

Droit privé - droit pénal - droit public sous l'angle de la légistique

Berne SSL - 23 juin 2023

Introduction – Alexandre Flückiger

FACULTÉ DE DROIT



1

Plan

I. La légistique

- A. Définition
- B. Champ d'application

II. La légistique formelle

III. La légistique matérielle

- A. L'analyse d'impact de la réglementation *lato sensu*
- B. L'évaluation rétrospective

IV. Conclusion

2

I. La légistique

- A. Définition
- B. Champ d'application

3

Comment penser, rédiger et évaluer la loi afin de lui assurer un impact aussi juste qu'optimal de sorte à agir efficacement sur le réel?

La légistique

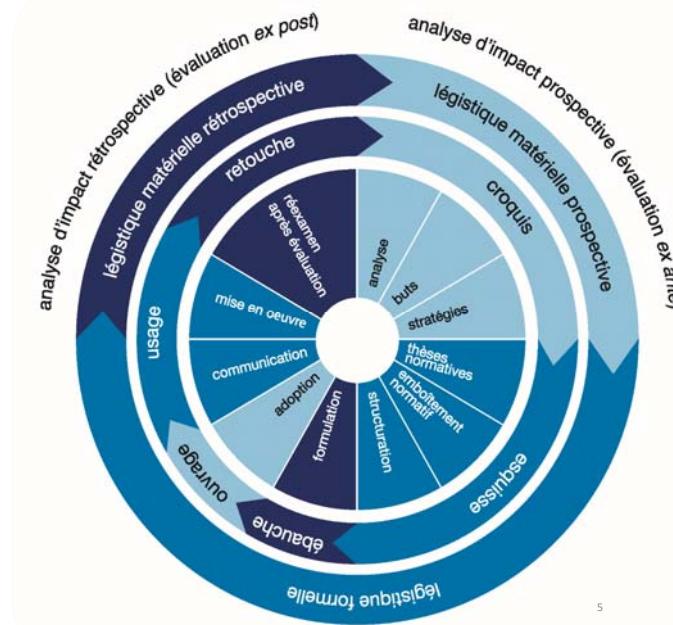
- une démarche **méthodique** de conception législative visant à
 - assurer à la loi un **impact optimal**
 - contribuant à **résoudre le problème de société** de manière
 - **pertinente**,
 - **efficace** et
 - **juste**
 - par
 - une analyse objective du **problème**,
 - une conception stratégique de ses **instruments**,
 - une rédaction claire de son **texte** et
 - un processus **d'apprentissage** par évaluation

A. FLÜCKIGER, *(Re)faire la loi: traité de légistique à l'ère du droit souple*, Berne 2019, p. 33
[\(<https://archive-ouverte.unige.ch/unige:116477>\)](https://archive-ouverte.unige.ch/unige:116477)

4

La légistique matérielle vs la légistique formelle

- Nécessité de penser la loi
- dans son **texte** (légistique **formelle**)
 - **ET** dans ses **impacts** (légistique **matérielle**)

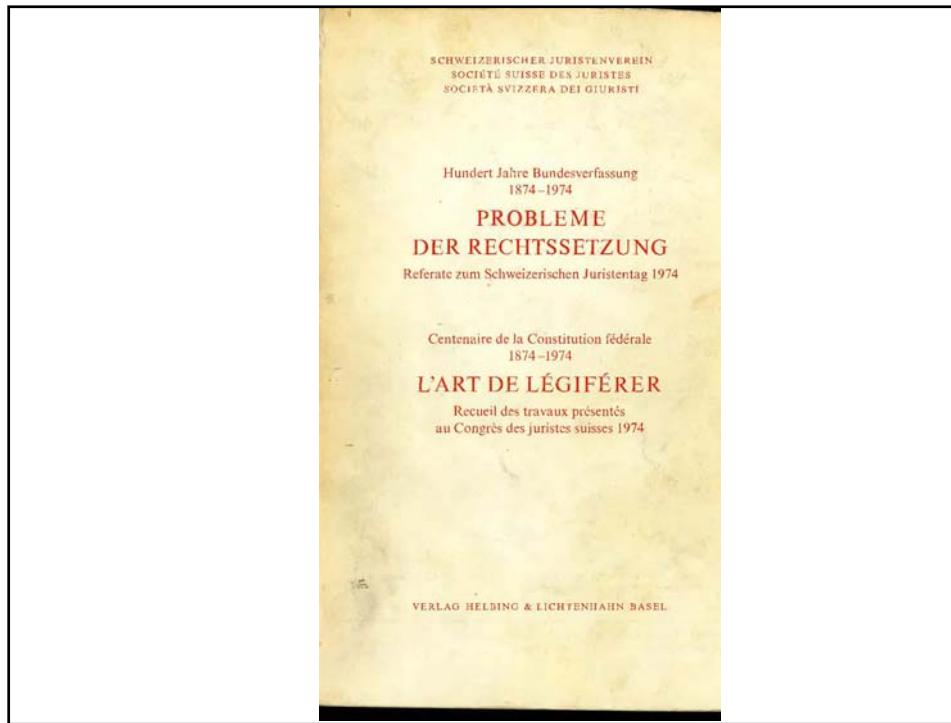


5

I. La légistique

- A. Définition
- B. Champ d'application

6



7

Inhalt		
Avant-propos	5	
KURT EICHENBERGER Professor an der Universität Basel		
Zur Einleitung: Von der Rechtssetzungsfunktion im heutigen Staat		
I. Aktuelle Verfassungsprobleme als Rechtssetzungspolitik	7	
II. Die bewegliche Verknüpfung der Rechtssetzungspolitik mit dem Geisteshauptgedanken der Rechtssetzung	10	
III. Aktenverschieben im Verzinsen der Rechtssetzungspolitik	15	
IV. Die Rechtssetzung im «Vid-Funktions-Staat»	26	
ALDO TROLLI Katholisch in Linzen Professor an der Universität Kanton Linz		
Das Gesetz im Recht		
I. Der Staat als Gesetzgeber	29	
II. Der staatliche Gesetzgebungsgriff	33	
III. Gesetz im rechtssoziologischen Sinn	44	
IV. Gesetz, Sprache, Computer	55	
V. Gesetz, Richterrecht und Rechtsgestaltung durch Private	62	
ULRICH HÜTEN Professor an der Universität Zürich		
Verfassungsgabeung		
I. Einleitung: Problemstellung	75	
II. Bedeutung und Funktion der Verfassung	77	
III. Die verschiedenen Arten von Vorlängengesetzen	88	
IV. Der Prozess der Verfassungsgabeung und Grenzen ihrer Wirklichkeit	99	
V. Das Verhältnis von Verfassungsgabeung und Gesetzgebung	118	
V. Zusammenfassung und Schlussbetrachtung	127	
PETER LIVER Professor an der Universität Bern		
Begriff und System in der Rechtssetzung		
Vorwort	135	
I. Systemdenken und Problemdenken	136	
II. Der Begriff in der Methodolehre der Rechtswissenschaft	142	
III. Die Rechtsfortbildung	149	
IV. Gliederung der Rechtslehre und ihre Verbindung durch gemeinsame Prinzipien	157	
V. Das Prinzip des gesetzten Rechts	161	
VI. Das System	163	
VII. Begriff und System im nicht kodifizierten Recht	176	
VIII. Die Aufgabe des Juristen in der Rechtssetzung	190	
JACQUES-MICHAEL GRECHEN Professor à l'Université de Neuchâtel		
L'organisation des travaux		
I. Introduction	211	
II. La critique de la procédure	212	
III. Le rôle et les moyens de l'admissibilité	213	
IV. Les experts	214	
V. La rédaction	215	
VI. La publication des travaux préliminaires	216	
VII. Conclusion	217	
WALTER BÜHLER Institut für Rechtshistorie Universität zu Köln		
Zusammenhänge zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung in allgemeiner Sicht		249

8

Eugen Huber (1849-1923)



9

• « Il y a une science pour les législateurs, comme il y en a une pour les magistrats; et l'une ne ressemble pas à l'autre. La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun »

- Jean-Étienne-Marie PORTALIS, « Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801) », in : *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil, par les divers orateurs du Conseil d'Etat et du Tribunal*, Paris, 1841

10

Peter Noll (1926-1982)



11

- Das Mittel soll dem Zweck entsprechen, es soll also in bestimmter Weise auf die Wirklichkeit einwirken. Demnach handelt es sich hier überall um die **Vorherbestimmung der Wirksamkeit einer gesetzgeberischen Maßregel**, und zwar gilt es ihre **Wirkungen zu bestimmen** nicht nur für die Personen, deren Verhältnisse zu ordnen sie unmittelbar berufen ist, sondern ihre Einwirkung auf alle Rechtsgenossen.
 - Ernst ZITELMANN, *Die Kunst der Gesetzgebung*, Dresden 1904

12

- « Es wäre erbärmlich, wenn die Rechtswissenschaft nur vermöchte anzugeben, wie ein (unvollständiges, unklares, also mangelhaftes) Gesetz auszulegen und anzuwenden sei, nicht aber, **wie ein Gesetz (mängelfrei) zu machen sei**; denn die entscheidende Aufgabe der Praxis ist, das Recht zu setzen, nicht es anzuwenden.»
 - Walther BURCKHARDT, Methode und System des Rechts, Zurich, 1936
- «Von der Rechtswissenschaft ist mit aller Deutlichkeit zu fordern, dass sie eine **Rechtssetzungslehre** ausbildet. Die Sorgfalt, die sie der Auslegung hat angedeihen lassen, ist ebenso nötig für die rechtsetzende Tätigkeit.»
 - Kurt EICHENBERGER (selon Schindler 2013 : « Pionnier der Schweizer Rechtsetzungslehre»)

13

- René RHINOW, *Rechtsetzung und Methodik: Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung*, Bâle/Stuttgart, 1979
- François DESSEMONTET, « Langage et système des lois suisses », in : *Les Cahiers de droit*, vol. 21, no 3-4, 1980
- Jean-François PERRIN, « L'élaboration des lois peut-elle faire la matière d'une science ? », in : *Travaux CETEL*, no 14bis, Genève, 1980
- Charles-Albert MORAND, « L'action du droit : prolégomènes pour une étude de la mise en oeuvre des lois », in : *Recht als Prozess und Gefüge: Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag*, Berne, 1981
- Reinhold HOTZ, *Methodische Rechtsetzung: eine Aufgabe der Verwaltung*, Zurich, 1983
- Thomas FLEINER-GERSTER, *Wie soll man Gesetze schreiben? Leitfaden für die Redaktion normativer Texte*, Berne/Stuttgart, 1985.
- Luzius MADER, *L'évaluation législative*, 1985
- Joseph VOYAME, *Méthodes et techniques législatives*, Lausanne, 1989
- Georg MÜLLER, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 1999
- Paul RICHLI, *Interdisziplinäre Daumenregeln für eine faire Rechtsetzung: ein Beitrag zur Rechtssetzungslehre im liberalen sozial und ökologisch orientierten Rechtsstaat*, Bâle/Genève/Munich, 2000.

14

Droit international (ONU, BIT)

- Organisation des Nations Unies
 - ↴ [Manuel des traités](#), éd. révisée, New York, 2013
 - ↴ [Précis de la pratique du secrétaire général en tant que dépositaire des traités multilatéraux](#), New York, 1999
 - ↴ [Recueil des clauses finales des traités multilatéraux](#), New York, 2006
- Bureau International du Travail
 - ↴ [Manuel de rédaction des instruments de l'OIT](#), Genève, 2011

Normes privées (ISO, IEC)

- [ISO – Rédaction de normes](#), en ligne, 2021
- [Directives ISO/IEC, Partie 1 et Supplément ISO consolidé – Procédures spécifiques à l'ISO](#), 12^e éd., Organisation Internationale de Normalisation (ISO), Vernier, 2021
- [Directives ISO/IEC, Partie 2](#), 9^e éd., Organisation Internationale de Normalisation (ISO), Vernier, 2021

15

II. La légistique formelle

16

• Définition

- méthode visant à transcrire l'option législative retenue en
 - un texte légal **clair**
 - qui repose sur des principes destinés à favoriser la **communication optimale** du message normatif

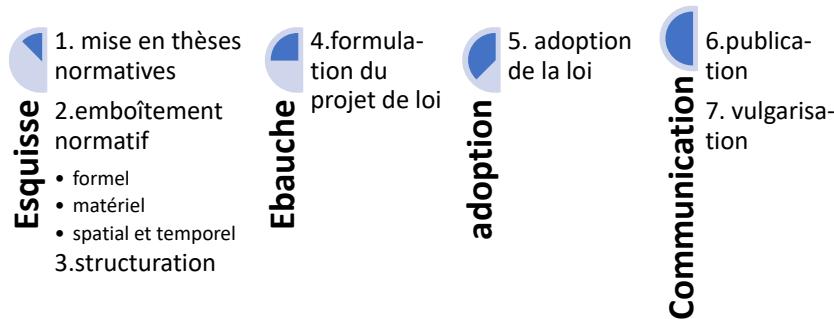
(Re)faire la loi, p. 523ss

• Sources

- Directives de la Confédération sur la technique législative (DTL), Chancellerie fédérale, 2013
- Guide de législation, Office fédéral de la justice, Berne, 2019
- Directive sur la présentation d'esquisses d'actes normatifs (=Normkonzept), du 12.10.2010
- Diverses directives (selon les langues)

17

Phases de la légistique formelle



18

Clarté du texte de loi

• Clarté **linguistique**

- propriété d'un texte de loi d'être formulé de manière **compréhensible** pour ses destinataires.

- **Lisibilité**

- concision, simplicité, précision terminologique, ...

- **Cohésion**

- **Cohérence**

- **Intelligibilité**

• Clarté **normative**

- propriété d'un texte de loi d'être formulé de sorte à lire facilement et directement la **norme à suivre** dans un cas concret

- **Précision et densité normatives**

- **Prévisibilité et sécurité du droit**

19

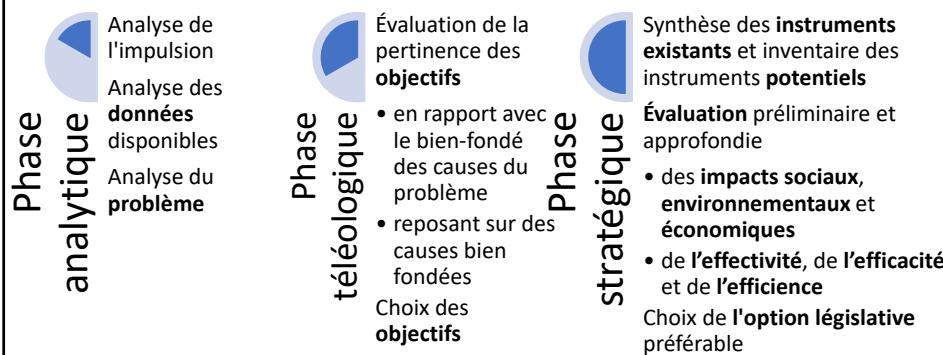
III. La légistique matérielle

A. L'analyse d'impact *lato sensu*

- B. L'évaluation rétrospective

20

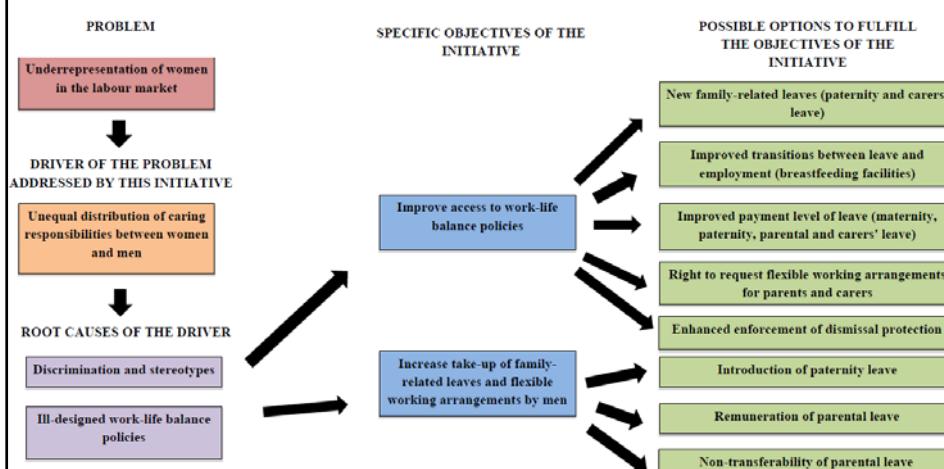
A. L'analyse d'impact *lato sensu* (*ex ante*)



(Re)faire la loi, ch. 2.2.3.1

21

La modélisation des options stratégiques



(Re)faire la loi, Ch. 4.2.4

22

Sources

- **Guide de législation**, 4e éd., Office fédéral de la justice, Berne, 2019
↳ Modules « loi », « ordonnance » et « initiative parlementaire », 2014
- Directives du Conseil fédéral concernant **l'analyse d'impact de la réglementation** applicable aux projets législatifs de la Confédération, du 6 décembre 2019
- Autres sources:
 - évaluation de la **durabilité** (EDD) ;
 - évaluation économique des mesures et des objectifs **environnementaux** (VOBU) ;
 - analyse d'impact sur **l'égalité** entre femmes et hommes dans les projets législatifs ;
 - analyse d'impact relative à la protection des **données personnelles**

23

Art. 141 II ParlG

- die Rechtsgrundlage, die **Auswirkungen** auf die **Grundrechte**, die Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht und das Verhältnis zum europäischen Recht;
- die Nutzung des Handlungsspielraumes der Schweiz bei der Übernahme von internationalem Recht;
- die Beachtung des Grundsatzes der **Subsidiarität** bei der Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben und die **Auswirkungen** des Erlassentwurfs auf **Gemeinden, Städte**, städtische Agglomerationen und Berggebiete;
- die Prüfung einer Befristung des Erlassentwurfs;
- die in einem Gesetzesentwurf vorgesehenen Kompetenzdelegationen;
- im vorparlamentarischen Verfahren diskutierte **Standpunkte** und **Alternativen** und die diesbezügliche Stellungnahme des Bundesrates;
- die geplante **Umsetzung** des Erlasses, die geplante Auswertung dieser Umsetzung und die Prüfung der **Vollzugstauglichkeit** im vorparlamentarischen Verfahren;
- das Abstimmen von Aufgaben und Finanzen;
- die personellen und **finanziellen Auswirkungen** des Erlassentwurfs und seines Vollzugs auf Bund, Kantone und Gemeinden sowie die Art und Weise der Kostendeckung und das Verhältnis von **Kosten und Nutzen**;
- die **Auswirkungen auf Wirtschaft, Gesellschaft, Umwelt und künftige Generationen**;
- die Wahrung der Selbstverantwortung und des Handlungsspielraums der von einer Regelung betroffenen Privaten;
- die **Auswirkungen** auf den Bedarf an **Informations- und Kommunikationstechnologien** und die damit verbundenen Aufwendungen;
- das Verhältnis des Erlassentwurfs zur Legislaturplanung und zum Finanzplan;
- die Auswirkungen auf die **Gleichstellung** von Frau und Mann;
- die Auswirkungen des Erlassentwurfs auf die Auslandschweizerinnen und -schweizer.

24

Art. 6a Vernehmlassungsgesetz

Für die **Erläuterung des Vorhabens** gelten die Anforderungen an die Botschaften des Bundesrates nach Artikel 141 Absatz 2 des Parlamentsgesetzes ... **sinngemäß**.

Art. 8 Vernehmlassungsverordnung

³[Der erläuternde Bericht] enthält Ausführungen und wo nötig Fragen an die Adressaten, insbesondere:

- a. zu den personellen, organisatorischen und finanziellen **Auswirkungen** auf Bund, Kantone, Gemeinden und allfällige weitere Vollzugsträger;
- b. zur Notwendigkeit, die **Umsetzung** mit den Vollzugsträgern koordiniert zu planen;
- c. zum Zeitbedarf für die **Umsetzung** in den Kantonen und den Gemeinden;
- d. zu den **wirtschaftlichen Auswirkungen**.

^{4bis} Er stellt die **wichtigsten verwendeten quantitativen Angaben übersichtlich** dar und enthält:

- a. Informationen über deren Quellen;
- b. Informationen über deren Berechnungen oder Schätzungen;
- c. eine Einschätzung deren Verlässlichkeit.

25

III. La légistique matérielle

A. L'analyse d'impact *lato sensu*

B. L'évaluation rétrospective

26

L'évaluation rétrospective (*ex post*)

- **Überprüfung der Wirksamkeit**

„Die Bundesversammlung sorgt dafür, dass die Massnahmen des Bundes auf ihre Wirksamkeit überprüft werden.“ (170 BV)

- Überprüfung der Wirksamkeit (27 + 44 I e/f ParlG)

- **Oberaufsicht**

- **Wirksamkeit; Wirtschaftlichkeit** (26 III d/e ParlG)

- Parlamentarische Verwaltungskontrolle/ Contrôle parlementaire de l'administration (**CPA/PVK**)

- **Evaluationsdienst der Bundesversammlung**

- Eidgenössische Finanzkontrolle/ Contrôle fédéral des finances (**CDF/EFK**)

- führt **Wirtschaftlichkeitsprüfungen** durch, in denen sie abklärt, ob...

b. Kosten und Nutzen in einem günstigen Verhältnis stehen;

c. finanzielle Aufwendungen die **erwartete Wirkung** haben (5 II FKG)

- **Conseil fédéral**

- überprüft die Aufgaben des Bundes ... auf ihre **Notwendigkeit** und ihre Übereinstimmung mit den Zielen, die sich aus Verfassung und Gesetz ergeben (5 RVOG)

- **Clauses législatives spéciales** d'évaluation rétrospective

- Recommandations de l'Office fédéral de la justice pour la formulation des clauses d'évaluation, du 23.08.2012

27

Nécessité de coupler l'évaluation *ex post* avec l'analyse d'impact *ex ante*

- « Les méthodes d'analyse d'impact de la réglementation devraient être **intégrées** dans les programmes d'examen et de révision des réglementations en vigueur. »

• OCDE, *Recommandation du Conseil concernant la politique et la gouvernance réglementaires*, 2012

- → « **evaluate first principle** » : principe d'évaluation préalable avant toute révision législative

• Commission UE, *Better Regulation Guidelines*

28

IV. Conclusions

29

- La **délimitation** entre droit privé, pénal et public n'a guère de sens s'agissant de l'élaboration rationnelle des lois
 - Vers une **théorie unifiée de la gouvernance et de la régulation** en droit (« übergreifendes Regulierungsrecht »)
 - Alexander HELLGARDT, *Regulierung und Privatrecht : Staatliche Verhaltenssteuerung mittels Privat-recht und ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsanwendung*, Tübingen, 2016 (autres références: (Re)faire la loi, p. 329s)
 - Nécessité de **repenser la codification** en droit civil et pénal dans une démarche de **légistique** matérielle et formelle
 - « La **dissolution du code civil unique** à laquelle nous assistons n'est pas seulement une conséquence fatale de la **dégradation de l'art législatif** par des administrations prépotentes, habituées à produire des lois sans système ni cohérence. Elle a une raison plus profonde. Le système unidimensionnel de l'égalité et de la liberté des citoyens ne répond plus aux attentes de la société moderne. »
 - Bruno SCHMIDLIN, *Le mouvement des codifications en Europe*, 2005

30

- Importance de l'**encadrement constitutionnel et conventionnel** des lois dans la démarche légistique
 - Le **Code civil** devient un code parmi les autres, **une loi parmi les lois**, subordonnée même au droit constitutionnel et conventionnel, une loi désacralisée
 - Philippe REMY, «Le processus de "dé-codification"», in WINIGER/ DUNAND 2005, p. 207
- Importance de l'**interdisciplinarité**

« A l'instar de la **sociologie de la famille** pour le droit de la famille, ou de la **criminologie** pour le droit pénal, les différentes branches du droit privé, si elles veulent remplir leur rôle de « science normative thérapeutique » (*normative «therapeutische» Wissenschaft*), doivent **collaborer** avec leurs homologues voués au diagnostic [NOLL 1973, p. 68]»

FLÜCKIGER/ DELLEY, *L'élaboration rationnelle du droit privé : de la codification à la légistique*. In: Mélanges Petitpierre, 2006. p. 143

31

- Importance de l'**évaluation créative et participative, ex ante et ex post**
 - Procédures de consultation formelles et informelles
 - Organismes participatifs et pluralistes
 - Organismes de réflexion et de conseil
 - Tables rondes, conférences citoyennes, Bürger:innenrat, états généraux, conférences citoyennes, « climathon », etc.
- Légistique matérielle comme *ars combinatoria* et *ars inveniendi* (Gottfried Leibniz cit. in Noll 1973)
 - « think outside the box »/ « open mind »
 - UE, Better Regulation Toolbox, Tool #17 (How to Identify Policy Options)
- Die Verwaltung als **Clearing-Stelle der Ideen Privater:**

32

«Ich denke zum Beispiel an die Möglichkeit, **Aufträge zur Prüfung von Fragen der Öffentlichkeit an verschiedene Private gleichzeitig zu vergeben oder Wettbewerbe darüber zu veranstalten**. Es ist wohl nicht zu bestreiten, daß die Verwaltung immer zum Konservatismus neigt. Auch kennt sie die politischen Widerstände zu genau, als daß man von ihr weitblickend-kühne Vorschläge erwarten könnte. Wenn aber schon der erste Entwurf einer Sache, noch vor aller weiteren Beratung, alle zu gewärtigenden Abstriche bereits vornimmt, wie es oft geschieht, so kommt leicht überhaupt nichts Rechtes heraus. ... Gerade auch zur Hebung des politischen Interesses der Bürger wäre es wünschenswert, wenn die **Verwaltung vermehrt zu einer Clearing-Stelle der Ideen Privater würde**, die in ihrem Denken freier sind als sie.»

Hans Peter („Mani“) MATTER, *Der Bürger und die demokratischen Institutionen*, 1966