

Formes et fonctions de l'évaluation législative*

CHARLES-ALBERT MORAND

1. Introduction

Ce n'est que récemment que l'on s'est avisé d'évaluer les effets des lois. La nécessité d'y procéder est liée au changement de la forme de la législation. Tant que celle-ci consistait à cadrer de loin les comportements au moyen de règles conditionnelles, le besoin d'apprécier les effets de la législation ne s'imposait pas. La situation a changé du tout au tout avec l'avènement de l'interventionnisme étatique qui cherche à agir en profondeur sur des systèmes sociaux autonomes pour les orienter dans un sens jugé plus conforme à l'intérêt général. La législation prend alors la forme de programmes finalisés mettant divers moyens au service de la réalisation de certains objectifs (MORAND 1998: 71ss). Dans cette configuration, il ne suffit pas que les normes juridiques soient appliquées correctement, ce qu'assurent au moins partiellement les contrôles de conformité. Il faut encore s'assurer de la réalisation des objectifs poursuivis. Pour y parvenir, il faut instituer des contrôles d'efficacité et corriger la loi en fonction des résultats de l'évaluation. Peu à peu, on assiste à la superposition et à l'enchevêtrement des contrôles classiques de régularité et des contrôles d'efficacité (CHEVALLIER 1991: 41; MORAND 1998: 89-91). Mais les secteurs les plus classiques du droit, comme le droit civil, n'échappent pas à un besoin d'évaluation. L'étude de l'effectivité des lois est un champ classique de la sociologie du droit.

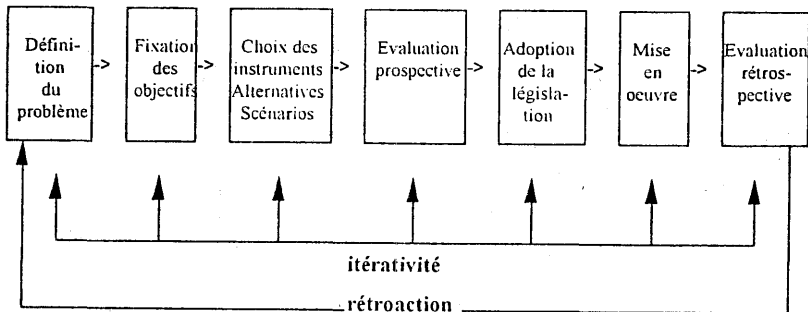
D'autres facteurs ont concouru au développement de l'évaluation des effets des lois et des politiques publiques. On citera tout d'abord le souci

* Une version légèrement modifiée de ce texte paraîtra dans l'ouvrage collectif intitulé «Elaborer la loi aujourd'hui: mission impossible?» édité par la Faculté de droit Saint-Louis à Bruxelles. Je remercie M. François Ost de son autorisation de publier ce texte à l'intention des lecteurs de «Législation d'aujourd'hui».

d'améliorer la qualité des prestations étatiques (le mieux d'État) comme alternative à la dérégulation et à la privatisation. L'évaluation des prestations est au cœur de la nouvelle gestion publique. L'échec du collectivisme a rendu évidente la nécessité d'instaurer des mécanismes artificiels d'évaluation de l'action publique afin de produire des *feedback* comparables à ceux que le marché offre dans le secteur privé. On citera aussi les problèmes budgétaires qui sont apparus dès la crise du pétrole en 1973. Ils ont rendu toujours plus évidente la nécessité de lutter contre le gaspillage et d'optimiser l'utilisation des moyens matériels mis au service des missions étatiques.

2. Le cadre de l'évaluation

L'évaluation s'inscrit dans un processus de rationalisation de la formation et de la mise en œuvre des lois. L'étude de ce processus est du ressort de la légistique matérielle (MORAND 1999: 3ss). Celle-ci est constituée de l'ensemble des connaissances et des méthodes qui contribuent à améliorer la qualité de la législation, à optimiser ses effets. Les différentes étapes de la légistique peuvent être schématisées comme suit:



La légistique matérielle traite du contenu de la législation. La légistique formelle s'occupe de son côté de la forme à la fois linguistique et juridique dans laquelle se coulent les normes législatives. Elle intervient au stade de l'adoption de la législation, au moment où une pensée normative est traduite en texte légal.

Le tableau permet d'opérer une première distinction entre l'*évaluation prospective*, qui vise à apprécier les effets qu'une législation peut produire et l'*évaluation rétrospective*, qui tend à porter un jugement sur les effets réellement produits. Les deux types d'évaluation impliquent une obligation de correction pour tenir compte des résultats de l'analyse des effets. Correction du projet de loi dans le cas de l'évaluation prospective, correction de la loi elle-même, lorsqu'on procède à une évaluation rétrospective. Une tendance se fait jour de substituer au processus discontinu d'évaluation faite à intervalles réguliers un processus constant d'appréciation des effets et de correction. On parle alors d'*évaluation concomitante* ou de *monitoring*. (Voir BUSSMANN 1995: 18).

La lecture du tableau montre aussi qu'en s'engageant dans l'évaluation législative, l'autorité accepte de superposer au processus politique de confection des normes une approche rationnelle. Cela signifie que l'évaluation remettra forcément en question les méthodes utilisées pour définir les problèmes, fixer les objectifs, choisir les instruments d'intervention systémique, concevoir la mise en œuvre. Dans la mesure où l'évaluation des effets est à peu près inconnue en Belgique (LEURQUIN-DE VISSCHER 1995: 282ss), les instances politiques qui décideront de la développer doivent être conscientes des changements qui, à long terme, se produiront dans la manière de concevoir la législation. Ce pari en faveur de la légistique ne signifie certes pas que des experts vont se substituer à elles dans le choix des valeurs. Mais, ils n'en limiteront pas moins leur liberté dans la mesure où ils ne pourront pas ignorer les données de fait produites dans le cadre des évaluations (voir MORAND 1999: 18ss) et dans la mesure aussi où ils devront peu à peu s'habituer à justifier leurs choix par rapport au modèle rationnel qu'ils auront contribué à introduire. Cette diminution de la liberté des parlements peut être mise en rapport avec celle qui s'est produite lors de l'introduction du contrôle de constitutionnalité, qui implique le respect d'exigences au moins minimales de rationalité (voir MORAND 1999: 31ss; LEURQUIN-DE VISSCHER 1995: 276).

L'évaluation législative emprunte très largement ses connaissances et ses méthodes à la science politique et tout particulièrement à la science des politiques publiques. Cela tient au fait que, sous l'influence du positivisme, la science du droit s'est concentrée sur les méthodes d'application régulière du droit. Elle s'est ainsi désintéressée de celles qui ont trait à sa

production et à l'appréciation des effets qu'il produit sur la réalité sociale (voir MORAND 1999: 10ss).

En raison de ces développements historiques, l'évaluation législative se confond très largement avec l'évaluation des politiques publiques. Elle n'apporte à cette science que des inflexions et des réorientations. Elle peut souligner les problèmes de mise en œuvre dus à la structure même des normes juridiques. Elle peut montrer par exemple l'inadéquation du recours à des principes directeurs pour atteindre des objectifs précis de politiques publiques (MORAND 1998). Elle peut orienter les études évaluatives vers la satisfaction d'exigences juridiques (MORAND 1995), comme les déficits de légalité dus à une mauvaise connaissance de la réalité sociale réglementée. Elle peut porter une attention particulière aux atteintes au principe d'égalité dues à la manière avec laquelle les normes juridiques *prima facie* acceptables sont appliquées en réalité. (Voir la jurisprudence du *Bundesverfassungsgericht*, HÖLAND 1995: 174). Ou encore aux atteintes au principe de proportionnalité dans la mesure où celui-ci postule par exemple qu'une mesure étatique doit être apte à atteindre les objectifs prévus (voir MORAND 1995: 144-146; LEURQUIN-DE VISSCHER 1995: 278).

Le législateur français a opéré une distinction entre l'évaluation législative et l'évaluation des politiques publiques. Il a créé un Office parlementaire de l'évaluation de la législation (*JO* du 15 juin 1996, loi n° 96-516) et un Office parlementaire de l'évaluation des politiques publiques (*JO* du 15 juin 1996, loi n° 96-517). Pour l'instant, il ne semble pas qu'il y ait entre les deux une ligne de séparation bien tranchée.

3. L'évaluation législative en bref

Une évaluation législative digne de ce nom se distingue de l'évaluation à laquelle le législateur se livre spontanément, par son caractère méthodique. De manière ramassée, on peut définir l'évaluation législative comme l'appréciation méthodique des effets prévisibles ou produits par une législation (voir MENY / THOENIG 1989: 289, MADER 1991: 44).

L'évaluation est *méthodique* ou plutôt doit être méthodique, d'une part parce que l'explication de la production d'effets doit reposer sur des hypothèses que l'on cherche à vérifier et de l'autre parce que les effets doivent être analysés à l'aide des méthodes éprouvées des sciences sociales et dans certains cas des sciences naturelles. L'évaluation ne vise pas simplement à mesurer les effets produits, mais aussi à analyser les causes des transformations de la réalité sociale (BUSSMANN / KLÖTI / KNOEPFEL 1998: 46ss). L'analyse des causes est pourtant rendue difficile en raison des facteurs contextuels qui peuvent influencer les résultats, en raison de la complexité des législations finalisées et de l'évolution progressive des effets dans le temps (BUSSMANN / KLÖTI / KNOEPFEL 1998: 49ss).

L'ampleur des investigations doit parfois être limitée, parce que les moyens matériels sont insuffisants. Des évaluations légères peuvent dans ce cas se justifier, parce qu'elles permettent au moins d'initier une réflexion sur l'appréciation des effets.

L'évaluation porte sur les *effets prévisibles ou produits*. Les évaluations prospectives sont problématiques parce qu'elles ne sont pas fondées sur des recherches empiriques, mais sur la projection dans l'avenir de connaissances existantes (BUSSMANN 1995: 60). Elles sont assez fiables dans les domaines déjà connus où l'on possède des modèles d'effets éprouvés (fiscalité, politique agricole, énergétique, environnementale). Elles le sont aussi lorsqu'une évaluation rétrospective sert de point de départ à l'évaluation prospective opérée en vue d'un changement de législation. A leur propos, on ne peut manquer de garder à l'esprit l'aphorisme des Chinois: «Il est dangereux de faire des prévisions, surtout lorsqu'elles concernent l'avenir.»

L'évaluation rétrospective est plus fiable, parce qu'elle porte sur des effets qui peuvent faire l'objet d'études empiriques. Elle peut être centrée sur l'appréciation du degré de réalisation des objectifs déclarés. Elle peut aussi être étendue à l'analyse de tous les effets produits, qu'ils soient voulus ou non, désirables ou indésirables. L'évaluation affranchie des objectifs (*goal-free*) est souhaitable, mais beaucoup plus difficile à réaliser.

L'évaluation porte sur *une législation*, à savoir un certain nombre de normes juridiques dont on suppose qu'elles produisent un effet sur la réalité sociale. Toutes les législations ne se prêtent pas à une évaluation. Certaines exercent une fonction essentiellement symbolique. D'autres sont trop vagues et imprécises pour que leur évaluation présente une quelconque utilité. Souvent, ce n'est que lorsqu'en exécution de la loi des mesures précises sont prises (fixation des valeurs-limites d'émission, fixation du taux d'une taxe d'orientation) qu'une évaluation peut présenter un intérêt. Parfois aussi, l'évaluation des effets produits par des normes juridiques ne présente qu'un intérêt mineur parce que c'est la politique publique dans son ensemble, dont elles constituent l'un des instruments, qui mérite d'être analysée.

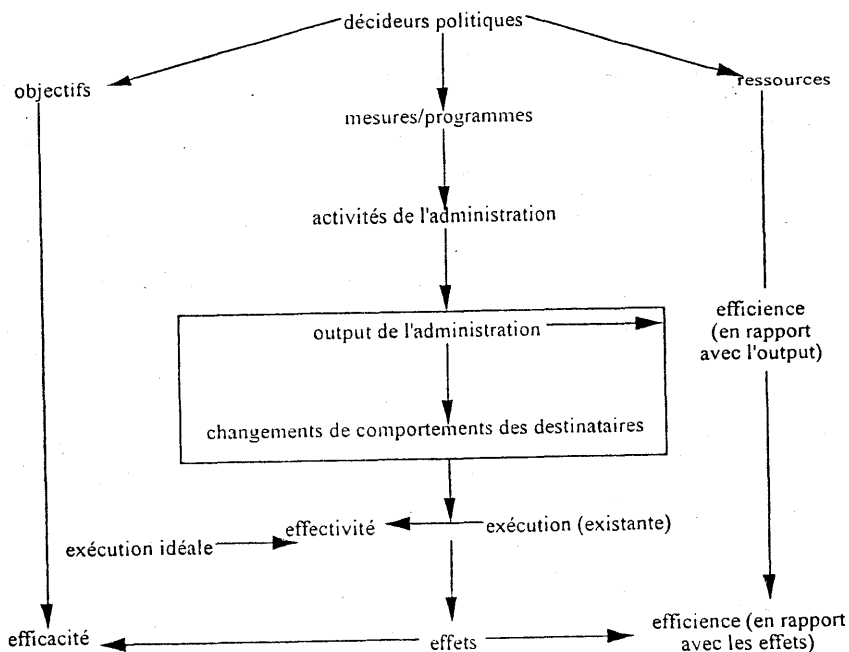
L'évaluation implique une *appréciation* des effets. Elle est une activité à la fois «cognitive, normative et instrumentale.» (LECA 1996: 11). Cela signifie que les chercheurs impliqués dans l'évaluation doivent juger de la conformité des effets observés par rapport aux objectifs annoncés, qualifier certains effets imprévus de désirables ou d'indésirables, apprécier la cohérence des moyens mis au service de la réalisation des objectifs. L'opération présente le danger, jamais absent dans les analyses de sciences sociales, mais accentués par la nécessité de porter un jugement, que le chercheur injecte ses propres valeurs dans l'étude qu'il effectue. Le danger varie en fonction du type d'évaluation réalisée et de la distance que le chercheur peut établir avec l'appareil normatif en cause. Dans l'évaluation clinique (voir MENY / THOENIG 1989: 290), il peut garder une distance suffisante parce qu'il se borne à expliquer pourquoi un objectif affiché n'a pas été atteint. Dans une étude plus engagée, parce que le chercheur doit reconstituer *a posteriori* les objectifs trop vagues de la loi ou parce qu'il est intégré dans un processus expérimental de genèse des normes, le risque de subjectivité s'accroît.

4. Les types d'évaluations

A côté des catégories traditionnelles, on citera quelques types d'évaluations limitées à l'analyse d'effets spécifiques.

4.1 Catégories classiques

Elles sont établies en fonction de l'objet sur lequel l'évaluation peut porter. Le schéma ci-joint établi à propos de l'évaluation des politiques publiques (BUSSMANN 1995: 58) permet de discerner les divers points de vue qui peuvent être pris en considération:



L'évaluation peut s'intéresser à la manière avec laquelle les normes légales sont appliquées, au degré de réalisation des objectifs, aux effets en général, au rapport entre les moyens utilisés pour améliorer une situation (*input*) et les résultats produits (*output*). Ces divers critères sont analysés en détail par MADER (1985: 55ss) auquel on se référera utilement. Très synthétiquement, les types d'évaluations sont les suivants:

4.1.1 L'évaluation de l'effectivité

Elle consiste à comparer les conduites réelles des destinataires de la loi au modèle normatif qu'elle prévoit. Pour les prescriptions, il s'agit à la fois d'améliorer la correspondance des comportements réels aux comportements ordonnés et la manière avec laquelle les autorités réagissent à leur violation. L'évaluation de l'effectivité doit aussi établir dans quelle mesure les comportements observés sont imputables à la législation (MADER 1985: 56). Pour les normes qui laissent un large pouvoir d'appréciation à l'administration, l'évaluation porte sur la manière avec laquelle ce pouvoir a été utilisé au niveau de la mise en œuvre. Pour les règles facultatives du droit privé, elle détermine leur degré d'utilisation.

Elle ne peut pas être effectuée avec une grande rigueur lorsque la législation est formée de normes très indéterminées ou de principes directeurs multiples donnant lieu à des pesées d'intérêts complexes (voir MORAND 1998: 84ss). C'est pourquoi l'évaluation de l'effectivité de ce type de norme ne peut guère dépasser les analyses que les juristes en font en décrivant la manière avec laquelle l'administration et les juges procèdent à ces pesées d'intérêts.

4.1.2 L'évaluation de l'efficacité

L'efficacité est le degré de correspondance entre les objectifs poursuivis par la loi et les résultats attendus ou produits. L'évaluation de l'efficacité a pris son essor avec l'avènement des législations finalisées, des régulations articulant des objectifs et des moyens pour lutter contre les maux les plus divers qui se manifestent dans une société ou pour améliorer l'égalité matérielle. Aux États-Unis, les premiers balbutiements de l'évaluation remontent aux législations sociales mises en place par Roosevelt dans le cadre du *New Deal*, les grandes réalisations aux programmes conçus par l'administration Johnson dans les années soixante, pour parvenir à la « *Great Society* » (MONNIER 1992: 12-17). Un des grands problèmes méthodologiques auquel les chercheurs ont été confrontés a été de savoir s'il fallait se référer aux objectifs déclarés par les autorités qui sont le plus souvent obscurs ou au contraire reconstruire les objectifs

réellement visés (LASCOUMES / SETBON 1996: 13), avec tous les risques de déformation et de subjectivité que cela peut représenter.

Le contrôle de l'efficacité des lois est perçu aujourd'hui comme tout aussi important que le contrôle de légalité ou de constitutionnalité que les juges n'exercent qu'avec retenue à l'égard des législations finalisées. Si par nature celles-ci font mal, si elles sont coûteuses, si elles portent des atteintes plus ou moins graves à la liberté et contreviennent, lorsqu'elles sont redistributives, aux exigences d'égalité formelle, il faudrait au moins qu'elles permettent d'atteindre les objectifs généraux qu'elles prétendent poursuivre.

L'exigence d'un contrôle d'efficacité est sous-jacente à de grands principes juridiques, comme celui de l'aptitude qui découle du principe de proportionnalité (MORAND 1993: 96ss). Une mesure n'est constitutionnelle ou légale que si elle est apte à atteindre les objectifs qu'elle prétend poursuivre. Même si les juges n'ont pas encore réussi à mettre en place un dispositif leur permettant d'exercer véritablement le contrôle de l'aptitude, il ne fait pas de doute qu'évaluer l'efficacité n'est plus seulement une exigence pratique, mais juridique. Nul doute que le développement d'évaluations scientifiques de l'efficacité leur permettra d'exercer leur fonction de contrôle dans de meilleures conditions. Des réflexions du même type peuvent être faites à propos du respect du principe de nécessité qui découle lui aussi du principe de proportionnalité ou du principe de subsidiarité en droit communautaire (MORAND 1993: 100ss).

4.1.3 L'évaluation de l'impact

Si pour des raisons pratiques les évaluations portent le plus souvent sur l'efficacité des mesures étatiques, le besoin se fait sentir d'évaluer l'ensemble des effets d'une législation. L'entreprise est audacieuse, car elle implique la mise en place de moyens considérables pour analyser des liens de causalité qui sont souvent «obscur, complètement enchevêtrés, difficiles à repérer et encore davantage à établir ou à démontrer rigoureusement» (MADER 1985: 90). L'étude d'impact d'une législation porte sur des relations beaucoup plus complexes que l'étude d'incidence sur

l'environnement, qui se concentre sur l'analyse d'un projet concret et bien délimité.

En raison de la complexité du social, de la pluralité des niveaux d'impacts (MADER 1985: 91) du caractère plus ou moins indirect et lointain des effets, les évaluations de l'impact sont forcément réductrices et un peu superficielles. Malgré cela, elles restent utiles parce qu'elles forcent les acteurs du processus législatif à expliciter les hypothèses causales qui sous-tendent leur action, à vérifier la présence d'effets qui n'avaient pas été prévus à l'origine, à repérer les effets pervers qu'une législation risque de produire ou produit réellement.

Les études d'impact sont courantes dans les domaines de la fiscalité, de la politique économique, de l'aide au développement. L'orientation des services publics vers la satisfaction des besoins des usagers, considérés dorénavant comme en formant les clients, repose sur une évaluation régulière de l'impact de leur action.

4.1.4 L'évaluation de l'efficience

Elle consiste à comparer en termes monétaires les rapports entre le coût et les bénéfices attendus ou constatés d'une loi ou d'une mesure prévue par la loi. Ce type d'évaluation ne permet pas d'apprécier les effets immatériels, non quantifiables, d'une législation. Il aboutit à des résultats très discutables lorsqu'il conduit à quantifier des données subjectives, comme la douleur ou la joie de vie. S'il est souhaitable que les pouvoirs publics apprécient la diminution de rentrées fiscales provenant de l'institution du PACS, il est en revanche déraisonnable de placer au centre du débat l'analyse coût-bénéfice. Le débat porte sur des choix de valeurs qui ne peuvent que très partiellement être éclairés par la science. De toute façon, l'appréciation de l'efficience introduit un biais dans l'analyse des phénomènes juridiques parce qu'elle privilégie des valeurs de caractère économique sur les autres valeurs consacrées par le droit. C'est sur ce biais que s'est construit le vaste domaine de la théorie économique du droit.

4.2 Les évaluations portant sur certains genres d'effets

4.2.1 Évaluation des effets environnementaux

En Europe, l'étude d'incidence porte sur des projets de construction d'une certaine importance. Aux États-Unis, une disposition prévoit l'évaluation prospective de l'effet que les lois peuvent avoir sur l'environnement. Les difficultés d'opérer des prévisions à long terme dans ce domaine font que cette disposition est restée dans une large mesure lettre morte.

4.2.2 Évaluation des effets sur l'économie

L'évaluation prospective des effets d'une loi sur l'économie est prévue en Suisse (art. 43 al. 3 de la loi sur les rapports entre les conseils) et dans le droit communautaire où il est prévu que les projets de directives doivent être accompagnés d'une fiche d'impact sur l'économie. Comme toute évaluation prospective, elle est difficile à réaliser parce qu'elle porte sur des situations qu'il n'est pas aisé de prévoir. Ni l'évaluation de la conjoncture, ni le degré de la mobilisation de la loi, ni les problèmes de mise en œuvre ne sont susceptibles de prévisions très sûres. On ne doit dès lors pas s'étonner si souvent ces évaluations ne dépassent pas les considérations de bon sens que l'on retrouve spontanément dans tout processus législatif.

4.2.3 Évaluation des conséquences financières et des effets sur le personnel

En Suisse, le Conseil fédéral doit procéder à une évaluation prospective de ce type (art. 43 al. 3 de la loi sur les rapports entre les conseils). Cela se traduit par des mentions figurant dans les messages du Conseil fédéral à l'appui des projets de loi. Dans l'ensemble, il s'agit d'appréciations superficielles tout particulièrement en ce qui concerne les frais qu'un projet de loi peut entraîner pour les cantons. Ceux-ci ont la possibilité, dans le cadre de la procédure de consultation, d'attirer l'attention du

Conseil fédéral sur les coûts que la mise en œuvre des lois fédérales peuvent engendrer pour eux.

4.2.4 L'évaluation portant sur la jouissance des droits fondamentaux

Ce type d'évaluation a été prescrit par le *Bundesverfassungsgericht*, lorsqu'il considère qu'il a des doutes sur les effets qu'une législation pourrait avoir dans le futur sur la jouissance des droits fondamentaux. Il établit une réserve de constitutionnalité qui entraîne pour le Parlement l'obligation d'observer l'évolution de la loi et de la corriger en tant que de besoin (voir HÖLAND 1995: 174, 175). Le Parlement se voit imposer une obligation procédurale d'effectuer à intervalles réguliers une évaluation en utilisant toutes les ressources que les sciences sociales peuvent fournir (HÖLAND 1995: 175). Il serait utile de procéder à une recherche sur la manière avec laquelle le Parlement a satisfait aux exigences de la Cour constitutionnelle. Si le Parlement ne devait pas remplir cette obligation, la conséquence normale serait que la Cour, saisie à nouveau du problème, devrait prononcer l'inconstitutionnalité de la loi, si les doutes subsistent ou se renforcent. A ma connaissance, cela ne s'est jamais produit.

5. Les limites de l'évaluation méthodique

Sans disqualifier l'évaluation, ses limites montrent que certaines précautions doivent être prises et qu'il faut se défier des enthousiasmes excessifs qu'elle peut susciter.

5.1 Les limites inhérentes à la nature des programmes et des législations

Les limites tiennent à la nature des objectifs, à celle des normes juridiques elles-mêmes et à la complexité des législations finalisées.

5.1.1 La nature des objectifs

Rares sont les législations fixant de manière précise les objectifs à réaliser dans un certains laps de temps. Or, en l'absence d'objectifs opérationnels, il n'est pas possible d'évaluer l'efficacité d'une législation ou d'une mesure étatique. La recherche des objectifs réels que poursuivaient les autorités est le plus souvent aussi vaine que celle à laquelle les juristes se livrent, lorsqu'ils tentent de découvrir la volonté du législateur. L'évaluation affranchie des objectifs se heurte à la difficulté d'analyser une multitude d'effets présumés et à celle d'établir des relations fiables entre la législation et les effets observés. La mise en œuvre des législations finalisées, loin de répondre au modèle mécanique et balistique d'une articulation entre des objectifs précis et des moyens, prend des formes qui s'apparentent plutôt à celles que l'on trouve dans la théorie du chaos (LASCOUMES 1994: 269ss).

5.1.2 La nature des normes juridiques

L'analyse des politiques publiques part de l'idée que les prescriptions juridiques doivent nécessairement s'appliquer et conduire aux changements de comportement prévus. C'est méconnaître le fait qu'il y a, dans l'application des normes impératives, une immense part d'aléas, de liberté humaine. Il est à peine exagéré de prétendre, comme on l'a fait, que «la règle n'est pas faite pour être appliquée, mais pour qu'au sujet de son application une négociation puisse s'engager entre les parties directement ou indirectement concernées (DUPUIS / THOENIG 1985: 191). Mais alors, qui dit négociation dit aussi possibilité de s'écarter de la norme légale.

5.1.3 La complexité des législations et des politiques

Les législations finalisées sont aujourd'hui tellement complexes et interreliées que des évaluations globales sont dénuées de sens. Il serait absurde d'évaluer les effets de la loi sur la protection de l'environnement. Ceux-ci sont tellement nombreux et variés qu'ils sont impropres à une analyse scientifique sérieuse. Cela ne signifie pas qu'il soit interdit d'exercer sa réflexion sur les hypothèses d'action sur la base desquelles

la loi est conçue. Il y a probablement place pour des évaluations molles, établies de manière discursive, selon des méthodes qui ne diffèrent pas fondamentalement de celles qui gouvernent le processus politique. Au vu de la complexité des législations finalisées, l'évaluation a tendance à se concentrer sur des mesures étatiques particulières, dont les effets sont susceptibles d'être quantifiés, avec tous les risques méthodologiques que cet isolement artificiel peuvent présenter.

Une autre difficulté due à la complexité est qu'aucune loi ne peut être isolée de vastes réseaux de normes comme celles qui ont trait à la protection des droits fondamentaux. Si toute mesure étatique doit, pour cette raison, subir des tests de proportionnalité, les hypothèses que l'on peut se faire sur les effets des législations finalisées sur la réalité sociale sont considérablement fragilisées.

5.2 Les limites relatives aux méthodes

L'utilisation des méthodes expérimentales ou quasi-expérimentales ont fait l'objet de critiques nombreuses et fondées. Même les évaluations moins ambitieuses et moins contestables posent des problèmes de méthode au sujet de la mise en relief des relations causales entre le dispositif normatif et les comportements observés et plus généralement en ce qui concerne la connaissance de la réalité sociale concernée.

5.2.1 Les méthodes expérimentales

Aux États-Unis, les chercheurs de sciences sociales ont été fascinés par le modèle expérimental des sciences naturelles. Ils ont mis en place des dispositifs d'évaluation inspirés par la recherche médicale en vue de mesurer les effets sociaux des législations comme l'impôt négatif ou l'aide au logement (MONNIER 1992: 30ss). Cette tentative de mettre en valeur les relations causales entre une mesure et ses effets a échoué. Ces évaluations dont le coût s'élevait à plusieurs dizaines de millions de dollars se sont révélées décevantes et vite dépassées. Sur le plan méthodologique, elles se sont heurtées à la difficulté d'isoler les variables dans une réalité sociale complexe, de composer de manière aléatoire les groupes

témoins, d'assurer la représentativité et la reproductivité de l'expérimentation (MONNIER 1992: 29ss).

5.2.2 La difficulté d'établir les relations de causalité

Si à la suite de l'adoption d'une mesure étatique on observe un changement de comportement, il est souvent difficile de savoir si cette modification est due à la mesure elle-même ou à d'autres facteurs contextuels (KLÖTI 1998: 46, 47). Au vu de la multiplication des politiques publiques, il n'est pas aisé non plus d'attribuer un changement social à l'une ou l'autre d'entre elles (KLÖTI 1998: 47, 48). L'élargissement de l'analyse aux effets non voulus, qu'ils soient désirables ou pervers, accroît le nombre des relations causales douteuses. Un changement de comportement peut être observé à un certain moment et ne plus l'être à un autre. La sensibilité à un problème peut se modifier rapidement. Des stratégies de contournement des normes légales peuvent se développer progressivement.

Si une mesure ne produit pas l'effet voulu, l'analyse des causes peut s'avérer tout aussi périlleuse. Les déficits d'exécution peuvent provenir d'une mauvaise conception de la législation finalisée, par exemple du choix de moyens inadaptés à la réalisation des objectifs. Il peut aussi être attribué à des problèmes de mise en œuvre, dus par exemple à un manque de personnel. Il peut être attribué au simple fait que les administrés utilisent à plein les procédures légales mises à leur disposition. Ou à des stratégies de contournement des normes légales. Les causes peuvent être multiples et emmêlées.

5.2.3 La difficulté d'analyser la réalité sociale

Déterminer les effets implique une observation des comportements humains et des conséquences que ceux-ci peuvent avoir sur la réalité sociale observée. Si l'on renonce aux méthodes expérimentales, on doit se contenter d'une observation partielle et impressionniste qui risque de n'être qu'un pâle reflet de la réalité. Les données statistiques nécessaires à l'évaluation peuvent faire défaut. Certaines données personnelles sont

inaccessibles. Les responsables politiques ou administratifs peuvent empêcher les chercheurs d'accéder à des données essentielles. Les risques d'obstruction ont un effet sur la sélection des évaluations qui risquent de se concentrer sur des phénomènes anodins.

5.3 Les difficultés pratiques

Quelques-unes méritent d'être brièvement évoquées.

5.3.1 Le manque de moyens

Les évaluations approfondies coûtent très cher. Même lorsque la nécessité de l'évaluation est reconnue officiellement, cela ne veut pas encore dire que les collectivités publiques concernées sont prêtes à y affecter les moyens nécessaires. On ne compte plus les instances d'évaluation créées à grand renfort de publicité, mais qui ne procèdent à aucune évaluation ou à un nombre dérisoire.

5.3.2 Le manque de volonté politique

L'évaluation représente pour les instances politiques ou administratives une perturbation. Elle institue un pôle de pouvoir concurrent qui limite leur liberté d'action. Dans les systèmes politiques où règne l'alternance, l'évaluation prospective constitue un frein à la réalisation des promesses faites parfois imprudemment aux électeurs. Le Parlement ravalé au rang d'une Chambre d'enregistrement des volontés gouvernementales est peu enclin à développer l'évaluation comme instrument de contrôle du Gouvernement.

5.3.3 L'inadéquation temporelle

La chronologie de l'agenda politique ne coïncide pas avec celle de l'évaluation. Ce décalage a contribué à déconsidérer les évaluations ambitieuses fondées sur des méthodes expérimentales ou quasi-expérimentales.

tales. Il a conduit à privilégier les évaluations courtes, portant sur des mesures spécifiques et limitées. Mais cette fragmentation risque alors de déformer la réalité sociale analysée.

5.4 Ce n'est pas une raison pour baisser les bras

Que l'évaluation des effets soit une opération délicate ne signifie nullement qu'il faille y renoncer. Une évaluation effectuée dans des conditions de rationalité limitée est un progrès non négligeable par rapport aux préjugés que les politiciens véhiculent au sujet de la production d'effets.

L'expérience de la division de l'évaluation et de la méthodologie du General Accounting Office (GAO) des États-Unis est à cet égard encourageante (CHELIMSKY 1995: 188). De nombreux projets législatifs mal conçus et très coûteux ont été abandonnés. Certaines politiques sociales ont été notablement améliorées à la suite d'une évaluation. Avec la directrice de la division, on peut dire que «l'évaluation législative est indispensable ... pour préparer une meilleure politique, pour rendre compte des progrès et des résultats de cette politique, et pour expliquer de façon persuasive et crédible, la logique et les effets des décisions publiques» (voir CHELIMSKY 1995: 192). La valeur de l'évaluation ne réside pas tellement dans sa faculté de déterminer avec précision les effets que les mesures étatiques peuvent produire, mais plutôt dans le fait qu'elle sensibilise le législateur à la nécessité de réfléchir aux effets qu'il peut produire par son action. «*The most important purpose of evaluation is not to prove but to improve* (STUFFLEBEAM / SHINKFIELD 1985: 191).

6. L'évaluation pluraliste à la française. De l'évaluation à la médiation

Consciente des limites indiquées ci-dessus et en opposition à la conception américaine jugée trop scientifique dans son approche des phénomènes sociaux, la conception pluraliste à la française voit avant tout dans l'évaluation le moyen de créer un espace public de discussion. L'évaluation n'est pas conçue comme un jugement péremptoire portant sur les

effets d'une législation ou d'une politique publique, mais plutôt comme une arène permettant d'enrichir le débat démocratique (VIVERET 1989) et aussi comme un instrument d'apprentissage (MONNIER 1992: 68). Pour garantir cette démocratisation du processus, on préconise (MONNIER 1992: 71ss) d'associer à l'évaluation les groupes concernés par la législation, de favoriser un large dialogue entre l'instance de pilotage et les chercheurs chargés de l'évaluation, enfin de faire en sorte qu'un débat s'instaure sur les hypothèses d'analyse des effets et sur la méthodologie utilisée. La méthode pluraliste fournit ainsi aux pouvoirs publics une légitimité à la fois scientifique et politique (LASCOUMES 1998: 26).

Plus généralement, on assiste à une transformation de la conception de l'évaluation. Celle-ci n'est pas seulement destinée à produire des connaissances sur les effets des législations. Elle doit aussi permettre d'élaborer des compromis sur des solutions nouvelles. L'autorité qui pilote l'évaluation assume alors une fonction complémentaire de médiation (BUSSMANN / KLÖTI / KNOEPFEL 1998: 151ss). Elle est chargée de favoriser l'ouverture de négociations entre les groupes d'intérêts concernés par le changement et de créer les conditions d'émergence d'un consensus entre ces groupes. La découverte de la complexité de l'action publique a largement contribué à ce déplacement des fonctions de l'évaluation vers l'instauration de procédures de concertation. Elle a permis de se rendre compte que l'efficacité «*passé aussi par le consentement*» (MONNIER 1992: 217).

7. Organisation et coordination

L'évaluation ne saurait être monopolisée par un organe de l'Etat. Tous les organes étatiques, à l'exception des instances judiciaires, ont vocation à procéder à des évaluations. Lorsque nous avons parlé de «*l'irrésistible ascension d'un quatrième pouvoir*» (MORAND 1995: 133ss), nous songions évidemment à la fonction, non pas à l'organe. La fonction évaluative, comme la fonction législative, est une responsabilité partagée et conjointe de toutes les instances étatiques: de l'administration, du gouvernement, du parlement, d'organes subsidiaires comme la Cour des comptes, le Conseil économique et social.

Au point de vue institutionnel, la fonction évaluative se greffe sur l'exercice des fonctions «naturelles» des divers organes étatiques en les complétant. Pour l'administration et le gouvernement, l'évaluation est un moyen de rationaliser la production des lois et des actes d'application de celles-ci dans le cadre de la mise en œuvre. Pour le parlement, elle est surtout un instrument du contrôle parlementaire. Elle lui permet aussi d'exercer la fonction d'observation et de correction, qui a été mise en exergue par le Tribunal constitutionnel allemand en ce qui concerne le respect des droits fondamentaux, mais qui pourrait être entendue de manière plus large. Pour la Cour des comptes, l'évaluation est un instrument de renforcement des contrôles financiers étendus à l'analyse de l'efficacité des mesures étatiques. Pour le Conseil économique et social, le moyen d'instaurer, à partir d'une analyse des effets, une instance de réflexion portant sur de grandes questions de société.

Dans l'exercice de leurs fonctions, les tribunaux pourraient avoir besoin de procéder à des évaluations pour apprécier l'aptitude des mesures étatiques à atteindre les objectifs prévus, pour statuer sur leur nécessité, pour déterminer si les effets réels d'une mesure sont contraires au principe d'égalité. L'analyse des effets est une question de fait qui en soi pourrait faire l'objet d'une expertise. Le temps nécessaire à la réalisation d'une évaluation est cependant le plus souvent trop long pour que les tribunaux y recourent couramment. C'est pourquoi on peut considérer que deux voies principales s'ouvrent à eux. Ils considéreront tout d'abord que c'est aux parties d'apporter la preuve des faits et d'invoquer des évaluations déjà réalisées à l'appui de leur argumentation. En cas de doute sur les effets d'une mesure, les tribunaux pourraient procéder, comme l'a fait la Cour de Karlsruhe, en admettant provisoirement la légalité ou la constitutionnalité d'une mesure étatique et en imposant à l'organe étatique concerné le soin d'observer les effets en procédant à une évaluation, puis de corriger la mesure en fonction des observations faites.

L'évaluation est menacée de deux dangers: l'amateurisme et la manipulation des résultats par l'autorité. C'est pourquoi la solution française de créer un Conseil scientifique doit être approuvée, dès le moment au moins où la pratique de l'évaluation se généralise. Même si l'évaluation n'est pas une pure fonction scientifique, il est néanmoins nécessaire de disposer d'un organe central permettant de valider la qualité des évalua-

tions et d'assurer à celles-ci un minimum d'objectivité. Le Conseil peut exercer une série de fonctions annexes: assurer l'indépendance des chercheurs par rapport à leurs mandants, veiller à la publicité des résultats, etc.

Il n'est pas nécessaire d'assurer une coordination stricte des évaluations, car il faut que les besoins en la matière puissent s'exprimer avec beaucoup de liberté. Il faut pourtant, pour éviter les doubles-emplois, qu'une publicité soit assurée de façon à ce que tous les acteurs connaissent les commandes d'évaluations et les rapports d'évaluation. Il y a lieu d'établir un registre des évaluations décrivant leur objet et les principales étapes de leur développement. Il importe aussi d'établir un recueil de rapports d'évaluations et de les diffuser largement, ce qui ne pose aucun problème avec le développement de l'internet. On disposera ainsi peu à peu d'un thesaurus des évaluations, permettant à la fois de conserver les informations recueillies et de prendre conscience de la nécessité de les renouveler ou de les compléter. C'est une des missions qui pourraient être confiées au Conseil scientifique de l'évaluation.

8. Le besoin de réglementation

Au fur et à mesure que l'évaluation se développe, la nécessité de la réglementer se fait sentir. L'évaluation, comme toute activité des pouvoirs publics, doit respecter l'ensemble des exigences d'un Etat de droit. Sous l'angle de la légalité, les éléments importants de la réglementation doivent figurer dans une loi formelle (voir MORAND 1993: 94, 95). Celle-ci désignera l'organe chargé de conduire l'évaluation, les finalités de celle-ci, les principales données qui doivent être recueillies. Les détails de la réglementation peuvent figurer dans des actes normatifs adoptés par le gouvernement (ordonnances, décrets, règlements). La délégation législative est évidemment possible à condition que l'essentiel de la réglementation figure dans la loi formelle. Les exigences de légalité sont plus strictes lorsqu'une loi a un caractère expérimental. On considère dans ce cas que la loi doit préciser «le type de données à récolter, la démarche méthodologique» (MADER 1993: 240). On estime aussi que la loi doit désigner les institutions responsables de l'évaluation et préciser les critères de l'évaluation (MADER 1993: 240).

En ce qui concerne la fonction évaluative du parlement, la tendance se fait jour de l'inscrire dans la Constitution. Le projet de révision totale de la Constitution suisse, qui sera soumis au vote du peuple et des cantons le 18 avril 1999, prévoit à l'article 170 que «L'Assemblée fédérale veille à ce que l'efficacité des mesures prises par la Confédération fasse l'objet d'une évaluation.» Dans la même veine, l'article 24 du projet Vedel de révision de la Constitution française prévoyait que le Parlement vote la loi et «*en évalue les résultats.*»

Si la constitution peut prévoir l'évaluation des lois, il n'est pas nécessaire qu'elle le fasse pour qu'un organe soit habilité à y procéder. Une base légale est nécessaire, mais pas une base constitutionnelle.

Lorsque la pratique de l'évaluation se développe dans un pays, le besoin de disposer d'une réglementation générale se fait jour. Il peut s'agir d'une réglementation séparée ou d'une partie de la loi relative à la procédure législative, la «loi sur les lois». Le besoin de réglementation générale est manifeste, lorsqu'un Conseil scientifique de l'évaluation est créé. Parmi les dispositions qui doivent impérativement figurer dans la réglementation générale, on peut citer l'obligation de publier les résultats de l'évaluation, l'obligation pour l'organe concerné par les résultats de celle-ci de les prendre en considération. Des dispositions spécifiques devraient être prises au sujet de l'évaluation des lois expérimentales. Il y a lieu ainsi de prévoir que le législateur doit explicitement rendre compte des résultats de l'expérimentation (MADER 1993: 240).

La réglementation de la procédure évaluative et tout particulièrement la prévision de l'obligation de publier les résultats servent à garantir qu'un débat puisse s'instaurer au sujet des effets de la législation. Ils assurent l'apparition d'une arène démocratique de discussion des résultats de l'évaluation.

9. Conclusions

1. L'évaluation implique un changement culturel aussi important que celui qui s'est produit au cours des XIX^e et XX^e siècles lors de la construction de l'Etat de droit. Celui-ci ne s'est réalisé pleinement

que lorsque tous les actes de l'Etat, y compris la législation, ont été soumis à des contrôles de légalité et de constitutionnalité. Dans les pays européens, la construction de l'Etat de droit a pris plus d'un siècle. Et le processus est loin d'être achevé. L'Etat gestionnaire et propulsif (voir MORAND 1998) ne trouvera son achèvement que par la mise en place de contrôles généralisés de l'efficacité de l'action étatique. Ces contrôles visent à la fois à optimiser la satisfaction des besoins que l'Etat prend en charge et à ouvrir un espace démocratique de discussion portant sur la manière avec laquelle ces besoins sont satisfaits.

L'évaluation législative s'inscrit ainsi dans un vaste processus de procéduralisation du droit et de l'action étatique. Cette procéduralisation va même au delà de celle que Habermas suggère de faire pour assurer une égale participation à la confection des lois. Elle dépasse aussi celle que l'on propose avec raison d'instaurer au niveau de leur application et de leur mise en œuvre (voir LENOBLE 1994: 64ss). Il s'agit de mettre en place une arène démocratique permettant d'assurer une discussion aussi équitable que possible des résultats de l'action étatique.

2. Comme tout changement culturel, l'instauration systématique de l'évaluation législative prend du temps. L'expérience de la Suisse montre que la conjugaison de trois facteurs progressant simultanément sont nécessaires pour que la pratique se généralise: une volonté politique forte, le développement de techniques et de connaissances, la décision d'y affecter des moyens financiers importants. La volonté politique s'est manifestée en Suisse par la création de plusieurs instances d'évaluation au sein de l'administration, du gouvernement, du parlement (MORAND 1993: 82ss; MADER 1995: 154ss) et par la multiplication des clauses d'évaluation (MORAND 1993: 90ss). Le développement des techniques et des connaissances s'est réalisé de deux manières. D'une part par le lancement d'un vaste programme national de recherche (PNR 27) portant sur les effets des mesures étatiques, dont les résultats forment aujourd'hui le cadre conceptuel de l'évaluation (voir BUSSMANN 1995; BUSSMANN / KLÖTI / KNOEPFEL 1998). De l'autre par la formation d'évaluateurs, rompus aux méthodes des sciences sociales, pouvant servir aussi bien dans les instances étatiques que dans le secteur privé. Les be-

soins d'évaluations sont tellement considérables, les situations bloquées tellement nombreuses dans une société aussi complexe que la nôtre que les moyens financiers pourront être trouvés, si les instances d'évaluation sont assurées de disposer d'un personnel spécialisé hautement qualifié. La perspective de réaliser d'importantes économies et d'améliorer la productivité du secteur public devrait en principe suffire à convaincre les pouvoirs publics d'engager les dépenses nécessaires.

3. Il reste que la transformation des mentalités, que le développement d'un réflexe évaluatif ne s'opèrent que très difficilement chez deux types d'acteurs qui, à ce jour, ont été prépondérants dans le processus de production de la législation: les politiques et les juristes. Les politiques, parce qu'ils sont élus sur des promesses qu'ils tentent de réaliser coûte que coûte, en se préoccupant assez peu des effets réels produits. Les juristes, parce qu'ils ne sont pas formés à analyser l'impact des lois sur la réalité sociale. A court terme, le personnel qui pourra procéder aux évaluations devra être choisi parmi les diplômés des écoles s'occupant de l'analyse des politiques publiques. A long terme, on peut espérer que des juristes ayant une formation interdisciplinaire pourront aussi assumer cette tâche.

Le besoin de spécialistes n'existe pas seulement au niveau des chercheurs et des bureaux d'études qui réalisent les évaluations, mais aussi à celui des instances qui les pilotent. On peut dès lors penser qu'à long terme des spécialistes en évaluation devront être affectés à la plupart des ministères et aux services du parlement. Dans l'Etat gestionnaire et propulsif, ces spécialistes sont aussi indispensables que les juristes l'ont été dans la phase de construction de l'Etat de droit.

Le développement de l'évaluation nécessite une patience infinie et de considérables efforts. Aucun pays ne pourra éviter de s'engager dans cette voie difficile. Nul doute que l'évaluation sera l'ardente obligation du XXI^e siècle et qu'elle entraînera, lorsqu'elle sera introduite et pratiquée largement, une transformation profonde de l'Etat et du droit.

10. Bibliographie

10.1 Évaluation législative

10.1.1 Ouvrages

- BERGEL J.-L. (dir.), L'évaluation législative. Cahiers de méthodologie juridique n° 9, *Revue de la recherche juridique* XIX-59-1994-4, p. 1073, 1410.
- DELCAMP A., BERGEL J.-L., DUPAS A. (dir.), *Contrôle parlementaire et évaluation*, La documentation française, Paris 1995.
- MADER L., L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation, Lausanne 1985.
- MORAND C.-A. (dir.), *Évaluation législative et lois expérimentales*, Aix-en-Provence 1993.

10.1.2 Articles

- CHELIMSKI E., «L'évaluation législative au Congrès des États-Unis», *Contrôle parlementaire et évaluation*, précité, p. 187ss (1995).
- HÖLAND A., «L'évaluation législative en République fédérale d'Allemagne», *Contrôle parlementaire et évaluation*, précité, p. 171ss (1995).
- JEAMMAUD A., SERVERIN E., «Évaluer le droit», *Recueil Dalloz Siry*, 34e cahier (1992), Chr. p. 263-268.
- LEURQUIN-DE VISSCHER, «Pour une évaluation législative», *Revue belge de droit constitutionnel*, p. 275ss (1995).
- MADER L., «La législation expérimentale en Suisse», *Évaluation législative et lois expérimentales*, précité, p. 221ss (1993).
- MADER L., «L'évaluation législative en Suisse», *Contrôle parlementaire et évaluation*, précité, p. 153ss (1995).
- MORAND C.-A., «L'obligation d'évaluer les effets des lois», *Évaluation législative et lois expérimentales*, précité, p. 79ss (1993).
- MORAND C.-A., «L'évaluation législative ou l'irrésistible ascension d'un quatrième pouvoir», *Contrôle parlementaire et évaluation*, précité, p. 133ss (1995).

10.2 Évaluation des politiques publiques

10.2.1 Ouvrages

- BUSSMANN W., *Accompagner et mettre à profit avec succès les évaluations des mesures étatiques*, Genève 1995.
- BUSSMANN W., KLÖTI U., KNOEPFEL P. (éd.), *Politiques publiques. Évaluation*, Paris 1998.
- CONSEIL SCIENTIFIQUE DE L'ÉVALUATION, *Petit guide de l'évaluation des politiques publiques*, La documentation française, Paris 1996.
- DRUON D., COHEN M., *Évaluation économique et environnement dans les décisions publiques*, La documentation française, Paris 1998.
- KESSLER et al., *Évaluation des politiques publiques*, Paris.
- LASCOUMES P., SETBON M., *L'évaluation pluraliste des politiques publiques. Enjeux, pratiques, produits*, GAPP-CNRS, Commissariat général du plan, Paris 1996.
- LECA J., *Petit guide de l'évaluation des politiques publiques* (1996).
- MONNIER E., *Évaluation de l'action des pouvoirs publics*, 2e éd., Paris 1992.
- STUFFLEBEAM D.L., SHINKFIELD A., *Systematic Evaluation*, Boston 1985.

10.2.2 Articles

- KLÖTI U. (1998), «Les exigences substantielles et méthodologiques de l'évaluation scientifique des politiques publiques», *Politiques publiques. Évaluation*, précité, p. 37ss (1998).
- LASCOUMES P., «Pratiques et modèles de l'évaluation», *Évaluation des politiques publiques*, précité, p. 23ss (1998).
- LECA J., «Le Conseil scientifique de l'évaluation», *Contrôle parlementaire et évaluation*, précité, p. 101ss (1995).
- SCRIVEN M., «Goal free Evaluation», in E. House (éd.), *School Evaluation: the politics and process*, New York 1993.
- VIVERET P., *L'évaluation des politiques et des actions publiques. Rapport au Premier-Ministre*, Paris 1989.
- WEIDNER H., KNOEPFEL P., «L'évaluation et la médiation», *Politiques publiques. Évaluation*, précité, p. 151ss (1998).

10.3 Légistique

CEFOLEG. Diplôme de formation permanente à distance du CETEL de Genève. Le cours est disponible gratuitement à l'adresse Internet: <http://webdroit.unige.ch>

MORAND C.-A., «Éléments de légistique formelle et matérielle», *La légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence 1999.

10.4 Divers

CARBONNIER J., *Sociologie juridique*, PUF, Paris 1994.

CHEVALLIER J., «La rationalisation de la production juridique», *L'État propulsif*, (dir. C.-A. Morand), Paris 1991.

LASCOUMES P., *L'éco-pouvoir, environnement et politiques*, Ed. La Découverte, Paris 1994.

LENOBLE J., *Droit et communication*, Les éditions du Cerf, Paris 1994.

Morand C.-A., *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ, coll. Droit et société, Paris 1998.