

LES OBJECTIFS DE LA LEGISLATION :

APPROCHES DIVERSIFIEES ET COMPLEMENTAIRES

Par

Charles-Albert MORAND

Professeur à la Faculté de Droit de Genève

Dans le domaine du droit, dit Jhering, "Rien n'existe que par le but, et en vue du but ; le droit tout entier n'est qu'une unique création du but". (Jhering 1901 : 291). Et il ajoute : "L'homme qui pense, qui médite, trouvera toujours, dans le domaine du droit, le but de chacune de ses institutions. La recherche de ce but constitue l'objectif le plus élevé de la science juridique, tant au point de vue de la dogmatique du droit que de son histoire" (Ibid). Jhering peut être considéré comme le fondateur d'une science des buts, d'une téléologie. C'est en bref en analysant les buts, c'est-à-dire les intérêts privés, publics et corporatifs en cause, que l'on peut comprendre une législation.

Ces propos conservent toute leur pertinence. Il faut dès lors savoir gré à l'Institut de méthodologie juridique d'Aix d'avoir remis à l'ordre du jour une réflexion sur les buts de la législation qui pourrait servir de point de départ à la constitution d'une téléologie juridique systématique tenant compte des progrès accomplis dans l'étude du phénomène juridique depuis un siècle et des modifications qui sont intervenues dans les techniques juridiques.

L'étude ne porte pas sur tous les buts qui ont une pertinence pour le droit. Elle ne vise en particulier pas à caractériser le but de chaque règle isolée. Elle vise certains types d'objectifs portant sur une législation dans son ensemble. Nous les appellerons des objectifs globaux, sans perdre de vue qu'ils sont susceptibles d'être précisés au cours de la mise en oeuvre du droit et d'acquérir ainsi un caractère opérationnel. Qualitativement, les

objectifs globaux se caractérisent par le fait qu'ils sont articulés avec une série de moyens juridiques ou non, considérés comme propres à les réaliser. Ils s'inscrivent dans le cadre d'une rationalité propre à l'Etat providence, une rationalité qui a précisément la particularité de s'inscrire dans le cadre de l'agencement de buts et de moyens, ce que Weber (1986 : 208) appelle une *Zweckrationalität* par opposition à une rationalité impliquant la déduction de la solution de cas d'espèces à partir de règles générales et abstraites, ce que Weber appelle, peut-être à tort, une *Wertrationalität*. Les objectifs globaux s'inscrivent dans le cadre d'un type de technique juridique liée à l'interventionnisme que Luhmann (1983 : 88, 232, 241) appelle des programmes finalisés.

Sur le plan de la logique déontique, les objectifs globaux n'ont pas un statut bien établi. Ils portent sur un devoir-être ou pour être plus précis sur un devoir-faire. Les autorités d'application doivent s'efforcer d'atteindre par les moyens mis à leur disposition les objectifs tracés par la législation.

Les objectifs sont donc des normes. Ce sont des normes déontiques par opposition aux normes axiologiques ou anthropologiques (cf. Alexy 1986 : 126 ss.). Parmi les normes déontiques, on distingue les règles et les principes (Ibid. 72 ss. ; Dworkin 1978 : 22 ss.). Les objectifs se rapprochent des principes par leur haut degré de généralité et par le fait qu'ils comportent une optimisation (Ibid. 76) c'est-à-dire qu'ils peuvent se réaliser de différentes façons, alors que les règles sont susceptibles d'être appliquées telles quelles sans transformation. On dit qu'elles ne peuvent être qu'appliquées ou non appliquées (Ibid.). Les objectifs globaux se distinguent pourtant des principes dans la mesure ou, même concrétisés, ils ne se traduisent pas en règles. A ce point, il faut pourtant distinguer deux aspects dans les objectifs globaux, leur force obligatoire par rapport aux autorités d'application et à l'égard des individus ; sous le premier aspect les objectifs peuvent être concrétisés et devenir extrêmement précis. Les objectifs de politique économique peuvent porter sur l'obtention d'une croissance de 3 %, d'un taux de chômage de pas plus de 10 %, etc.... Une politique d'égalité matérielle entre hommes et femmes peut viser avoir un corps professoral composé à 50 % de femmes. Pourtant l'obligation de l'autorité d'atteindre ce résultat ne se traduira pas en règles, mais dans l'obligation de faire tout son possible pour s'approcher du résultat. Cela provient du fait que la poursuite de l'objectif dépend d'une multitude de facteurs qui ne sont pas contrôlés par l'autorité. On notera en particulier la réaction des acteurs aux instruments incitatifs ou même répressifs mis en place par l'autorité, la plus ou moins grande adéquation des moyens mis en place pour atteindre les buts, les

changements qui se produisent dans le système que l'on cherche à modifier. L'autorité ne peut être véritablement tenue à réaliser un taux de croissance donné, alors qu'une crise économique mondiale peut remettre en cause toutes les prévisions.

Vis-à-vis des individus, les buts, même opérationnels, ne sont jamais obligatoires tels quels. Ils peuvent servir à interpréter des normes conditionnelles, si celles-ci figurent dans la panoplie des moyens mis en place pour les réaliser. Contrairement aux principes, les objectifs ne se traduisent pas en règles au terme du processus de concrétisation et de transformation qu'ils subissent. Ils constituent ainsi une troisième catégorie de normes déontiques, à côté des principes et des règles.

Nous distinguons pour la clarté du débat les approches descriptives et les approches normatives. Pourtant, l'observation du fonctionnement des objectifs peut déboucher sur des propositions tendant à maximiser l'efficacité de l'intervention étatique ou à minimiser les inconvénients de celle-ci. Elle peut servir à l'établissement de règles de méthode législative qui peuvent à leur tour être reprises par le droit. Elle peut aussi jouer un rôle décisif dans le développement des méthodes juridiques d'interprétation.

I - LES APPROCHES DESCRIPTIVES

La première idée qui vient à l'esprit est d'observer la manière selon laquelle les objectifs sont formulés dans plusieurs types de lois (A). On peut ainsi tenter d'établir une photographie de la situation dans un pays déterminé. Mais en deuxième approche, on tente de saisir la dynamique du fonctionnement des objectifs en essayant de filmer leur développement lors de la mise en oeuvre des lois (B). D'autres recherches enfin utilisent les développements de la théorie de systèmes pour analyser les effets que les législations finalisées produisent sur d'autres systèmes (C).

A - L'approche par la formulation des objectifs

Le premier pas de celui qui s'intéresse à établir une téléologie de la législation est d'analyser le discours explicite du législateur. C'est l'approche qui a été au centre des préoccupations de l'Atelier. Ses participants ont constaté que si les grandes législations civiles et pénales n'indiquaient pas expressément les finalités poursuivies, il n'en allait pas de même des législations modernes. L'idée est alors née d'aller vérifier dans les textes si cette intuition se justifiait, de s'interroger sur les raisons de ce changement de technique juridique, d'analyser les fonctions que remplissent les déclarations d'objectifs qui figurent en tête des

lois et enfin d'apprécier leur portée juridique. De façon à ne pas anticiper sur le résultat de ces recherches, nous nous bornerons à faire un certain nombre de remarques méthodologiques, montrant les limites de cette première approche.

1) L'observation portant sur les objectifs déclarés risque de déformer l'analyse des finalités d'une législation, parce qu'elle ne tient pas compte des finalités cachées qui sont souvent beaucoup plus importantes pour la compréhension d'un texte (Delley/Mader 1981 : 381 ss.). Les finalités déclarées servent le plus souvent à masquer les conflits d'intérêt en présence. En démocratie, elles sont très souvent des textes lisses et incontestables qui occultent une série de finalités sectorielles souvent concurrentes. Comme nous l'avons montré, la loi opère une unification purement apparente des finalités et des intérêts (Morand 1982 : 309 ss.). C'est ce qui explique la réapparition au niveau de la mise en oeuvre d'une multitude de finalités sectorielles souvent divergentes d'ailleurs (Morand 1982 : 321 ss.). "La formulation d'objectifs vagues signifie le renvoi de la résolution des conflits au niveau infra-légal dans les ordonnances d'exécutions, ou aux autorités d'application, mieux à même d'apprécier la spécificité des intérêts locaux" (Delley/Mader 1982 : 394).

Les textes fixant des objectifs sont aussi trompeurs, parce que le gouvernement qui les prépare prend des risques en énonçant des objectifs précis et opérationnels. Les risques sont considérables, lorsque le gouvernement a en face de lui une opposition prête à assurer l'alternance. Les objectifs opérationnels constituent le point de référence de l'évaluation informelle qui se produit dans le cadre de la compétition des partis pour le pouvoir ou de l'évaluation institutionnalisée, lorsque celle-ci est prévue (sur ce point Mader : 1985). Ils facilitent aussi l'exercice du contrôle de constitutionnalité ou de légalité. La circulaire n° 1794/SG émanant du Premier Ministre et datée du 14 juin 1983 relative à l'élaboration des projets de loi est à cet égard tout à fait éclairante. Après avoir recommandé d'éviter les déclarations d'objectifs au motif inexact qu'elles contiendraient des dispositions sans contenu normatif, le Premier Ministre montre sa préoccupation réelle en disant qu'elles peuvent créer des difficultés juridiques. Il ajoute : "La question de savoir si de telles déclarations sont bien respectées risque donc d'alimenter un contentieux inutile". S'attarder aux objectifs déclarés, c'est oublier que la loi s'insère dans un processus politique et que les acteurs de celui-ci ne sont guère enclins à fabriquer les verges qui serviront à les fouetter. On ne peut dès lors pas faire l'économie de la recherche des objectifs réels qui se découvrent par une analyse patiente des intérêts qui se sont manifestés dans le cadre

de la genèse de la loi et une étude des moyens mis au service des finalités déclarées ; ceux-ci sont les meilleurs révélateurs des objectifs réels. Souvent, c'est même l'étude méticuleuse de la mise en oeuvre d'une législation qui révèle les objectifs réels poursuivis (Delley/Mader 1981 : 390 ss.). En bref, disons que l'étude du discours législatif doit être confronté à la détermination des finalités réelles poursuivies, tant il est vrai qu'à l'instar des acteurs grecs, le législateur entre en scène masqué.

2) La concentration de l'observation sur les buts déclarés méconnaît le fait qu'il se forme dans les lois des chaînes d'objectifs hiérarchisés allant de l'abstrait au concret. La distinction entre les moyens et les buts n'est que de pure convenance. Tout objectif qui n'est pas suprême dans la chaîne est le moyen de parvenir à un but plus général. Tout moyen constitue un objectif plus concret que la fin qu'il sert à atteindre. Or, il apparaît que les objectifs les plus importants pour l'analyse ne sont pas ceux qui par leur abstraction réussissent à mettre tout le monde d'accord, mais ceux qui, par leur caractère concret, affectent des intérêts particuliers ou sectoriels. Il n'est pas très utile de savoir qu'une loi vise à protéger l'environnement. En revanche, il est capital d'exprimer qu'à un niveau plus concret, elle tend à abaisser de 40 % les émissions d'un produit nocif. En limitant une étude à un objet qui en vertu de critères linguistiques apparaît comme un objectif et en négligeant les objectifs implicites dévoilés par les moyens utilisés, on risque tout bonnement de prendre la proie pour l'ombre.

3) Si les grandes déclarations de buts placés en tête des lois ne peuvent pas être isolées des buts précis et concrets qui constituent les moyens de les réaliser, ils ne peuvent non plus pas être séparés d'autres buts qui ont trouvé une expression dans le cadre de la genèse de la législation et dont les traces se retrouvent soit dans le préambule, soit dans les travaux préparatoires. Par ailleurs, les buts déclarés doivent pouvoir être articulés par rapport aux buts plus généraux figurant dans la constitution, soit qu'ils les concrétisent, soit qu'ils entrent en conflit avec eux. Il apparaît enfin que les politiques publiques modernes ne s'expriment pas seulement par des lois, mais dans une panoplie d'actes juridiques et non juridiques reliés entre eux et formant dans leur ensemble une stratégie complexe comportant une combinaison de fins et de moyens. Une loi particulière peut n'être qu'un élément partiel s'inscrivant dans un ensemble plus vaste, qu'il s'agisse d'une conception globale, d'un plan, d'une

déclaration d'intention, des conclusions d'un sommet européen ou d'une loi d'orientation.

4) La concentration de l'observation sur les objectifs déclarés est beaucoup trop statique et part d'une représentation fautive du processus législatif comme s'arrêtant au moment de l'adoption du texte légal. Or, c'est le propre des législations finalisées, travaillant avec des notions indéterminées et l'octroi d'un large pouvoir d'appréciation à l'administration, de n'être que le point de départ d'un processus de concrétisation progressive des objectifs. Cela s'explique par le fait que la mise en oeuvre d'une législation finalisée fait peu appel à la déduction à partir de règles générales, qui est le modèle des civilistes, mais pour l'essentiel à un processus de création du droit opéré par l'administration dans un cadre déterminé. Ce processus, qui permet à l'administration d'adapter les finalités législatives à un environnement en perpétuelle évolution par des opérations d'essais et d'erreurs, donne à ces finalités une mobilité temporelle. Le processus de création du droit représente ainsi une série de boîtes noires hiérarchisées (Moor 1987 : 59 ss.). Dans les législations finalisées, la boîte qui est au bout de chaîne est souvent vaste et elle peut réserver de grandes surprises. En photographiant les objectifs déclarés, on risque ainsi de perdre le fil des séquences téléologiques et ne rien comprendre à l'histoire que raconte la loi.

5) Pour commune qu'elle soit, ainsi qu'en témoigne la circulaire précitée, l'opposition, qui sous-tend la recherche, entre les règles juridiques et les objectifs qui ne ressortiraient pas au droit, n'est pas justifiée. Bien que distinctes des règles, les objectifs ne sont pas indicatifs, mais normatifs. Le propre de toute norme, qu'il s'agisse d'un objectif, d'un principe ou d'une règle, est de fixer des directions vers lesquelles les destinataires doivent se diriger (Amselek 1988 : 114). L'hétérotéléologie fait partie intégrante du phénomène normatif.

6) Il ne suffit pas d'inventorier les secteurs du droit qui contiendraient des objectifs explicites pour les opposer à ceux qui en seraient dépourvus. Il faut s'interroger sur les raisons profondes qui ont conduit à l'adoption de ce type de technique juridique. Or, l'apparition de celle-ci est liée aux transformations de l'Etat providence. Pour organiser la famille, fixer un cadre aux échanges, réprimer les actes antisociaux, il était possible de travailler avec des normes conditionnelles prévoyant de manière abstraite les conditions permettant de juger les cas d'espèce. Il n'était pas nécessaire d'énoncer des objectifs généraux (conception de la famille, autonomie de la volonté et protection des faibles,

répression du crime), car ils se déduisaient implicitement des normes établies. Lorsque l'Etat s'est mis en tête d'agir sur d'autres systèmes comme l'économie, le système scolaire, la recherche, la nature, le sol, afin de produire des résultats dans un environnement en perpétuelle transformation, il a dû inventer une nouvelle technique.

Dans l'Etat libéral, le droit est formé de normes conditionnelles conçues pour modeler une infinité de comportements semblables. En établissant des codes fixant un cadre aux échanges et réprimant les actes antisociaux, l'Etat libéral produit un ordre (ou un désordre) spontané, un *kosmos* au sens que Hayek (1973) attribue à ce terme. L'Etat providence qui intervient de manière ponctuelle pour lutter contre les maux et les externalités provoquées par le marché a recours à une technique juridique très différente qui rappelle le plan de bataille (*taxis*) et qui combine la fixation d'objectifs et de moyens propres à les atteindre. Dans un programme finalisé, les déclarations d'objectifs guident l'administration dans son action ; elles fixent un cadre à son droit nouveau ; elles servent de point de référence à l'évaluation des résultats produits. On ne peut pas se borner à constater la présence ou l'absence de tels objectifs. C'est une technique juridique nouvelle et fort problématique qu'il faut analyser. Les études de mise en oeuvre et l'analyse systémique ont contribué à une meilleure compréhension de cette technique originale.

B - L'approche par la mise en oeuvre

Les objectifs jouent un rôle capital dans les études de mise en oeuvre des législations et des politiques publiques. L'évaluation de l'efficacité consiste en effet à comparer le résultat atteint aux résultats voulus (Mader 1985 : 77). Très vite, on s'est pourtant rendu compte que ce type d'évaluation ne conduisait pas très loin, parce que les objectifs sont problématiques et changeants. Les réflexions faites dans le cadre de ces recherches sont intéressantes parce qu'elles révèlent la complexité d'une notion qui au premier abord paraît simple.

1) La réflexion sur l'efficacité des lois a montré que les objectifs ne sont pas obligatoires de la même manière que les directions, les caps que les règles juridiques tracent à la conduite des hommes (voir à ce sujet Amselek 1988 : 114 ss.). Les objectifs constituent des buts vers lesquels on doit tendre, mais que l'on n'atteindra pas nécessairement. Objectifs et règles sont du ressort du devoir être, mais pas de la même façon. C'est ce que les juristes et le grand public, habitués à voir dans le droit un

modèle qui doit se réaliser obligatoirement, ont de la peine à comprendre. Cela s'explique par le fait que la réalisation des objectifs dépend d'une multitude de facteurs que les autorités d'application ne maîtrisent pas tous ou pas complètement. Rares sont les cas où les instruments sont agencés de manière à être parfaitement aptes à atteindre un but déterminé. Et même s'ils l'étaient, les autorités d'application ne doivent pas être tenues pour responsables de la résistance que leurs prescriptions rencontrent auprès des hommes. Un programme finalisé fait fréquemment appel à des invitations dont la réussite dépend largement de l'adhésion des destinataires. Toutes sortes de facteurs imprévus tenant à l'évolution du phénomène sur lequel le législateur se propose d'agir peuvent compromettre la réalisation de l'objectif. Les modes de contrôle ne sont généralement pas assez sophistiqués pour s'assurer que les instances inférieures d'application agissent dans les sens indiqués. En dehors des cas où une autorité soumise à une instance supérieure de surveillance montre une mauvaise volonté crasse, la réalisation des objectifs n'est pas assurée par des mécanismes juridiques de contrôle, mais par des procédés politiques d'évaluation dont l'efficacité est très variable selon les époques et les systèmes politiques.

2) Les objectifs d'une législation sont souvent si divers et contradictoires que l'évaluation de leur réussite est extrêmement problématique. Si l'on dépasse les objectifs consensuels du discours législatif, on constate que les législations interventionnistes tiennent compte d'intérêts extrêmement divers. Dans une recherche que nous avons faite sur une loi soumettant l'acquisition d'immeubles par les étrangers à une autorisation dont l'octroi était conditionné par l'existence d'un intérêt légitime, nous avons constaté que le recours à une notion aussi indéterminée avait pour fonction et pour effet de ménager la poursuite d'objectifs secondaires variés répondant à plusieurs préoccupations de la Confédération, de divers cantons et de groupes d'intérêt (Delley et al. 1981 : 394, 395). Certains de ces objectifs avaient pour effet de stimuler l'offre et contrecarraient la réalisation de l'objectif déclaré.

3) Certaines législations qui paraissent poursuivre des objectifs substantiels exercent une fonction essentiellement symbolique. Certaines lois n'ont d'autre objet que de montrer à l'opinion publique que le gouvernement n'est pas insensible à un problème, qu'il fait quelque chose. On aurait tort de déprécier les législations de caractère symbolique. Elles peuvent contribuer à apaiser un conflit ou à créer un climat de confiance (Linder 1987 : 191). Elles peuvent servir de point de départ à un

processus d'apprentissage et permettre d'expérimenter certaines solutions (Delley/Mader 1981 : 392). Grâce à elles, l'autorité peut préparer une documentation, renforcer la connaissance d'un problème. Une législation symbolique est ainsi parfois le passage obligé vers l'adoption d'une législation poursuivant des objectifs substantiels. Une législation peut viser des objectifs substantiels et symboliques. Il peut y avoir entre eux une interaction dynamique. L'action axée sur les représentations peut être une condition de la réussite d'objectifs substantiels (Mader 1985 : 81). Un type d'objectif peut être atteint, pas l'autre. L'évaluation de la réussite d'objectifs symboliques ou mixtes est particulièrement délicate.

4) Le problème se complique encore lorsque l'on sait que les objectifs évoluent dans le temps, soit que les objectifs occultés par le texte légal ressurgissent dans la confrontation des intérêts au niveau local, soit que les accents se déplacent en fonction de la conjoncture, soit qu'une mutation d'objectifs se produise, les instruments de la loi se révélant aptes à poursuivre un nouvel objectif qui supplante l'objectif originaire (voir l'exemple d'une loi anglaise dans Mader 1985 : 81). Le recours à des objectifs vagues favorise "une définition expansive du problème en jeu" (Delley/Mader 1981 : 393). Il permet aux groupes d'intérêts "de projeter leurs propres objectifs et d'assurer ainsi à cette législation un soutien politique suffisamment large" (Ibid.). Mais il peut aussi être à l'origine d'une déviation voire d'une dérive par rapport aux objectifs initiaux (Linder 1987 : 189).

Le caractère complexe et évolutif des objectifs a pour conséquence que les études d'évaluation se sont progressivement centrées sur l'étendue de l'impact, en laissant un peu de côté l'analyse de l'efficacité.

C - L'approche systémique ou comment diriger les hommes par les lois

Une autre manière d'appréhender les objectifs de la loi est de s'interroger sur l'aptitude d'une loi ou d'un ensemble normatif exprimant une politique publique (loi, plan) à réaliser des buts cherchant à influencer un autre système (famille, économie, système de santé, système scolaire, système écologique, etc.). Cette approche théorique est à la fois descriptive et prescriptive. Elle tente de décrire les interactions qu'entretient le système juridique avec les systèmes sociaux qu'il cherche à influencer, puis, en partant du constat d'échec des tentatives du système juridique d'agir directement sur ceux-ci, elle propose d'autres modes d'action. La théorie des systèmes est à ce jour l'essai le plus sophistiqué d'établir une théorie de la gouvernamentalité, du

guidage par le droit. Même si les recherches se sont à ce jour développées à peu près exclusivement en Allemagne dans le sillage de Luhmann, elles ne peuvent pas être ignorées par les juristes francophones qui se sont mis dans la tête de s'interroger sur les buts de la loi.

1) Programmes conditionnels, programmes finalisés

Luhmann a été le premier à discerner un changement radical des techniques dues aux préoccupations de l'Etat providence : alors que la technique juridique issue des Lumières et de la Révolution française s'exprimait dans une structure conditionnelle permettant au juge de trouver la solution d'un litige à partir d'une règle générale et abstraite, grâce au syllogisme juridique, les lois de l'Etat providence recourent à une autre technique. Celle-ci consiste à trouver des finalités et à mettre en place une panoplie d'instruments juridiques ou non juridiques considérés comme aptes à provoquer des changements dans les systèmes sociaux dans lesquels on se propose d'intervenir (Luhmann 1983 : 88, 232, 234). Ce passage d'une nomocratie à une téléocratie, selon la distinction de Bertrand de Jouvenel, fait l'objet d'une analyse en profondeur grâce au recours à la théorie des systèmes.

L'opposition entre programmes finalisés et programmes conditionnels doit être précisée et relativisée. Le recours au terme programme n'est pas très satisfaisant. Il vaudrait mieux opposer des législations composées de normes structurées de manière conditionnelle à des législations programmatiques et finalisées en ce sens qu'elles sont composées essentiellement d'instruments mis au service de finalités de transformation sociale. Il s'agit en outre de types idéaux que l'on ne rencontre pas dans la réalité à l'état pur. Toute loi structurée conditionnellement contient des finalités.

Ces législations programmatiques ne peuvent guère se passer de normes structurées conditionnellement, même si parfois il ne s'agit que d'une apparence. En effet dans les législations programmatiques, les règles sont parfois tellement indéterminées, qu'elles laissent pratiquement un pouvoir discrétionnaire à l'autorité. Le conditionnement n'est souvent que la façade.

Toute loi poursuit certaines fins. Il est temps de tenter de préciser quelle est la spécificité des finalités globales que l'on rencontre dans les programmes dits finalisés.

1) La première caractéristique est structurelle. Dans un programme finalisé, les objectifs sont articulés avec un certain nombre de moyens. Pour opérer des transformations sur un autre système, une législation doit, pour être compréhensible, indiquer

au moins le sens des modifications et les instruments qui devraient être utilisés pour y parvenir. Les objectifs sont ainsi un point de référence nécessaire du processus d'évaluation qui est impliqué par le recours à cette technique. Ils sont conçus de manière très différente des finalités vagues qui sous-tendent les législations classiques formées de normes conditionnelles. Les finalités vagues indiquent la philosophie du texte légal, la *ratio legis*. Elles peuvent être très importantes pour l'interprétation des règles de détail. Elles ne visent en revanche nullement à servir de point de référence en vue d'évaluer les résultats produits par les normes. Les objectifs d'un programme finalisé ont vocation à être opérationnels, ce qui n'est nullement le cas pour les finalités des législations classiques. Le droit des contrats vise notamment à optimiser la liberté contractuelle. Mais le droit n'est pas conçu de telle sorte que l'on puisse évaluer le degré d'autonomie atteint dans la réalité. Le droit pénal vise à lutter contre des actes antisociaux, mais il ne peut servir de point de départ à une évaluation de la réalisation de cette finalité. La différence est tout à fait sensible, si on compare à une politique criminelle, qui implique la mise en place d'un appareil de moyens préventifs et répressifs propres à lutter contre des comportements indésirables.

2) La deuxième caractéristique est que les objectifs d'un programme finalisé sont prévus pour être réalisés progressivement dans le temps. Ils impliquent le franchissement d'étapes permettant de s'approcher progressivement de leur réalisation. Ils supposent aussi que les moyens s'adaptent progressivement à un environnement changeant. Ils supposent enfin que les objectifs soient modifiés, s'ils s'avèrent irréalisables ou si les circonstances se sont modifiées. Tous ces éléments expliquent la mutabilité et l'absence de prévisibilité que ces programmes comportent pour les individus, trait qui a tellement frappé les juristes habitués à la stabilité des législations classiques.

3) La troisième caractéristique, qui se déduit de la précédente, est que les objectifs ne sont pas fixés une fois pour toute dans la loi. Ils ont d'une part vocation à se concrétiser progressivement dans le cadre de la législation d'exécution, puis dans celui de l'application. A l'origine, les lois interventionnistes ont des objectifs aussi vagues que les législations classiques (Voir Noll 1973 : 253). Mais sauf le cas où elles ont une fonction purement symboliques, ces lois ont vocation à présenter des objectifs toujours plus concrets et détaillés. Au bout du compte, un programme finalisé doit normalement pouvoir être quantifié, ce qui est inconcevable pour une législation cadre qui n'a pas

pour prétention de modifier la réalité dans un certain laps de temps.

4) La quatrième caractéristique des objectifs des politiques publiques est que ceux-ci ne doivent pas être réalisés absolument. L'idéal est bien sûr que le centre de la cible soit atteint, mais on ne contera de résultats moins brillants, pourvu qu'ils s'approchent de l'objectif. Intervenant sur un système étranger dont il ne maîtrise pas les réactions, le droit procède par tâtonnement, utilise un processus de *trial and errors*, en agissant sur un environnement en perpétuelle transformation. (Morand 1988 a : 538). Cette conception très approximative de la violation des objectifs déconcerte le juriste habitué à travailler avec la structure conditionnelle, et dont la principale vertu est d'assurer la prévisibilité et la sécurité du droit.

2) La difficulté de réaliser des programmes finalisés

Deux types de critiques ont été formulées à l'endroit de ces programmes. On leur reproche de ne pas réaliser la prévisibilité, la sécurité du droit. On peut répondre qu'il s'agit du prix à payer pour l'accroissement de la sécurité dans les rapports sociaux (Morand 1988 a : 544, 545). Plus graves sont les critiques qui peuvent être faites au plan de l'efficacité. On reproche à ces programmes de produire des effets pervers, d'empirer les problèmes plutôt que de les résoudre, de produire de vastes pertes de temps et d'argent (Willke 1987 : 30). Même si ces critiques sont trop sévères et si l'on a montré que nombre de programmes finalisés ont été des succès (Nahamowitz 1988 : 36 ss.), la critique n'est pas dénuée de fondement. Depuis les études de pionnier de Bourdieu et Passeron sur la démocratisation des études (voir aussi Boudon 1977 ; Forrester 1972 ; Crozier/Friedberg 1977 : 14), on sait que certains programmes produisent des effets pervers et qu'il leur arrive d'aggraver les problèmes qu'ils sont sensés résoudre.

3) L'explication par la théorie des systèmes

Pour expliquer ces échecs, on prétend qu'avec la division du travail, les sous-systèmes sociaux sont devenus toujours plus complexes et refermés sur eux-mêmes, c'est-à-dire auto-référentiels (voir Luhmann 1984, 1986, 1988 ; Willke 1986 a, 1986 b, 1987). Dans des sociétés complexes, différenciées et polycentriques, l'Etat et le droit ne peuvent pas constituer une autorité centrale, capable de contrôler la société toute entière (Willke 1986 a : 426 ss.). L'Etat n'a aucun moyen de pénétrer la complexité propre des sous-systèmes qu'il cherche à diriger

(Ibid.). Il se trouve en face de boîtes noires opaques (Willke 1987 : 23). Les sous-systèmes sociaux que le droit cherche à guider sont largement insensibles aux interventions directes ; ils n'ont que très peu de points d'entrée permettant à une intervention de pénétrer ; celle-ci peut produire à court terme des effets favorables, mais elle risque de créer à long terme des effets contre-productifs (Willke 1987 : 26, 27 ; Forester 1972 : 200 ss.).

4) L'alternative. Des programmes relationnels

Les partisans de l'autopoïèse pensent que les programmes finalisés devraient être remplacés par des programmes relationnels, laissant une très large autonomie aux sous-systèmes que l'on cherche à influencer. Cette prescription ne revient pas à se rallier purement et simplement au modèle néo-libéral. L'Etat doit continuer à fixer des directives, mais la fixation de buts ne doit pas être autoritaire. Elle doit résulter d'une négociation avec les groupes intéressés (Willke 1986 b : 290). Il s'agit de renoncer largement, lorsque la complexité est trop grande, à une législation matérielle pour lui substituer une législation mettant en place des procédures favorisant la rencontre des intérêts (Willke 1986 b : 290 ; Teubner 1986 : 319 ss.). Il s'agit tant au niveau de la formation d'objectifs indicatifs que de la mise en oeuvre d'établir des relations entre les acteurs sociaux corporatifs, d'accroître leurs informations réciproques, leur faculté de s'autolimiter dans le cadre d'une procédure consensuelle. Les exemples de législations qui répondraient au modèle proposé sont celles qui réglementent les conventions collectives de travail ou les dispositions qui, en Allemagne, portent sur l'action concertée en matière économique (Teubner 1986 : 319 ss. ; Willke 1986 b : 294 ss.).

Si le modèle relationnel est séduisant, il n'est pas à l'abri de toute critique. On ne voit pas comment il serait possible de corriger les graves défauts qu'entraîne le développement anarchique de sous-systèmes sociaux (externalités, inégalités) sans fixer autoritairement des buts et sans adopter des règles substantielles. Il y a de l'angélisme à faire pareillement confiance aux acteurs qui travaillent avec une toute autre rationalité et rien ne garanti qu'ils soient prêts à s'autolimiter. On a fait remarquer que les négociations à l'abri de la loi, qui sont une manifestation de structures relationnelles, supposait une législation matérielle fixant autoritairement des buts (Nahamowitz 1988 : 46 ss.).

On pourrait en dire autant de l'autodétermination, tant il est vrai que c'est sous la menace d'une législation autoritaire que les groupes acceptent de se limiter. Le reproche principal que l'on peut faire à cette approche est d'avoir été beaucoup trop formelle, lorsqu'elle a apprécié le résultat des programmes

finalisés et de n'avoir pas vu que ceux-ci ont par nature une très grande souplesse. Comme on l'a vu, les objectifs ne sont pas rigides, mais sont mobiles. L'adoption de la loi fait l'objet de vastes consultations, la mise en oeuvre d'amples négociations. Malgré leurs apparences autoritaires la plupart des programmes finalisés sont en réalité des programmes relationnels.

II - L'APPROCHE NORMATIVE

Au vu de leur nature juridique particulière, les objectifs exercent deux fonctions principales. Ils peuvent servir de point de référence au contrôle juridictionnel de l'activité étatique. Ils peuvent aussi jouer un rôle dans le cadre de l'interprétation des règles précises qui ont été réunies pour les réaliser. Dans une autre perspective, on peut étudier les règles de méthode législative concernant l'établissement et la formulation des objectifs. Il s'agit de méta-règles, qui ont au départ le statut de simples règles d'expérience, mais peuvent être reprises par le droit.

A - L'approche par le contrôle juridictionnel

Les objectifs sont pris en compte dans le cadre du fonctionnement de diverses normes constitutionnelles ou légales sur lesquelles repose le contrôle de l'activité des pouvoirs publics. Cela est si vrai que, comme nous l'avons vu, le législateur craint parfois de les exprimer et tente de les camoufler. Sans faire une étude exhaustive de droit comparé, on peut dire que les objectifs jouent un rôle dans le cadre de grands principes qui se retrouvent dans la plupart des systèmes juridiques. Certains principes portent sur l'exigence même d'objectifs, d'autres sur le rang auquel ils doivent figurer ; d'autres encore sur les rapports qu'ils doivent entretenir avec les moyens qui servent à les réaliser. Les objectifs peuvent enfin jouer un rôle dans le cadre du fonctionnement d'autres règles.

Toute législation doit avoir un ou plusieurs objectifs. Cela paraît évident. Mais, le processus législatif est tel qu'on ne peut pas exclure qu'une loi soit parfaitement déraisonnable, parce qu'il est impossible de discerner les objectifs qui la sous-tendent. En droit suisse une législation de ce genre est considérée comme arbitraire et dès lors inconstitutionnelle. Une loi est arbitraire, dit la jurisprudence, si elle n'a "ni sens, ni but" (voir Morand 1988 b : 395). L'interdiction de l'arbitraire qui se confond avec un haut degré d'irrationalité est le minimum qu'un Etat non totalitaire se doit de garantir. Elle se retrouve ainsi dans tous les systèmes juridiques qui exercent un contrôle de l'activité du législateur.

Les règles sur la délégation législative, qui résultent de l'exigence de base légale formelle pour toute action de l'Etat, garantissent que les buts de la législation déléguée soient déterminés dans la loi. L'article 80 al. 1 de la *Grundgesetz* exprime un principe qui, sous réserve de variations de détails, est le droit commun des pays occidentaux. La loi doit fixer le but, l'objet et l'étendue des pouvoirs délégués. Le législateur ne saurait évidemment se contenter de se référer aux objectifs globaux de la loi pour définir le but des pouvoirs délégués. Les objectifs essentiels d'une législation interventionniste doivent figurer dans une loi formelle et non dans un règlement d'exécution ou dans un règlement pris en vertu d'une délégation législative. Le règlement peut pourtant préciser les objectifs généraux. En exigeant que la loi fixe les objectifs essentiels de la législation, on se heurte pourtant à une difficulté. Les études de mise en oeuvre montrent que les objectifs essentiels ne sont pas les finalités vagues et incontestables que l'on voit figurer en tête des lois, mais les objectifs opérationnels, précis et conflictuels que l'on trouve dans les règlements, voire dans la pratique de l'administration. Cette difficulté à fixer dans la loi les objectifs essentiels provient d'une contradiction fondamentale et en partie insurmontable entre les prescriptions juridiques postulant une construction hiérarchique du droit et la logique de l'interventionnisme étatique (Morand 1989 : 150 ss.).

Le principe de proportionnalité, que l'on trouve aussi bien en droit administratif qu'en droit constitutionnel, exige qu'un certain rapport existe entre les objectifs d'une législation et les moyens prévus pour y parvenir. Selon la règle d'aptitude (*Geeignetheit*), les moyens choisis pour une loi doivent être aptes à atteindre les buts visés. La règle inclut l'interdiction du détournement de pouvoir qui ne s'applique pas qu'à l'administration, mais aussi au législateur. Il lui est en tout cas interdit de choisir des moyens détournés servant à des fins interdites par la Constitution. Ainsi en Suisse, l'exigence d'un diplôme professionnel, justifiée si elle vise des fins de police, est inconstitutionnelle, si elle constitue un moyen détourné pour servir des fins de politique économique prohibées par la constitution (voir Moor 1988 : 352). Selon le principe de nécessité (*Erforderlichkeit*), les moyens utilisés doivent être ceux qui portent l'atteinte la moins grave aux intérêts privés. Les objectifs de la législation jouent évidemment un rôle central dans le respect des exigences tirées de la proportionnalité. C'est pourquoi on peut soutenir qu'il y a une exigence constitutionnelle ou légale à ce que le législateur énonce avec un certain degré de précision les objectifs poursuivis, de façon à ce que le contrôle d'une Cour constitutionnelle ou d'un Tribunal administratif puisse s'exercer sur le respect de ce

principe fondamental. Il s'agit de l'une des règles de méthode législative incorporée dans le droit en tant que condition indispensable d'un contrôle juridictionnel (voir Morand 1988 b : 395 ss.).

Les buts généraux d'une Constitution ou d'un traité constitutif peuvent être pris en considération pour délimiter les compétences entre les organes centraux et les organes des Etats membres d'une Confédération ou d'un Etat fédéral. Ainsi, en droit communautaire, les buts de la Communauté énoncés dans les premiers articles des traités constitutifs forment la limite extrême de la compétence communautaire. Il peut en aller de même dans un Etat fédéral. La répartition précise des compétences peut se faire en fonction du but d'une réglementation et les objectifs globaux contribuent à déterminer ce but. En Suisse, un des critères de répartition des compétences se fonde sur la distinction entre le droit public et le droit privé. Or, le but de la réglementation est un des critères essentiels permettant d'opérer la qualification.

On voit ainsi que les buts d'une législation, déterminés en partie par les objectifs qu'elle trace, sont les points de référence essentiels du contrôle juridictionnel de l'activité étatique. Pour reprendre la formule de Jhering, il est à peine exagéré de dire que le contrôle n'existe "que par le but et en vue du but" (Jhering 1901 : 231).

B - L'approche par l'interprétation

Une législation finalisée se caractérise par l'articulation de buts et de moyens. L'administration dispose en général d'un très grand pouvoir d'appréciation en ce qui concerne la mise en oeuvre des moyens. Les techniques qui contribuent à asseoir ce large pouvoir sont l'utilisation de normes indéterminées, la délégation de pouvoir à l'administration (délégation administrative). Une variante de cette dernière forme est la mise en place d'institutions laissant à des autorités administratives et en particulier à des autorités indépendantes, un pouvoir de décision très vaste. La technique du bilan servant à déterminer le caractère plus ou moins nocif d'un cartel, la technique de l'étude d'impact en matière de protection de l'environnement, les plans d'assainissement et les plans de mesures que les cantons doivent prendre lorsque les valeurs limites d'immissions sont dépassés (ordonnance sur la protection de l'air en Suisse), sont des institutions complexes qui ne peuvent être normées d'avance que partiellement. Dans un processus qui implique, après l'adoption de la loi et des règlements, la constitution d'un deuxième niveau de création du droit, une boîte noire de second degré, les objectifs

explicites et implicites sont à peu près les seuls guides permettant à l'autorité administrative d'interpréter sa compétence. A cet égard, il faut pourtant tenir compte des connaissances acquises dans le cadre des études de mise en oeuvre. Dans un processus interactif et systémique, la concrétisation des objectifs n'est pas linéaire. Bien que ce modèle descendant soit prescrit par le droit, il se heurte à un modèle de sens inverse lié à la logique de l'action finalisée et au besoin d'établir des objectifs opérationnels à partir des expériences faites à la périphérie (Morand 1989 : 251). Les finalités initiales dans le double-sens étymologique de buts et de limites ne sont que obligatoires *prima facie*, sous réserve de celles qui pourront être établies dans le cadre de la mise en oeuvre, lorsque le phénomène sur lequel on se propose d'intervenir sera mieux connu. C'est une transformation radicale des techniques juridiques qui nécessite des aménagements originaux et non un simple retour à des principes établis dans un tout autre contexte (voir Morand 1989 : 153 ss. ; Moor 1987 : 57 ss.).

On voit que la problématique de l'interprétation se présente d'une manière très particulière dans le cadre des législations finalisées et que l'on ne peut transposer sans autre la méthode valable en droit civil ou en droit pénal. La loi doit guider l'administration dans l'interprétation de sa compétence, mais l'administration dispose d'un vaste pouvoir de création de solutions et de règles nouvelles. Dans ce cadre, elle est amenée à fixer de nouveaux objectifs plus concrets que ceux qui figurent dans la loi. Pour combler le déficit de rationalité qui tient au fait que l'administration ne peut pas déduire les choix qu'elle fait de règles générales et abstraites, on voit se développer des règles méthodiques qui se révèlent encore plus nécessaires que les règles de méthode législative. En matière budgétaire, la rationalisation des choix budgétaires met en place un processus itératif tout à fait semblable à celui qu'on connaît en matière législative (voir Weber 1988 : 251 ss.). Il en va de même des études d'impact effectuées à l'occasion de grands travaux publics ou privés (voir Moor 1987 : 75 ss.). Des méthodes de ce type pourraient être appliquées pour d'autres décisions importantes.

Dans la mesure où les programmes finalisés contiennent des règles conditionnelles et précises, on retrouve les questions classiques relatives au choix des méthodes d'interprétation. La particularité est que les législations finalisées contiennent normalement des objectifs explicites. On sait la méfiance qui existe à l'égard de l'interprétation subjective, historique tirée du recours aux travaux préparatoires. Cette méfiance est justifiée en raison de la difficulté de reconstituer après coup une volonté unique à partir de déclarations divergentes représentant des intérêts ou des valeurs contradictoires. La méfiance est accrue,

lorsque l'on sait que des phases essentielles de la préparation des lois sont secrètes et inaccessibles au juge historien. Mais cette méfiance ne vaut pas pour les objectifs explicites qui sont la volonté du législateur codifiée et attestée. La volonté historique du législateur se trouve dans le texte lui-même de la loi. Mais il ne faut pas se faire trop d'illusions. Les objectifs déclarés s'expriment souvent, comme nous l'avons vu, de manière si abstraite qu'ils cachent les objectifs réels qui doivent eux être établis par le recours aux méthodes traditionnelles d'interprétation. A cet égard, le recours à la méthode téléologique contemporaine est problématique. Comme on l'a dit très justement, déterminer les buts d'une disposition en tenant compte de l'état des rapports sociaux est impossible sans une recherche sociologique (Rehbinder 1977 : 27).

Or, au vu des contraintes de temps et de l'absence de personnel qualifié aptes à entreprendre une recherche de ce genre, le juge est incapable de procéder à une interprétation téléologique contemporaine et risque de substituer à une recherche solide son expérience de la vie ou, ce qui revient souvent au même, ses préjugés. Deux facteurs peuvent atténuer ces difficultés en cas de programmes finalisés. L'administration s'interpose entre le législateur et le juge du contrôle. Le juge peut donc exiger que l'administration fournisse les données sociologiques propres à effectuer une interprétation téléologique contemporaine, du moins quand la contrainte du temps sur l'administration n'est pas elle-même trop forte. Deuxièmement, les études de mise en oeuvre de la législation peuvent être utilisées par le juge comme élément d'une recherche téléologique contemporaine.

C - L'approche par la méthode législative

La fixation des objectifs est l'une des phases analytiques essentielles du processus législatif. La méthode législative, qui vise à établir des règles permettant de rationaliser la confection de la législation (voir Mader 1988 : 16 ; Morand 1988 b : 392) a établi quelques règles relatives à la formulation des objectifs dans une législation finalisée. Formée de règles d'expérience enrichies par l'observation scientifique du fonctionnement des lois, la méthode législative est encore embryonnaire et n'a pas atteint de degré de sophistication que connaît la dogmatique juridique. Elle a pourtant acquis un degré suffisant de maturité pour inspirer dans quelques pays la confection de directives précises de méthode législative. Plus important encore, son développement a permis à certaines juridictions d'exiger le respect de règles minimales de méthode en tant que condition de réalisation des

grands principes permettant de contrôler l'activité étatique, comme le principe d'égalité ou de proportionnalité (Morand 1988 b : 394 ss.). Nul doute que devant la difficulté que présente pour le juge le contrôle des rapports entre la fin et les moyens, qui sous-tend les législations finalisées, les règles de méthode législative serviront à optimiser le contrôle exercé par les juridictions constitutionnelles et administratives.

Le projet de la méthode législative ne consiste pas à demander, comme on le croit trop souvent, à la science de produire les buts de la société, ce qui serait un scientisme naïf et dangereux (voir à ce sujet Perrin 1988 : 21 ss.). Il s'agit d'établir des règles de méthode en quelque sorte procédurales permettant d'opérer un contrôle de la rationalité des choix législatifs.

La formulation des objectifs n'est qu'une étape dans un processus itératif comportant une série de phases (voir à ce sujet Mader 1988 : 78 ss.). Elle implique au préalable une analyse minutieuse du problème posé. Si cette analyse est bien faite, certains des objectifs initiaux que les pouvoirs politiques croyaient intuitivement devoir poursuivre seront abandonnés. D'autres objectifs apparaîtront, certains se présentant alors comme de véritables contraintes (voir Delley/Mader 1981 : 391). Le choix des objectifs ne peut pas être fait indépendamment d'une analyse de faisabilité des moyens envisagés pour les atteindre. Les objectifs qui ne pourraient être réalisés qu'avec des coûts exagérés ou avec des moyens en contradiction avec les valeurs fondamentales d'un pays devront être abandonnés. Les objectifs sont les points de référence de l'évaluation législative. Ils devront être établis de manière assez précise et opérationnelle pour que l'évaluation puisse se faire dans les meilleures conditions.

A partir de ces quelques réflexions, on peut proposer quelques règles sur la formulation des objectifs qui ne prétendent pas à l'exhaustivité :

1) Les objectifs doivent figurer dans la loi elle-même. Ils ne doivent pas rester implicites ou figurer dans des textes difficiles d'accès. C'est une règle minimale tirée des exigences relatives à l'efficacité de la communication législative.

2) Les objectifs doivent former une chaîne allant des objectifs les plus généraux aux objectifs particuliers. Cependant, les objectifs les plus généraux, comme ceux qui portent sur la réalisation de la prospérité, de la justice sociale, ne doivent pas être exprimés dans le texte de loi, car il l'alourdirait inutilement. Tous les objectifs ne doivent pas figurer dans la loi formelle. Certains pourront être concrétisés au niveau des règlements ou dans la pratique de l'administration.

3) Les objectifs doivent être concrétisés de manière à ce qu'ils soient opérationnels et susceptibles d'évaluation. On passera ainsi insensiblement des objectifs aux moyens. A chaque étape de la chaîne, l'objectif inférieur est le moyen de réaliser l'objectif supérieur.

4) Dans le cadre de la préparation de la législation, on établira une série de chaînes de buts et de moyens en appréciant les avantages et les désavantages de chaque solution choisie (voir à ce sujet Wroblewski 1979 : 191 ss.). Pas seulement les coûts financiers, mais aussi les désavantages non quantifiables liés aux perturbations qu'une réglementation peut provoquer sur le système sur lequel on tente d'intervenir ou aux difficultés du contrôle. La règle exigeant la mise en place d'un mécanisme de pesée des avantages et des inconvénients, loin d'être une atteinte à la démocratie, est une condition même de son exercice (voir à ce sujet Perrin 1988 : 30). Il est certain en tous cas que ce n'est pas dans le brouillard du social que la démocratie s'exerce le mieux.

5) On ne peut pas établir des objectifs sans prendre en considération les moyens de les réaliser. Avant d'arrêter définitivement les objectifs, il faut faire une étude exhaustive de la faisabilité et de l'adéquation des moyens. Cette étude qui fait partie des travaux préparatoires devrait être accessible, car elle peut faciliter grandement le contrôle juridictionnel du respect des exigences de la proportionnalité.

Le respect des règles de méthode législative se heurte à plusieurs obstacles. Il appartient au juge constitutionnel ou administratif de dire quelles sont les règles minimales qui doivent être respectées pour qu'il puisse exercer son contrôle. Au delà de ce seuil, il y a place pour beaucoup de souplesse. Les exigences de méthode législative ne doivent pas rendre impossible un consensus sur la base d'objectifs relativement vagues (voir à ce sujet Schultze/Fielitz 1988 : 307 ss.), dans la mesure où ceux-ci peuvent d'ailleurs être précisés dans une phase ultérieure. La nécessité de répondre rapidement à un problème de société peut justifier l'adoption d'une législation provisoire structurée autour d'objectifs vagues, pourvu qu'on ne considère pas cette situation comme définitive et que l'on essaye, à la suite d'évaluations successives de la loi et grâce à une meilleure connaissance du phénomène, d'établir des objectifs plus précis et plus opérationnels. La rationalité que l'on peut injecter dans le processus législatif n'est que relative. Comme le dit Goyard-Fabre (19... : 172) : "Le 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".

CONCLUSION

En multipliant les approches, nous avons voulu montrer que l'on ne peut plus aborder un phénomène juridique de manière unilatérale. Le droit ne se laisse connaître qu'en le regardant sur toutes ses faces, de l'extérieur et de l'intérieur, ainsi que dans les relations étroites qu'il entretient avec des normes logiques ou praxéologiques. Il est bien sûr difficile d'être exhaustif. Peut-être qu'une approche par la théorie des communications ou les théories institutionnelles, qui n'ont été qu'effleurées, aurait pu enrichir un phénomène qui s'inscrit dans un changement radical des techniques juridiques liées à l'interventionnisme étatique. L'étude a en tout cas montré la misère du normativisme. On a beau contempler les normes pendant des heures, on ne les comprend pas si on renonce à analyser leurs fonctions, leur mode de pénétration dans la réalité, les transformations qu'elles subissent au cours du temps, le type de rationalité qui les sous-tendent. Ce dernier point est capital si on veut comprendre le phénomène dans toute sa profondeur.

Les objectifs déclarés que l'on trouve dans la législation ressortissent au processus plus vaste de l'action finalisée, qui implique le recours à un type de rationalité très différente que celui qui est au coeur des législations traditionnelles. Celles-ci sont fondées sur une rationalité intrinsèque de la norme juridique (Chevalier : 1990). Cette rationalité est fondée tout d'abord sur l'autonomie de l'ordre juridique par rapport à d'autres ordres normatifs (Morand 1988 b : 395 ss.). Cette autonomie permet au droit de renoncer à un mode de légitimation transcendant et de trouver sa justification de manière immanente dans le mode démocratique de sa production. La rationalité héritée des Lumières se fonde en deuxième lieu sur la généralisation des attentes qui est le gage d'une application neutre, impartiale, uniforme et prévisible des normes. Elle comporte enfin une systématisation des ordres juridiques (Chevallier : 1990 ; Van de Kerchove/Ost 1988 : 53 ss.) qui se présentent comme des ensembles hiérarchiques et cohérents. Le mécanisme central auquel recourt ce type de rationalité est le contrôle juridictionnel de conformité de la production des actes privés et publics aux normes supérieures. La méthode qui est au coeur du raisonnement est la logique qui fournit le cadre qui permet de déduire de normes générales la solution de cas particuliers.

Les législations finalisées ressortissent de leur côté à une rationalité externe à la norme, une rationalité technico-économique ou managériale (Chevalier/Loschak : 1988 ; Chevallier : 1990). Elle implique l'articulation de fins et de moyens dans un espace temporel en vue de la production de

résultats. Le droit ne se mesure plus à sa conformité, à des normes supérieures, mais à son efficacité. Celle-ci implique la pénétration dans le droit de règles venues d'ailleurs, et dès lors une perte de son autonomie. Elle s'apprécie par rapport à des actions ciblées et des stratégies particulières qui se font au détriment de la généralisation des attentes et de la systématisation. Elle comporte enfin pour les normes la nécessité de s'adapter à des circonstances changeantes, ce qui signifie une perte de stabilité et de prévisibilité. Le mécanisme central du fonctionnement des législations finalisées est l'évaluation des résultats. La méthode est empruntée à la science économique et aux sciences sociales. Elle implique l'étude des rapports de causalité entre les normes et la réalité. L'opposition entre "une culture exclusivement centrée sur le contrôle et une culture d'évaluation" a été très justement soulignée dans le rapport de Patrick Viveret sur l'évaluation des politiques publiques (*Le Monde*, mardi 12 septembre 1989, 9).

C'est dans ce contexte d'une transformation fondamentale des techniques et des méthodes, que l'analyse des objectifs explicites et implicites prend tout son sens. On est encore loin d'avoir pris conscience de l'importance de cette transformation et des conséquences qu'elle implique pour le fonctionnement du droit post-moderne. La téléologie de l'interventionnisme étatique s'inscrit ainsi dans un cadre très différent de celle dont Jhering faisait l'objectif le plus élevé de la science juridique.

BIBLIOGRAPHIE

- ALEX Y R. - (1986) *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main
- AMSELEK P. - (1988) *Science et déterminisme, éthique et liberté, Essai sur une fausse antinomie*, Paris
- BOUDON R. - (1977) *Effets pervers et ordre social*, Paris
- CHEVALLIER J. - (1990) La rationalisation de la production juridique, à paraître dans un ouvrage sur les *Instruments d'action de l'Etat*
- CHEVALLIER J./LOSCHAK D. - (1988) *Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française*, Revue
- CROZIER R./FRIEDBERG E.- (1977) *L'acteur et le système*, Paris
- DELLEY J.-D./MADER L. - (1981) Que faire des objectifs dans une étude de mise en oeuvre de la législation ? *Revue suisse de sociologie*, 7, 385 ss.
- DELLEY J.-D. et al. - (1982) *Le droit en action. Etude de mise en oeuvre de la loi Furgler*, St Saphorin
- DWORKIN R. - (1978) *Taking Rights Seriously*, London
- FORRESTER J. - (1972) Understanding the Counterintuitive behavior of social Systems, *System behavior*, édité par J. Beishorn et G. Peters, London, New York, 200 ss.
- GOYARD-FABRE S. - (1983) La limitation du pouvoir par les idées, *Connaissance politique*, vol. 2, 158 ss.
- HAYEK F.A. - (1973) *Droit, législation et liberté*, vol. 1, Paris
- JHERING R. von, - (1901) *L'évolution du droit*, Trad. de Zweck im Recht par O. de Meulenaere, Paris.
- LINDER W. - (1987) La décision politique en Suisse, *Genèse et mise en oeuvre de la législation*. Trad. de J.-D. Delley, Lausanne

LUHMANN N.

- (1983) *Rechtssoziologie*, 2ème éd.
- (1984) *Sozial Systeme, Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt
- (1985) Die Autopoiesis des Bewusstseins, *Soziale Welt* 36, 402 ss
- (1986 a) The Self-Reproduction of Law and its Limits, *Dilemmas of law in the Welfare State*, Berlin, New-York, 111 ss.
- (1986 b) L'unité du système juridique, *Archives de philosophie du droit* 31, 163 ss.

MADER L. - (1985) L'évaluation législative. *Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Lausanne

MOOR P.

- (1987) De la règle de droit à l'étude d'impact. Essai sur les investissements d'intérêt collectif, *Staat und Gesellschaft. Festschrift für Leo Schürmann zum 70. Geburtstag*, Fribourg, 57 ss.
- (1988) *Droit administratif*, vol. I, Berne

MORAND C.-A.

- (1982) Essai d'une théorie de la loi à l'occasion d'une étude de mise en oeuvre. *Le droit en action. Etude de la mise en oeuvre de la loi Furgler*, St-Saphorin
- (1988 a) Le droit de l'Etat providence, *Revue de droit suisse*, 107, 527 ss.
- (1988 b) Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation, *Droit et société*, n° 10, 391 ss.
- (1989) Le principe de légalité et l'interventionisme étatique, *Actuelle Probleme des Staat- und Verwaltungsrechts. Festschrift für Otto K. Kaufmann*, Berne, 139 ss.

HAHAMOWITZ P. - (1988) Autopoiesis oder ökonomischer Staatsinterventionismus? *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 9, 36 ss.

NOLL P. - (1973) *Gesetzgebungslehre*, Rheinbeck.

PERRIN J.-F. - (1988) Possibilités et limites d'une "science" de la législation, *La science de la législation*, édité par P. Amselek, Paris, 21 ss.

REHBINDER M. - (1977) *Rechtssoziologie*, Berlin, New-York

SCHULZE/FIELITZ H. - (1988) Der politische Kompromiss als Chance und Gefahr für die Rationalität der Gesetzgebung, *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, édité par D. Grimm et W. Maihofer, Opladen, 290 ss.

TEUBNER G. - (1986) After legal Instrumentalism ? Strategic Models of Post-regulatory Law, *Dilemmas of Law in the Welfare State*, édité par G. Teubner Berlin, New York, 299 ss.

VAN DE KERCHOVE M./OST F. - (1988) *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris

WEBER M. - (1986) *Sociologie du droit*. Traduction de J. Grosclaude, Paris

WEBER L. - (1988) *L'Etat, acteur économique*, Paris

WILLKE H.

- (1986 a) The Tragedy of the State, Prolegomena to a Theory of the State Polycentric Society, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 72, 455 ss.
- (1986 b) Three Types of Legal Structures : The Conditional, the Purposive and the Relational Program, *Dilemmas in the Welfare State*, édité par G. Teubner, Berlin, New York, 280 ss.
- (1987) Observations, Diagnosis, Guidance. A Systems Theoretical Views on Intervention, *Social Intervention : Potential and Constraints*, Berlin, New York, 21 ss.

WROBLEWSKI J. - (1979) A Model of Rational Law-Making, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 65/2, 187 ss.