

---

# COMMENT (RE)FAIRE LA LOI À L'ÈRE DU DROIT SOUPLE

---

Séminaire commun de la Faculté de droit de l'Université d'Aix-Marseille et de la  
Société française pour la philosophie et la théorie juridiques et politiques (SFPJ)  
Aix-en-Provence - 20 octobre 2020

Prof. Alexandre Flückiger

Faculté de droit, Université de Genève

Mesdames, Messieurs, chères et chers collègues,

Je tiens tout d'abord à remercier chaleureusement les prof. Marthe Fatin-Rouge Stefanini, Jean-Yves Chérot et Véronique Champeil-Desplats pour leur aimable invitation à ce séminaire commun consacré à la présentation de mon traité de légistique récemment paru<sup>1</sup>.

La question à l'ordre du jour que j'aimerais débattre avec vous aujourd'hui m'apparaît plus que jamais nécessaire dans une période aussi délicate, voire charnière, pour nos démocraties : comment légiférer en produisant un impact aussi juste que concret dans un monde où les législateurs, ou du moins ceux d'entre eux sincèrement épris de démocratie et de respect envers les droits fondamentaux, peinent à s'imposer de manière jupitérienne par le canal classique du droit dur, c'est-à-dire celui de la règle de droit obligatoire, générale et abstraite ?

---

<sup>1</sup> Alexandre Flückiger, *(Re)faire la loi : traité de légistique à l'ère du droit souple*. Berne : Stämpfli, 2019  
(version en accès libre : <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:116477>).

L'actualité immédiate nous fournit deux exemples illustratifs, le premier - profondément abject et particulièrement ignominieux - dans le domaine de la régulation sécuritaire ; et le second – funeste et déprimant - dans celui la régulation sanitaire. Sur le premier, on constate, de manière attristante, que la législation anti-terroriste n'a pas empêché l'ignoble assassinat vendredi dernier d'un enseignant ayant montré des caricatures de Mahomet à ses élèves. Sur le second, on est en train, ces jours, de constater que la législation d'urgence n'a pas été en mesure d'endiguer une deuxième vague de COVID-19.

Dans ces deux exemples, le droit va prévisiblement se durcir dans les semaines et mois à venir, et non s'assouplir. Mon ouvrage étant sous-titré « Traité de légistique à l'ère du droit souple », mes thèses seraient-elles désormais obsolètes ?

Je tenterai de vous démontrer que non, car je n'exclus aucunement le droit dur dans cette légistique ; au contraire même. Je résumerai ma démonstration dans les trois points suivants :

- 1) pour être efficace, le droit doit devenir souple lorsque le contexte l'empêche d'être efficace par les moyens du droit dur ;
- 2) lorsque, pour être efficace, le droit doit être dur, le droit souple est un moyen efficace, soit pour le durcir progressivement, soit pour aider à le mettre en œuvre ;
- 3) l'excès d'efficacité (la notion étant prise dans son sens large) doit être prévenu, en particulier l'excès d'effectivité (que j'appelle effectivisme) ainsi que l'excès d'efficience (qui est la composante économiste de l'efficacité). Cette limite concerne non seulement le droit dur, mais le droit souple également, dès lors que ce dernier est parfois autant efficace, si ce n'est plus, que le droit dur.

Quelles sont les causes profondes susceptibles d'expliquer cette impuissance de la loi contemporaine ? Il en existe de multiples. L'essayiste Tzvetan Todorov, dans un petit livre fulgurant paru en 2012, l'attribuait par exemple aux deux « ennemis de la démocratie » suivants : la *tendance ultralibérale* qui affaiblit l'autorité de la loi de l'extérieur et la *tentation populiste* qui sape le fondement de la loi de l'intérieur.

Sur le premier ennemi, force est de constater que la loi ne fait plus vraiment la loi à l'ère de la gouvernance, de la régulation et de la globalisation ; et cela avec une envergure sans commune mesure. Les législateurs, dans nos Etats de droit démocratiques, se sentent fondamentalement impuissants face aux problèmes qu'ils sont censés résoudre. L'aveu est lourd. La loi n'est qu'un texte de normes. Outil symbolique de la démocratie, son impuissance est aussi celle des citoyennes et des citoyens à participer pleinement à la chose publique.

Faut-il dès lors se résigner ? Ce sentiment d'impuissance collective est un ferment rêvé pour du terreau populiste. Et nous voilà auprès du second ennemi : comme la loi a toujours été le produit d'émotions (les deux exemples que je viens de mettre en exergue ne font qu'en étayer la démonstration), elle se révèle extrêmement fragile face aux assauts démagogiques, au risque de faire basculer la démocratie dans l'ochlocratie ; c'est-à-dire le pouvoir de la foule, et non plus du peuple, que dénonçait déjà Rousseau. On flaire un certain danger à faire semblant de croire (ou de faire croire) au mythe d'une loi puissante et rationnelle. « Rouler des mécaniques » sans en avoir les moyens sape le plus sûrement toute autorité. Dès lors la question que je pose implicitement (entre parenthèses) dans le titre de mon ouvrage est la suivante : nos démocraties sont-elles capables de « refaire la loi », c'est-à-dire de l'aider à recouvrer son efficacité ?

Tel est précisément le défi lancé à la légistique : comment penser, évaluer et rédiger la loi afin de lui assurer un impact aussi juste qu'optimal ? Il ne s'agit plus dans ces conditions de se contenter d'améliorer la clarté des textes, ainsi que la légistique formelle le commande, mais bien d'aller au-delà des mots. La loi doit être pensée en œuvre et non seulement en texte : la légistique doit devenir matérielle également, mettant l'accent sur *l'impact* des textes et leur *efficacité* dans la résolution des problèmes de société.

Or l'efficacité – hors du contexte du COVID-19 - a souvent mauvaise presse auprès d'un certain nombre de juristes. Michel Villey critiquait par exemple vertement, je le cite, « le juriste qui devient <ingénieur> et qui pourrait user d'une méthode < expérimentale >, imitée de la grande industrie. Ainsi dans un aéroport, tout est éprouvé, le sourire et la voix des hôtesses et la profondeur des fauteuils, le fond

musical, pour procurer aux voyageurs le confort, la décontraction, et le profit des compagnies. Sur ce modèle il conviendrait désormais de fabriquer le droit. »

Mais en quoi être fonctionnel et efficace serait-il un obstacle à l'essor de la *justice* et de la *démocratie* ? La réponse n'est pas toute faite, car tout dépend de la manière dont on conçoit l'efficacité. Je défends l'idée qu'il convient d'englober un point de vue plus large que le seul regard économiste ou marchand pour se rendre compte qu'une conciliation est possible. En effet, adopter des lois « justes » mais inefficaces ne concourt pas à un droit plus juste, au même titre que rendre efficaces des lois « injustes ». Évalue l'arbre à ses fruits et non à ses feuilles comme le rappelle l'économiste et philosophe indien Amartya Sen en citant la fable de Phèdre (*fructu non foliis arborem aestima*), dans une perspective résolument conséquentialiste.

Dans mon ouvrage, j'ai tenté de montrer que les origines de la légistique remontaient dans le droit fil des sciences de la législation qui ont eu leur apogée au XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles ; ou plus récemment de la « juristique » proposé par Karl Llewellyn en 1940 et repris par Henri Lévy-Bruhl en 1950 : un effort pour intégrer le légal dans la sociologie et la théorie politique, selon leurs propres dires.

L'expression en vogue aujourd'hui dans les pays anglo-saxons d'*evidence based legislation* - que l'on peut traduire par l'exigence de légiférer sur la base de faits pertinents et suffisamment établis - repose également sur d'anciennes fondations. Par exemple Louis Le Caron, alias Charondas, un juriste, philosophe et poète, qui conseillait au Prince en 1556: de « saines lectures et de bonnes connaissances mathématiques, qui ne seraient pas sans incidences sur la production de la loi » ou, plus tard, Diderot dans son article sur l'Arithmétique politique paru en 1751.

Tous ces efforts visant à justifier le « tique » de légistique n'ont pas vraiment abouti aux succès escomptés. Un tel constat est patent pour les législations où l'on ne dispose pas de données scientifiques suffisamment établies et prédictibles, comme dans l'exemple paradigmatique du COVID-19, lequel démontre que lorsque la science erre, la loi risque fort de tituber. Mais même lorsque les faits sont scientifiquement établis, à l'instar du changement climatique, la loi peine à suivre rationnellement.

Le « tique » ne serait-il dès lors que du toc ?!? Le constitutionnaliste Denis Baranger par exemple n'est pas loin de le penser. Selon lui, «personne ne prétend aujourd'hui croire à l'existence d'une science [de la législation]. [...] [L]a législation [...] relève de la pratique, pour ne pas dire du désordre et du bricolage les moins satisfaisants intellectuellement. [...] Ne pas avoir de science de la législation demeure pour nous un problème non négligeable. Le prix que nous payons prend la forme de l'intervention correctrice, non moins problématique, de nos juges constitutionnels. Ce n'est pas un prix modique, car nous n'avons pas plus de science de la justice constitutionnelle que nous ne sommes parvenus à avoir de science du législateur.»

\*\*\*

Après ces quelques mots introductifs, j'aimerais préciser avant d'exposer mes thèses, que je compte aller au-delà du débat sur le serpent de mer suivant qui agite le débat sur la légistique : celui des critiques continues -et plus que millénaires- relatives la *déliquescence supposée de la loi* et *l'inflation normative* dont la persistance ne démontre à mon avis qu'une chose ; que le jardin d'Eden législatif n'a jamais existé et n'existera jamais, légistique ou pas. La question se renouvelle sans cesse sans jamais se résoudre.

L'utilisation de la légistique pour justifier des politiques de dérégulation est dès lors à mon avis un usage détourné de la légistique qu'il s'agit de bien cerner afin de mieux le déjouer.

La déréglementation peut il est vrai, paradoxalement, conduire à plus de complexité. Plutôt que de rester accroché à l'idéal inaccessible de la loi simple, mieux vaut à mon sens travailler à sa vulgarisation et à la simplification de sa mise en œuvre par l'administration et ses autres acteurs d'exécution. Il faut en effet distinguer complexité législative et complexité bureaucratique : c'est la seconde qui irrite dans les faits les citoyens et les citoyennes ; et elle n'est pas en rapport nécessaire avec la première.

Toutefois, avec un peu de recul, je pense que ces critiques persistantes envers la qualité et la quantité des lois ne sont peut-être que le simple reflet d'une ambivalence émotionnelle qui habite chacune et chacun d'entre nous dans l'évolution intime de notre rapport à l'ordre et l'autorité : un désir de loi lorsque celle-ci nous fait défaut ;

un amour lorsqu'elle nous protège ; une haine lorsqu'elle nous oppresse. La persistance des critiques envers la loi est donc assurée pour longtemps encore !

\*\*\*

Venons-en à présent aux *six pistes* suivantes que je propose dans mon ouvrage pour revisiter la légistique dans le sens précédent :

1. La loi doit tout d'abord être raisonnée à défaut d'être rationnelle ; elle doit pour ce faire s'adapter à l'évolution contemporaine des rationalités, mais en prévenant toute dérive rationaliste, psycho-comportementale ou algorithmique
2. Elle doit être pertinente avant même que d'être efficace ; le législateur doit pour cela apprendre à penser par problème plutôt que par solution
3. La loi doit devenir stratégique ; elle doit à cet effet s'approprier habilement l'ensemble du pluralisme normatif sans se limiter au droit dur
4. Elle doit être efficace, tout en en rappelant les limites
5. Elle doit être claire ; ce n'est pas nouveau, mais la tâche de la légistique formelle n'est pas seulement là pour composer des textes élégants, mais a pour défi de mieux faire comprendre les termes de la loi dans l'écosystème communicationnel contemporain
6. Enfin, dernier point, la loi doit devenir véritablement réflexive ; débutant sa vie au moment de sa promulgation, elle doit s'adapter à l'évolution des circonstances en fonction d'évaluations successives. Une évaluation qui ne doit pourtant pas être comprise comme un outil de contrôle et de surveillance comme c'est encore trop souvent le cas, mais un mécanisme d'apprentissage pour résoudre les problèmes de société que la loi a vocation de résoudre.

Si l'on veut illustrer ce dernier point avec la crise sanitaire actuelle, on pourrait dire qu'à l'image du virus que la législation anti-COVID-19 vise à combattre, la loi doit obéir à un *devoir de mutabilité* en se transformant continûment, en abrogeant les séquences inutiles ou néfastes, en pérennisant les prometteuses et en adaptant les déficientes afin d'assurer en tout temps un impact optimal.

Reprenons plus en détail ces six points d'accroche.

1- En rappelant tout d'abord que la *rationalité de la loi est un prérequis pour en assurer l'effectivité*. Je tente de le démontrer par l'expérience de pensée que je livre en introduction à mon ouvrage :

Alors que Richard Thaler, spécialiste d'économie comportementale s'est vanté, lorsqu'il a reçu le prix Nobel 2017, de dépenser le montant de celui-ci « de la façon la plus irrationnelle possible », son compagnon d'arme, le juriste Cass Sunstein, qui a développé avec lui la théorie du nudge, aurait-il pu s'écrier sans choquer qu'avec cet argent il légiférerait désormais « de la façon la plus irrationnelle possible » si un prix Nobel de droit devait exister ? Poser la question revient évidemment à y répondre...

La lutte contre le COVID-19 nous rappelle douloureusement ce point : comment provoquer l'adhésion à des mesures dont le fondement est incertain et scientifiquement controversé ?

Le législateur n'a d'autre choix, Mesdames et Messieurs, que de s'adapter à *l'évolution des rationalités* tout en prévenant les dérives que j'ai rappelées précédemment. La chose n'est pas si facile, car on observe aujourd'hui une double tendance – tout à la fois de promotion de la *rationalité scientifique* -et tout à la fois de mise en exergue des *émotions* par les sciences affectives.

On retrouve cette évolution de la gouvernance dans la *lutte contre le changement climatique*, incarnée de manière iconique par Greta Thunberg, laquelle a asséné au Forum de Davos de 2019 un menaçant « I want you to panic. I want you to feel the fear I do » tout en requérant simultanément de se conformer aux préceptes de la Science.

On retrouve également ce mode de régulation hybride dans les *lois actuelles anti-COVID-19* où le défi est encore plus vertigineux. Comment légiférer de manière rationnelle en présence d'une peur que nul n'a besoin de provoquer spécialement ? Le législateur a opté pour, d'une part, une gouvernance par les nombres de type managérial, avec des indicateurs chiffrés, soutenu d'autre part par une gouvernance par les affects ; le tout appuyé par des moyens, en partie algorithmiques, de surveillance des comportements.

Sur le premier point, les mesures se durcissent en effet presque mécaniquement lorsque les indicateurs d'infection augmentent et se relâchent lorsqu'ils diminuent. Il y a là presque un côté de gestion par vanne thermostatique qui apporte une rationalité quasi cybernétique au mitan de la pandémie, mais qui pose la question de la mise en évidence stratégique de l'indicateur le plus efficace pour produire l'effet voulu : la mise en exergue du nombre de lits encore disponibles aux soins intensifs au début de la première vague, celle du nombre de personnes infectées lors du reflux, puis - on le voit réapparaître avec le début de la deuxième vague - le retour au premier indicateur.

Sur le second point, les émotions deviennent un produit du premier : panique, à l'idée de mourir abandonné et sans soins à la maison lorsque l'indicateur des lits disponibles tend vers zéro et soulagement lorsqu'il remonte. Peur diffuse de contracter ou de transmettre le COVID-19 lorsque l'indicateur des contaminations augmente, honte de ne pas protéger les autres, culpabilité en cas de non-protection, remord en cas de transmission, joie en cas de guérison, colère contre les fêtards insoucians, etc. Il découle de ces émotions un véritable pouvoir normatif intrinsèque, permettant de générer les normes les plus drastiques avec une opposition mineure (le Premier ministre Jean Castex l'a parfaitement reconnu jeudi dernier dans la formule suivante pour justifier le confinement nocturne et le retour des attestations : « ce n'est pas l'Etat qui frappe, c'est le virus » a-t-il dit ; une force de frappe que les émotions n'ont étrangement pas dans le cas de la pollution de l'air, responsable pourtant de 8 à 9 millions de morts dans le monde par année, alors que le COVID-19 comptabilise (au milieu de l'automne 2020) un peu plus d'un million de décès.

Et pourquoi ? Probablement parce que la crainte de la contagion doit être un atavisme immémorial, et parce que la pollution représente un risque plus abstrait, plus diffus et moins fulgurant. Le COVID-19 m'a ainsi permis de relire Michel Foucault avec un nouveau regard. Le « rêve politique de la peste », écrit-il, c'est « la pénétration du règlement jusque dans les plus fins détails de l'existence et par l'intermédiaire d'une hiérarchie complète qui assure le fonctionnement capillaire du pouvoir. » « La peste, poursuit-il, c'est l'épreuve au cours de laquelle on peut définir



idéalement l'exercice du pouvoir disciplinaire. Pour faire fonctionner selon la pure théorie les droits et les lois, les juristes se mettaient imaginativement dans l'état de nature ; pour voir fonctionner les disciplines parfaites, les gouvernants rêvaient de l'état de peste. »

\*\*\*

2- La deuxième thèse légistique met l'accent sur la nécessité de *penser par problème*, en réhabilitant le critère de la *pertinence* par rapport à celui de l'efficacité. Cette question rebute fréquemment les évaluateurs et les évaluatrices en raison de la nature très argumentative qu'elle exige pour son application.

On peut définir la loi comme pertinente si, atteignant ses objectifs, elle résout le problème de société sans effets indésirables disproportionnés. Cette question est essentielle, car si la loi n'est pas pertinente, peu importe alors de se soucier de son efficacité ou de son effectivité. Ce serait donc le « critère qui tue » (« the « kill » criterion ») selon l'expressive expression de la Commission européenne

L'*analyse d'impact* -au sens large- (ou évaluation prospective) est l'outil qui permet (ou devrait permettre) d'investiguer ce critère, en mettant en évidence la logique unissant le problème de société concerné à sa solution législative par l'exposition des impacts probables de cette dernière.

Ce critère de la pertinence, pourtant essentiel, est politiquement le plus délicat à manier. L'exemple de la lutte anti- COVID-19 montre combien on marche là sur des œufs. Les objectifs et les stratégies de lutte changent en effet selon la manière dont le *problème est défini*.

Réside-t-il essentiellement dans la disponibilité suffisante en capacités hospitalières ? Dans ce cas, il importerait d'investir massivement dans les systèmes de santé pour en renforcer les capacités, l'attractivité des métiers infirmiers, etc., quitte à disposer par moments de surcapacités, un peu à l'image des pompiers entre deux incendies. Une étude récente vient de montrer que la surmortalité due au COVID-19 de printemps était, s'agissant de l'Italie plus particulièrement, due pour une bonne part à d'autres maladies également, faute d'avoir pu être traitées à temps en raison de l'engorgement du système de santé.

Le problème se focalise-t-il sur les souffrances et la létalité des personnes affectées ? Dans ce cas, la prévention de toute contamination s'impose, coûte que coûte.

Mais quid s'il comprend également la situation socio-économique des générations futures touchées par les effets indésirables des mesures de lutte, la précarisation d'une partie de la population, un accroissement des inégalités, que ce soit au niveau des conditions de logement ou de travail, une augmentation des atteintes à la santé psychologique, un bond des maltraitances faites aux femmes ou une habitude progressive aux mesures d'intrusion aux libertés fondamentales ? Si le problème est ainsi défini, une certaine tolérance envers les contaminations devrait être admise au profit du maintien des libertés tant économiques qu'individuelles. Le critère de la pertinence reviendrait dans ce cas à se demander si les effets indésirables des mesures prises ne créent à terme pas plus de problèmes qu'ils n'en résolvent ; en d'autres termes si le remède n'est pas pire que le mal.

Vous le relèverez : l'analyse d'impact sur ce point ne saurait être un exercice neutre ou technocratique, car elle se réfère à une pondération des valeurs constitutionnelles de nature profondément politique : et il ne s'agit pas comme on pourrait le croire *prima vista* d'une seule opposition entre la primauté du droit à la santé *versus* les autres libertés, en particulier économiques. En effet, de tels effets indésirables sont, d'une part, susceptibles de mettre en péril d'autres valeurs sanitaires également comme je viens de le montrer et, d'autre part, les intérêts économiques sont susceptibles de rejoindre les intérêts sanitaires, sans forcément s'y opposer.

L'analyse d'impact de la pertinence exige également d'investiguer les *causes profondes* du problème afin d'éviter de n'en traiter que les symptômes. Ce point est essentiel mais ne produit malheureusement aucun résultat effectif à court terme, car il demande d'instaurer sans délai des mesures de prévention sur le long terme. Il permet de mettre en évidence le « vrai problème » - avec évidemment toutes les précautions d'usage relatives au caractère discursif de la notion de « vérité » - à savoir nos modes de vie (l'obésité par exemple représente un risque accru d'infection COVID-19 sévère) ainsi que notre rapport avec la nature (les maladies causées par les coronavirus

sont des zoonoses, i.e. des maladies infectieuses qui sont passées de l'animal à l'être humain/ d'autre part, on a également pu observer parfois, à ce jour du moins, une corrélation avec la concentration en particules fines). Dans cette veine Dominique Méda, professeure de sociologie interrogée vendredi dernier par Frédéric Worms sur France Culture sur le thème « Qu'est-ce qu'un vrai problème ? », précisait que « cette crise sanitaire a révélé et aggravé les grandes inégalités françaises. Elle nous a surtout montré l'état d'impréparation extraordinaire dans lequel se trouvent nos sociétés et cela doit nous faire réfléchir à l'autre grande crise : la crise écologique, pour moi c'est le vrai problème. »

Le critère de la pertinence exige de s'interroger également sur la *surmortalité*, i.e. le différentiel statistique de mortalité en comparaison avec les années précédentes à la même période, et non simplement sur la *mortalité*, i.e. le chiffre absolu de décès dus au COVID-19. La surmortalité est un excellent indicateur, selon Antoine Flahault, directeur de l'Institut de santé globale à l'Université de Genève, car « elle permet, je cite, d'englober la mortalité indirecte due au COVID-19. Le lien peut être ténu, par exemple dans le cas d'un suicide lié au confinement, ou très fort, si l'infection perturbe l'équilibre précaire causé par des maladies préexistantes et provoque par exemple un décès par Parkinson ou insuffisance cardiaque. On peut mourir du Covid-19 ou avec le Covid-19.» Dans certains pays, comme en Suisse, on a observé que la surmortalité, au premier semestre 2020, était parfois inférieure, voire supérieure, mais légèrement seulement, à celle des années précédentes à la même période. Faut-il en déduire qu'il n'y avait en réalité pas de problème ? puisqu'un tel constat peut signifier notamment :

- 1) soit que les morts du COVID-19 seraient de toute façon morts à la même période d'une autre maladie, par exemple d'une grippe, d'une pneumonie ou d'une autre cause,
- 2) soit que l'augmentation des décès du COVID-19 a été compensée voire surcompensée par une diminution d'autres causes de mortalité, par exemple par une épidémie de grippe saisonnière peu sévère, par l'absence de canicule en été 2020 ou par les mesures de confinement elles-mêmes. Par ailleurs l'année n'est pas encore terminée, et ces chiffres peuvent encore évoluer d'ici décembre 2020.

Si cet indicateur semble être le plus adéquat pour évaluer la pertinence de l'intervention publique, la difficulté réside cependant dans le fait qu'il ne peut être mesuré qu'avec le recul et qu'il n'est donc que de peu d'utilité prospective au niveau de l'analyse d'impact *ex ante*.

En conclusion, puisque la manière dont le problème est défini influence les buts et les mesures prises par le législateur, j'en déduis qu'il doit faire l'objet d'un débat public, en première priorité. Tel est précisément la fonction selon moi de l'analyse d'impact prospective sur le point de la pertinence de l'intervention publique. Or, la pratique est plutôt démotivante. Loup Wolff, administrateur de l'Insee et enseignant, disait dans la même émission sur France Culture que, je cite, « ce qui est frappant (*dans la crise sanitaire nldr.*), c'est la place centrale que les chiffres ont pris. Chaque semaine, on annonce les chiffres, l'évolution de la mortalité, etc. Ce qui est frappant c'est qu'il n'y ai eut aucun débat, ni politique ni scientifique bien que les enjeux des décès liés à la crise sanitaire soient des données importantes. Par ailleurs, la crise sanitaire pose d'autres problèmes en termes de décrochage scolaire, de montée de la pauvreté, de violences faites aux femmes. Cet espace multidimensionnel du problème est complètement dénié. »

Si je peux comprendre l'absence d'un tel outil discursif en mars 2020 en raison de l'effet de surprise, je m'étonne qu'un semestre plus tard, au début d'une deuxième vague, le législateur n'ait toujours pas formalisé ce débat au moment de renforcer ses mesures.

\*\*\*

3 - Le troisième élément, prometteur à mes yeux, est la nécessité de considérer la loi, lorsqu'elle se trouve en situation de faiblesse, comme un outil *stratégique*.

De même qu'un verre d'eau à demi rempli peut être décrit à moitié vide ou à moitié plein, la *loi peut être vue impuissante* parce qu'incapable de s'imposer de manière jupitérienne auprès de ses destinataires ou vue comme une *loi consciente de ses limites* tirant sa force de sa souplesse et d'une appropriation habile du pluralisme normatif.

L'idée de la légistique matérielle, souvent contre intuitive pour les juristes, consiste à penser d'abord en *instruments d'action* puis ensuite seulement en *formes juridiques*. À cet effet, j'ai tenté de développer dans mon ouvrage une *typologie normative des instruments*

*d'action orientée autour de la mise en œuvre* en distinguant derrière chaque instrument leurs caractéristiques *normatives*. Et cela en intégrant non seulement les normes obligatoires mais également les actes normatifs souples, i.e. ceux qui contiennent des normes qui n'obligent pas juridiquement, mais qui contiennent uniquement des recommandations. On ne le répétera jamais assez : l'efficacité optimale résulte d'une *combinaison* d'instruments divers (un *policy mix*, pour le dire à l'anglo-saxonne).

Ces actes de droit souple sont utilisés soit là où le droit dur est voué à l'échec par impuissance (difficulté de créer des normes [*pre-law*]), soit là où ils sont destinés à aider à mettre en œuvre le droit dur [*post-law*]) ou soit là où les actes de droit dur sont interdits par défaut de compétence (*para-law*). Ce dernier point étant le plus problématique, de toute évidence.

La législation anti-COVID-19 des pays démocratiques ne contredit pas ma thèse. D'une part je constate que les pays ayant adopté les règles les plus draconiennes ont toujours besoin d'instruments souples pour en favoriser l'effectivité (*post-law*). D'autre part, je pense qu'il sera très instructif de faire le point, lorsque la pandémie sera terminée, sur l'efficacité comparée des interventions législatives en fonction de leur dureté ou de leur souplesse respectives.

La fonction la plus opératoire du droit souple en termes de légistique matérielle est sa fonction pré-juridique et expérimentale (*pre-law*). Elle consiste en une habitude à de futures normes obligatoires. Alors que Durkheim voyait dans l'émergence du droit un processus de cristallisation progressive, je défends l'idée que le droit souple est dans ce contexte un sable fort utile capable de se transformer dans un cristal juridique dur.

Les exemples sont légions. Je pense par exemple à l'interdiction de fumer qui avait débuté par des recommandations, de même que les limitations de vitesse ou le port de la ceinture de sécurité, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ou, *last but not least*, la Déclaration universelle des droits de l'homme. On peut aussi mentionner les diverses mesures de comportement anti-COVID-19 qui ont débuté par des recommandations puis qui se sont transformées en obligations, mais à une vitesse accélérée, par exemple le port du masque en Suisse.

Si l'on s'intéresse maintenant aux *instruments coopératifs*, i.e. aux normes privées et aux outils contractuels – leur puissance repose, ne l'oublions pas, fondamentalement sur les épaules du législateur, mais législateur traditionnel du droit civil classique. On a vu ainsi naître de véritables mondes autorégulés. Le domaine des contrats s'élargit et celui des lois diminue, ce qui veut dire en même temps, selon les mots de Todorov : « restreindre le pouvoir du peuple et laisser libre cours à la volonté des individus. » On retrouve ici la même tension entre légitimité et efficacité qu'avec le droit souple.

Le législateur contemporain dispose de certaines possibilités de s'approprier de cette force des normes privées, un peu à la mode de l'aïkido, où l'habileté légistique se mesurera à sa capacité de retourner à son profit la force de l'adversaire ; ce qui lui permettra -en passant- de poser des conditions pour renforcer la légitimité de ces mondes autorégulés. Cette appropriation est aujourd'hui connue sous l'étiquette de la *co-régulation*, laquelle s'observe sous la forme d'une échelle que je détaille dans mon ouvrage en plusieurs degrés d'autonomie du secteur privé, oscillant entre le cas le plus libéral de l'autorégulation autonome et l'extrême interventionniste de la réglementation étatique.

Pour illustrer l'intérêt et les limites de ces instruments à l'exemple du SARS-CoV-2, qu'il me suffise de citer l'exemple du *concept de répartition des patients et patientes* sur toute la Suisse en cas d'afflux massif dans une région, conclu par l'administration fédérale et la société suisse de médecine intensive (SSMI) avec une association privée de sauvetage par hélicoptère (REGA). Ou bien encore les normes privées de l'Académie suisse des sciences médicales (ASSM) et de la SSMI intitulées « *Pandémie Covid-19: Triage des traitements de soins intensifs en cas de pénurie des ressources* ». Les enjeux éthiques sont dans ce dernier cas particulièrement exacerbés.

Venons-en aux instruments de *coordination* (plans, programmes, feuilles de route, etc.). Ceux-ci nous plongent au cœur de la loi stratégique. Ils se classent toutefois difficilement dans le schéma normatif étant donné qu'ils sont à la fois norme et mise en œuvre. Avec le développement de l'analyse d'impact législative et de l'évaluation rétrospective, i.e. de la légistique matérielle, on peut d'ailleurs se demander si, et dans quelle mesure, la loi à l'ère du droit souple ne pourrait pas être lue elle-même comme une sorte d'acte de planification, voire d'acte de gouvernance.

Le problème des plans est qu'ils sont de beaux instruments sur le papier, mais qui jaunissent très vite au contact de la réalité. L'incertitude prospective est leur pire ennemi, SARS-CoV-2 ou pas !

La légistique contemporaine doit également intégrer les *instruments matériels* de mise en œuvre. On passe ici de la force normative à la force exécutoire, laquelle peut être graduée au même titre que la première. Parmi les instruments nouvellement mis en évidence, on songera aux *actes d'évaluation* incitant à l'exécution: les indicateurs, la notation, le classement, la pression par les pairs ou les référentiels de meilleures pratiques, qui sont des mesures d'exécution souple ; on songera aussi à la création *d'architectures de mise en œuvre*, qui sont – un peu naïvement à mon goût - appelées coups de pouces (« nudges », ou « hypernudges » dans le monde algorithmique) et qui, selon leur force exécutoire deviennent carrément des instruments d'exécution forcée préventive, i.e. des architectures de contrainte des comportements (contrainte par le design, dans le cas de l'urbanisme comportemental, ou de contrainte par le code, dans le cas de la communication informatique) : impossibilité de dormir sur un banc public avec des accoudoirs tous les 80 cm ou impossibilité d'accéder à un service si le traçage de position par GPS n'est pas enclenché sur le téléphone portable. Le coup de pouce devient alors coup de griffe.

\*\*\*

4. – Après avoir appris à devenir pertinente puis stratégique, la loi doit être *efficace*. Je rappelle ici brièvement la trilogie de l'efficacité : l'*efficacité au sens large* (appelée parfois *performance*) qui comprend les notions d'*efficacité proprement dite*, et qui s'évalue par rapport au but de la loi, d'*effectivité*, qui s'évalue par rapport aux comportements réels des destinataires, et d'*efficience*, qui s'évalue par rapport aux ressources à investir dans la mise en œuvre de la loi.

Prenons l'exemple du port du masque. S'il est effectivement porté, la mesure est effective. Si ce port permet d'atteindre le but visé - disons le ralentissement de la contamination - il est efficace (au sens propre). Comme une telle mesure est peu coûteuse par rapport aux autres mesures de la première vague, et pour autant qu'elle soit efficace, elle est alors efficiente. Enfin, si le but derrière la

mesure (ici par hypothèse le ralentissement de la contamination) est propre à régler le problème (avec toutes les cautions quant à sa définition), la mesure devient pertinente.

Je défends par ailleurs l'idée qu'il importe de *penser autrement l'efficacité*, en évaluant tout d'abord l'impact de *manière intégrée*, tant sous son angle social et écologique et non pas uniquement économiste. Je défends également l'idée qu'il faut adopter des *méthodes d'évaluation adéquates* :

1) par exemple qu'il faut admettre que les *évaluations monétarisées* présentent d'immenses limites (en particulier la méthode de l'analyse coûts-bénéfice qui contraint de chiffrer parfois l'inchiffrable à l'instar de la valeur d'une vie ; l'exemple du COVID-19 étant très parlant à cet égard) et qu'il ne faut pas verser dans un excès d'efficacité.

2) Cependant, il ne faut considérer par principe la vanité de toute *méthode quantitative*. Ces dernières peuvent en effet être très utiles lorsqu'elles sont *mises au service de la mise en œuvre des droits fondamentaux*, comme les index de liberté de la presse dans le monde ou ceux du développement durable.

3) Par méthode adéquate, j'entends également une préférence pour les méthodes d'évaluation *participatives* (en y impliquant plus fortement la population et les parlements) et un refus d'une approche purement *technocratique* de l'évaluation. Il faut en effet admettre une fois pour toute que l'évaluation présente une très forte dimension micro-politique et qu'il importe en conséquence de comprendre les recommandations qui en résultent comme un simple éclairage argumentatif dans le cadre de la pesée globale des intérêts, laquelle doit finalement incomber au législateur, et non aux algorithmes de la technique évaluative.

4) Penser autrement l'efficacité, c'est aussi concevoir la possibilité d'une *efficacité allant au-delà des objectifs*, une efficacité qui s'écarterait du schéma classique fins-moyens. Il ne s'agit là plus de sanctionner l'écart par rapport aux buts mais de la définir comme la capacité à utiliser stratégiquement l'inattendu. Est efficace dans ce sens le législateur qui a la meilleure aptitude à exploiter les facteurs émergents porteurs (on pourrait parler de performance stratégique).



Une telle perspective revient à réhabiliter l'effet non intentionnel et imprévu. En deux mots : une pensée émergente plutôt que directrice.

5) Il faut également être attentif à prévenir l'effectivité excessive (ou *effectivisme*) afin de pouvoir toujours composer avec cette « marge d'illégalisme toléré » chère à Michel Foucault, qui ménage des espaces de liberté souvent indispensables au fonctionnement social, sans toutefois mettre en péril ce dernier et qui prévient de généraliser toutes pratiques disciplinaires et coercitives ; on notera que la crise du coronavirus est très inquiétante à cet égard, sachant que les mesures les plus dures touchent aussi plus durement les personnes les plus défavorisées. En effet, de même qu'un excès de légalisme peut s'avérer dommageable (*summum ius, summa iniuria*), une exigence excessive d'effectivité et d'efficacité est prévisiblement contreproductive : *summa efficia, summa iniuria* serait ce nouvel adage, proposé par François Ost et Michel de Kerchove.

\*\*\*

5. – Revisiter la légistique n'exclut nullement le soin de la lettre. La *légistique formelle* participe en effet pleinement à l'impact et à l'efficacité de l'intervention du législateur, car un texte mal communiqué nuit à l'atteinte des buts visés. Il faut notamment rester conscient de l'inatteignable «sens clair» : la loi parfaite est une utopie, car la totalité de ce qui est en jeu dans la normativité ne se joue pas au stade de l'énonciation.

\*\*\*

6. – La sixième et dernière pièce de cette légistique consiste à rendre la loi réflexive, c'est-à-dire à transformer le processus législatif en un processus d'apprentissage afin de retrouver le législateur de PLATON, ce peintre « incapable d'arrêter jamais ses retouches à un point où le tableau ne puisse plus gagner en beauté ni en expression ».

Il s'agit toutefois d'évaluer non pas pour *contrôler l'exécution* (ce que les idées reçues sur l'évaluation laissent cependant souvent entendre) mais bien pour *résoudre les problèmes* de société traité par la loi. L'évaluation va en effet plus loi qu'une simple

opération de « maintenance des livrables » (pour reprendre la très managériale expression qu'utilise l'ISO pour l'évaluation continue de ses propres normes). Elle vise à transformer le processus législatif en un processus véritablement réflexif, en tendant publiquement un *miroir au législateur* pour lui montrer le reflet de sa loi au contact de la réalité afin que celui-ci apprenne de l'image ainsi projetée ; en incitant le législateur à rendre des comptes non pas sur l'exécution de la loi proprement dite, mais sur sa capacité d'apprendre des évaluations.

Une telle perspective s'impose avec d'autant plus d'évidence que le domaine à réguler repose sur des *faits controversés* et des *pronostics incertains*. Dans ce cas de figure, je formule l'hypothèse que le droit doit devenir *expérimental* afin de recouvrer sa rationalité, afin d'éviter l'arbitraire tout en restant proportionné.

S'agissant de la lutte contre le COVID-19, cela implique à mon avis que le droit d'urgence soit assujéti à un nouveau principe constitutionnel : le *principe de rétroaction* (tel que je propose de le qualifier) impliquant un possible *devoir de mutabilité*, c'est-à-dire à une condition continue d'observation, d'évaluation, de révision et d'amélioration tant de la loi que de la constitution, en fonction des impacts produits.

\*\*\*

Il est temps maintenant de *conclure*.

Retenons en un mot que la qualité de la loi doit s'évaluer à la qualité de son impact, et que se limiter à soigner le texte de celle-ci est en soi insuffisant. Même si je dois très humblement reconnaître que le bilan de la démarche légistique est en demi-teinte.

L'évaluation législative butte tout d'abord sur un étrange paradoxe : elle ne se laisse elle-même que difficilement évaluer ! L'impact du souple, ensuite, n'est que peu spectaculaire par rapport à la brillance d'un dur éclatant, mais potentiellement de façade seulement. Enfin, la légistique butte sur de nombreux écueils. La dose de *raison* qu'elle se propose d'injecter dans le processus législatif n'est que *limitée*, car, rappelle la philosophe du droit Simone Goyard-Fabre, je cite, « [l]e Pouvoir est le lieu

d'ambivalence. Il est tel que l'irrationnel y côtoie, non par accident, mais par essence, une raison qui s'efforce d'être raisonnable, sans toutefois y parvenir ».

Une telle légistique ne pourra donc, en conclusion, être que très *modeste* – la force de la loi résidant dans l'utilisation stratégique de sa faiblesse – et très *patient*, amenée à reconnaître que la fragilité (apparente) de ses impacts immédiats ne se révélera que de manière décalée lorsque, par un phénomène de maturation progressive, un certain nombre de normes diffuses, souples, expérimentales et plurielles se transformeront en règles progressivement obligatoires.

Enfin, et ce sera mon point final :

si la légistique contribue - ne fût-ce que modestement - à améliorer les conditions de rationalité communicationnelle du législateur afin d'en éclairer de manière plus transparente les choix, et si, par ailleurs, elle contribue à nous tirer, nous juristes, hors de notre zone de confort en mettant notre profession au défi de l'interdisciplinarité, alors j'estime que le projet légistique contemporain est pertinent, à défaut d'être pleinement efficace.