

L'ÉVALUATION LÉGISLATIVE OU L'IRRÉSISTIBLE ASCENSION D'UN QUATRIÈME POUVOIR *

Par

Charles-Albert MORAND
Professeur à la Faculté de droit de Genève

Montesquieu aurait été fort étonné si on lui avait dit qu'il ne suffisait pas que les lois soient adoptées et exécutées, mais qu'il fallait encore en évaluer les effets. Pendant longtemps, les lois ont pris la forme de règles de juste conduite, chères à Hayek, seules susceptibles de produire un ordre spontané, un *kosmos*¹. La situation n'a vraiment changé qu'avec l'avènement de l'interventionnisme étatique. La loi a pris la forme de programmes finalisés, articulant des objectifs et des moyens², des plans de bataille pour lutter contre les maux de la société (*taxis*) en vue de produire un ordre construit. Aujourd'hui, les lois se présentent fréquemment sous la forme d'une liste de mesures mises au service d'objectifs. La loi générale et abstraite, valable pour un temps indéterminé, a fait place à la loi-mesure, qui ne vaut que par son adéquation aux objectifs visés. Dans ce nouveau contexte, les contrôles de régularité conférés au pouvoir judiciaire ne suffisent plus. S'en contenter correspondrait à une vision cynique du droit qu'expriment assez bien d'anciennes formules comme "*Summum jus, summa injuria*"³ ou "*Fiat justitia, pereat mundus*".

La raison de la loi et sa légitimité⁴ résidant dans son aptitude à produire les résultats qu'elle promet d'atteindre, l'évaluation de ceux-ci devient indispensable. Et c'est pourquoi on assiste dans tous les pays à la naissance d'un quatrième pouvoir, à savoir l'apparition d'une nouvelle fonction qu'un ou plusieurs organes de l'État doivent exercer. C'est ce qu'a reconnu à juste titre le projet Vedel de révision de la Constitution française, lorsqu'il dispose à l'article 24 : "Le Parlement vote la loi. Il en évalue les résultats. Il contrôle l'action du Gouvernement".

Autant il pouvait paraître abusif de parler de quatrième pouvoir au sujet de la presse et des médias en général, puisque par définition il ne s'agit pas d'une fonction qui doit être exercée par l'État, autant l'évaluation apparaît bien comme une fonction étatique nouvelle, différente des fonctions législative, exécutive ou judiciaire. Cette nouvelle fonction, qui se développe dans tous les pays, comme on a pu le constater durant la Journée d'études, reste pourtant embryonnaire, mal assurée et largement problématique.

Le champ a été occupé par les sciences sociales et tout particulièrement par la science des politiques publiques. Les juristes, à quelques exceptions près⁵, n'ont pas prévu la naissance de cette nouvelle fonction. Ils n'ont pas su discerner les

* Cahiers de Méthodologie Juridique N° 9, 1994, RRJ 1994-4.

¹ Hayek, 1973, I.

² Pour ce genre de lois, cf. C.-A. Morand, 1992, 76 ss.

³ Voir en matière d'évaluation Costa 1993, 221, qui ajoute "*Summum jus, summa inefficacia*".

⁴ Sur ce changement de légitimité, voir Chevallier 1993, 148 ss.

⁵ Voir en particulier Mader 1985, 114 ss.

problèmes juridiques que l'apparition de ce quatrième pouvoir pose, ni les implications qu'elle recèle pour le droit. Le retour du droit sur la scène de l'évaluation ne doit évidemment pas être conçue comme une guerre de tranchée pour la reconquête d'un territoire, mais dans un esprit de collaboration respectueuse de toutes les connaissances acquises par le développement de la science des politiques publiques. Dans cette perspective, on peut décrire le rôle de l'évaluation législative (I), la situer par rapport à l'évaluation des politiques publiques (II) et enfin examiner la compétence des divers organes de l'État pour y procéder (III).

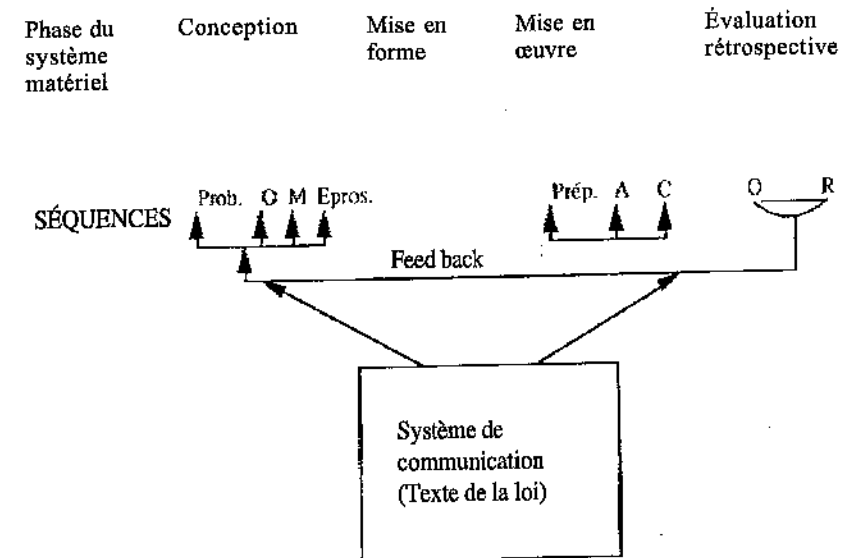
- I - DÉFINITION ET RÔLE DE L'ÉVALUATION

Elle s'inscrit dans un mouvement de rationalisation de la formation et de la mise en oeuvre des lois. Ce mouvement relativement récent est l'une des réponses qui a été donnée au constat d'échec des interventions étatiques.

La discipline tendant à rationaliser la genèse et la mise en oeuvre des lois, la méthode législative, la légistique entendue au sens large⁶, applique à la législation des connaissances et des analyses développées par différentes sciences de l'homme ; la sociologie, la science politique, l'économie, les sciences de la communication. Elle comporte deux branches principales : la légistique substantielle qui s'intéresse à la genèse et à l'impact des lois et la légistique formelle ou communicationnelle qui s'occupe de la transmission des messages linguistiques. C'est la première branche qui nous intéresse ici.

La légistique substantielle s'est tout particulièrement intéressée aux lois finalisées qui articulent des objectifs et des moyens. Elle s'est développée parallèlement et en symbiose avec la science des politiques publiques. Elle préconise un raisonnement méthodique à tous les stades du processus de formation et de mise en oeuvre des lois selon le modèle suivant :

⁶ Le terme de légistique est celui qui convient le mieux pour décrire la science de la législation. Il a hélas été utilisé fréquemment pour décrire de manière étroite l'étude des questions liées à la rédaction des textes légaux, voir V. Viandier 1988. Certains pourtant l'utilisent de manière compréhensive. Voir Woehling 1983. Sur ces questions de terminologie, voir Mader 1985 et Chevallier, *supra*.



Abréviations :

- Prob. : analyse du problème
- O : analyse des objectifs
- M : analyse des moyens
- Epros. : Evaluation prospective
- Prép : préparation de la mise en oeuvre
- A : application
- C : contrôle
- O R : rapport entre les objectifs et les résultats produits

Il s'agit d'un modèle qui n'est pas purement chronologique. Chaque phase rétroagit sur les autres. Il s'agit d'un modèle non linéaire, itératif, cybernétique, qui saisit la loi de manière dynamique en tenant compte des transformations qu'elle subit au cours de son application et de sa mise en oeuvre.

Dans ce vaste processus, les phases qui nous intéressent sont l'évaluation prospective et l'évaluation rétrospective⁷. Si ces phases peuvent être distinguées conceptuellement, elles ont tendance à s'interpénétrer dans la mesure où l'évaluation rétrospective d'une loi existante sert de base à l'évaluation prospective d'une révision législative et dans la mesure où l'évaluation *ex ante* sert de cadre de référence à l'évaluation *ex post*⁸. La distinction s'efface plus complètement si l'évaluation est conçue comme un processus continu engrangeant grâce aux systèmes-experts de manière permanente les données sur l'impact de la loi et sur les modifications qu'elle subit.

⁷ Sur les divers types d'évaluation dans le temps, cf. Ageval 1991, 23 ss.

⁸ Voir Chelimski 1993, 659, 60.

L'évaluation législative⁹ se distingue de l'évaluation spontanée et impressionniste des effets, ainsi que des diverses autres formes de contrôles étatiques par le fait :

1) qu'elle vise à saisir de façon complète les effets les plus significatifs des lois (le terme "effets" devant être précisé plus loin) ;

2) qu'elle doit être systématique, la plus objective possible et fondée sur des raisonnements reproductibles ;

3) qu'elle recourt à des méthodes scientifiques d'analyse, tout particulièrement celles utilisées par les sciences de l'homme.

L'évaluation législative se distingue ainsi des types de contrôles suivants :

1) Les contrôles juridictionnels de conformité ;

2) Les autres contrôles de conformité exercés par les instances non juridictionnelles, comme la Cour des comptes ;

3) Les contrôles portant sur la qualité de la communication législative (grammaire, syntaxe, clarté des textes, etc.) ;

4) Les contrôles politiques et en particulier le contrôle parlementaire ;

5) Les contrôles de type corporatiste exercés par les groupes particulièrement intéressés par l'impact d'une législation, du type contrôle du suivi d'une loi.

Cette distinction faite, il ne faut pas méconnaître les imbrications de diverses formes d'évaluation et de contrôle ainsi que l'articulation qui doit exister entre eux.

Un premier type d'imbrication existe, lorsqu'un seul et même organe exerce plusieurs fonctions. Il en va ainsi, comme l'a indiqué Pierre Joxe, lorsque la Cour des comptes élargit son contrôle à l'évaluation législative¹⁰. Il en va de même lorsque en Suisse la Commission de gestion, organe spécialisé du contrôle parlementaire, s'occupe aussi de l'évaluation législative¹¹. Il s'agit d'un phénomène classique de dédoublement fonctionnel.

Un deuxième genre d'imbrication se produit, lorsque le droit prescrit l'évaluation des effets d'une loi. Cette exigence peut être prévue expressément dans une clause d'évaluation ou de manière plus générale¹². Elle est impliquée lors de l'adoption de lois expérimentales¹³. Cette implication a été bien mise en évidence par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 28 juillet 1993 concernant la loi autorisant les Universités à s'organiser de manière autonome. Le Conseil accepte que des expérimentations soient faites à ce sujet et que le Parlement déroge provisoirement au principe de l'égalité devant le service public à condition de "définir la nature et la portée de ces expérimentations, les cas dans lesquels celles-ci peuvent être entreprises, les conditions et procédures selon lesquelles elles doivent faire l'objet d'une évaluation conduisant à leur maintien, à leur modification, à leur généralisation ou à leur abandon"¹⁴.

L'évaluation des effets peut aussi être prescrite par le texte de la Constitution, ainsi qu'en témoigne le projet Vedel de révision de la Constitution. Elle peut aussi résulter d'exigences posées par une Cour constitutionnelle en vue de protéger les droits fondamentaux, comme cela est le cas en Allemagne¹⁵. L'imbrication est alors forte, puisque la Cour contrôle le respect de ces exigences. Les données scientifiques qui doivent être dégagées dans ce type très particulier

⁹ Sur les caractéristiques de l'évaluation législative, Ageval 1991, 15 ; Mader 1985, 41 ss.

¹⁰ Cf. *infra*.

¹¹ Voir Mader, *infra*.

¹² Pour plusieurs exemples en droit suisse, Morand 1993, 82 ss. ; en droit français, Chevallier, *infra*.

¹³ Voir Chevallier 1993, 121.

¹⁴ Voir *Le Monde* 30 juillet 1997, 7.

¹⁵ Voir Höland, *infra*.

d'évaluation législative servent de base à l'élaboration de la mineure du raisonnement constitutionnel portant sur le respect des libertés.

L'évaluation législative peut aussi être articulée avec d'autres formes de contrôles. Elle peut fournir des données utiles à l'exercice du contrôle parlementaire. Elle peut prendre en considération les points de vue d'un Comité du suivi, de caractère corporatiste, qui s'exprime sur l'acceptabilité d'une loi par un groupe cible particulièrement intéressé. Le degré de résistance à l'application d'un texte légal joue évidemment un rôle dans l'appréciation des effets produits par une loi. Inversement, l'évaluation législative peut influencer l'analyse d'un Comité de suivi.

D'une manière plus générale, l'évaluation législative pose le problème de l'articulation des fonctions entre la politique, la science et les groupes d'intérêt¹⁶. Elle ne consiste nullement à faire de la loi, comme le pensait Auguste Comte, une production scientifique. L'évaluation législative doit éclairer les choix des politiques. Ceux-ci doivent conserver la maîtrise du processus d'évaluation tout en ménageant aux scientifiques la sphère d'autonomie nécessaire à l'exercice de leur fonction. L'évaluation législative, en raison de la distance qu'elle établit par rapport à l'analyse des problèmes et des solutions qui peuvent leur être données, permet ainsi non seulement d'éclairer les choix des politiques, mais aussi de dépasser les points de vue corporatistes trop étroits. L'amélioration de la rationalité et de la transparence de la législation constitue ainsi un saut qualitatif dans le processus de perfectionnement de la démocratie¹⁷ dans la tradition de la recherche des conditions de la "bonne délibération" chère à Aristote.

Les motifs qui ont conduit au développement de l'évaluation législative ne peuvent qu'être évoqués ici. On peut citer :

1. Le souci d'assurer l'effectivité des lois et de freiner la croissance des textes

A l'exception de quelques grands codes, les lois ne sont plus conçues comme formant un cadre stable et permanent d'obligations permettant de générer à l'infini des décisions toujours semblables. Elles visent à produire des effets précis sur des systèmes autonomes (économie, science, éducation, culture, etc.). Or, ces systèmes résistent de manière diabolique aux incitations et aux ordres légaux. L'usage de la contrainte ou la distribution d'avantages en vue de produire des effets sont en cas d'insuccès fortement délégitimés. Ils génèrent des inégalités et des restrictions injustifiées à la liberté.

La première réaction a consisté à produire toujours plus de droit pour s'adapter à une réalité changeante et aux stratégies de fuite ou de résistance. Avec des résultats tout aussi décevants. C'est le phénomène bien connu de l'inflation législative. L'évaluation législative représente un changement radical de direction. Il s'agit, au lieu de produire du même droit en quantité croissante avec un insuccès grandissant, de produire moins de droit, mais de meilleure qualité.

L'évaluation *ex ante* vise à maximiser les chances de réussite des interventions étatiques en analysant soigneusement les systèmes d'action envisagés. Elle tente de calculer les chances de succès de l'intervention, les résistances qui risquent de se développer, les raisons pour lesquelles des effets peuvent rester inutilisés ou provoquer des déplacements d'objectifs. Elle permet de comparer les avantages respectifs de l'intervention et de l'inaction.

L'évaluation *ex post* peut servir de son côté à mettre fin à une politique qui se révèle néfaste ou de corriger en connaissance de cause une réglementation qui

¹⁶ Pour plus de détails au sujet de cette articulation, voir Morand 1993, 107 ss.

¹⁷ Voir à ce sujet Mader 1985, 175.

n'atteint pas les objectifs visés. Elle évite de conserver des textes inutiles ou de procéder à des corrections désordonnées de ceux-ci. Elle permet, comme le montre l'exemple des États-Unis, de supprimer des dépenses inutiles ou ne servant pas à la réalisation des objectifs visés¹⁸.

2. Le souci de choisir des instruments d'action plus adéquats

L'échec relatif des législations autoritaires conduit à chercher des modes d'action plus souples, mais plus performants. L'inefficacité du droit autoritaire s'explique par la difficulté qu'il a à parcourir les diverses instances dans lesquelles il est filtré et recodé : le système social dans son ensemble, le sous-système particulier sur lequel il prétend agir (économie, science, culture, etc.) et enfin la personne à laquelle s'adresse ses commandements¹⁹. La conception autopoïétique du droit développée par Luhmann²⁰, Willke²¹, Teubner²² montre l'impossibilité pour un système complètement clos, comme le droit, d'agir directement sur un autre système comme l'économie, système tout aussi fermé sur lui-même. Les auteurs proposent de renoncer aux programmes finalisés, articulés des objectifs et des instruments et de développer des programmes rationnels²³, un droit réflexif²⁴ "qui laisserait intacte l'autonomie des sous-systèmes sociaux, tout en les orientant vers une certaine direction, dans laquelle ils pourraient respecter réciproquement leurs conditions de fonctionnement respectives"²⁵. Parmi les moyens caractéristiques d'un tel droit, on peut citer en vrac les instruments économiques comme les taxes d'orientation ou les bons de pollution, les lois qui ménagent des solutions optionnelles assorties éventuellement d'avantages pour ceux qui choisissent la direction souhaitée²⁶, la mise en place de procédures facilitant une action concertée avec les organisations sociales concernées et entre celles-ci²⁷ (négociations collectives, cogestion, etc.).

L'évaluation législative ne se cantonne ainsi pas dans un constat désespérant sur l'échec des politiques publiques volontaristes, sur la distance entre le droit tel qu'il est écrit et le droit en action. Elle peut déboucher sur des stratégies d'action plus réalistes, qui impliquent à leur tour des techniques d'évaluation plus subtiles. Il s'agit, si le droit réflexif se développe, de substituer aux explications simples de cause à effets, d'avant/après, d'input/output des analyses plus fines, prenant en cause la complexité des relations intersystémiques.

3. La réduction de l'incertitude

Les lois interventionnistes, articulés des objectifs et des moyens et cherchant à influencer des systèmes sociaux autonomes, génèrent structurellement une incertitude sur les effets produits. Le risque de ne pas atteindre les objectifs ou de produire des effets imprévus peut provenir de l'inadéquation des moyens aux objectifs ou de l'utilisation qui est faite des normes juridiques par les acteurs sociaux durant les trois étapes citées plus haut où elles sont filtrées et recodées.

¹⁸ Voir Chelmski, *infra*.

¹⁹ Voir Teubner 1993, 116 citant Podgorecki 1967, 271.

²⁰ Parmi une ample littérature voir Luhmann 1972, 1985 a, 1985 b, 1986 a, 1986 b, 1987.

²¹ Willke 1983, 1986, 1991 a, 1991 b.

²² Teubner 1987 a, 1987 b, 1989, 1992, 1993.

²³ Sur ce concept, voir Willke 1991, 65 ss.

²⁴ Teubner 1993, 101 ss.

²⁵ Blanke 1988, 200 et Teubner 1993, 153.

²⁶ Voir Teubner 1992, 148 ss.

L'évaluation *ex ante* a pour fonction de mieux prévoir les effets en tentant de tester les dispositifs mis en place et en essayant d'analyser les voies de pénétration des normes envisagées. L'évaluation *ex post*, qu'elle soit liée à l'adoption d'une loi expérimentale ou non, vise de son côté à mettre fin à l'incertitude existant sur les effets produits.

L'évaluation est particulièrement importante d'un point de vue juridique, lorsqu'il y a une incertitude sur les effets qu'une loi peut produire sur l'exercice des droits fondamentaux ou sur le respect de principes essentiels comme celui de la proportionnalité. La Cour constitutionnelle allemande a considéré que le Parlement pouvait légiférer même lorsque le respect de ces droits ou principes est incertain, à condition que la loi soit évaluée à intervalles réguliers et corrigée en fonction des constatations faites²⁸.

Le développement de l'évaluation a pour conséquence paradoxale de diminuer, comme le souligne Chevallier, la sécurité du droit²⁹. D'une part, parce qu'elle favorise la mutabilité interne du droit qui est importante en cas de législations finalisées. Celles-ci confèrent en effet un large pouvoir d'appréciation de l'administration et contiennent des normes à texture très ouverte. D'autre part, parce qu'elle favorise la révision fréquente des lois. Ces deux phénomènes font que le droit est perçu comme transitoire, mobile, incertain, voire aléatoire³⁰. L'accroissement des certitudes sociales que l'on peut obtenir grâce à une analyse des effets des lois se paye ainsi par une instabilité juridique et une diminution de la prévisibilité du droit.

4. L'idée de favoriser l'apprentissage

Les lois expérimentales et celles qui, sans avoir strictement ce caractère contiennent des clauses d'évaluation, permettent d'acquérir une meilleure connaissance d'un domaine d'intervention et d'établir un consensus progressif autour d'une réforme contestée³¹. En prévoyant d'emblée que la loi sera évaluée, on dédramatise les enjeux et on tente de surmonter les oppositions. À côté de ces considérations stratégiques, la loi conçue de cette façon permet à l'administration d'acquérir une meilleure connaissance du domaine d'intervention, d'affiner les instruments d'action de façon à assurer la meilleure adéquation possible à la réalité sociale. À côté de l'évaluation ponctuelle se développe au sein de l'administration un processus d'évaluation continu, par lequel le dispositif de la loi est affiné dans un processus incrémental d'essais et d'erreurs³², permettant de coller progressivement à la complexité du social, très mal connu au départ.

- II -

ÉVALUATION LÉGISLATIVE ET ÉVALUATION DES POLITIQUES PUBLIQUES

Dans la mesure où les pouvoirs publics cherchent à agir sur la société pour l'orienter, il est à la fois utile et logique de tenter d'apprécier les effets de cette action ou de faire des prévisions au sujet des effets qui pourraient être produits. Conceptuellement, l'évaluation des politiques publiques n'est pas problématique,

²⁸ Sur cette jurisprudence, voir Höland, *infra*; Morand 1988, 391; 1993, 96 ss.

²⁹ Cf. Chevallier, *supra*.

³⁰ Voir C.-A. Morand 1988, 542-543; Holleaux 1976, 7 ss.; Chevallier, *supra*.

³¹ Hoffmann-Riem 1993, 18 ss.; Chevallier, *supra*.

³² Sur ce cheminement, cf. Morand 1988, 534; Chevallier, *infra*; Höland, *infra*.

même si l'utilité de certaines évaluations peut être discutée. Il n'en va pas de même de l'évaluation législative. Dans la mesure où la loi est conçue de plus en plus souvent comme l'un des instruments multiples qui sont mis au service d'une politique publique³³, il est douteux qu'il ait un intérêt à isoler l'un de ces instruments pour en faire un objet d'analyse. Pire, cette manière de procéder risque, en isolant un des éléments d'un tout, de déformer l'étude scientifique des effets d'une politique publique.

L'évaluation législative semble aujourd'hui supplantée par l'évaluation des politiques publiques. Il se justifie pourtant de lui maintenir un champ propre pour les raisons suivantes :

1. La loi formelle comme source de légitimité de toute les actions publiques

Dans un État de droit, toute mesure étatique, qu'elle implique l'utilisation de la contrainte ou qu'elle provoque des dépenses, doit trouver son fondement ultime dans une loi formelle. En Suisse, cette exigence a été rappelée avec constance par le Tribunal fédéral, qui exige que toute mesure étatique, qu'elle ressortisse à l'administration restrictive ou à l'administration de promotion, trouve son fondement dans une loi formelle³⁴, les exigences de légalité pouvant être plus rigoureuses, lorsque les pouvoirs publics restreignent la liberté ou prélèvent des contributions publiques. Mais le principe demeure. Même lorsque l'État subventionne ou fait de l'information, il doit démontrer que cette action trouve un fondement suffisant dans une loi formelle ou au moins dans un acte budgétaire adopté par le Parlement. La loi est ainsi le fondement de validité ultime de tous les moyens mis au service de la réalisation des objectifs qu'elle se propose d'atteindre. Il y a dès lors une différence nette entre le point de vue interne, qui est celui du droit, de l'évaluation législative et le point de vue externe de l'analyse de politiques publiques. Du point de vue interne, la loi formelle est le pôle fondateur de toutes les actions publiques entreprises. Du point de vue externe, elle n'est qu'un instrument parmi d'autres mis au service de la réalisation d'une politique publique.

La prise en compte du phénomène juridique force l'évaluateur à distinguer clairement la réalisation des objectifs fixés impérativement par la loi - même si une reconstitution de ceux-ci doit être faite par le chercheur - d'autres objectifs politiques qui ne doivent pas être obligatoirement réalisés : programmes des partis politiques, déclaration d'intention du Gouvernement qui peuvent être modifiés du jour au lendemain et sans formalité. Cela ne signifie pas qu'il soit illégitime de tenter d'évaluer la réalisation d'objectifs politiques dépourvus de force obligatoire, comme par exemple l'objectif réaffirmé avec constance par les Gouvernements français successifs d'amener 80% des jeunes au baccalauréat. Mais l'évaluateur doit pouvoir faire la différence entre ce type d'objectifs et ceux vers lesquels il faut tendre impérativement parce que la loi le prévoit.

Cela ne signifie pas non plus que seule la loi formelle puisse faire l'objet d'une évaluation. Des mesures gouvernementales basées sur une loi, mais faisant l'objet d'un décret, peuvent fort bien être évaluées. En disant que la loi constitue le point central de l'évaluation, on ne veut pas dire qu'elle doive être isolée de mesures d'application et de mise en oeuvre qui sont prises par le Gouvernement et l'administration. Ce serait ignorer que la loi est un processus dynamique, qui implique l'adoption d'un nombre incalculable de décisions, qu'elle constitue un système d'action qui implique des accommodements locaux et des adaptations à des

³³ Voir à ce sujet Morand 1992, 78 ss.

³⁴ Voir Morand, 1989, 142.

circonstances changeantes. La loi est une scène qui fixe des repères, mais c'est le spectacle dans son ensemble qui doit être apprécié.

2. La loi formelle comme source de cohérence des politiques publiques

La loi formelle n'est pas seulement la source de légitimité de toutes les actions étatiques qui sont développées pour la mettre en oeuvre, elle assure aussi l'unité de ces actions. La loi est tout d'abord le lieu central où peut s'opérer une articulation plus ou moins harmonieuse des objectifs d'une politique publique et des instruments prévus pour les atteindre. L'exigence d'une base légale formelle pour toutes les actions que l'État entreprend assure une certaine cohérence aux politiques publiques. Par ailleurs, la loi formelle constitue le point de référence central à partir duquel il sera possible de juger la validité des actes étatiques qui seront adoptés pour assurer sa mise en oeuvre. On sait que les lois interventionnistes ménagent à l'administration un très large pouvoir d'appréciation pour adapter la loi à des circonstances changeantes et à des situations locales. Mais la dérive du sens que peuvent provoquer ces adaptations a des limites, qui sont tracées par la loi. Ces actes ne doivent pas contrevenir à des normes précises : elles doivent aussi se tenir à l'intérieur des objectifs tracés par la loi. Cela ne veut pas dire que l'ordre juridique sera capable de réagir à toute dérive de l'action. Il se peut qu'aucun recours ne soit engagé pour s'opposer à des actions qui contreviennent à la loi. Il se peut aussi que des pratiques se maintiennent alors même qu'elles ont été jugées illégales³⁵. La capacité limitée d'un système juridique à maintenir son unité et sa cohérence ne doit pas surprendre. Comme nous le verrons par la suite, le droit n'est contrairement aux machines triviales, pas un automate.

Grâce à l'octroi d'un large pouvoir d'appréciation et l'utilisation de notions indéterminées, la loi laisse fréquemment aux instances de mise en oeuvre la faculté d'adapter son dispositif et d'expérimenter des solutions. La faible densité normative des lois formelles initiales, qui permet une croissance désordonnée des orientations au niveau de la mise en oeuvre, s'explique par le fait que le législateur n'a qu'une connaissance très imparfaite de la réalité sociale sur laquelle il agit. Cette faible densité normative n'est tolérable que dans certaines limites. Le législateur a ainsi l'obligation de réviser les lois afin de renforcer leur densité normative, au fur et à mesure que la réalité sociale est mieux connue³⁶. Le déficit de légalité qui est inhérent aux lois interventionnistes n'est que provisoire et il appartient à la juridiction constitutionnelle, lorsqu'elle peut être saisie, d'exiger cette révision des lois. L'évaluation législative rétrospective déploie dans ce cadre sa fonction propre, distincte de l'évaluation des politiques publiques. Elle fournit au législateur les connaissances de la réalité sociale qui lui permettent de renforcer la densité normative des lois, la remontée au niveau de celles-ci des normes les plus importantes aperçues en pratique dans le cadre de la mise en oeuvre. Cette occasion qui est fournie au législateur de donner chair à une loi qui est souvent squelettique au départ doit servir en même temps à refaire l'unité de la loi et à lui redonner une cohérence perdue dans la phase de mise en oeuvre³⁷.

³⁵ Pour un excellent exemple d'une pratique jugée illégale par le Conseil d'État en matière de contrats de branches et maintenue malgré tout, voir Lascoumes 1991, 223 ss.

³⁶ Sur cette obligation, cf. Morand 1989.

³⁷ Dans cet esprit, voir en France l'expérience française de la codification. La loi du 10 mai 1948 instituant la "Commission chargée d'étudier la codification et la simplification des textes législatifs et réglementaires" prévoyait que cette Commission avait pour tâche de "faciliter les réformes, les simplifications et la cohérence de l'action publique". La Commission supérieure de codification créée

3. La loi formelle, repère nécessaire à la prise en compte de la dimension juridique des politiques publiques

L'évaluation des politiques publiques projette un regard purement externe sur le droit. Celui-ci n'est qu'un élément parmi d'autres d'un système d'action dont les résultats peuvent être appréciés scientifiquement. Cette vision du droit correspond à certains courants scientifiants de la pensée juridique. Au matérialisme historique qui considère le droit comme une simple superstructure qui s'explique en dernière instance - on remarque au passage le recours à une référence juridique - par les rapports de production d'une formation sociale. A d'autres conceptions scientistes qui par exemple caractérisent le droit comme "une réalité sociale empirique complexe comprenant des entités linguistiques et extra-linguistiques, y compris des phénomènes psychiques et de comportement"³⁸.

Cette vision purement externe ignore tout d'abord que le droit n'est pas une science, qu'il ressortit à l'éthique, au devoir-être et qu'il ne produit d'effets sur la réalité sociale qu'à la suite d'une série d'opération qui se déroulent dans l'axe légal/illégal, du conforme/non conforme et non comme la science dans celui du vrai ou du faux.

Dans l'approche des politiques publiques, le droit risque d'être pris pour un automate, soit "une machine mue en fonction d'un mécanisme intérieur de nature physique, dont l'activité serait ainsi programmée, préétablie, à l'instar de celles fabriquées par l'homme"³⁹. Une telle vision du droit est déformante, parce qu'elle ne tient pas compte du fonctionnement interne des règles de comportement ressortissant au sens large à l'éthique. Elle ignore le fait que le droit ne produit que très indirectement des effets sur la réalité sociale, à savoir sur le comportement des hommes et que ces effets risquent d'être différents selon les modes avec lesquels le droit opère (commandements, recommandations, octroi d'avantages).

La conception psychologisante et sociologisante du droit risque de ne pas tenir suffisamment compte de marges de liberté que la loi offre à l'individu⁴⁰ et, comme on le remarque de plus en plus, à l'autorité elle-même⁴¹. L'appréciation des effets d'une politique publique risque de tomber à faux, si elle ne prend pas en considération la manière particulière avec laquelle le droit opère, les chemins tortueux qui précèdent l'apparition d'effets sur la réalité sociale.

Pour analyser les changements de comportements qui peuvent apparaître à la suite de l'adoption d'une loi, l'évaluation doit prendre en considération la logique de fonctionnement des lois, le passage à travers les différentes étapes où se manifeste la liberté des individus et la liberté tout aussi importante des pouvoirs publics. Aucune considération utile ne pourra être faite au sujet de soi-disant "effets d'une loi", si on n'analyse pas les différents stades auxquels la loi passe à travers la médiation des individus ou des autorités d'application.

Les changements de comportements seront très variables au fur et à mesure que se déroule le processus de concrétisation de la loi. Dans un premier stade, les effets varieront, selon que la loi est considérée par les tribunaux comme directement applicable ou non. Selon qu'une loi non directement applicable a été assortie ou non

en 1989 a pour tâche, de relancer le mouvement et comporte un programme ambitieux. Voir Braibant 1993.

³⁸ Voir Paitaro, 245 et la critique de Ost/Van de Kerchove 1991, 73 ss.

³⁹ Sur la critique de cette conception du droit comme automate, voir Amsielek 1988, 77 ss.

⁴⁰ Amsielek 1988.

⁴¹ Sur la liberté dont l'administration doit disposer pour intervenir avec efficacité sur la réalité sociale, voir Moor 1988, 293 ss. et *passim*.

de décrets d'application et on sait notamment en France que cette étape peut durer des années⁴². Mais la loi, même complétée, se heurtera plus ou moins fortement à la sphère d'autonomie des individus. A ce stade s'ouvrira pour l'évaluateur une analyse complexe pour discerner les comportements conformes spontanés et ceux qui ont été véritablement provoqués par la loi. Quant aux comportements déviants, leur analyse dépendra beaucoup de l'attitude des autorités de contrôle, qui à nouveau disposent d'un énorme pouvoir d'appréciation pour les réprimer ou les tolérer. En bref, le droit ouvre au cours de son déroulement une série de boîtes noires qui risquent de devenir la bête noire des évaluateurs. Boîtes noires qui, malgré les difficultés, doivent être prises en compte par les évaluateurs, sous peine de procéder à des analyses simplistes.

On voit qu'il est possible de concilier l'évaluation législative et l'évaluation des politiques publiques en adoptant une conception externe modérée du droit⁴³, basée sur ce que Max Weber appelle l'explication compréhensive⁴⁴. Il ne s'agit pas de passer dans une agitation effrénée de la scène au balcon⁴⁵, mais comme dans les sciences naturelles, de ne pas se borner à prendre en compte la structure externe des objets observés, mais aussi leur structure interne et si possible les relations qui existent entre elles.

4. La loi formelle en tant qu'objet particulier d'évaluation

La validité d'une loi dépend dans diverses circonstances d'une évaluation législative spécifique, distincte de l'évaluation des politiques publiques. Une jurisprudence en plein développement prévoit que certains effets des lois, ceux qui portent atteinte à certaines valeurs consacrées par le droit, doivent faire l'objet d'une évaluation. Celle-ci devient alors un passage obligé dans le cadre du fonctionnement du contrôle de constitutionnalité.

Différents types d'évaluation peuvent être distingués en fonction des valeurs constitutionnelles qui doivent être respectées.

a. Le respect des libertés individuelles

A plusieurs reprises la Cour constitutionnelle allemande a été confrontée à la situation délicate de ne pas pouvoir déterminer avec certitude si une loi portait atteinte à des libertés. Il s'agissait par exemple de déterminer si une loi permettant la création de surgénérateurs était contraire au droit à la vie⁴⁶ ou si une loi sur la participation des travailleurs (*Mitbestimmung*) était problématique au regard de la garantie de la propriété⁴⁷. La Cour a considéré qu'il n'était pas possible de trancher avec certitude cette question, que tout dépendait des effets concrets que la loi pourrait produire. Elle a estimé que l'incertitude relative au respect des droits fondamentaux n'empêchait pas le Parlement de légiférer. A condition néanmoins de se livrer tout d'abord à une évaluation prospective des effets de la loi, puis de manière régulière à une évaluation rétrospective. Au vu des résultats de cette

⁴² Pour de très intéressantes statistiques, voir Maynial, *supra*.

⁴³ Sur cette conception, Ost/van de Kerchove 1991, 67 ss.

⁴⁴ Weber 1965, 328 et Ost/van de Kerchove 1991, 76.

⁴⁵ Sur cette objection, Arnaud 1986, 139-141.

⁴⁶ B *VerfGE* 49, 89 ss., *Kalkar*. Résumé dans *Juristische Wochenschrift* 1979, 359 ss.

⁴⁷ B *VerfGE* 50, 290 ss. - *Mitbestimmung*. Résumé dans *Juristische Wochenschrift* 1979, 699 ss.

évaluation, le Parlement a, dit la Cour, l'obligation d'amender la loi et si elle ne le fait pas celle-ci pourra alors être déclarée inconstitutionnelle⁴⁸.

Cette jurisprudence confirmée à plusieurs reprises⁴⁹ a été affinée dans l'arrêt du 23 mai 1993 portant sur la dernière loi relative à l'interruption de grossesse adoptée à la suite de la réunification⁵⁰. La Cour donne des indications sur les méthodes de sciences sociales qui doivent être utilisées pour effectuer cette évaluation orientée vers le respect des libertés. Le Parlement ne doit pas se contenter d'exploiter les données existantes. Il doit réunir toutes les données nécessaires à l'évaluation des effets produits par la loi⁵¹.

b. Le respect du principe d'égalité

Une loi parfaitement correcte au départ peut devenir inconstitutionnelle, parce que l'analyse des effets qu'elle produit fait apparaître des inégalités. Cette situation se présente, lorsqu'une catégorie de la population peut se soustraire à la loi, alors que d'autres ne le peuvent pas. Le cas d'école est la criminalisation de l'interruption de grossesse, qui affecte les seules femmes qui n'ont pas les moyens de se faire avorter à l'étranger. Des situations analogues se présentent dans tous les cas d'évasion fiscale ou autre. Elle existe aussi lorsque les conditions d'application d'une norme sont difficiles à établir et que cette difficulté crée des inégalités. La Cour constitutionnelle allemande a une fois de plus fait oeuvre de pionnier en statuant sur une législation imposant les revenus du capital⁵² à laquelle de nombreuses personnes réussissaient à se soustraire. La Cour a considéré que les effets réels d'une telle législation devaient être évalués et que s'il apparaissait qu'une masse importante des revenus échappait à l'imposition, la loi devrait être amendée en conséquence, faute de quoi elle pourrait être considérée comme inconstitutionnelle.

De telles situations sont fréquentes dans tous les pays. Il serait judicieux que dans les situations douteuses les Cours constitutionnelles prescrivent une évaluation tant prospective que rétrospective et qu'elles prévoient que les lois doivent être révisées dans un délai raisonnable, si des inégalités de ce genre apparaissent.

c. Le respect du principe de proportionnalité

Pour être constitutionnelle, une loi doit au moins, lorsqu'elle restreint les droits fondamentaux, être proportionnelle. Deux sous-principes sont, sous une forme ou une autre, consacrés par tous les ordres juridiques libéraux, celui de l'aptitude et celui de la nécessité⁵³. Tous deux impliquent que le législateur se livre à une évaluation *ex ante* et à intervalles réguliers à une évaluation *ex post*. Si l'on constate *a posteriori* qu'une loi ne respecte plus ces sous-principes, celle-ci doit être révisée. Le respect effectif de ces exigences constitutionnelles dépend évidemment des possibilités de les évoquer auprès d'une juridiction constitutionnelle.

Le principe de l'aptitude exige qu'une loi soit apte à atteindre les objectifs qu'elle poursuit. Cette appréciation de l'aptitude implique que le Parlement se livre, le cas échéant, sous le contrôle du juge constitutionnel, à une évaluation prospective

⁴⁸ Sur les obligations incombant au Parlement, voir Mader 1985, 164 ss.; Morand 1993, 96 ss.; Bryde 1993.

⁴⁹ Voir par exemple BVerfG 53, 30 ss. - Mühlem-Kärlich, BVerf 56, 54 ss., Fluglärm.

⁵⁰ Voir Höland, *infra*.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Voir Höland, *infra*.

⁵³ Pour le droit suisse, Moor 1988, 351 ss.; pour le droit français parmi une ample littérature, Costa 1993, 224 ss.

de l'efficacité de la loi, étant entendu que le législateur conserve un très large pouvoir d'appréciation pour choisir les remèdes qu'il veut apporter aux maux qu'il décèle dans la société. De même on peut, en appliquant par analogie la jurisprudence de la Cour de Karlsruhe, exiger du Parlement qu'il réexamine les lois dont l'adéquation est douteuse, qu'il les évalue et les corrige en fonction des résultats de l'évaluation.

Le fait que divers organes étatiques ou même des chercheurs indépendants, évaluent les effets des lois risque aussi d'avoir des conséquences juridiques importantes. Lorsqu'une étude de ce genre montre, et cela est fréquent, que les mesures prévues par une loi ne produisent aucun effet, voire des effets néfastes, elle démontre que cette loi ne respecte pas les exigences de proportionnalité. Si une voie de droit est ouverte pour faire constater l'inconstitutionnalité de la loi, les travaux scientifiques d'évaluation constitueront la source de l'argumentaire du plaideur. De plus en plus, les tribunaux constitutionnels devront articuler leur raisonnement en se fondant sur les évaluations opérées par des chercheurs sur commande ou de leur propre initiative.

Le principe de la nécessité exige qu'entre plusieurs moyens qui s'offrent au législateur soit choisi celui qui, tout en atteignant le but visé, porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés. Cette étude de l'effet comparatif de divers instruments sur les intérêts privés implique lui aussi une étude comparative de l'efficacité des divers moyens envisageables. Cette étude aurait tout à gagner d'être élaborée sur la base de données établies scientifiquement. Comme précédemment, le contrôle du principe de nécessité implique une évaluation prospective et au cours de la vie de la loi des évaluations rétrospectives, si des doutes sérieux apparaissent à ce sujet.

Les tribunaux constitutionnels reconnaissent au législateur un très large pouvoir pour apprécier si une mesure apte à atteindre un objectif est bien nécessaire. Ils ne sont en particulier guère prêts à entrer en matière, si on prétend que de l'information, que la distribution de subventions ou l'adoption d'accords amiables auraient tout aussi bien réussi à obtenir le changement de comportements souhaités qu'une mesure contraignante. Cette réserve s'explique par la difficulté de comparer l'efficacité de ces divers instruments. Mais on ne peut pas exclure que si des méthodes fiables d'évaluation se développaient, le contrôle juridictionnel de constitutionnalité ou le cas échéant de légalité puisse être amélioré.

d. Le respect du principe de subsidiarité en droit communautaire

Consacré par l'article 3 B du Traité sur l'Union européenne, le respect de ce principe implique une évaluation prospective et rétrospective de l'efficacité de l'action communautaire par rapport à celle qui pourrait résulter de l'activité des États oeuvrant séparément⁵⁴. Sans cette exigence d'évaluation, on peut craindre que ce principe, dont on a tant parlé, restera lettre morte et pourra être rangée au rayon des législations symboliques.

Pour que le principe de subsidiarité exerce sa fonction protectrice, il faudrait que la Cour des Communautés applique celui de l'effet utile qu'elle a invoqué tant de fois au profit de l'élargissement des compétences communautaires. Pour que le principe de subsidiarité ait un effet utile, il faut que la Cour, à l'instar de la Cour constitutionnelle allemande, prescrive une évaluation *ex ante* comparative. Et qu'elle prévienne que les instances communautaires doivent à intervalle régulier s'assurer par une évaluation *ex post* que le principe est toujours respecté. Et qu'enfin les

⁵⁴ Cf. Morand 1993, 100 ss.

règlements communautaires soient révisés, si des études sérieuses montrent que l'action communautaire est moins efficace que si elle était réalisée par les États.

Ou voir que l'article 3 B du Traité de Maastricht pourrait ouvrir un champ considérable à l'évaluation législative spécifique. La Cour pourrait, semble-t-il, parfaitement être saisie de la question, si un justiciable, disposant d'une évaluation, démontrait qu'un règlement communautaire est inefficace ou produit des effets pervers tels qu'on pourrait en déduire qu'il vaudrait mieux que les États s'occupent du problème. Elle devrait, statuant à titre préjudiciel sur l'interprétation de l'article 3 B, dire quelles sont les conséquences que les juridictions et les organes communautaires doivent tirer de ce type de constatations.

5. En résumé

L'évaluation législative dispose d'un champ propre, distinct de celui qui couvre l'évaluation des politiques publiques, lorsqu'elle sert à s'assurer du respect de certaines valeurs consacrées par le droit. On peut penser que ce champ encore mal balisé hors d'Allemagne connaîtra de grands développements à l'avenir. Mais même en dehors de ces situations particulières, l'évaluation législative couvre un domaine autonome dans la mesure où la loi est la source dernière de légitimité des politiques publiques, qu'elle est le lieu central où la cohérence de celles-ci peut être assurée. Cette prise en compte permet de porter de l'extérieur un jugement scientifique sur le droit, tout en respectant la structure interne de celui-ci.

- III -

LA COMPÉTENCE DE DÉCIDER DE PROCÉDER À UNE ÉVALUATION

Il s'agit de déterminer qui est compétent pour prendre la décision d'évaluer les effets d'une loi ou d'une politique publique. Une autre question moins délicate, et que nous n'aborderons pas ici, est de savoir si l'évaluation doit être réalisée par un service administratif ou par des tiers.

La question constitutionnelle de la répartition de la compétence d'évaluer n'a quasiment jamais été abordée dans la doctrine⁵⁵. En pratique, divers organes s'en occupent dans le plus joyeux désordre. Comme on se trouve dans la plupart de pays dans une phase expérimentale, cela n'a guère d'importance. La question ne manquera pourtant pas de se poser, si l'évaluation se développe.

La répartition verticale des compétences entre les différentes collectivités publiques ne semble, à première vue, pas poser d'importants problèmes. Chaque collectivité, qui dispose au plan supranational ou local de compétences propres, a aussi celle d'évaluer les résultats de son action. L'Union européenne a la compétence d'évaluer les effets des actes communautaires. Les collectivités locales sont compétentes pour évaluer le résultat des actions qu'elles mènent à ce niveau avec un certain degré d'autonomie. Des doutes peuvent surgir en ce qui concerne l'évaluation des tâches qui sont de pure exécution.

Nous nous bornerons par la suite à analyser *la répartition des compétences entre les instances nationales*. Nous nous limiterons aussi à tracer les grandes lignes de la répartition des compétences, telles qu'elles semblent se dessiner dans la plupart des pays démocratiques. La répartition fine dépendra des traditions constitutionnelles de chaque État et tout particulièrement de la répartition des fonctions que la Constitution établit entre le Parlement et le Gouvernement.

⁵⁵ Pour un travail de pionnier, cf. Mader 1985, 138 ss.

Dans la mesure où la Constitution ne se prononce pas expressément sur la compétence d'évaluer, nous nous référerons aux grands principes constitutionnels qui peuvent guider cette répartition. Remarquons d'emblée que le principe de séparation des pouvoirs ne fournit guère d'indications⁵⁶. L'évaluation législative n'est ni une fonction législative ni une fonction exécutive. Elle ne peut par ailleurs pas être répartie selon la ligne de partage qui existe en matière législative. La distinction qui peut être faite entre la préparation, l'adoption et l'exécution des lois ne peut en particulier pas être transposée par analogie à l'évaluation.

La compétence d'évaluation peut tout d'abord être déduite, conformément à la théorie des pouvoirs implicites, d'une autre fonction, par exemple de celle d'adopter les lois, de les préparer ou de contrôler le Gouvernement et/ou l'administration. Cette répartition des compétences a une influence sur le contenu de l'évaluation. Son ampleur sera plutôt restreinte si elle prolonge la fonction de contrôle, plutôt large si elle se greffe sur la fonction législative. Nous traiterons successivement de la compétence du Parlement, du Gouvernement et brièvement d'autres organes de l'État.

1. Le Parlement

Il faut distinguer la question de la compétence du Parlement de celle de l'instance parlementaire qui doit procéder à une évaluation.

a. La compétence du Parlement

La compétence du Parlement doit être reconnue dans trois situations : Tout d'abord, lorsqu'il doit procéder à une évaluation pour respecter une obligation constitutionnelle. Ensuite, lorsque l'évaluation est étroitement liée au contrôle parlementaire. Enfin, lorsqu'elle lui permet de remplir le rôle qui lui est attribué par la Constitution d'assurer la cohérence des politiques publiques.

1°. La compétence résultant de l'obligation d'évaluer

Lorsque, comme l'a reconnu la Cour constitutionnelle allemande, le Parlement doit évaluer les effets d'une loi en vue de respecter des droits ou des principes constitutionnels, il a évidemment aussi la compétence de le faire. La compétence est exclusive, mais nous le verrons par la suite, son exercice peut être délégué.

2°. La compétence liée au contrôle parlementaire

La compétence d'évaluer peut se greffer sur le contrôle parlementaire exercé sur le Gouvernement et/ou l'administration, tel qu'il est pratiqué en Suisse par le truchement des Commissions de gestion⁵⁷ et en France des Commissions de contrôle⁵⁸. L'examen porte au premier chef sur la régularité de la gestion des services publics. Mais il peut parfaitement s'élargir et porter sur la manière avec laquelle les lois sont mises en oeuvre et sur le degré de réalisation de leurs objectifs.

⁵⁶ Mader 1985, 138.

⁵⁷ En Suisse, on a créé en 1990 un organe parlementaire de contrôle, qui est habilité, sur mandat particulier des Commissions de gestion, d'examiner le rendement et l'efficacité de l'action administrative [article 47 sexies de la loi sur les rapports entre les Conseils LRC].

⁵⁸ Sur les commissions de contrôle, voir Gicquel 1987, 764-765 ; sur la tendance de ces commissions à élargir leur fonction de contrôle à l'évaluation, voir Chevallier, *supra*.

Les évaluations, greffées sur le contrôle de gestion, présentent cependant un inconvénient. Elles ne permettent pas d'opérer une évaluation complète, car elles sont centrées sur le rôle de l'administration dans la réalisation des objectifs. Par nature, elles ne prennent pas en considération les facteurs sociétaux jouant un rôle dans la réalisation des objectifs. Elles ne rendent pas non plus suffisamment compte du point de vue des publics-cibles affectés par les lois. Il faut dès lors se rendre compte qu'en greffant l'évaluation sur le contrôle on introduit un biais qui la dénature⁵⁹.

3°. La compétence liée au rôle particulier du Parlement

Le Parlement a une compétence particulière pour évaluer l'ensemble des effets d'une loi. Cette compétence se déduit du fait que le Parlement est, comme nous l'avons vu, la source dernière de la légitimité de toutes les actions de l'État et qu'il a la responsabilité particulière d'en assurer la cohérence. Dans le cadre de l'exercice de cette fonction, il ne doit pas se préoccuper uniquement de ce qui se passe à l'intérieur de la machine étatique, mais aussi des effets que la loi produit sur la population. Il a une responsabilité particulière pour conduire des évaluations que Chelimski appelle de la quatrième génération, soit celles qui essaient d'examiner les perspectives de tous ceux qui sont concernés par une politique⁶⁰.

La compétence du Parlement ne peut cependant être considérée comme exclusive. Elle entre en concurrence avec celle que le Gouvernement peut déduire de sa fonction en matière de préparation des lois dans la phase préparatoire. On ne voit pas, au moins à première vue, de critère permettant de justifier une répartition des compétences entre le Parlement et le Gouvernement pour opérer des évaluations exhaustives. Il serait dans ces conditions souhaitable qu'une coordination intervienne entre ces deux organes afin d'éviter des duplications.

A - L'instance parlementaire compétente

Au vu du peu d'expérience dont on dispose, il est difficile de proposer une solution institutionnelle idéale. On se bornera dès lors à décrire les alternatives.

1. Instance composée de parlementaires ou de fonctionnaires

Ce n'est pas véritablement une alternative. En effet, il semble que le Parlement doive créer à la fois un organe restreint chargé de décider des évaluations à effectuer et un service administratif. Celui-ci sera chargé soit d'effectuer lui-même les évaluations, soit de conseiller les parlementaires au sujet des mandats qui pourraient être confiés à des tiers. On insiste avec raison sur l'indépendance que les personnes qui effectuent une évaluation doivent disposer à l'égard de celui qui la commande⁶¹.

2. Instance centrale ou instances diffuses

La première solution, qui correspond à l'expérience des États-Unis et du Canada⁶² a l'avantage de favoriser une accumulation des connaissances, en matière d'évaluation, de permettre de s'attacher les services des spécialistes très divers et d'éviter les problèmes de coordination entre instances parlementaires. La création

⁵⁹ Voir Morand 1993, 107.

⁶⁰ Chelimski 1993, 58.

⁶¹ Mény/Thoenig 1989, 317.

⁶² Voir Chelimski, *infra*. Sur l'utilité de disposer d'une instance spécialisée, voir Chevallier, *supra*.

d'instances diffuses auprès par exemple des Commissions permanentes, présente de son côté l'avantage que les évaluations sont commandées par des parlementaires particulièrement au fait des questions. Il est probable qu'une combinaison de deux solutions s'imposera dans la pratique. Ceci sans préjudice des compétences qui peuvent être attribuées à une instance spécifique, du type office parlementaire d'évaluation des choix politiques et technologiques⁶³.

3. Instance spécialisée dans l'évaluation

On peut concevoir, comme nous l'avons vu, que certaines évaluations soient faites par un organe exerçant à titre principal une autre fonction, législative ou de contrôle. En raison de la spécificité de la fonction évaluative, il serait bon pourtant que certaines personnes se spécialisent dans l'exercice de cette fonction, un peu comme cela se fait au Conseil d'État en France pour la fonction consultative et la fonction contentieuse.

4. Instances séparées ou communes aux deux Chambres

Au vu de la spécificité de la fonction évaluative, qui est d'acquiescer au moyen de méthodes scientifiques des connaissances sur les effets des lois, il n'est pas très rationnel qu'elle soit exercée, à l'instar de la fonction législative, par les deux Chambres agissant séparément. Un organe commun aux deux Chambres semble dès lors s'imposer. Il est normal que dans un premier temps des expériences d'évaluation aient été tentées en France aussi bien à l'Assemblée nationale qu'au Sénat. Cette solution, peu rationnelle, ne devrait pourtant pas se perpétuer. C'est pourquoi il faut saluer le projet de loi français, déposé en juin 1993 par M. François Sauvadet, visant à créer un Office parlementaire de contrôle et d'évaluation composé de 6 sénateurs et 6 députés⁶⁴.

5. La délégation de l'exercice de la fonction

L'évaluation ne peut être conduite que grâce à un personnel relativement nombreux et comportant des spécialistes tant dans les matières qui font l'objet des évaluations qu'au plan méthodologique. Dans les pays où il y a des obstacles à la création de postes de fonctionnaires rattachés au Parlement, celui-ci sera contraint de déléguer l'exercice de la tâche au Gouvernement.

On ne peut poser de conditions aussi strictes qu'en matière de délégation législative à la délégation des compétences d'évaluation. On ne peut en particulier pas par analogie dire que le Parlement devrait procéder aux opérations essentielles d'évaluation et ne laisser au Gouvernement que les tâches moins importantes. Du fait de sa nature spéciale, l'exercice de la fonction évaluative ne se partage pas. Cette situation a une conséquence pratique importante. On voit mal comment, en cas de délégation, le Parlement pourrait conserver la maîtrise du processus⁶⁵. L'expérience faite en France avec l'évaluation du RMI permettra peut-être de se faire des idées plus précises à ce sujet⁶⁶.

⁶³ Voir à ce sujet Claret de Fleurieu, *supra*.

⁶⁴ Voir Dupas, *supra*. L'objection selon laquelle il ne faut pas ajouter à ce qui existe déjà n'est pas convaincante.

⁶⁵ Sur le risque que l'évaluation consacre une nouvelle prépondérance du Gouvernement, cf. Morand 1993, 106.

⁶⁶ Sur cette expérience, Chevallier, *supra*.

B - Le Gouvernement et l'administration

Il faut à nouveau distinguer la question de l'attribution de la compétence et celle de l'instance gouvernementale qui devrait l'exercer.

1. La compétence du Gouvernement

Le Gouvernement a une compétence propre, en matière d'évaluation, lorsque celle-ci se greffe sur la fonction de contrôle de l'administration. Il est aussi compétent pour évaluer les effets de certains instruments qu'il a pu mettre en place au moyen de décrets ou d'ordonnances, en disposant d'une certaine autonomie par rapport au Parlement.

Plus délicate est la question de savoir si le Gouvernement dispose d'une compétence d'évaluation plus large, concurrente à celle du Parlement, du fait de sa responsabilité dans la préparation des projets de lois. En Suisse une tendance existe de considérer les lois expérimentales, qui doivent être évaluées dans un certain délai, comme faisant partie de la procédure préparatoire de préparation des lois⁶⁷. On a parlé dans ce cadre d'un bonus de légalité afin de permettre au Gouvernement d'adopter par décret, et même sans base légale, des législations expérimentales. On a même évoqué l'idée que le Gouvernement puisse, à titre expérimental, déroger à des lois existantes. Ces propositions, même si elles sont contestables, montrent qu'il y a un rapport étroit entre l'évaluation et la préparation des lois. Qu'il est dès lors justifié de reconnaître au Gouvernement une compétence d'évaluation implicite, découlant de celle qu'il détient dans le cadre du processus législatif.

2. L'instance gouvernementale compétente

La question principale qui semble se poser est de savoir si les évaluations doivent être conduites par les ministères spécialisés comme au Canada⁶⁸ ou par un organisme central, comme cela est le cas en Suisse⁶⁹ et en France⁷⁰. L'utilité d'un organe central est indéniable. Cette solution permet d'accumuler les connaissances et facilite la coordination. Les services de l'administration ont de leur côté une responsabilité particulière de conduire l'évaluation en continu, sous forme par exemple de *monitoring*. On peut parfaitement concevoir que l'administration observe un jour en continu les effets produits par les lois interventionnistes, grâce à l'établissement de fiches d'impact⁷¹ établies régulièrement et gérées au moyen de systèmes-experts. Les données recueillies pourraient évidemment servir de base aux évaluations plus vastes, auxquelles l'instance centrale procédera.

C - Autres instances

On peut parfaitement concevoir que d'autres organes procèdent à des évaluations ou participent au processus dans lequel elles sont effectuées. La compétence de ces organes devrait être calquée sur la compétence de base. Ainsi la Cour des comptes n'a d'autres compétences en matière d'évaluation que celles qui sont nécessaires à l'exercice de sa fonction principale qui, aux termes de l'article 47

⁶⁷ Voir Mastronardi 1993, 468 ; Mader 1993, 237.

⁶⁸ Sur ces développements au Canada, voir Chelinski et Bergeron, *infra*.

⁶⁹ Voir Mader, *infra*.

⁷⁰ Voir Chevallier, *supra*.

⁷¹ L'expérience canadienne est à cet égard très intéressante. Voir Bergeron, *infra*.

de la Constitution, est d'assister "le Parlement et le Gouvernement dans le contrôle de l'exécution des lois de finances".

La compétence du Conseil économique et social est plus difficile à cerner. On aurait pu penser que, comme en matière législative, le Conseil verrait sa compétence limitée à donner son avis dans le cadre du processus d'évaluation. Mais c'est une interprétation large qui a prévalu. Le Conseil peut commander de son propre chef des évaluations, qui sont, solution originale, soumises à une appréciation du Conseil scientifique de l'évaluation.

D - La coordination des évaluations

La multiplication des instances d'évaluation pose le problème de la coordination et de l'échange de connaissances entre les divers organes qui décident de procéder à des évaluations. Cette question a été résolue en France et en Suisse en organisant des rencontres périodiques entre les divers organes de l'État.

En France, le besoin a aussi été ressenti de disposer d'un organe central qui puisse se porter garant de la valeur scientifique des évaluations⁷². Cette solution est des plus judicieuses. Car autant on peut accepter une dispersion des instances habilitées à procéder à des évaluations, autant il est nécessaire de disposer d'une instance qui garantisse la qualité scientifique des évaluations et qui constitue en même temps le lieu de mémoire des évaluations effectuées.

Peut-être faudrait-il même étendre cette solution, en prévoyant que le Conseil scientifique de l'évaluation est aussi à disposition du Parlement. Outre l'avantage au plan de la coordination, cette solution devrait permettre au Parlement d'exercer lui-même sa compétence et d'éviter de la déléguer au Gouvernement.

CONCLUSION

L'avènement au sein de l'État d'un quatrième pouvoir pose des problèmes institutionnels que nous n'avons pu qu'évoquer. Les contours de la compétence resteront flous tant que l'évaluation restera à un stade expérimental. Le choix des instances d'évaluation les plus judicieuses et rationnelles s'affinera avec le développement de la fonction. Nos réflexions ressortissent dans une certaine mesure à la futurologie du droit. Mais il est bon que l'on se rende compte assez tôt des enjeux institutionnels, afin que l'on n'assiste pas à une rigidification précoce des solutions choisies.

Un des problèmes, qui a été évoqué tout au long de la Journée scientifique, résidait dans le fait que les temps longs de l'évaluation n'étaient pas adaptés aux temps courts de la politique. La collision temporelle est particulièrement ressentie dans les pays où majorité et opposition alternent au pouvoir. Celle-ci, lorsqu'elle revient aux affaires, se sent obligée de réaliser au plus vite le programme qui lui a permis de gagner les élections. Mais, on voit aussi que ce mode de gouverner trouve rapidement ses limites. Des lois bâclées à toute vitesse, sans réflexion préalable et sans étude approfondie, sont rejetées par l'opinion publique, sanctionnées brutalement et parfois de manière injuste par la rue. On peut faire l'hypothèse qu'à long terme au moins, cette forme spontanée de démocratie directe, qui semble se développer en France, produira les mêmes effets que le référendum législatif dans certains pays, comme en Suisse : la nécessité de préparer soigneusement les lois, d'en évaluer les effets, de négocier, même longuement s'il le faut, les solutions envisagées. Le temps de préparation des lois risque bien de s'allonger, si l'on ne

⁷² Voir Leca, *supra*.

veut pas continuer à empiler des régulations toujours plus inefficaces. Alors viendra le jour où le temps de l'évaluation et le temps du politique tendront à coïncider. Et on peut se demander si la concordance des temps ne deviendra pas le critère du bon régime politique.

Bibliographie

- AGEVAL (1991), *Mieux connaître les effets de l'action étatique : problèmes, possibilités, propositions*, Département fédéral de justice et police, Berne.
- AMSELEK P. (1988), *Science et déterminisme, éthique et liberté. Essai sur une fausse antinomie*, Paris, P.U.F.
- ARNAUD A.-J. (1986), "La valeur heuristique de la distinction interne/externe comme grande dichotomie pour la connaissance du droit : éléments d'une démythification", *Droit et société* n° 2, 139 ss.
- BLANKE Th. (1987), "Kritik der Systemfunktionalen Interpretation der Demonstrationsfreiheit", *Kritische Justiz*, 20, 157-165.
- BRAIBANT G. (1993), "La nouvelle codification", *La vie judiciaire*, 15-21 nov.
- BRYDE B.-O. (1993), *Die Effektivität von Recht als Rechtsproblem*, Berlin/New York.
- CHELIMSKI (1993), in *Deuxième Conférence nationale de l'évaluation*, Conseil économique et social, Paris, 56 ss.
- CHEVALLIER J. (1993), "Les lois expérimentales. Le cas français", in C.-A. Morand (éd.), *Évaluation législative et lois expérimentales*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence.
- COSTA J.-P. (1993), "Droit et évaluation", *Revue française d'administration* n° 66, 229 ss.
- GICQUEL J. (1987), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris.
- HAYEK F.-A. (1973), *Droit, législation et liberté*, 3 vol., Paris.
- HOLLEAUX A. (1976), "La fin des règles générales", *Bulletin I.L.A.P.* n° 39, 7 ss.
- HOFFMANN-RIEM (1993), "Législation expérimentale en Allemagne", in C.-A. Morand (éd.), *Évaluation législative et lois expérimentales*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence.
- LASCOUMES P. (1991), "Les contrats de branche et d'entreprise en matière de protection de l'environnement. Un exemple de droit négocié", in C.-A. Morand (éd.), *L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Paris, Publisud.
- LUHMANN N. (1972), *Rechtssoziologie*, 2 vol., Opladen Reinbeck, Rowohlt, Westdeutscher Verlag, 3e éd.
- LUHMANN N. (1985), "Einige Probleme mit reflexivem Recht", *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 6, 1 ss.
- LUHMANN N. (1985 b), "The Self-Reproduction of Law and its Limits in G. Teubner (éd.), *The Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, De Gruyter.
- LUHMANN N. (1986), *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt am Main, Metzner.
- LUHMANN N. (1987), "Autopoiesis als soziologischer Begriff", in A. Haferkamp/M. Schmid (éd.), *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung. Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, Frankfurt am Main, Suhrkamp.
- MADER L. (1985), *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Payot, Lausanne.
- MADER L. (1993), "La législation expérimentale en Suisse", in C.-A. Morand (éd.), *Évaluation législative et lois expérimentales*, Aix-Marseille.
- MOOR P. (1988), *Droit administratif I*, Berne, Stampfli.
- MORAND C.-A. (1988), "Les exigences de méthode législative et de droit constitutionnel portant sur la formation de la législation", *Droit et société* n° 10, 391 ss.
- MORAND C.-A. (1989), "Le principe de légalité et l'interventionnisme étatique" in *Aktuelle Probleme des Staats- und Verwaltungsrecht*, Berne/Stuttgart, Haupt.

- MORAND C.-A. (1992), "Buts et objectifs dans l'application et la mise en oeuvre du droit public", *Le recours aux objectifs de la loi dans son application*, Story Scientia, Bruxelles, 75 ss.
- MORAND C.-A. (1993), "L'obligation d'évaluer les effets des lois", in C.A. Morand (éd.), *Évaluation législative et lois expérimentales*, Aix-Marseille, 79 ss.
- OST F./van de KERCHOVE M. (1991), "De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ?", *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, L.G.D.J.
- PATTARO (1985), "Vers une définition de la science juridique", *Philosophie et épistémologie juridique. Revue de synthèse* n° 118-119, 191-204.
- PODGORECKI A. (1984), "Dreistufen-Hypothese über die Wirksamkeit des Rechts (drei Variable für die Wirkung von Rechtsnormen)", in E. Hirsch et M. Rehbinder (éd.), *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie*, Köln, Westdeutscher Verlag, 271-283.
- TEUBNER G. (1987 a), "Le système juridique", *Archives de philosophie du droit*, vol. 31, Paris.
- TEUBNER G. (1987 b), "Evolution of Autopoietic Law" in G. Teubner (ed.), *Autopoietic Law : A new Approach to Law and Society*, Berlin, De Gruyter, 217-241.
- TEUBNER G. (1989), "How the Law thinks : Towards a Constructivist Epistemology of Law", *Law and Society Review*, 23, 727-757.
- TEUBNER G. (1992), *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Paris, L.G.D.J.
- TEUBNER G. (1993), *Le droit, un système autopoïétique*, P.U.F., Paris.
- VIANDER V.-A. (1988), *Recherche de légistique comparée*, Springer, Heidelberg.
- WEBER M. (1965), "Essai sur quelques catégories de la sociologie compréhensive", in *Essais sur la théorie de la science*, Trad. J. Freud, Paris.
- WÖHRLING J.-M. (1983), "L'évolution du rôle du droit dans l'action administrative", *Revue française d'administration publique*, 26, 134 ss.