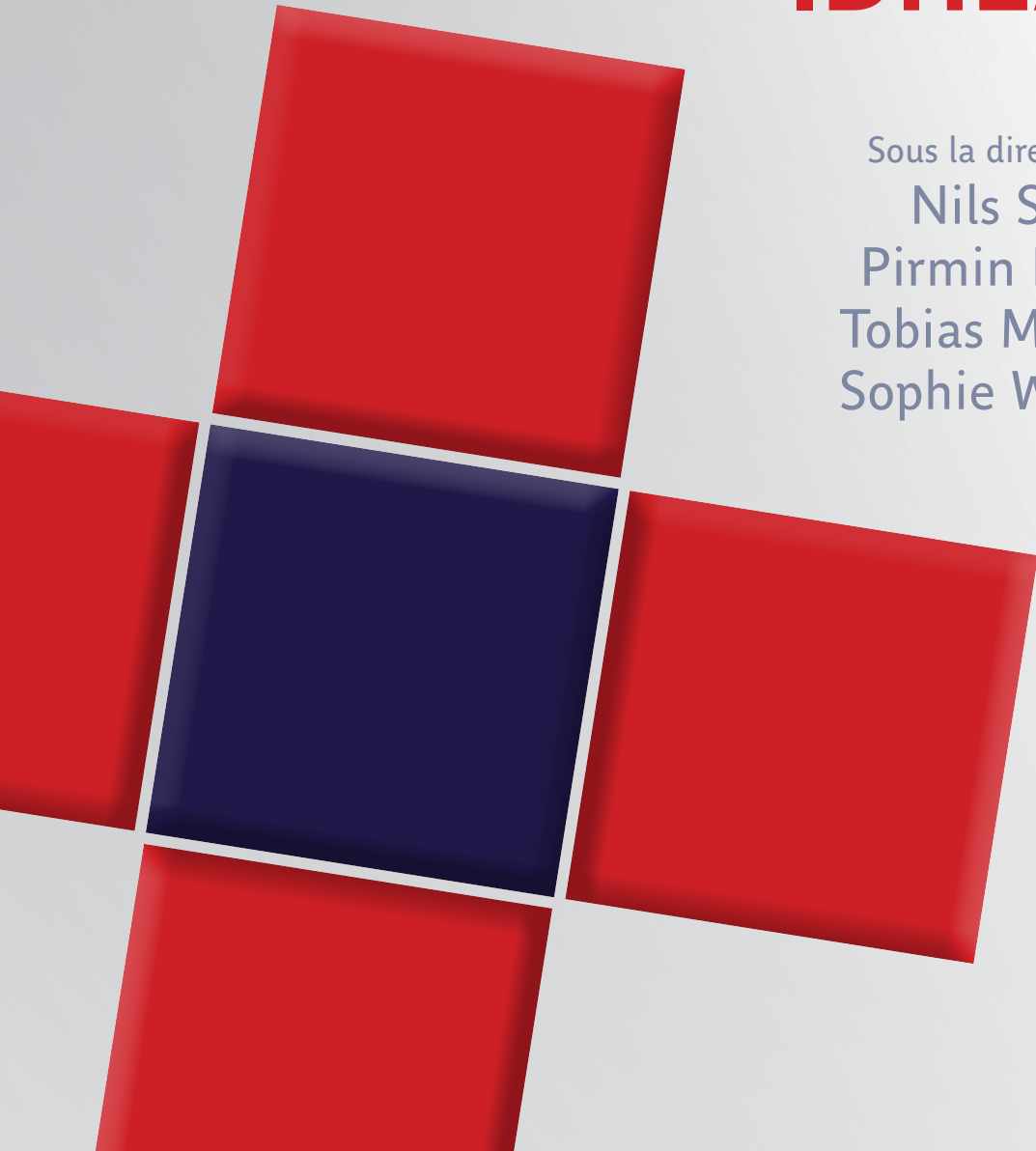


# Comprendre et concevoir l'administration publique

## Le modèle IDHEAP

Sous la direction de  
Nils Soguel  
Pirmin Bundi  
Tobias Mettler  
Sophie Weerts



# 5 Droit

Sophie Weerts

## 5.1 Importance du droit pour l'administration publique

Pour commencer, il faut dire que le terme « droit » est polysémique. Il s'entend tout d'abord comme l'ensemble des règles qui, dans une société donnée, régissent les rapports entre les individus. Les juristes parlent alors de « Droit objectif » (« *Law* »). Ces règles ont pour finalité d'assurer la coexistence pacifique des personnes. Dans cette conception, le droit est alors indissociable de la vie en société : *ubi societas, ibi jus*. En d'autres termes, là où il y a une société, il y a du Droit. Mais le mot « droit » désigne aussi une prérogative reconnue par le Droit objectif aux individus qui peuvent s'en prévaloir devant un juge. On parle alors de « droit subjectif » (« *rights* »). Un troisième sens vise enfin l'ensemble des règles qui ont été posées par les instances habilitées à produire le droit et qui s'appliquent aux individus et organisations. Il s'agit alors du « droit positif », lequel est aussi synonyme de système juridique, voire d'ordre juridique. Pour l'administration publique, ces trois acceptions rappellent qu'elle s'inscrit dans un système de règles (le droit positif suisse), dans lequel certaines définissent des procédures et obligations à suivre (le droit positif) et d'autres octroient encore des droits subjectifs aux personnes qui sont en relation avec des organisations poursuivant des tâches publiques.

L'administration publique a un rapport particulier avec le droit. En effet, à la différence d'un particulier, les organisations ou unités administratives ne disposent pas de droits individuels, ou encore ne bénéficient pas de la liberté individuelle, mais disposent bien d'un pouvoir. Ce pouvoir est limité. Il découle du droit positif. Ainsi, une organisation ou une unité administrative existe parce qu'elle a été instituée par le droit et que son fonctionnement a été défini par le droit. Intimement liées à l'État, qui est aussi une des principales instances qui produit le droit, les organisations et unités administratives sont soumises à des obligations spécifiques. À ce titre, l'article 5 alinéa 1<sup>er</sup> de la Constitution fédérale est emblématique. Il dispose

que le droit est la base et la limite de l'activité de l'État. Il exprime ce que l'on appelle le *principe de la légalité* et traduit la philosophie de l'*État de droit*, c'est-à-dire que l'État est gouverné par le droit et non par la volonté divine ou le libre arbitre d'un ou d'une dirigeant-e. Cela signifie que chaque action publique doit trouver son fondement dans le droit et que celle-ci doit également respecter le droit. Cette idée de respect du droit implique donc que chaque action publique puise son fondement dans une règle de droit en vigueur. Cette action doit également respecter les autres principes constitutionnels, à savoir l'intérêt général, le principe de proportionnalité, le principe d'égalité de traitement entre les personnes, le principe de bonne foi et l'interdiction de l'arbitraire (Tanquerel 2018). Il s'agit encore de respecter l'ensemble des règles de droit qui s'appliquent aux unités et organisations publiques et privées chargées d'une tâche publique. Ainsi, lorsqu'une collectivité entend développer une nouvelle infrastructure, elle doit être juridiquement habilitée à agir dans le domaine pour lequel l'infrastructure va être développée. La réalisation d'un tel projet doit respecter d'autres règles, par exemple s'assurer qu'elle poursuit un but d'intérêt général, respecte le principe de proportionnalité entre les moyens mobilisés et le but poursuivi ou encore qu'elle respecte la loi sur les marchés publics.

L'importance du droit pour l'administration publique ne se limite pas à cette fonction de fondement et d'encadrement. Le droit offre aussi à l'administration publique des instruments pour mener son action. Dans une histoire politique où l'on a cherché à limiter l'arbitraire du pouvoir, on peut même dire que des instruments juridiques comme la loi, l'ordonnance, la décision administrative ou encore le contrat sont les premiers instruments de l'administration publique. Ces instruments juridiques se différencient des actes matériels<sup>9</sup>, qui représentent une catégorie non juridique. Cela étant, il faut dire que la panoplie des instruments de l'action publique n'est pas limitée aux instruments juridiques classiques. Les incitations fiscales, les campagnes de sensibilisation, l'octroi de label ou encore la publication d'une stratégie sont vus comme autant d'outils à disposition de l'administration publique. Tous ces instruments ne se développent toutefois pas en dehors du droit, car cela conduirait à remettre en cause la philosophie de l'État de droit. Tous ces instruments, quelle que soit leur nature, restent donc soumis au principe de la légalité.

Enfin, le droit représente un défi pour l'administration publique. C'est un objet vivant. Il n'est pas donné une fois pour toutes et n'est pas immuable. En effet, le droit émerge en fonction de l'évolution des besoins de la société, se développe au gré de ceux-ci et parfois même opère des retours en arrière lorsqu'il ne répond plus à un besoin existant. De son côté, l'administration publique évolue et se transforme aussi (► 15 Apprentissage organisationnel). Ces changements doivent être opérés dans le respect du droit et parfois, ils sont aussi initiés par des changements qui puisent leur source dans l'évolution du droit. C'est donc un rapport dialectique qui se noue entre

9 Voir définition section 5.2.

droit et administration publique. Le premier peut nécessiter des adaptations de la seconde, celle-ci peut à son tour faire écho à un besoin de changement qui doit être répercuté dans le droit. Tenues de respecter le droit, les organisations chargées de tâches publiques doivent dès lors opérer un travail de veille sur l'évolution du droit. Relais des besoins de changement, elles peuvent aussi proposer de tels changements.

Fondement, encadrement, instrument et défi sont donc les différentes facettes à travers lesquelles peut être envisagé le thème du droit du point de vue de l'administration publique. Dans le cadre de cette contribution, il s'agit alors de présenter quelques notions fondamentales et instruments clés pour l'administration publique du point de vue juridique. Puis, l'accent sera mis sur les enjeux et défis que pose l'évolution de la gestion publique au domaine du droit.

## 5.2 Points clés du droit

### 5.2.1 Notions clés en droit

Si l'administration publique est soumise au respect du droit, il convient alors de déterminer ce qu'est le droit et de comprendre sa logique interne pour pouvoir saisir ce qu'il implique pour celle-ci. Pour cela, trois questions méritent d'être évoquées : les sources du droit, la hiérarchie des normes et la distinction entre norme de portée générale et abstraite et norme de portée individuelle et concrète.

#### Sources du droit

Le droit n'est pas synonyme de législation. D'ailleurs, dans le langage courant, on ne dit pas qu'on fait des études de lois, mais bien des études de droit. Il y a donc une différence entre l'idée de loi et celle de droit. L'utilisation du pluriel dans l'expression « sources du droit », utilisée par les juristes, montre encore que le droit n'a pas qu'une seule origine. L'expression désigne l'ensemble des instances qui produisent des normes ou un discours sur le droit. En droit suisse, le Code civil dresse d'ailleurs la liste de ces sources (art. 1<sup>er</sup>, C. civ.). Il s'agit de la législation, de la coutume, de la jurisprudence et de la doctrine. Ce sont donc ces différentes sources qui doivent être mobilisées lorsqu'une organisation entend vérifier si elle a le pouvoir d'agir ainsi que sa marge d'appréciation. Le recours à la coutume étant devenu marginal, ce sont les notions de législation, de jurisprudence et de doctrine qui doivent être présentées.

La législation regroupe l'ensemble des normes adoptées par l'État soit sous la forme de lois et ordonnances arrêtées unilatéralement, soit sous la forme de conventions bilatérales ou multilatérales (traités internationaux, concordats, conventions intercantionales). Elle constitue la source la plus importante du droit. En nous limitant au droit fédéral, on peut dire que l'essentiel du droit est contenu dans la

Constitution, les lois et ordonnances. Pour être obligatoires, ces textes doivent être communiqués au terme d'une procédure formalisée, laquelle inclut une exigence de publication dans un journal officiel. Ainsi, en droit fédéral, l'ensemble de ces textes est publié au recueil officiel (RO) et repris dans le recueil systématique (RS). Les auteurs et autrices de ces textes sont multiples, ils et elles disposent du pouvoir de légiférer, c'est-à-dire de fixer des normes générales et abstraites. L'Assemblée fédérale est l'organe législatif le plus important – après le peuple – en raison de sa légitimité politique et de son pouvoir de légiférer; elle peut apporter les restrictions les plus importantes en matière de droits humains pour autant que cela respecte également les exigences d'intérêt public et de proportionnalité. Selon le type d'acte, elle légifère avec le concours des cantons et/ou du peuple. Elle est impliquée dans l'adoption de la Constitution, mais son instrument le plus important pour légiférer est certainement la loi. Elle peut également édicter des ordonnances – dans des cas prévus par la Constitution fédérale ou par la loi – ou des arrêtés fédéraux, comme pour une décision de crédit, une décision de planification majeure ou encore l'approbation d'un traité international (l'arrêté fédéral pourra alors être soumis au référendum législatif). Le Conseil fédéral a également un pouvoir législatif. Son instrument d'action est l'ordonnance. L'ordonnance dite d'exécution – ou encore dépendante – concrétise les règles contenues dans la loi (art. 182 Cst.). L'ordonnance dite de substitution – ou indépendante – (art. 184 al. 3, et 185 Cst.) est celle que le Conseil fédéral édicte lorsqu'un tel pouvoir lui est expressément conféré par la Constitution ou la loi. En outre, une unité administrative peut aussi se voir conférer un pouvoir législatif. Au niveau fédéral, l'article 48 de la loi fédérale sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA) prévoit ainsi que, en fonction de la portée de la norme envisagée, le Conseil fédéral peut déléguer la compétence d'édicter des règles de portée générale aux départements. Une telle compétence législative peut même être déléguée à un office pour autant qu'une telle délégation soit expressément prévue par la loi (art. 48 al. 2, LOGA). Indiquons encore que les textes adoptés par des autorités externes de la Confédération peuvent également avoir un contenu normatif.

Cela étant, la législation n'englobe pas seulement les normes produites unilatéralement. Elle contient également les normes produites dans un cadre bilatéral ou multilatéral. Tel est le cas du droit international public. Sur la scène internationale, les États développent des relations juridiques avec les autres États et organisations internationales. Ces relations se concrétisent parfois sous la forme de traités ou encore de conventions. Ces textes sont de nature juridique. Cela signifie que chaque partie est alors juridiquement responsable et doit respecter ses engagements. Dans le cas suisse, dès l'instant où un tel texte est ratifié par les institutions compétentes, il fait partie intégrante du droit suisse. À ce titre, on dit que le système juridique suisse est de type moniste. Il lie alors l'ensemble des autorités de l'État, y compris les unités administratives. Plus précisément, les règles de droit contenues dans ces conventions internationales peuvent être directement ou non directement applicables.

Dans le premier cas, cela signifie que chaque unité administrative, mais aussi chaque juge, doit appliquer la règle de droit international au cas d'espèce qui lui est présenté. Dans le second cas, la norme internationale doit encore être transposée par les autorités internes afin de pouvoir être appliquée. Dans un tel cas, l'unité administrative compétente dans le domaine réglé par la convention internationale devra préparer les éventuels textes juridiques qui permettront au législateur de rendre applicable l'engagement international auquel la Suisse a souscrit. Le droit intercantonal comprend encore un autre type de textes adoptés dans un cadre bilatéral ou multilatéral qui appartient au domaine de la législation. Il n'appartient pas nécessairement au droit fédéral, sauf si la Confédération peut y participer au regard de ses compétences (art. 48 al. 2, Cst.). Les conventions intercantionales présentent une alternative au développement du droit fédéral, lequel exige à chaque fois de disposer d'une base constitutionnelle spécifique légitimant l'intervention de la Confédération.

La jurisprudence constitue la deuxième source du droit. Elle est constituée de l'ensemble des décisions rendues par les juridictions concernant un problème juridique donné. L'importance accordée à la jurisprudence parmi les sources du droit montre que le ou la juge n'a pas seulement pour mission de rendre la justice, mais qu'il ou elle participe aussi au développement de ce qu'est le droit. En effet, à travers sa fonction de juger, le ou la magistrat-e a vocation à clarifier et à préciser le contenu d'une norme générale et abstraite inscrite dans un article d'une loi ou d'une ordonnance, voire à la formuler dans le cas de lacunes, ou encore à la développer lorsque survient des cas qui n'ont pas pu être complètement anticipés par le législateur. Concrètement, il doit appliquer la norme générale qui doit permettre de résoudre le cas qui lui est soumis. Cette démarche d'application implique nécessairement une activité d'interprétation, qui permet par exemple d'identifier les contours et le contenu d'une norme inscrite dans l'article d'une loi. Rappelons ici que toutes les décisions judiciaires ou encore les arrêts n'ont toutefois pas la même portée explicative et constitutive pour le développement du droit. Eu égard aux fonctions d'autorité judiciaire suprême et de garants de l'unité de la jurisprudence, les arrêts du Tribunal fédéral ont une portée interprétative cruciale par rapport à ceux rendus par des juridictions cantonales et autres juridictions fédérales. À ce titre, la jurisprudence fédérale constitue donc une source qui s'ajoute à la législation. Elle permet à tout-e justiciable – mais aussi à toute unité administrative et organisation – de connaître la portée et le contenu attribués à une norme juridique.

Enfin, la doctrine constitue la troisième source du droit. Elle rassemble l'ensemble des publications produites sur une question juridique donnée. Ces textes se distinguent des deux autres sources par le fait qu'ils n'ont ni valeur contraignante ni fonction interprétative légitime. Ils constituent donc une source subsidiaire permettant d'éclairer la connaissance du droit. Cette source n'est toutefois pas dénuée d'intérêt. Elle se caractérise tantôt par un discours descriptif, tantôt par un discours normatif. Ainsi, la doctrine a généralement vocation à opérer un travail de veille et

de synthèse de l'état d'un droit de plus en plus protéiforme. Dans cette perspective, elle effectue aussi parfois un travail de systématisation permettant de mieux comprendre les développements législatifs et judiciaires. Elle adopte par ailleurs aussi souvent une posture normative, soulignant les incohérences entre les deux acteurs clés du droit que sont le législateur et le ou la juge. Tous ces développements peuvent alors inspirer le législateur qui entendrait répondre à un problème public nouveau ou récurrent ainsi que le juge qui souhaiterait modifier un point de son interprétation. Offrant souvent une synthèse sur l'état d'une question juridique, elle constitue un outil utile pour l'administration publique.

### **Hiérarchie des normes**

La présentation de la législation et de la jurisprudence a permis de montrer que le droit est produit par un grand nombre d'acteurs. Force est pourtant de constater qu'il ne forme pas pour autant un amalgame de normes juridiques progressivement adoptées, publiées et interprétées par différentes instances compétentes. Le droit se présente comme un tout organisé et structuré. Il y a donc à l'intérieur du droit des rapports d'unité et de cohérence qui sont contenus dans ce qu'on appelle le principe de hiérarchie des normes. Cette idée de cohérence n'est pas une simple exigence esthétique, elle est l'expression d'une certaine conception politique et juridique de l'État. Plus précisément, elle est reliée à l'organisation des différentes institutions qui participent à la création et au développement du droit. Ainsi, une norme juridique adoptée par une assemblée élue démocratiquement (par exemple une loi adoptée par l'Assemblée fédérale) prime sur une norme juridique adoptée par une autorité désignée par la première (l'ordonnance du Conseil fédéral). Il en va de même pour les juridictions où le Tribunal fédéral est érigé au rang de cour suprême par rapport aux autres juridictions fédérales et cantonales. La structure fédérale de l'État a également une incidence sur l'organisation hiérarchique du droit suisse. Les normes fédérales priment sur les normes cantonales. Tout comme ces dernières priment sur les normes communales. Ce principe de hiérarchie a une vocation sociale. Il participe à la sécurité juridique, en limitant les contradictions entre les normes. En établissant des règles de primauté d'une norme sur une autre, il réduit le risque d'incertitude quant à la détermination du comportement à adopter.

Le principe de hiérarchie s'applique également dans le cadre du rapport entre droit interne et droit international. En l'occurrence, l'article 5, alinéa 4 de la Constitution impose à la Confédération et aux cantons de respecter le droit international. L'article 189 de la Constitution dispose que le Tribunal fédéral a aussi l'obligation d'appliquer le droit fédéral et le droit international. S'appuyant sur ces dispositions, la jurisprudence du Tribunal fédéral affirme le principe de primauté du droit international sur le droit interne. Toutefois, le développement du droit international et du droit interne peut conduire à des situations complexes à démêler. Face à ces situations qui peuvent s'avérer conflictuelles, c'est au ou à la juge que revient le travail

de régler les conflits entre les normes juridiques en mobilisant son pouvoir d'interprétation, lequel repose à son tour sur plusieurs techniques. Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a apporté deux éléments supplémentaires. Une première exception est en l'occurrence que si l'Assemblée fédérale adopte en connaissance de cause un texte de loi qui contredit un engagement international de la Suisse, cette loi primera sur la règle de droit international. La seconde exception, qui constitue donc une contre-exception à la précédente, est que les normes qui garantissent des droits humains – comme la Convention européenne des droits de l'homme – priment toujours sur les lois fédérales qui les contredisent. Ces deux exceptions formulées par le Tribunal fédéral permettent de rappeler l'importance de ces deux éléments clés pour les institutions, à savoir le respect de la volonté démocratique et le respect des droits humains.

### **Distinction entre norme de portée générale et norme de portée individuelle**

Un dernier point à évoquer dans cette partie sur les éléments clés pour comprendre l'idée de droit au regard de l'administration publique est la distinction entre norme de portée générale et norme de portée individuelle. Cette distinction permet de comprendre la différence entre la fonction de légiférer et celle d'exécuter, auxquelles participent les entités chargées des tâches publiques.

La norme est dite de portée générale et abstraite lorsqu'elle s'adresse à un cercle de destinataires qui n'est pas défini de manière précise et qu'elle est rédigée en termes généraux et abstraits. Appelée à s'appliquer de façon répétitive, c'est-à-dire chaque fois qu'apparaissent des situations qui correspondent à son hypothèse abstraite, la norme générale a vocation à s'inscrire dans la durée. Elle doit ainsi pouvoir régler un nombre indéterminé de situations concrètes. Cette manière de régler les rapports sociaux par le biais de normes de portée générale présente l'avantage d'offrir une garantie contre l'arbitraire pour les membres de la société concernée. Cela assure une « sécurité juridique » aux membres de la société. En effet, la stabilité de principe de la règle générale permet aux destinataires de prévoir leurs actions et les conséquences de celles-ci. Concrètement, ce sont ce type de normes que l'on retrouve inscrites dans les articles de la Constitution, d'une loi ou encore d'une ordonnance. Ces différents niveaux de textes s'emboîtant les uns dans les autres, la norme constitutionnelle aura une dimension de principe qui sera progressivement précisée par la loi et l'ordonnance. Les unités administratives participent à l'élaboration de la norme générale dans le cadre de la procédure législative, elles ont un rôle prépondérant dans la préparation du projet législatif. Elles peuvent parfois amorcer le projet, constatant que le droit doit être complété.

Quant à la norme de portée individuelle et concrète, elle s'adresse à un nombre déterminé ou déterminable de destinataires. Elle vise à régler un état de choses défini dans le temps et l'espace. Elle est le fruit de l'application de la norme de portée générale au cas concret par une entité compétente. Ce type de norme peut être prise par une



unité administrative, mais aussi par un·e juge. Par exemple, lorsque la ou le juge doit rendre un jugement sur la garde d'enfants dans le cadre d'une procédure de divorce.

En droit positif suisse, la distinction entre norme de portée générale et norme de portée individuelle renvoie à la distinction entre « règle de droit » et « décision » (tableau 5.1). En effet, les qualités de la norme de portée générale ont été expressément consacrées dans l'article relatif à la « règle de droit » dans la loi sur le Parlement (art. 22 al. 4, LParl.). La règle de droit doit suivre une procédure spécifique d'adoption, à savoir la procédure législative. La décision recouvre quant à elle les différentes mesures prises par les autorités qui attribuent, constatent ou modifient des droits ou obligations, ou encore rejettent les demandes tendant à déclarer ces droits et obligations. Toutes ces décisions comportent alors des normes – ou dit encore autrement, des obligations – qui ont une portée individuelle et concrète. Tout comme la règle de droit, des exigences formelles sont aussi imposées à l'entité qui va rendre une décision. Elle doit respecter la procédure administrative et les garanties de procédure des particuliers concernés par la décision. Toutefois, une catégorie intermédiaire a également vu le jour. Il s'agit des décisions de portée générale, qui présentent les caractéristiques de la décision individuelle – elles concernent une situation déterminée –, mais dont la portée concerne un nombre indéterminé de personnes. C'est par exemple une interdiction de manifestation (Tanquerel 2018).

Cette distinction constitue un élément clé pour la compréhension de l'action publique. Elle implique des formalités distinctes que doit remplir l'entité qui entend poser un acte juridique, lequel prendra la forme tantôt d'une règle de droit, tantôt d'une décision. Quand l'entité a un doute quant à la forme juridique à choisir, elle doit examiner si, pour produire ses effets, un acte juridique a encore besoin d'être concrétisé par des actes individuels; si tel est le cas, l'acte juridique à adopter présente une portée encore indéterminée caractéristique d'une règle de droit. La distinction aide aussi à saisir les différences sur le plan procédural (compétence, des voies de recours, de la publication et de la notification de l'acte juridique).

Ajoutons qu'entre ces deux types de normes, figurent encore des règles à la portée moins claire. On parle des décisions de portée générale. Celles-ci ont un cercle de destinataires qui, comme la règle de droit, est indéterminé et indéterminable. Par contre, elles règlent, comme dans le cas de la décision (simple), un état de choses circonscrit dans le temps et l'espace.

	Règle de droit	Décision de portée générale	Décision
Destinataire	général	général	individuel
État de fait	abstrait	concret	concret

**Tableau 5.1** Les normes juridiques.

## 5.2.2 Instruments de l'action publique

L'importance du droit pour l'administration publique ne tient pas seulement au fait qu'il fonde et encadre l'action publique, mais découle aussi du fait qu'il offre différents instruments pour agir. Autrement dit, il est un moyen à disposition de la réalisation des tâches publiques. Les éléments précédemment évoqués ont déjà permis d'identifier plusieurs types d'instruments pour mener l'action publique : la loi, l'ordonnance, la décision. Cela étant, toutes les règles contenues dans ces instruments juridiques ne sont pas nécessairement des ordres et commandements. Il peut aussi s'agir par exemple de définir des objectifs ou encore de prévoir la mise en place d'une coordination entre parties prenantes. En outre, une entité administrative n'a pas seulement à sa disposition des instruments juridiques. Instance devant accomplir des tâches publiques, elle doit également parfois agir très concrètement. Ces autres actions prennent alors la forme de ce qu'on appelle les actes matériels. Cette catégorie d'actes regroupe par exemple la construction d'une route, l'entretien d'un parc, l'exécution concrète d'un versement bancaire, une campagne de prévention pour des risques liés à la santé, etc. Enfin, ces dernières décennies, face aux enjeux globaux et sous l'influence des organisations internationales, on a vu émerger dans le fonctionnement des États et de leurs entités administratives respectives d'autres termes qui paraissent ainsi compléter cette distinction initiale simple et efficace entre actes juridiques et actes matériels<sup>10</sup>. Sont ainsi communiqués et parfois même publiés par le biais des canaux officiels des recommandations, *guidelines*, stratégies, plans d'action, partenariats, *toolbox*. Parfois, ce sont des acteurs privés qui développent leurs propres instruments réglementaires (Black 2001). Tous ces textes – issus d'acteurs publics ou privés et parfois de la coordination des deux – ont vocation à orienter, guider le comportement des différentes parties prenantes. Ces développements en dehors des actes juridiques classiques sont généralement regroupés sous le terme de *soft law*. Derrière cette expression figure l'idée de formuler des normes incitatives, qui invitent au changement de comportement, plutôt que de le contraindre. À ce sujet, on peut dire que le succès de ce type d'instruments tient, d'une part, à leur absence de formalisme lors de leur élaboration et adoption – par opposition au formalisme du droit – et, d'autre part, à la mise en cause de l'efficacité de la règle de droit pour obtenir le changement ou le comportement souhaité.

## 5.3 Perspectives et défis futurs

L'administration publique n'est plus seulement l'apanage des agent·es de l'État, mais peut être confiée à d'autres organisations. Elle s'inscrit dans une logique de gouvernance

10 Un tel développement est également à l'œuvre dans les organisations internationales.

multiniveaux, laquelle implique une multitude de parties prenantes, que ce soient d'autres collectivités publiques infra-étatiques ou étatiques, des organisations internationales, des entreprises ou encore des organisations sans but lucratif. Les moyens d'action sont aussi devenus multiples avec des codes de conduite, labels, etc. La gouvernance s'accompagne ainsi d'un développement des instruments de l'action publique. La législation ne suffit plus, on parle alors de régulation (Morgan & Yeung 2007). Ces changements n'ont pas remis en question la conception hiérarchique du droit ni la philosophie de l'État de droit. Cela étant, force est de constater qu'ils permettent d'observer certaines dynamiques qui ne sont pas sans incidence sur le droit, et plus précisément sur la législation. Ces dynamiques peuvent être reliées à la fois à la nouvelle gestion publique et à l'analyse des politiques publiques. Elles permettent d'affirmer que le droit ne peut plus être pensé comme un domaine à part, adoptant une posture de surplomb par rapport aux autres questions politiques, sociales et économiques, mais qu'il doit pourtant aussi préserver sa finalité qui est de garantir l'État de droit. Deux défis peuvent les illustrer : d'une part, le rapport entre législation et stratégie ; et d'autre part, le processus législatif.

### 5.3.1 Articulation entre législation et stratégie

Comme on l'a dit, l'administration publique doit être exercée dans le respect du principe de la légalité. La législation détermine ce qui peut être fait, par qui, avec quel moyen ou encore comment. Les lois – comprises au sens large comme l'ensemble des actes législatifs – posent ainsi un cadre qui définit les droits, obligations, procédures qui doivent être respectés et exécutés. D'un autre côté, l'administration publique ne fonctionne pas en vase clos, exécutant sa mission dans un environnement exempt d'autres facteurs. Elle doit composer avec des ressources publiques limitées, des engagements politiques sur le plan international ou infranational, des environnements économiques, sociaux et environnementaux. Bref, sa mise en œuvre doit être véritablement pensée et articulée avec l'ensemble de ces contraintes. Pour cela, la planification politique – ou administrative – est vue comme un moyen permettant de faire face à toutes ces contraintes. Il s'agit d'organiser, de coordonner les différent-es intervenant-es en fixant des échéances déterminées.

Du point de vue de l'administration publique, le développement d'infrastructures, la gestion des ressources financières ou encore alimentaires implique une programmation. Un tel mode d'action découle implicitement de la gestion administrative. Toutefois, cette idée de planification a également une dimension législative dans les régimes parlementaires où le gouvernement doit recueillir la confiance du Parlement. Elle prend la forme de discours ou encore de programmes de législature. Le Parlement ayant la compétence matérielle de légiférer, il détient aussi le pouvoir d'organiser son travail législatif. La nouvelle gestion publique a donné un nouvel élan à cette question de planification avec une gouvernance fondée sur des

objectifs, exprimée sous la forme de stratégie et largement développée et pilotée par l'exécutif.

En effet, la rédaction de la stratégie s'opère dans le cadre de l'administration publique. Selon le domaine concerné, ce sont les unités administratives qui ont la charge de leur élaboration. Les stratégies permettent alors de fixer une feuille de route par rapport à un objectif défini. Elles déterminent des principes d'action qui doivent ensuite être mis en œuvre à l'intérieur de chaque objectif prioritaire et de sa déclinaison de mesures à prendre. Une telle planification permet alors d'identifier les besoins et les moyens. Parmi ceux-ci, il peut être nécessaire de proposer un projet législatif au Parlement, de rédiger des contrats de droit administratif ou encore de lancer une campagne d'information. Ce faisant, la future loi est replacée dans un ensemble politique. Elle constitue un des éléments parmi d'autres de la réalisation d'une politique publique. Une telle situation rappelle ainsi que chaque loi est le produit d'un choix politique formalisé, auquel le système politique accorde alors une valeur normative spécifique, celle de pouvoir être mise en œuvre par la force publique.

La gouvernance par objectifs et la rédaction de stratégie ne conduisent pas pour autant à un renversement de la pyramide. L'action politique, aussi stratégique qu'elle soit, doit être pensée et appliquée dans le cadre du droit. Par exemple, en matière de libre accès aux données publiques, la Confédération a adopté une stratégie pour la période 2014-2018. Cette stratégie puise son fondement dans l'article 180, alinéa 2 de la Constitution et à l'article 10 de la LOGA. Elle a donc bien une base légale. Du point de vue de sa mise en œuvre, elle implique de prendre toute une série de mesures, dont la mise en conformité du droit en vigueur. Autrement dit, elle annonce des changements législatifs. La stratégie est donc un outil de l'administration publique. Un tel outil annonce parfois un programme politique qui peut poser question dans un système démocratique où les chambres législatives incarnent le lieu de la délibération publique. Ce faisant, elle implique un travail d'équilibre entre rationalité managériale et rationalité légale.

### 5.3.2 L'approche « Mieux légiférer »

Dans le domaine de l'administration publique, les critiques à l'égard de la loi sont récurrentes. Parmi le florilège de reproches, on entend qu'elle est inefficace, incompréhensible, dépassée ou encore qu'elle constitue un frein à l'innovation (Ayres & Braithwaite 1992; Baldwin 1990). Pour répondre à ces critiques, un mouvement s'est fait jour en faveur d'un projet pour une meilleure régulation (*Better Regulation*). Comme toujours, un tel mouvement est le fruit d'une conjugaison de facteurs: des travaux scientifiques dans les domaines du droit, de l'économie et des sciences politiques, un contexte politique et enfin une mise à l'agenda institutionnel. Il est aujourd'hui désigné par l'expression « Mieux légiférer » (*Better Regulation*) et a même été érigé en politique régulatoire promue par l'OCDE et l'Union européenne

(European Parliament, The Council of the European Union & The European Commission 2016). Brièvement, il implique un changement d'approche du point de vue de la formation de la législation. Il s'agit de dépasser la conception purement formelle de l'élaboration de la norme juridique (la légistique formelle), pour engager une réflexion sur la formation de la substance de la norme (la légistique matérielle). Il s'agit de relier des projets tels que ceux d'une bonne gouvernance, d'une meilleure régulation et ainsi d'une meilleure législation (Karpen 2017).

En effet, dans une perspective juridique classique, la formation de la législation est généralement décrite comme l'expression d'un processus longitudinal et dont les étapes sont formalisées et fixées dans d'autres lois. Ce processus commence par une phase préparatoire au cours de laquelle les normes générales et abstraites qui prennent la forme de règles de droit sont rédigées sous la forme d'un projet. Ces normes sont soumises à une procédure de consultation interne et externe, elles sont ensuite validées par le Conseil fédéral. S'il s'agit d'un projet de loi, celui-ci sera ensuite adressé à l'Assemblée fédérale au sein de laquelle ont lieu des débats en commission, puis soumis à un vote au sein des deux chambres législatives. C'est la phase parlementaire. Au terme de cette étape, dans le cas spécifique de la Suisse, la loi est publiée à la feuille fédérale et s'ouvre le délai référendaire permettant au peuple de contester le projet législatif. C'est la phase référendaire. Passé le délai référendaire, le texte fait l'objet d'une publication officielle et entre en vigueur. Un tel schéma, qui met l'accent sur la procédure législative fixée par le droit, ne suffit toutefois plus à répondre aux attentes de bonne gouvernance.

Le mouvement pour une meilleure législation, dans le prolongement des travaux sur la gouvernance publique, propose un programme d'action beaucoup plus élaboré que celui précédemment présenté. Il plaide pour une remise au centre de l'intervention législative du problème public à résoudre, tentant ainsi d'encadrer la question des intérêts qui est consubstantielle à toute délibération. Pour cela, ce programme préconise de commencer par comprendre les différentes facettes dudit problème. Des données empiriques permettent de le documenter. Cette approche fondée sur des preuves (*evidence-based approach*) doit permettre de cerner l'importance du problème et sa dynamique. Les causes et les conséquences doivent ensuite être analysées. L'analyse permet dans la foulée de définir les objectifs à poursuivre et d'identifier les moyens qui devraient être mobilisés pour y parvenir. Afin d'éviter le danger de passer à côté de certains points, mais aussi celui de causer plus de problèmes en intervenant, la démarche d'analyse doit en outre intégrer une analyse de risque et être participative. La dimension participative permettra d'identifier les différents intérêts et attentes des destinataires de la norme. Elle permettra aussi de recueillir l'avis d'expert-es. L'analyse des risques permettra de procéder à une évaluation des dimensions juridiques, politiques, économiques, sociales ou encore environnementales. Du point de vue juridique, il s'agit par exemple de s'assurer que l'État dispose bien de la compétence nécessaire pour agir, que les moyens pour agir respectent le

principe de proportionnalité, qu'il n'y a pas de contradiction entre le projet législatif et les obligations juridiques existantes. Tous ces éléments forment une étape préliminaire qui doit alors guider l'organisation dans sa réflexion sur la norme qu'elle entend élaborer. Ils vont lui permettre de formuler la norme. L'adoption de la norme peut alors prendre une forme définitive ou expérimentale (Ranchordás 2014). Dans un cas comme dans l'autre, sa mise en application impliquera encore une évaluation *a posteriori* afin de vérifier sa pertinence pour résoudre le problème public. Enfin, quatrième, l'idée que la solution législative est adoptée une fois pour toutes est remise en question. Ainsi, les partisan·es du « Mieux légiférer » prônent le recours à la législation expérimentale, encadrée par un protocole scientifique et qui permet à terme de décider de la pérennisation de la réponse législative ou de son adaptation. Ils et elles plaident aussi pour que la loi ait une durée de vie limitée. C'est l'hypothèse de la *sunset legislation* qui a été par exemple retenue par le législateur fédéral concernant l'application de traçage du Covid-19.

Les juristes suisses n'ont pas attendu le mouvement pour une meilleure législation pour s'attaquer à la question d'une loi pertinente, c'est-à-dire d'un texte susceptible d'atteindre les buts poursuivis, avec une utilisation raisonnable des moyens à disposition, sans produire d'effets collatéraux disproportionnés, tout en étant compréhensible pour être appliqué. Le développement du domaine de la légistique (*legisprudence*) dès les années 1980 (Mader 1985) puis la création de la société suisse d'évaluation montre d'ailleurs que la Confédération suisse a été l'une des précurseurs dans ce domaine et que le processus législatif implique non seulement des compétences juridiques, mais également des compétences dans les domaines de la gestion de projet et de l'évaluation. L'élaboration de guides de législation est le témoignage de cet engagement (Office fédéral de la justice 2019). Si toutes les étapes du projet pour une meilleure législation sont bien présentes dans de tels guides, elles n'ont toutefois pas encore complètement intégré la perspective cyclique de la meilleure législation (Flückiger 2019b).

## Concepts clés

- Décision (*Verfügung, decisione, decision*) : au sens juridique, terme désignant une mesure prise unilatéralement par une autorité publique à propos d'un cas particulier et ayant pour objet de créer, modifier ou d'annuler des droits ou obligations d'une personne privée. Une telle mesure doit respecter les règles de procédure pour être licite.
- Principe de la légalité (*Legalitätsprinzip, principio di legalità, principle of legality*) : expression juridique désignant une règle générale de portée contraignante et dont l'objet est d'affirmer que les activités des autorités publiques doivent être fondées sur une loi claire et précise.

- Règle de droit (*Rechtssatz, stato di diritto, legal rule*): expression désignant en droit suisse les textes qui, de manière générale et abstraite, octroient des droits, créent des obligations ou fixent des compétences.
- *Soft law*: expression désignant des normes de comportement dénuées de portée contraignante et pouvant prendre différentes formes textuelles.
- Sources du droit (*Rechtsquellen, fonti di diritto, sources of law*): expression désignant, chez les juristes, les origines formelles de ce qui constitue le droit, à savoir la loi, la jurisprudence, la doctrine et la coutume.

## Références

- Ayres, I. & Braithwaite, J. (1992). *Responsive regulation: Transcending the deregulation debate*. New York: Oxford University Press.
- Baldwin, R. (1990). Why rules don't work. *The Modern Law Review*, 53(3), 321-337. <http://www.jstor.org/stable/1096474> (consulté le 17.11.2022).
- Black, J. (2001). Decentring regulation: Understanding the role of regulation and self-regulation in a 'post-regulatory' world. *Current Legal Problems*, 54(1), 103-146. <https://doi.org/10.1093/clp/54.1.103> (consulté le 17.11.2022).
- European Parliament, The Council of the European Union & The European Commission (2016). Inter-institutional agreement on better law-making. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016Q0512%2801%29> (consulté le 18.01.2023).
- Flückiger, A. (2019b). (Re)faire la loi. Traité de légistique à l'ère du droit souple. Berne: Stämpfli.
- Karpen, U. (2017). Introduction. In: Karpen, U., Xanthaki, H., Mader, L., Voermans, W. & Cormacain, R. (éds.). *Legislation in Europe: A comprehensive guide for scholars and practitioners*. Oxford: Hart Publishing, 1-16.
- Mader, L. (1985). *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*. Lausanne: Payot.
- Morgan, B. & Yeung, K. (2007). *An introduction to law and regulation: Text and materials*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Office fédéral de la justice (2019). *Guide de législation. Guide pour l'élaboration de la législation fédérale*. Berne: Confédération suisse.
- Ranchordás, S. (2014). *Constitutional sunsets and experimental legislation: A comparative perspective*. Cheltenham et Northampton: Edward Elgar Publishing Limited et Edward Elgar Publishing, Inc.
- Tanquerel, T. (2018). *Manuel de droit administratif*. Genève, Zurich, Bâle: Schulthess, 2<sup>e</sup> éd.

## Références pour aller plus loin

- Flückiger, A. (2019a). Le droit souple cantonal: quand les conférences intercantionales recommandent, les réglementations s'harmonisent. In: Hottelier, M., Hertig Randall, M. &

- Flückiger, A. (éds.). *Études en l'honneur du Professeur Thierry tanquerel: entre droit constitutionnel et droit administratif: questions autour du droit de l'action publique*. Genève, Zurich, Bâle: Schulthess et Université de Genève, 109-126.
- Moor, P., Martenet, V. & Flückiger, A. (2012). *Droit administratif. Vol. 1, Les fondements*. Berne: Stämpfli, 3<sup>e</sup> éd. entièrement revue, mise à jour et augmentée.
- Waldmann, B. & Wiederkehr, R. (2019). *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Zurich: Schulthess.