

**Andreas Kley: Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz,
Verlag Dike (Zürich/St. Gallen), 2011, 550 Seiten, CHF 58.00**

Es ist zweifellos ein sehr ehrgeiziges Unterfangen, zumal eines einzelnen Autors, die Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz darzulegen. In sechs Teilen und 35 Paragraphen nimmt Andreas Kley diese Herausforderung an und spannt den weiten Bogen vom Beginn des 19. Jahrhunderts über die Vor-, Zwischen- und Nachkriegszeit bis in die Gegenwart und beschliesst seine Betrachtungen mit einem Ausblick. Ein in Breite und Tiefe immenses Quellenmaterial wird ans Licht gehoben und anschaulich aufgearbeitet. Als Grundlage der Darstellung dienen Persönlichkeiten, die das öffentliche Recht beschrieben und geformt haben, insbesondere also Staats-, Verwaltungs- und Völkerrechtslehrer mehrerer Generationen. Kley erörtert und betont die Einbettung dieser Dozenten in deren Biographie und in die Zeitgeschichte. Über diesen Ansatz wird die Leserin und der Leser mit einer gewissen Leichtigkeit auch an abstrakte juristische Fragenkomplexe herangeführt.

Der erste Teil des Buchs beginnt mit dem «Streit um einen bizarren Professor». Dieser Streit steht sinnbildlich für die Verselbstständigung des öffentlichen Rechts als wissenschaftliche Disziplin. Der in Zürich lehrende Jakob Schollenberger war Verfasser eines Ende des 19. Jahrhunderts erschienenen Grundrisses des Staats- und Verwaltungsrechts. Jüngere Berufskollegen, allen voran Fritz Fleiner, kritisierten dieses Werk heftig und rügten neben der «verstümmelten Sprache» etwa die «Geringschätzung der Literaturnachweise» (S. 4). Gemessen an wissenschaftlichen Massstäben, welche sich in den folgenden Jahren durchsetzten, war die Kritik berechtigt. Allerdings stammt Schollenbergers Grundriss noch aus einer Zeit, in der das öffentliche Recht erst allmählich als eigener Zweig aus den viel umfassenderen Staatswissenschaften heraustrat, und das Staatsrecht noch sehr eng mit der praktischen Politik verflochten war.

Ebenfalls im ersten Teil beschreibt Kley ein interessantes «konfessionelles Paradox»: Mehrere protestantische Staats- und Verwaltungsrechtslehrer hielten offenbar mit Hingabe Vorlesungen über katholisches Kirchenrecht. Obwohl inhaltlich oft in strikter Gegnerschaft zum Katholizismus, nahmen insbesondere Fleiner und dessen Schüler Zaccaria Giacometti das kanonische Recht zum Vorbild oder gar Massstab des Verwaltungsrechts. Sie rühmten das «Rechtssystem [...] in seinem grossartigen Aufbau» und waren beeindruckt von seinem «starken Zug zur Verrechtlichung» (S. 79). Der Vergleich mit wichtigen verwaltungsrechtlichen Instituten wie dem Verfügungsbegriff, dem Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren, der Bewilligung oder den Zuständigkeits- und Ausstandsfragen

macht denn auch sichtbar, was heute zu vergessen droht: eine verblüffende Parallelität zwischen den Strukturen des modernen Rechtsstaats und der römisch-katholischen Kirche als Rechtsgemeinschaft (S. 87 f.).

Zeitlich behandelt der zweite Teil die Kriegs-, Krisen- und Nachkriegszeit der Jahre 1914–1960. Die beiden Weltkriege und die Reaktionen der Schweizer Politik führten zu regelrechten Umbrüchen im öffentlichen Recht. Kley zeichnet dazu das Bild der Implosion des Verfassungsrechts und der Explosion des Verwaltungsrechts. Parlamentsbeschlüsse aus den Jahren 1914 und 1939 übertrugen dem Bundesrat sehr weitgehende Befugnisse. Demokratische Mitwirkungsrechte und – jedenfalls substanzielle – Rechtsetzungskompetenzen der Kantone waren (faktisch) weitgehend ausgeschaltet. Der Bundesrat war mit enormer Machtfülle ausgestattet; seine Vollmachtenverordnungen standen nach der damaligen bundesgerichtlichen Praxis auf der Stufe des formellen Gesetzes. Eine Überprüfung dieser Hunderten von Verordnungen auf ihre Verfassungsmässigkeit, insbesondere auf ihre Vereinbarkeit mit der Bundesstaatsklausel und mit Freiheitsrechten, war ausgeschlossen. Der Stufenbau der Rechtsordnung war eingeebnet. Oft bildeten sehr wichtige und einschneidende Bestimmungen den Inhalt der Bundesratsverordnungen. Kley weist für die Jahre zwischen 1939 und 1945 auf eindruckliche Beispiele aus dem Bürgerrecht und dem Militärstrafrecht hin und erörtert den bundesrätlichen Beschluss, die kommunistische Partei aufzulösen (S. 193 ff.). Während des Zweiten Weltkriegs erliess die Bundesversammlung nur zwei Gesetze und wenige Änderungsgesetze. Formell endete das Vollmachtenregime mit Verzug, nämlich erst 1952, und auf Druck zweier Volksinitiativen.

Den seit 1963 stattfindenden formlosen Tagungen der schweizerischen Staats- und Verwaltungsrechtslehrer widmet Kley einen eigenen, den dritten Teil. Den reichlichen Tagungsstoff geliefert haben die Politik und das Bundesgericht. Nach dem Ende des Vollmachtenregimes musste sich der Bund die fehlenden Zuständigkeiten durch zahlreiche Verfassungsabstimmungen beschaffen. Das Bundesgericht setzte ebenfalls wichtige Wegmarken, etwa mit den Urteilen Castella, Griessen und Wäffler. Anfänglich traten die Tagungen nur selten an die Öffentlichkeit. Eine Ausnahme bildete etwa der Aufruf im Jahr 1985 zur Unterstützung des bundesrätlichen Antrags, das Verbot des doppelten Ja bei Initiative und Gegenentwurf aufzuheben. In jüngerer Zeit häuften sich die Stellungnahmen im Vorfeld von Abstimmungen, und «die» Staatsrechtslehrer erschienen zunehmend als eine von vielen Gruppen, die sich an der politischen Debatte beteiligt. Kley merkt dazu auch Kritisches an, indem er die Frage in den Raum stellt, ob Professorinnen und Professoren die Politik verrechtlichen, weil sie damit ihre Abwesenheit in den politischen Institutionen kompensieren wollen (S. 244).

Der vierte Teil behandelt die grossen Themen des öffentlichen Rechts seit den 1960er-Jahren, lebhaft geschildert und mit vielen Zitaten geschmückt. In Stichworten seien erwähnt: Totalrevision der Bundesverfassung, Demokratisierung, Weiterentwicklung des Sozial- und Interventionsstaats, Wandel und Drittwirkung der Grundrechte, Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht unter Einschluss von Fragen der materiellen Schranken der Verfassungsrevision. Als «Unthema» hingegen identifiziert Kley das Not- und Widerstandsrecht. Es fand keine Aufnahme in die Bundesverfassung von 1999 und wird seit Jahrzehnten auch in der Lehre kaum mehr angesprochen. Auch verfassungspolitisch scheue man die Diskussion, und dementsprechend bleibe dem Notrecht nichts anderes übrig, als zu «vagabundieren» und punktuell in die Gesetzgebung auszuwandern (S. 282). Als Beispiele nennt Kley die dringlichen Ausgabenbeschlüsse anlässlich des Swissair-Groundings 2001 und der UBS-Rekapitalisierung 2008 sowie den sogenannten Ärzte-Stopp von Artikel 55a des Krankenversicherungsgesetzes (in Kraft vom 1. Januar 2010 bis zum 31. Dezember 2011).

Der fünfte Teil ist überschrieben mit «Staats- und Verwaltungsrechtslehre(r) seit 1960». Im Abschnitt über die Wissenschaft vom öffentlichen Recht unterscheidet Kley zwei Richtungen der Forschungstätigkeit. Für die rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung stehen etwa Max Imbodens «Verwaltungsrechtsprechung», Jean-François Auberts «Traité de droit constitutionnel» oder André Grisels «Droit administratif suisse». Sie enthalten eigentliche Theoriegebäude und den Versuch, durch Systembildung den Rechtsstoff zu gliedern. In der jüngeren Zeit und dem beschleunigten Takt des Gesetzgebers gehorchend, hat sich eine zweite Forschungsart verbreitet, die «Momentaufnahmen» des geltenden Rechts abbildet, etwa in Form von Verfassungs- oder Gesetzeskommentaren. Gleichwohl bleibe die verwaltungsrechtliche Grundlagenforschung dringend nötig – Fleiners und Imbodens Werke seien nachzuführen. Leider droht dieser Aufruf Kleys in der tosenden Aufsatz- und Kommentarflut unterzugehen. Der Innovationsgehalt vieler rechtswissenschaftlicher Arbeiten wird auch in Zukunft gering bleiben, weil sie oft nur das geltende Recht und die Praxis wiedergeben; «d.h. sie schichten bloss Wissen um und geben es in ähnlichen Formulierungen erneut wieder» (S. 448).

Der sechste und letzte Teil handelt von den Theorien und Methoden der Wissenschaft vom öffentlichen Recht. Ein wichtiger Befund Kleys ist der von der Lehre praktizierte Theorien-Eklektizismus. Die Grosstheorien, wie sie etwa im 19. Jahrhundert mit dem Liberalismus sowie dem römisch-katholischen und dem protestantischen Konservatismus bestanden, seien zwar noch vorhanden. Doch seien sie zu «punktuell eingesetzten Versatzstücken geschrumpft, die beliebigen Interessen dienen und nach erfülltem Zweck keine Rolle mehr spielen» (S. 471). Im

Vorteil der zusätzlichen Handlungsfreiheit sei der Nachteil fehlender Orientierung und Übersicht inbegriffen. Ferner ortet Kley in der Staatsrechtslehre die Herrschaft der Gegenwart und des Fortschrittsglaubens: Die Vergangenheit, und liegt sie auch nur wenige Jahre zurück, gehe vergessen. Die Probleme stellten sich aber allzu oft nur scheinbar neu.

Kleys Geschichte des öffentlichen Rechts erschöpft sich bei Weitem nicht in einer Ahnengalerie von Rechtswissenschaftlerinnen und -wissenschaftlern. Vielmehr entwirrt er ein Geflecht von Themen, Theorien und Personen und steckt dabei die wichtigen Wegmarken ab: Naturrecht und Rechtspositivismus, Völkerrecht und Landesrecht, Liberalismus und sozialstaatliches Denken. Kley macht sich seinen eigenen Erfahrungsschatz zunutze, wenn er – aus der Innenperspektive – den Lehr- und Universitätsbetrieb beschreibt und bewertet. Erfrischend und beherzt ist aber das Werk gerade in der «Aussensicht», also dort, wo er mit kritischen und bedenkenswerten Überlegungen den eigenen Berufsstand in den Fokus rückt. Letztlich ist Kleys Werk aber vor allem ein eindrückliches und eindringliches Plädoyer für das geschichtliche Denken in der Rechtswissenschaft.

Reto Feller, Bundesamt für Justiz, Bern

Ce qu'évaluer voudrait dire, Cahiers internationaux de sociologie (P.U.F.), n°128–129, 2010/1–2, 320 pages

Ce cahier, de plus de 300 pages, est le dernier d'une revue condamnée à disparaître. Dirigé par Michel Wieviorka, professeur à l'École des Hautes Études, il est consacré à une analyse critique de l'évaluation.

Son contenu ne laissera pas indifférent le professionnel de l'évaluation, par les questions posées et par son accent sur le risque toujours présent d'instrumentalisation politique des enquêtes et résultats associés aux évaluations d'objets complexes, ceci d'autant plus lorsqu'elles utilisent des approches quantitatives, perçues facilement comme des sources de savoir infaillibles.

1 Le « la » donné dans l'Avant-propos

Avec le titre Evaluation, substitution, l'Avant-Propos donne le ton général du contenu de seize articles, groupés en trois chapitres, I. Evaluer, théories, II. Évaluations, domaines, III. Évaluation, perspectives critiques ; en voici quatre extraits :

- « Ce dernier volume... est consacré à une pratique très ancienne qui devient une vision généralisée des sociétés de modernité et une théorie de forme idéologique qui progresse en s'étendant à tous les domaines d'activité. L'évaluation... est ainsi le révélateur d'une modernité conquérante et de l'incertitude qui frappe toute forme de pouvoir et toute expression d'autorité.»
- « Dans son acceptation actuelle, la plus générale par son glissement vers l'idéologie, l' »évaluer » dit le mode de la société, le mode d'attribution des statuts, de rétribution au sens large, de classement des collectifs et des individus en manifestant leur degré d'accès au pouvoir et à l'autorité.»
- « (L'évaluation) se diffuse avec la facilité propre à une façon de liquide idéologique qui baignerait toute chose, elle ignore les limites et s'attaque à la plupart des systèmes d'action en imposant son autorité aux modes de savoir et de savoir-faire, elle surplombe et devient propice à la confirmation et au renforcement du pouvoir, comme à la légitimation de nouvelles inégalités. De plus, elle aide à confirmer apparemment la justesse du résultat évalué, mesuré et la distribution de biens et privilèges qu'il régit. Ce qui fait sa force, la constitue en croyance favorable à l'acceptation..., c'est que l'évaluation semble indissociable des accomplissements de la modernité la plus active.

Et pourtant, cette connivence avec les réalisateurs des évaluations conduit à oublier que tout n'est pas évaluable, sauf à faire de toute chose sociale une marchandise qui se définit en termes de valeur économique. »

- « L' »évaluer » est constitutif d'un langage, en tendance effective d'un technolanguage universel à la disposition des sociétés de la surmodernité¹ : il y entretient la standardisation et le conformisme à l'intérieur, et les relations de communication entre elles à l'extérieur. »

Le cadre posé, examinons plus avant le contenu de chaque section du document.

2 Evaluer, théories (chapitre 1)

Georges Ballandier s'interroge sur les variations anthropologiques et sociologiques de l'évaluer ; il remarque que le mot « évaluer » appartient de longue date au vocabulaire philosophique, mais que ce n'est qu'au sein de la postmodernité que le vocable « évaluation » prend le relief qu'il a aujourd'hui. Face à d'autres modes de faire et d'être, à des incertitudes croissantes, et à des risques inédits, la gestion des pouvoirs devient erratique et contribue à la multiplication des évaluations qui remplacent les idéologies de naguère.

Daniel Martucelli articule une critique de la philosophie de l'évaluation : il identifie huit principes sur lesquels se basent cette philosophie <.

- Toutes les pratiques ne sont pas également mesurables.
- L'évaluation n'est pas homologue selon les acteurs.
- L'évaluation n'est pas de l'information, mais du pouvoir.
- L'évaluation a un coût.
- L'évaluation est un pouvoir performatif d'un nouveau genre.
- L'évaluation n'est pas isomorphe entre les organisations et les individus,
- L'évaluation alimente un type particulier de crise du principe de légitimité.
- L'évaluation est une croyance collective.

Leur lecture est certainement une source de réflexions et d'interrogations pour tout professionnel de l'évaluation. Martucelli conclut qu'en dépit de ses contradictions, l'évaluation est l'objet d'une croissance collective qui est en train de devenir le cœur d'un nouveau mode de gouvernement et de gestion.

Allons-nous vers une société de défiance ? C'est le propos de Claudine Haroche, qui observe que nous sommes dans des sociétés de contrôle continu, qui induisent et renforcent le manque de confiance. Rendre compte de ce que les organisations et les individus ont fait, mais aussi sont en train de faire et se préparent à faire conduit à vouloir supprimer l'imprévisible, bien entendu inévaluable. Bientôt et personnes étant de plus en plus évalués, des formes de rivalité et de concurrence permanentes sont renforcées et exacerbées.

La construction de l'Etat social, dès la fin du XIXe siècle est le résultat de l'alliance entre l'Etat et les professions. Selon Isabelle Herrebi-Hoffman, une mutation des élites traditionnelles françaises (Haute fonction publique, experts d'état, élite politique) fragilise désormais cette alliance. Les instruments évaluatifs et des institutions nouvellement créées comme les agences de notation, les agences d'évaluation sont à la fois les opérateurs et les révélateurs de cette transformation de rapports.

Quelle est la place de l'évaluation dans la chaîne qui va traditionnellement de la préparation de la décision jusqu'à sa mise en œuvre ? Lucien Sfez observe que, dans le passé, on appelait cette première phase aussi élaboration de scénarios ou délibération. De fait, cette phase posait les prémisses de la décision, phase qui est maintenant remplacée par l'évaluation. En effet, les autorités donnant mandat d'évaluer une institution ou une politique sont en fait pieds et poings liés face aux conclusions d'un comité d'experts ; elles ne peuvent guère désavouer leurs conclusions.

3 Evaluation, domaines (chapitre 2)

Si l'évaluation s'applique majoritairement à la gouvernance des affaires humaines, c'est-à-dire à la part managériale et technocratique de la politique, peu d'attention a été portée sur le gouvernement des êtres humains et les procédures d'évaluation des vies. C'est le propos de Didier Fassin, qui distingue une double approche : comment on juge les vies (évaluation morale) et ce que valent les vies (évaluation éthique). L'auteur relève le caractère opaque de cette évaluation, qui conduit par exemple la communauté internationale et les USA à laisser mourir un demi-million d'enfants irakiens en n'assouplissant pas le blocus économique qui induit cette tragédie.

Quel rôle joue l'évaluation dans le développement et la gouvernance des communautés urbaines ? Depuis très longtemps, on a comparé la réalité matérielle des villes ou les expériences qu'elles procurent. Or la ville constitue de moins en moins une réalité sociale économique et spatiale, spécifique et appréhendable. D'autre part, la concurrence entre les villes amène le développement d'instruments de mesure de leurs capacités concurrentielles. Loin de n'avoir qu'un effet délétère, Alain Bourdin note que cet instrumentaire permet de reconstruire de façon partielle et qui justifie la discussion un objet urbain de plus en plus difficile à saisir.

L'évaluation du travail des collaborateurs au sein des organismes s'est généralisée. Les approches de l'évaluation tentent d'extraire le savoir-faire de professionnels effectuant dans leur milieu de travail des évaluations, souvent de manière collective. Ces normes professionnelles établies dans la pratique, migrent alors et deviennent des normes de gestion ; elles seront reprises pour être intégrées au sein de normes administratives au sein du marché de la notation et de l'accréditation. On passe ensuite à un mode de mesure et de jugement automatisés. Bien que les critiques sur cette évolution soit légion, ce système non seulement perdure, mais se développe. Marie-Anne Dujarier en décrit les raisons. Le choix d'une méthode d'évaluation est déterminé par sa finalité politique et non l'inverse : l'automatisation de la mesure et du jugement est l'outil contemporain au travers duquel les rapports de pouvoir entre employeurs et employés s'actualisent dans les grandes organisations.

Du travail à l'action publique, les dispositifs d'évaluation se sont désormais constitués en systèmes qui exercent une emprise croissante sur la vie du citoyen. La machinerie de l'évaluation, soudée par un même esprit de classement et de comparaison systématique, est devenue largement autonome, malgré une avalanche de critiques. Marie-Christine Bureau démonte les raisons de son succès :

elle allie l'exercice de la rationalité instrumentale, caractéristique de la modernité, avec la poursuite de finalités éthiques peu contestées telles la justice et la démocratie.

Quel rôle joue l'évaluation psychiatrique d'un accusé pendant l'instruction et le déroulement d'un procès ? A partir d'études de cas, Fabrice Fernandez et al. montrent comment les acteurs de la justice évaluent les instruments d'évaluation et comment les données psychiatriques sont retranscrites en jugements moraux.

Dans Examen pour une sociologie des examens universitaires, Claude Javeau s'interroge au sujet d'une situation sur laquelle l'institution universitaire assoit sa légitimité. Cet article ne nous a pas paru être le plus achevé de ce cahier.

4 Evaluation : perspectives critique (chapitre 3)

Joël Birman, psychanalyste et chercheur brésilien, résume et critique la mise en place top down de politique d'évaluation de la recherche scientifique au Brésil. Il constate que le discours de l'évaluation éclipse le sujet et la singularité. Il caractérise son impact comme suit : si, avant l'instauration de cette politique, l'université était le lieu du libre exercice de la pensée, c'est maintenant la fragmentation de celle-ci en un ensemble d'ateliers de production qui a été instituée, ateliers conçus comme une entreprise néo-libérale où la seule chose qui compte est la productivité du travail intellectuel.

L'évaluation est-elle nécessaire ? Elle semble en effet hanter le monde contemporain en suscitant des réactions exacerbées. Eugène Enriquez montre qu'évaluation et notation sont liées et qu'elles pèsent à la fois sur l'économie publique et privée. Il juge aussi l'évaluation comme oscillant entre la perversion (le triomphe de la rationalité instrumentale, la quantophrénie) et la sublimation (un mode vertueux et participatif de pratique de l'évaluation).

David Le Breton démontre que l'évaluation est au cœur de toute activité humaine ; il illustre son propos en se référant au sport et à l'alpinisme, une discipline de l'extrême.

L'évaluation comme mode privilégié de connaissance de la technocratie fait partie d'un processus qui, au lieu de se baser sur des valeurs, ne fait qu'aligner des nombres et des chiffres. Cette recherche obsessionnelle nous enferme dans le monde technoscientifique, qui nous fascine et nous éloigne de l'authenticité du monde et de la valeur subjective des êtres de notre environnement, telle est la conclusion d'Alain Gras après étude de la posture écologique, qui ne fait guère appel à une position critique sur le plan épistémologique.

Enfin, Dominique Memmi s'interroge sur la place qu'a l'autoévaluation et l'autocontrôle, promus par les politiques de santé publique sur la vie et la jouis-

sance du citoyen. Il constate que les années 70 avaient provoqué un rapport plus détendu et confiant au sujet politique, rapport qui redeviendrait autoritaire 20 ans plus tard. Protection des vies et gouvernement des corps apparaissent désormais comme des priorités étatiques : la valorisation du sujet libre, capable de s'autocontrôler suite à une série d'autoévaluations, semble sacrifiée sur l'autel d'une valeur suprême émergente : la sacralisation laïque de la vie.

Impression : Fourmillant d'observations pertinentes et critiques, dossier de référence pour qui veut replacer l'évaluation dans un contexte social et politique, le dossier ne fait guère de place à des aspects méthodologiques, même critiques. La dernière partie paraît la moins structurée et, pour le rédacteur de cette note, la moins pertinente. On peut aussi se demander si le concept de surmodernité utilisé par de nombreux auteurs est un modèle suffisant pour rendre compte d'un monde très complexe. Il est par contre intéressant de noter que le cahier embrasse tout le spectre de l'évaluation et ne se restreint pas à celui des politiques publiques (mesures étatiques, programmes, projets), dont la SEVAL a fait son noyau de références et de compétences. Cette large ouverture tend toutefois à diminuer la pertinence et la profondeur de ce cahier.

Michel Jaccard, Chef Qualité et Evaluations EPFL, Lausanne

Note

- 1 Dans *Non-lieux, introduction à une anthropologie de la surmodernité* (1992), Marc Augé définit la « surmodernité » en l'opposant à la modernité par trois caractéristiques :
 - la « surabondance événementielle » : l'époque actuelle produit un nombre croissant d'événements que les historiens peinent à interpréter (Marc Augé se réfère notamment à l'effondrement du bloc soviétique, qui précède de peu la publication de son livre) ;
 - la « surabondance spatiale », qui correspond aussi bien à la possibilité de se déplacer très vite partout qu'à l'omniprésence, au sein de chaque foyer, d'images du monde entier notamment par la télévision ;
 - l'« individualisation des références », c'est-à-dire la volonté de chacun d'interpréter par lui-même les informations dont il dispose, et non de se reposer sur un sens défini au niveau du groupe.