs, il serait trop lent («die Mühlen der Gesetze mahlen langsam»), tandis que d'autres s'inquiètent de la prolifération des lois («die Gesetzesflut»). Mais il y a aussi des chefs d'accusation d'une nature fondamentale, tels ceux qui visent la confusion des rôles, le défaut d'orchestration, le goût excessif du compromis ou l'insuffisance de la publicité.

Confusion des rôles

MAX IMBODEN dénonçait plus précisément la confusion de la décision politique avec la préparation technique: «Vermischung von politischer Entscheidung und technischer Vorbereitung»²¹. D'autres auteurs s'en prennent à la bureaucratie, à la technocratie ou à l'une et à l'autre ensemble.

¹⁸ Voir la réponse du Canton de Zoug au questionnaire du Groupe WAHLEN, vol. I, no. 291, p. 382: «Ihnen (d.h. den Expertenkommissionen) soll auch der Vorsteher des hauptbeteiligten Departementes angehören».

¹⁹ Cf. W. HUG, op. cit. (note 16), p. 138–139.

²⁰ Le présent article concerne les lois de la Confédération, à l'exclusion de celles des cantons.

²¹ Helvetisches Malaise, 2^e éd., Zurich 1964, p. 25.

Cette critique part du souci de sauvegarder les prérogatives du parlement. Sous sa forme la plus percutante, elle met en cause l'existence même de la procédure préparlementaire. Mais il lui arrive de déboucher sur des recommandations plus modérées – que le parlement soit saisi de projets alternatifs²², que les choix politiques précédent la rédaction des projets par les experts²³, que les organisations intéressées soient écartées du processus de décision.

Lors même que les médecins ne s'accordent pas sur la gravité du mal, et pas davantage sur la thérapie, il ne s'agit pas d'une maladie purement imaginaire. En réalité, la tentation est forte pour un expert de rechercher une influence à laquelle il n'a pas droit. Elle peut devenir quasiment irrésistible quand une science et une expérience extraordinaires autorisent l'expert à nourrir le sentiment qu'il est seul à savoir de quoi il parle. En toute justice, il faut ajouter – «a cat may look at a King», disent les Anglais – qu'un député peut être tenté, lui, de se poser en l'expert qu'il n'est pas nécessairement. La confiance du peuple entraîne un certain élan. Quant aux organisations consultées par l'autorité législative, elles se méprennent souvent sur le sens de la démarche en s'imaginant que l'adoption de la règle nouvelle est suspendue à leur bénédiction.

Latent ou manifeste, selon le cas, le danger d'une certaine confusion des rôles n'est donc point niable. Encore faut-il écarter toute illusion: Dans son rapport, M. BÄUMLIN a noté avec raison que la législation est un processus complexe qui ne permet pas toujours de tracer une ligne de démarcation nette entre les données scientifiques et les aspects politiques des problèmes²⁴.

Défaut d'orchestration

L'image musicale est employée à dessein, car le terme vilipendé de coordination ne rendrait pas assez l'idée de cette ferme direction dont la procédure législative préliminaire ne peut plus se passer.

²² Cf. P. NOLL, *Gesetzgebungslehre* (note 8), p. 107 et s.

²³ L'Alliance des Indépendants a fait une proposition en ce sens dans sa réponse au questionnaire du Groupe WAHLEN, vol. II, no. 119, p. 242.

²⁴ Op. cit. (note 4), p. 259.

Devant le nombre et la diversité des impulsions, devant l'ampleur de l'administration, il devient chaque jour plus indispensable, en effet, qu'au-dessus des instrumentistes – et même des solistes les plus talentueux – un organe porte la responsabilité et détienne les moyens d'assurer l'harmonie de l'ensemble. Une harmonie qui doit être recherchée non seulement au niveau de la technique législative²⁵, mais encore à celui du fond du droit. Les textes superflus, les contradictions, les lacunes et autres faiblesses de nature à compromettre l'autorité de la loi ne pourront être éliminés qu'à ce prix.

Le mérite revient à M. KURT EICHENBERGER d'avoir souligné ce besoin plus fortement qu'aucun juriste suisse ne l'avait fait avant lui²⁶. Dans son désir ardent de le faire reconnaître, peut-être a-t-il trop insisté sur les insuffisances de la pratique actuelle et un peu négligé du même coup les efforts d'ores et déjà accomplis pour y remédier. Sous cette réserve, il est vrai pourtant que la cohérence de l'ordre juridique appelle des soins plus intensifs.

Les réformes correspondantes seront d'ordre institutionnel. Elles appartiennent bien au sujet de cet article. Elles relèvent plus spécialement du chapitre de l'administration, tant il paraît évident que la charge permanente d'assurer l'harmonie des lois ne peut être remise qu'à un service administratif²⁷.

Manie du compromis?

Deux raisons m'incitent à user cette fois du point d'interrogation. D'abord, je ne suis plus aussi sûr que tout à l'heure d'en rester à mon sujet. Ensuite et surtout, il me faut avouer que l'ironie souvent exercée sur le thème du «compromis helvétique» n'a pas

²⁵ Ce n'est pas médire de la technique législative – qui mérite une grande attention – que de constater en passant que la cohérence substantielle du droit s'atteint bien plus difficilement encore que l'unité de ses formes.

²⁶ Voir notamment les pages 109a et s. de son rapport de 1954 (note 3).

²⁷ En théorie, ce n'est pas la seule solution. Que l'on songe aux attributions consultatives du Conseil d'Etat français en matière de législation (cf. JEAN-PAUL NEGRIN, Le Conseil d'Etat et la vie publique en France depuis 1958, Paris 1968; MARIE-CHRISTINE KESSLER, Le Conseil d'Etat, Paris 1968, p. 289 et s.; HENRY PUGET, L'élaboration des lois dans le régime actuel de la France, Revue administrative, 1963, p. 331–332). En Suisse, l'idée d'instituer un organe comparable n'est pas à l'ordre du jour.

fini de m'étonner. Je me demande comment les juristes qui s'associent à ce genre s'accommoderaient d'une politique législative fondée sur l'intransigeance – à supposer que pareille politique pût naître dans un Etat qui se veut démocratique et qui tire quelque orgueil de son pluralisme²⁸.

Néanmoins, il faut convenir que certains problèmes ne se prêtent pas à des solutions de compromis, sans oublier d'ailleurs qu'il est de mauvais compromis²⁹. Plus près du sujet, disons aussi que le moment et la manière de parvenir au compromis ont leur importance. Arrêté trop tôt, le compromis vide la procédure législative de sa substance. Il la rabaisse au niveau d'un rituel indigne des magistrats qui doivent, de par la constitution, s'en faire les acteurs. Arrêté dans le secret, le compromis donne l'impression d'obscurs marchandages dans lesquels l'intérêt public n'aurait pas trouvé son compte.

Cette dernière remarque fournit l'occasion de noter plus généralement que la nature et l'objet des travaux législatifs exigent qu'ils donnent lieu à une très large *publicité*. Sauf circonstances exceptionnelles, les faits et opinions qui serviront de base à une loi que nul ne sera censé ignorer n'ont pas à être placés sous secret. Les progrès réalisés depuis quelques années n'empêchent pas que la recommandation d'une publicité plus étendue est revenue comme un leitmotiv dans les réponses recueillies par le Groupe WAHLEN³⁰.

Le chapitre qui s'achève ne prétendait pas offrir un inventaire complet des critiques adressées à la procédure législative préliminaire. Il n'a servi qu'à relever quelques reproches de caractère général, en rapport direct avec l'organisation des travaux de législation. Il semble bien, en effet, que des réformes dans le sens d'une répartition plus juste des rôles, d'une cohésion renforcée et d'une publicité plus ample représenteraient autant d'améliorations sensibles de la procédure actuelle. Du moins est-ce en considération particulière de ces objectifs que les attributions respectives de

²⁸ Cf. R. BÄUMLIN, op. cit. (note 4), p. 261.

²⁹ En matière de législation, les compromis les plus redoutables sont ceux qui se font sur des mots plutôt que sur des idées.

³⁰ Dans son rapport final (p. 675), le Groupe WAHLEN se porte lui-même partisan d'un maximum de publicité pour la procédure de consultation.

l'administration, des experts et des organisations consultées seront examinées maintenant.

III. Le rôle et les moyens de l'administration

Le rôle qui revient à l'administration dans l'élaboration des lois est certes impressionnant³¹.

C'est elle, parfois, qui prend l'initiative de proposer une réforme. Quand l'impulsion ne vient pas d'elle, elle n'apparaît pas moins, dans le temps, comme le premier juge de l'utilité, de l'urgence, de la base constitutionnelle de l'intervention demandée. Avec ou sans concours extérieurs, elle prépare la réponse que le gouvernement doit au député qui entend mettre la machine législative en marche.

L'idée de la réforme admise, l'administration concourt à sa réalisation. S'agit-il d'une ordonnance, il n'est pas rare qu'elle en porte la responsabilité exclusive jusqu'au jour de la décision du gouvernement³². S'il s'agit d'une loi, elle examine la possibilité de rédiger elle-même un premier projet³³.

Souvent, il est vrai, et peut-être trop souvent, l'administration juge qu'elle ne saurait se passer de l'appui d'un ou de plusieurs experts. Cela ne la dispense pas de prendre des décisions ou de faire des propositions sur des points d'importance : la forme du concours nécessaire, le nombre et le choix des experts, la détermination de leur mandat, les délais d'exécution. Si une commission d'experts est constituée, des fonctionnaires sont chargés d'en organiser les séances, de tenir les procès-verbaux, de pourvoir à la documentation des membres et naturellement aussi de faire entendre au besoin la voix de l'administration³⁴.

Le moment venu de la procédure de consultation, il incombe à l'administration de rassembler les textes, de rédiger les commen-

³¹ Dans son rapport de 1954 (note 3), p. 40a–41a, M. EICHENBERGER l'a caractérisé en quelques formules frappantes.

³² Directives (note 1), chiffre 24.

³³ Directives (note 1), chiffres 2 et 3.

³⁴ La règle suivant laquelle les fonctionnaires n'ont qu'une voix consultative ne saurait évidemment s'appliquer quand ils transmettent les instructions du département mandant.

taires ou les questions qu'ils appellent, de vérifier la liste des autorités et des organisations dont il faut solliciter l'avis. Un peu plus tard, elle analysera les réponses et verra la suite à leur donner³⁵.

Le gouvernement veut-il que l'avant-projet des experts soit modifié, la charge des adaptations nécessaires est généralement confiée à l'administration. La mission de cette dernière ne s'arrête pas là. Dans la phase parlementaire encore, les commissions législatives ne se font pas faute de recourir à ses services.

Pour certains auteurs, cette omniprésence de l'administration représenterait un défaut majeur du système³⁶. De nombreux députés, bien placés pour en juger, ne partagent pas cet avis. C'est que la condamnation globale de la «bureaucratie» néglige cette évidence que la confection d'une loi requiert aussi une somme considérable de travail de bureau. L'argument tiré de la séparation des pouvoirs ne tient pas un compte suffisant du fait que «l'administration appartient aussi au parlement»³⁷. Priver les députés de l'aide des fonctionnaires reviendrait moins à renforcer leur liberté de décision qu'à les condamner à des besognes qui ne sont pas de leur mandat.

En réalité, c'est moins le rôle irremplaçable de l'administration qui fournit un sujet d'inquiétude que les moyens mis à sa disposition pour accomplir un tâche toujours plus lourde. Le programme législatif de la Confédération revêt une ampleur extraordinaire. Il inclut des réformes des lois les plus fondamentales. L'administration peut craindre d'être submergée sous le flot de postulats, de motions, d'interpellations et de petites questions qui forme l'héritage de chaque session de l'Assemblée fédérale³⁸.

Un moyen d'y parer consisterait à établir des priorités. Sa mise

³⁵ Directives (note 1), chiffre 17.

³⁶ Quand il est formé par des organisations déçues que leurs vœux n'aient pas fait loi, ce reproche ressemble fort à un hommage involontairement rendu à l'objectivité de l'administration.

³⁷ Cf. KURT REBER, *Die Verwaltung gehört auch dem Parlament*, Festgabe für Willy Rohner, Heerbrugg 1967, p. 53 et les références.

³⁸ M. ERICH GRUNER a analysé ce phénomène dans un article de la Gazette de Lausanne du 1^{er} février 1973: «L'augmentation du nombre d'actions parlementaires indique-t-elle une efficacité législative accrue?».

en œuvre dépend toutefois du parlement lui-même³⁹. Il n'est pas au pouvoir de l'administration de reléguer délibérément à l'arrière-plan des propositions acceptées par les Chambres fédérales. Si donc le programme des travaux ne peut être adapté à l'appareil, il faut s'employer à élargir l'appareil aux dimensions de la tâche. Dans certains services, ceci implique une augmentation du nombre des fonctionnaires. L'impopularité de l'opération n'en affecte pas la nécessité. Elle devrait pourtant s'accompagner d'autres mesures telles que le recours à l'informatique ou – je le note sans m'attarder à ce thème connu – la création d'un Institut suisse de droit comparé⁴⁰.

Le problème reste de l'orchestration. Un bref rappel des mesures existantes s'impose pour commencer:

a) La Chancellerie fédérale a édicté des directives sur la *technique* législative, en vigueur depuis le 1^{er} avril 1972 et actuellement en cours de révision⁴¹. Elle veille à leur application uniforme par tous les services de l'administration;

b) La Chancellerie fédérale surveille de surcroit l'observation des *délais*. Des tableaux sont établis périodiquement qui indiquent les différentes échéances de chaque réforme législative. Ils permettent d'atteindre un certain degré de planification. Les procédures de consultation sont aussi coordonnées par la Chancellerie fédérale⁴²;

c) L'harmonie des *solutions* est recherchée par le moyen des procédures dites de rapport joint ou de corapport. Selon les directives du 1^{er} janvier 1972 concernant la préparation et le règlement des affaires du Conseil fédéral, les questions de droit doivent être soumises à la Division de la justice avant toute proposition au gouvernement. Plus généralement, aucune proposition n'est ins-

³⁹ L'établissement de ces priorités pourrait appartenir à des commissions parlementaires (permanentes) des lois, telles qu'elles existent dans plusieurs parlements étrangers. Dans son article précité (note 14), M. BRÜHWILER a recommandé l'institution de commissions semblables. Voir aussi les réponses du Canton de Glaris au questionnaire du Groupe WAHLEN, vol. I, no. 102, I, p. 308–309.

⁴⁰ Cf. R. BÄUMLIN, op.cit. (note 4), p. 273.

⁴¹ Une commission formée par la Société suisse des juristes s'est prononcée sur cette révision, cf. K. OFTINGER, RSJ 69, 1973, p. 80.

⁴² Directives (note 1), chiffre 15, al. 3.

crite à l'ordre du jour du Conseil fédéral sans que la Chancellerie ne s'assure que la division dont elle provient a pris soin de consulter les autres services intéressés;

d) Le même principe se retrouve au niveau plus élevé des départements. Avant que le gouvernement n'en délibère, leurs propositions sont communiquées aux autres départements intéressés, qui sont invités à présenter un rapport joint. La Chancellerie dresse la liste des départements intéressés de cas en cas. Elle y inclut le Département fédéral de justice et police chaque fois qu'une question de droit se pose.

Il résulte de ces indications sommaires que la cohérence (matérielle) de l'évolution législative dépend pour une bonne part de l'intervention de la Division de la justice. Appelée chaque année à examiner des centaines de textes, à donner autant d'avis sur des points de législation, elle porte, avec des moyens encore trop modestes, une responsabilité dont l'ampleur et la difficulté sont parfois gravement méconnues⁴³.

Le fait demeure – et la Division de la justice est mieux placée que quiconque pour le savoir – que l'efficacité du système a ses limites⁴⁴. Bien que nous vivions dans un Etat de droit, nos concitoyens ne sont pas toujours disposés à sacrifier n'importe quel intérêt à l'harmonie des lois. La voix du juriste se perd quand le vent souffle très fort en sens contraire. Il arrive aussi que l'avis de la Division de la justice soit requis *in extremis*, alors que le problème posé exigerait de patientes recherches⁴⁵. Les textes les plus douteux sont du reste souvent faits de dispositions adoptées dans des circonstances exceptionnelles, hors du schéma classique des travaux législatifs. Il faut bien dire enfin que la multiplicité des ser-

⁴³ On rappelle d'autant plus volontiers le compliment d'un connaisseur, M. F. WEBER, en RDS 69, 1950, p. 261 et 263.

⁴⁴ Le rapport final du Groupe WAHLEN (p. 565) indique plus carrément que les directives du 6 mai 1970 n'ont fait que «codifier des pratiques instaurées de longue date, sans créer de garanties en ce qui touche la qualité». Au vrai les garanties actuelles de qualité – dont on vient de convenir qu'elles sont imparfaites – ne découlent pas des directives du 6 mai 1970, mais de celles du 1^{er} janvier 1972.

⁴⁵ A cet égard, les directives du 6 mai 1970 (note 1), chiffre 28, sont souvent oubliées. Cf. W. KERN, article cité (note 8).

vices juridiques de l'administration fédérale ne favorise pas l'avènement d'un idéal commun : les préoccupations des «généralistes» de la Division de la justice n'ont pas toujours l'oreille du spécialiste⁴⁶.

De cette dernière sorte d'accident, il ne faut pas tirer la conclusion que les fonctionnaires responsables de l'unité de la législation devraient disposer d'un droit de veto. De toute manière, ils ne pourraient pas l'opposer au gouvernement ni au parlement. Du moins conviendrait-il de suivre les recommandations inscrites au dixième chapitre du rapport final du Groupe WAHLEN (p. 564). Reprenant à son compte, pour l'essentiel, l'avis de la Commission d'experts chargée de préparer la révision totale de la loi sur l'organisation de l'administration fédérale, le Groupe WAHLEN propose en effet qu'un service de l'administration soit chargé de veiller à la cohérence de l'ordre juridique, de diriger l'élaboration de toutes les dispositions constitutionnelles, de contrôler la constitutionnalité des projets de lois et d'ordonnances, de prendre l'initiative des réformes oubliées, de surveiller enfin la législation cantonale⁴⁷.

Dans l'immédiat, la réalisation de ces idées représenterait un grand progrès. Simplement faut-il bien voir que le succès de l'entreprise ne dépendrait pas seulement du zèle et du talent des juristes appelés à y collaborer. Il serait subordonné aussi à une volonté politique soutenue de sauvegarder et au besoin de rétablir l'unité et la qualité de la législation. Sans cette détermination, l'opportuniste, tentation terrible de la petite semaine, aurait tôt fait d'entraîner de nouveaux errements.

⁴⁶ Des contacts permanents et organisés devraient exister entre le service central et les services spécialisés.

⁴⁷ Voir déjà V. KURT, Die Kunst der Gesetzgebung, RSJ 37, 1940–41, p. 338 et 344; K. EICHENBERGER, op.cit. (note 3), p. 117a; Y. HANGARTNER, Rechtsstaatliche Gesetzestechnik, en «Stillstand und Fortentwicklung im schweizerischen Recht», Berne 1965, p. 115; mais aussi les réserves de M. BAUMGARTNER, article cité (note 10), p. 26. L'idée du Groupe WAHLEN ne se confond pas avec celle – plus large et dépassant le sujet traité ici – d'un «état-major civil» tel que le voyait M. IMBODEN (Helvetisches Malaise, p. 36).

IV. Les experts

Les lois de la Confédération s'élaborent à grand renfort d'experts⁴⁸. Non sans raison car la législation est œuvre politique et scientifique à la fois. Même quand elle n'est pas à court de solutions, l'administration peut d'ailleurs éprouver le besoin de soumettre ses idées à l'examen d'un ou de plusieurs spécialistes. Cela fait partie de son souci d'objectivité. L'appel aux experts est sans doute plus discutable lorsqu'il sert surtout à décharger l'administration d'une tâche qu'elle ne trouve pas le temps d'exécuter elle-même. Encore faut-il bien voir en pareil cas qu'au défaut d'appuis extérieurs, l'administration n'aurait d'autre choix que de s'élargir ou de reléguer certaines affaires dans ses tiroirs les plus profonds.

Qu'elle soit indispensable ou simplement utile, la collaboration des experts prend des formes diverses. Celle d'un avis sur un point de droit déterminé, par exemple⁴⁹. C'est peut-être celle qui pose le moins de problèmes, sauf à noter le risque que l'expert consulté par l'autorité soit contredit par certains de ses collègues. Le parlement s'agace parfois de ces querelles de docteurs, oubliant en cela que c'est le propre des questions scientifiques d'offrir matière à discussion⁵⁰. Très souvent, cependant, l'autorité s'adresse d'emblée à une pluralité d'experts. Les directives du 6 mai 1970 distinguent à cet égard les commissions d'étude (chiffre 3) des commissions d'experts (chiffre 6). Les premières ne devraient pas comprendre plus de cinq membres, les secondes pas plus de vingt-cinq. La terminologie importe peu. L'essentiel est de ne pas oublier que les petits groupes sont les plus efficaces⁵¹.

⁴⁸ Pour une critique particulièrement vive du phénomène, cf. MANFRED KUHN, *Der Experte im demokratischen Rechtsstaat – ein Beitrag zur Kritik der Expertokratie*, RSJ 54, 1958, p. 301. Mais certaines exagérations de la pratique d'aujourd'hui inquiètent le gouvernement lui-même, comme le montre le Rapport de gestion du Conseil fédéral pour l'année 1972, p. 1 et 2.

⁴⁹ Cf. MAX IMBODEN, Bedeutung und Problematik juristischer Gutachten, en «Ius et Lex» (Mélanges Gutzwiller), Bâle 1959, p. 503.

⁵⁰ Il peut être ennuyeux de recueillir des avis divergents sur la constitutionnalité d'un projet. Serait-il tellement plus satisfaisant d'avoir l'avis majoritaire d'une commission ou d'un tribunal?

⁵¹ Cf. W. HUG, op. cit. (note 16), p. 135 et 140.

Il faut aller plus loin et dire que l'existence de commissions formées de plusieurs dizaines de membres résulte d'une confusion entre le domaine propre des experts et le rôle de la procédure de consultation. On aborde ici un problème de première importance, celui de la notion même de l'expert, et à travers lui celui du choix des experts.

Sans doute faut-il tenir pour légitime qu'à la veille de légiférer, les autorités veuillent connaître les expériences, les vœux ou les objections des milieux le plus directement intéressés⁵². Mais c'est là l'objet de la procédure de consultation, voire d'une procédure d'enquête plus large et plus pénétrante que celle qui est habituellement suivie. L'expert a une autre mission. En connaissance des faits et des opinions qui ont cours, il doit appliquer son savoir à la recherche de solutions nouvelles. Il n'est pas un porte-parole. Il doit être apte à considérer les intérêts en présence avec un recul suffisant. De même que le juge ne saurait confondre les rôles respectifs de l'expert et de l'avocat, le législateur devrait prendre le courageux parti de distinguer les apports – également utiles mais d'essences différentes – des experts et des «représentants d'intérêts». La contribution de ces derniers sera examinée plus avant. Pour l'instant, il suffit de dire qu'ils ne devraient plus trouver place dans les commissions d'experts⁵³.

Dans le même ordre d'idées, le conseil est donné au législateur de recourir à des experts parfaitement indépendants. En théorie, la recommandation est fondée. En pratique, il est possible de s'y conformer souvent. Il y a pourtant des domaines dans lesquels il n'est guère de spécialistes (donc d'experts) qui puissent se réclamer d'une indépendance totale⁵⁴. Si leur concours est néanmoins indispensable, l'autorité qui le sollicite n'a d'autre ressource que d'exiger un effort particulier d'objectivité de la part des experts,

⁵² Suivant les termes du Rapport final du Groupe WAHLEN, p. 670, «la procédure de consultation doit en tout cas être maintenue».

⁵³ Voir notamment K. EICHENBERGER, op. cit. (note 3), p. 107a, mais l'avis contraire garde de nombreux adeptes.

⁵⁴ Voir la réponse du Canton de Zoug au questionnaire du Groupe WAHLEN, vol. I, no. 277, p. 378. Elle propose de recourir à des experts indépendants de tout intérêt, pour autant qu'ils existent («soweit ausfindig»).

puis d'examiner leur rapport avec le maximum de vigilance. L'expérience montre d'ailleurs que des experts très «engagés» savent jouer le jeu, qu'ils parviennent à se prémunir contre le risque d'un parti-pris par le recours à une méthode scientifique rigoureuse. En tout cas, la question de l'indépendance des experts ne paraît pas se confondre entièrement avec celle de la représentation des organisations intéressées dans les commissions d'experts.

Selon les directives du Conseil fédéral, les fonctionnaires ne peuvent pas être désignés comme experts, mais ils prennent part, à titre consultatif, aux travaux des commissions. La portée de la règle ne doit pas être exagérée. Dans de nombreuses commissions, les conclusions s'atteignent par le moyen du consensus plutôt que par celui du vote, si bien qu'une participation avec voix consultative n'a pas moins de poids qu'une autre. La discréption que la plupart des fonctionnaires s'imposent enlève toute gravité à la question. Au plan des principes, il semble bon que les fonctionnaires puissent garder leurs distances. Ils en seront plus à l'aise au jour où le gouvernement et le parlement s'intéresseront à leur avis personnel⁵⁵.

Les directives traitent aussi de la participation des parlementaires. D'après leur chiffre 7, 2^e alinéa, «des membres de l'Assemblée fédérale peuvent être appelés à faire partie d'une commission d'experts lorsque les circonstances font paraître leur désignation opportune». Disposition flexible entre toutes et pourtant digne d'approbation. L'expérience montre en effet que les parlementaires-experts sont généralement capables du dédoublement fonctionnel qui leur est demandé. En d'autres mots, ils savent se comporter en experts parmi les experts et en députés parmi les députés.

Quel que soit le choix des experts, M. OFTINGER paraît justifié à écrire que la composition de la commission devrait compter au nombre des énonciations obligatoires de tout message du Conseil fédéral⁵⁶. Disons encore que la Confédération devrait s'efforcer d'élargir les bases de son recrutement. Les experts les plus che-

⁵⁵ Répondant au questionnaire du Groupe WAHLEN, le Canton de Soleure a suggéré que les messages du Conseil fédéral indiquent non seulement les noms des experts, mais encore les titres qui justifiaient leur désignation, vol. I, no. 148, p. 519.

⁵⁶ RSJ 66, 1970, p. 190–191.

vronnés sont souvent mis à une contribution excessive. Nos Universités – pour ne parler que d’elles – se rajeunissent. Elles ont de jeunes professeurs que l’administration fédérale ne connaît pas encore mais qui, par cette raison même, disposeraient de plus de temps que leurs aînés. Tout en concédant enfin que la préparation d’une loi est largement affaire de juristes, il faut ajouter, sans développer le thème de l’interdisciplinarité autant qu’il le mériterait, que les autres sciences sociales devraient y être plus systématiquement associées.

La question du mandat des experts revêt elle aussi une très grande importance, marquée par les directives du Conseil fédéral et néanmoins oubliée parfois par l’administration. Il est des commissions qui doivent se mettre à leur tâche sans autre bagage que le texte d’un postulat, de son développement et de la réponse du gouvernement. Les experts peuvent y voir un signe de la confiance dont ils jouissent, apprécier la liberté d’esprit qui en découle. Mais ils peuvent aussi en retirer le sentiment moins enthousiasmant que leur mandant ne porte qu’un médiocre intérêt à l’entreprise. Au reste, personne ne suggère que le gouvernement devrait dicter d’avance les conclusions des experts. Aucun savant digne de ce nom ne voudrait travailler dans ces conditions. Un double intérêt ne s’attache pas moins à des instructions aussi précises que possible. Grâce à elles, les experts pourront se limiter aux investigations qui exigent vraiment leur concours. Et même arrivera-t-il que la détermination du mandat révèle l’inutilité d’une expertise. Au surplus, la description du mandat permet à l’autorité de marquer au besoin les limites politiques de l’exercice. Il ne sert de rien que les experts étudient tous les aspects techniques d’une solution que le gouvernement exclut d’emblée par les considérations politiques qui sont de son ressort.

Les méthodes de travail des commissions d’experts sont infiniment variées. Elles dépendent en partie d’une «ambiance» qui peut être fort différente d’une commission à l’autre, selon la composition et l’objet des travaux. Elles dépendent aussi du style du président. C’est pourquoi il est juste que ce dernier soit désigné par le département⁵⁷ et non point élu par la commission. Dans le

⁵⁷ Directives, chiffre 8.

choix, les considérations d'âge, d'ancienneté ou de prestige devraient moins compter que la disponibilité, le sens de l'organisation et l'aptitude à diriger les débats.

La diversité dont on vient de parler se retrouve dans les procès-verbaux. Pour les travaux législatifs de quelque importance, l'usage de la Division de la justice semble se recommander qui revient à confier les procès-verbaux à des juristes⁵⁸ et à leur demander un compte rendu aussi complet que possible⁵⁹. A la vérité, il en résulte une lourde charge. Mais cet inconvénient est compensé par de réels avantages, dont le moindre n'est pas que le gouvernement et le parlement pourront vérifier les conditions dans lesquelles la conviction des experts s'est formée.

En leur chiffre 9, les directives prévoient que «les commissions d'experts peuvent se diviser en sous-commissions si la bonne exécution de leur mandat le justifie». De cette règle, il faut retenir non seulement la faculté qu'elle ouvre, mais encore et surtout la condition qu'elle y met. La constitution de sous-commissions alourdit parfois inutilement l'appareil. Elle ne devrait être envisagée que quand il s'agit d'examiner une série de questions qu'une partie seulement de la commission domine parfaitement. En revanche, le fait de renvoyer en sous-commission l'étude d'un problème qui intéresse tous les experts entraîne en général des redites: Les mêmes arguments sont avancés et discutés dans la sous-commission puis repris dans l'assemblée plénière, seule habilitée à prendre des décisions⁶⁰.

Pour assurer un bon départ des travaux des experts, il est essentiel de mettre immédiatement une base de discussion à leur disposition. Si l'administration a pris l'initiative de rédiger un avant-projet, le problème est résolu. A moins que le mandat de la commission ne consiste précisément à se prononcer sur un projet existant, ce devrait être la responsabilité du président ou d'un rapporteur d'en rédiger un ou de dresser un état des questions à examiner.

⁵⁸ Cf. K. OFTINGER, RSJ 66, 1970, p. 191.

⁵⁹ En revanche, la reproduction complète des discussions ne s'impose pas. Elle allonge à ce point les procès-verbaux qu'ils ne trouvent plus de lecteurs.

⁶⁰ Directives (note 1), chiffre 9, 2^e alinéa.

La durée et le rythme des séances exercent leur influence non seulement sur les délais d'exécution du mandat, mais aussi sur la qualité même des travaux, qui exige un minimum de continuité. L'idéal consisterait dans des séances fréquentes qui s'étendraient sur plusieurs jours et se tiendraient dans des endroits si splendide-ment isolés que les experts y oublieraient tout autre souci. La réalité demeure fort éloignée de cette image. Ce n'est pas une raison de renoncer à s'en approcher. Une définition plus stricte de l'expert, la préférence donnée à de petites commissions permettraient des progrès dans cette direction. En outre, à choisir entre deux experts d'égales qualifications, il faudrait retenir celui qui présente l'agenda le moins encombré.

Que dire enfin de la manière dont se forment les décisions (mieux : les recommandations) des commissions d'experts ? M. OFTINGER a certes raison d'observer que si les experts votent, ils doivent le faire selon les règles⁶¹ – des règles que les directives à venir pourraient préciser davantage. Il reste que de nombreuses commissions évitent de voter et retiennent la méthode du consensus, qui ne paraît pas condamnable. De toute manière, les conclusions des experts ne devraient pas être dissociées de l'argumentation qui les a amenées : Sur quels faits la commission s'est-elle fondée ? A quelles sources a-t-elle puisé son information ? Quelles objections a-t-elle élevées contre ses propres solutions et par quels motifs les a-t-elle écartées ? Les opinions des experts demandent à être pesées plutôt que comptées, en sorte qu'il paraît indispensable de les apprécier à ces divers points de vue. Plus encore, il importe que le mandant soit dûment informé des avis et propositions de minorité.

Faut-il aller plus loin et exiger de la commission d'experts qu'elle présente des solutions alternatives⁶² ? Pour mon compte, je n'en rejeterais pas l'idée pour les experts comme je le ferais pour le gouvernement, qui se doit à mon avis de saisir le parlement de propositions fermes. Encore conviendrait-il de prendre garde qu'une

⁶¹ RSJ 66, 1970, p. 190. L'auteur voudrait aussi que la question du remplacement des experts fût réglée.

⁶² Voir notamment P. NOLL, *Gesetzgebungslehre* (note 8), p. 107 et s. et les références, mais aussi l'avis différent de M. BÄUMLIN, op.cit. (note 4), p. 266.

voie de facilité ne soit pas ouverte par cette nouvelle manière. Les experts pourraient être tentés d'aligner des modèles concevables, au choix du client. Ce faisant, ils donneraient une haute idée de leur liberté d'esprit. Peut-être apaiseraient-ils en même temps les soucis des adversaires de la technocratie. L'ennui est que le parlement en resterait Gros-Jean comme devant. La formulation de solutions de rechange devrait servir à préserver la liberté de décision des autorités, non point à les plonger dans la perplexité. Elle ne semble dès lors se justifier que devant une certaine équivalence (les avantages et les inconvénients respectifs des différentes voies proposées devraient s'équilibrer) et à la condition supplémentaire que le choix de la règle nouvelle dépende d'une volonté politique en suspens. Dans la plupart des cas, il devrait suffire que le rapport de la commission d'experts renferme les opinions minoritaires.

V. La procédure de consultation

La procédure de consultation a ses titres de noblesse. Pour une part au moins, elle se fonde en effet sur des bases légales et même constitutionnelles⁶³. Cela ne l'empêche pas d'être vivement critiquée, soit dans son principe, soit dans son application. Au vrai, elle a aussi de vigoureux défenseurs, mais il faut reconnaître que ceux-ci se rencontrent le plus souvent dans le champ des «bénéficiaires» du système en vigueur.

La contestation du principe même de la procédure de consultation se comprend pourtant assez mal. En recueillant un certain nombre d'informations, les autorités législatives témoignent de leur souci de statuer en connaissance de cause. La consultation des cantons trouve une justification suffisante dans les structures fédératives de notre pays⁶⁴, celle des partis politiques dans notre con-

⁶³ Faute de pouvoir citer les travaux innombrables qui ont trait à la procédure de consultation, qu'il suffise de mentionner la thèse récente et bien faite de M. MAX FLÜCKIGER, *Die Anhörung der Kantone und der Verbände im Gesetzgebungsverfahren*, Berne 1968, et de se référer à sa bibliographie.

⁶⁴ Voir la réponse donnée par le Canton de Vaud au questionnaire du Groupe WAHLEN, vol. I, no. 142, p. 915.

ception de la démocratie. Plus difficile à légitimer en théorie, la consultation des organisations intéressées ne résulte pas moins d'une vue réaliste des choses. Qu'on le veuille ou non, l'efficacité de la réforme entreprise dépend souvent de la réaction de ces organisations, du concours qu'elles apporteront à l'application des règles nouvelles, sans parler du fait qu'il est parfois en leur pouvoir – le référendum aidant – d'anéantir l'œuvre du parlement. La vision jacobine d'un Etat en relation directe avec le citoyen, sans intermédiaire, n'a plus cours.

De là à conclure que tout va pour le mieux, il y a un pas. Comment ne pas demeurer songeur, par exemple, devant les conditions dans lesquelles «l'avis d'un canton» peut se former? Chacun sait que cette appellation recouvre parfois l'opinion personnelle d'un fonctionnaire cantonal, de même d'ailleurs que l'avis d'un parti ou d'une organisation économique peut être celui d'un membre de son secrétariat⁶⁵. Il y aurait donc de bonnes raisons d'exiger que tout avis soumis à l'autorité fédérale s'accompagne d'une explication de sa véritable origine.

C'est d'ailleurs une chose de prendre l'avis d'une organisation et c'en est une autre de l'autoriser à faire le siège du législateur. Il n'est pas inconcevable, aujourd'hui, qu'une association lance l'idée d'une réforme, qu'elle soit représentée dans la commission d'experts appelée à en délibérer et, au stade final, qu'elle fasse entendre sa voix au parlement par l'entremise d'un député amical. Si tel est le scénario, il y a quelque ironie à y insérer encore la consultation de l'association en cause!

Comment faut-il dès lors tenter de supprimer les inconvénients de la pratique actuelle, sans renoncer pour autant au principe d'une consultation qui n'est pas, quoi qu'on en dise, particulière à notre pays⁶⁶? La condition première est sans doute dans une définition claire de l'objet propre de cette procédure. Comme dit M. EICHENBERGER, elle doit rester une consultation⁶⁷. Elle ne doit

⁶⁵ Rapport final du Groupe WAHLEN, p. 675.

⁶⁶ Dans les pays nordiques, par exemple, la procédure de consultation se déroule selon un modèle à peu près identique.

⁶⁷ Pour lui conserver ce caractère, il conviendrait de poser plus souvent qu'on ne le fait des questions précises.

pas avoir pour but de réaliser avant terme un accord sur les règles nouvelles. Elle doit servir à rassembler des informations – sur les expériences nées de l'application du droit en vigueur, sur les avantages et les inconvénients prévisibles des dispositions proposées, sur d'éventuelles solutions de rechange, en bref sur un ensemble de faits et d'opinions dont la connaissance enrichira le dossier des autorités législatives.

A ce point de vue, les auteurs qui s'en prennent le plus vivement au déroulement actuel des procédures de consultation n'ont peut-être pas suffisamment aperçu qu'un bon moyen d'empêcher que l'avis de certaines organisations exerce une trop grande influence serait d'étendre le champ de l'enquête plutôt que d'y renoncer⁶⁸. Plus largement informé, le législateur redécouvrirait la liberté de décision que l'avis concordant de quelques groupements de faîte peut obscurcir. Le propos délibéré de recueillir le plus grand nombre d'avis possible permettrait au surplus de renoncer plus facilement à la création de commissions immenses.

La diversification des formes de la consultation vaudrait aussi d'être étudiée. La communication d'un projet achevé, accompagné ou non de questions, ne représente pas la seule méthode concevable⁶⁹. Elle n'est pas toujours la plus opportune non plus. Aujourd'hui déjà, la formule des auditions («hearings») gagne la faveur des autorités. Il arrive aussi que l'administration engage, avec la permission du gouvernement, une sorte d'enquête publique⁷⁰.

Partisan d'une extension du champ de l'enquête en même temps que d'une diversification des formes qu'elle prend, je me dois d'illustrer ces deux propositions par des exemples :

Dans les domaines du droit privé et du droit pénal, en tout cas, la consultation du Tribunal fédéral et celle des tribunaux supé-

⁶⁸ Dans sa réponse au Groupe WAHLEN, le Canton de Soleure en a fait la recommandation, vol. I, no. 148, p. 519–520: «möglichst alle Ansichten zu Worte kommen lassen». Le Groupe l'a reprise dans son rapport final, p. 675.

⁶⁹ Les directives du 6 mai 1970 ne manquent pas d'ouvrir d'autres voies, comme celles de la conférence (chiffre 15, 1^{er} alinéa), de l'échange de vues (chiffre 18) ou de l'envoi d'un questionnaire en lieu et place d'un projet pas encore rédigé (chiffre 16, 3^e alinéa).

⁷⁰ Exemple soit pris de la diffusion donnée au rapport intérimaire du président et du secrétaire du Groupe de travail pour l'examen du droit de la société anonyme.

rieurs des cantons devraient être de règle. L'avis des tribunaux cantonaux pourrait d'ailleurs être assimilé sans dommage à celui des cantons. Les tribunaux sont bien placés, en effet, pour enregistrer les insuffisances des dispositions qu'ils sont chargés d'appliquer. Confrontés demain avec les difficultés d'interprétation du nouveau droit, ils ont tout intérêt à ce que celui-ci soit clair et net. Conscients des limites de leurs pouvoirs, ils sont encore à même de tirer la sonnette d'alarme quand le législateur s'apprête à édicter des règles séduisantes en théorie, mais dont l'application effective ne pourrait pas être garantie. On objectera qu'un juge peut être tenté de préférer le confort relatif d'un droit qu'il connaît de longue date à l'aventure qu'une règle nouvelle représente toujours. La vérité est que de nombreux magistrats résistent fort bien à ce penchant conservateur. Dans la mesure où il est présent, il n'apporte pas un motif suffisant de se passer de l'expérience incomparable des tribunaux.

Les ressources offertes par les Facultés de droit pourraient aussi être exploitées plus systématiquement qu'elles ne le sont aujourd'hui. Pourquoi ne pas envoyer aux professeurs tous les projets de quelque importance qui se rapportent au domaine de leur enseignement? Les destinataires y seraient sensibles, mais les autorités législatives y trouveraient également leur compte. Sans devoir recourir pour cela à l'élargissement infini des commissions d'experts, elles seraient assurées de ne négliger aucun courant de la doctrine. Il ne s'agit pas d'instaurer la république des professeurs, mais de se souvenir que l'ignorance n'a jamais servi personne.

Cependant, l'extension proposée ne devrait pas se limiter au cercle des juristes. La compréhension du rôle et des exigences du droit, que l'on peut tenir pour acquise dans cette compagnie, se rencontre beaucoup moins en dehors d'elle. Pour mieux comprendre et pour être mieux compris, le législateur devrait s'enquérir davantage des préoccupations du grand public – très différentes parfois de celles qui animent les politiciens, les juristes ou même les représentants des associations les plus vastes.

C'est ici qu'apparaît l'utilité de nouvelles formes d'enquête. Dans certains cas, il se recommanderait d'annoncer publiquement l'intention d'une révision dès l'instant où elle se forme et d'inviter toutes

les personnes et tous les groupements qui le jugeraient opportun à faire connaître leurs suggestions dans un délai déterminé. Bien préparées, les auditions sont rentables elles aussi. Elles ont en outre l'avantage de pouvoir être organisées dans la phase parlementaire comme au stade préliminaire des travaux de législation⁷¹. Parfois enfin, l'importance d'un avant-projet justifierait une diffusion telle qu'une discussion publique puisse s'amorcer. Il arrive trop souvent que de bonnes idées soient connues trop tard et qu'elles donnent lieu à des improvisations qui ne sont pas sans danger pour la systématique des projets.

Malheureusement, des innovations de ce genre risquent d'alourdir un appareil déjà compliqué, donc de ralentir encore le fonctionnement de la machine législative. Toutefois, dans la mesure où elles permettraient aux autorités de disposer assez tôt d'une information complète, elles pourraient aussi imprimer un certain élan à cette machine et prévenir les chocs-retour auxquels elle se trouve parfois exposée. Le cas n'est pas inconnu d'ouvrages qu'il a fallu remettre sur le métier à la réception d'observations qui auraient pu être sollicitées bien avant. De toute façon, le désir d'éviter que des avis isolés ne prennent trop de poids ne saurait être satisfait qu'au prix de nouveaux efforts.

Sur le point des compétences, l'opinion a été avancée que le parlement devrait avoir le monopole de l'enquête et du dépouillement de ses résultats⁷². Il n'y a pas lieu de s'y attarder sinon pour répéter que l'autorité du parlement ne gagnerait rien à s'exercer dans des directions administratives. L'organisation de la procédure de consultation est pour une large part un travail de chancellerie, de même que l'analyse des réponses⁷³. Aussi bien doit-il suffire que les décisions importantes soient réservées au Conseil fédéral⁷⁴ et que toute liberté reste au parlement de critiquer la procédure suivie et d'exiger des compléments d'enquête.

⁷¹ Les auditions par des commissions parlementaires ne sont pas rares.

⁷² Sans être aussi absolue, une recommandation du Canton de Glaris présentée au Groupe WAHLEN va dans ce sens, vol. I, no. 102, p. 108–109.

⁷³ Sait-on que l'ensemble des réponses couvre parfois plus de mille pages?

⁷⁴ Directives (note 1), chiffres 11, 14 et 17.

VI. La publicité des travaux préliminaires

Le cinquième chapitre des directives du 6 mai 1970 traduit la volonté du Conseil fédéral d'assurer une large publicité aux travaux qui se déroulent sous son autorité.

En son second alinéa, le chiffre 19, par exemple, dispose qu'«en règle générale, les résultats des consultations, y compris les projets et les pièces y relatives, n'ont pas de caractère confidentiel». Comme les pièces importantes du dossier d'une réforme législative se rapportent presque toujours au projet en cause, la portée de ce texte n'est pas négligeable. Il signifie qu'en principe, tout intéressé peut avoir accès à la documentation de l'administration, sauf à résérer les questions des formes et du moment de cet accès.

Selon le chiffre 20, 1^{er} alinéa, les experts peuvent – à condition il est vrai d'y être autorisés par le département – faire usage de leurs travaux dans des conférences, des cours ou des publications. Vu la précision que les travaux s'entendent aussi bien des avant-projets et projets que des rapports de commission ou d'expertise, la règle, libéralement interprétée par les départements, ouvre elle aussi un vaste champ à la publicité. Elle procure même une arme qui peut être redoutable aux experts peu portés à s'incliner devant une majorité. Reprenant leurs thèses dans des conférences et des publications, ils gardent une chance – cela s'est vu – d'emporter au niveau du parlement la conviction qu'ils n'avaient pas réussi à créer dans la phase préliminaire.

Le chiffre 21, encore, exige que les messages à l'appui des projets de lois ou d'articles constitutionnels exposent «le déroulement de la procédure préliminaire ainsi que ses résultats essentiels».

Pour être large, la publicité garantie par les directives du Conseil fédéral n'est pas illimitée⁷⁵. A moins d'une règle spéciale et différente (comme celle qui vise les consultations), il appartient au département de décider «si les résultats des différentes phases de

⁷⁵ Il faut aussi se demander ce que le public est prêt à recevoir. Les journalistes disposés à présenter un projet de loi ne peuvent espérer que toutes les autres rubriques seront sacrifiées à leur dessein. Publicité et information ne sont pas strictement synonymes.

la procédure préliminaire doivent être considérés comme confidentiels et, dans l'affirmative, pour combien de temps» (chiffre 19, 1^{er} alinéa). On a vu déjà que les experts ne peuvent faire un usage public de leurs travaux qu'avec l'autorisation du département. A cela s'ajoute le fait que les procès-verbaux des commissions d'experts ne sont pas publiés. «Ils ne peuvent être remis à des tiers ou portés à leur connaissance qu'avec l'assentiment du département, le cas échéant moyennant l'imposition de certaines charges» (chiffre 20, second alinéa).

Ces quelques restrictions se justifient dans la mesure où elles sont dictées par des impératifs pratiques, hors desquels la transparence la plus complète peut et doit avoir cours. Il y a, en effet, des considérations pratiques que l'on ne saurait sacrifier au principe de la publicité sans provoquer d'intolérables pertes de temps et d'argent. En voici des exemples :

La règle d'après laquelle les procès-verbaux des commissions ne sont pas publiés serait contestable si elle devait uniquement assurer le caractère confidentiel des délibérations des experts. Elle se justifie, en revanche, par l'argument que ces procès-verbaux, parfois très longs, n'intéressent finalement qu'un fort petit nombre de nos concitoyens et que leur impression grèverait lourdement le budget de l'Etat. Le même argument vaut pour les réponses reçues lors des procédures de consultation. Plus généralement, l'idéal de la transparence ne devrait pas être poussé si loin qu'il obligeraît la Confédération à diffuser des documents promis à 95% à une destruction immédiate. Quelques exemplaires polycopiés suffisent presque toujours pour satisfaire les curiosités qui se manifestent. Les intéressés s'accommodent volontiers, d'ailleurs, de la charge de restituer un document après l'avoir lu ou de le consulter sur place.

Le facteur-temps compte aussi, en ce sens qu'une communication tout à fait concevable à un moment donné peut se heurter à des difficultés si elle est sollicitée plus tôt. Ainsi devrait-il être évident que le fonctionnaire responsable d'une réforme en cours ne saurait se dessaisir de son dossier ni en faire photocopier les trois-quarts à la seule fin (sympathique) d'obliger un candidat au docto-
rat. Pour prendre un autre exemple, il est judicieux qu'une com-

mission d'experts puisse former ses idées avec une certaine continuité, à l'abri des pressions auxquelles elle serait exposée si un compte rendu de ses délibérations suivait chacune de ses séances. Une autre conception entraînerait une confusion de plus entre le domaine de la consultation et celui de l'expertise.

Sous réserve des limites imposées par un souci d'efficacité et d'économie, la publicité pourrait être plus large encore qu'elle ne l'est maintenant. Il n'y aurait guère d'inconvénient, par exemple, à ne pas subordonner l'utilisation des travaux des experts à l'autorisation du département (il conviendrait en revanche d'exiger que ces travaux soient présentés comme tels, et non pas comme des opinions ou décisions de l'autorité). Il serait possible aussi de décréter que les résultats des consultations ne sont pas confidentiels, au lieu d'en faire une règle générale assortie d'exceptions⁷⁶. L'organisation assez sûre d'un fait pour proposer qu'une loi nouvelle s'en inspire ne peut pas raisonnablement exiger que les autorités législatives n'en fassent pas état. Le risque existe qu'une publicité inconditionnelle affecte la franchise ou la vivacité de certains mémoires. Tant pis. Une vérité qui n'est pas bonne à dire public n'est pas bonne non plus à servir de base à une règle de loi⁷⁷.

VII. Conclusions

Ces quelques pages n'épuisent pas le sujet. C'est ainsi que les suggestions qu'elles portent ont trait surtout à l'élaboration des lois, au sens formel du mot, alors que les conditions dans lesquelles naissent les ordonnances sont plus problématiques⁷⁸. Peut-être se trouvera-t-il des lecteurs qui regretteront davantage qu'aucun bouleversement de l'organisation des travaux législatifs ne soit proposé. Ils auront pourtant été avertis par une introduction qui n'annonçait rien de révolutionnaire. Plusieurs raisons m'incitaient en effet à la modération.

⁷⁶ Voir la note 30, ci-dessus.

⁷⁷ Il resterait ce fait ennuyeux que certaines organisations s'adressent directement aux députés, par courrier privé et sans toujours informer le gouvernement de leur démarche. Mais ceci ne concerne plus la procédure préliminaire.

⁷⁸ Dans les recueils la proportion des lois au sens formel est faible et ce n'est pas nouveau, cf. H. BRÜHWILER, op. cit. (note 14), p. 226.

D'abord, je ne puis adhérer à ce mythe de l'âge d'or de la législation, d'après lequel la Suisse aurait connu, jadis et naguère, les lois irréprochables dont elle serait désormais incapable de se doter. L'exemple du Code civil suisse est parfois invoqué pour donner quelque consistance à ce fantasme. Il pourrait servir mieux encore à le détruire. Les mérites du Code civil suisse ont fait d'emblée d'autant plus d'impression que les autres lois de son temps étaient loin de posséder les mêmes vertus.

Ensuite, il m'a paru nécessaire de souligner que le gouvernement et l'administration de la Confédération, de même que toutes ces personnes qui veulent bien les aider dans l'accomplissement d'une tâche infiniment délicate, ne ménagent pas leurs peines pour assurer la bienfacture de nos lois. Puisque l'arbre se juge à ses fruits, j'irai jusqu'à dire que la récolte est présentable. Les juristes suisses auraient mauvaise grâce à laisser à des collègues étrangers le soin de s'en apercevoir⁷⁹.

Il est vrai pourtant que les lois et les ordonnances d'aujourd'hui peuvent inquiéter par certains traits des esprits même bienveillants. Par leur nombre: La nécessité de règles supplémentaires devrait être appréciée avec plus de rigueur⁸⁰. Il faudrait prendre garde aussi de ne pas tirer des conséquences excessives du principe de la légalité des actes de l'administration⁸¹. Par leur ampleur: Le diable se cache dans les détails. Le législateur ne doit pas poursuivre l'impossible objectif de prévoir et de régler toutes les situations. La jurisprudence et la doctrine n'ont pas cessé de mériter sa confiance. Par leur style: Ornement des pensées profondes, selon VAUVENARGUES, la clarté n'exclut pas cette «Gründlichkeit» à la-

⁷⁹ La documentation réunie au sujet des méthodes appliquées à l'étranger n'a pu être exploitée ici. Mais il faudrait lire au moins l'article de M. HANS SCHNEIDER, *Der Niedergang des Gesetzgebungsverfahrens*, Festschrift für Gebhard Müller, Tübingue 1970, p. 421.

⁸⁰ Cf. P. NOLL, dans les *Mélanges Germann* (note 8), p. 164: «Die gesetzgeberische Ökonomie ist ein dringendes Postulat geworden». Voir aussi G. MÜLLER-BOSSE, *Gesetzesinflation und Vollzugskrise*, Neue Zürcher Zeitung, no. 56, du 4 février 1973, p. 37.

⁸¹ Le conseil vient d'un maître, M. ANDRÉ GRISEL, qui écrit: «Il ne s'impose pas que la loi arrête les détails d'actes de moindre portée» (*Droit administratif suisse*, Neuchâtel, 1970, p. 166).

quelle beaucoup de nos compatriotes ne renonceraient pas de sitôt. Inutile de poursuivre, car le thème ramènerait, sans qu'on puisse y ajouter quoi que ce soit, aux préceptes de MONTESQUIEU⁸².

Mais les juristes associés aux travaux législatifs de notre temps ne manqueraient pas d'observer que les difficultés auxquelles ils se heurtent ont d'autres causes que l'oubli des recettes de *L'Esprit des Lois*. Il n'appartenait pas à mon sujet d'examiner les causes multiples – d'ordre politique, économique, social, scientifique même – des embarras du législateur. Au moment de conclure, il sied néanmoins de relever que l'organisation des travaux législatifs n'y a qu'une faible part.

Le souci de ne pas nourrir d'illusions sur la portée que peuvent avoir des mesures d'organisation entre pour beaucoup dans la préférence marquée pour des améliorations déterminées et limitées. Par le même motif, la codification de la procédure législative préliminaire ne paraît pas correspondre à une nécessité⁸³. Dans sa souplesse, la formule des directives permet d'apporter assez facilement les compléments et correctifs suggérés par l'expérience. Mieux que ne le feraient un article constitutionnel ou une loi, elle révèle qu'un effort permanent doit tendre à l'amélioration des instruments de la législation. L'essentiel est dans cet effort.

⁸² Il faut relire, à ce propos, le discours prononcé par M. HENRI ZWAHLEN, le 22 novembre 1962, lors de son installation en qualité de recteur de l'Université de Lausanne.

⁸³ La question est controversée. Je fais miennes les réserves de M. FLÜCKIGER, op. cit. (note 63), p. 128 et s.