***O direito do Estado indutor***

***Charles Albert Morand***

***Tradução Luiza Kharmandayan***

O estado tem uma panóplia de meios para orientar o comportamento sem editar normas cogentes. Persuasão, informação e disseminação de conhecimento são recursos essenciais da governança estatal, um dos principais focos das políticas públicas[[1]](#footnote-1). O estado indutor renuncia à coerção, para exercer uma influência suave sobre os comportamentos, uma condução indireta desses últimos. Ele organiza "a auto-organização da sociedade"[[2]](#footnote-2). O recurso a esses modos de ação é explicado pela grande complexidade da sociedade que as autoridades públicas procuram influenciar, pela frequente inadequação do controle direto dos comportamentos por meio de regras autoritárias[[3]](#footnote-3), pela "ruína da capacidade do Estado de garantir, de maneira centralizada e autoritária, a regulamentação social"[[4]](#footnote-4).

Ao contrário de certas teses futuristas[[5]](#footnote-5), não pensamos que o Estado seja irremediavelmente incapaz de comandar e que será engolido num futuro próximo e forneça conhecimento e conselhos, para servir como um simples mediador entre sistemas sociais autônomos e fechados. Embora a supervisão do Estado de Supervisão (Supervisionsstaat)[[6]](#footnote-6) tenha um certo grau de consistência, uma vez que muitas disputas são resolvidas por meio de negociação e persuasão[[7]](#footnote-7), as coerções e punições conservam uma função essencial para a repressão de atos que ferem os valores fundamentais de uma sociedade e para garantir a eficácia das transações. Diante das atividades criminosas que se inserem no coração das economias de mercado, não há dúvida de que o estado policial ainda tem um belo futuro e que as autoridades públicas não serão capazes de conter esses males se limitarem ao papel de observadores. A manutenção da ordem continua sendo a primeira tarefa do Estado. Esta é até a primeira missão da política social, tanto é assim que a desordem não beneficia as partes mais fracas da sociedade. Além disso, a negociação e a persuasão são possíveis apenas porque a coerção paira no horizonte da ação estatal. A tese do declínio massivo da lei e do estado, ao qual Amselek[[8]](#footnote-8) alude com uma pitada de malícia, não explica o poder que o estado ainda reserva para orientar comportamentos.

Assim como outros modelos de ação estatal, o Estado indutor é um tipo-ideal. É raro encontrá-lo em estado puro na realidade. A ação indutora é frequentemente inserida em programas finalizados mais amplos. Seja no plano diacrônico, porque ela é apenas um passo em direção à consecução dos objetivos de uma política pública. Seja porque, de forma sincrônica, ela nada mais é do que um aspecto de um programa finalizado, incluindo o recurso a atos cogentes e/ou a instrumentos não jurídicos, tal como a informação e a instrução. Assim, as famosas "diretrizes administrativas japonesas"[[9]](#footnote-9) incluem vários mecanismos de ação: recomendações e orientações, certamente, mas também deduções fiscais, subsídios que resultam no aparecimento de normas cogentes[[10]](#footnote-10).

Realmente, não saímos da esfera do direito reflexivo ao analisarmos as ações indutoras do Estado. A autolimitação que ele se impõe ao renunciar à edição de comandos e restringindo-se sugerir a adoção de certos comportamentos leva a reflexividade a seu ponto extremo. Poderíamos falar em super reflexividade, para demonstrar que o sucesso da ação estatal depende, mais do que nunca, da boa vontade de seus destinatários, de suas capacidades de auto-organização. Além disso, a divisão entre o direito reflexivo e o direito super-reflexivo não é nítida. Os acordos corporativistas analisados ​​acima são frequentemente informais e não vinculantes[[11]](#footnote-11). As negociações sobre a aplicação de normas cogentes frequentemente se voltam para operações de persuasão[[12]](#footnote-12).

O uso de persuasão ou influência para orientar comportamentos corresponde a uma constante tendência no sentido de limitar os poderes do Estado. Podemos distinguir na história três fases principais de autolimitação que são justificadas tanto por escolhas de valores quanto por considerações práticas.

A primeira fase é a do Estado de Direito. Enquanto na concepção autoritária do poder o soberano se vê como *legibus solutus*, a concepção de Estado de Direito introduz a ideia de que o legislador está sujeito ao direito por ele decretado; de que ele limita, dessa forma, não apenas a liberdade dos cidadãos, mas também sua própria liberdade. Trata-se, acima de tudo, de uma escolha de valores voltados a proteger o indivíduo contra a ação arbitrária do Estado. Mas essa escolha também se explica por considerações práticas de utilidade, notadamente, pelo entendimento de que a lei será mais respeitada se o próprio soberano se submeter a ela[[13]](#footnote-13).

A segunda fase de autolimitação corresponde ao surgimento de programas relacionais pelos quais o Estado tenta superar as dificuldades com que se depara, quando procura agir de maneira autoritária com o auxílio de programas finalizados[[14]](#footnote-14). Esta segunda fase de auto-limitação responde principalmente a considerações práticas. Mas julgamentos de valor não estão ausentes. Numa visão ampla do princípio da subsidiariedade, podemos considerar que, quanto mais o Estado buscar o acordo de grupos ou indivíduos afetados pela regulamentação autoritária, mais autonomia e liberdade de uns e de outros serão salvaguardadas.

A terceira fase de autolimitação tem início com a propensão do Estado a recorrer, preferencialmente, à persuasão e influência, ao invés da ação autoritária. Essa fase se explica principalmente por considerações de utilidade. A indução deve ter preferência em relação ao comando, porque este último frequentemente apresenta tantos problemas quanto resolve e porque produz situações que dão origem a novas necessidades regulatórias. O recurso à persuasão busca romper o ciclo infernal dos regulamentos que se autoalimentam pela luta incessante contra os efeitos nocivos que produzem. Além dessas considerações práticas, o recurso à persuasão também responde a uma escolha de valores. Se dois meios são igualmente aptos a alcançar um objetivo, a liberdade será melhor salvaguardada se o Estado escolher aquele que envolver menos restrições. É isso que o princípio da proporcionalidade expressa.

Na União Europeia, esta autolimitação de terceiro grau foi considerada pela Comissão no âmbito de discussões sobre a aplicação do princípio da subsidiariedade[[15]](#footnote-15). De acordo com a comissão, a principal escolha que implica no princípio da subsidiariedade – que ela não parece distinguir do princípio da proporcionalidade – consiste em adotar, sempre que possível, atos não coercitivos. A Comissão também sugere opções de subsidiariedade em cascata correspondentes a diferentes graus de autolimitação. Escolher preferencialmente o direcionamento à regulamentação, o ato não coercitivo ao ato vinculante. A aplicação rigorosa desses preceitos implicaria que o princípio da subsidiariedade adquirisse um valor supraconstitucional, na medida em que permitiria derrogar os mandatos imperativos de regulamentação e as determinações precisas da natureza do ato a ser adotado (regulamentação, diretiva) que aparecem nos tratados. A aplicação do princípio da subsidiariedade também exige a criação de um mecanismo de avaliação para determinar se a adoção de uma ação mais suave do que a ordem é suficiente para atingir os objetivos estabelecidos nos tratados[[16]](#footnote-16).

Entre os vários meios que o Estado usa para orientar sem constranger, distinguiremos os atos indutores (I) e outras formas de influência (II). Mesmo que a fronteira não seja clara, parece possível diferenciar atos que representam manifestações de vontade normativa, expressos de uma forma que lembra a promulgação de atos legais cogentes de outras formas de influência menos estruturadas. Naturalmente, questionaremos o valor legal dessas diferentes formas de ação e, finalmente, veremos o impacto que elas têm na estrutura da lei (III).

1. **Os atos indutores**

São atos que orientam comportamentos sem torná-los obrigatórios. Podemos falar de uma ação diretiva, ou seja, de uma ação "que dirige, que imprime uma direção, mas sem a impor"[[17]](#footnote-17). O termo condução é apropriado o suficiente para designar esse modo de orientação. Também poderíamos falar em "orientação administrativa"[[18]](#footnote-18). O termo governança[[19]](#footnote-19), embora se aplique a todos os tipos de formas de ação reflexiva, também é apropriado, porque foi forjado a partir da oposição ao governo, ou seja, às formas autoritárias de conduzir comportamentos[[20]](#footnote-20). O termo regulação não é apropriado para designar ações puramente indutoras. Em inglês, pode conotar regulamentos muito autoritários[[21]](#footnote-21). E é em razão desta característica que se formou um movimento para a desregulação. O termo deve ser reservado para se referir à ação finalizada das políticas públicas, independentemente de ela envolver ou não a indução[[22]](#footnote-22).

Os atos indutores têm parentesco com outros atos que também têm uma função de orientação, princípios diretores e taxas de orientação[[23]](#footnote-23). A diferença reside na obrigatoriedade. Os princípios norteadores são obrigatórios mesmo que, contrariamente às regras fixas, eles não determinem de maneira detalhada os comportamentos a serem seguidos. As taxas de orientação incluem a obrigação de não seguir a direção correta, mas de pagar uma quantia em dinheiro se você se recusar a fazê-lo.

Os atos indutores pelos quais o Estado estabelece normas sem torná-las obrigatórias formam um segundo circuito paralelo de produção normativa. Um circuito em que predomina a ausência de formalismo, a flexibilidade e a leveza. O status jurídico desse segundo circuito é muito mais incerto que o primeiro. Ele também não tem a mesma unidade. Também é preciso dizer que ele foi pouco explorado pela doutrina, tanto é assim que os juristas ficaram desconcertados com esse tipo de ação que eles não são levados a valorizar.

Que o direito interno recorra cada vez mais amplamente a esses tipos de atos não é evidente. É por isso que é preciso questionar a função que exercem no direito interno (A). Poderemos na sequencia descrevê-los (B) e questionar seu valor legal.

*A. A função dos atos indutores no direito interno*

No direito interno, o interesse no desenvolvimento de atos desprovidos de obrigatoriedade demorou. Alguns não entendem que o Estado, que tem o poder de comandar, tenha recorrido a uma forma bastardizada de direito[[24]](#footnote-24). É necessário explicar, portanto, por que, mesmo no direito interno, essa forma de governança se desenvolveu.

No direito internacional, os atos indutores desempenham um papel considerável. Numa sociedade desprovida de órgãos legisladores centrais e dominada pelo princípio da soberania dos Estados, eles respondem pragmaticamente a uma necessidade imperativa de regulamentação. Eles suscitam enorme controvérsia porque colocam o problema da própria natureza do direito, de sua delimitação em relação ao não direito. Esses debates encontram seu reflexo em uma terminologia fragmentada, com alguns autores falando de direito brando; outros de direito verde[[25]](#footnote-25), enfatizando sua contribuição para a formação de um direito mais completo; outros de um direito surdo[[26]](#footnote-26).

No direito interno, a irrupção dos atos indutores é mais difícil de explicar. Ela está correlacionada com o desenvolvimento do intervencionismo estatal[[27]](#footnote-27), que só conseguiu expandir com a diminuição da coerção imposta a grupos e indivíduos. Assim, na ação do Estado, haveria uma lei análoga à de Boyle-Mariotte sobre a compressibilidade de gases segundo a qual volume e pressão seriam inversamente proporcionais. Arriscando outra analogia, pode-se dizer que, ao procurar influenciar sistemas sociais autônomos, como a economia, a ciência, a cultura, o Estado se encontra em uma posição um pouco semelhante à das organizações internacionais em relação aos Estados. Em relação a esses sistemas sociais autônomos, o estado é, no máximo, um *primus inter pares[[28]](#footnote-28)*. Note-se também que, com a globalização da economia, até esse status de *primus* é contestado. Não há dia que se passe sem que constatemos que a economia apresente resistência às medidas estatais mais bem-intencionadas, que ela se vinga das restrições que o Estado tenta lhe impor. A tendência das autoridades nacionais de recorrer cada vez mais à persuasão se deve ao caráter polárquico das sociedades modernas, ao fato de serem compostas por sistemas sociais cada vez mais fechados em si mesmos, se pretendendo todo-poderosos em sua esfera de ação. O desenvolvimento dos atos indutores no direito interno se explica pelo que poderíamos chamar de, dando um passo ousado adiante, a "igualdade soberana" dos sistemas sociais autônomos que constituem o direito, a política, a economia, a ciência, a cultura.

Há, no entanto, uma diferença significativa entre a ordem jurídica internacional e as ordens jurídicas estatais. Nestas, o recurso e a coerção geralmente se escondem atrás da persuasão. Os atos indutores geralmente se desenrolam à sombra do direito coercitivo. Numa perspectiva que corresponde ao desenvolvimento do princípio da subsidiariedade, o direito imperativo aparece assim como uma instância recursal no caso de a persuasão não ser suficiente para resolver um problema da sociedade.

Os desenvolvimentos que se produzem no plano nacional poderiam ser uma fonte de incentivo para as organizações internacionais. Estas se encontram, pela primeira vez à frente dos estados. Elas têm a vantagem de ter décadas de experiência na condução de ações suaves através da persuasão. Elas não precisam mais ter complexo com a onipotência do estado. Este, por sua vez, encontra resistência nos sistemas sociais que ele procura influenciar, resistências que às vezes se mostram tão fortes quanto aquelas encontradas pelas organizações internacionais por parte dos Estados. O desencantamento do Estado (*Entzauberung des Staates*)[[29]](#footnote-29) poderia, portanto, corresponder a um reencantamento da organização internacional.

Estes desenvolvimentos também poderiam levar a União Europeia a perseverar na via traçada pelo documento da Comissão sobre a subsidiariedade[[30]](#footnote-30). A propensão da União a hiperregulamentar, a usar na íntegra suas competências, é incompreensível no momento em que os próprios Estados estão suavizando seus modos de ação. As queixas relacionadas ao déficit democrático perderiam força se a União adotasse menos atos coercitivos e mais atos não vinculantes[[31]](#footnote-31). A indução requer infinitamente menos legitimidade democrática do que o recurso à coerção.

*B. Visão geral de alguns atos*

Em uma área onde o formalismo não é a aposta, seria inútil tentar fazer uma enumeração exaustiva de atos indutores. Vamos nos limitar a descrever os atos mais importantes.

***1. As recomendações***

Estas são convites para se comportar de uma maneira específica. A técnica permite que as autoridades públicas, ao mesmo tempo, direcionem as condutas e forneçam às pessoas envolvidas uma margem de liberdade[[32]](#footnote-32). Ao contrário do que pode acontecer no direito internacional, a ameaça de ação coercitiva não está completamente ausente, mas ela é diferida. Ao adotar uma recomendação, os poderes públicos frequentemente indicam que adotarão normas coercitivas se o apelo à boa vontade dos destinatários não for suficiente. Às vezes, a técnica de recomendação é combinada com a da decisão. Na Suíça, a Comissão do Cartel esteve durante um período habilitada a adotar recomendações. Se estas não fossem aceitas pelas partes interessadas, uma autoridade administrativa mais alta teria poderes para tomar uma decisão[[33]](#footnote-33). A recomendação nada mais é que uma fase de um procedimento complexo que leva a um acordo obrigatório ou a uma decisão.

Em algumas áreas, a técnica de recomendação está a um passo de ser integrada como uma etapa importante no intervencionismo estatal. Na Suíça, existem regulamentos no campo da proteção ambiental e economia de energia que estabelecem precisamente os objetivos que se deseja alcançar, deixando os operadores a escolher os meios de alcançá-los. Assim, a Portaria sobre a Redução de Combustíveis de automóveis (ORCA) se contenta em estabelecer que "o consumo específico médio da frota de carros novos deve diminuir em 15% em cinco anos"[[34]](#footnote-34). Nenhuma consequência está prevista se o objetivo não for alcançado. Mas os importadores de automóveis sabem que a regulamentação autoritária será adotada se os objetivos não forem alcançados. Essa dissociação entre os objetivos traçados pelas autoridades públicas e os meios deixados para a apreciação dos indivíduos constitui uma técnica original de indução. O processo pode ser refinado, quando a própria lei fornecer as medidas que serão impostas dentro de um certo período se os objetivos não forem alcançados. Essa é a técnica prevista na Suíça pelo projeto de lei sobre energia[[35]](#footnote-35).

Essa maneira de agir permite proteger melhor a liberdade de indivíduos e grupos. No plano estratégico, ela torna a adoção de uma legislação autoritária mais aceitável, adiando-a no tempo e chamando a atenção dos grupos para suas responsabilidades, se os objetivos previstos não forem alcançados. A técnica acaba por transmitir aos grupos privados a principal responsabilidade na realização do interesse público sob a ameaça velada ou explícita de uma intervenção autoritária. Nesse sistema, a lei não prevê sanções. É a adoção de uma lei no futuro que é apresentada como uma sanção pela não realização dos objetivos traçados anteriormente. No direito interno, o aguilhão da lei nunca está completamente ausente da ação diretiva.

Entre suas recomendações estão os avisos pelos quais a autoridade desaconselha, por exemplo, a adesão a cultos ou o uso de um produto considerado prejudicial à saúde[[36]](#footnote-36). O Estado busca produzir por esse tipo de ação efeitos semelhantes aos que uma proibição produziria.

Uma técnica dos Estados federais é a lei modelo que as autoridades centrais recomendam às entidades federadas. Isso lhes permite operar uma certa padronização da lei em uma área onde eles não têm o poder de legislar. Na Suíça, a preparação da lei modelo é modelada no procedimento preparatório das leis federais e envolve uma estreita consulta das entidades federadas[[37]](#footnote-37). No campo da economia de energia, ela é enxertada em uma rede muito densa de relações entre autoridades federais e cantonais, com muitas trocas de informações. O sucesso da operação depende em grande parte da qualidade dos estudos realizados e da adequação dos regulamentos propostos às necessidades dos cantões. O uso dessa técnica leva ao extremo a aplicação do princípio político da subsidiariedade.

***2. Acordos amigáveis***

Nesses acordos, os atores privados concordam em adotar comportamentos que possibilitem alcançar os objetivos de uma política pública em troca de uma promessa explícita ou implícita das autoridades públicas de não adotar uma regulamentação imperativa[[38]](#footnote-38). Nenhuma das duas partes assume compromissos firmes. A única obrigação que parece resultar desses acordos decorre da aplicação do princípio da boa-fé. Se uma parte não pretende respeitar o contrato, deve fornecer explicações. A obrigação tem uma certa consistência em relação ao poder público, como evidenciado por uma sentença do Tribunal Federal[[39]](#footnote-39). Ele deve indicar por que o acordo amigável não lhe parece satisfatório e por que considera necessário recorrer a uma regulamentação imperativa.

***3. Princípios orientadores sem força vinculante***

É bastante surpreendente que os Estados que, graças aos princípios orientadores, possuem uma técnica de regulamentação muito flexível, considerem útil afirmar a existência de princípios que não vinculam as autoridades ou os particulares. Deve-se atentar para o fato de que a delimitação entre os dois tipos de princípios é extremamente delicada. Apenas um estudo aprofundado da jurisprudência às vezes torna possível decidir. Princípios considerados não vinculativos em uma ordem legal podem ser considerados obrigatórios em uma outra. É o caso, como veremos[[40]](#footnote-40), dos princípios orientadores do direito internacional, como os contidos na Declaração Universal dos direitos humanos. A mudança na percepção sobre o valor legal de grandes princípios orientadores é particularmente impressionante, se considerarmos o preâmbulo das constituições. Por gerações, eles foram retratados nos livros de direito como exemplos de disposições não jurídicas em um texto que, em geral, era vinculante. No entanto, eles também podem ser considerados obrigatórios, como mostra a jurisprudência do Conselho Constitucional. O mesmo pode ser dito, como vimos[[41]](#footnote-41), do princípio político da subsidiariedade nos Estados federais ou em uma organização supranacional. O mesmo se aplica aos macroprincípios que são o Estado de direito, o Estado democrático e o Estado social[[42]](#footnote-42). Esses grandes princípios, por muito tempo considerados como meras proclamações, são hoje considerados princípios orientadores obrigatórios, capazes de basear diretamente julgamentos constitucionais.

Muitos princípios carecem de força vinculante, embora sua integração no direito positivo seja sempre possível. Trata-se frequentemente de proclamações do direito desejável, tornando possível a realização de julgamentos políticos, mas não jurídicos, sobre uma legislação ou um comportamento. Assim ocorre provavelmente com o princípio do poluidor-pagador, quando uma legislação o afirma, mas dele se distancia com tanta frequência nos dispositivos específicos que estabelece, que se pode duvidar de seu caráter obrigatório.

Mesmo quando os princípios orientadores parecem *prima facie* desprovidos de força vinculativa, o julgamento final sobre esse assunto deve ser reservado. É possível que, após um período de latência, os tribunais os utilizem no contexto da interpretação. É assim, por exemplo, que o Tribunal Federal Suíço se referiu ao princípio do poluidor-pagador[[43]](#footnote-43), sendo que, à primeira vista, se poderia duvidar seriamente de sua obrigatoriedade. Também é possível que o comportamento concebido na arena internacional como envolvendo um comportamento desejável se torne obrigatório como resultado de sua incorporação ao direito interno. Foi o que aconteceu com o princípio da precaução declarado em 1972, na declaração final da Conferência de Estocolmo; consagrado no Princípio 25 da Declaração do Rio[[44]](#footnote-44); e incluído na Lei Barnier de 2 de fevereiro de 1995, nos seguintes termos: "a falta de certeza, levando em consideração o conhecimento científico do momento, não deve atrasar a adoção de medidas efetivas e proporcionadas para prevenir o risco de danos ambientais graves e irreversíveis a um custo economicamente aceitável". A questão da natureza obrigatória do princípio da precaução foi central na decisão do Conselho de Estado de 25 de setembro de 1998 de adiar a execução da Ordem Ministerial autorizando a comercialização de três variedades de milho transgênico. Ao reconhecer a natureza obrigatória do princípio, o Conselho de Estado não seguiu as conclusões do Comissário do Governo, M. Stahl. Este último acreditava que o princípio da precaução não tem "nenhum valor legal obrigatório", que ele constitui uma "fórmula de recomendação geral não aplicável diretamente", mas que não pode, porém, ser ignorada, porque é a espinha dorsal da lei ambiental[[45]](#footnote-45). Estimamos, a partir da leitura dessas conclusões, a dificuldade em traçar a linha entre o obrigatório e o recomendado, o jurídico e o político.

***4. Os atos indutores das autoridades administrativas independentes***

Deve-se reservar um lugar à parte para eles, porque essas autoridades mostram a ideia de governança em seu ponto mais alto, aquela de uma condução não autoritária das condutas. Essas autoridades procuram convencer e não coagir[[46]](#footnote-46). É surpreendente constatar que, mesmo quando têm poder de decisão, elas preferem meios menos coercitivos, melhor adaptados à sua missão[[47]](#footnote-47). Isso é compreensível na medida em que essas autoridades foram criadas "em virtude da inadequação dos modos clássicos de expressão do poder"[[48]](#footnote-48).

O que também é impressionante é que as autoridades administrativas independentes têm à sua disposição uma panóplia de meios de persuasão e de influência. Elas fornecem opiniões, fazem proposições, disseminam informações, recomendam, apelam à opinião pública. A pluralidade de instrumentos suaves de persuasão parece, enfim, tão eficaz quanto os comandos, que geram movimentos de oposição e que definitivamente também se baseiam em uma certa dose de boa vontade por parte de seus destinatários[[49]](#footnote-49).

***5. A criação de instituições desprovidas de poder de decisão***

A figura é interessante porque mostra que existem regras que não se enquadram nas categorias estabelecidas por Hart[[50]](#footnote-50), a saber, que não são nem de reconhecimento, nem de alteração, nem de adjudicação. Ela mostra que a criação de uma instituição tem um valor em si, independente da sua contribuição para a promulgação futura de normas gerais ou individuais. Esse valor em si é explicado pelo fato de que a criação da instituição pode ser o próprio objeto da política pública. Seja porque a criação da instituição, ainda que privada de qualquer poder de decisão, tem um valor simbólico suficiente para satisfazer a opinião pública. Seja porque a instituição é criada para desempenhar outras funções além daquelas consistentes em promulgar regras ou tomar decisões.

A criação de uma representante da mulher tem um valor simbólico independente dos poderes (ou da ausência de poderes) que lhe podem ser conferidos. A criação de um cargo de mediador não deve ser considerada sob a perspectiva da produção de decisões, pois sua função é justamente a de servir como substituto de uma solução jurisdicional de conflitos. Seria desnaturar sua função vê-lo como uma engrenagem voltada a produzir acordos entre as partes, mesmo que esse possa ser um dos resultados da mediação[[51]](#footnote-51).

Não é, portanto, sequer correto considerar que normas voltadas à criação de instituições são normas secundárias, no sentido de que serviriam à produção ou à aplicação de normas primárias. Elas suscitam outra problemática. Poderíamos, sob essa ótica, distinguir entre, de um lado, as normas institucionais e, de outro lado, aquelas que dizem respeito aos comportamentos (direitos, obrigações, poderes) de particulares ou autoridades, que se dividiriam, elas próprias, segundo Hart, em regras primárias e secundárias.

*C. O valor jurídico dos atos indutores*

Ele deve ser apreciado, ao mesmo tempo, a partir do ponto de vista dinâmico e estático. Do ponto de vista *dinâmico*, esses atos costumam ser o primeiro passo para a criação de normas obrigatórias. No direito internacional, esses atos são qualificados como direito verde[[52]](#footnote-52), devido à sua contribuição para a formação de costumes. No direito interno, eles frequentemente representam a primeira etapa de uma intervenção. Eles costumam atuar como legislação experimental[[53]](#footnote-53). Eles permitem que as autoridades obtenham resultados rapidamente, aumentem o conhecimento do campo regulamentado e testem o grau de aceitação de uma regulamentação. A avaliação dos resultados permitirá às autoridades, após um certo período de tempo, decidir se estão satisfeitas com os resultados obtidos ou se preferem adotar uma regulamentação cogente. Sob um ponto de vista dinâmico, os atos de indução constituem um presságio de direito qualificado, isto é, marcado com o selo de oficialidade. Sob essa perspectiva, eles poderiam ser considerados como parte do procedimento pré-parlamentar da elaboração de leis.

A dinâmica das normas indutoras é impressionante, se considerarmos a penetração no direito interno do que os internacionalistas chamam de *soft law*. Este último é frequentemente invocado perante as autoridades estatais e acaba por sofrer, neste ambiente, uma mutação surpreendente. É obviamente impossível dar aqui uma explicação exaustiva desse vasto fenômeno. Contentarmo-nos em dar toques impressionistas. Frequentemente, a administração e o juiz – mas isso também é verdade para o legislador – se referem, em suas decisões, a recomendações ou mesmo a convenções não ratificadas pelo Estado em questão. Isso se explica, em primeiro lugar, pelo fato de as instâncias estatais nem sempre diferenciarem muito bem os atos internacionais de acordo com sua obrigatoriedade. As organizações internacionais, e a doutrina por trás delas, frequentemente jogam com aambiguidade, apresentando, por exemplo, uma desordem de convenções e recomendações. Mesmo que a transformação do *soft law* do direito internacional em *hard law* pelo direito interno resulte da ignorância ou de mal-entendido, isso não é menos real. Outro fator explica essa mutação. As recomendações geralmente fornecem à administração ou ao juiz um ponto de referência importante para dar sentido a uma noção indeterminada da lei nacional, para preencher uma lacuna.

A mudança é ainda mais impressionante quando se trata de atos solenes não obrigatórios, mas que enunciam grandes princípios de valor universal, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos ou a Ata Final da Conferência do Rio. Provavelmente, erraríamos ao deduzir de sua universalidade um caráter vinculante na esfera internacional e *a fortiori*, com algumas exceções, ao incluí-los no *jus cogens*. Por outro lado, é inegável que os princípios que enunciam, no direito interno, podem adquirir uma força que não possuíam a princípio. Assim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos serviu como um argumento importante no direito suíço no processo pretoriano de reconhecimento de direitos fundamentais não escritos[[54]](#footnote-54). O princípio da precaução, a noção de desenvolvimento sustentável estão gradualmente adquirindo obrigatoriedade no direito interno que não deriva do valor legal que lhes foi atribuído pelo texto internacional, mas de sua capacidade de convencer as autoridades administrativas ou judiciais a incorporá-los ao direito. No processo de sobredeterminação que marca a interpretação de normas internas, especialmente quando elas possuem, como os princípios em geral, um conteúdo variável, os grandes princípios do direito internacional, mesmo que não sejam obrigatórios, são de particular valor em virtude de seu poder de convencimento e do trabalho de elaboração a que foram submetidos. Eles são, de certa forma, *ready made* para serem incorporados ao direito interno como princípios revestidos de caráter obrigatório.

Do ponto de vista estático, é preciso questionar o valor jurídico desses atos independentemente da contribuição que eles possam dar para a formação de regras obrigatórias. Sua qualificação como jurídicos não é autoevidente, ainda que consideremos que a recusa em incorporá-los ao direito é arcaica[[55]](#footnote-55). Podemos seguir Amselek[[56]](#footnote-56), quando ele considera que existem dois tipos de normas éticas, aquelas que ordenam e aquelas que recomendam. Mas não quando ele sugere, como se isso não fosse um problema, que elas constituem dois tipos de normas jurídicas.

A abertura do direito às ciências morais e políticas não implica que as diferenças sejam abolidas e que consideremos que o direito deve necessariamente absorver as outras formas de normatividade. Toda disciplina, todo sistema, precisa definir suas fronteiras. Isso é particularmente importante para o direito porque a inclusão de um ato implica para a autoridade uma série de obrigações formais e materiais e para os destinatários desses atos garantias processuais ou substantivas. A inclusão automática no direito de todos os tipos de normatividade é ao mesmo tempo fonte de confusão e de perigo do ponto de vista da proteção dos indivíduos em relação à ação estatal.

Se o positivismo tivesse apenas uma virtude, seria a de determinar, usando a teoria das fontes, quais são as normas morais, políticas e sociais que fazem parte do direito, pondo fim a brigas intersubjetivas intermináveis ​​que interviriam na ausência de critérios de juridicidade. Sem mencionar os perigos impostos pelas concepções cientificas que visam a subordinar o direito aos fatos e aos movimentos fundamentalistas tendentes a submeter o direito a uma moralidade ou religião, garantindo sua penetração automática nele. Isso não significa que os critérios sejam fáceis de estabelecer e que não haja incertezas sobre a questão das fronteiras. Além disso, a rejeição ao jusnaturalismo e ao sociologismo, sua forma elaborada, não significa de maneira alguma que o jurista não esteja interessado na gênese das normas jurídicas e em seu funcionamento na sociedade. Significa simplesmente que deve ser feita uma diferença entre o interno e o externo. Entre a pura teoria do direito, que deliberadamente aparta o direito da sociedade, e o sociologismo, que o engolfa, há espaço para uma teoria intermediária e moderada que admita referências sucessivas do direito à sociedade e desta última ao direito[[57]](#footnote-57).

A análise do valor jurídico dos atos indutores pode partir de duas constatações acerca dos efeitos jurídicos produzidos por esses atos. Em todo caso, *prima facie*, esses atos não são obrigatórios. Eles não são, contudo, desprovidos de efeitos jurídicos. Eles podem legitimar um comportamento; corroer uma regulamentação obrigatória, ao entrar em contradição com ela; legitimar a ação de quem segue fielmente o comportamento cuja adoção se sugere[[58]](#footnote-58). Eles também podem produzir efeitos indiretos por meio de normas que consideram importante o respeito ao comportamento recomendado, sejam elas regras de boa-fé ou aquelas que, no contexto da responsabilidade, deduzem consequências da adoção de um comportamento imprudente[[59]](#footnote-59).

Apesar das consequências que podem resultar da adoção de atos indutores, não seria possível afirmar ocorreria sem outras partes direito. Isso porque, tal como fatos jurídicos, isto é, fatos levados em conta pelo direito, os atos indutores podem ser considerados como atos situados fora do direito, mas que este último leva em consideração. O fato de um fato ser seguido por consequências jurídicas não é suficiente para significar que ele faça parte do direito. O mesmo se aplica a um ato em que uma autoridade manifesta uma vontade normativa. É ainda necessário que ele atenda aos critérios de juridicidade.

Entre esses critérios, convenhamos que o da sanção é insatisfatório[[60]](#footnote-60). Há muito tempo se sabe que a punição não é um critério distintivo do direito[[61]](#footnote-61). Que, em particular, as nulidades, que são as consequências associadas às condições de exercício de uma competência, não são sanções. E que, de toda forma, as sanções são apenas cadeias de obrigações criadas na sequência da violação de uma obrigação primária[[62]](#footnote-62). O outro critério de juridicidade é o da obrigatoriedade. É este que Amselek[[63]](#footnote-63) reteve ao fim de uma demonstração brilhante. É, portanto, surpreendente que ele possa, sem mais, categorizar dentro do direito os convites à adoção de um comportamento.

A observação da jurisprudência interna e comunitária mostra que a distinção entre atos obrigatórios e aqueles não vinculantes, entre atos jurídicos e atos de outra natureza, é incontornável. O Conselho de Estado examina se esses atos, mesmo que relativamente informais, são obrigatórios e dão ensejo a queixas ou se não vinculam seus destinatários[[64]](#footnote-64). O Tribunal Comunitário não procede de maneira diferente, não se sentindo vinculado pela caracterização desses atos e apurando cuidadosamente se são obrigatórios ou não[[65]](#footnote-65). O caso decidido pelo Tribunal mostra como é importante distinguir em uma ordem jurídica os atos obrigatórios daqueles que não são obrigatórios e quais são os perigos de manipulação que a confusão apresentaria. Nesse caso, a Comissão procurou contornar os requisitos processuais para a adoção de atos obrigatórios. Observando que o Conselho não estava pronto para adotar uma diretiva sobre fundos de pensão, transformou-a em uma comunicação, sem alterar seu conteúdo, criando, assim, voluntariamente, uma ambiguidade sobre a natureza do ato. O Tribunal considerou que, à luz dos termos utilizados, tratava-se de um ato obrigatório que a Comissão não tinha competência para adotar. A distinção é particularmente importante no direito da União Europeia, na medida em que é, a nosso conhecimento, a primeira ordem jurídica que tornou necessário marcar em sua Carta Constitutiva a distinção entre atos obrigatórios[[66]](#footnote-66) e atos não vinculantes[[67]](#footnote-67).

Não é possível escapar com consideraçãoes, como a de Bechilon[[68]](#footnote-68), de que os convites para se comportar de uma determinada maneira representariam um imperativo condicional, enquanto os comandos emergiriam do imperativo categórico. Isso seria ignorar que, para Kant, o direito se distingue precisamente da moral por seu caráter condicional, que o autor parece, inclusive, reconhecer[[69]](#footnote-69). O direito, ao contrário da moral, nunca prescreve que uma ação deve ser absolutamente executada. Ele se limita a prescrever quais são as conseqüências que devem ocorrer (que, além disso, não são necessariamente sanções) se determinadas condições forem cumpridas em um caso específico.

Entendemos, portanto, que poderíamos dizer que a própria idéia de *soft law* é uma aberração[[70]](#footnote-70). Isso se explica pelo fato de que o termo tenha sido utilizado pela primeira vez no direito internacional por Lord Mac Nair para designar normas cujo caráter obrigatório é indubtável, os princípios gerais de direito[[71]](#footnote-71), e posteriormente tenha sido estendido a recomendações e acordos amigáveis, ​​sem que os autores tivessem conhecimento da diferença entre esses dois tipos de atos. A idéia de Lord Mac Nair é valiosa dentro do direito para diferenciar certos tipos de atos ou normas, de acordo com a intensidade da obrigatoriedade ; para distinguir regras fixas dos princípios cuja força obrigatória varia de acordo com peculiaridades de cada espécie ; ou para caracterizar os objetivos constitucionais (*Staatszielbestimungen*) cuja imperatividade é muito reduzida[[72]](#footnote-72). O direito comunitário, por outro lado, distingue regulamentos e diretrizes de acordo com a extensão da obrigatoriedade.

Contra o panjuridismo que inclui no direito as normas políticas e morais pelo mero fato de serem expressas pelo Estado, pode-se invocar os últimos textos de Foucault[[73]](#footnote-73) sobre a governabilidade em que mostrou que, fora o direito e a disciplina, o Estado utiliza modos de influência enraizados na pastoral cristã. Uma forma totalmente política de governar pela paciência e pela sabedoria, como o rei das abelhas que reina na colméia sem ter que recorrer à ferroada.

Embora o critério da obrigatoriedade seja decisivo para delimitar a esfera do direito, ele permanece insatisfatório por duas razões. Primeiro, porque falha em expressar a complexidade das normas jurídicas. É orientado para a caracterização das normas primárias. Certamente há obrigatoriedade nos atos que atribuem uma competência ou criam uma instituição. A competência deve ser exercida da maneira indicada pela lei. A instituição deve ser constituída em conformidade com as prescrições. Mas há algo mais nessas normas além da obrigatoriedade: a criação de um poder de direito, a criação da própria instituição.

Em segundo lugar, o critério da obrigatoriedade nem sempre pode ser mantido pelo direito, quando os efeitos indiretos de um ato sem força vinculante são particularmente graves para os indivíduos. Está surgindo uma tendência nas ordens legais nacionais de assimilá-los a atos obrigatórios. O caso mais notório é o do aviso no qual a autoridade recomenda que não se utilize um produto, devido aos efeitos nocivos que pode ter sobre a saúde. Em várias ordens legais, atos desse tipo são tratados como decisões[[74]](#footnote-74). Essa capacidade dos tribunais de mover as fronteiras do direito, que encontramos no contexto de atos materiais com visão normativa[[75]](#footnote-75), é particularmente clara na França, no que tange à qualificação de recomendações exaradas por autoridades administrativas independentes. O Conselho de Estado e o Conselho Constitucional assimilaram, sem muita explicação, as recomendações às decisões[[76]](#footnote-76). Essa prática judicial mostra que a fronteira entre vários tipos de normatividade não é clara, que em torno do eixo da obrigatoriedade existe uma zona cinzenta dentro da qual as fronteiras se deslocam. A expansão do império do direito pode ser explicada tanto pela propensão dos advogados a ampliar sua área de competência, quanto por sua preocupação em aumentar a proteção judicial dos jurisdicionados. A vagueza do direito[[77]](#footnote-77) também se encontra na determinação de seus contornos.

Numa concepção externa moderada, a do observador externo que se refere ao ponto de vista interno dos juristas[[78]](#footnote-78), a extensão das fronteiras do direito se explica pela preocupação em reintegrar neste último as considerações extraídas da análise sobre o real poder exercido pela autoridade que age de maneira indutora. Quando esse poder é por si só importante, porque mina direitos individuais ou porque multiplica as formas de agir sobre sociedade, faz sentido reconhecer que normas que são *prima facie* políticas ou éticas fazem parte do direito.

**II. O exercício de uma influência : Quando fazer é dizer**

O Estado dispõe de uma panóplia de meios para influenciar comportamentos sem, porém, promulgar normas jurídicas. Ele pode agir seobre sua ordem interna, na esperança de produzir efeitos externos. Ele pode procurar influenciar o ambiente humano de maneira a condicionar comportamentos. Ele pode fornecer informações, conhecimentos próprios para orientar a ação dos indivíduos. As diversas modalidade de ação se enquadram no direito administrativo na categoria residual de atos materiais[[79]](#footnote-79).

De acordo com essa concepção, existem, por um lado, os atos jurídicos que criam direitos e obrigações para os administrados e, por outro, os atos materiais que não os criam, mas que podem, no entanto, produzir efeitos a esse respeito. Esses efeitos podem, por exemplo, consistir em prejuízos e interesses relevantes.

Esses efeitos podem, por exemplo, consistir em prejuízos a interesses materiais ou intangíveis. Ao batizar uma rua com o nome de um ditador sanguinário ou de uma pessoa que tenha levado uma vida libertina, um município pode ofender os sentimentos de uma parte da população[[80]](#footnote-80). Ao colocar um crucifixo na parede da escola, as autoridades podem atentar contra crenças religiosas. Os objetivos normativos são particularmente claros quando as autoridades implementam planejamentos que tendem a desacelerar o tráfego (policiais fardados, obstáculos diversos) ou dispositivos de vigilância por vídeo. As autoridades públicas também podem, por simples declarações políticas com fins normativos, implementar programas finalísticos bem articulados, estabelecendo precisamente os objetivos a serem alcançados e os meios para alcançá-los. Tais programas podem, em alguns casos, desempenhar um papel significativo e superdeterminar a produção de normas jurídicas e sua implementação[[81]](#footnote-81). Operações materiais com fins normativos podem ser alternativas a políticas públicas autoritárias constituídas de comandos ou de proibições. Elas também podem servir como complemento para essas políticas.

Os juristas se interessaram ​​nos performativos ilustrados pela famosa fórmula de Austin[[82]](#footnote-82): "Quando dizer que devemos fazer". Dizer que ordeno significa ordenar. Lutando contra a ilusão descritiva na teoria dos atos da fala, Austin caracteriza os performativos, por um lado, pelo fato de que eles não descrevem nada, não sendo, portanto, nem verdadeiros nem falsos e, por outro lado, pelo fato de que eles correspondem à execução de uma ação[[83]](#footnote-83). Os atos que examinamos fazem exatamente o oposto. Colocar um crucifixo em uma sala de aula significa alguma coisa. Para esses atos, fazer é dizer. Eles ilustram a distinção entre o locucionário e o ilocucionário. Não há locucionário, palavras pronunciadas, mas o ilocucionário, a intenção normativa de quem executa a ação, é manifesto[[84]](#footnote-84).

Dentre esses atos, distinguimos os atos internos com efeitos externos (A), os atos materiais relativos ao ambiente humano (B) e conhecimento especializado (C).

1. *A ação do Estado sobre si e para os outros*

Há casos em que a administração adota despachos administrativos e cria direitos ou obrigações para terceiros. Pelo critério da obrigatoriedade, esses atos são jurídicos tanto interna quanto externamente. No entanto, como vimos, eles suscitam problemas[[85]](#footnote-85) devido às dificuldades de distinguir entre interno e externo e de discernir no ato que se pretende interno os direitos e obrigações criados para os administrados[[86]](#footnote-86).

Trata-se aqui de outra situação. A administração produz, ao agir sobre sua ordem interna, não efeitos jurídicos, uma modificação do ordenamento jurídico, mas efeitos reais que podem afetar significativamente os interesses dos administrados. Em sua qualidade de empregador, de produtor de bens e serviços, de consumidor, o Estado pode conduzir uma política pública limitando-se a definir sua própria linha de ação. A política salarial do Estado tem efeitos sobre a fixação de salários no setor privado. As medidas de economia de energia que ele se impõe podem, por um efeito cascata, orientar comportamentos no setor privado. Um experimento piloto bem conduzido, cujos resultados são divulgados ao público, pode convencer as pessoas a mudar seu comportamento.

Os efeitos externos reais, embora não sejam jurídicos, são relevantes para o direito, porque podem atentar contra os interesses por ele protegidos. É por isso que, em alguns casos, mas não em todos, as jurisdições nacionais requalificam o ato interno para permitir sua anulação. Eles podem então determinar quais são as condições de validade do ato[[87]](#footnote-87). Testemunhamos, assim como ocorre com os demais indutores, um deslocamento da fronteira do direito. Essa fronteira se torna, deve-se notar, muito incerta, pois não dispomos de um critério certo para delimitar quais são os efeitos externos que justificam essa requalificação.

*B. A ação sobre o ambiente humano*

Os desaceleradores de tráfego e os dispositivos de vigilância por vídeo têm o objetivo explícito de influenciar comportamentos. Ressaltamos, acertadamente, que esses dispositivos são um modo de comando[[88]](#footnote-88). A vigilância por vídeo é uma forma moderna e ampliada do panóptico de Bentham, uma extensão das técnicas disciplinares analisadas por Michel Foucault. Ela pode atentar gravemente contra a privacidade e o direito de imagem dos indivíduos. Os desaceleradores de tráfego visam abertamente a limitar as facilidades de deslocamento dos condutores de veículos e, assim, limitam sua liberdade. Por esse motivo, em várias ordens jurídicas nacionais, o juiz administrativo considera como ato jurídico a deliberação acerca da instalação de dispositivos de desaceleração ou de monitoramento[[89]](#footnote-89). Ele pode então definir as condições postas para implementação de tais dispositivos. Entre essas condições, o requisito de proporcionalidade desempenha um papel importante. A CNIL (Comissão Nacional de Informática e Liberdade) publicou em 1994 uma recomendação solicitando "que o público seja informado da existência dos sistemas, que o campo de visão das câmeras não exceda a área supervisionada, que as imagens sejam destruídas em um tempo relativamente curto[[90]](#footnote-90) e que as pessoas sejam informadas sobre as modalidades do direito de acesso "[[91]](#footnote-91). O exercício desse último direito se revela delicado, na medida em que colidir com a proteção da imagem de terceiros. Desde uma lei de janeiro de 1995, o estabelecimento da videovigilância está sujeito à autorização.

O deslocamento da fronteira do direito permite resolver o problema de dispositivos com objetivos normativos óbvios. A distinção entre o ato jurídico e o ato material, que originalmente tinha a função de delimitar a esfera do direito, está mudando. Mas até que ponto? Surge um novo problema de delimitação para distinguir, entre todos os dispositivos, aqueles que devem ser integrados ao direito e aqueles que permanecerão fora dele. A nova fronteira é vaga. Ela depende, provavelmente, da intensidade dos objetivos normativos e dos atentados contra os interesses dos administrados.

*C. O conhecimento especializado com efeitos normativos*

Os conhecimentos que os especialistas fornecem a respeito de uma situação individual ou de uma realidade social têm efeitos normativos. A perícia psiquiátrica de um réu determinará em grande medida a decisão judicial que será tomada em relação a ele. A legística, como processo sistemático de auxílio à formação da legislação, consiste em fornecer conhecimentos sobre a realidade social que ela busca normatizar. Esses conhecimentos determinam em certa medida o conteúdo das normas que serão, por fim, adotadas[[92]](#footnote-92). Propostas visando a modificar uma lei podem perder seu objeto se um estudo sério demonstra que os motivos invocados são errôneos. Assim, as propostas feitas na Suíça para abolir o direito de recorrer das associações de proteção ambiental, pelo fato de causar atrasos na realização de grandes obras, não farão mais sentido se for demonstrado que esses atrasos são devido a outras causas. O leque de opções deixadas ao legislador pode ser consideravelmente restringido pelos dados factuais coletados. Desde Jellinek, de toda forma, os juristas falam da "força normativa dos fatos"[[93]](#footnote-93). Isso significa que a distinção entre *Sein* e *Sollen*, que está no coração do pensamento kelseniano, deve ser abolida? Esse conhecimento especializado, que desempenha um papel decisivo na tomada de decisões, deve ser reconhecido como tendo o mesmo valor que os próprios atos jurídicos?

A apresentação feita por Castel[[94]](#footnote-94) sobre o conhecimento especializado instituinte é, nesse sentido, perturbadora. Além do conhecimento técnico que serve de auxílio à decisão, haveria outro modelo de conhecimento especializado "no qual o conhecimento especializado produz diretamente uma ordem de normas e regras jurídicas". O exemplo da lei francesa de 1939 sobre alienados ilustra esse processo. A perícia médica tem o efeito imediato de colocar o indivíduo em um enquadramento jurídico, com severas restrições à sua liberdade.

Em uma inspeção mais minuciosa, a figura do conhecimento especializado instituinte não se sustenta. É inegável que o conhecimento médico, hoje amplamente desatualizado, forma "a estrutura interna das disposições legislativas da lei de 1938"[[95]](#footnote-95). Tampouco é errado dizer que a retomada, pelo direito, da estrutura interna de um raciocínio médico realiza uma junção problemática entre dois sistemas que operam segundo racionalidades muito diferentes e cria, portanto, um sério conflito entre dois tipos de normatividade. No entanto, não se pode inferir que o conhecimento especializado produz diretamente normas jurídicas, o que implicaria que o direito está completamente dissolvido nos fatos ou em outra normatividade. O conhecimento especializado instituinte descreve uma situação banal na qual o Estado coloca aos cuidados de a uma autoridade com conhecimentos específicos, neste caso o psiquiatra, as decisões a serem tomadas com base em normas emprestadas pelo direito de outro sistema. Não é, portanto, o conhecimento especializado que produz diretamente regras jurídicas, mas sim uma decisão tomada por agente detentor de conhecimentos específicos e dotado de status de autoridade. O direito não produz a partir da psiquiatria; esta última não cria o direito. A análise do conhecimento especializado instituinte não leva em conta suficientemente dois fatos. Que o direito tenha incorporado uma regra vinda de fora. Que ele procede à inclusão do especialista em seu sistema de decisão, conferindo-lhe um poder jurídico de decisão. O conhecimento especializado instituinte possui um efeito normativo não porque o conhecimento produz normas, mas porque o direito confere ao especialista um poder de decisão.

O problema da relação entre o conhecimento e o direito, entre o saber e o político, é, no entanto, bastante real, mesmo quando o conhecimento é um simples auxílio à decisão. O problema é duplo. Por um lado, a autoridade pode, guiando a expertise, manipular os fatos que serão levados em consideração por uma norma da ordem jurídica. Assim, se a construção de usinas nucleares estiver sujeita a uma cláusula de necessidade, o conhecimento especializado encomendado pela autoridade sobre a necessidade previsível de eletricidade desempenhará um papel decisivo na operação da minúcia do raciocínio relativo à cláusula de necessidade. Por outro lado, não há dúvida de que as conclusões de um especialista podem ser decisivas se o especialista tiver conhecimento cuja veracidade o juiz é incapaz de verificar. A solução para esses problemas é dada pela regulamentação da produção de conhecimentos especializados e pela inclusão no direito da decisão de prosseguir com ela. A regulamentação pode diminuir o caráter determinante do conhecimento especializado, ao prever contra-expertises.

A fronteira legal permanece incerta, no entanto, pois nem todos os conhecimentos estão sujeitos a serem requalificados. Aquele que estabelece a demanda de eletricidade provavelmente não será, se não estiver diretamente relacionado a um procedimento de autorização para a construção de uma usina nuclear. Também escaparão da requalificação os muitos conhecimentos especializados que acompanham a elaboração das leis, apesar de sua "força normativa".

**III. A ação indutora e o direito**

A ação branda, mas às vezes insidiosa, do Estado, mediante a publicação de recomendações, a disseminação de informações e a adoção de atos materiais com objetivos normativos, está afetando profundamente a estrutura jurídica. Ela cria incerteza sobre as fronteiras do direito (A). Ela opera uma mistura entre o direito cogente e a persuasão (B), tão intensa que afeta as camadas profundas do direito. Ele coloca os requisitos de legalidade sob uma nova luz (C), na medida em que aqueles que tiverem sido postulados para orientar a ação autoritária do Estado não podem, de outro modo, ser aplicados a ele.

*A. A incerteza sobre as fronteiras do direito*

Embora o critério da obrigatoriedade permaneça o mais seguro para distinguir o direito dos fatos ou de outros tipos de normatividade, verifica-se, no entanto, que ele não permite estabelecer uma fronteira clara e precisa. A distinção entre o ato administrativo e o ato material deveria traçá-la. Muito realistas, os tribunais administrativos a deslocaram, sem, porém, definir novos limites.

Essa situação cria um certo desconforto para os administrados que têm grande dificuldade em saber se o comportamento recomendado tem de ser seguido ou não. O desconforto é ainda maior porque comandos e recomendações podem ser expressos em atos, tal como a lei, que geralmente são portadores de normas obrigatórias[[96]](#footnote-96), as quais os internacionalistas chamam de instrumentos *hard*. Ele aumenta quando o administrado constata que a violação de uma recomendação, como a existente na Suíça em relação ao uso de cintos de segurança, pode constituir uma falha simultânea e diminuir a indenização por danos. Constatamos em nossa pesquisa empírica que o Estado às vezes tinha ciência da ambiguidade e que frequentemente era muito difícil saber se o comportamento era prescrito ou recomendado. A ambiguidade é particularmente nítida quando a autoridade recomenda o respeito a normas técnicas, *ready made* para sua incorporação ao direito[[97]](#footnote-97). Os técnicos a quem esses essas normas são endereçadas têm toda a dificuldade do mundo para saber se o comportamento é prescrito ou apenas aconselhado. A mesma ambiguidade prevaleceu no direito comunitário no que se refere à comunicação sobre fundos de pensão, até o pronunciamento do Tribunal[[98]](#footnote-98).

Não é possível extrair de um estudo de direito comparativo nem mesmo os contornos grosseiros de uma nova fronteira. A intensidade do objetivo normativo integrado em um ato material ou em um ato interno deve ser levada em consideração? Os perigos que isso representa para as liberdades? O formalismo relativo do ato de persuasão? Uma intuição nos sugere que não deveríamos considerar como sendo de direito a publicidade do Escritório Federal de Energia, recomendando que se tome banho a dois ou que se cozinhe um ovo de uma certa maneira. Mas é necessário que digamos por que a requalificação é necessária em alguns casos e não em outros.

Constatamos que a vagueza do direito resultante da adoção de políticas públicas não atinge apenas as racionalidades internas, mas também seus próprios contornos. A metáfora do Estado gasoso[[99]](#footnote-99), que pode parecer excessiva, não está completamente fora de lugar. O direito não é mais um corpo sólido. Como os gases, ele tem uma capacidade de expansão, cuja magnitude não pode ser determinada de maneira precisa. O recurso à persuasão e à influência tem por consequência que a regra de reconhecimento, no sentido dado por Hart[[100]](#footnote-100), torna-se incerta. Em casos limítrofes, não há mais um critério certo que permita identificar as regras jurídicas. A incerteza é diferente daquela prevalecente nas sociedades primitivas que carecem de órgãos e procedimentos que permitam identificar normas jurídicas. Trata-se de uma incerteza decorrente do fato de que os órgãos existentes, os tribunais, têm toda a dificuldade do mundo em definir as fronteiras dentro das quais o império do direito é exercido.

*B. A mistura entre o direito e a persuasão*

*Law is command*, disse Austin. Essa concepção não é mais prevalecente. E poderíamos dizer o contrário: o direito é essencialmente, pelo menos quantitativamente, um instrumento de persuasão e um quadro para a negociação[[101]](#footnote-101). Se tomassemos o direito em toda a sua profundidade, constataríamos que é apenas em uma porcentagem muito pequena de casos que o resultado consiste em condenar ou tomar decisões autoritárias. Todas as pesquisas de implementação confirmam esse ponto de vista[[102]](#footnote-102). A visão dos juristas está centrada na ponta do iceberg, o litígio. Mas abaixo dessa camada superficial há uma grande massa de normas envolvendo negociação e ação pedagógica, a fim de induzir os indivíduos a mudarem seus comportamentos. Essa transformação que sofre o direito cogente não pode ser atribuída apenas à incapacidade do Estado de comandar. É também o resultado de um vasto processo civilizatório, que consistiu, em uma primeira etapa, em entregar ao Estado o monopólio do uso da violência legítima e, em uma segunda, em limitar o exercício dessa mesma violência. O direito penal, o mais rígido de todos, está totalmente envolvido nesse processo, como evidenciado pelas correntes voltadas a eliminar a pena de morte e a ressocializar os infratores. Nenhuma punição deve ser fatal, toda punição deve ter como objetivo exercer uma ação pedagógica de reforma das condutas. O desenvolvimento da conciliação e da mediação vão no mesmo sentido. A decisão autoritária não é mais a solução desejável de disputas.

É também um vasto processo de civilização que emerge da jurisprudência da CEDH, quando reconhece o direito dos infratores de contestar medidas disciplinares adotadas nas prisões[[103]](#footnote-103), o que lhes permite manter esse mínimo de dignidade sem o qual uma ação pedagógica é vã. A penalidade e a decisão vinculativa são cada vez mais percebidas como representando A pena, a decisão cogente são cada vez mais percebidas como representativas do fracasso da regulamentação jurídica. Quando os valores fundamentais de uma sociedade não estão em jogo, elas devem intervir apenas como último recurso, quando a negociação e a pedagogia não produzirem qualquer resultado.

À mistura entre o direito de superfície e o direito em ação nas profundezas é acrescentado outro mais visível: a inclusão de recomendações em atos que também contêm comandos. Essa mistura também é problemática, porque os administrados e os litigantes podem ter muita dificuldade em distinguir entre os dois tipos de normas que lhes são endereçadas. Existe, portanto, o risco de assistirmos a dois fenômenos contraditórios: o enfraquecimento das regulamentações autoritárias devido à vizinhança de normas indutoras ou, pelo contrário, o seu fortalecimento devido ao contexto geral em que estão inseridas. De qualquer forma, essa coabitação é uma nova fonte de vagueza e incerteza.

*C. Requisitos de legalidade com geometria variável*

Os requisitos de base legal formal e material que estão no cerne do Estado democrático[[104]](#footnote-104) de direito, não podem ser transpostos, sem mais, à ação indutora do Estado. Esses requisitos se explicam pelo poder exorbitante de comandar que é conferido ao Estado. Na medida em que a ação se faz mais suave, as condições de forma, que dizem respeito ao procedimento, e as condições substantivas, que tratam das condições de exercício da ação, são aliviadas.

Surge uma primeira questão em relação aos atos indutores. A forma da recomendação, do acordo amigável, deve ser prevista por lei? No direito comunitário, os tratados constitutivos prevêem expressamente a adoção de atos não vinculantes[[105]](#footnote-105). A lista não é, porém, exaustiva. Outros tipos de atos que não sejam recomendações ou avisos, como comunicações, estão disponíveis. Na Suíça, as autoridades se sentem livres para adotar recomendações, para chegar a acordos amigáveis, embora essa forma não tenha sido prevista nem na constituição, nem na lei.

Os requisitos procedimentais para a adoção de atos indutores são praticamente inexistentes. A vantagem desses atos reside em sua natureza informal. Enquanto não são requalificados, eles não podem ser objeto de uma ação de anulação[[106]](#footnote-106). É, portanto, improvável que as questões procedimentais possam ser revistas por um tribunal.

Quando requalificados, os atos materiais devem cumprir os requisitos processuais para a formação de atos administrativos. Para evitar que a adoção de qualquer ato material com objetivos normativos tenha que respeitá-los integralmente, recomenda-se não proceder à toa à sua requalificação. Pode-se então sujeitar esses atos a vários requisitos, levando em consideração sua especificidade[[107]](#footnote-107). A uniformidade dos regimes que regem as decisões e os atos materiais seria, no que diz respeito a estes últimos, seguida por uma ampla diversificação.

Essencialmente, a necessidade de regulamentação é particularmente sentida no que diz respeito ao conhecimento especializado e aos dispositivos materiais de controle que podem atentar contra as liberdades individuais. Os requisitos variam de um setor para outro. A expertise é fortemente regulamentada em direito penal. Ela tem de sê-lo em matéria de internação psiquiátrica. Uma regulamentação detalhada deveria especificar as condições sob as quais um estudo de impacto deve ser realizado.

Percebe-se a necessidade de regulamentação em matéria de expertise legística. No momento, a regulamentação é quase inexistente. A lei, ao prescrever a avaliação prospectiva dos efeitos, geralmente não prevê as condições em que ela deve ser realizada[[108]](#footnote-108). Por outro lado, considera-se que a avaliação retrospectiva está sujeita a um certo número de condições, quando se seguir a uma lei experimental. Dos princípios diretores relacionados à atividade estatal, deduzimos a obrigação do legislador de especificar o quadro dentro do qual a avaliação deve ser conduzida, em particular "o tipo dos dados a coletar, a abordagem metodológica, os critérios de avaliação"[[109]](#footnote-109). Considera-se também que os resultados da avaliação devem ser publicados de forma apropriada e acessível aos interessados, que as escolhas legislativas finais devem refletir explicitamente os resultados da avaliação[[110]](#footnote-110).

A mais longo prazo, pode-se pensar que o desenvolvimento da legística exige a adoção de uma "lei sobre as leis", que regeria, em particular, as principais fases nas quais os conhecimentos legislativos especializados são exercidos. O estabelecimento de uma c erta transparência do processo e o estabelecimento de garantias de objetividade são essenciais para que a democracia possa ser exercida em condições satisfatórias. Uma solução é, tal como é feito na França em matéria de avaliação, submeter a atividade relativa à expertise a um Conselho científico[[111]](#footnote-111). A crescente racionalização da produção de leis leva à necessidade de garantir a objetividade e a transparência dos conhecimentos especializados utilizados na elaboração das leis. Trata-se de uma condição indispensável para garantir o surgimento de um espaço público que permita que a comunicação sobre os projetos de lei seja realizada de maneira satisfatória e equitativa.

Termos em destaque na tradução, para eventual revisão :

accords amiables

accords corporatistes

actes obligatoires

actes qui ne lient pas

commandements

expertise

force de conviction

force obligatoire

invitations à se comporter

juridicité

mouvements intégristes

programmes relationnels

réflexivité

1. Ver, por exemplo, Freiburghaus O. (1991). «Le développement des moyens d’action étatique», L'Étatpropulsif. Contribution à i 'étude des moyens d'action de l’État, 49ss. [↑](#footnote-ref-1)
2. BOtschi DiCATTACiN S. (1993), «L’État Incitateur: nouvelles pratiques de la subsidiarité dans le système du bien-être suisse», Annuaire Suisse de Science Politique 33. ISO. [↑](#footnote-ref-2)
3. WlLlXE H. (1997), Supervision des Staates, 317ss. [↑](#footnote-ref-3)
4. THUOT J.-F. (1998), La fin de la représentation et les formes contemporaines de la démocratie» 130. [↑](#footnote-ref-4)
5. WlLLKE H. (1983), Entrauberung des Staates. Oberiegungen ru elner sozietalen Steuerungstheo-

   r!e\ Willke H. (1997), op. cil., (nota 3). [↑](#footnote-ref-5)
6. WlLLKE H. (1997), ibid. [↑](#footnote-ref-6)
7. Cf. supra, p. 138,139. [↑](#footnote-ref-7)
8. Amselek P. (1991), «L’évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales», L \*État propulsif, 153 [↑](#footnote-ref-8)
9. Shiono H. (1982), «Administrative Guidance», Public Administration ta Japon; LA5COUMES P. (1991), «Les contrats de branche et d’entreprise en matière de protection de l’environnement en France. Un exemple de droit négocié», L'Etat propulsif, 231; TtMSlT O. (1997), Archipel de ia norme, 57. [↑](#footnote-ref-9)
10. Cas tells M. (1998), La société en réseaux, b ‘ère de l'Information, 221. [↑](#footnote-ref-10)
11. Cf. supra, p. 134. [↑](#footnote-ref-11)
12. Cf. supra, p. 138,139. [↑](#footnote-ref-12)
13. 1. Sur ces motifs, dans la doctrine allemande, voir Chevallier J. (1994), L’État de droit, 2ème

    éd.,21 [↑](#footnote-ref-13)
14. Cf. supra, p. 132. [↑](#footnote-ref-14)
15. Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen. Evrope/Documents, n\* 1804/1803 du 30 octobre 1992. Voir TlMsrr O. (1997), ap. dt., (nota 9). 63,64 [↑](#footnote-ref-15)
16. Voir Morand C.-A. (1993), «L’obligation d’évaluer les effets des lois», Evaluation législative et lois expérimentales, 100-102. [↑](#footnote-ref-16)
17. Voir le Robert [↑](#footnote-ref-17)
18. Timsit G.(1997), op. cit., (nota 9), 56ss. [↑](#footnote-ref-18)
19. Voir Arnaud A.-/, (1997), «De la régulation par le droit à l’heure de la globalisation. Quelques observations critiques», Droit et société 35,28ss. [↑](#footnote-ref-19)
20. Ghqsh H.' (1997), «Le Gouvernement cède du terrain A la gouvernance», Journal de Genève. 12 décembre 1997. [↑](#footnote-ref-20)
21. OGUS A. L (1994), Régulation. Legal Farm and Economie Theory, I. [↑](#footnote-ref-21)
22. Ibid., 79. [↑](#footnote-ref-22)
23. Cf. supra, p. 83 ; 142,143. [↑](#footnote-ref-23)
24. Voir notamment BIGNON JTSàUVADET (1995), L'Insoutenable application de la lot. Rapport n\* 2172,58,59. [↑](#footnote-ref-24)
25. DUPUY RJ. (1975), «Droit déclaratoire et droit programmatoire: de la coutume sauvage à la soft larw, L 'élaboration du droit International public, 132ss [↑](#footnote-ref-25)
26. RIGAUX (1989), «Cours général de droit international privé», Recueil des Cours de l'Académie

    de droit international de la Haye, 362,375; Abi-SAAB (1993), «Eloge du droit assourdi. Quelques réflexions sur le rôle de la soft Un» en droit international contemporain». Nouveaux Itinéraires en

    droit Hommage à François Rigaux, 59a [↑](#footnote-ref-26)
27. AMS EL EK P. (1991), op. cit, (nota 8), 134ss [↑](#footnote-ref-27)
28. WILLKE H. (1991), «Trois types de Structures juridiques : programmes conditionnels, program

    mes finalisés et programmes rationnels», L'Étal propulsif, 89 [↑](#footnote-ref-28)
29. WillkeH. (1983), op. cil., (note S). [↑](#footnote-ref-29)
30. Cf. supra, p. 161,162. [↑](#footnote-ref-30)
31. Art. 189«LSCEE. [↑](#footnote-ref-31)
32. AMSELEK 1991, op. rit., (note 8), 144. [↑](#footnote-ref-32)
33. Voir Favre J. (1991), «Les modalités d’action de la Commission des cartels et les techniques juridiques utilisées». Les Instruments d'action de l'État, 122. [↑](#footnote-ref-33)
34. Recueil systématique des lots fédérales 741.421, [↑](#footnote-ref-34)
35. FF 1996IV, 1012ss. [↑](#footnote-ref-35)
36. Voir à ce sujet FLOckjOER A (1998), L'extension du contrôle juridictionnel des activités de /'administration, 15,61,149, ISO [↑](#footnote-ref-36)
37. Voir Delley J.-D./Mader L. (1986), L'État face au défit énergétique. Etude de mise en oeuvre de mesures fédérales et cantonales d'économie d'énergie, 23ss. [↑](#footnote-ref-37)
38. POLTIER E. (1987), «Les gentlemen\*\* agreements à participation publique», *Revue de droit suisse* 106,377. [↑](#footnote-ref-38)
39. *ATF* 118 Ib, 367ss. [↑](#footnote-ref-39)
40. CZ Infra *171.172.* [↑](#footnote-ref-40)
41. *Ct supra,* p. 161,162. [↑](#footnote-ref-41)
42. *Voir SOMMERMANN K.-P. (1997),* Staatszlele und Staatszielbestimmungen. [↑](#footnote-ref-42)
43. Voir *ATF* 122 U, 26ss. [↑](#footnote-ref-43)
44. Voir Boehler M.-L. (1998), «Le principe de précaution et la radioprotection», *Radioprotection et droit nucléaire,* 145,146. [↑](#footnote-ref-44)
45. *Le Monde* des 27 et 28 septembre 1998,8. [↑](#footnote-ref-45)
46. Teitgen-Colly C. (1988), «Les autorités administratives indépendantes: histoire d’une institution», Les autorités administratives Indépendantes, 38; Maisl H. (1988), «Les autorités administratives indépendantes: protection des libertés ou régulation sociale?», Les autorités administratives Indépendantes, 87. [↑](#footnote-ref-46)
47. Teitoen-Colly C. (1988), *Ibid.,* 46 [↑](#footnote-ref-47)
48. Ibid [↑](#footnote-ref-48)
49. Cf. *supra,* p. 133ss. [↑](#footnote-ref-49)
50. *HartH.L.A.* (1976), Le concept de droit, lléss. [↑](#footnote-ref-50)
51. *Voir* BONAFÉ—SCHMITT J*.*- P*. (1992), La médiation: une justice douce*,180ss*.* [↑](#footnote-ref-51)
52. *Abi-Saas* G. *(1997), «Cours général* de *droit international public».* Recueil des cours de l’Académie de droit International *t. 207,210.* [↑](#footnote-ref-52)
53. Voir en Suisse les accords amlabtes visant à réduire la production et la consommation de PVC, Poltier E. (1987), op. cil., (note 38), 370,371). [↑](#footnote-ref-53)
54. Rossinelli M. (1987), Les libertés non écrites, 217. [↑](#footnote-ref-54)
55. TIMSIT G. (1997), op. cit, (nota 9), 176. [↑](#footnote-ref-55)
56. AMSELEK P. (1991), op. cit., (note 8), 143,144. [↑](#footnote-ref-56)
57. Cf. supra, p. 88,89. [↑](#footnote-ref-57)
58. Sur ces effets, voir ABI-Saab G. (1997), op. cil., (note S2), 205ss. [↑](#footnote-ref-58)
59. Voir Morand C.-A. (1991), «Les nouveaux instruments d’action de l’État et le droit». Les instruments d'action de l'État, 241. [↑](#footnote-ref-59)
60. TIMSIT G. (1997), op. cit., (note 9), 176ss. [↑](#footnote-ref-60)
61. MORAND C.-A. (1990), «Sanction», Archives de philosophie du droit 3S, 293ss. [↑](#footnote-ref-61)
62. Voir VIRALLY M. (1960), La pensée juridique, 68ss. [↑](#footnote-ref-62)
63. Amselek P. (1964), Méthode phénoménologique et théorie du droit, 264ss [↑](#footnote-ref-63)
64. Voir TIMSIT G. (1997), op. cit., (note 9), 166. [↑](#footnote-ref-64)
65. Arrêt du 20 mais 1997, Affaire C-57/95. [↑](#footnote-ref-65)
66. Art 189 al. 1 CEE. [↑](#footnote-ref-66)
67. Art 189 al. 5 CEE. [↑](#footnote-ref-67)
68. BêCHILLON D. de (1997), Qu'est-ce qu'une règle de droit?, 191-195. [↑](#footnote-ref-68)
69. Ibid., 191, note 49. [↑](#footnote-ref-69)
70. ARNAUD A.-J. (1998), Entre modernité et mondialisation, 162. [↑](#footnote-ref-70)
71. Voir Abi-Saab G. (1997), op. cit, (note 52), 132. [↑](#footnote-ref-71)
72. Cf. supra, p. 27.28,58. [↑](#footnote-ref-72)
73. Foucault M. (1978), Texte sur la gouvemabilité paru dans la revue de philosophie italienne AUT-AUT nos 167-168. [↑](#footnote-ref-73)
74. Voir le droit allemand selon une ancienne pratique, FlOCKioer A. (1998), op. cit, (note 36), 61, ISO. [↑](#footnote-ref-74)
75. Cf. supra, p. 174. [↑](#footnote-ref-75)
76. Voir TeITGEn-Colly C. (1988), op. cit., (note 46), 55ss. [↑](#footnote-ref-76)
77. *Delmas-Marty* M. (1986), *Le* flou du droit. [↑](#footnote-ref-77)
78. Ost FJvm de Kerchove M. (1991), «De lascènc au balcon. D’où vient la science du droit», Normes Juridiques et régulation sociale, 73; CÔmmaille JJ Perrin J.-F. (1985), «Le modèle de Jaaus de la sociologie du droit», Droit et société 1,95ss. [↑](#footnote-ref-78)
79. Voir FLÜCKIGER A. (1998), op. clt., (note 36). [↑](#footnote-ref-79)
80. Pour un exemple dans la jurisprudence en ce qui concerne Oscar WlLDE, voir FlOCKIGEX. A. (1998), ibid, 157. [↑](#footnote-ref-80)
81. Cf. supra, p. 93. [↑](#footnote-ref-81)
82. AUSTIN J JL (1970), Quando dizer é fazer. [↑](#footnote-ref-82)
83. Voir MoescHler J./REB0UL A. (1994), Dictionnaire encyclopédique de pragmatique, 53. [↑](#footnote-ref-83)
84. Sur la distinction, Amselek P. (1986), «Philosophie du droit et théorie des actes de langage», Théorie des actes de langage, éthique et droit, 111. [↑](#footnote-ref-84)
85. Cf. supra, p. 80. [↑](#footnote-ref-85)
86. Cf. supra, p. 82, 83. [↑](#footnote-ref-86)
87. Voir pour la Suisse et l'Allemagne FlÜckiger A. (1998), op. cit, (note 36), 60ss. [↑](#footnote-ref-87)
88. Virillo P. (1995), La vitesse de libération. [↑](#footnote-ref-88)
89. Pour la Suisse, voir FlÜckiger A, (1998), op. cit, (note 36), 155. [↑](#footnote-ref-89)
90. Sauf en cas de procédure judiciaire. [↑](#footnote-ref-90)
91. Vitalis A. (1998), «Le regard omniprésent de ta vidéosurvcilance», Le Monde diplomatique, mars, 27. [↑](#footnote-ref-91)
92. Voir Mader L. (1985), L 'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets delà législation, ISOss. [↑](#footnote-ref-92)
93. Ibid.,. 152. [↑](#footnote-ref-93)
94. CASTEL R. (1991). «Savoirs d’expertise et production de normes», Normes Juridiques et régula

    tion sociale, p. 177ss. [↑](#footnote-ref-94)
95. Ibid.,. 181. [↑](#footnote-ref-95)
96. Voir Amselek P. (1981), op. cit., (note 32). 148,149. [↑](#footnote-ref-96)
97. Voir des directives ayant valeur de recommandations vu l’absence de compétence de la Confédération. sur te contrôle des fumées des chauffages alimentés par l’huile, etc.. DELLEY D-/MADER L. (1986), op. cit, (note 37). 55. [↑](#footnote-ref-97)
98. Cf. supra. [↑](#footnote-ref-98)
99. " Belle y J.-O. (1996), Le droit soluble, 12. Une autre métaphore est celle de l’état liquide. [↑](#footnote-ref-99)
100. HartH.L.A. (1976). op. cit., (note 50), 120-121,127ss. [↑](#footnote-ref-100)
101. Cf. supra, p. 137. [↑](#footnote-ref-101)
102. Cf. supra, p. 138-140. [↑](#footnote-ref-102)
103. Voir Delmas-Marty M. (1986), op. cit., (note 77). I92ss. [↑](#footnote-ref-103)
104. Cf. supra, p. 25,26. [↑](#footnote-ref-104)
105. Pour la CEE, voir l’article 189 al. 5 [↑](#footnote-ref-105)
106. Voir pour la CEE l’article 173 al. 1. [↑](#footnote-ref-106)
107. Voir FlÜCKIGER A. (1998), op. cit., (note 36), 165ss. [↑](#footnote-ref-107)
108. Sur ce type d’évaluation, cf. supra, p. 111. [↑](#footnote-ref-108)
109. MaDER L. (1993), «La législation expérimentale en Suisse», Evaluation législative et lois expérimentales, 240. [↑](#footnote-ref-109)
110. Ibid., 240. [↑](#footnote-ref-110)
111. Voir LECA J. (1995), «Le conseil scientifique de l’évaluation», Contrôle parlementaire et évaluation, 101ss. [↑](#footnote-ref-111)