

**d r o i t** **et** **s o c i é t é**

Maison des Sciences de l'Homme

# **Le droit néo-moderne des politiques publiques**

*par*

*Charles-Albert Morand*

**26**

**L.G.D.J**

sont affectés d'un certain poids<sup>207</sup>. Ils se bornent à donner une direction très vague aux comportements. On s'explique dès lors que c'est au sujet des principes du droit international que Lord Mac Nair a, pour la première fois, utilisé le terme de *soft law*<sup>208</sup>. La norme de comportement n'étant que très faiblement prédéterminée par les principes, la règle est pour l'essentiel établie par l'administration ou le juge au moment où ils procèdent dans chaque cas d'espèce à la pesée des intérêts en cause. Les décisions prises sur la base de principes, n'étant pas fondées sur des règles fixes générales et abstraites, doivent l'être en application d'une règle individuelle et concrète fournissant le résultat de la pesée des intérêts en jeu dans chaque cas d'espèce. On voit qu'en légiférant au moyen de principes on s'écarte radicalement du modèle du droit moderne de la règle de juste conduite applicable à tous de manière indifférenciée. La métaphore de la règle de Lesbos<sup>209</sup>, qui épouse les formes changeantes de la pierre, convient bien pour caractériser les principes sur la base desquels le juge établit une règle individuelle sur la base d'une pesée d'intérêts.

---

### *Le droit de l'État réflexif*

---

<sup>207</sup> MORAND C.-A. (1996), *op. cit.*, (note 31), 44.

<sup>208</sup> ABI-SAAB G. (1997), *op. cit.*, (note 5), 206.

<sup>209</sup> ARISTOTE (1970), *Ethique à Nicomaque*, 157.



Les théoriciens de l'autopoièse considèrent qu'en raison de la clôture du système juridique les programmes finalisés sont incapables d'agir efficacement par la contrainte sur d'autres systèmes (économie, culture, etc.) tout aussi désespérément clos. Ces programmes ont souvent des effets nuisibles et représentent une perte de temps et d'argent<sup>1</sup>. Une intervention autoritaire et directe sur des systèmes clos est aussi inefficace que la politique des canonières ou la politique du bâton. Ils proposent à partir de cette analyse de substituer aux programmes finalisés des programmes relationnels engendrant un droit réflexif<sup>2</sup>.

L'État réflexif est un État propulsif assoupli, certains parlent d'État catalyseur<sup>3</sup>, qui tient compte des réactions des destinataires de ses commandements ou qui cherche à s'adapter à la logique des systèmes qu'il tente d'influencer. Il fait preuve, comme l'indique Willke<sup>4</sup>, d'empathie systémique. Il cherche à comprendre le mode opératoire d'un autre système et à en tirer les conséquences pour ses opérations internes. Le corporatisme social, qui s'est développé dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle en Allemagne, en Autriche, aux Pays-Bas et en Suisse à la suite de la transformation des corporations en groupes d'intérêts, réalise au plus haut point cette empathie systémique. Il assure la médiation entre l'État et la société civile. Les groupes d'intérêts peuvent, grâce à une participation garantie et constante à la prise des décisions étatiques, faire en sorte que celles-ci prennent en compte leur mode opératoire interne. Dans le domaine économique, l'État renonce à une part de domination devenue incertaine pour lui, mais les groupes abandonnent de leur côté une part de liberté, elle aussi incertaine. Lorsque les relations s'intensifient et deviennent régulières, on assiste à la nais-

1 WILULKE H. (1986), «Diriger la société par le droit?», *Archives de philosophie du droit* 31, 205.

2 WILULKE H. (1991), «Trois types de Structures juridiques: programmes conditionnels, programmes finalisés programmes relationnels», *L'État propulsif*, (dir. C.-A. MORAND), 65ss; TEUBNER G. (1993), *Le droit. Un système autopoïétique*, 101ss.

3 PAPADOPOULOS Y. (1995), *Complexité sociale et politiques publiques*, 75ss; FLÜCKIGER A. (1996), «Management territorial et droit post-moderne: La planification émergente», *Le Management territorial: pour une prise en compte du territoire dans la nouvelle gestion publique*, 266ss.

4 OSBORNE D./GAEBLER T. (1992), *Reinventing Government: how the Entrepreneurial Spirit is transforming the public Sector*.

5 WILULKE H. (1992), *Ironie des States*, 273.

6 Voir SCHMITTER P.-C. (1981), «Interest intermediation and regime governmentality in contemporary Western Europe and North American», *Organizing Interests in Western Europe*, 289.

574  
474  
802

sance d'une structure qui assure de manière stable la confrontation et l'harmonisation des points de vue de l'État et de l'économie<sup>7</sup>. Le corporatisme social est le mécanisme le plus rodé et le plus achevé pour assurer cette harmonisation. Les critiques des partisans de l'autoprotèse à l'égard des programmes finalisés sont excessives dans la mesure où la plupart des États ont renoncé spontanément ou à la suite de mouvements sociaux à produire des politiques publiques purement autoritaires et ont introduit dans leur action une certaine dose de flexibilité. Willke<sup>8</sup>, si critique à l'égard des programmes finalisés, reconnaît implicitement, en citant Rose<sup>9</sup>, que ceux-ci représentent une structure plus théorique que réelle dans les démocraties : «Les politiques sociales des États modernes consistent en actes de coopération plutôt que de souveraineté. Elles ne peuvent réussir que si elles s'harmonisent avec le comportement indépendant des individus, des familles et des petits groupes sociaux qui pourraient résister ou réagir de façon imprévisible à la politique gouvernementale.» Si la théorie autopolitique a opéré une critique fantasmagorique des programmes finalisés, en exagérant leur caractère rigide et autoritaire, elle conserve toute sa valeur explicative pour comprendre la difficulté d'agir par le droit sur des systèmes sociaux toujours plus fermés et la nécessité de recourir le plus largement possible à des programmes relationnels.

L'empathie systémique se réalise soit par la négociation des solutions qui peuvent être données à des problèmes sociaux, soit par la prise en compte des points de vue et des critères au moyen desquels les acteurs influencés se dirigent. L'État réflexif procède soit en réduisant par la négociation ses capacités hétéronomatives théoriques, soit en respectant les facultés d'autoorganisation des groupes qu'il cherche à diriger.

Le modèle de l'État réflexif a plus que d'autres une valeur heuristique. Il représente un aménagement de l'État propulsif inhérent à l'existence d'institutions démocratiques. L'État propulsif autoritaire n'est concevable dans une forme pure que dans un État totalitaire. Il a trouvé sa pleine expression dans les pays qui ont eu recours à la planification rigide comme l'Allemagne du 3ème Reich, comme l'Union soviétique et dans ceux qui, de manière provisoire, ont mis sur pied une économie de guerre ou de reconstruction. L'institution de la démocratie introduit à elle-seule une certaine dose de flexibilité dans la mesure où les électeurs sont appelés à juger et à réorienter les politiques publiques adoptées par leurs dirigeants. Elle a un effet secondaire plus important encore. En garantissant de multiples droits aux justiciables, elle

<sup>7</sup> WINTER G. (1982), «Literaturbericht zum Thema», *Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft*, 28.

<sup>8</sup> WILLKE H. (1986), *op. cit.*, (note 1), 201, 202.

<sup>9</sup> ROSE R. (1976), «On the Priorities of Government: A Developmental Analysis of Public Policies», *European Journal of Political Research*, 49.

favorise la résistance des individus et des groupes aux commandements autoritaires. En développant cette capacité de résistance, la démocratie oblige les dirigeants à introduire une certaine dose de concertation dans l'adoption et la mise en œuvre des réglementations autoritaires. Une démocratie directe étendue fait croître de manière géométrique ce besoin de concertation.

Le dosage de la flexibilité varie énormément d'un pays à l'autre. Sur une échelle qui essayerait de la mesurer, la Suisse et la France occuperaient des positions extrêmes. La Suisse constitue l'État réflexif par excellence, un État néo-corporatiste<sup>10</sup>. Les institutions de démocratie directe rendent la concertation indispensable. Aucune politique publique ne peut être adoptée sans que se déroulent de vastes négociations avec les groupes concernés. Une procédure de consultation obligatoire et institutionnalisée trace le cadre de la discussion qui doit normalement aboutir à des compromis acceptables au moins par les groupes influents susceptibles de provoquer un référendum ou de jouer un rôle dans une campagne référendaire. En dehors de la procédure de consultation institutionnalisée, se déroulent de vastes négociations officieuses. Le fédéralisme d'exécution pour sa part aménage des plages de négociation au sujet de l'application du droit entre autorités fédérales et cantonales, entre celles-ci et les groupes d'intérêts locaux ou avec les communes dont l'autonomie est garantie. La négociation et le compromis traversent de part en part le processus de formation et de mise en œuvre du droit.

Les politiques publiques qui paraissent les plus autoritaires à première vue font pourtant une large place à la négociation et à la concertation. Rien ne paraît au premier abord plus contraignant que les valeurs-limites d'émission consacrées par la loi suisse sur la protection de l'environnement. Pourtant l'établissement de ces valeurs, qui doit être opéré par le Gouvernement en tenant compte de l'état de la technique, des conditions d'exploitation et du caractère économiquement supportable des limitations<sup>11</sup>, implique et fait l'objet de vastes négociations avec les groupes intéressés. L'assainissement des entreprises qui dépassent ces limites se fait dans le cadre d'une procédure insistant un dialogue avec l'autorité. Il s'opère sur la base d'un plan établi par les entreprises elles-mêmes<sup>12</sup>. Si le respect des valeurs est impératif, la négociation porte sur le temps nécessaire à la réalisation de l'assainissement et sur les allègements qui peuvent être accordés. Sous la structure autoritaire des valeurs-limites d'émission, la loi en établit une deuxième comportant dialogue et concertation.

<sup>10</sup> MOOR P. (1992), *Droit administratif*, III, 95.

<sup>11</sup> Art. 11 al. 2 LPE.

<sup>12</sup> Art. 16 al. 3 LPE.

*Democratie  
directe  
comme  
compromis  
de pouvoir  
de former  
des lois  
de manière  
collaborative*

La France est présentée traditionnellement comme l'État fort et centralisé, «le prototype du modèle étatiste, dans lequel administration, grands corps, cabinets ministériels et experts publics jouent un rôle prépondérant»<sup>13</sup>. La méfiance à l'égard du corporatisme, du fédéralisme, de tout ce qui divise et fait obstacle au traitement égal des individus, a des racines profondes. La suppression des corporations et la consolidation lors de la Révolution de l'effort de centralisation entrepris par la monarchie expliquent la faible propension à la mise en place de structures réflexives. Cette méfiance à l'égard de ce qui divise se manifeste aussi bien au niveau des principes constitutionnels qui s'opposent à toute évolution vers le fédéralisme<sup>14</sup> que dans la culture politique, réfractaire aux régimes particuliers, aux discriminations positives, aux règles négociées, source de division et d'éclatement des normes.

Et pourtant des transformations considérables sont en cours aussi bien au niveau de la pratique que de la culture politique. La méthode «Rocard» établie dans la circulaire du 23 février 1989, les rapports Picaq (mai 1994) et Minc (novembre 1994) qui préconisent à la fois le recours à la négociation et l'abandon de la conception traditionnelle de l'égalité<sup>15</sup>, sont les signes les plus manifestes d'une évolution tendant à introduire plus de flexibilité dans la production du droit et des politiques publiques. Ce mouvement n'est d'ailleurs pas si nouveau que cela. La concertation, la contractualisation des activités de l'administration remonte aux toutes premières phases du développement de l'interventionnisme économique<sup>16</sup>. La difficulté que l'État rencontre en cherchant à diriger autoritairement l'économie a été perçue très tôt : «Les mécanismes économiques sont souvent trop complexes et délicats pour que les autorités politiques puissent être certaines d'obtenir toujours les résultats escomptés par la voie contraignante et autoritaire. Elles sont ainsi portées à préférer l'assentiment et la collaboration des agents économiques privés»<sup>17</sup>.

L'image de l'État et de l'administration française est en complet décalage avec les pratiques. Les études de mise en œuvre montrent que, sous le modèle apparent du droit autoritaire imposé unilatéralement à ses destinataires, s'en profile un autre où la négociation tient une très large place. «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 concer-

<sup>13</sup> PAPADOPOULOS Y. (1995), *op. cit.*, (note 3), 63.

<sup>14</sup> Voir la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le statut de la Corse.

<sup>15</sup> CHEVALLIER J. (1996), «État et institutions. L'évolution du débat sur l'État», *L'État de la France 96-97*, 489, 490.

<sup>16</sup> LAUBADÈRE (de) A. (1979), «Interventionnisme économique et contrat», *Revue française d'administration publique* 12, 781ss.

<sup>17</sup> *Ibid.*, 415.

nées»<sup>18</sup>. «La norme de droit, qui constitue un élément de la normativité sociale, s'avère dès lors négociable parce qu'elle est appliquée et applicable parce qu'elle est négociée»<sup>19</sup>. On pourrait multiplier les citations. Sur la base de nombreuses études empiriques, Lascombes<sup>20</sup> souligne le caractère banal du phénomène. «Quel que soit le domaine, les règles juridiques fonctionnent pour les acteurs de la mise en œuvre comme un ensemble de ressources et de contraintes, à partir duquel se développent des négociations sur les conditions de leur application.» Si la concertation n'est pas réalisée au niveau de l'élaboration des lois, le besoin de réaliser un couplage systémique pour favoriser la réussite des politiques publiques est tellement évident et intériorisé qu'il se réalise aux niveaux de la mise en œuvre des programmes et de l'application des normes juridiques.

L'Union européenne se trouve, de son côté, dans une situation particulière. Le transfert des compétences nationales au niveau communautaire aboutit à une repolitisation des processus de décision, à un regain d'influence des autorités politiques nationales et supranationales et inversement à un déclin du rôle des groupes dans la formation des politiques publiques<sup>21</sup>. L'Union est moins corporatiste que les États membres. La faiblesse des liens avec les groupes, combinée avec le déficit démocratique persistant du processus de décision, produit ainsi un découplage avec la société civile. Cette faible réflexivité remet en question la légitimité des politiques publiques supranationales et contribue probablement à l'impression de désenchantement qui les entoure.

Des signes montrent que des tentatives sont faites au niveau supranational pour mieux associer les groupes à l'adoption des actes communautaires. On constate aussi une tendance à leur permettre de participer à la mise en œuvre des politiques communautaires<sup>22</sup>. On ne peut pas exclure non plus que des mécanismes d'adaptation se mettent en place de manière souterraine au détriment de la préoccupation sacro-sainte d'application uniforme du droit communautaire. Tout laisse pourtant à penser que la faiblesse du couplage structurel se maintiendra longtemps encore<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> DUPUIS F./THOENIG J.-C. (1985), *L'administration en mielles*, Fayard, Paris, 91.

<sup>19</sup> GAUDIN J.-P. (1996), «Construction de la norme et négociations territoriales», *Revue européenne des sciences sociales* 34, (n° 104), 125ss.

<sup>20</sup> LASCOMBES P. (1994), *L'éco-pouvoir*, 153.

<sup>21</sup> Voir SCHMITTER P.-C. (1994), «The future. Euro-Policy and its Impact upon Private Interest Governance within Member-States», *Droit et société* 28, 659ss.

<sup>22</sup> *Ibid.*, 673-675.

<sup>23</sup> *Ibid.*, 675.

### I. Les programmes relationnels

Ils constituent une structure intermédiaire entre le droit conditionnel de l'État libéral qui, hormis le droit de police, se borne à tracer un cadre à l'autoorganisation de la société et les programmes finalisés de l'État propulsif. Ils procèdent d'un double refus, celui du « contrôle autoritaire et direct » de systèmes sociaux autonomes et celui de « l'autonomie absolue » de ces systèmes<sup>24</sup>. Troisième voie, conciliant autonomie et direction, ces programmes pourraient constituer la formule magique<sup>25</sup>, à savoir « trouver la forme juridique qui laisserait intacte l'autonomie des sous-systèmes sociaux, tout en orientant dans une certaine direction, dans laquelle ils pourraient respecter réciproquement leurs conditions de fonctionnement respectives. » En incluant les destinataires dans la formation et la mise en œuvre des règles, les programmes relationnels cherchent à opérer un couplage structurel entre le système juridique et le système régulé<sup>26</sup>. Au lieu d'intervenir de l'extérieur en cherchant à imposer autoritairement des solutions, l'État, lorsqu'il recourt à des programmes relationnels, tente de créer des *structures intérieures réflexives* au système qu'il tente d'orienter.

Les programmes relationnels sont des programmes finalisés assouplis grâce à une prise en compte des problèmes qu'ils risquent de poser dans les systèmes qu'ils cherchent à influencer. Ils comportent ainsi, à l'instar des programmes finalisés, des objectifs, des moyens d'action et un processus d'évaluation. Mais ces trois composants des programmes sont conçus avec plus de souplesse.

#### A. Nature des objectifs

Les objectifs négociés des programmes relationnels ne se distinguent pas nettement de ceux qui sont établis autoritairement dans le cadre de programmes finalisés. Il n'y a pas d'un côté des objectifs précis à réaliser absolument dans le cadre des programmes finalisés et les objectifs flous des programmes relationnels. Les programmes finalisés comportant d'emblée des objectifs opérationnels et précis sont, comme nous l'avons vu, assez rares. La tentative souvent inconsciente de réaliser un couplage structurel avec les divers systèmes formant la société civile a pourtant pour effet de renforcer à la fois le caractère flou des objectifs, la coexistence au niveau de la formation des politiques publiques d'une multitude d'objectifs complémentaires ou contradictoires et enfin

<sup>24</sup> WILKIE H. (1992), *op. cit.* (note 5), 270.

<sup>25</sup> TEUBNER G. (1993), *op. cit.* (note 2), 153.

<sup>26</sup> *Ibid.*, 96.

leur aptitude à s'adapter aux situations locales. Le flou des objectifs est accru dans la mesure où les programmes relationnels admettent d'emblée la possibilité d'une dérive due à leur insertion dans les structures réflexives internes des systèmes régulés, du fait aussi qu'ils sont ouverts à l'absorption des émergences qui apparaissent au niveau de la mise en œuvre.

La coexistence d'objectifs multiples est favorisée par le fait que, grâce à la négociation, les groupes les plus divers sont amenés à injecter leurs préoccupations dans le programme d'une, voire d'un ensemble de politiques publiques. À lui seul, le droit de l'aménagement du territoire fait la liste de plusieurs dizaines d'objectifs<sup>27</sup> à prendre en considération, lorsqu'un plan ou une décision doivent être adoptés. Derrière à peu près chaque objectif, on peut localiser un groupe d'intérêts prêt à en assumer la promotion.

Un autre trait des programmes relationnels est qu'ils favorisent l'éclatement des objectifs centraux au moment de la mise en œuvre à la périphérie. Ceux-ci sont conçus de manière telle qu'ils peuvent être interprétés et adaptés par les autorités d'application en fonction des intérêts et préoccupations qui se manifestent localement. Un des exemples les plus frappants qu'il nous a été donné d'étudier en profondeur<sup>28</sup> est la loi suisse sur l'acquisition d'immeubles par les étrangers. Issue de négociations entre des intérêts contradictoires, la loi mettrait en place, malgré ses apparences autoritaires, un programme relationnel. En l'absence d'un contrôle centralisé de la réalisation des objectifs, elle permettrait aux autorités cantonales de poursuivre, en interaction avec les groupes d'intérêts locaux, les politiques publiques les plus variées. Auberge espagnole, le programme permettrait à certains cantons de mettre en place une politique stricte conforme aux objectifs déclarés, à d'autres de poursuivre une politique de développement touristique, à d'autres enfin de poursuivre des objectifs visant à la construction de logements sociaux.

#### B. Les moyens d'action

Quatre modalités principales permettent d'assurer le couplage structurel entre l'État et la société civile. La première consiste à associer les groupes d'intérêts à la formation et à la mise en œuvre de la législation. Une certaine flexibilité peut aussi être obtenue, lorsque l'administration se met informellement à négocier l'application des normes au lieu de prendre des décisions unilatérales. Une deuxième voie, qui aboutit à des résultats assez semblables à la première, réside dans l'autoréglementation dirigée. Dans cette formule, l'État

<sup>27</sup> MORAND C.-A. (1996), « Vers un droit de l'environnement souple et flexible : le rôle et le fonctionnement des principes », *Quel avenir pour le droit de l'environnement?*, 271-3.

<sup>28</sup> DELLEY J.-D. et al. (1982), *Le droit en action. Etude de mise en œuvre de la loi Furgler*.

confère à des groupes privés le pouvoir d'établir eux-mêmes une réglementation obligatoire. En contrepartie de l'octroi de ce pouvoir exorbitant, l'État pose des conditions à son exercice et fixe parfois certains objectifs à atteindre. Cette forme implique une négociation préalable informelle entre les pouvoirs publics et les groupes privés concernés. Un troisième procédé consiste à établir des législations et des programmes qui s'insèrent dans la logique des acteurs dont on cherche à orienter les comportements. Certains instruments économiques de protection de l'environnement sont exemplaires à cet égard. Une dernière source de réflexivité peut être trouvée dans la planification émergente.

### 1. La contractualisation de la formation, de la mise en œuvre et de l'application du droit

Juridiquement, il est nécessaire de distinguer les négociations qui se nouent à l'occasion de la formation de la loi de celles qui se déroulent lors de sa mise en œuvre et ou de son application à des situations concrètes. La distinction n'est pourtant ni tranchée ni indiscutable dans une perspective d'analyse des politiques publiques. La ligne de démarcation entre formation de la loi et mise en œuvre est floue, dans la mesure où celle-ci comporte à la fois l'édiction de normes d'exécution ou de substitution, en cas de délégation législative, et la mise en place de stratégies de réalisation de la politique publique en cause. On sait par ailleurs que c'est souvent au niveau de la mise en œuvre et pas à celui de la formation de la législation qu'une politique publique est établie pour l'essentiel<sup>29</sup>. Il apparaît aussi que dans les formes les plus avancées du corporatisme social, il y a un lien étroit entre la participation à la formation et à la mise en œuvre de la législation. On constate enfin que certains actes concrets, comme l'octroi d'une concession, peuvent servir de réglementation pour un nombre considérable de personnes et révéler la mise en place d'une politique publique. La négociation et le contrat traversent en réalité l'ensemble du processus de formation et de mise en œuvre du droit. Ils prennent une importance énorme et souvent insoupçonnée, car ils permettent de minimiser le coût des différends, de gérer la complexité sociale, d'intégrer des rationalités diverses, de coordonner en souplesse des espaces normatifs éclatés<sup>30</sup>. On a en effet montré que la contractualisation, et de manière plus générale la concertation, «canalise l'action des groupes à un niveau supérieur de coordination, selon une nouvelle architecture de la complexité sociale dont on sait qu'elle se caractérise

par des rapports excentrés et horizontaux plutôt que hiérarchiques et verticaux»<sup>31</sup>.

#### a. La contractualisation de la formation de la législation

Les modalités de participation des groupes à la formation de la législation sont diverses. La nature juridique des actes et le degré de réflexivité introduite dans le processus de formation des normes varieront en fonction de ces modalités. Les groupes peuvent être coauteurs de la réglementation; ils peuvent voir leur rôle borné à l'exercice d'une influence; ils peuvent exercer un pouvoir réglementaire à la suite d'une délégation législative. L'État peut aussi, avec l'accord des groupes, étendre la force obligatoire de réglementations privées.

À notre connaissance, il n'existe pas d'exemple où le Parlement et les groupes soient juridiquement coauteurs d'une législation. Il arrive en revanche que celle-ci soit la mise en forme d'un accord préalable. Les plus célèbres sont les accords de Grenelle en France et l'accord Scotti de 1986 en Italie, qui a mis fin à l'échelle mobile des salaires<sup>32</sup>. Formellement, ces accords ne lient évidemment pas le Gouvernement et a fortiori le Parlement. Une colégislation véritable serait contraire aux règles constitutionnelles déterminant la procédure d'adoption des lois. Les accords sont dès lors fondés sur la confiance que s'accordent les partenaires à la négociation. La structure n'est pas très différente, lorsque les groupes sont consultés dans le cadre de la formation de la législation. Ainsi Meynaud<sup>33</sup> pouvait-il constater, au prix d'une légère exagération, que légiférer en Suisse consiste, pour le Gouvernement et le Parlement, à apposer leur sceau au bas d'un traité entre associations privées. Dans la même veine, Bobbio<sup>34</sup> estimait qu'en Italie la loi ne faisait que ratifier des accords préétablis<sup>35</sup>. Ewald<sup>36</sup> constate de son côté que le contrat social fait place à des «contrats sociaux souples, multiples, révisibles.»

Le corporatisme repose sur un système de sanctions inversé. L'adoption d'une loi conforme à l'accord corporatiste passé est la condition posée par les groupes privés au maintien de la paix sociale ou à leur adhésion aux projets étatiques. La menace qui pèse sur le gouvernement et sur le parlement pour qu'ils exécutent fidèlement les traités de paix<sup>37</sup>, que représentent les accords corporatistes, est tout aussi efficace que n'importe quelle sanction juridique.

<sup>29</sup> *Ibid.*, 182.

<sup>30</sup> Voir MORAND C.-A. (1991), «Les nouveaux instruments d'action de l'État et le droit», *Les instruments d'action de l'État*, 186.

<sup>31</sup> MERYNAUD I. (1963), *Les organisations professionnelles en Suisse*, 268.

<sup>32</sup> BOBBIO (1980), *Il contratto sociale, oggi*, 30.

<sup>33</sup> *Ibid.*, 39.

<sup>34</sup> EWALD F. (1986), *L'État providence*, 463, 548ss.

<sup>35</sup> BOBBIO (1980), *op. cit.*, (note 34), 6.

<sup>29</sup> DURAN P. (1993), «Piloter l'action publique, avec ou sans le droit», *Politiques et Management public* 11, 32.

<sup>30</sup> Voir THUOT J.-F. (1998), *La fin de la représentation et les formes contemporaines de la démocratie*, 181-183.

Juridiquement, la loi adoptée en vertu d'un accord préalable reste un acte unilatéral émanant du Parlement. Il y a une dissociation nette entre les points de vue juridique et sociologique, entre l'analyse interne et externe. Il ne s'agit pourtant pas d'une rupture complète. Comme nous le verrons, les accords corporatistes peuvent être pris en considération au stade de l'interprétation.

À l'inverse de ce qui se passe au niveau de la loi, le Gouvernement et des groupes privés peuvent apparaître comme coauteurs d'un acte réglementaire. Le parlement, ayant la compétence d'opérer une délégation législative aussi bien en faveur du gouvernement que de groupes privés, peut prévoir que leurs concours est nécessaire à l'adoption d'un acte réglementaire. Les conventions comportant des clauses réglementaires sont assez fréquentes en Suisse et en France<sup>38</sup>. Elles manifestent bien les règles du jeu sur lesquelles se construit le droit réflexif. L'État renonce à son pouvoir exclusif d'hétéronormativité pour obtenir l'adhésion des groupes qu'il cherche à orienter.

Il n'est pas possible de décrire ici les diverses techniques qui portent sur l'exercice du pouvoir réglementaire et l'adoption de conventions corporatistes. On se bornera à signaler qu'en France, les conventions visant à limiter les coûts de la santé<sup>39</sup>, avaient pour particularité de ne pas lier juridiquement les médecins. Elles constituaient pourtant une législation de fait dans la mesure où plus de 95% des médecins y avaient adhéré individuellement. L'extension de la force obligatoire de réglementations privées est une autre manière d'assurer le couplage structurel avec les systèmes que les pouvoirs publics cherchent à influencer. Les procédés sont très variés<sup>40</sup>. Une technique ancienne et classique consiste pour les pouvoirs publics à étendre à certaines conditions la force obligatoire des conventions collectives de travail. L'extension est en quelque sorte automatique lorsque, comme en France, les convention collectives lient à certaines conditions tous les travailleurs, qu'ils fassent ou non partie des syndicats contractants<sup>41</sup>.

À côté de ces techniques classiques, on en trouve d'autres moins orthodoxes, qui couplent l'extension avec des politiques publiques fournissant des avantages aux entreprises. En Suisse, celles qui sont adjudicataires de travaux publics ou qui bénéficient de l'octroi de contingents de travailleurs étrangers n'obtiennent ces avantages qu'à condition de respecter les conventions collectives<sup>42</sup>. Le couplage entre la convention collective et les normes de la politique

publique relatives à l'engagement de travailleurs étrangers produit une combinaison originale entre les intérêts privés et l'intérêt public. L'État peut, selon les cas, être amené à assurer lui-même le contrôle du respect de la réglementation privée<sup>43</sup>.

Diverses techniques de renvoi, dans les détails desquels nous n'entrerons pas, permettent aussi d'assurer l'extension de réglementations privées. Il peut s'agir d'un renvoi direct et spécifique à des règles privées. D'un renvoi statique à des normes existant à un moment donné. Ou à l'inverse d'un renvoi dynamique aux normes existantes et futures. Les deux formes existent en Suisse, lorsque les lois cantonales visant à réaliser des économies d'énergie renvoient aux règles privées de la Société des ingénieurs et architectes relatives à l'isolation thermique des bâtiments, règles qui régissent les relations contractuelles avec leurs clients<sup>44</sup>. Il peut s'agir enfin d'un renvoi tacite réalisé grâce à l'utilisation de normes indéterminées (règles de l'art, règles déontologiques des professions libérales, référence à l'état de la technique). Le renvoi tacite aux règles de déontologie des ordres professionnels recèle d'autres tensions dans la mesure où il aboutit à élever au rang de prescriptions d'intérêt général des règles fréquemment utilisées à des fins protectionnistes.

Les techniques variées qui sont utilisées pour assurer l'extension de réglementations privées posent des problèmes juridiques nombreux, tout particulièrement au regard des exigences de légalité, qu'il serait hors de propos d'étudier ici<sup>45</sup>. Elles montrent que le couplage structurel entre le secteur public et le secteur privé n'est pas un phénomène marginal. Mais aussi que des tensions entre les intérêts publics et privés peuvent exister. D'autres formes de collaborations entre le secteur public et le secteur privé sont envisageables. Parmi celles-ci, on se bornera à citer la participation de l'État à des sociétés d'économie mixte qui permet à la fois de développer des politiques publiques et de bénéficier de la souplesse de fonctionnement des sociétés privées. Le procédé permet lui aussi d'assurer le recoupement<sup>46</sup>, le couplage entre les intérêts publics et privés.

b. La participation des groupes à la mise en œuvre et à l'application de la législation

Elle se réalise principalement de deux façons. Les pouvoirs publics peuvent négocier la mise en œuvre d'une législation avec les groupes. Une autre forme, courante en Suisse, est de confier à un groupe privé l'administration d'un programme et l'application même des normes légales. En Suisse, les poli-

38 Voir MORAND C.-A. (1991), *op. cit.*, (note 32), 187-188.

39 Art. L 162-5 du code de la sécurité sociale.

40 MOOR P. (1992), *op. cit.*, (note 10), 100ss.

41 RIVERO J./SAVVAITER J. (1975), *Droit du travail*, 6ème éd., 351.

42 AUBERT G. (1991), «Soumissions publiques et conventions collectives de travail», *Les instruments d'action de l'État*, 147ss.

43 *Ibid.*, 133.

44 Voir DELLEY J.-D./MADER L. (1986), *L'État face au défi énergétique. Etude de mise en œuvre de mesures fédérales et cantonales d'économie d'énergie*, 56-59; 62-64.

45 Voir pour le droit suisse MOOR P. (1992), *op. cit.*, (note 10), 102ss.

46 *Ibid.*, 144.

tiques régulatrices des marchés agricoles sont presque toutes administrées par des organisations privées<sup>47</sup>. Juridiquement, il s'agit d'une délégation de pouvoirs. Mais celle-ci repose nécessairement sur un accord avec les groupes concernés. Ceux-ci acquièrent alors une position dominante dans le couplage structurel. Participant à la formation et à l'application de la législation dans un sous-système relativement clos et largement à l'abri des contrôles publics, les groupes participent en fait à la fois à la prédétermination et à la codétermination du sens des normes qu'ils appliquent. Monopolisant par ailleurs les informations sur le fonctionnement et les effets produits par les programmes, ils contrôlent dans une large mesure sa transformation. Dans les programmes finalisés, on assiste à une concentration des pouvoirs législatifs et exécutifs en faveur de l'administration. Dans les programmes relationnels, où les groupes participent à la fois à la formation et à la mise en œuvre de la législation, c'est à leur profit que s'opère cette concentration.

### c. La négociation des décisions concrètes

Il y a tout d'abord un phénomène manifeste : la propension des lois à prévoir le recours au contrat de préférence à la décision autoritaire. Les exemples sont trop nombreux pour être cités. On se bornera à mentionner une figure exemplaire, le contrat territorial d'exploitation prévu dans le projet de loi d'orientation agricole<sup>48</sup>, qui sera proposé à chaque agriculteur pour modular les aides publiques qui lui seront accordées dans une conception complètement renouvelée de la politique agricole. Les études de mise en œuvre montrent qu'à ce niveau le recours au contrat est très fréquent. Les politiques publiques finalisées manifestent un tel besoin de flexibilité que lorsque la législation prévoit l'adoption de décisions autoritaires, l'administration préfère souvent négocier l'application du droit avec les individus ou les groupes concernés.

En ce qui concerne les groupes, la négociation des décisions concrètes se greffe sur diverses normes et institutions qui, comme nous l'avons vu<sup>49</sup>, servent à compenser la perte de densité normative des lois et à fournir ainsi une légitimation secondaire et de substitution. Les procédures instituant une démocratie concrète, la participation de citoyens aux décisions les concernant, l'extension des droits de recours à des associations poursuivant un but idéal ont un inconvénient majeur. Elles interviennent dans le cadre de procédures longues et coûteuses, dont l'issue est très incertaine. La décision finale se prend dans une logique du tout ou rien<sup>50</sup>. Si la décision est négative, des projets préparés pen-

<sup>47</sup> *Ibid.*, 96ss.

<sup>48</sup> *Le Monde*, 26-27 avril 1998, 6.

<sup>49</sup> *Supra*, p. 102.

<sup>50</sup> Moor P. (1987), «De la règle de droit à l'étude d'impact», *Staat und Gesellschaft*, 72.

dant des années sont réduits à néant. Les recherches empiriques montrent<sup>51</sup>, que pour parer à ces inconvénients, l'administration développe, en marge de la loi, des stratégies d'accommodation progressive des intérêts. En procédant de la sorte, elle évite de passer les procédures officielles qui se révèlent à l'expérience trop aléatoires. Ces processus d'accommodation progressive, mêlant négociation, marchandage et pilotage de la mise en œuvre, constituent probablement l'un des derniers stades de l'adaptation de l'action étatique aux législations finalisées. Ils permettent de vérifier qu'à l'ombre de la loi se déroulent des processus incriminaux<sup>52</sup> d'ajustement progressif des intérêts et de transformation graduelle des comportements. Ils n'ont, contrairement aux stratégies émergentes de mise en œuvre, aucune vocation à être officialisés. Ils assurent l'assouplissement pragmatique de programmes qui auraient toutes les peines du monde à se développer de manière autoritaire.

Les négociations avec les individus concernés par une décision prennent de leur côté une ampleur que l'on ne soupçonnerait pas, mais que de nombreuses recherches empiriques attestent. Quelques exemples permettent de caractériser le procédé. En Angleterre, au lieu d'engager des poursuites pénales contre les responsables de pollutions de l'eau, l'administration prend contact avec eux, leur fournit des conseils sur la manière d'éviter des pollutions futures, discute et négocie<sup>53</sup>. La persuasion s'avère en définitive beaucoup plus efficace que la répression. En France, au lieu de prendre des sanctions contre les entreprises qui polluent, les pouvoirs publics passent avec elles des contrats mettant en place des politiques publiques concrètes et individualisées originales<sup>54</sup>. Les contrats sont renforcés par la production de normes les plus diverses : circulaires administratives, instructions techniques, arrêtés types fixant des contraintes en matière de rejets d'affluents, normes de sécurité, d'autocontrôle<sup>55</sup>. Les arrangements informels sont si forts que leur annulation par le Conseil d'État n'affecte pas<sup>56</sup> leur application. La présence de solutions négociées est attestée dans une série de situations et de secteurs du droit pénal<sup>57</sup>. La médiation vise à substituer aux décisions de justice la solution négociée des différends, la re-

<sup>51</sup> MORAND C.-A. (1996), «Reste d'intérêts et décisions complexes», *La pesée globale des intérêts. Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire*, 75ss.

<sup>52</sup> Voir aussi CHEVALLIER J. (1991), «La rationalisation de la production juridique», *L'état provincial*, 37; LASCOMES P. (1994), *op. cit.*, (note 20), 271-273.

<sup>53</sup> HAWKINS K. (1984), *Environment and Enforcement. Regulation and the Social Definition of Pollution*.

<sup>54</sup> LASCOMES P. (1994), *op. cit.*, (note 20), 170ss.

<sup>55</sup> *Ibid.*, 171.

<sup>56</sup> *Ibid.*, 171, 172.

<sup>57</sup> DELMAS-MARTY M. (1986), *Le flou du droit*, 162, 163, 182ss.

cherche d'accords entre les parties<sup>58</sup>. Dans tous les domaines du droit, on est entré dans l'ère de la «litigociation»<sup>59</sup>. Le phénomène est d'ailleurs beaucoup plus ancien qu'on ne le croit. Les inspecteurs des manufactures mis en place par Colbert en 1669 ne se bornaient pas à sanctionner les fraudeurs. Ils se consacraient en pédagogues, en «instituteurs de la fabrique»<sup>60</sup>. Déjà à l'époque, le conseil et la négociation se substituaient fréquemment à la répression.

## 2. L'autoréglementation dirigée

Cette technique manifeste la conciliation que l'État réflexif cherche à opérer entre le pilotage de la société et le respect des facultés d'autoorganisation des groupes dirigés. Conciliation des contraires, l'autoréglementation dirigée est fondée sur un échange entre l'État et les groupes privés. Ceux-ci acceptent de limiter volontairement leur liberté d'action à une double condition, l'une négative d'être assurés de ne pas se voir imposer une réglementation autoritaire et l'autre positive de se voir conférer par l'État le pouvoir exorbitant de légiférer. Contre ces avantages, les groupes privés acceptent de suivre la ligne de la politique tracée par l'État. Celui-ci y trouve son compte dans la mesure où il réussit à se décharger de la mise en place d'une politique conflictuelle et à éviter les oppositions qui pourraient mettre en danger la réalisation de celle-ci.

L'autorégulation dirigée a trouvé un terrain de prédilection dans le cadre de la politique sociale et dans celui des politiques publiques qui s'adressent à des groupes puissants et bien organisés, comme par exemple les banques en Suisse. Dans le domaine de la politique sociale, la technique s'articule autour de la convention collective de travail, qui constitue une institution classique d'autoorganisation. Devant la difficulté d'imposer des normes autoritaires, l'État cherche à convaincre les partenaires sociaux d'inclure dans les conventions des dispositions permettant de réaliser les objectifs d'une politique publique. En France, l'exemple typique est celui de la stratégie envisagée pour opérer une réduction du temps de travail. Le désir d'assurer un couplage structurel favorable est manifeste. Les pouvoirs publics savent très bien qu'ils ne peuvent pas commander à l'économie d'abaisser le temps de travail à salaires constants sans provoquer des effets pervers qui annuleraient les efforts poursuivis. Le couplage structurel sert à différencier les modalités de réalisation de la politique selon les entreprises et les branches concernées. La technique associe le besoin de différenciation et de flexibilité. Elle peut se combiner avec celle

des accords corporatistes analysés plus haut. Il est en effet possible que la politique publique ne puisse être poursuivie avec succès que si elle s'inscrit dans le cadre d'un accord global réalisant un équilibre entre les avantages concédés aux deux types de partenaires sociaux en échange de leur adhésion au programme finalisé. En matière de réduction du temps de travail, on imagine assez bien les avantages en terme de flexibilité de l'emploi que le patronat pourrait exiger en contrepartie de son adhésion à l'objectif poursuivi par le gouvernement.

En Suisse, la technique a été utilisée à l'égard des banques qui, en raison de leur puissance, ont réussi à éviter de se voir imposer des réglementations qu'elles jugeaient inutiles. La loi sur les bourses<sup>61</sup> prévoit expressément l'obligation pour la bourse de s'autoréglementer. La direction tracée par la loi correspond au modèle que les partisans de l'autoprotéction appellent de leurs vœux. La loi se contente de préciser que l'autoréglementation doit «garantir aux investisseurs transparence et égalité de traitement et assurer le bon fonctionnement des marchés des valeurs immobilières.» C'est aussi un mélange d'autoréglementation et de pilotage étatique qui caractérise le régime relatif à l'acceptation de fonds douteux. Le premier élément apparaît dans le fait que la réglementation a été établie par les banques elles-mêmes dans le cadre d'une convention appelée de diligence. Le pilotage par la commission fédérale des banques a été rendu possible par le fait que le respect de la convention a été posé comme condition d'exercice de la profession qui est d'avoir une activité irréprochable<sup>62</sup>. Grâce à ce relais, la Commission fédérale des banques a réussi à infléchir le contenu de la convention de façon à assurer la bonne réputation de la place financière suisse mise à mal à la suite d'une série de scandales<sup>63</sup>. Les vertus de cette forme d'autoréglementation ont été soulignées. L'adoption rapide de la réglementation, la souplesse et l'adaptabilité de celle-ci, la forte pression des banques à respecter une réglementation qu'elles ont établie elles-mêmes, sont autant d'avantages que l'on met en relief<sup>64</sup>. Les motifs invoqués par les partisans de l'autoprotéction en faveur du développement du droit réflexif, en particulier le caractère contreproductif d'une réglementation autoritaire, apparaissent particulièrement évidents dans un domaine où les banques représentent un partenaire fort et bien organisé. Le danger de faire une confiance aveugle à l'autoréglementation l'est tout aussi. À savoir la difficulté qu'ont les

61 Loi du 24 mars 1995.

62 Voir art. 3 al. 2 lit. e de la loi sur les banques; BELLANGER F. (1991), «Les règles déontologiques comme moyen d'action de l'État à la lumière de la Convention de diligence des banques», *Les instruments d'action de l'État*, 189ss.

63 BELLANGER F. (1991), *Ibid.*, 190ss.

64 *Ibid.*, 203-204.

58 Voir BONAFÉ-SCHMITT J.-P. (1992), *La médiation: une justice douce*, 218 ss; PERRIN J.-F./WIDMER P. (1992), *La médiation: un mode alternatif de résolution des conflits?*

59 BOURDIEU P. (1991), «Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective», *Normes juridiques et régulation sociale*, (dir. CHAZEL/CONMALLE), 98.

60 MINARD P. (1998), *La fortune du colbertisme*.

groupes privés à différencier leurs intérêts égoïstes de l'intérêt général et à faire prévaloir celui-ci<sup>65</sup>.

### 3. Les réglementations opérant un couplage avec les systèmes dirigés

Les instruments d'action dits économiques visent à assurer un couplage structurel entre le droit et l'économie. On évoquera ici brièvement les instruments économiques de protection de l'environnement. Mais la technique peut être utilisée dans de multiples domaines. En opérant un couplage structurel, ces instruments cherchent à tenir compte de la logique du système régulé. Ils visent à inciter les agents économiques à intégrer dans leurs coûts les effets externes négatifs produits sur l'environnement et à modifier en conséquence leur comportement, soit en renonçant à la production ou à l'utilisation d'un bien, soit en faisant appel à des technologies diminuant les externalités. Ces instruments sont mis au service de la réalisation d'objectifs précis. Ils s'inscrivent par ailleurs dans le contexte du respect des principes directeurs du droit de l'environnement, le principe de prévention et le principe du pollueur-payeur.

Les instruments économiques n'interdisent pas les comportements jugés indésirables. Mais en les rendant plus coûteux, ils renvoient aux mécanismes du marché le soin d'obtenir les résultats escomptés. Ils sont moins autoritaires que les prescriptions. Ils laissent aux destinataires une marge d'appréciation importante pour adapter leur comportement aux objectifs de la politique publique. Leur réflexivité réside dans les options comportementales qu'ils amènent. Les instruments économiques classiques sont les taxes d'orientation et les permis négociables.

#### a. Les taxes d'orientation

Illustration emblématique de l'action finalisée de l'État, les taxes d'orientation introduisent une certaine dose de réflexivité en ouvrant des options à leurs destinataires. Ceux-ci peuvent en effet choisir soit d'adopter le comportement que l'autorité cherche à promouvoir, soit de payer la taxe. Pour que le caractère optionnel existe et que la fonction d'orientation soit assurée, il faut que les taxes ne soient ni trop basses ni trop élevées. L'idée d'empathie systémique est, comme on le voit, évidente.

Les taxes d'orientation sont largement utilisées dans d'autres secteurs que la protection de l'environnement. En Suisse, elles sont prévues dans les domaines de la politique commerciale, de la politique agricole, où elles jouent un

grand rôle, en matière de politique conjoncturelle, de politique des transports, de politique visant à la protection de la santé<sup>66</sup>.

#### b. Les permis négociables (bons de pollution)

Ils consistent à créer un marché artificiel pour des biens qui normalement sont soustraits aux échanges marchands<sup>67</sup>. Ils sont particulièrement intéressants parce qu'ils combinent diverses modalités de l'action étatique. À l'instar des taxes d'orientation, ils combinent l'action propulsive et l'action réflexive. Pour produire des effets écologiques favorables, il faut avant de créer un marché artificiel des bons de pollution, abaisser les valeurs-limites d'émission valables antérieurement. Le marché artificiel vise à la fois à inciter les acteurs économiques à faire un pas supplémentaire dans la voie de la réalisation de l'objectif et à rentabiliser les efforts technologiques qui doivent être réalisés pour respecter les valeurs-limites abaissées. Structuellement, le procédé consiste à greffer sur un programme finalisé le modèle classique du contrat conclu et appliqué sur la base de règles fixes. La formule est originale, puisque c'est le mixage entre le modèle du droit moderne et celui des programmes finalisés qui produit la réflexivité.

On voit aussi que les marchés artificiels combinent diverses modalités d'action. C'est cette combinaison qui, selon Willkess<sup>68</sup>, constitue le défi pour l'ordre juridique d'aujourd'hui : « Développer des institutions et instruments nouveaux qui permettent des combinaisons entre des normes autoritaires, des normes incitatives (subventions ou incitations positives) et des normes réflexives (organisant négociations ou concertation). » On voit ainsi apparaître un trait nouveau de l'interventionnisme étatique qui n'est pas seulement d'inventer de nouvelles formes d'action étatique, mais d'établir une combinaison de ces différentes formes. S'il est justifié sur le plan heuristique de distinguer très soigneusement ces formes pour les caractériser, il faut aussi reconnaître que c'est l'agencement le plus harmonieux possible de différentes techniques qui constitue le défi de l'interventionnisme étatique. Il ne suffit d'ailleurs pas, comme on le voit trop souvent, de multiplier les moyens d'action. La réussite du *social engineering* dépend de la synergie que les pouvoirs publics créent entre des modes d'action très divers.

<sup>66</sup> Voir OBERSON X. (1991), *Les taxes d'orientation*, 87ss.

<sup>67</sup> DEMBINSKI P.H./SCHÖNENBERGER (1991), « La création de marchés artificiels », *L'État popul.* 174ss.

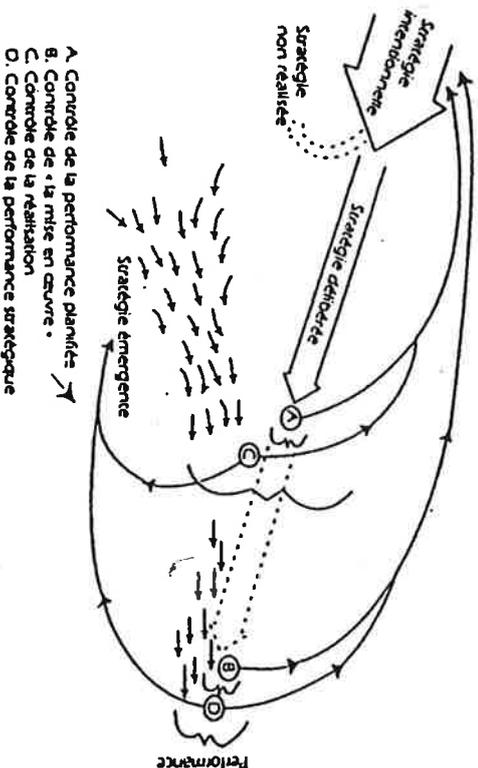
<sup>68</sup> WILLKE H. (1991), « Le droit comme instrument de guidage néo-mercantiliste de l'État », *L'État popul.* 100.

<sup>65</sup> OST F. (1992), « L'auto-organisation écologique des entreprises: un jeu sans conflits et sans règles? », *Revue Interdisciplinaire d'études Juridiques* 28, 158ss.

#### 4. La planification réflexive et émergente

La participation des groupes à la formation des plans ayant force obligatoire est aussi intense sinon plus que celle qui se produit lors de la production de législations finalisées. Les plans d'aménagement du territoire sont eux aussi des traités de paix provisoires entre des groupes d'intérêts luttant pour l'appropriation d'un bien rare. Le caractère provisoire des arrangements est d'autant plus net que la mutabilité du plan en fonction des circonstances est inhérente au processus et consacrée par le droit. La planification indicative de son côté repose à peu près intégralement sur la bonne volonté des acteurs dont on cherche à influencer les comportements.

La réflexivité se manifeste tout particulièrement lors de la mise en œuvre des plans. De la même façon que les normes juridiques sont adaptées par l'administration aux circonstances concrètes et négociées avec leurs destinataires, les plans ne sont pas conçus pour être appliqués autoritairement et de façon mécanique. Cette combinaison entre l'effet descendant (*top down*) et ascendant (*bottom up*), que l'on rencontre dans l'application des normes autoritaires et qui assure leur réflexivité, trouve son parallèle dans le mixage entre la planification intentionnelle et la planification émergente analysée par Minzberg<sup>69</sup> selon le schéma suivant :



- A. Contrôle de la performance planifiée
- B. Contrôle de la mise en œuvre
- C. Contrôle de la réalisation
- D. Contrôle de la performance stratégique

69 MINZBERG H. (1994), *Grandeur et décadence de la planification stratégique*, 359.

Ce schéma permet de mieux comprendre les phénomènes d'inversion normative que nous avons observés<sup>70</sup> et qui ont frappé nombre de juristes<sup>71</sup>. Des normes de grande importance sont souvent conçues par des instances inférieures d'application confrontées aux problèmes concrets de la réglementation. Ce n'est que très lentement au gré de révisions législatives que ces règles remontent au niveau hiérarchique auquel elles auraient dû se situer en vertu des principes constitutionnels. Le principe de légalité différée que nous avons cherché à développer a pour fonction de hâter cette remontée des normes aux niveaux prescrits par le droit. La même observation a été faite en matière de planification. On y découvre des phénomènes d'inversion hiérarchique, les arrangements réalisés à la base étant repris dans la planification centrale<sup>72</sup>. Une étude minutieuse de la planification des déchets en Suisse montre que si on considère la formation et la mise en œuvre de la planification, on constate l'alternance de plusieurs phases où prédomine tantôt la stratégie délibérée, tantôt la stratégie émergente<sup>73</sup>. La planification, considérée dans ses multiples facettes, apparaît alors comme « un réseau relationnel, coordonné, concerté, décentralisé, autogainé, émergent et propulsé »<sup>74</sup>.

#### II. Les grands traits du droit des programmes relationnels

Formule magique pour les uns, jeu sans règles pour les autres<sup>75</sup>. Le droit réflexif fascine et déconcerte. Il réalise un mélange original entre l'État et la société civile, entre les intérêts publics et privés, entre les normes étatiques et les normes néocorporatistes. Pour les partisans de l'autopoièse, il permettrait d'établir une certaine communication entre des systèmes clos. Pour les théoriciens du libéralisme, il servirait à franchir le mur de séparation, sans pourtant abolir la distinction entre l'État et la société civile. En délaissant pour un instant les grandes théories ou les jugements globaux, on peut s'attacher à décrire les changements que la réflexivité provoque au niveau de la structure du droit.

70 MORAND C.-A. (1988), « Les exigences de méthode législative et de droit constitutionnel portant sur la formation de la législation », *Droit et société* n° 10, 538.

71 FLOCKIGER A. (1996), *Le régime juridique des plans*, Staempfli, Berne; DURAN P. (1993), « Pi-loter l'action publique, avec ou sans le droit », *Politiques et Management public* 11, 32.

72 FLOCKIGER A. (1996), *ibid.*, 442.

73 *Ibid.*, 443.

74 *Ibid.*, 444.

75 OST F. (1992), *op. cit.*, (note 65), 147ss.

#### A. Un droit opérant un mixage entre les intérêts publics et privés

L'État libéral tente de procéder à une distinction franche entre l'intérêt public, qui vise à la protection de l'ordre public, et l'intérêt privé à disposer de l'espace d'autonomie le plus étendu. Le développement des politiques publiques, toujours plus ciblées, soutenues ou combattues par les groupes, a provoqué un éclatement à la fois de l'intérêt public et de l'intérêt privé. L'intérêt public s'est divisé en une multitude d'intérêts éparpillés<sup>76</sup>. Ceux-ci sont pris en charge par de nombreux services de l'administration défendant souvent des points de vue contradictoires. De leur côté les intérêts privés se sont diversifiés. Ils sont aussi nombreux que les intérêts de ceux qui profitent des politiques publiques mises en place ou qui sont affectés par elles. Et c'est autour de ces intérêts fragmentés que les groupes se sont organisés. Lorsque des décisions d'importance doivent être prises au sujet par exemple de grands travaux, on assiste à des alliances variables d'intérêts publics et privés favorables ou défavorables à un projet. La ligne de partage ne divise plus les intérêts publics et les intérêts privés. Elle sépare des coalitions administratives et corporatives ayant des intérêts opposés.

La participation des groupes à la formation et à la mise en œuvre de législations finalisées montre aussi que la frontière entre les intérêts publics et privés perd de sa netteté. Il est d'intérêt public que les entreprises privées prospèrent, réalisent des bénéfices qui peuvent être imposés, apportent des devises au pays, créent des emplois. L'État s'évertue à créer les conditions-cadre les plus favorables possibles à la poursuite d'intérêts privés dont la réalisation lui paraît souhaitable. On dit que les intérêts privés se publicisent<sup>77</sup>.

Simultanément, le couplage structurel permet aux groupes privés et aux individus de participer à la définition et à la réalisation de l'intérêt public. Les diverses formes de participation des groupes à la formation et à la mise en œuvre de la législation, que nous avons décrites, montrent qu'on assiste dans de larges secteurs, où l'interventionnisme étatique se manifeste, à une osmose entre les intérêts publics et les intérêts privés, à une corresponsabilité de l'État et des groupes dans la détermination des conditions de réalisation des intérêts publics les plus divers. On assiste donc aussi à une privatisation de l'intérêt public<sup>78</sup>. Le droit de recours accordé à des associations privées pour la défense de l'intérêt général ressortit à cette logique.

<sup>76</sup> MOOR P. (1996), «Intérêts publics et intérêts privés», *La pesée globale des intérêts. Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire*, 24.

<sup>77</sup> *Ibid.*, 34, 35.

<sup>78</sup> *Ibid.*, 37.

Le mixage entre intérêts privés et publics trouve aussi sa traduction dans la conception actuelle des droits fondamentaux. Ceux-ci ne peuvent plus être conçus seulement de manière défensive comme un moyen de contenir la puissance étatique. Ils peuvent impliquer des mesures positives, par exemple pour que le pluralisme soit assuré dans les médias audiovisuels. On considère aussi qu'ils doivent fournir aux particuliers le droit de participer, de concert avec les pouvoirs publics, à la construction d'espaces communs de communication et d'interaction<sup>79</sup>. L'application des droits fondamentaux dans les relations entre particuliers s'explique partiellement au moins par le fait que les intérêts publics et privés, étant de plus en plus mêlés, la protection de la liberté et de la personnalité ne passe plus exclusivement par une défense de l'individu contre les actions étatiques.

#### B. Un droit néocorporatif?

Dans la mesure où les intérêts publics et les intérêts privés s'entrecroisent et tendent à se confondre la distinction entre le droit privé et le droit public devient de plus en plus difficile à faire. Le critère de l'intérêt étant devenu largement inopérant, on a recours à un autre critère, celui du rapport de subordination, du rapport de puissance publique que l'État établit. Mais le critère n'est pas plus sûr. Les groupes se voient fréquemment confier par le droit un pouvoir de commandement. L'État agit de plus en plus de manière non autoritaire. Les divers procédés de contractualisation que nous avons analysés en témoignent abondamment.

On serait tenté de penser que la négociation avec les groupes donne naissance à un droit mixte, de caractère néocorporatiste<sup>80</sup>, dépassant la division devenue largement factice et contreproductive entre droit public et droit privé. L'émergence de ce droit commun est pourtant contrecarée par le fait que le choix des voies de recours continue à être déterminé par la *summa divisio*. On peut soutenir que l'on assiste à une hybridation du droit public et du droit privé<sup>81</sup>. Mais ces constatations n'ont qu'un intérêt pratique limité, en raison de la rigidité du droit de procédure et d'organisation judiciaire.

La conormativité qui se développe du fait de la négociation des normes juridiques avec les groupes doit être distinguée du pluralisme normatif dû à l'apparition d'ordres juridiques privés réussissant à couper à peu près complè-

<sup>79</sup> LADUR K.-H. (1995), *Postmoderne Rechtstheorie Selbstreferenz- Selbstorganisation- Prozeduralisierung*, 2e éd., 210.

<sup>80</sup> MORAND C.-A. (1991), *op. cit.*, (note 32), 216-218.

<sup>81</sup> OST F. (1995), «Le milieu, un objet hybride qui déjoue la distinction public-privé», *Public/privé*, 97ss.

tement le cordon ombilical les reliant aux ordres juridiques étatiques. Pour synthétiser le phénomène, les formules foisonnent. On parle de la nouvelle *lex mercatorica*<sup>82</sup>, de la *lex informatica*<sup>83</sup> et de la *lex sportiva internationalis*<sup>84</sup>. La collaboration entre l'État et les groupes dans la formation du droit vise au contraire à réaliser la rencontre, le couplage structurel entre des projets, des réglementations émanant de deux types d'acteurs s'accordant pour partager la compétence d'édicter des normes générales.

Pour analyser la conformativité, il faut distinguer soigneusement le plan juridique et le plan socio-politique. Du point de vue de la dogmatique juridique, il semble à première vue que la conformativité soit inexistante. Toutes les formes de collaboration décrites peuvent être rattachées au droit étatique. Le collier du droits est infiniment extensible. À y regarder de plus près, on constate que c'est au niveau de l'interprétation que les accords corporatistes seront pris en considération. Ils font partie de l'histoire des normes, même si celles-ci peuvent être rattachées plus ou moins directement à l'État. Ils constituent des sources résurgentes, à la manière des sources vaucloisennes. Ils font partie des travaux préparatoires, auxquels Timsit<sup>86</sup> n'accorde pas de valeur pour des raisons de principe, mais qui sont pourtant des éléments de prédétermination incontournables. Les tribunaux s'y réfèrent. L'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités a fait des moyens complémentaires d'interprétation. Malgré la suspicion légitime que l'on entretient à leur endroit, ils constituent une source d'information précieuse pour l'administration qui applique le droit et pour le juge qui contrôle cette application.

Sur le plan sociologique et politique, la situation se présente différemment. La prédominance des groupes peut être considérable même si, en dernier ressort, c'est l'État qui appose son sceau sur les accords corporatistes. Le droit d'inspiration corporatiste, entériné par l'État ou auquel il prête son concours, présente trois risques de dissymétrie. Entre les groupes organisés et ceux qui ne le sont pas<sup>87</sup>. Entre les groupes organisés eux-mêmes. On connaît le déséquilibre structurel qui existe entre les représentants du travail et du capital<sup>88</sup>, qui n'a

<sup>82</sup> TEUBNER G. (1995), «Gloable Bukovina zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus», *La théorie des systèmes: une approche inter- et transdisciplinaire*, Cahier n° 9 de l'IKB, Sion, 101.

<sup>83</sup> TRUDET P. (1997), *Droit du cyberspace*, ch. 3, 57. L'auteur parle aussi de la «lex electronica».

<sup>84</sup> TEUBNER G. (1995), *op. cit.*, (note 82), 101.

<sup>85</sup> CARBONNIER (1994), *Sociologie juridique*, 360

<sup>86</sup> TMSIT G. (1991), *Les noms de la loi*, 86.

<sup>87</sup> MORAND C.-A. (1991), *op. cit.*, (note 32), 208.

<sup>88</sup> OFFE (1981), «The attribution of public status to interest groups: observation of the West German Cases», *Organizing Interest in Western Europe: pluralism, corporatism and the transformation of politics*.

fait que s'aggraver en ce qui concerne les travailleurs peu qualifiés en tout cas avec la mondialisation de l'économie. Il en va de même si on considère les rapports entre les groupes économiques et les défenseurs de l'environnement, même lorsque ceux-ci sont organisés<sup>89</sup>. Il y a enfin un risque de dissymétrie entre les groupes et l'État lui-même dans la mesure où la primauté de l'économie sur la politique s'affirme et que l'État perd sa position déjà peu glorieuse de *primus inter pares* pour se voir relégué à un rôle secondaire<sup>90</sup>.

Il y a, on le voit, une difficulté à faire coïncider l'horizon du droit étatique et l'horizon du droit corporatiste. On peut évidemment souhaiter que des règles soient établies pour équilibrer les rapports entre les partenaires en présence de façon à transformer un «jeu de dupes» en un «jeu à somme positive»<sup>91</sup>. Peut-être aurait-on alors la chance de mieux faire coïncider les deux horizons. Mais il est douteux que l'on puisse changer les rapports de force par de bons sentiments. Comme il est douteux que l'on puisse modifier ces rapports dans un secteur et en un lieu bien déterminé, lorsque l'origine des dissymétries se situe à un niveau global et mondial. Car, c'est bien en acceptant que le jeu se déroule à ce niveau que les États ont subi une *capitis diminutio*. Le fait qu'ils n'aient guère eu de choix à ce niveau n'est pas de bon augure et ne donne pas à penser qu'ils auront plus de succès dans leurs entreprises locales et sectorielles d'adaptation à la globalisation.

La situation ne se présente pas très différemment, lorsque l'État négocie l'application du droit. Car si le phénomène a pris une telle ampleur, c'est que l'État, peut-être trop gourmand dans ses interventions, ne réussit plus à imposer ses solutions. Et là aussi la dissymétrie est flagrante. Si les entreprises réussissent à différer pendant des années, voire des décennies la mise en conformité aux normes environnementales, c'est qu'elles disposent dans la menace à l'emploi d'une carte majeure dans les négociations. Il n'y a néanmoins pas un déterminisme absolu. Le désir des entreprises ou des groupes d'améliorer leur image écologique<sup>92</sup> peut les conduire à faire des concessions importantes.

### C. Un droit peu transparent et présentant des risques d'arbitraire

La participation des groupes à la formation et à la mise en œuvre du droit produit un mixage entre le droit étatique et le droit néocorporatif. Ce mixage s'opère par le couplage entre deux circuits de production de normes<sup>93</sup>. Il prend

<sup>89</sup> OST F. (1995), *op. cit.*, (note 84), 103ss.

<sup>90</sup> WILKE H. (1997), *Supervision des States*.

<sup>91</sup> OST F. (1995), *op. cit.*, (note 84), 104.

<sup>92</sup> Voir LASCOUMES P. (1994), *op. cit.*, (note 20), 180.

<sup>93</sup> OFFE (1981), *op. cit.*, (note 88), 141.

des formes très diverses. Pour ce qui est par exemple des conventions collectives de travail, l'État peut se borner à fournir un cadre contractuel. Il peut aussi, par une délégation de pouvoirs, conférer aux partenaires sociaux celui de lier les tiers. Il peut, par une décision d'extension, élever la convention au rang d'un droit quasi étatique. Il peut conditionner l'octroi d'avantages au respect des conventions collectives. Il peut enfin fixer, dans un programme finalisé, les objectifs que les partenaires sociaux devront atteindre impérativement dans un certain délai. Dans le cadre de l'application du droit, le mixage produit fréquemment des inversions de respectabilité. Il se peut, comme nous l'avons vu, que l'État soit amené à faire respecter d'office une réglementation privée et inversement que des groupes privés soient, en vertu d'une délégation, chargés d'appliquer le droit étatique.

Le mixage s'avère problématique parce que les deux circuits de production des normes se déroulent selon des règles procédurales très différentes. Le droit étatique doit être produit dans le cadre de procédures ouvertes, publiques et transparentes. Le droit corporatiste et les négociations avec les groupes se déroulent avec des partenaires choisis pour leur aptitude à la collaboration dans le cadre de discussions secrètes et soustraites au débat public. La confidentialité est même présentée comme la règle d'or de toute négociation avec les groupes. En Suisse, où existe une procédure de consultation des groupes très formalisée, un effort a été fait pour rendre leurs prises de position publiques et transparentes. Cette publicité n'empêche pas que les négociations qui comptent se déroulent dans le plus grand secret. Les grands compromis sont fréquemment scellés avant même que débute la procédure de consultation officielle et publique.

Le couplage de deux procédures aussi différentes a pour inconvénient d'altérer profondément les conditions d'exercice de la démocratie. La solution du problème n'est pourtant pas simple. Les recherches empiriques montrent en effet que si le besoin de couplage structurel n'est pas réalisé au niveau de la formation du droit, il l'est alors à celui de l'application de celui-ci dans des procédures encore moins transparentes<sup>94</sup>. La négociation de l'application du droit autoritaire présente des risques d'arbitraire encore plus importants que lorsqu'elle porte sur la formation du droit lui-même. Elle opère une sélection encore plus déformante des personnes et des groupes qui y prennent part. Les victimes ne sont pas représentées dans les transactions pénales. Pas plus que les contribuables honnêtes ou les concurrents dans les transactions douanières, pas plus que les personnes dont la santé est mise en danger dans certaines transactions environnementales. Les exemples pourraient être multipliés.

Le plus inquiétant est peut-être ailleurs. La négociation de l'application du droit autoritaire manifeste un changement radical de la manière avec laquelle il

<sup>94</sup> MORAND C.-A. (1991), *op. cit.*, (note 32), 216.

est conçu. Franchissant une nouvelle étape dans la voie de son instrumentalisation, il est considéré comme un simple moyen que l'État peut utiliser ou pas, selon son bon vouloir. Il devient alors optionnel pour l'État et aléatoire pour les particuliers. On voit ainsi apparaître une nouvelle forme de raison d'État, l'infliction d'une sanction n'étant pas prédéterminée, mais dépendant du jugement que les autorités peuvent formuler sur l'efficacité de celle-ci, dans chaque cas particulier. Ces accords pourraient être rattachés à l'idée non seulement d'un droit néo-moderne, mais d'un droit post-moderne, bricolé à la périphérie, et déconstruit. Et on peut se demander si cette déconstruction ne constitue pas une nouvelle figure de l'arbitraire. La formule magique prendrait alors un tour tragique.

#### D. Un droit à sectorialisation renforcée

La participation des groupes à la formation et à la mise en œuvre des programmes finalisés accroît et consolide la parcellisation des réglementations. L'ampleur du phénomène dépend du mode de participation. Les contrats collectifs de travail, lorsqu'ils sont obligatoires pour des tiers en vertu de la loi ou d'une décision d'extension, établissent autant de réglementations qu'il y a de branches, voire d'entreprises. Le droit éclaté et différencié s'éloigne complètement du modèle universel postulé par le droit moderne.

Lorsque l'État délègue aux groupes la compétence de produire des normes et de les mettre en œuvre, on assiste à la constitution de territoires normatifs aux frontières bien établies. En acquérant la maîtrise des informations sur le fonctionnement de la législation et des effets qu'elle produit, les groupes ont tendance à agir en système clos. On constate que les politiques publiques se rigidifient et qu'elles deviennent aveugles aux externalités qu'elles produisent pour les tiers<sup>95</sup>. Il faut le plus souvent un choc externe important pour que la législation soit révisée et qu'elle tienne compte d'autres points de vue que ceux étroits que le groupe concerné promeut. C'est ainsi sous l'influence directe ou indirecte des règles de la CEE et de l'OMC que la politique agricole suisse, largement gérée par les associations agricoles, est en train de changer.

La participation des groupes à la seule formation de la législation étatique n'aboutit pas à un encapsulement aussi complet des législations finalisées. Elle a pourtant pour effet de limiter le champ de vision à la problématique des groupes au détriment de l'intérêt de la société tout entière. Le procédé présente deux types de risques. Celui de négliger les problèmes posés à des segments de la société qui ne participent pas à la négociation. Celui d'ignorer les externalités, les effets néfastes que la législation présente pour les tiers. Le danger est

<sup>95</sup> PAPADOPOULOS Y. (1995), *op. cit.*, (note 3), 86, 87.

d'autant plus sérieux que les politiques publiques doivent de plus en plus gérer des phénomènes de rareté et que le jeu politique est fréquemment à somme nulle.

#### E. Un droit sélectif et inégal

Le droit établi ou négocié par les groupes présente deux grands dangers. Celui de privilégier les groupes organisés et puissants, qui réussissent à externaliser leurs coûts au détriment des intérêts inorganisés<sup>96</sup>. Celui de sélectionner les groupes porteurs d'intérêts à court terme au détriment de ceux qui se préoccupent d'un avenir plus lointain comme par exemple ceux qui ont trait à la protection des générations futures<sup>97</sup>. Ces dangers sont inhérents à la réfection du processus de décision que réalise le corporatisme social<sup>98</sup>.

Le danger, s'il est bien réel, ne doit pourtant pas être surestimé. L'expérience montre que sur les temps longs, les intérêts qui ont été parfois sacrifiés, comme ceux des consommateurs ou des protecteurs de l'environnement, réussissent à s'affirmer et même à peser d'un poids considérable dans les négociations. Les relations asymétriques de représentation des intérêts ne sont jamais définitives<sup>99</sup>. D'un autre côté, il n'est pas certain que les partis politiques au pouvoir aient plus que les groupes le souci des intérêts à long terme.

Sur le plan juridique, le droit des inégalités, consolidé par la participation des groupes à la formation de la législation, pose un problème aux tribunaux chargés de juger de la constitutionnalité des différenciations établies par les réglementations étatiques. Les tribunaux constitutionnels reconnaissent au législateur un pouvoir d'appréciation très vaste pour établir les catégories de personnes qu'il cherche à favoriser ou défavoriser. Ils limitent très fortement leur pouvoir d'appréciation. Aux États-Unis, on parle de *loose scrutiny*. La participation des groupes à la formation de la législation et plus encore l'exercice par les groupes privés de pouvoirs étatiques à la suite d'une délégation rendent, à notre avis, les classifications opérées suspectes<sup>100</sup>. En s'inspirant de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis, il serait souhaitable que les tribunaux exercent un meilleur contrôle sur l'établissement de ces classifications. Il ne s'agit pas de passer à un pouvoir de *strict scrutiny* comme en matière de distinctions établies en fonction de la race, du sexe ou de la religion, mais au

moins un pouvoir d'*intermediate scrutiny*<sup>101</sup>. S'il est difficile pour un tribunal de contrôler lui-même le fondement des classifications opérées, il pourrait exiger du législateur qu'il justifie ses choix, qu'il démontre qu'il a pris en considération l'ensemble des intérêts matériels et idéaux concernés, que les sacrifices demandés à certains sont justifiés par la nécessité de fournir des avantages à d'autres. La solution du problème passe une fois de plus par le couplage entre le contrôle de constitutionnalité et l'évaluation législative.

#### F. Un droit impliquant une législation et une évaluation réflexives

Bien qu'il soit théoriquement itératif et systémique, le modèle qui sous-tend la législation matérielle et l'évaluation reste trop statique et linéaire. Il part de l'idée répandue lors des premières analyses des politiques publiques que le législateur fixe les objectifs et les moyens de les atteindre et que, dans un deuxième temps, l'évaluation scientifique des effets permettra, grâce aux observations réalisées, de corriger le dispositif mis en place. Cette conception balistique des législations finalisées<sup>102</sup> est contredite par les nombreuses observations faites à l'occasion de leur mise en œuvre. Elle part de la vieille idée que les normes juridiques sont des impératifs qui sont nécessairement suivis si une contrainte suffisante est appliquée à leur réalisation. Cette conception causale de l'action étatique fait fi de la liberté humaine et des capacités collectives et individuelles de prendre un autre chemin que le modèle d'action proposé. Au delà de cette réflexion élémentaire, les observateurs considèrent que les programmes finalisés sont convertis par les acteurs publics et privés de la mise en œuvre « en termes de contraintes et de ressources, susceptibles d'être aussi bien aménagées que mobilisées selon leurs intérêts et leur degré de pouvoir »<sup>103</sup>. C'est que les législations finalisées amènent, selon les techniques que nous avons analysées, de larges sphères de liberté non seulement pour leurs destinataires, mais aussi au profit de l'administration.

La législation inspirée de la conception descendante de l'analyse des politiques publiques ne tient pas suffisamment compte du fait que les législations finalisées se font et se défont par ajustement progressif d'intérêts au cours de négociations successives. C'est pourquoi à l'image d'un processus se poursuivant infailliblement jusqu'à ce que le centre y apporte ses corrections se substitue celle du bricolage, de la combinaison d'éléments disparates, dans le cadre d'un

<sup>96</sup> *Ibid.*

<sup>97</sup> MORAND C.-A. (1991), *op. cit.*, (note 32), 208; OST F. (1992), *op. cit.*, (note 65), 161, 162.

<sup>98</sup> OFFE (1981), *op. cit.*, (note 88), 123ss; MORAND C.-A. (1991), *op. cit.*, (note 32), 218.

<sup>99</sup> PAPAPOPOULOS Y. (1995), *op. cit.*, (note 3), 87.

<sup>100</sup> MORAND C.-A. (1991), *op. cit.*, (note 32), 201.

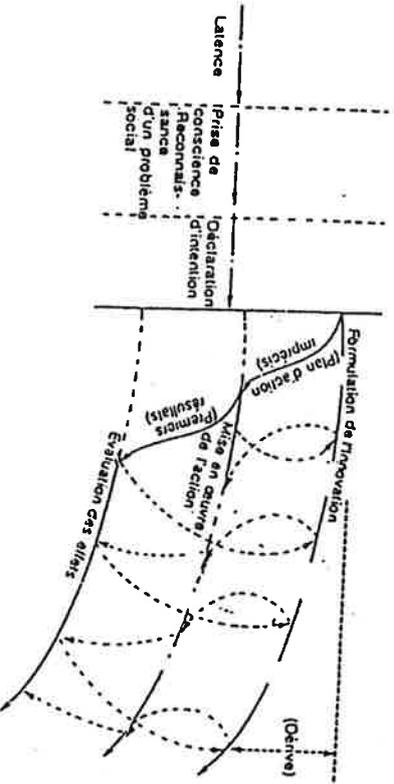
<sup>101</sup> *Ibid.*

<sup>102</sup> LASCOUMES P. (1994), *op. cit.*, (note 20), 268.

<sup>103</sup> *Ibid.*, 273.

processus incrémental<sup>104</sup>, qu'elles comportent des allers et retours, qu'elles procèdent par essais et erreurs<sup>105</sup>.

Les négociations qui se déroulent dans le cadre de la mise en œuvre expliquent aussi la dérive que subissent les normes centrales entrainées au cours de la mise en œuvre dans un processus tourbillonnaire d'ajustement qui a été représenté comme suit<sup>106</sup> :



Le flux tourbillonnaire s'explique par le fait que le phénomène sur lequel les législations finalisées tentent d'agir se modifie constamment et que dès lors les normes et même les objectifs doivent s'adapter à ces changements. Ce modèle intègre les normes émergentes qui naissent des négociations avec les acteurs de la mise en œuvre.

Ces constatations ont des implications pour la législation en général et pour l'évaluation législative en particulier. Du côté de la législation, le besoin se fait sentir à la fois de mettre en place des procédures encadrant les consultations et les interactions avec les groupes d'intérêts et de développer des stratégies d'information et de négociation avec ceux-ci<sup>107</sup>. Il faut aussi reconnaître ouvertement que la mise en œuvre fait partie intégrante de la législation. Qu'il y ait lieu dès lors non seulement d'accroître les connaissances au sujet de la mise en

<sup>104</sup> CHEVALLIER (1991), *op. cit.*, (note 52), 272.

<sup>105</sup> LASCOMBES P. (1994), *op. cit.*, (note 20), 272.

<sup>106</sup> MONNIER É. (1992), *Évaluation de l'action des pouvoirs publics*, 87.

<sup>107</sup> CHEVALLIER J. (1993), « Conclusion générale. Les Interprètes du droit », *La doctrine juridique*, 196.

œuvre, mais aussi d'élaborer des préceptes méthodiques de façon à en améliorer l'efficacité. Les deux propositions ne sont pas contradictoires. On peut reconnaître la dérive des programmes finalisés, les ressemblances avec les anarchies organisées, le caractère chaotique des processus<sup>108</sup>. Cela n'empêche pas que, dans le prolongement de l'analyse des politiques publiques, on développe à propos de la mise en œuvre de législations finalisées des préceptes méthodiques visant à favoriser l'atteinte des objectifs poursuivis et à lutter contre l'entropie qui menace la réalisation des programmes.

En ce qui concerne l'évaluation, il est clair qu'il ne peut s'agir que d'un processus continu permettant aux acteurs de la mise en œuvre de corriger en permanence leur action. Cela signifie qu'en lieu et place des évaluations périodiques et lourdes, il faut doter les programmes finalisés d'un appareil institutionnel et scientifique léger d'évaluation concomitante. C'est le prix à payer pour que l'État continue à produire des effets incertains sur la société ou sur des segments de celle-ci. Il est clair aussi que l'évaluation doit impliquer plusieurs acteurs : les autorités politiques qui mettent en place des programmes finalisés, les acteurs de la mise en œuvre et les groupes concernés<sup>109</sup>. Les évaluateurs professionnels de leur côté pourraient jouer « un rôle spécifique d'instance de médiation entre les différents acteurs qui, tous, portent un jugement (plus ou moins fondé) sur la valeur du programme »<sup>110</sup>.

Dans la conception descendante des programmes finalisés, l'évaluation est considérée comme la sanction relayée par l'opinion publique, de l'incapacité de l'administration à les réaliser. Une sorte de double scientifique du modèle judiciaire. L'évaluation réflexive consiste à abandonner cette conception politique pour une approche pédagogique. Elle constitue dans cette perspective « un instrument d'apprentissage par l'intelligence des situations qu'elle procure plus qu'un outil de gestion directe »<sup>111</sup>. L'incertitude qui règne sur les effets produits par l'action publique finalisée conduit à renoncer à la conception de l'évaluation-sanction, comme opération de mesure des effets, pour lui substituer celle du processus cognitif d'autoobservation et d'autocorrection. L'évaluation pluraliste dite à la française<sup>112</sup> constitue à ce jour l'effort le plus élaboré de prendre en compte la dimension réflexive des législations finalisées.

<sup>108</sup> LASCOMBES P. (1994), *op. cit.*, (note 20), 269-274.

<sup>109</sup> MONNIER É. (1992), *op. cit.*, (note 106), 91-92.

<sup>110</sup> *Ibid.*, 92.

<sup>111</sup> *Ibid.*, 68.

<sup>112</sup> *Ibid.*, 71ss.