

LÉGIFÉRER DE MANIÈRE EMPIRIQUEMENT FONDÉE : LE POINT DE VUE JURIDIQUE

Prof. Alexandre Flückiger

Directeur du Département de droit public / membre du
Centre d'étude, de technique et d'évaluation législatives
(CETEL)

Berne, 2 septembre 2021, SSL

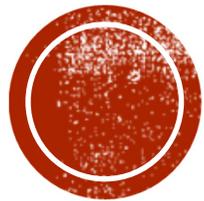
9h30-10h00



PLAN

1. **Fonder empiriquement la loi**
 - les principes de l'Evidence-based law-making
2. **Fonder empiriquement la loi dans un contexte imprévisible**
 - La nécessité d'un paradigme expérimental pour le droit
3. **Conclusion**





1-FONDER EMPIRIQUEMENT LA LOI

Evidence-based law-making: les principes

EVIDENCE-BASED LAW-MAKING: **UNE EXIGENCE ANCIENNE**

- CHARONDAS conseillait au Prince de « **saines lectures et de bonnes connaissances mathématiques**, qui ne seraient pas sans incidences sur la production de la loi »
 - Louis LE CARON, *Les dialogues de Loys*, Paris, 1556
- Nécessité de « **connaître les faits sociaux**, les exigences politiques de chaque pays. Les législateurs de nos jours n'ont point travaillé à acquérir cette connaissance. Au lieu **d'agir par un sentiment général et confus de l'état des choses**, ont-ils procédé **rationnellement** ? se sont-ils mis en possession de tous les éléments de leur travail ? C'est d'ouvrages historiques, c'est de **recherches de statistique** judiciaire qu'ils auraient dû s'aider. »
 - Pellegrino ROSSI, *Traité de droit pénal*, 1829
- « Il est scandaleux de constater qu'un gouvernement qui ne modifierait pas le taux d'un impôt sans s'être entouré de toute une **étude statistique et économique** de la matière imposable et de **l'incidence**, n'hésite pas à mettre en chantier, par exemple, la réforme des régimes matrimoniaux sans se préoccuper de savoir d'abord exactement combien il y a de gens qui font des contrats de mariage. »^{14F}
 - Jean CARBONNIER, « *La méthode sociologique dans les études de droit contemporain* », 1958

LES FONDEMENTS JURIDIQUES

- **Les principes constitutionnels**
 - Principe de rationalité (interdiction de l'arbitraire)- art. 9 et 43a V Cst.
 - Principe d'efficacité (proportionnalité et efficacité au sens large) - art. 5 al. 2 ; 36 al. 3 et 170 Cst.
 - Principe de l'égalité de traitement (distinctions et assimilations pertinentes et fondées en raison) – art. 8 Cst.
- **Les fondements légaux (exemples)**
 - les objectifs et stratégies visant à détecter, à surveiller, à prévenir et à combattre les maladies transmissibles doivent tenir compte de l'état actuel de la science - art. 4 IIc LEp
 - Les recommandations sur les mesures visant à lutter contre les maladies transmissibles sont à adapter régulièrement à l'état de la science - art. 9 III LEp
 - La mesure ordonnée doit être nécessaire et raisonnable – art. 30 II LEp
 - Le Conseil fédéral s'appuie sur les principes de subsidiarité, d'efficacité et de proportionnalité – art. 1 II^{bis} LCOVID-19



LES FONDEMENTS INSTITUTIONNELS

- **Diversité des instances de conseil scientifique et d'évaluation (exemples)**
 - Swiss National COVID-19 Science Task Force
 - Conseil suisse de la science (CSS)
 - Contrôle parlementaire de l'administration (CPA) chargé par la Commission de gestion (CDG) *d'évaluer l'utilisation des connaissances scientifiques par l'Office fédéral de la santé publique (OFSP)*
 - postulat Michel 20.3280 « Mettre à profit le potentiel scientifique en période de crise »
 - motion Français 21.3225 « Post-Covid-19. Pour une plateforme permanente d'experts scientifiques »
- **Rôle recommandationnel**
 - Si le savant conseille, le politique décide
 - Max Weber, *Le Savant et le Politique*, 1919



À BON DIAGNOSTIC, BON REMÈDE : UNE BASE EMPIRIQUE POUR UNE LOI PERTINENTE

- **Le bon diagnostic est**
 - une condition pour un **bon remède** (= une loi pertinente)
 - à fonder sur les **données empiriques disponibles**
- **La pertinence de la loi**
 - La loi est pertinente [« relevant »] si
 - elle a un **impact** tel qu'il permet
 - de **résoudre au mieux le problème de société** à la base de la loi et, cela,
 - sans en créer de nouveaux (= **sans effets pervers**)
 - est une condition d'**adhésion** de la population à la loi
- **Le problème des lois non pertinentes**
 - **Lois irrationnelles**
 - « Un fait divers, une émotion quelconque ... provoquent une démangeaison législative plus ou moins rapide. La loi est une réponse, à défaut d'être une solution. » (Guy CARCASSONNE, 2005)
 - Cf. Kurt FLURI, « Unheilvolle < Instant-Gesetzgebung > », 2014
 - Le rôle de la peur: nécessité d'un **processus de décoloration émotionnelle**
 - **Lois alibis** (=purement symboliques)
 - destinées à calmer provisoirement l'opinion publique sans volonté de résoudre fondamentalement le problème →ineffectivité et effets pervers

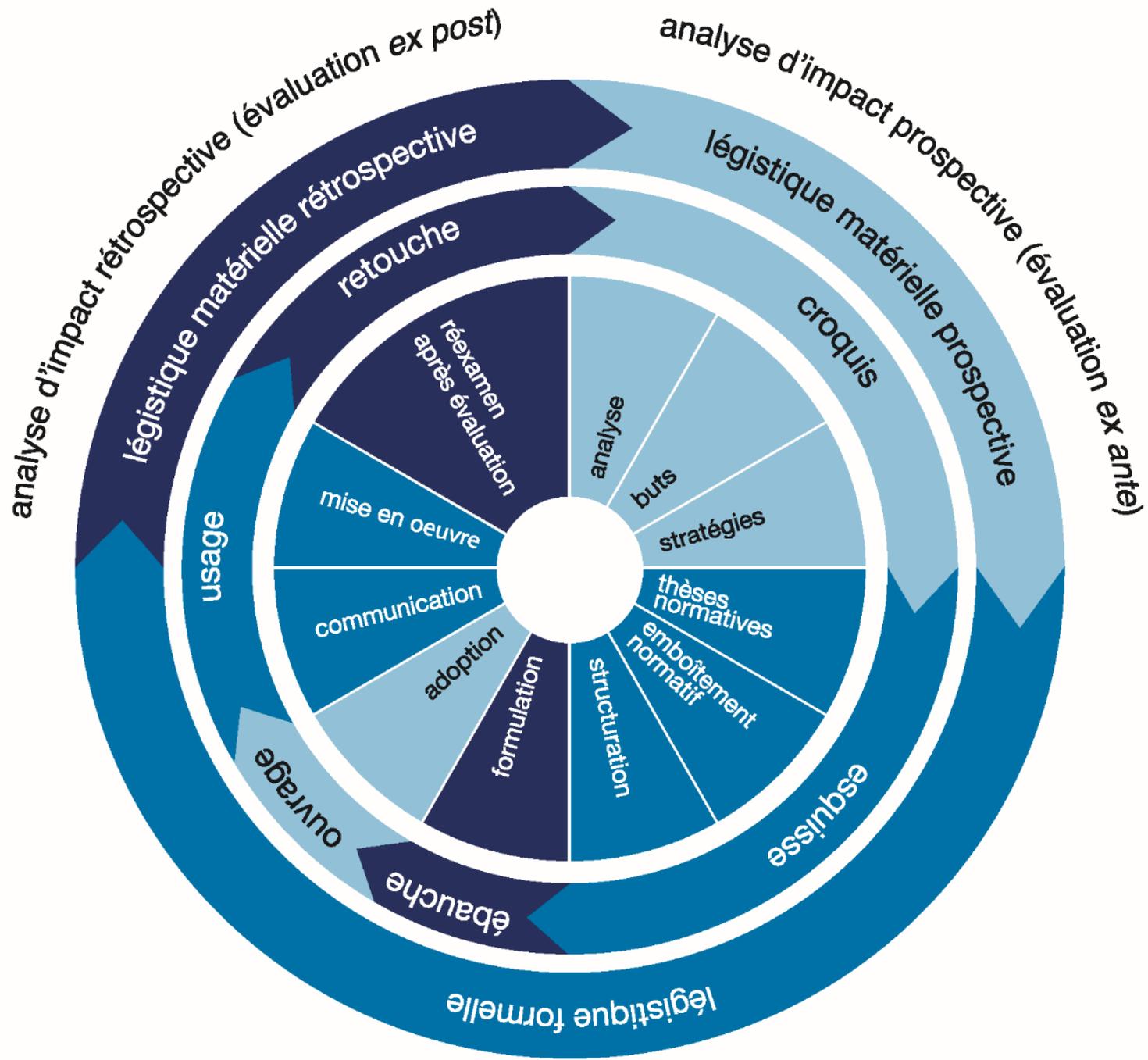


LA LÉGISTIQUE: UNE MÉTHODE POUR OPTIMISER L'IMPACT DE LA LOI SUR DES BASES EMPIRIQUES

■ Définition

- démarche méthodique de conception législative, empiriquement fondée, visant à assurer
 - un impact optimal
 - contribuant à résoudre au mieux le problème de société
 - de manière pertinente, efficace et juste
- au moyen d'
 - une analyse objective du problème
 - une conception stratégique de ses instruments
 - une rédaction claire de son texte (=légistique formelle) et
 - un processus d'apprentissage à l'épreuve de la mise en œuvre.

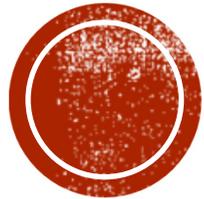




LES INSTRUMENTS-CLEFS DE LA LÉGISLATIVE MATÉRIELLE

- **L'évaluation de l'impact des lois – art. 170 Cst.**
 - **Évaluation prospective**
 - **Analyse d'impact de la réglementation [au sens large] (= AIR)**
 - Analyse du problème
 - Définition des objectifs
 - Choix des instruments appropriés
 - **Évaluation rétrospective**
 - **Exemple (épidémies):**
 - Le Conseil fédéral doit examiner périodiquement l'efficacité, l'adéquation et l'économicité des mesures prises (art. 81 LEp).





2-FONDER EMPIRIQUEMENT LA LOI DANS UN CONTEXTE IMPRÉVISIBLE

La nécessité d'un paradigme expérimental pour le droit

LE PRINCIPE GÉNÉRAL POUR LÉGIFÉRER «PAR BEAU TEMPS» (FUTUR CERTAIN, PRÉVISIBLE ET REPRODUCTIBLE)

- En contexte de certitude,
 - la base légale exige de
 - rédiger les règles de manière d'autant plus précise que les atteintes aux droits fondamentaux sont importantes
 - la proportionnalité exige que la mesure législative soit
 - efficace (ie «apte» à atteindre le but visé)
 - la moins incisive parmi toutes les mesures efficaces (ie «nécessaire»)
 - dans un rapport raisonnable avec le but visé (ie «proportionnée» au sens strict)

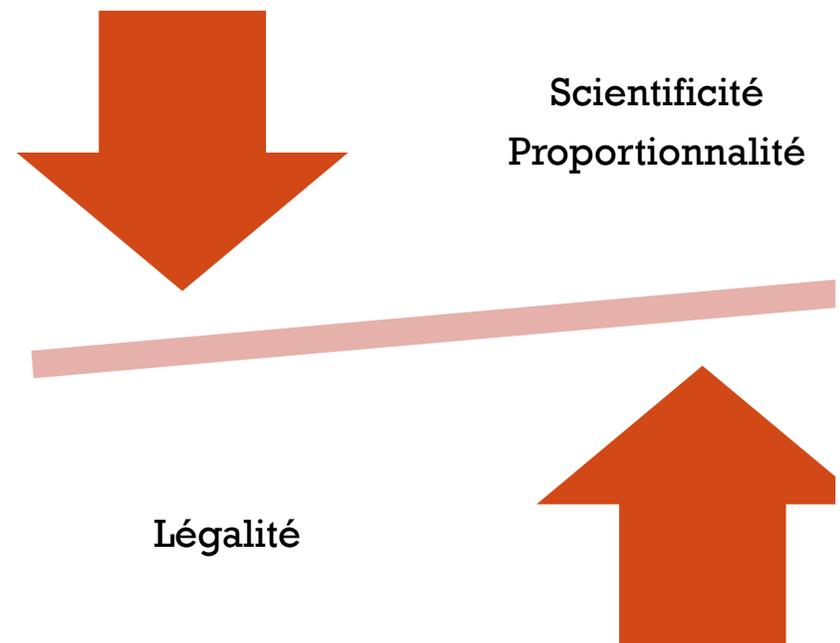


LE PRINCIPE GÉNÉRAL POUR LÉGIFÉRER PAR «GROS TEMPS» (FUTUR INCERTAIN, IMPRÉVISIBLE ET INÉDIT)

- La crise du COVID: une incertitude multiple
 - sur la situation de fait
 - sur les pronostics d'une évolution
 - sur les effets des mesures (le tout dans l'urgence)

→ Diminuer la clarté normative de la base légale et compenser cette imprécision par

1. un fondement sur l'état des connaissances scientifiques actuelles
2. un examen «plus strict» de proportionnalité



1. SE FONDER SUR LES CONNAISSANCES SCIENTIFIQUES ACTUELLES, MÊME LACUNAIRES

- «toute mesure de protection ou de prévention comporte une certaine incertitude quant à ses effets concrets futurs... En particulier, l'arrivée de nouvelles maladies infectieuses a pour corollaire une grande insécurité quant au choix des mesures adéquates. Cela signifie que ces mesures ne peuvent pas être prévues par le législateur, mais doivent être prises en tenant compte de l'état des connaissances du moment, généralement incomplet, ce qui laisse également une certaine marge de manoeuvre aux autorités»
 - TF, *Fribourg*, 2C_ 793/2020, du 8.7.2021, c. 5.3.2; *Schwyz*, 2C_941/2020 du 8.7.2021, c.3.2.6



2. EXAMINER «PLUS STRICTEMENT» LA PROPORTIONNALITÉ: KÉSACO?

- „Bei unbestimmten Normen kommt dafür dem Verhältnismässigkeitsprinzip besondere Bedeutung zu: Wo die Unbestimmtheit von Rechtssätzen zu einem Verlust an Rechtssicherheit führt, muss die Verhältnismässigkeit umso strenger geprüft werden [...] Diese gesetzliche Unbestimmtheit ist durch das Verhältnismässigkeitsprinzip zu kompensieren“
 - TF, 2C_941/2020 du 8.7.21, c. 3.2.1 et 3.2.3
- Mais que signifie un «examen plus strict» de la proportionnalité en situation d'incertitude?
 - Que la mesure doit être plus efficace?
 - Que les exigences de preuve de l'efficacité sont plus strictes?
 - Que la mesure doit être encore moins incisive et encore plus raisonnable?
 - Que le TF est autorisé à l'examiner pleinement, ie sans aucune retenue?



MESURES PRÉVENTIVES ADMISSIBLES MÊME SANS PREUVES STRICTES: PRINCIPE DE PRÉCAUTION

- La formule du TF est trompeuse
 - Le principe de précaution (= *eng gefasstes Vorsorgeprinzip*) (≠ p. de prévention) applicable en cas de risques non complètement prouvés permet d'admettre qu'une mesure est «apte» même si elle n'est pas totalement démontrée scientifiquement en cas de risques potentiellement importants
 - Un seuil minimum de **plausibilité/vraisemblance** de l'efficacité doit exister
- TF, 2C_941/2020 du 8.7.2021, c. 3.2.6
 - « Jedenfalls wenn es um möglicherweise gewichtige Risiken geht, können **Abwehrmassnahmen nicht erst dann getroffen werden, wenn wissenschaftliche Klarheit vorliegt, sondern bereits dann, wenn eine erhebliche Plausibilität besteht** (BGE 132 II 305 E. 4.3 und 5.1; A. FLÜCKIGER, *Le droit expérimental, Potentiel et limites en situation épidémiologique extraordinaire, Sicherheit & Recht*, 2020, S. 142 ff., 151 f.). »



DÉFAUT DE PROPORTIONNALITÉ DES MESURES VISANT UN RISQUE ZÉRO

- «même s'il existe un devoir de protection de l'Etat contre les dangers pour la santé, les mesures que celui-ci peut adopter en vue d'éviter la transmission de maladies doivent demeurer raisonnables. Un risque zéro ne saurait être attendu, même s'il s'agit d'éviter des dangers hautement préjudiciables pour la population. Il faut viser un risque acceptable en procédant à la pondération de l'ensemble des intérêts concernés. En principe, plus le risque est important et plus les mesures permettant de le réduire seront justifiées» (TF, 2C_ 793/2020, du 8.7.2021, c. 5.3.1)
- «les conséquences sociétales et économiques des mesures doivent aussi être considérées» . . . Il faut également mettre en balance les conséquences négatives de la maladie avec celles des mesures ordonnées en se fondant sur l'état actuel des connaissances» (TF, ibid, 5.3.1)
 - le remède ne doit pas être pire que le mal



UNE PRISE DE RISQUE CONTRÔLÉE EST ADMISSIBLE

- Une prise de risque est admissible
 - Si elle ne dépasse pas le niveau de «risque acceptable»
 - si elle est contrôlée
 - obligation d'observation et d'évaluation
 - Si elle prévoit des mesures susceptibles d'en contrer efficacement les effets indésirables dans l'hypothèse où le risque devait se réaliser
 - Mesures suspensives/ correctrices/ réparatrices/ compensatoires
- «In solchen Situationen der Ungewissheit bedeutet das Vorsorgeprinzip, dass den Unsicherheiten mit einer Sicherheitsmarge Rechnung zu tragen ist Dies kann indessen nicht bedeuten, dass alle hypothetischen Risiken unzulässig sind. Gewisse Risiken können namentlich dann in Kauf genommen werden, wenn Massnahmen möglich sind, welche die Gefährdungen, sollten sie sich dereinst realisieren, wirksam begrenzen können.» (ATF 131 II 431, c. 4.4.4)



COMMENT DÉTERMINER LE NIVEAU DE RISQUE ACCEPTABLE?

- „Je grösser das Risiko ist, desto eher sind risikoreduzierende Massnahmen gerechtfertigt bzw. geboten. Ein Krankheitsrisiko, das in einem bestimmten Ausmass als sozialadäquat und akzeptabel betrachtet wird, kann inakzeptabel hoch werden und nach epidemierechtlichen Massnahmen rufen, wenn es dieses Ausmass überschreitet.“ (TF, 2C_941/2020 du 8.7.2021, c. 3.2.3)
- „Solange in keiner Rechtsnorm festgelegt ist, wie hoch das akzeptable Risiko bzw. das erforderliche Sicherheitsniveau ist, steht auch nicht fest, wo die Grenze zwischen zulässigen und unzulässigen Risiken liegt. Es ist alsdann nicht in erster Linie Sache der Gerichte, sondern des Verordnungsgebers oder der zuständigen Fachbehörden, das akzeptable Risiko festzulegen. Andernfalls obliegt diese Aufgabe den Gerichten.“ (TF, ibid. 3.2.5)



ATTENTION AUX BIAIS COGNITIFS LORS DE L'EXAMEN DE L'EFFICACITÉ DES MESURES PRÉVENTIVES

- **Le dilemme de l'efficacité des mesures préventives**
 - «The more successful a prevention program, the more quickly public opinion comes to trivialize the severity of the original problem, and to view prevention as unnecessary and wasteful. The anti-vaccination movement is one manifestation of this dilemma.»
- **Le biais rétrospectif (*hindsight bias*)**
 - „eine Massnahme [kann] nicht schon deshalb als unrechtmässig betrachtet werden, weil sie bei besserer Kenntnis aus der Retrospektive allenfalls nicht als optimal erscheint. Dies wäre ein unzulässiger Rückschaufehler. Sodann kann es angezeigt sein, rigorose Massnahmen bereits zu ergreifen, bevor es zu schweren Beeinträchtigungen kommt, um zu verhindern, dass später noch strengere Massnahmen getroffen werden müssen“ (TF, 8.7.21, c. 3.2.7)



LE PRINCIPE DE RÉTROACTION : UNE COMPENSATION PROCÉDURALE À FONDER EMPIRIQUEMENT

- En réalité, pour compenser la
 - diminution de la densité normative
 - le TF augmente les exigences procédurales de production des mesures en posant
- un principe de rétroaction, ie
 - une obligation d'assujettir une mesure aux effets incertains à une obligation continue
 - d'observation des faits et de l'état de la science,
 - d'évaluation,
 - de correction et
 - d'amélioration en fonction des effets observés
 - reposant sur un fondement empirique constant



- **TF, 2C_941/2020 du 8.7.2021, c. 3.2.7**
 - **„Widerlegen neue Erkenntnisse die bisherige Risikobeurteilung, müssen die Regelungen überprüft und gegebenenfalls entsprechend überarbeitet werden (Art. 31 Abs. 4, Art. 40 Abs. 3 und Art. 81 EpG; BGE 136 I 1 E. 4.2.1; 132 I 7 E. 4.2; FLÜCKIGER, a.a.O., S. 150 ff.). ... Dies bedingt allerdings, dass die Behörden ihren Wissensstand laufend erweitern.“**



LA NÉCESSITÉ D'UN PARADIGME EXPÉRIMENTAL POUR LE DROIT

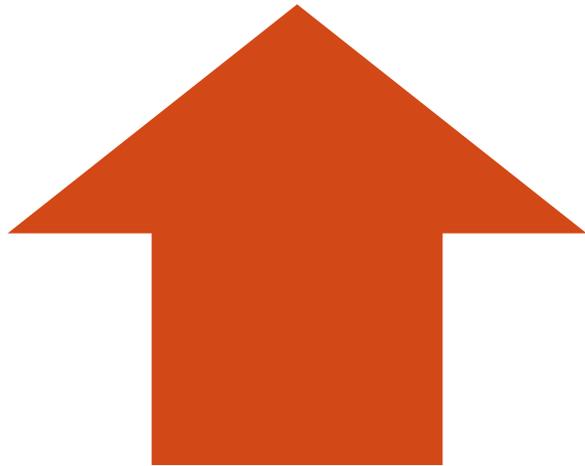
- L'aptitude d'une mesure à atteindre son but devient ainsi son aptitude à être expérimentée, i.e.
 - le droit de tester différentes mesures d'une efficacité plausible dans le cadre d'une prise de risque contrôlée.
- Le principe de proportionnalité peut conduire à une obligation d'expérimentation
 - „Bestehen Zweifel an der Wirksamkeit einer Massnahme, wie namentlich die Einführung von Tempo 30, kann sich ein zeitlich begrenzter Versuch aufdrängen.“ (TF, 2016, c. 5.5)



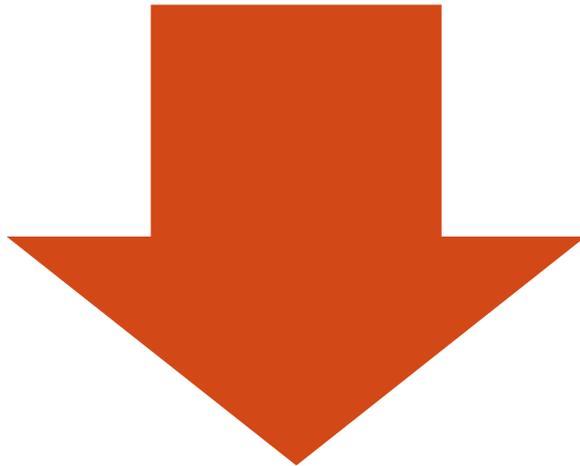
LES FIGURES DU DROIT EXPÉRIMENTAL

- **La législation expérimentale proprement dite**
 - Expérimentation de nouvelles règles selon un protocole expérimental prédéfini
 - **La législation d'urgence**
 - Terrain fertile d'expérimentation législative: obligation implicite d'évaluation et d'amélioration
 - **Le droit comparé et le fédéralisme**
 - Un potentiel de «laboratoires juridiques» depuis longtemps reconnu
 - **Le droit incrémental**
 - Révisions successives d'une loi à intervalles resserrés
 - **Le droit souple dans sa fonction expérimentale**
 - Expérimentation de nouvelles règles de manière pré-juridique dans un processus d'habituation progressive afin d'en tester les effets et d'accroître l'adhésion de la population
- 

FORCES ET FAIBLESSES DU DROIT EXPÉRIMENTAL



- + Comparer rétrospectivement les meilleures approches
- + Convaincre par l'expérience



- Habituer par l'expérience
- Instabilité des règles
- (In)sécurité du droit



INÉVITABILITÉ DU DROIT EXPÉRIMENTAL EN CAS D'INCERTITUDE ET D'URGENCE

- La certitude que l'on pourrait placer dans un droit fixe reposant sur des faits incertains est aussi précaire qu'un rocher de granit posé sur un éboulis



CONCLUSION: SYNTHÈSE

- **Fonder empiriquement la loi est une expression de sa rationalité, laquelle favorise**
 - **son acceptabilité, sa pertinence et son efficacité**
 - La loi ne doit pas se laisser submerger par les émotions
- **Pour fonder empiriquement la loi en cas de d'incertitude, le législateur a l'obligation d'apprendre de ses essais et erreurs au fur et à mesure de l'évolution des connaissances scientifiques et des impacts provoqués**
 - un « tâtonnement contrôlé »



PERSPECTIVES

- Le droit d'urgence (encore en train d'être) produit expérimentalement doit commencer à muter dans le droit ordinaire, y compris constitutionnel, pour s'étendre à tout type de pandémie analogue future
 - Dans l'analyse d'impact de cette législation (AIR- partie analyse du problème), une attention particulière devra être portée
 - aux causes profondes de la pandémie et à ses facteurs aggravants (comorbidités, économies dans la santé, atteintes à l'environnement, inégalités sociales, fracture numérique, dépendance économique globale)
- “Never waste a good crisis”
(Winston Churchill)

