



HAL
open science

Evaluation et qualité normative

Ariane Vidal Naquet

► **To cite this version:**

Ariane Vidal Naquet. Evaluation et qualité normative. Delphine Dero-Bugny; Aurore Laget-Annemayer. L'évaluation en droit public, 2015. hal-01794758

HAL Id: hal-01794758

<https://hal.science/hal-01794758v1>

Submitted on 26 Apr 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Évaluation et qualité normative

Ariane Vidal Naquet

L'évaluation s'est imposée comme un remède à la piètre qualité des normes, et plus particulièrement de la loi¹, régulièrement dénoncée depuis plus d'une vingtaine d'années. L'alerte, préoccupante, avait déjà été lancée par le Conseil d'Etat dans son rapport de 1991, *De la sécurité juridique*, dénonçant la « logorrhée législative et réglementaire », les « raffinements byzantins », le « droit mou », le « droit flou », le « droit à l'état gazeux ». C'est également la qualité de la norme qui est au cœur du rapport public pour 2006, intitulé *Sécurité juridique et complexité du droit*, et de celui de 2013, qui s'intéresse au *Droit souple*. La même préoccupation est partagée par le Conseil constitutionnel, comme en témoignent le discours du président Mazeaud lors de ses vœux au président de la République, le 3 janvier 2005, ainsi que la construction d'une jurisprudence audacieuse, avec la découverte de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi², du principe de normativité de la loi³ et la sanction – temporaire – des intrusions du législateur dans le domaine réglementaire⁴. Le souci de la qualité des normes, et plus particulièrement de la loi, est également relayé par les autorités politiques, les présidents des assemblées notamment⁵, qui se sont inquiétés de la frénésie voire de la boulimie législatives et de la qualité dégradée des lois. Plusieurs rapports ont été, plus ou moins directement, consacrés à cette question : rapport du groupe de travail interministériel sur la qualité de la réglementation, en 2002, présidé par Dieudonné Mandelkern ; rapport au Premier ministre, réalisé sous la direction de Bruno Lasserre, intitulé *Pour une meilleure qualité de la réglementation*, en 2004 ; rapport *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, établi par Jean-Luc Warsmann en 2009... La qualité des normes est également au cœur de plusieurs circulaires et documents : les circulaires des 26 août et 30 septembre 2003 relatives à la qualité de la réglementation et à la maîtrise de l'inflation, remplacées par la circulaire du 7 juillet 2011, renvoyant elle-même à la circulaire du 15 avril 2009, à celle du 17 février 2011 et à celle du 23 mai 2011 ; *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*, élaboré

1

Les propos développés dans la présente contribution seront centrés sur la qualité de la norme législative.

2

Décision n° 99 - 421 DC du 16 décembre 1999, *Codification par ordonnance*, cons. 13, rec. p. 136.

3

Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, *Avenir de l'école*, cons. 8, rec. p. 72.

4

Décision n° 2005-512 DC, *op. cit.*

5

Voir notamment les propos tenus par le président du Sénat dans son discours d'orientation du 12 octobre 2004 et ceux du président de l'Assemblée nationale dans ses vœux au Président de la République en 2005 et en 2006.

par le Secrétariat général du Gouvernement et le Conseil d'Etat, qui contient un certain nombre de recommandations afin de remédier à la piètre qualité des normes...

Aux côtés de la simplification et de la codification, l'évaluation s'est imposée comme l'une des principales mesures destinées à améliorer la qualité normative. Elle permettrait de remédier à la crise de la norme, que celle-ci soit envisagée d'un point de vue formel ou d'un point de vue matériel. Appréhendée de manière formelle, la crise s'intéresse à la norme plus qu'à son contenu. Elle renvoie d'abord à un aspect quantitatif : la prolifération et l'instabilité voire la volatilité normatives. Elle renvoie également à un aspect plus qualitatif, avec la dénonciation de l'imprécision, l'incohérence ou encore l'obscurité des normes. D'un point de vue plus substantiel, la crise renvoie à l'appréciation du contenu de la norme, de ses objectifs et de ses effets. Le constat est désormais de plus en plus partagé que la norme n'a pas toujours les effets escomptés, soit qu'il lui manque un certain nombre de précisions et de textes nécessaires à son application, soit qu'elle s'avère inadaptée à l'objectif poursuivi, soit qu'elle emporte des effets pervers ou inattendus...

Remède potentiel à la crise de la norme, l'évaluation est également apparue comme l'un des moyens de revaloriser le Parlement et de lui redonner, si ce n'est la maîtrise, tout au moins un droit de regard sur les conditions d'élaboration de la norme législative. C'est ainsi que l'évaluation a été au cœur de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui procède à deux innovations d'importance. Tout d'abord, sans constitutionnaliser directement le recours aux études d'impact, le troisième alinéa de l'article 39 de la Constitution prévoit désormais que « la présentation des projets de loi déposés devant l'Assemblée nationale ou le Sénat répond aux conditions fixées par une loi organique », dont l'obligation d'être accompagnés d'une étude d'impact⁶. Ensuite, l'article 24 comprend désormais un premier alinéa, selon lequel « Le Parlement vote la loi. Il contrôle l'action du Gouvernement. Il évalue les politiques publiques »⁷. Cette révision constitutionnelle appelle trois remarques. En premier lieu, le double ancrage constitutionnel de l'évaluation, à la fois *ex ante* et *ex post*, est assez remarquable. La France fait désormais partie des rares Etats qui ont constitutionnalisé le recours à l'évaluation, à l'instar par exemple de la Suisse⁸. En réalité, ce choix répond à une certaine réserve, voire à une franche réticence, de la France en la matière comme l'illustrent, par exemple, le difficile ancrage du recours aux études d'impact, déjà préconisé, à plusieurs reprises, par voie de

6

Loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution.

7

En 2002, avait déjà été proposée une nouvelle rédaction de l'article 24 : « le Parlement vote la loi. Il en contrôle l'application et en évalue les résultats dans les conditions prévues par une loi organique » (loi constitutionnelle n° 241, déposée le 2 octobre 2002, citée par A. Fluckiger, « L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois », *Revue européenne des sciences sociales*, 2007, n°138, p. 81 not. p. 88).

8

Ainsi, l'article 170 de la Constitution suisse, intitulé « Évaluation de l'efficacité », précise que « L'Assemblée fédérale veille à ce que l'efficacité des mesures prises par la Confédération fasse l'objet d'une évaluation ».

circulaires ou encore le faible succès d'un certain nombre de structures d'évaluation. En second lieu, l'évaluation s'inscrit dans la volonté de revaloriser le Parlement et de rééquilibrer les pouvoirs, portée par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, en permettant d'asseoir et de faciliter le contrôle du Parlement sur l'activité gouvernementale⁹. Ainsi l'étude d'impact est-elle présentée comme un moyen d'éclairer les parlementaires sur les choix gouvernementaux, l'évaluation *ex post* apparaissant, pour sa part, comme un complément indispensable, voire comme un substitut, de la mission de contrôle exercée par le Parlement. Enfin, en troisième lieu et en conséquence, l'évaluation est assez largement centrée sur la norme législative, comme en témoigne le champ d'application de l'étude d'impact, limité aux projets de lois. A l'inverse, dans bon nombre de pays, l'évaluation est centrée sur les actes réglementaires ou, plus largement, sur la législation secondaire et ce n'est d'ailleurs que récemment que l'OCDE s'est intéressée à l'évaluation des normes législatives. Sans doute peut-on voir dans cet intérêt pour l'évaluation par le Parlement de la norme législative une énième manifestation du légicentrisme français.

Il n'empêche que la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a donné une très forte impulsion à l'évaluation. Certes, le recours à cette dernière n'est pas nouveau. Dès les années 1990, elle est initiée au niveau gouvernemental, avec la création d'un Comité interministériel de l'évaluation, assorti d'un Conseil scientifique en 1990, fusionnant en 1998 en un Conseil national de l'évaluation, avec un succès pour le moins mitigé. Au niveau parlementaire se sont succédées, dans les années 1990, plusieurs structures (office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, office d'évaluation de la législation, office d'évaluation des politiques publiques, office d'évaluation des politiques de santé), illustrant un certain tâtonnement en la matière. De même, le recours à l'étude d'impact pour les projets de lois, d'ordonnances et d'actes réglementaires est préconisé, sans guère de succès, par voie de circulaires, notamment en 1995 et en 1998. La révision constitutionnelle de 2008 donne à l'évaluation un nouvel essor. Sur la base de l'article 24, alinéa premier, de la Constitution, ont été créés, à l'Assemblée nationale, un comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques et, au Sénat, une commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois. Sur le fondement de l'article 39 de la Constitution, la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 impose, sauf exceptions, une étude d'impact pour tous les projets de lois. Au niveau de l'administration, le Gouvernement a lancé, en 2012, la Modernisation de l'action publique, qui prend le relais de la RGPP, en s'appuyant sur l'évaluation systématique des politiques publiques afin de moderniser l'action publique. En avril 2013 a été créé le Commissariat général à la stratégie et à la prospective, chargé notamment de participer aux évaluations de politique publique... Il semble ainsi qu'on puisse parler, depuis 2008, d'une véritable institutionnalisation de la pratique évaluative avec la création de nouveaux organes ayant spécifiquement pour mission d'évaluer ou de faire évaluer les effets d'une législation et la

9

En témoigne le colloque organisé par la Commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois en partenariat avec l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) le 5 décembre 2013, « Évaluation et qualité de la législation : quel rôle pour les Parlements ? », rapport disponible sur http://www.senat.fr/notice-rapport/2013/evaluation_qualite_legislation_quel_role_pour_les_parlements-notice-notice.html.

restructuration des organes existants¹⁰.

Reste à savoir si l'évaluation peut effectivement améliorer la qualité normative. Encore faut-il préciser ce que l'on entend par « qualité » de la norme, tant la diversité des approches est de mise. Ainsi, pour le Parlement européen, le Conseil et la Commission, la qualité de la législation recouvre sa clarté, sa simplicité et son efficacité comme en témoigne l'accord interinstitutionnel intitulé « Mieux légiférer », conclu le 16 décembre 2003. En France, la circulaire du 7 juillet 2011 relative à la qualité du droit évoque la sécurité juridique, la prévisibilité du droit ainsi que la simplification des règles et ajoute la nécessité, avant chaque norme nouvelle, de procéder à un examen de nécessité et de proportionnalité au regard de ses effets prévisibles et des exigences de stabilité des situations juridiques. Selon la Direction générale de la compétitivité, de l'industrie et des services, l'amélioration de la qualité du droit passe par une simplification des normes applicables aux entreprises, qu'il s'agisse d'adapter les dispositions existantes ou de mieux encadrer le flux de nouvelles réglementations. Le *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*, qui fait de la légistique l'art de faire un droit « de qualité », s'articule autour des principes de nécessité, d'efficacité, de hiérarchie et d'accès au droit. Pour le Conseil constitutionnel, la qualité de la loi suppose le respect de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, de la portée normative de la loi, le respect du domaine législatif et la sanction de l'incompétence négative du législateur... bref, autant d'approches de la qualité normative. Un retour à l'étymologie n'est pas superflu. Dans un premier sens, la qualité d'une chose, c'est ce qui la caractérise de nature, c'est une propriété qui la distingue d'une autre chose, qui lui est propre : ce serait ici la « qualité normative » *stricto sensu*, qui la caractérise en tant que norme. Dans un second sens, la qualité, c'est la valeur qui est attribuée à une chose et, par extrapolation, la qualité devient souvent synonyme d'excellence. En ce sens, la qualité normative, c'est la « bonne norme » et c'est d'ailleurs souvent ainsi qu'elle est présentée. On ajoutera que lorsqu'est évoquée la qualité d'une marchandise ou d'un produit, la valeur est appréciée du point de vue du consommateur, c'est-à-dire de son destinataire. Dans un sens encore un peu différent, la qualité devient la caractéristique d'un produit qui répond à des normes préétablies et qui tire de là une partie de sa valeur : c'est ici de la conformité à un ou des référents que découle la qualité. Il y a là, on le sent intuitivement, des liens évidents entre évaluation et qualité. Si la qualité, c'est la valeur, alors, précisément, l'évaluation permet de déterminer cette valeur. En effet, évaluer, c'est estimer, mesurer, juger pour déterminer la valeur. Telle est la définition proposée par la Société française d'évaluation : « *évaluer une action, c'est juger de sa valeur* ». En ce sens, l'évaluation permet d'apprécier, de déterminer, de mesurer la qualité normative. Elle est alors susceptible de revêtir plusieurs dimensions. L'évaluation permet d'abord de connaître : elle vise à produire des connaissances. En ce sens, elle inclut une dimension épistémologique. L'évaluation permet également d'apprécier, de juger et revêt, alors, une connotation morale. Enfin, elle permet de mesurer dans l'idée de corriger, d'améliorer et elle intègre ici une dimension utilitariste.

10

Sur ce point, voir J.-F. AMEDRO, « L'évaluation des politiques publiques : structure et portée constitutionnelle d'une nouvelle fonction parlementaire », *RDP*, sept. 2013, p. 1137 et s.

A partir de là, il semble bien que les liens entre évaluation et qualité normative soient à double sens. Il s'agira, dans un premier temps, de savoir ce que l'évaluation apporte à la qualité normative : en quoi l'évaluation contribue-t-elle à la qualité des normes et, plus particulièrement, de la loi ? L'évaluation permet-elle, et si oui comment, de connaître, de juger et d'améliorer la qualité des normes ? Mais, en retour, on peut également se demander ce que l'évaluation apprend sur la qualité normative. Comment l'évaluation appréhende-t-elle la qualité normative ? Plus encore, ne conduit-elle pas à affecter le contenu et les contours de la notion même de qualité normative ? Tels seront les deux temps de la réflexion, qui se concentrera sur la qualité de la norme législative et sur les principaux mécanismes mis en place par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008.

I - Ce que l'évaluation apporte à la qualité normative

Cette question peut être abordée en deux temps. Tout d'abord, en quoi l'évaluation peut-elle améliorer la qualité des normes ? Ce qui implique de s'interroger sur les ambitions de l'évaluation. Ensuite, comment l'évaluation peut-elle participer à une meilleure qualité des lois ? Ce qui suppose de s'intéresser aux modalités de l'évaluation.

A) Les ambitions de l'évaluation

Qu'elle s'effectue *ex ante* ou *ex post*, de manière prospective ou rétrospective, l'évaluation est présentée comme l'un des remèdes à la piètre qualité normative. Tel est clairement l'objectif de l'étude d'impact, remise à l'honneur par la révision constitutionnelle de 2008 ; tel est également l'objectif poursuivi par la généralisation des pratiques évaluatives *ex post*.

1. L'évaluation *ex ante* : les études d'impact

Pratiqué dans bon nombre de pays étrangers, promu par l'OCDE au nom de l'efficacité du droit, généralisé dans le cadre de l'Union européenne, le recours à l'étude d'impact n'est pas nouveau puisqu'il a été, en France, préconisé à plusieurs reprises par voie de circulaires mais sans guère de succès. La révision constitutionnelle de 2008 en a clairement fait le moyen d'améliorer la qualité de la loi¹¹.

11

C'est le sens du rapport public du Conseil d'Etat pour 2006, consacré à la sécurité juridique et à la complexité du droit, qui fait de l'étude d'impact l'un des instruments de la qualité de la loi et du droit. C'est l'objectif de la révision constitutionnelle de 2008 qui, suivant les recommandations du Comité Balladur, souhaite améliorer la préparation de la loi en imposant le recours aux études d'impact. C'est

a) L'obligation de recourir à une étude d'impact

A la suite de la révision de l'article 39 de la constitution tel qu'issu de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, l'article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 pose le principe selon lequel, sauf exceptions, tous les projets de loi sont accompagnés d'une étude d'impact et précise que les documents rendant compte de cette étude « définissent les objectifs poursuivis par le projet de loi, recensent les options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles et exposent les motifs du recours à une nouvelle législation ». Il prévoit une énumération longue et détaillée des documents rendant compte de l'étude d'impact, qui doivent exposer l'articulation du texte avec le droit en vigueur, les conditions de son application, l'évaluation de ses conséquences économiques, financières, sociales et environnementales ou encore ses conséquences sur l'emploi public.

Pour l'instant limitée par l'article 39 de la constitution aux seuls projets de lois, l'évaluation prospective semble néanmoins vouée à se développer au-delà de la seule norme législative. Déjà, de manière ponctuelle, certains projets d'actes réglementaires sont également soumis à une obligation d'évaluation préalable, selon des modalités particulières¹². Surtout, l'extension du champ d'application des études d'impact a été proposée à plusieurs reprises, en particulier aux projets de décrets réglementaires d'application et autonomes, ainsi qu'aux projets de directives et règlements européens¹³.

b) Etude d'impact et qualité normative

En imposant de s'interroger sur la nécessité du recours à la loi ainsi que sur son impact prévisible, l'étude d'impact permet de juguler la prolifération normative tout en

encore ce que confirment les conclusions de la mission Warsmann sur la qualité de la norme juridique, dont le rapport intitulé « *Simplifions nos lois pour guérir un mal français* » de 2009, indique que « *L'instrument principal proposé pour lutter contre l'inflation normative et participer à la qualité de la norme est l'étude d'impact* ». C'est également le sens de l'exposé des motifs de la loi organique n° 2009-403, qui présente la réforme comme un moyen d'« *améliorer la qualité de la loi* »

12

Il en va ainsi de celles établies par la circulaire du Premier ministre du 17 février 2011 relative à la simplification des normes concernant les entreprises et les collectivités territoriales qui impose, pour les projets de textes concernés, la production de fiches d'impact. De même, l'article L. 1211-4-2 du Code général des collectivités territoriales prévoit que les projets de textes réglementaires « *créant ou modifiant des normes à caractère obligatoire concernant les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics* » sont préalablement soumis pour avis à une Commission consultative d'évaluation des normes (CCEN), devenue, depuis le mois d'octobre 2013, le Conseil national d'évaluation des normes (CNEN), l'évaluation étant néanmoins limitée à leur « *impact financier, qu'il soit positif, négatif ou neutre* »

13

En ce sens, voir le rapport Warsmann, dont la proposition n°4 invite à couvrir tout « le champ du normatif » : projets et propositions de lois, principaux décrets, directives et règlements de l'Union européenne. Le Rapport public du Conseil d'Etat pour 2011 propose également d'étendre les études d'impact aux projets de décret d'application des lois, aux projets de décret du pouvoir réglementaire autonome et ainsi qu'aux projets de directives et règlements européens

améliorant l'efficacité de la loi. En effet, elle peut dissuader l'adoption de normes non nécessaires, dont les objectifs pourraient être atteints par le recours à un autre instrument normatif, voire par un instrument non normatif. De même, elle permet de lutter contre les lois peu efficaces ou même contre-productives, dont les effets seraient insuffisants par rapport aux objectifs visés ou qui seraient porteurs d'effets pervers.

En imposant une instruction et une concertation minimales de la part des différents services concernés, en favorisant la consultation, qu'elle soit obligatoire ou facultative, et parfois même la participation du public¹⁴, l'étude d'impact a, mécaniquement mais aussi structurellement, un effet modérateur. Ainsi, elle permet de lutter contre la frénésie législative, de ralentir le rythme de certaines réformes, tout en favorisant une meilleure acceptation de la norme par l'association potentielle d'un certain nombre d'acteurs.

Au-delà, l'étude d'impact invite à prendre la mesure de la réglementation existante, à envisager comment la nouvelle loi pourra s'y insérer et à prévoir les actes qui seront nécessaires à son application. Sur ce point, l'étude d'impact s'intéresse à l'applicabilité de la norme législative. Elle concourt à un meilleur agencement des normes les unes par rapport aux autres ainsi qu'à une meilleure articulation des normes entre elles. Elle participe, de ce fait, à la simplification et à la rationalisation du droit dans son ensemble.

2. L'évaluation *ex post*

Pratiquée bien avant que la mission d'évaluation confiée au Parlement ne soit constitutionnalisée, l'évaluation *ex post* a néanmoins connu un net essor depuis 2008. Il s'agit d'une évaluation mise en œuvre une fois la norme adoptée et appliquée, après un laps de temps plus ou moins long et éventuellement prédéterminé.

a) La multiplication des clauses d'évaluation

C'est l'exemple des clauses d'évaluation contenues dans la loi qui se sont développées à partir des années 1970. Pratiquées dans le domaine législatif, elles prescrivent l'examen des effets des lois à l'expiration d'un certain délai, en pratique variable et, le cas échéant, la modification des lois qui ne produiraient pas les effets attendus. L'idée sous-jacente est que le législateur ne saurait se désintéresser de l'effet des lois qu'il adopte. De plus en plus nombreuses sont, aujourd'hui, les lois qui prévoient des rapports d'évaluation : elles imposent que ces derniers contiennent des appréciations de nature évaluative, qualitative et quantitative ; parfois même, elles fixent les conditions, voire les conséquences, de l'évaluation¹⁵. De même, nombreuses sont les lois qui

¹⁴

L'article 83, alinéa 2 du règlement de l'Assemblée nationale prévoit que « les documents qui rendent compte de l'étude d'impact (...) sont mis à disposition par voie électronique, afin de recueillir toutes les observations qui peuvent être formulées » : les citoyens peuvent donc émettre des avis sur les études d'impact.

¹⁵

A titre d'exemples récents, l'article 23 dernier alinéa de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové qui prévoit que « Dans un délai de trois ans à compter de la date mentionnée au premier alinéa du V de l'article 24-2 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 précitée, le

instaurent des comités de suivi, ayant pour objectif de suivre la mise en place et l'évolution du dispositif, d'apprécier si les objectifs sont atteints, d'en évaluer les éventuelles insuffisances et de formuler des propositions et recommandations pour améliorer le mécanisme¹⁶...

En pratique, peu de rapports sont effectivement déposés ou s'avèrent être des rapports de complaisance sans grande consistance¹⁷. Il faut, néanmoins, réserver le cas des rapports accompagnant les lois expérimentales, dont le sort, abandon ou généralisation, est tributaire de ces évaluations *ex post*¹⁸. Quoi qu'il en soit, la multiplication de ces clauses d'évaluation témoigne de l'attention nouvelle portée par le législateur lui-même aux effets et aux résultats des lois qu'il adopte.

b) La rationalisation des structures d'évaluation

Depuis les années 1980, avec une nette accélération dans les années 1990, le Parlement s'est doté de nombreux instruments de contrôle *ex post*, qui se sont traduits par la création d'organes internes aux assemblées : office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, office d'évaluation de la législation, office d'évaluation des politiques publiques, office d'évaluation des politiques de santé, délégation parlementaire à l'aménagement et au développement durable du territoire,

Gouvernement remet au Parlement un rapport d'évaluation de la garantie universelle des loyers » ; l'article 26 de la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale : « Dans un délai de six mois suivant la promulgation de la présente loi, le Gouvernement remet au Parlement un rapport examinant les conditions de mise en œuvre du développement professionnel continu des professionnels de santé et formule des recommandations concernant sa gouvernance et sa réalisation » ; l'article 28 de la loi n° 2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine : Dans un délai de six mois à compter de la publication de la présente loi, le Gouvernement remet au Parlement un rapport sur les modalités de mise en œuvre de mesures permettant la création d'emplois et d'entreprises dans les quartiers prioritaires de la politique de la ville ainsi que sur les conditions de renforcement des emplois d'avenir dans ces territoires.

¹⁶

Voir par exemple le comité de suivi des retraites prévu dans la loi n°2014-40 du 20 janvier 2014 garantissant l'avenir et la justice du système de retraites ou encore le comité de suivi prévu par l'article 88 de la loi n°2013-595 du 8 juillet 2013 d'orientation et de programmation pour la refondation de l'école de la République. On pourrait également citer la loi n° 2010-241 du 10 mars 2010 relative au service civique, qui prévoit la création d'un comité de suivi chargé de faire des propositions afin d'améliorer l'efficacité du dispositif législatif et dont les conclusions seront transmises au Parlement ou encore la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement qui met en place un comité de suivi et précise que l'État présentera chaque année les mesures propres à améliorer l'efficacité des dispositions relatives au développement durable et à la bio diversité.

¹⁷

Ainsi la Commission sénatoriale d'application des lois relève-t-elle que « cette année encore, la production de ces rapports est bien moindre que celle attendue, et nettement plus lente que celle des textes réglementaires, en dépit des observations récurrentes du Parlement sur cette question » (rapport n° 654 fait au nom de la Commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois sur l'application des lois - Session parlementaire 2011-2012)

¹⁸

Voir *infra*

délégation parlementaire pour les problèmes démographiques ou encore missions d'évaluation et de contrôle créées au sein des commissions des finances...

La révision constitutionnelle de 2008 s'est traduite par la création de deux nouveaux organes et d'une restructuration des instances parlementaires chargées du contrôle et de l'évaluation. A l'Assemblée nationale, la réforme du Règlement du 27 mai 2009 a conduit à la création du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques, doté d'un statut réglementaire, chargé d'assurer la coordination des travaux d'évaluation et de contrôle, de réaliser lui-même des travaux d'évaluation portant sur des sujets transversaux et de donner son avis, lorsqu'il est sollicité, sur une étude d'impact. Au Sénat, la Commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois, mise en place en janvier 2012, a pour mission de « veiller à la publication des textes réglementaires nécessaires à l'application des lois » et d'« informer le Sénat sur la mise en œuvre des lois ». A cela s'ajoute encore le rôle des commissions permanentes, des missions d'information et des commissions d'enquête parlementaires qui intègrent dans leurs missions une dimension évaluative¹⁹, en particulier les commissions des finances²⁰. La révision constitutionnelle de 2008 a, sur ce point, d'ailleurs expressément précisé que, « pour l'exercice des missions de contrôle et d'évaluation », des commissions d'enquête peuvent être créées au sein de chaque assemblée.

Il y a là une volonté claire de faire porter l'action du Parlement sur l'appréciation des effets de la loi. L'attention portée à l'évaluation *ex post* a également un effet quasi mécanique de ralentissement de la production normative. En effet, le temps que le Parlement consacre à l'évaluation des dispositions législatives existantes, constitutionnalisé à l'article 48 alinéa 4 en vertu duquel l'ordre du jour parlementaire comportera une semaine de séance sur quatre réservée par priorité au contrôle de l'action gouvernementale et à l'évaluation des politiques publiques, contribue à ralentir l'inflation et l'instabilité législatives, en incitant à la correction des législations existantes plutôt qu'à la refonte radicale des dispositifs législatifs.

La nécessité de l'évaluation étant posée dans son principe, encore faut-il s'intéresser à ses modalités, révélatrices du rôle que l'on a entendu lui faire jouer.

B) Les modalités de l'évaluation

Paradoxalement, il n'existe pas de définition juridique de l'évaluation²¹ et ce

¹⁹

Voir l'article 145 du RAN et surtout l'article 22 du RS qui précise que « les commissions permanentes assurent l'information du Sénat et mettent en œuvre, dans leurs domaines de compétence, le contrôle de l'action du Gouvernement, l'évaluation des politiques publiques et le suivi de l'application des lois »

²⁰

La commission des finances de l'Assemblée Nationale s'est dotée depuis 1999 d'une Mission d'évaluation et de contrôle et, en 2004, une MECSS a été créée au sein de la commission des affaires sociales

²¹

silence contraste avec l'engouement pour la pratique évaluative. Que doit-on évaluer ? Comment le faire ?

1. L'objet de l'évaluation

L'objet sur lequel porte l'évaluation conditionne ce que l'on attend d'elle et permet de distinguer entre deux formes d'évaluation, selon que l'on s'intéresse plus particulièrement au contenant, à savoir la norme vecteur, auquel cas on pourra parler d'évaluation fonctionnelle, ou que l'on s'intéresse au contenu véhiculé par la norme, que l'on pourrait qualifier d'évaluation opérationnelle.

a) L'évaluation fonctionnelle

C'est la norme, plus que son contenu, qui fait l'objet de l'évaluation. On s'interroge alors sur la manière dont la norme doit remplir ses fonctions. L'attention peut, tout particulièrement, porter sur la manière dont la norme s'insère dans son environnement juridique. C'est très largement ce que l'on attend des études d'impact qui invitent à s'interroger sur l'état du droit existant, sur les modalités d'application du texte de loi dans le temps (en particulier la nécessité ou non de dispositions transitoires) et dans l'espace (notamment dans les collectivités d'outre-mer), sur son articulation avec le droit européen et le droit interne...

L'évaluation fonctionnelle privilégie également l'appréciation de l'applicabilité et de l'application effective de la norme. Ainsi, l'étude d'impact doit-elle préciser la « liste prévisionnelle des textes d'application nécessaire », le Conseil constitutionnel ayant, sur ce point, jugé contraire à la séparation des compétences entre législatif et exécutif la disposition imposant que l'étude d'impact expose les orientations principales de texte d'application et son délai prévisionnel²². Les questions d'application de la norme sont également suivies par les commissions parlementaires et (elles) constituent le cœur de l'activité de la commission sénatoriale créée en 2012, qui veille, notamment, à la publication des textes réglementaires nécessaires à l'application des lois²³ : à partir des données collectées par chaque commission permanente sur les textes relevant de sa compétence, la commission synthétise les statistiques de publication par le Gouvernement des textes réglementaires nécessaires à l'application des lois et les récapitule dans un rapport annuel.

En dehors de la définition très imparfaite fournie par le décret n° 98-1048 du 18 novembre 1998 relatif à l'évaluation des politiques publiques qui précise que « l'évaluation d'une politique publique a pour objet d'apprécier l'efficacité de cette politique en comparant ses résultats aux objectifs assignés et aux moyens mis en œuvre ». On relèvera que la Cour des comptes pilote un groupe de travail qui réfléchit à l'élaboration de critères communs pour l'évaluation, en fixant ses contours et la méthodologie à employer.

22

Décision n° 2009-579 DC du 9 avril 2009, *Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*, Rec. p. 84, cons. 16

23

Voir la circulaire du 29 février 2008 qui impose aux ministères de publier les actes d'application dans un délai de 6 mois suivant l'adoption de la nouvelle loi.

b) L'évaluation opérationnelle

Dans cette hypothèse, l'attention porte davantage sur le contenu de la norme, adoptée pour atteindre un objectif, un résultat déterminé et qui emporte un certain nombre de conséquences. L'évaluation suppose ici une mise en relation entre les objectifs poursuivis, les moyens retenus et les effets de la loi.

Tel est, en théorie, l'objet de l'étude d'impact, bien que les résultats ne soient pas encore à la hauteur des espérances. Si la détermination des objectifs poursuivis est fondamentale, la pratique montre qu'elle est souvent lacunaire, parce que difficile. Les moyens retenus par le législateur pour atteindre ces objectifs sont généralement exposés de manière neutre voire évasive. La présentation des moyens alternatifs est une étape souvent bâclée : soit traitée rapidement et sans grande conviction, soit purement et simplement occultée²⁴. Quant aux conséquences, quasi illimitées, elles sont difficilement saisissables : la loi organique de 2009 préconise « l'évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales des dispositions du projet » ; le Secrétariat général du Gouvernement invite à évaluer l'impact juridique, les conséquences macro et micro-économiques, financières (pour le budget de l'État, les budgets des collectivités territoriales et, le cas échéant, pour d'autres personnes publiques ou privées), sociales (au regard de l'intérêt général et des intérêts particuliers en cause) et environnementales (coût pour le climat, la biodiversité, y compris, lorsque c'est possible, leur « coût carbone ») de la réforme envisagée ou encore ses conséquences sur l'emploi public...

C'est également cette logique d'évaluation opérationnelle qui anime les lois expérimentales, constitutionnalisées aux articles 37-1 et 72 de la Constitution, dont la prolongation ou la généralisation est subordonnée aux résultats obtenus. Aucun cadre général n'est fixé à l'expérimentation nationale, autorisée par l'article 37-1 et dont les modalités d'évaluation semblent fixées au cas par cas²⁵. S'agissant de l'expérimentation locale, en revanche, l'article LO 1113-5 de la loi organique n° 2003-704 impose que le rapport d'évaluation établi par le Gouvernement expose les effets des mesures prises par les collectivités territoriales en ce qui concerne notamment le coût et la qualité des services rendus aux usagers, l'organisation des collectivités territoriales et des services de l'Etat ainsi que leurs incidences financières et fiscales. Cela étant, l'évaluation semble bien souvent sommaire, comme en témoigne l'exemple de l'expérimentation relative au RSA, généralisée avant même l'annonce des résultats de l'évaluation²⁶.

24

Pour un exemple récent, voir le projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, n° 1278, déposé à l'A.N. le 17 juillet 2013.

25

Dans sa décision n° 93-323 DC préc., le Conseil constitutionnel a jugé que les lois expérimentales devaient prévoir « les conditions et les procédures selon lesquelles elles doivent faire l'objet d'une évaluation » (cons. 9). Les autres décisions relatives à l'expérimentation législative engagée sur le fondement de l'article 37-1 sont néanmoins silencieuses sur ce point.

26

Sur ce point, voir notamment V. Massieu, « L'expérimentation comme exemple de transposition d'une méthode scientifique hors de son cadre d'origine », VIIIe Congrès français de droit constitutionnel, Nancy, 2011, disponible sur <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN3/massieurT3.pdf>.

Cette distinction évaluation fonctionnelle / opérationnelle peut sembler factice dans la mesure où la norme n'est qu'un vecteur, un outil pour atteindre un objectif déterminé et qu'elle est donc indissociable de la politique qu'elle porte. Elle a, néanmoins, le mérite d'inviter à s'interroger sur ce que l'évaluation se donne pour objet : soit la norme législative, considérée en soi, à laquelle on pourra reprocher son obscurité, sa faible applicabilité, sa contrariété avec le droit existant, soit le contenu du dispositif législatif véhiculé par la loi.

2. Les caractéristiques de l'évaluation

Les caractéristiques de l'évaluation sont également révélatrices du rôle que l'on entend lui faire jouer.

a) Évaluation obligatoire ou facultative, systématique ou ponctuelle.

L'évaluation peut être obligatoire ou facultative. Ainsi, le recours à l'étude d'impact est-il une obligation dont le non-respect est susceptible d'être sanctionné : l'article 39 alinéa 4 de la Constitution a prévu la possibilité pour la conférence des présidents de refuser l'inscription à l'ordre du jour d'un texte accompagné d'une étude d'impact déficiente et a même envisagé qu'elle puisse saisir, en cas d'opposition du Gouvernement, le Conseil constitutionnel. Cette hypothèse, en théorie peu probable, s'est néanmoins concrétisée lors de l'examen du projet de loi relatif à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales, le Conseil constitutionnel examinant si les règles relatives à l'étude d'impact n'avaient pas été méconnues²⁷. A cela s'ajoute que, sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a accepté de vérifier la présence d'une étude d'impact²⁸, voire la suffisance de cette dernière, bien que ce grief n'ait, jusqu'à présent, jamais été admis au regard du « contenu » des études présentées²⁹.

Les rapports d'évaluation, pour leur part, même lorsqu'ils sont expressément prévus par le législateur, demeurent, en pratique, très largement facultatifs. Le Conseil constitutionnel ne semble leur accorder aucune attention particulière³⁰ de sorte que les clauses

27

Décision n° 2014-12 FNR du 1er juillet 2014, *JORF* du 3 juillet 2014, p. 11023.

28

Décision n° 2010-603 DC du 11 février 2010, *Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux*, Rec. 58, cons. 5.

29

Voir par exemple les décisions n° 2013-667 DC du 16 mai 2013, *Loi relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires*, cons. 4 ; n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, cons. 3 et 4 ; n° 2013-683 DC du 16 janvier 2014, *Loi garantissant l'avenir et la justice du système de retraites*, cons. 3 et 4 ; n° 2013-687 DC du 23 janvier 2014, *Loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles*.

30

d'évaluation demeurent, bien souvent, platoniques. Il faut néanmoins réserver le cas très particulier des lois expérimentales. En effet, le Conseil constitutionnel, fort réticent à leur égard, a subordonné leur constitutionnalité à des conditions très précises, en particulier la réalisation d'une évaluation *ex post* permettant de juger de l'efficacité des expérimentations entreprises³¹. Si le recours à l'expérimentation bénéficie désormais d'un double ancrage constitutionnel³², il ressort tant des travaux parlementaires de la révision de 2003 que de la loi organique n° 2003-704 du 1^{er} août 2003 relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales que l'évaluation demeure une condition de la constitutionnalité de la norme expérimentale³³. Faut-il aller plus loin et inscrire, dans la Constitution, une obligation de produire, à côté de l'étude d'impact, un document d'évaluation *a posteriori*, notamment pour certaines des lois les plus importantes, comme cela a pu être évoqué³⁴ ?

Si ce n'est qu'une loi ordinaire ne saurait prévoir qu'ils soient annexés à la loi de finances ou à la loi de financement de la sécurité sociale, la liste de ces annexes ne pouvant être fixée que par le législateur organique : voir notamment la décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, Rec. 204, cons. 91 à 93 ; voir également la décision n° 98-404 DC du 18 décembre 1998, *Loi de financement de la sécurité sociale*, Rec. 315, cons. 20.

31

Voir la décision n° 93-322 DC du 28 juillet 1993, *Établissements universitaires dérogatoires*, Rec. 204, cons. 9 : le législateur peut recourir à des expérimentations « de nature à lui permettre d'adopter par la suite, au vu des résultats de celles-ci, des règles nouvelles appropriées à l'évolution des missions de la catégorie d'établissements en cause » ; en conséquence, il lui incombe « de définir précisément la nature et la portée de ces expérimentations, les cas dans lesquels celles-ci peuvent être entreprises, les conditions et les procédures selon lesquelles elles doivent faire l'objet d'une évaluation conduisant à leur maintien, à leur modification, à leur généralisation ou à leur abandon ». Voir également la décision n° 96-383 DC, *Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises*, Rec. 128, cons. 10 à 13 : ne sont méconnus ni l'article 34 de la Constitution ni le principe d'égalité dès lors que « la latitude ainsi laissée aux acteurs de la négociation collective devrait lui permettre d'adopter par la suite des règles nouvelles appropriées au terme d'une durée réduite d'expérimentation, et d'une évaluation des pratiques qui en sont résultées ».

32

La loi constitutionnelle 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République introduit un article 37-1 qui confirme la possibilité d'introduire dans la loi ou le règlement, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental ainsi qu'un quatrième alinéa à l'article 72 qui autorise les collectivités territoriales et leurs groupements à déroger - quand la loi ou le règlement l'a expressément prévu - aux dispositions législatives et réglementaires régissant l'exercice de leurs compétences

33

Ainsi la loi organique n° 2003-704 du 1^{er} août 2003 confirme la nécessité d'une évaluation *ex post* qui permet soit la prolongation pour une durée limitée, soit la généralisation, soit l'abandon de la loi expérimentale (Art. LO 1113-5. - Avant l'expiration de la durée fixée pour l'expérimentation, le Gouvernement transmet au Parlement, aux fins d'évaluation, un rapport assorti des observations des collectivités territoriales qui ont participé à l'expérimentation. Ce rapport expose les effets des mesures prises par ces collectivités en ce qui concerne notamment le coût et la qualité des services rendus aux usagers, l'organisation des collectivités territoriales et des services de l'Etat ainsi que leurs incidences financières et fiscales).

34

Assez proche est la question de savoir si l'évaluation doit être systématique ou si, au contraire, elle doit rester ponctuelle, étant réservée à certains sujets particulièrement importants, d'actualité ou en évolution rapide, *etc.* ; doit-elle se dérouler à intervalle régulier et, le cas échéant, à quel intervalle, ou est-elle plus efficace si elle est aléatoire ? Ces paramètres ne sont pas sans incidence sur le rôle que l'on entend faire jouer à l'évaluation. A titre d'exemple, la Modernisation de l'action publique annoncée le 18 décembre 2012 prévoit expressément que « *toutes les politiques publiques, sur l'ensemble du quinquennat, feront l'objet d'une évaluation* ». Dans le même temps, la présentation des programmes d'évaluation, tels que publiés par exemple par le CEC, laisse comme une impression d'arbitraire.

b) Les acteurs de l'évaluation

Les premières tentatives d'évaluation se sont surtout produites au niveau du Gouvernement et, plus particulièrement, au niveau interministériel, à tel point que l'on a pu parler d'une évaluation « confisquée » par l'exécutif³⁵. Dans les années 2000, et surtout avec la révision constitutionnelle de 2008, l'évaluation est clairement passée du côté du Parlement. C'est bien au Parlement qu'il revient, comme le précise l'article 24 de la Constitution, d'évaluer les politiques publiques et c'est bien à cet effet qu'il s'est doté d'un certain nombre de structures internes qui ont même été, un temps, communes aux deux assemblées. Parallèlement, le Parlement a besoin d'être renforcé face au Gouvernement. Dans cette optique, la révision de 2008 a souhaité consacrer le rôle joué par la Cour des comptes : à la nouvelle rédaction de l'article 24 répond l'article 47-3, en vertu duquel « La Cour des comptes assiste (...) le Parlement et le Gouvernement (...) dans l'évaluation des politiques publiques »³⁶. Plus encore, au sein même du Parlement, c'est le rôle de l'opposition qui est renforcé, afin de faire contrepoids à la logique majoritaire. La révision constitutionnelle de 2008, combinant la revalorisation du Parlement à la reconnaissance d'un véritable statut de l'opposition, a conduit à réserver, au sein de ces missions et structures d'évaluation, une place importante à l'opposition qui assure désormais la présidence de la commissions des finances, peut demander l'inscription à l'ordre du jour d'un sujet d'évaluation en application de l'article 48 alinéa 4, est représentée dans les commissions d'enquête et les missions d'information temporaires, *etc.* S'agissant des études d'impact, en revanche, c'est le Gouvernement qui garde la maîtrise de l'évaluation préalable, ce qui est cohérent avec leur champ d'application, limité aux seuls projets de loi. C'est donc aux ministères concernés, sous la coordination du Secrétariat général du Gouvernement, qu'il revient de réaliser ces études d'impact.

En ce sens, voir S. Lasvignes, Rapport du colloque « Évaluation et qualité de la législation : quel rôle pour les Parlements ? », p. 23, disponible en ligne.

35

Sur cet aspect, voir notamment Aurélien Baudu, « L'évaluation parlementaire, problème ou solution ? », RFFP, février 2011, p. 131 et s.

36

Par exemple, à l'Assemblée nationale, le CEC commande, depuis 2011, deux évaluations à la Cour des comptes par an.

Cela étant, le législateur, ici entendu au sens large, peut-il être, dans le même temps, l'évaluateur de la qualité de la norme qu'il produit ? La possibilité, pour l'auteur de la norme, d'en être en même temps l'évaluateur est controversée. Pour certains, c'est seulement en confiant l'évaluation à un organe indépendant que l'on peut parler d'évaluation³⁷. D'où la proposition de privilégier une évaluation extérieure aux actions évaluées. Ainsi a-t-il été suggéré de renforcer le rôle de la Cour des comptes, qui, en raison de sa position institutionnelle, pourrait jouer le rôle « d'évaluateur des évaluations » ou de « maître d'ouvrage de l'évaluation en France », en étant automatiquement saisie des dispositifs les plus coûteux ou les plus importants³⁸. Dans la même optique a pu être proposée la création d'une Haute Autorité de l'évaluation, qui serait chargée de l'évaluation de l'évaluation³⁹.

L'hétérogénéité des modalités selon lesquelles l'évaluation peut être réalisée, qui résulte de l'absence de définition juridique, influe directement sur la manière dont elle peut contribuer à l'amélioration de la qualité normative. D'autant que, en retour, le recours à l'évaluation n'est pas sans conséquence sur la notion même de qualité normative, dont elle permet de préciser les contours et, plus encore, le sens.

II - Ce que l'évaluation apprend sur la qualité normative

La vogue de l'évaluation, l'engouement même qu'elle suscite, et la manière dont elle s'exerce dénotent une certaine conception de la notion même de qualité normative. Celle-ci, en effet, devient de plus en plus centrée autour des résultats de la norme législative, à tel point que l'on peut même se demander si l'on n'assiste pas à une inversion du lien entre évaluation et qualité normative : la qualité n'est plus véritablement l'objectif recherché par la pratique évaluative ; l'évaluation devient une condition, peut-être même le critère, de la qualité normative.

A) L'impact de l'évaluation sur l'appréhension de la qualité normative

Il y a d'indéniables difficultés à cerner ce que recouvre exactement la notion de

³⁷

En ce sens, voir par exemple J. Chevallier, « L'évaluation législative », *Cahiers de méthodologie juridique* n°9, *RJJ Droit prospectif*, PUAM, 1994, n°4, p. 1081 et s. ; L. Mader, « L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation », *Revue internationale de droit comparé*, n°38, 1986, p. 285 et s.

³⁸

A ce sujet, voir l'allocation d'ouverture de D. Migaud lors des Journées françaises de l'évaluation, Grenoble, jeudi 6 juin 2013, disponible sur www.jfe2013.fr/.../JFE_130606_SFE_Grenoble_discours_PPnt_vdef.pdf.

³⁹

En ce sens, voir notamment le rapport sur les organismes publics d'évaluation et de prospective économiques et sociales enregistré à l'Assemblée nationale le 21 mai 2003.

qualité normative, comme en témoignent le colloque « Autour de la qualité des normes » organisé à Aix-Marseille en 2008 ou encore celui organisé à la Réunion début 2014, portant sur « Le désordre normatif et la qualité de la norme ». Reste que l'accent mis, aujourd'hui, sur l'évaluation revient à privilégier une certaine conception de la qualité de la norme, essentiellement axée autour de la performance, en tant que résultat susceptible d'être chiffré.

1. Une vision de la qualité de la norme

L'évaluation incite à une vision étroite de la qualité normative, qu'elle tend à réduire à la question des effets de la norme, tout en paraissant, dans le même temps, la parer de ses vertus.

a) La valorisation des effets de la norme

Banalisée et généralisée par la LOLF, la notion de performance, en tant qu'attention portée sur les résultats, irrigue, en réalité, les principaux dispositifs d'évaluation de la loi.

L'évaluation permet ainsi de valoriser l'efficacité de la loi, entendue comme la capacité à atteindre les objectifs fixés. Cette mesure de l'efficacité suppose, d'ailleurs, de pouvoir identifier les objectifs de manière suffisamment précise pour que puissent être ensuite comparés les résultats obtenus. C'est une question que l'on peut se poser de manière prospective, à travers les études d'impact, en recensant l'ensemble des moyens susceptibles d'être retenus et leur efficacité relative les uns par rapport aux autres. Mais c'est aussi, et surtout, une question qui peut être abordée de manière rétrospective, à travers les évaluations réalisés *ex post* : les dispositifs mis en place ont-ils réellement permis d'atteindre les objectifs escomptés ? On conçoit, à ce stade, l'importance de la fixité des objectifs déterminés initialement, qui ne doivent pas varier en fonction des résultats obtenus.

Au-delà encore, l'évaluation permet de valoriser l'efficience de la loi, souvent assimilée à la rentabilité ou à la productivité, c'est-à-dire la capacité à atteindre les objectifs au moindre coût possible⁴⁰. Ainsi dans l'étude d'impact, sont censées être exposées les solutions alternatives qui permettraient d'atteindre les objectifs souhaités par le législateur au moindre coût. Enfin, c'est la question de l'effectivité de la norme qui est en jeu, ici entendue comme la capacité de la loi à être réellement suivie d'effets concrets, ce qui suppose de s'interroger non seulement sur son applicabilité mais encore sur son application effective.

Cette valorisation du résultat conduit à renoncer aux lois qui ne sont pas suffisamment performantes, de même qu'elle justifierait de supprimer celles qui ne le sont pas. La performance tend alors à devenir le seul critère de la légitimité des normes. A cet égard, est souvent citée la situation australienne où tous les dispositifs mis en place par le législateur sont évalués tous les trois à cinq ans et ne peuvent se maintenir que si leur efficacité est démontrée.

40

Pour une distinction entre effectivité, efficacité et efficience, voir notamment A. Jeanmaud, E. Serverin, « Évaluer le droit », *D.* 1992, chr. p. 263 et s.

b) La transmission des vertus de l'évaluation à la norme

Dans le même temps, les qualités prêtées à l'évaluation tendent à s'agréger à la norme à laquelle elle est censée s'appliquer. (En effet l') L'évaluation présente des vertus, réelles ou supposées, d'objectivité, de transparence, d'adaptabilité qui se répercutent sur la norme à laquelle elle s'applique. Ainsi, l'évaluation permet-elle de mesurer, de quantifier, de rendre commensurables selon des méthodes que l'on veut scientifiques, impartiales et objectives. En ce sens, la mise en œuvre de l'évaluation accrédite la possibilité d'une norme « objective », d'une norme scientifique, presque d'une norme « a-politique ». L'évaluation est également souvent présentée comme un outil de transparence, répondant à l'exigence formulée par l'article 15 de la Déclaration de 1789, qui dispose que « la Société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ». Le recours à l'évaluation laisse ainsi à penser que la norme à laquelle elle s'applique devient plus transparente. Enfin, l'évaluation laisse supposer que l'on va pouvoir mesurer pour rectifier, corriger, apprendre des erreurs commises: elle pare, en conséquence, la norme à laquelle elle s'applique de nouvelles vertus, qui sont la réactivité, l'adaptabilité. La « bonne norme », la norme de qualité est alors celle qui est capable de s'adapter sans cesse.

2. La mesure de la qualité normative

L'évaluation valorise la performance entendue comme un résultat chiffré. Ce faisant, elle tend à réduire la question de la qualité normative à une possibilité de « mesure ». N'y a-t-il pas là un « mirage »⁴¹ dès lors qu'il n'est pas facile de mesurer, de même qu'il n'est pas possible de tout mesurer ?

a) Évaluer implique de mesurer, de quantifier, ce qui pose de réels problèmes méthodologiques.

Comment mesurer la qualité de la norme de manière fiable et objective ? Quels indicateurs retenir, quelles références choisir ? La pratique des études d'impact est, à cet égard, instructive. On constate, d'abord, une très grande hétérogénéité des études d'impact, de taille très variable, dont les rubriques sont inégalement remplies. Surtout, la réalisation des études d'impact souffre de la disparité et du manque de cohérence des méthodes retenues. Certes, l'article 8 de la loi organique de 2009 précise que l'étude doit indiquer la méthode de calcul retenue pour la détermination des coûts, obligation rappelée par le Secrétariat général du Gouvernement, qui a lui-même développé des référentiels et des indications méthodologiques. Mais ces précautions sont souvent méconnues, de sorte que bon nombre d'études d'impact ne contiennent aucune indication sur l'origine des chiffres utilisés, les méthodes de calcul retenues, les hypothèses sous-jacentes, *etc...*

L'évaluation des politiques publiques souffre des mêmes insuffisances, démultipliées par

41

Pour reprendre la formule de P. Mbongo, « La « constitutionnalisation » des études d'impact préalables à la loi. Un mirage légistique », *Dalloz*, 15 janvier 2009, p. 108 et s.

l'étendue de leur objet. Reposant sur des instruments de mesure quantitatifs extrêmement variés, comme les résultats bruts ou nets de la politique considérée, le bilan coûts-avantages, l'impact sur des variables économiques (PIB, emploi, croissance,...) ou sociales (inégalités, santé, chômage...), elle demeure tributaire d'un certain nombre de choix qui ne sont pas clairement exprimés et souvent peu identifiés.

b) Peut-on tout mesurer ?

Outre les difficultés de la mesure en elle-même, la question se pose également de savoir si l'on peut tout mesurer. Tout un pan de la qualité normative échappe encore à cette idée de mesure, d'évaluation. On songe ainsi à tout ce qui relève des qualités rédactionnelles de la norme, difficilement saisies et saisissables par l'évaluation : comment mesurer la clarté ou l'intelligibilité de la norme ? A titre d'exemple, l'étude d'impact n'a pas vocation à porter sur ces qualités rédactionnelles de la loi, (qui sont) pourtant au cœur de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Si l'évaluation *ex post* peut mettre en lumière une relative obscurité de la norme, engendrant une mauvaise compréhension de cette dernière, ou encore des effets pervers, il n'existe pas, pour l'heure, d'indicateurs de clarté ou de compréhension...

Surtout, l'évaluation ne parvient pas à rendre compte ou, plus exactement, à mesurer les objectifs poursuivis. Si elle a vocation à examiner les résultats, les effets par rapport aux objectifs visés, bien souvent ces objectifs ne sont pas clairement affichés, sont incertains ou hésitants voire parfois même contradictoires, parce qu'ils sont le fruit de compromis politiques. On objectera que la mesure peut résider dans le rapprochement entre l'évaluation *ex ante* et l'évaluation *ex post* : l'évaluation préalable permet de cerner les objectifs à l'aune desquels sera précisément réalisée et appréciée l'évaluation *ex post*. Mais ce rapprochement démontrera seulement que la norme législative n'a pas eu l'effet escompté, ce qui ne signifie pas qu'elle est mauvaise pour autant. En portant une attention excessive à la performance, l'évaluation détourne l'attention des objectifs poursuivis ; de piètres résultats peuvent condamner des objectifs pourtant légitimes tandis que de très bons résultats peuvent légitimer le maintien d'un dispositif politiquement contesté...

Cet engouement pour l'évaluation ne risque-t-il pas de conduire à ce que la norme ne soit plus appréciée pour sa légitimité politique, ni pour sa régularité juridique, mais uniquement par rapport à sa rationalité technique ? Surtout, ne risque-t-il pas d'inverser les relations entre évaluation et qualité normative ? L'évaluation ne serait-elle pas devenue, non plus un outil de mesure, mais le critère même de la qualité normative ?

B) L'impact de l'évaluation sur la notion même de qualité normative

L'engouement que suscite l'évaluation tend à occulter le fait qu'elle n'est qu'une technique qui remplit un certain nombre de fonctions : produire des connaissances, juger, améliorer. Elle semble, aujourd'hui, être véritablement devenue une fin en soi, voire (devenue) le critère de la « bonne norme ».

1. L'évaluation comme fin en soi ?

Alors qu'elle devrait être une technique permettant d'apprécier, de juger,

d'améliorer, l'évaluation reste une pratique aux résultats décevants. Elle n'est qu'un instrument limité d'accompagnement de la production normative, de même qu'elle demeure un outil restreint de contrôle.

a) L'évaluation comme instrument d'accompagnement

L'évaluation se présente comme un outil d'accompagnement de la production normative, qui permet de connaître pour améliorer. A cet égard, aussi bien l'évaluation *ex ante* que l'évaluation *ex post* ont pour objectif d'améliorer la qualité des normes, en permettant de renoncer à des dispositifs mal ficelés, inapplicables ou inappliqués, inefficaces ou ineffectifs et (en permettant) de corriger ceux qui peuvent l'être. Pourtant, les conséquences de l'évaluation sont, en pratique, assez faibles. La jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui, au nom d'une interprétation stricte du principe de séparation des pouvoirs, a très largement minoré les conséquences du recours à l'évaluation, n'y est pas étrangère. Ainsi a-t-il décidé que le résultat des évaluations ne saurait constituer une injonction adressée au Gouvernement⁴² : elle ne saurait donc avoir pour effet de le contraindre à modifier la législation en vigueur ou à abroger, par exemple, une législation jugée inefficace. De même a-t-il jugé que l'évaluation ne saurait contraindre ou conditionner l'exercice futur du pouvoir législatif, déclarant, en conséquence, inopérante ou dénuée de toute portée normative toute disposition visant à lier le législateur futur⁴³. Sur ce point, la situation de la France se démarque profondément de la situation allemande où l'évaluation est considérée comme partie intégrante du déroulement du processus législatif, qui est lui-même considéré comme un processus itératif, devant être corrigé au fur et à mesure des évaluations. Ainsi la Cour constitutionnelle a-t-elle forgé une jurisprudence très audacieuse. Dans un arrêt de 1993 relatif à l'interruption volontaire de grossesse, elle a précisé les contours de l'obligation d'évaluation qui s'impose au législateur : ce dernier doit « réunir et exploiter systématiquement les données nécessaires à l'évaluation des effets produits par la loi », autrement dit, le législateur doit, à intervalles réguliers, évaluer les effets de la loi adoptée. Surtout, le juge constitutionnel allemand exige que la législation soit modifiée dès lors que les prévisions qui l'avaient justifiée, les bases sur lesquelles l'évaluation première a été réalisée se révèlent inexactes avec le temps⁴⁴.

b) L'évaluation comme instrument de contrôle

42

Décision n° 2009-581 DC du 25 juin 2009, *préc.*, cons. 62.

43

Voir par exemple les décisions suivantes : décision n° 82-142 DC du 27 juillet 1982, *Réforme de la planification*, Rec. 52 ; décision n° 83-160 DC du 19 juillet 1983, *Convention fiscale en Nouvelle Calédonie*, Rec. 43, cons. 5 ; décision n° 85-196 DC du 8 août 1985, *Evolution de la Nouvelle Calédonie I*, Rec. 63, cons. 7 ; décision n° 86-208 DC des 1^{er} et 2 juillet 1986, *Découpage électoral I*, Rec. 78, cons. 29.

44

Sur tous ces aspects, voir notamment A. Fluckiger, « L'obligation jurisprudentielle d'évaluation législative : une application du principe de précaution aux droits fondamentaux », in *Les droits de l'homme et la Constitution. Etudes en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni*, 2007, p. 155 et s.

Connaître pour juger et surveiller : l'évaluation est également un instrument de contrôle. A cet égard, on relèvera que la constitutionnalisation de l'évaluation à l'article 24 de la Constitution coïncide avec la consécration, pour la première fois, de la fonction de contrôle du Parlement, aux côtés de sa traditionnelle fonction de vote de la loi. Ceci n'est pas anodin, tant l'évaluation était liée à la volonté de revaloriser le contrôle parlementaire, tout au moins dans l'esprit du Comité Balladur et du constituant en 2008.

Force est de constater, cependant, que l'évaluation n'offre qu'une prise insuffisante à la fonction de contrôle, de sorte qu'elle semble souvent exercée pour elle-même. Là encore, le Conseil constitutionnel n'est pas étranger à cette déconnexion, puisqu'en réduisant le rôle des structures parlementaires à un pur rôle d'information à l'exclusion de toute mise en cause de la responsabilité politique du Gouvernement, au nom d'une interprétation stricte voire rigoriste du principe de séparation des pouvoirs, il a cantonné l'évaluation à une simple fonction d'information du Parlement⁴⁵. De même, il juge que les rapports d'évaluation des politiques publiques ne peuvent donner lieu à l'engagement d'un débat contradictoire en présence des responsables administratifs des politiques publiques concernées, le Gouvernement n'étant responsable devant le Parlement que dans les conditions et suivant les procédures prévues aux articles 49 et 50 de la Constitution⁴⁶.

Cette dissociation entre l'évaluation et le contrôle donne parfois le sentiment que l'évaluation tourne à vide et qu'elle n'est qu'une manière d'occuper le Parlement. Si elle ne peut pas être assimilée au contrôle politique pesant sur le Gouvernement au sens des articles 49 et 50 de la Constitution, elle incite néanmoins à élargir la notion de responsabilité politique, pour y adjoindre une forme d'*accountability*, une obligation de rendre des comptes, qui pourrait apparaître comme une nouvelle forme de responsabilité individuelle⁴⁷. Cet élargissement de la conception de la responsabilité politique permettrait, dans le même temps, de renouer avec l'idée que l'évaluation doit permettre de responsabiliser les acteurs, sans empiéter sur la responsabilité politique du Gouvernement telle qu'elle est classiquement entendue.

45

Selon le Conseil, leur rôle consiste « *en un simple rôle d'information contribuant à permettre à l'Assemblée nationale d'exercer son contrôle sur la politique du Gouvernement et d'évaluer les politiques publiques, dans les conditions prévues par la Constitution* » (Décision n° 2009-581 DC du 25 juin 2009, *Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale*, Rec. 120, cons.58). On relèvera que déjà, lors de la modification des règlements des assemblées engendrée par la loi n° 96-517 du 14 juin 1996 tendant à élargir les pouvoirs d'information du Parlement et à créer un Office parlementaire d'évaluation des politiques publiques, il avait jugé que ces commission n'étaient conformes à la Constitution que « *pour autant* » qu'elles se limitent à un « *simple rôle d'information* », permettant aux assemblées « *d'exercer, pendant les sessions ordinaires et extraordinaires, son contrôle sur la politique du Gouvernement dans les conditions prévues par la Constitution* ».

46

Décision n° 2009-581 DC du 25 juin 2009, *préc.*, cons. 58.

47

Sur ce point, voir notamment J.-F. AMEDRO, « L'évaluation des politiques publiques : structure et portée constitutionnelle d'une nouvelle fonction parlementaire », *op. cit.*, p. 1137 et s.

2. L'évaluation comme critère de la « bonne norme »

Pratiquée pour elle-même, considérée comme une fin en soi, l'évaluation n'aurait-elle pas tendance à devenir, en réalité, le critère même de la « bonne norme » ?

a) La « bonne norme » est celle qui a été évaluée

Sur ce point, la pratique des études d'impact est très instructive. Ces études d'impact sont, pour l'heure, assez peu utilisées : peu discutées par les parlementaires, peu utilisées en commissions, peu consultées par les citoyens⁴⁸. Surtout, la seule présence de l'étude d'impact, c'est-à-dire d'une évaluation chiffrée, suffit, bien souvent, au cours des débats parlementaires, à asseoir la légitimité du texte examiné⁴⁹. Le Gouvernement se voit alors doublement légitimé : d'une part, par la procédure complexe qu'il doit désormais respecter avant de déposer le projet de loi et qui prouve du sérieux de la réflexion menée en amont ; d'autre part, en aval, par les résultats de l'étude d'impact, qui démontrent la performance du projet présenté au Parlement. Paradoxalement, alors que l'étude d'impact a été conçue comme une contrainte pesant sur les projets de loi, s'inscrivant dans la nécessaire revalorisation du Parlement, elle joue (, en réalité,) au profit du Gouvernement : elle lui permet (, chiffres à l'appui,) d'imposer plus facilement ses choix (, chiffres à l'appui,) (face) à un Parlement qui ne bénéficie d'aucune contre-expertise possible, de sorte que l'on a pu parler d'un Parlement véritablement « ligoté » par l'étude d'impact⁵⁰. La légitimité de la norme découle ainsi de l'évaluation qu'elle a subie. (Une telle conclusion)(La conclusion) est tentante lorsque l'on constate la prolifération des clauses d'évaluation ou des études d'impact qui n'ont, en réalité, d'autres ambitions et d'autres conséquences que de légitimer les réformes qu'elles portent.

b) La « bonne norme » est la norme évaluable

Plus encore, l'évaluation n'est plus seulement une technique, elle devient un véritable critère de définition de la qualité normative. De fait, la possibilité d'une évaluation, la promesse d'une mesure de la performance de la norme tend à en garantir la qualité. Dès lors, si la norme susceptible d'être évaluée constitue une « bonne norme », *a contrario*, la norme non évaluable ne saurait, elle, bénéficier de cette qualité. Ainsi, la qualité de la norme dépend de son évaluation. Ce postulat est constitutif d'une inversion tentante, rendue possible par la proximité entre l'action d'évaluer la norme, qui vise à en déterminer la valeur, et le résultat souhaité : la qualité, c'est-à-dire la valeur de la norme. En réalité, ce phénomène tire les conséquences de l'indétermination de la notion, de l'exigence de qualité des normes qui apparaît comme une catégorie fourre-tout,

48

En ce sens, voir D. Chamussy, « Le travail parlementaire a-t-il changé ? Le point de vue d'un praticien », *Juspoliticum*, n°6, disponible sur <http://www.juspoliticum.com/Le-travail-parlementaire-a-t-il.html>.

49

Voir tout particulièrement l'étude très stimulante de B.-L. Combrade, « À qui profite l'étude d'impact ? », *LPA*, 24 janvier 2012 n° 17, p. 6 et s.

50

un « label » qui « ne correspond à aucun concept juridique précis »⁵¹, indétermination au sein de laquelle l'évaluation s'engouffre et qu'elle comble donc assez aisément.

Aussi est-il peut-être nécessaire de rappeler que la dénonciation de la piètre qualité des normes est devenue un lieu commun, derrière lequel se logent toutes sortes d'attentes déçues et de reproches plus ou moins formalisés. Elle est, fondamentalement, la traduction d'une perte de confiance dans la norme et, plus particulièrement, dans la norme législative. Certes, l'évaluation vise à combler cette perte de confiance et revêt ici une fonction éminemment rassurante. Elle ne doit pas devenir, pour autant, lénifiante.

51

M. Fatin-Rouge Stéfanini, L. Gay et A. Vidal-Naquet (dir.), *L'efficacité de la norme juridique, nouveau vecteur de légitimité ?*, Actes du colloque d'Aix-en-Provence de 2010, Bruylant, Bruxelles, collection A la croisée des droits, 2012, p. 13 et 14