

## APPRÉCIATION MÉTHODOLOGIQUE SUR L'ÉVALUATION LÉGISLATIVE (\*)

Par

Jean-Louis BERGEL

*Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille  
Président de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique*

Forme particulière de l'analyse des processus de décision en science de la législation, l'évaluation législative consiste en une analyse méthodique des effets constatés ou prévisibles des normes légales.

Mise en lumière par la remarquable thèse de Luzius Mader (Éd. Payot, Lausanne, 1985), cette analyse prospective et rétrospective des effets des normes légales représente un élément important de la méthodologie législative. Elle recouvre "l'ensemble des analyses basées sur l'emploi de méthodes scientifiques et portant sur la mise en oeuvre et les effets d'actes législatifs". Elle ne saurait se confondre avec le simple contrôle législatif, qui ne comporte pas de jugement qualitatif, ni avec l'évaluation des "politiques publiques" qui s'est développée, depuis les années 1970, tant aux États-Unis qu'en Europe et qui concerne des actions mises en oeuvre par la puissance publique et non des normes juridiques proprement dites.

Portalis ("Discours préliminaire sur le projet de Code Civil") proclamait déjà : "Les lois ne sont pas de purs actes de puissance, ce sont des actes de sagesse, de justice, et de raison. Le législateur exerce moins une activité qu'un sacerdoce. Il ne doit point perdre de vue... qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation parce que, s'il est possible dans une institution nouvelle de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir,... qu'en corrigeant un abus, il faut encore voir des dangers de la correction même...". Le législateur doit ainsi se soucier de l'opportunité et de la qualité des mesures qu'il édicte. Il doit ensuite en analyser les effets et pallier leurs insuffisances. Il ne devrait pas légiférer sans "étude d'impact", autrement dit sans une évaluation rétrospective du droit existant et une appréciation prospective de celui qu'il élabore.

Bref, l'évaluation législative comporte à la fois une évaluation prospective ou "ex ante", a priori, et une évaluation rétrospective ou "ex post", a posteriori.

Alors que, dans certains pays étrangers, l'évaluation est souvent une obligation "en Allemagne, en Suisse, au Canada ou en Belgique" et que l'on y rencontre des méthodes dures d'évaluation des textes ("sunset-laws" américaines, méthode de "temporalisation" au Canada), ce qui implique de nombreuses instances d'évaluation,

(\*) A partir du rapport de synthèse de l'auteur lors de la Journée d'études du 7 avril 1994 au Sénat.

on a l'impression que l'évaluation législative est inconnue en France. Or cela est faux. Contrairement à l'Arlésienne, on en parle peu, mais on en voit beaucoup.

Son importance a récemment été soulignée par l'article 11 du projet de loi constitutionnelle de révision de la Constitution du 4 octobre 1958, dit "projet Vedel" qui propose de modifier l'article 24 de la Constitution pour énoncer les missions générales du Parlement : non seulement il voterait la loi et contrôlerait l'action du gouvernement, mais il aurait aussi pour fonction d'évaluer les résultats de la loi (rapport du 15 février 1993).

La doctrine ressent également l'intérêt d'évaluer le droit (A. Jeammaud et E. Serverin, "Évaluer le droit", D. 1992-1.263 et suivants).

L'Atelier de méthodologie juridique d'Aix-Marseille a consacré ses travaux à l'évaluation législative depuis 1991, en relation avec le Sénat. Sous l'égide de Monsieur le Président R. Monory et de Monsieur A. Delcamp, ces réflexions ont conduit à l'organisation du colloque intitulé "contrôle parlementaire et évaluation", au Sénat le 7 avril 1994.

Oui, l'évaluation législative existe aussi en France ! Elle y est même en quelque sorte institutionnalisée.

On ne s'arrêtera pas ici sur l'évaluation des politiques publiques, instituée par le décret n° 90-82 du 22 janvier 1990 qui a créé un Comité inter-ministériel de l'évaluation, chargé de développer et de coordonner les initiatives gouvernementales en matière d'évaluation des politiques publiques.

Le Comité interministériel de l'évaluation arrête, sur avis d'un Conseil scientifique de l'évaluation, les projets d'évaluation bénéficiant du fonds national de développement de l'évaluation.

Outre ce pôle exécutif de l'évaluation, qui est étranger à l'évaluation législative proprement dite, il existe un pôle législatif d'évaluation qui la concerne directement. La loi n° 83-609 du 8 juillet 1983 a institué une délégation parlementaire dénommée "Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques", qui a pour mission "d'informer le Parlement des conséquences des choix de caractère scientifique et technologique afin, notamment, d'éclairer ses décisions". Il recueille à cet effet des informations, met en oeuvre des programmes d'étude et procède à des évaluations (Article 6 ter). Il est assisté d'un Conseil scientifique, composé de personnalités choisies en raison de leurs compétences dans les domaines des sciences et de la technologie.

L'Office, bien qu'il ait été assez rarement saisi, a néanmoins publié 22 rapports concernant de grands thèmes de l'époque contemporaine : l'environnement, les nouvelles technologies, le nucléaire et les sciences de la vie.

En outre, l'article 145 du Règlement de l'Assemblée nationale permet la création de missions d'information par les commissions, portant sur les conditions d'application d'une législation.

Au Sénat, le contrôle de l'application des lois est assuré sous l'égide de la Conférence des présidents et fait l'objet de bilans semestriels. On a ainsi constaté qu'au cours de la 9<sup>ème</sup> législature (1988/1993), 60 % seulement des lois votées sont devenues totalement applicables, la plupart du temps après de longs délais.

Quant aux lois de finances, la Cour des comptes assiste le Parlement et le Gouvernement dans le contrôle de leur exécution (Constitution article 47). Elle complète efficacement le contrôle exercé en matière financière, fiscale et budgétaire par la Commission des finances de l'Assemblée nationale.

L'évaluation législative est d'ailleurs, de plus en plus, organisée par la loi elle-même, qui institue sa propre évaluation au terme d'un certain temps d'application.

Tel est le cas, notamment, de la loi du 1<sup>er</sup> décembre 1988 sur le revenu minimum d'insertion qui a prévu un bilan au bout de trois ans, afin de susciter des mesures de correction et d'ajustement des textes au vu des conclusions de cette évaluation. Cette Commission nationale d'évaluation du R.M.I. a été installée le 14 septembre 1989 et a déposé un premier rapport de synthèse le 11 mars 1992.

Il s'agit là d'une évaluation à la fois rétrospective et prospective.

L'évaluation prospective peut d'ailleurs procéder aussi, à des expérimentations ponctuelles. Ainsi, les articles 53 à 59 de la loi n° 93.22 du 8 janvier 1993, concernant l'audition de l'enfant en justice et la défense de ses intérêts, ont été inspirés par l'expérimentation organisée auprès de certains tribunaux et de certains barreaux, par conventions avec le ministère de la justice.

On constate toutefois, le plus souvent, une absence totale d'évaluation. Une telle improvisation aboutit à une succession de textes désordonnés et non coordonnés, tels que les lois de 1977, 1981, 1983, 1985, 1986, 1990 et 1991, sur l'indemnisation des victimes et la création de fonds d'indemnisation dans des domaines divers.

Devant la coexistence d'une sorte d'impressionnisme législatif et d'expériences ponctuelles d'évaluation, l'étude de l'évaluation législative peut être abordée, plus globalement, du point de vue des méthodes de l'élaboration législative (II), mais relève surtout d'une problématique particulière (I).

## I - UNE PROBLÉMATIQUE

On rêve, certes, de lois parfaites. Mais la perfection des lois n'est qu'une utopie. Elle est inconciliable avec l'imprévisibilité des faits, leur infinie diversité, la constante mutabilité des situations humaines et sociales... L'urgence des solutions législatives interdit la réflexion nécessaire à des lois parfaites et se concilie mal avec la permanence qu'on leur attribue.

Le législateur doit cependant se soucier de l'efficacité de ses textes. Il doit, à cet effet, identifier au préalable, les résultats recherchés, et apprécier ensuite les effets qu'ils ont produit, quitte à en tirer les conséquences qui s'imposent si ces effets ne correspondent pas aux objectifs poursuivis. L'évaluation législative doit permettre de choisir les mesures les plus appropriées en en préfigurant les effets, puis en en corrigeant les méfaits.

L'évaluation législative procède alors à la fois d'une rationalisation de la loi et d'une sorte d'asservissement du législateur. Elle suscite, dès lors, des controverses.

## A - ARGUMENTS EN FAVEUR DE L'ÉVALUATION LÉGISLATIVE

En faveur de l'évaluation législative, on observe que les méthodes d'élaboration de la loi doivent s'enrichir d'une meilleure connaissance du milieu social grâce à des techniques d'observation des phénomènes humains, sociaux, économiques et politiques et aux ressources de l'exploitation documentaire moderne et des procédés actuels de traitement de données multiples. La technique contemporaine permet d'ausculter les phénomènes sociaux avant de les traiter, puis de contrôler les effets des mesures prises afin d'en corriger les imperfections ou d'en neutraliser les effets pervers.

L'évaluation prospective et rétrospective des mesures législatives peut ainsi fournir au législateur, une "aide à la décision" particulièrement bénéfique. Elle doit garantir une meilleure adéquation de la loi au milieu auquel elle s'applique. Une évaluation législative continue, dynamique et renouvelée des textes doit permettre de les adapter à tous les changements, à toutes les évolutions. Elle doit inciter à les corri-

ger, voire à les abroger s'il le faut, au moment opportun. Cela suppose simplement des investigations sérieuses et constantes et la volonté de tirer immédiatement les conséquences utiles des constats que l'on peut faire. On ne peut alors qu'être sensible à la nécessité d'une réflexion rationnelle sur l'art de légiférer, dont l'évaluation législative constitue une pièce maîtresse.

Cela relève de l'élaboration d'une véritable science de la législation, la "nomenclologie" selon l'expression du doyen Cornu, qui comporterait au moins l'évaluation législative et, pour la mise en forme et l'expression de la loi, la "légistique".

Le Président Monory rappelait, en ouvrant les travaux du colloque sur le contrôle parlementaire et l'évaluation, que "trop de lois tue la loi", si bien qu'il faut mesurer l'opportunité des lois et en améliorer la qualité, grâce à un contrôle technique et pragmatique de leur application et un effort de réflexion et d'anticipation sur les repères dont a besoin la société.

C'est justement ce que doit procurer l'évaluation prospective et rétrospective des textes. En l'assurant, les assemblées parlementaires doivent réunir maintenant les conditions d'une reconquête du rôle éminent du Parlement.

Cette élaboration rationnelle de la loi doit pourtant éviter toute mystification d'une légitimation du droit par la science.

On peut songer à un processus normatif qui intègre une évaluation permanente et interactive de la loi. Mais la question est de savoir si cette évaluation de la loi préexistante et en gestation doit s'imposer dans le processus d'élaboration et de révision législative. Cette insertion de l'évaluation dans le processus d'élaboration de la loi, si elle fonde celle-ci sur une meilleure connaissance du milieu et une réflexion plus éclairée sur les choix, recèle aussi des inconvénients techniques et politiques.

## B - ARGUMENTS CONTRE L'ÉVALUATION LÉGISLATIVE

Techniquement, l'introduction de l'évaluation législative et de lois expérimentales dans le processus législatif le transforment en un phénomène empirique fondé sur une politique expérimentale.

Or, les lois sont des règles de conduite. Ce ne sont pas de simples expériences. Le Parlement n'est pas un laboratoire et la règle de droit n'est pas une équation. Un droit aseptisé méconnaîtrait les réalités concrètes qu'il est destiné à régir. Un droit constamment révisé menacerait la nécessaire sécurité juridique par une excessive instabilité. Trop scientifique pour épouser l'infini des comportements individuels et l'imprévisibilité des évolutions sociales, la loi devient inutile et les faits se développent hors du droit. Alignée sur les fantaisies des faits sociaux, la règle de droit oublie les valeurs sur lesquelles se fonde une société.

Trop de rationalisation dans la confection de la loi risque de méconnaître l'irrationalité des faits. Traditionnellement, la loi est l'expression de la volonté de la Nation qu'expriment ses élus. Elle procède de débats conduisant à des compromis acceptables par tous, et non de simples études scientifiques engendrant des lois qui, pour être savantes et rigoureuses, seraient inapplicables.

Il faut ajouter que, si l'évaluation législative était généralisée, son coût et sa durée freineraient l'action législative pour des résultats souvent insignifiants. On ne peut qu'observer d'importantes distorsions entre les agendas des décideurs politiques et des évaluateurs. La Nation ne peut s'offrir les sacrifices financiers qu'exigerait une généralisation de l'évaluation législative. L'urgence des solutions nécessaires ne s'accommoderait pas d'une paralysie de la production législative par de trop longues évaluations.

Politiquement, l'évaluation législative suppose que le législateur délègue ses choix à des comités d'experts et se soumette à la réalité objective que ceux-ci lui

révèlent. Ainsi, la technocratie éluderait la démocratie, la politique se soumettrait à la technique et le Parlement aux technocrates. En un mot, l'évaluation législative et les lois expérimentales traduiraient le déclin de la mystique de la loi et la souveraineté du législateur s'inclinerait sous la dictature des experts.

L'immixtion systématique et généralisée de l'évaluation législative dans le processus d'élaboration de la loi effacerait donc la mystique de la loi. Le concevoir reviendrait à remettre en cause la conception même de nos sociétés de droit. Elles n'y sont vraisemblablement pas prêtes. Le concept même de système juridique renâclerait à l'idée que la loi n'est jamais que du droit transitoire au gré de ses évaluations. Le système juridique comporte d'autres mécanismes susceptibles d'assurer la plasticité des normes et leur évolutivité.

## C - QUELLE PLACE RECONNAÎTRE A L'ÉVALUATION ?

Faut-il pour autant rejeter l'évaluation législative des méthodes d'élaboration des lois ? Ce serait ignorer les apports possibles de l'évaluation législative à la qualité des textes. Mais l'évaluation législative ne peut être qu'un procédé et un indicateur à la disposition du législateur. La mise en oeuvre d'un tel instrument ne se conçoit pas de la même manière en toutes matières.

Dans celles où dominent les données quantitatives et contingentes, en matière économique, fiscale et même sociale, l'évaluation législative peut constituer un progrès et une nécessité, à condition de n'être ni trop onéreuse, ni trop lente. Dans les matières fondamentales, déterminées par des problèmes philosophiques et des jugements de valeur, les choix idéologiques et politiques doivent l'emporter, ce qui n'exclut pas la considération des données scientifiques et techniques susceptibles de les éclairer.

Les lois n° 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994, respectivement relatives au respect du corps humain et aux dons et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, ainsi qu'à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, en fournissent des exemples éclatants.

L'évaluation devient l'une des techniques qui peuvent utilement contribuer à la genèse des lois. Elle procède d'une nouvelle façon de mieux légiférer. Mais elle ne saurait priver le législateur de son libre arbitre, qu'elle est seulement susceptible de mieux éclairer.

Mais pour jouer ce rôle, l'évaluation législative implique une méthode.

## II - UNE MÉTHODE

Une méthode peut se définir comme un ensemble de démarches suivies pour parvenir à un but. Conçue comme une méthode d'élaboration de la loi, l'évaluation législative met en oeuvre des moyens déterminés pour parvenir aux objectifs qui lui sont assignés. Apprécier l'évaluation législative du point de vue méthodologique suppose d'en connaître les objectifs (A) et les moyens (B).

### A - LES OBJECTIFS

La nécessité de l'évaluation dans le processus de décision législative procède des deux fonctions qui peuvent lui être assignées, une fonction "cognitive" et une fonction "pratique". L'évaluation législative doit, dès lors, poursuivre deux objectifs : mieux connaître la réalité et mettre en évidence les mesures praticables.

La Doctrine moderne souligne volontiers, comme C.A. Morand et L. Mader, en Suisse, l'importance des actions finalisées, destinées à satisfaire des objectifs

déterminés et qui supposent d'évaluer la concordance ou la discordance des résultats obtenus et des objectifs recherchés. Ainsi, l'appréciation de l'efficacité d'un texte particulier "requiert l'identification préalable du ou des résultats recherchés à travers son édicition" (A. Jeammaud et E. Severin, "Évaluer le droit", op. cit., D. 1992 - I- 263 et suivants, n° 12).

L'efficacité d'une loi particulière ou d'un ensemble déterminé de règles réside en effet dans l'obtention du résultat recherché par l'autorité qui l'a édictée : "La délinquance baisse, la situation de l'emploi s'améliore, les flux d'affaires portées devant les tribunaux diminuent, le traitement de dossiers ou de litiges s'accélère, l'état de surendettement des particuliers diminue..." (A. Jeammaud et E. Severin, op. cit. n° 8).

L'évaluation législative ne peut toutefois se limiter à mesurer l'efficacité des textes, autrement dit le degré de réalisation de leur objectif. Elle doit apprécier également l'effectivité des normes, c'est-à-dire leur utilisation effective qui ne peut se limiter à une effectivité statistique des lois, car elle dépend aussi des diverses manières de les mettre en oeuvre.

L'évaluation doit s'attacher, plus généralement à l'impact des textes, ce qui suppose d'en déterminer tous les effets et à leur efficacité qui dépend d'une appréciation du rapport coût-bénéfice des mesures considérées.

A cet égard, Monsieur Viveret a détecté dans les relations entre le savant et le politique un véritable "enjeu démocratique".

Pour ce faire, l'évaluation législative doit avoir pour objet de recueillir des informations, de faire une évaluation des textes, d'en tirer des propositions et enfin de susciter en conséquence des modifications législatives.

Mais bien des évaluations font abstraction des objectifs poursuivis par les textes parce que ceux-ci, rarement explicites, sont incertains et scientifiquement contestables. Elles reposent souvent sur des données incomplètes et aléatoires, car il est toujours difficile d'imputer une situation donnée aux dispositions législatives considérées.

Il en résulte une défiance réciproque du législateur et des experts: les politiques redoutent l'immixtion des technocrates dans la décision démocratique, tandis que les experts déplorent l'absence de scientificité des politiques. Ainsi, l'évaluation législative, pour satisfaire les objectifs qui lui sont assignés, doit reposer sur une certaine convergence entre la démarche des hommes politiques et celle des experts. Celle-ci suppose que l'évaluation soit confiée à une "instance d'évaluation" indépendante des pouvoirs publics et des groupes de pression et composée à la fois de parlementaires et d'experts incontestés, grâce à des modes de désignation à l'abri de la suspicion.

Il y a là un problème institutionnel : les assemblées doivent conserver la maîtrise de l'évaluation, mais l'évaluation doit reposer sur l'appréciation objective des experts. En outre, l'évaluation ne se conçoit que grâce à une coordination entre les assemblées parlementaires.

La qualité de l'évaluation législative ne dépend plus alors que de l'efficacité des moyens mis en oeuvre.

## B - LES MOYENS

L'analyse méthodique des effets accomplis ou prévisibles des normes légales suppose une démarche à la fois objective et systématique.

L'objectivité de l'évaluation implique que celle-ci soit strictement indépendante. A cet égard, l'évaluation nécessite une instance d'évaluation qui ne soit asservie ni au pouvoir en place, ni aux organisations ou groupes de pression intéressés. Elle doit être conçue pour garantir sa neutralité et sa compétence et composée de

personnalités dont la notoriété en la matière est reconnue. L'évaluation législative a, en effet, pour vocation de parvenir à des décisions publiques fondées sur un débat démocratique éclairé.

Toute évaluation législative suppose d'abord de mettre en évidence les effets accomplis ou prévisibles des mesures considérées afin de pouvoir les apprécier ensuite, selon des critères définis. Cela recèle d'importantes difficultés méthodologiques.

La récolte des données repose sur l'observation des comportements et des faits en fonction de critères et d'indices considérés comme particulièrement révélateurs des effets recherchés.

A cet égard, l'identification des effets propres d'une loi est toujours incertaine, même en cas d'évaluation rétrospective. En effet, les situations examinées se seraient modifiées naturellement en l'absence des textes considérés. L'imputabilité des transformations constatées aux textes à évaluer ou à d'autres facteurs est toujours aléatoire. Elle supposerait de connaître ce qui se serait passé sans l'intervention législative étudiée pour détecter ses incidences réelles. La recherche de ce lien de cause à effet constitue manifestement l'un des écueils essentiels de l'évaluation rétrospective.

L'évaluation prospective est, quant à elle, tributaire de techniques telles que la simulation, le jeu, le test pratique, ou le recours à des lois expérimentales (L. Mader, thèse précitée p. 46). La simulation consiste à établir un modèle reproduisant les éléments essentiels de la situation réelle et à l'utiliser pour des expériences destinées à détecter les effets prévisibles des mesures envisagées sur la réalité. Or, l'adéquation du modèle et de la réalité n'est jamais parfaite. Il peut ainsi être préférable de procéder par des expérimentations partielles, dans certaines régions, ou par secteurs ou par groupes, pris comme tests.

Cette méthode permet des études comparatives avant et après la mesure expérimentée et avec ou sans les mesures concernées. L'analyse cumulée de ces tests comparatifs permet de mieux détecter les effets des mesures à évaluer et d'apprécier ou vérifier leur imputabilité. Il s'agit en quelque sorte de procédures itératives ou interactives d'investigation.

Les lois expérimentales, quant à elles, consistent à légiférer à l'essai, avant de légiférer pour de bon. Leur utilisation traduit une volonté de privilégier le souci d'adaptation de la loi au milieu, d'apprécier le consensus au lieu de le forcer et de mesurer l'efficacité de la loi pour la conserver, la modifier, voire l'abroger, en fonction des résultats obtenus.

Le débat sur le choix de méthodes quantitatives, telles que les méthodes expérimentales, les statistiques et les sondages d'opinion, ou de méthodes qualitatives, reposant sur l'analyse de documents, des entretiens et de simples observations, est trop réducteur. La qualité et la sécurité de l'évaluation législative repose sur la multiplication et la conjonction des différentes méthodes. Cela permet de diversifier les éléments d'appréciation et de corriger les imperfections de tel ou tel procédé grâce aux apports des autres.

\*\_\*\_\*\_\*

EN CONCLUSION, il n'est pas douteux que plus de rigueur et moins d'improvisation peuvent améliorer la qualité des lois. A cet égard, l'évaluation législative peut manifestement être utile.

On se souvient de l'observation de Georges Ripert : "il existe une génétique des lois. C'est une science à développer" (G. Ripert, "les forces créatrices du droit", n° 28).

Toutefois, par l'évaluation législative, la législation est placée sous le contrôle continu des experts. Le législateur est constamment inspiré et jugé de l'extérieur. On peut y voir une forme de démocratie directe permanente. On peut aussi y discerner un déclin de la démocratie sous les assauts de la technocratie. Le recours à l'évaluation législative paraît ainsi susciter un sentiment mitigé de confiance et de défiance.

Les ressources de l'évaluation législative ne peuvent, semble-t-il, être mises en oeuvre qu'à condition d'en avoir le temps, les moyens et l'opportunité.

Cela paraît exclure toute insertion systématique et obligatoire de l'évaluation dans le processus d'élaboration des lois. Mais cela met en lumière l'absolue nécessité d'y recourir pour l'expérimentation et l'appréciation des textes dont les effets peuvent ou doivent être minutieusement mesurés, qu'il s'agisse d'évaluation quantitative en matière économique, sociale, financière ou fiscale, ou d'une appréciation qualitative des réflexes de l'opinion devant les grands choix de société.