

L'évaluation, nouvelle forme de création normative ?

Xavier BIOY



Pr. Université Toulouse 1 Capitole

Directeur de l'Institut Maurice Hauriou

« Nos formats contractent des dettes. Une maîtrise acquise ici met en jeu, indéfiniment une nouvelle obéissance, là. L'ensemble de nos dominations déterminent des contraintes qui nous poussent dans le dos »¹.

Ces quelques mots de Michel Serres condensent ici une longue démonstration qui établit le lien entre la maîtrise du réel, par la capacité à le mesurer, et la standardisation de nos actions. Venise, la ville « monde » du 16^{ème} siècle, inventa les normes de musique, de commerce, de comptabilité, de calcul, de production, etc...² Le format, l'étalon, le canon, tout ce qui évalue et standardise, tout ce qui norme, sert l'emprise et le pouvoir. D'où le sujet ici proposé. L'évaluation des politiques et des institutions publiques, en ce qu'elle normalise les comportements institutionnels, n'est-elle pas source de normativité autant au moins que le droit lui-même ?

L'évaluation se présente comme la compilation et la formalisation synthétique d'un ensemble d'actes accomplis dans le cadre d'une organisation politique ou administrative, par ses agents pris individuellement ou dans leur ensemble³. Il s'agit aussi de mesurer les effets de ces actions. Selon le rapport de Patrick Viveret, "l'évaluation des politiques et des actions publiques"⁴ : « *évaluer une politique, c'est former un jugement sur sa valeur* ». Qui dit « jugement » dit « norme »⁵. Le décret du 18 novembre 1998 pose que « l'évaluation d'une politique publique a pour objet d'apprécier, dans un cadre interministériel, l'efficacité de cette politique en comparant ses résultats aux objectifs assignés et aux moyens mis en œuvre ».

Le sujet ainsi formulé contient déjà un double présupposé pour un dévoilement. D'abord un double présupposé : la norme serait le fruit d'une création, donc d'une volonté créatrice ; idée renforcée par l'adjectif « nouvelle ». Ensuite, justement, il y aurait, par l'évaluation, création de nouvelles normes voire d'une autre forme de normativité. Cela sous-entend « une autre normativité que celle du droit ». Or, il faut rappeler que l'expression même de norme pour parler du droit, si elle peut se réclamer d'une très ancienne tradition, n'est définitivement acquise

¹ M. SERRES, *Rameaux, Le Pommier*, Poche, 2007, p. 47.

² M. SERRES, *Rameaux, Le Pommier*, Poche, 2007, p. 11.

³ Même si pour certains auteurs « Evaluer n'est pas mesurer », J.-Cl. GROSHENS et G. KNAUB, « Evaluationmania et évaluation », in *Réformes des finances publiques et Modernisation de l'administration – Mélanges en l'honneur de R. Hertzog*, Economica, 2011, p. 274.

⁴ Propositions en vue de l'évaluation du Revenu minimum d'insertion (1989).

⁵ C. THIBIERGE, *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009.

qu'avec le courant normativiste et ne plonge ses racines modernes que dans le 19^{ème}. L'analyse du droit comme ensemble de normes n'a pas l'ancienneté que lui prête semble-t-il le titre de cette intervention. La normalité, c'est que la norme n'est pas juridique et vient plus de l'évaluation du réel que de sa prescription. Comme l'expose Michel Serres « la diversité c'est la loi, par rapport à la norme nous sommes tous des déviants »⁷. Pour le dire autrement, il faut partir de l'ambivalence du terme « norme » qui renvoie à deux concepts liés : la norme comme *prescription* d'un modèle de comportement et la norme comme *mesure* d'un modèle de comportement.

Le dévoilement, ensuite, rappelle que la norme juridique se distingue clairement de la norme sociale, plus précisément ici administrative⁸ et de la norme technique comme prescription nécessaire à l'efficacité. Quant à la première, la moyenne de ce qui se fait ne serait que « par hasard » l'exacte reproduction de ce qui est demandé par la norme de droit (qui serait ainsi d'une parfaite efficacité tout en jetant un doute sur son utilité). Pour autant la norme sociale est difficile à établir tant elle nécessite des outils d'évaluation sociologique adéquats. Quant à la seconde, la norme technique, elle n'est qu'une préconisation liée à l'état de l'art.

Distinctes, les normes de l'évaluation et celles qui prescrivent le comportement, n'en sont pas moins liées. D'abord parce que l'une peut imposer l'autre ; la norme juridique peut imposer une évaluation en fonction de la norme sociale ou de la norme technique. Ensuite parce que la normalisation des comportements qu'opère, sur le plan social, l'anticipation de l'évaluation produit des effets parfois équivalents à la norme juridique sur les comportements des agents. De ce fait, la normalisation serait au contraire l'outil de l'imposition réelle d'un comportement. Ainsi, le mécanisme des standards se trouve souvent convoqué par la norme juridique qui s'appuie sur la norme technique ou sociale pour donner un modèle à suivre. Comme l'écrit Benoît Frydman⁹, « les normes techniques sont en effet une sorte de législation hybride, qui assure une forme de médiation entre les lois scientifiques et les règles juridiques » du seul fait que les normes techniques s'appuient sur des preuves et récurrences « scientifiques ».

Alors, la norme sort-elle des faits ? Selon un premier aperçu, au prisme du normativisme, l'évaluation est une opération imposée ou recommandée par une règle de droit ou dont les modalités techniques sont définies par le droit. Mais l'évaluation n'est en elle-même pas une norme, encore moins une norme juridique. Elle n'est que l'objet de la prescription. Certes l'équivalence entre évaluation et jugement conduit à associer comparaison, mesure, appréciation entre la formalisation d'un résultat d'une action ou d'une inaction passée et la formalisation des objectifs fixés. Mais l'évaluation ne se situe que dans le domaine du fait : elle confronte des faits à la modélisation de ces faits. Il n'y aurait donc rien de normatif dans l'évaluation.

Mais, selon un second point de vue, celui de la compréhension de la norme sociale, si les objectifs et les indicateurs sont connus à l'avance, l'anticipation de l'évaluation conduit à l'adaptation au modèle que décrivent les objectifs traduits en indicateurs. L'évaluation est alors un phénomène normateur, si ce n'est normatif, au sens il appartiendrait à un corpus conventionnellement admis comme déontique. Celui qui invente les indices d'évaluation impose la norme subséquente en

⁶ O. PFERSMANN, art. « Norme », in D. ALLAND et S. RIALS (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

⁷ *Petites chroniques du dimanche soir*, Le Pommier-France info, « La norme », décembre 2005.

⁸ D. LOSCHAK, « Droit, normalité et normalisation », in *Le droit en procès*, PUF, 1983, p. 51 et s.

⁹ B. FRYDMAN et A. VAN WAEYENBERGE (Dir.), *Gouverner par les standards et les indicateurs de Hume aux rankings*, Bruylant, Penser le droit, 2014.

permettant la formation du plus grand nombre. Le concept de « patron », au sens de « modèle » mais aussi au sens de « chef » est ce qui, ou celui qui, fixe la norme d'évaluation des autres, ses affiliés. On renverra à nouveaux à ce qu'écrit Michel Serres lorsqu'il développe l'idée que la société industrielle est une société de « patronage », de format, de canon¹⁰, de moyenne, d'étalon.

Certes, l'efficacité de l'évaluation comme outil normateur est variable selon que la formalisation des résultats comme celle des objectifs, peut être attribuée à trois entités différentes (l'évalué, le commanditaire de l'évaluation, un tiers). Soit des combinaisons très différentes en fonction de différents niveaux d'autonomie de l'évalué (l'autoévaluation est un cas un peu particulier). Mais, l'évaluation établit un modèle, un patron, un étalon, une norme. Certes il ne s'agit pas une règle mais une forme à donner à l'action. L'évaluation fonctionne grâce à des « règles de l'art », des « bonnes pratiques », autrement dit des standards, termes qui lui-même renvoie en anglais à l'idée de modèle et de norme.

Percevoir la normativité de l'évaluation implique de se tourner donc vers d'autres cadres conceptuels que l'approche normativiste. Par exemple le travail phénoménologique de Paul Amselk qui montre qu'effectivement la distance théorique entre la règle juridique et la norme peut être franchie car toute norme est un outil mental de comparaison du vécu et du modèle : « toute règle ou norme se révèle avoir la nature d'une mesure, d'un étalon, d'un quelque chose servant de référence et auquel on est appelé à se référer. Pour être plus précis, la vocation qui lui est propre est de donner la mesure du possible de l'avoir lieu des choses, de servir d'indicateur de la marge (latitude) ou degré de possibilité de leur survenance, de leur advenir.¹¹ »

Pour une approche pragmatique, cela suffit à intégrer l'évaluation dans le cycle des normes, des normes de comportement, parfois appelées normes « éthiques » par opposition aux normes techniques, bref les normes juridiques. Car l'efficacité de l'évaluation est telle qu'elle obtient le même résultat, voire mieux, que la norme juridique qui l'engage. Plus efficaces, les normes techniques et les indicateurs portés par l'évaluation prescrivent comme, et autant que, les règles juridiques. Cela au point d'entendre mobiliser le thème de l'évaluation comme contre-pouvoir (J. Delors, M. Rocard¹²), élément de modernisation, instrument de management, etc...¹³ On aura donc intérêt à rapprocher l'évaluation des mécanismes de *soft law* (comme norme non autoritaire de guidage des conduites). A la fois parce qu'il s'agit de normes acceptées, voire négociées, au moins simplement recommandées. A l'opposé, plus l'évaluation et ses modalités sont imposées et plus leur dimension performative est évidente.

Cependant, cette approche pragmatique déçoit. Elle brouille les cadres théoriques sans s'appuyer sur une sociologie concluante de la réception des mécanismes d'évaluation. On pourra alors se tourner vers une grille d'analyse institutionnaliste. Car l'évaluation est un outil conduisant à l'intériorisation des objectifs de l'institution (une formalisation de l'idée d'œuvre) et l'adhésion au mécanisme peut s'analyser comme une « manifestation de communion » à son endroit. Sans être une norme juridique, l'évaluation, comme acte ou rite institutionnel, dégage une pensée de l'institution qui objectivise les comportements, les standardise, conduit à faire du temps de

¹⁰ Qui emprunte lui aussi au vocabulaire technique de la rectitude puisqu'il vient du grec *kanon* qui signifie « baguette droite ».

¹¹ *Chemineements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, A. Colin, le temps des idées, 2012, p. 87.

¹² Circulaire du 23 février 1989 « Renouveau du service public ».

¹³ J.-Cl. GROSHENS et G. KNAUB, « Evaluationmania et évaluation », op. cit., p. 263.

l'institution le rythme de chacun et surtout conduit à l'anticipation des objectifs. L'évaluation norme les comportements par l'observation des résultats plus que par la prescription de comportements, et ce d'autant plus que l'évaluation peut porter autant sur les produits de l'action publique que sur les méthodes adoptées pour produire. L'évaluation participe des « cultures maison »¹⁴, institutionnelles. Ici le constat de la phénoménologie rejoint l'esprit de la théorie de l'institution sous la plume de Paul Amssek : « comme le langage et la monnaie, le droit est probablement une création spontanée de la pratique : il n'a pas correspondu originairement à une intention humaine délibérée et à un concept muri avant sa mise en œuvre ».¹⁵

On devra donc dépasser l'obstacle théorique d'une incommensurabilité des normes d'évaluation et des normes juridiques (I) pour trouver la nature de leur liaison (II).

I. L'incommensurabilité théorique de l'évaluation et de la norme

La confrontation des normes portées par l'évaluation avec les normes juridiques amène à ce paradoxe : l'obligation d'évaluer les comportements ne les transforme pas en une obligation de droit alors même que l'évaluation engendre un phénomène normateur.

A. L'obligation d'évaluer les faits ne les transforme pas en une obligation

La normativité n'est pas dans le modèle ou la classe de comportement dans laquelle on cherche à s'inscrire, ni même dans l'évaluation comme processus. La normativité réside dans la volonté de se conformer au modèle ou d'atteindre un certain résultat, c'est-à-dire dans la compréhension de l'évaluation comme l'obligation d'adapter le comportement de manière à atteindre le résultat. La norme n'est qu'un acte de volonté qui conduit à donner une signification prescriptive à un énoncé quel qu'il soit. Dans cette perspective, disons-le, normativiste, l'idée même de faire de l'évaluation le creuset d'une nouvelle normativité apparaît incongrue.

1. Effectivité contre efficacité de la norme : Approche kelsenienne : la norme prescrit, l'évaluation mesure les comportements réels.

Kelsen a posé la norme comme un modèle impliquant un rapport d'identité des conduites tout en opposant *sein* et *sollen* en tant que mondes radicalement séparés. Néanmoins, dans la *Théorie générale des normes*¹⁶, il pose que l'on peut comparer le « substrat » (ce à quoi on est obligé) des énoncés prescriptifs et des énoncés descriptifs.

Dans cette perspective, partagée par les juristes bien au-delà du cercle des normativistes convaincus, l'évaluation n'est encore qu'un outil de qualification (non juridique) des faits en fonction de la formalisation des résultats. Ni dans ses modalités, ni dans ses outils, ni dans son principe, l'évaluation ne porte la norme. Seules existent les normes de droit qui imposent l'évaluation et en prescrivent les outils ou encore habilite certaines autorités à déterminer ces

¹⁴ F. DREYFUS et J.-M. EYMERI, *Science politique de l'administration, Une approche comparative*, Economica, Etudes politiques, 2006.

¹⁵ *Chemineements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général, préc.*, p. 21.

¹⁶ *Théorie générale des normes*, traduit de l'allemand par O. BEAUD et F. MALKANI, PUF, Léviathan, 1996.

éléments. La normativité n'est pas dans l'évaluation mais dans la règle formellement juridique qui en prescrit l'usage.

Les normes techniques, sont alors classiquement perçues comme le moyen d'exécuter, de concrétiser, de réaliser les objectifs déterminés par les normes juridiques qui, elles, portent les valeurs applicables dans un domaine donné. Les acteurs d'un secteur donné pourront alors bénéficier d'un label en cas de conformité aux standards techniques et déclencher l'application d'autres normes (par exemple des réductions fiscales si le logement répond à certaines normes techniques). Si ceux-ci sont créés ou soutenus par la puissance publique, on peut même dire que l'évaluation participe à l'exercice de la puissance publique et n'en est que le relai, son efficacité, non son effectivité : « le standard représente des aspects de souplesse et d'adaptabilité. Ceux-ci apparaissent adéquats dans les domaines où le besoin d'adaptation et d'évolution l'emporte sur le besoin de sécurité juridique entendue au sens du droit positif »¹⁷ écrit ainsi Laurence Boisson de Chazournes.

2. Normatif contre normateur : La prescription juridique de l'évaluation ne rend pas l'évaluation prescriptive en elle-même.

Les normes techniques, fussent-elles la mesure d'un comportement, d'une saine gestion par exemple, restent des éléments extérieurs au système juridique. Si elles sont bien des normes, elles ne peuvent être spontanément des normes de droit qui, par définition, restent un système formel fermé sur lui-même. Dès lors, si, dans le système donné des normes juridiques, le terme « normatif » doit être réservé aux normes juridiques, les normes d'évaluation ne sont que « normatrices » au sens où elles normalisent sans prescrire quoi que ce soit de juridique. L'opposition entre nature et culture serait la source de cette incommensurabilité des normes juridiques aux autres normes sociales ou scientifiques. D'ailleurs, le résultat d'une évaluation, par exemple la compilation d'actes administratifs, ne donne pas évidemment accès à la norme qui les a suscités.

Le parallèle avec la police de la langue peut nous éclairer sur ce point. D'où vient que tous les linguistes, grammairiens et autres gardiens de l'orthodoxie de la langue tiennent les règles orthographiques, syntaxiques et grammaticales pour des normes de police qui engendrent l'idée que l'on puisse commettre des « fautes » et non seulement des erreurs. C'est qu'ils perçoivent l'état de la langue, en moyenne, à un instant « T » (la langue du Grand siècle ou celle du romantisme) comme l'étalon de la bonne langue et qu'ils estiment qu'elle doit être ainsi suivie. La normativité n'est que dans l'intension des censeurs et non dans les « règles » elles-mêmes de la langue classique qui norme sans être normative. Pour passer à une norme juridique, il faudrait que le souverain établisse que l'on doit parler « comme le dictionnaire de l'Académie ». Encore ici c'est la volonté du souverain, exprimée par la norme juridique, qui a habilité la société savante qu'est l'Académie à exercer une forme de police administrative sur la langue.

Le rapport entre normes techniques et normes juridiques se trouve ainsi analysé comme un rapport de système dont le discours juridique est la clef¹⁸. La pratique des politiques publiques

¹⁷ L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Chapitre 2 – Standards, régulation internationale et organisations internationales », in B. FRYDMAN et A. VAN WAEYENBERGE (Dir.), *Gouverner par les standards et les indicateurs de Hume aux rankings*, Bruylant, Penser le droit, 2014, p. 76 : prend l'exemple de la norme ISO.

¹⁸ L. BOY, « Normes techniques et normes juridiques », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°21, janvier 2007.

corrobore cette idée, car on y voit les Etats et l'Union européenne s'engager dans des politiques de normalisation¹⁹, à la fois pour permettre des échanges de qualité dans leur espace mais aussi pour « infiltrer la normalisation internationale institutionnalisée et la normalisation issue de consortium privés »²⁰.

B. Le phénomène normateur intrinsèque à l'évaluation

Si l'évaluation repose sur une structure normalisatrice, cela n'en fait pas une source de règles, encore moins juridiques.

1. L'évaluation renvoie à des normes qui ne sont pas des règles

On peut, avec Paul Amssek²¹, distinguer les « règles » (juridiques ou « éthiques ») des « normes » en général (notamment techniques) mais aussi rappeler leur commune étymologie comme « outils », équerre et patron, servant à guider le dessin et le dessein. La norme a pu ensuite signifier un instrument psychique de mesure des choses et des comportements (*modus* désigne la mesure, puis le modèle). Car, dans la norme comme « tracé » ou la norme comme « mesure » ne font conceptuellement qu'un²². La norme juridique sert à la fois de modèle au comportement et d'unité de mesure du comportement pour l'évaluateur que sera l'interprète « authentique ». Les normes de l'évaluation ne prétendent être qu'unités de mesure. D'ailleurs les éléments de l'évaluation, particulièrement les indicateurs et leur application, échappent au contrôle juridictionnel ; mieux ils sont intégrés par le juge à son appréciation des faits. Faute d'être intrinsèquement normatives, les normes techniques ne peuvent faire l'objet d'un recours. Elles ne sortent pas du champ de la preuve des faits ou de leur qualification. Seule la volonté normatrice autonome du droit fait de la mesure un modèle à suivre.

2. L'évaluation est un phénomène normateur

On peut, avec Grogory Lewkowicz²³ constater un « processus de consolidation normative des déterminants » de l'évaluation. N'oublions pas que les normes sur lesquelles repose l'évaluation révèlent une certaine façon de penser le monde. Bien sûr elles promeuvent certaines valeurs, outre celles de la performance, dans le milieu à évaluer. On peut prendre l'exemple de la responsabilité sociale des entreprises qui fait l'objet depuis 2010 d'une norme ISO (26000). Il s'agit des mêmes objectifs ou normes que le code du travail ou les directives sociales de l'Union européenne : les conditions de travail, l'impact environnemental, droits des travailleurs....

En particulier, l'évaluation développe une pensée classificatoire. L'évaluation repose sur des indicateurs et des échelles de standards qui permettent de classer les bilans d'activités puis les

¹⁹ « Dispositif cognitif collectif qui rends disponibles et met en circulation, sous forme codifiée et transférable, des savoirs, et des moyens d'action, et contribue à la coordination de l'organisation industrielle » (D. BENEZECH, « La norme : une convention structurant les interrelations technologiques et industrielles », *Revue d'économie industrielle*, n°75, 1996, p. 27 (cité in A. VAN WAEYENBERGE, « Chapitre 3 – Les normes ISO, CEN et celles issues des consortiums privés : bric à brac ou système pour l'Union européenne ? », in B. FRYDMAN et A. VAN WAEYENBERGE (Dir.), *Gouverner par les standards, préc.*, p. 93.)

²⁰ *Idem*, p. 95

²¹ « Norme et loi », *APD*, 1980, T.25, p. 89 et *Cheminements philosophiques ... préc.*, p. 56 et s.

²² C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *APD* 2008, T. 51, p.343.

²³ « Chap. 5 – « Gouverner les Etats par les indicateurs : le cas des agences de notation de crédit », in B. FRYDMAN et A. VAN WAEYENBERGE (Dir.), *Gouverner par les standards et les indicateurs préc.*, p. 147.

organisations évaluées elles-mêmes. Tout comme le monde du droit et ses qualifications, le monde de l'évaluation crée des classes conçues pour valoriser ou dévaloriser des comportements d'acteurs administratifs ou politiques. De fait, et non encore de droit, les cadres de l'évaluation s'imposent aussi par l'outil informatique qui consacre les catégories de pensée et limite le nombre de données à prendre en compte dans l'évaluation. Les mots de l'évaluation deviennent très rapidement le langage, et donc la pensée, des décideurs.

Plus encore, en contrepoint du fait que l'évaluation doive encore être prévue par la norme juridique dans la sphère publique, on doit noter aussi qu'aujourd'hui l'existence d'une évaluation peut être la condition de mise en œuvre de normes juridiques²⁴. Plus encore, au-delà de cette proximité, on peut penser une forme d'identité entre normes évaluatives et normes de comportement.

II. La normativité pratique du phénomène évaluatif

Il semble que l'analyse formelle posant les normes de l'évaluation et celles du droit en chiens de faïence doive être dépassée. Comme le constate Jacques Chevallier : « non seulement ces différences se sont estompées, mais encore une relation d'imbrication, ou d'emboîtement, conduit à une complémentarité croissante »²⁵. Cette identification peut être le fait de plusieurs approches. On en relèvera deux différentes : l'approche pragmatique qui ne convainc pas nécessairement et l'approche institutionnaliste, peut-être plus recevable pour qui cherche les liens que le fait et le droit entretiennent.

A. L'approche pragmatique

Cette approche entend rompre la frontière entre culture et nature pour voir comment les normes techniques étouffent, tel le lierre sur le chêne, la normativité juridique et la remplacent dans sa fonction de régulation des relations humaines²⁶. Pour Benoît Frydman, à nouveau, la distinction entre règles techniques et juridiques, monde des choses et monde des êtres, « si elle a jamais fait sens, devient intenable lorsque les « choses » que l'on prétend administrer ne sont plus des produits mais des services, c'est-à-dire des activités humaines, et que les normes techniques se transforment en normes de gestion et en outils de management »²⁷.

1. Quand les normes techniques deviennent des normes de comportement.

La mutation, pour ne pas dire transgression, de la frontière entre norme juridique et norme technique tiendrait dans leur objet. C'est parce qu'il s'agit d'évaluer le travail et, plus largement, l'action humaine, que les normes relatives à la mesure des faits deviendraient des normes de

²⁴ Jean-Marie Pontier remarque ainsi que : « Pour être opposables à des tiers, l'édiction ou la modification de règlements fédéraux relatifs aux équipements sportifs requis pour les compétitions, doit faire l'objet d'une évaluation des conséquences, notamment financières, des prescriptions envisagées (notice d'impact) », in « L'évaluation des normes applicables aux collectivités territoriales. - À propos de la loi portant création d'un Conseil national d'évaluation des normes applicables aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 52, 23 Décembre 2013, 2366.

²⁵ *L'Etat post-moderne*, LGDJ, 2008, p. 144.

²⁶ G. MARTIN, « L'évaluation peut-elle échapper au risque technocratique ? », *Pouvoirs locaux*, 2011, 2011, n° 88, p. 17-20 ; B. LAJUDIE et E. PLOTTU, « Evaluation et réingénierie de l'action publique: passer des recommandations à l'action », *Politiques et management public*, 2010, 2010, vol. 27, n° 3, p. 105-120, bibl. p. 120.

²⁷ Art. Préc., p. 12.

comportement. Voilà ce que le présupposé normativiste ne peut entendre, qui reste insensible au sens de la norme pour n'en retenir que la forme, et que le paradigme « pragmatique » admet comme circulation. Et le professeur Frydman cite Canguilhem : « à un moment donné l'expérience de la normalisation ne se divise pas, en projet du moins »²⁸, dénotant l'impérialisme du « patron ». La compétition que se sont livrés et se livrent encore, les Etats, par industriels et scientifiques interposés, pour parvenir à imposer « leur » système d'évaluation, atteste de l'enjeu de pouvoir. Celui qui maîtrise l'outil d'évaluation, maîtrise aussi la réputation de ses concurrents, se donnant ainsi toujours un coup d'avance. Nos agences de notations économiques et financières et nos classements internationaux universitaires disent-ils autre chose ? D'ailleurs, la *summa divisio* de la *civil law* et de la *common law* se superpose avec celle des mesures elles-mêmes, les anglo-saxons ayant gardé leurs unités de mesure et nous les nôtres.

L'idée même d'authentification d'un produit (la reconnaissance de son producteur) conduit à l'idée de « marque », c'est-à-dire de conformité du produit à des prescriptions techniques qui en assurent la qualité et sécurisent l'acheteur du produit. La conformité à la norme est une exigence intrinsèque à l'existence du produit en tant que tel. Avec le phénomène de normalisation de certification, d'homologation, d'accréditation, de notation, l'évaluation serait naturellement et juridiquement normatif. Naturellement d'abord, car il s'agit d'ériger des normes et de les confronter aux faits (c'est vrai pour des normes de performances qui sanctionnent un résultat mais plus encore des normes de *process*, comme les normes ISO, qui évaluent la fabrique dans le temps) ; juridiquement ensuite, parce que cela a pour effet de modeler les comportements humains. Les normes de procédure, les plus courantes dans l'évaluation de l'action publique, ont donc fusionné avec les normes de comportement et ont intégré leurs instruments²⁹.

Pour l'autoproclamée « Ecole de Bruxelles », la messe serait dite, le droit « jupitérien » s'efface³⁰ : « nous montrerons comment les normes techniques et de gestion imposent une véritable concurrence aux règles et institutions juridiques, dans le contexte de la construction européenne et de la globalisation »³¹. Car l'évaluation serait le cheval de Troie d'une gouvernance mondialisée et non démocratique, portée par des acteurs techniciens politiquement illégitimes mais efficaces. Si il arrive que les Etats ou l'Union européenne se servent des indicateurs et autres certificateurs, il ne leur revient déjà plus de les créer ou de les promouvoir. Néanmoins, un mouvement compréhensible conduit les systèmes techniques locaux à s'aligner sur les normes européennes, qu'elles soient décidées par les autorités de l'Union ou qu'elles soient le fait d'initiatives privées.

Paul Amselek³² présente une analyse phénoménologique différente mais qui parvient à des conclusions similaires en évoquant une certaine autorité de fait des normes techniques. Pour lui le

²⁸ G. CANGUILHEM, *Le normal et le pathologique*, PUF, 1966, p. 182 et p. 177 : « Normer, normaliser, c'est imposer une exigence à une existence, à un donné ».

²⁹ B. Frydman, in « Chapitre 1 : Prendre les standards et les indicateurs au sérieux », in B. FRYDMAN et A. VAN WAEYENBERGE (Dir.), *Gouverner par les standards et les indicateurs de Hume aux rankings*, Bruylant, Penser le droit, 2014., p. 25.

³⁰ F. OST, « Le rôle du droit : de la vérité révélée à la réalité négociée », in *Les administrations qui changent*, PUF, 1996, p. 73.

³¹ B. Frydman, in « Chapitre 1 : , préc., p. 6.

³² « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », in C. THIBIERGE, *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 8.

commandement et la recommandation dirigent toutes deux les conduites humaines « le normatif est un genre qui contient deux espèces principales : l'impératif et l'apprécatif »³³.

L'évaluation, marque de fabrique du paradigme des politiques publiques, ne vient en effet pas seule. Elle est fille du droit technocratique et globalisé, droit spontané, à bien des égards, forgé par les pratiques dans des cénacles d'experts (qui furent d'abord les ingénieurs de l'industrie) et qui finit par s'imposer par l'adhésion des destinataires de la norme. L'évaluation aurait ainsi quelque chose à voir avec la *soft law*.

2. Le rapprochement avec la *soft law* comme mode non autoritaire de règlement des conduites.

A bien des égards, le phénomène évaluatif peut se rapprocher du concept de *soft law* si on entend par là des « règles dont la valeur normative serait limitée soit parce que les instruments qui les contiennent ne seraient pas juridiquement obligatoires, soit parce que les dispositions en cause, bien que figurant dans un instrument contraignant, ne créeraient que des obligations peu contraignantes. »³⁴ Droit « mou » ou « droit flou », le concept de *soft law* trouve une certaine unité autour d'une fonction normative, certes non juridique dans un contexte kelsenien, mais utilisant le vecteur formel du droit. Il s'agit d'une « normativité non prescriptive »³⁵ en ce qu'il s'agit d'un modèle de comportement recommandé et non imposé. Comme l'écrit Catherine Thibierge³⁶, la *soft law* implique l'idée de normes de comportement qui ne seraient pas des normes de jugement, c'est-à-dire des normes servant à la vérification des comportements. Comme l'évaluation, la *soft law* offre un modèle pour l'action sans pouvoir servir de base au contrôle de cette action sans que cela ne prive les individus de l'envie d'anticiper en prenant la norme proposée comme un modèle à suivre absolument. Comme le dit Benjamin Lavergne : « la norme « souple » porte en elle les germes d'un instrument d'évaluation. En effet, l'exclusion du contentieux des actes « invitatifs » des A.A.I. ne veut pas forcément dire qu'il n'y a pas là de vérification (...). Pour l'ensemble de ces raisons, il nous semble que la *soft law* incarne un instrument de mesure potentiel »³⁷. Selon Daniela Piana : « La nature autoritaire des normes de *soft law*, qui est en effet le noyau des standards, empêche que ces normes aient des caractères plus souples par rapport aux normes qui font le corps des réglementations et des actes de gouvernance classique »³⁸.

L'évaluation et la *soft law*, toutes deux, ne seraient donc pas normatives mais tout de même normatrices car servant à la mesure des choses, jamais loin du modèle. Il reste que cette question du passage, pour l'entité évaluée, du « simple recommandé » à la perception d'une obligation (« avec accusé de réception », si on ose écrire), ni la théorie kelsenienne, ni l'approche pragmatique ne peuvent ou ne veulent la voir. La théorie pragmatique a ceci de dérangentant qu'elle tient pour évident que la prescription et son exécution se confondent, que le droit sort des faits. Constat rétrospectif et généralisateur ; entre les deux git toujours la compréhension.

³³ « Norme et loi », préc., p.101.

³⁴ J. SALMON (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001, p. 1039.

³⁵ B. LAVERGNE, *Recherche sur la soft law en droit public français*, LGDJ-Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Collection des thèses de l'IFR, 2013, p. 133.

³⁶ C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure... », préc., p. 369.

³⁷ *Recherche sur la soft law en droit public français*, préc., p. 139.

³⁸ « Chap. 8 « Retour à Glasgow : normativité, performativité et gouvernance du judiciaire en Europe », . FRYDMAN et A. VAN WAEYENBERGE (Dir.), *Gouverner par les standards*, op. cit., p. 274.

Il faut y intégrer un des instruments d'analyse de la perception par l'évalué de l'évaluation comme norme. On pourrait ouvrir ici de nombreux ouvrages faisant la part belle à la théorie des actes de langage³⁹, mettant en valeur l'aspect performatif des canons de l'évaluation ou encore l'aspect dialogique de tels dispositifs⁴⁰. Ce point de vue, plusieurs écoles de pensée peuvent le partager, notamment les différentes approches « réalistes » du droit. On pourrait notamment se placer dans le sillage de la théorie du professeur Timsit quant à la « surdétermination » qui pèse sur l'interprétation de la norme juridique par l'anticipation de l'évaluation à venir qui devient l'*ultima ratio* de la décision. On trouverait encore un écho favorable du côté du réalisme scandinave d'un Hägerström pour lequel, en effet, le droit est un phénomène psychologique collectif ; c'est donc la croyance qu'il existe des commandements de se conduire de telle ou telle façon qui fait la norme. Il n'y a pas donc pas de différence de nature entre la norme juridique et les autres normes.

Mais parmi ces différents prismes, l'approche institutionnaliste paraît la mieux à même de rendre compte de l'influence réelle des normes d'évaluation sur les comportements et sur leur éventuelle préséance de fait sur les normes juridiques. Car, comme le montrait Hauriou, l'institution fait le droit, de différentes manières et ce n'est pas le droit qui fait l'institution. L'outil de la théorie de l'Institution l'éclaire d'une autre lumière.

B. L'approche institutionnaliste

Si l'évaluation porte sur des faits de culture, elle n'en est pas moins elle-même un fait de culture. Pour tout dire, l'assimilation des normes d'évaluation de l'action publique à des normes de droit de cette même action publique ne convainc guère. Contrairement à l'approche pragmatique, la mesure des comportements humains ne saurait être celle des choses. L'objectivation des comportements par l'évaluation n'entraîne pas par elle-même la standardisation des comportements humains. Entre les deux demeure la volonté, la subjectivité, la souveraineté de l'évalué qui dépend pour lui de celle de l'évaluateur. La normativité juridique réside toute entière dans la relation entre évalué et évaluateur, qui ne sont parfois tous deux qu'une seule et même personne, et dans l'usage que le contrôleur fait de l'évaluation. C'est du risque que prend le décideur d'être mal évalué que dépend l'efficacité de l'évaluation et donc sa normativité. Certes, on pourra objecter que cette analyse a pour effet de traiter la norme de l'évaluation comme la norme juridique sans isoler la spécificité de celle-ci, mais c'est justement au prix de ce renoncement que l'analyse parvient à comprendre comment l'action d'évaluer, qui est en soit un fait, s'institutionnalise et a pour effet de normer les comportements.

L'essentiel de l'analyse de la normativité de l'évaluation réside donc dans le contexte institutionnel. D'abord en raison de l'institutionnalisation même de ces mécanismes (on pense notamment aux efforts du Parlement lui-même⁴¹), qui atteste de l'intériorisation de la culture

³⁹ J. SEARLE, *Speech act*, 1969, Cambridge University Press; P. AMSELEK, *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, PUF, 1986.

⁴⁰ G. TIMSIT, « Pour une nouvelle définition de la norme », *D.* 1988, chron., p. 268.

⁴¹ La mission d'évaluation et de contrôle (MEC) est chargée de contrôler l'utilisation des deniers publics ; la mission d'évaluation et de contrôle des lois de financement de la sécurité sociale (MECSS) a pour but de vérifier l'application des lois de financement de la sécurité sociale et de procéder à l'évaluation de toute question relative aux finances de la sécurité sociale. Le comité d'évaluation et de contrôle (CEC) permet à l'Assemblée nationale de mettre en œuvre la fonction de contrôle et d'évaluation de l'article 24 de la Constitution. L'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (OPECST) est un organe d'information commun à l'Assemblée nationale et au Sénat.

évaluatrice et de ses effets, mais aussi parce que l'évaluation participe de la culture de l'institution dans ses dimensions disciplinaire et statutaire.

1.Aspect disciplinaire : L'intégration de prescriptions par les modalités évaluatives de la sanction

Sans aller jusqu'à dire que l'évaluation n'est que le nom moderne que l'on donne à la discipline sortie des institutions disciplinaires à la Foucault, on doit être attentif au fait que les normes dont l'évaluation est porteuse peuvent aujourd'hui se diffuser partout et à faible coût, réunissant les conditions techniques d'un contrôle social permanent et panoptique prenant les traits de la sanction. Les données accumulées lors de l'évaluation sont autant de témoins mobilisables pour toutes sortes de procès. A ce propos, B. Frydman cite Foucault quand il analyse les normes disciplinaires comme du « contre droit » et non seulement de « l'infra droit »⁴². La mise en place de standards propre à la gouvernance des institutions publiques tend ainsi à normaliser leurs comportements et ceux de leurs membres ou interlocuteurs. On parle ainsi de plus en plus de l'indicateur ROL (Rule of Law) lié à la Banque mondiale qui assure, plus qu'il n'y contribue, une standardisation du droit par le « refus d'aider » les Etats ne satisfaisant pas les critères du ROL.

Si dans la finalité évaluation et contrôle se distinguent, comme ce qui constate de manière neutre et ce qui cherche à assurer une conformité à la norme, il faut bien admettre que l'évaluation peut servir au contrôle des services et des agents selon l'usage de l'évaluation par le contrôleur qui est souvent le commanditaire. Au minimum, l'évaluation permet de répartir les responsabilités dans un bilan d'ensemble⁴³. Normes techniques et normes juridiques peuvent ainsi être également évaluées et derrière chaque évaluation sommeille une tutelle. En témoigne l'association entre décentralisation et évaluation de l'action publique locale. Le résultat de l'évaluation des normes pesant sur les collectivités territoriales⁴⁴ atteste du fait qu'au sein du constat d'un trop plein de normes préjudiciables à la décentralisation, on ne sait pas bien distinguer ce qui relève des normes juridiques et de leur bras armé sous forme de l'imposition de normes techniques à la charge des services publics locaux (« tutelle technique »). D'ailleurs, le 19 novembre 2013, le Premier ministre annonçait la nomination d'un « médiateur des normes » en vue d'envisager les difficultés de mise en oeuvre de dispositions réglementaires au niveau local...

L'évaluation suppose certes l'indépendance de l'évaluateur par rapport au « lieu d'évaluation » (le commanditaire de l'évaluation) mais ce dernier n'est jamais loin. La distinction entre activité de connaissance neutre, voire scientifique, et décision du contrôleur ne saurait être sous-estimée. L'information dont l'évaluation est porteuse assure la visibilité de l'action et donc la rationalisation de la décision publique. L'évaluation met en place ce que Christian Laval appelle un « projet panoptique d'autocontrôle mutuel »⁴⁵. Toute évaluation n'est-elle pas une invitation à

⁴² *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 224. Cité in B. Frydman, in « Chapitre 1 », préc., p. 32.

⁴³ Notamment lorsque les normes techniques imposées par les fédérations sportives alourdissent les coûts d'action des collectivités.

⁴⁴ J.-M. Pontier, « L'évaluation des normes applicables aux collectivités territoriales, préc.

⁴⁵ In « Chapitre 10 – « La chaîne invisible » Jeremy Bentham et le néo-libéralisme », FRYDMAN et A. VAN WAEYENBERGE (Dir.), *Gouverner par les standards*, préc., p. 328.

l'autoévaluation ? « (...) même sur un mode en apparence mineur, toute évaluation peut contribuer à modeler, peu ou prou, l'action qui fait l'objet de sa démarche »⁴⁶.

2. Aspect statutaire : Le changement vers la légitimité fonctionnelle

Au-delà sans doute du seul mécanisme d'institutionnalisation de la règle de droit, au-delà de la « performativité des procédures »⁴⁷, les normes d'évaluation relèvent des techniques de gouvernement ou de leur perfectionnement puisqu'elles se nourrissent de leur intériorisation par les membres des institutions publiques eux-mêmes qui les tiennent, non seulement comme légitimes, mais encore comme l'étalon de leur propre légitimité puisqu'elles sont la mesure du service qu'ils rendent à la collectivité. Cette dimension statutaire est d'autant plus prégnante dans le cas d'une évaluation *ex ante*. Elle oblige en effet à surexposer les objectifs que l'on se fixe, donc à expliciter « l'idée d'œuvre » du service, de l'institution. L'évaluation consentie, ce sont les normes qu'elle véhicule qui deviennent consensuelles et voulues. Elle devient plus efficace que la norme appartenant à l'ordre juridique⁴⁸.

La principale question demeure donc celle du consentement de l'évalué et de la capacité de contrôle dont jouit le décideur de l'obligation d'évaluation (appelons-le « évaluateur »), *a fortiori* si l'évaluateur relève des services de l'évalué. Si la perspective de l'évaluation est mal acceptée, des stratégies de contournement, de dissimulation ou de manipulation ne seront entreprises qu'à la condition d'avoir calculé les risques. En cas d'autoévaluation, les risques de neutralisation de l'efficacité sont bien sûr accrus. A l'inverse, une forte pression, incitative ou sanctionnatrice, amène l'évalué à intégrer les canons de l'évaluation et à les faire prédominer sur tout autre norme qui connaîtrait une sanction de moindre efficacité. Tout le discours des politiques publiques tend à « responsabiliser » les acteurs⁴⁹. A ce titre, les règles externes à l'institution de faible intensité normative ou de faible sanction institutionnelle, ce qui peut être le cas de nombre de règles de droit, peuvent être écartées (ex. respect des règles de protection de l'environnement, respect des conditions de travail...). Les standards d'évaluation peuvent ainsi avoir une efficacité bien supérieure aux règles de droit (sans parler de conflit) et constituer une « idée d'œuvre » rénovée, réactivée... Beaucoup passe par la formation en commun des décideurs publics, dans des réseaux internationaux de rencontre et de formation aux standards communs.

L'institution met ainsi en œuvre une des modalités de l'innovation⁵⁰. Ce constat, les analystes des politiques européennes le font au regard des décisions de normalisation qui sont « un moyen pour la commission européenne de débloquent des situations politiquement figées ou d'éviter des forums plus politiques et par là d'accélérer l'intégration européenne »⁵¹. Par ailleurs, on l'a dit déjà, l'évaluation est souvent source de nouvelles normes. Le comité interministériel pour la

⁴⁶ J.-Cl. GROSHENS et G. KNAUB, « Evaluationmania et évaluation », préc., p. 268.

⁴⁷ N. LUHMAN, *Social systems*, Stanford University Press, 1995.

⁴⁸ J.-Cl. GROSHENS et G. KNAUB, « Evaluationmania et évaluation », préc., p. 268.

⁴⁹ B. PERRET, *L'évaluation des politiques publiques*, La Découverte, 2001.

⁵⁰ G. MARCOU, « La procédure de normalisation et l'innovation », *RFDA* 2011 p. 135 ; V. TOURNAY, *Penser le changement institutionnel*, Puf, 2014, p. 202 : l'intériorité qui assure la continuité de l'institution est créée par l'ordre interne.

⁵¹ A. VAN WAEYENBERGE, « Chapitre 3 – Les normes ISO, CEN... », préc., p.112.)

modernisation de l'action publique du 18 décembre 2013 constate que l'évaluation des politiques publiques ouvre, et doit ouvrir, la voie à l'édiction de nouvelles normes⁵².

Les indicateurs servent aujourd'hui à évaluer les règles de droit elles-mêmes et la décision du souverain par la même occasion. Les standards ainsi propulsés par les organismes d'évaluation, toujours plus indépendants, deviennent les nouveaux *credos* mondialisés : « Tout se passe comme si les normes de gestion, après avoir été longtemps auxiliaires des règles juridiques, en charge des mesures techniques et des détails, devenaient à présent des instruments de pilotage du droit lui-même⁵³. » On pourrait multiplier les exemples à cet égard, notamment l'usage de la notation financière par le FMI et la Banque mondiale pour orienter les Etats vers la « bonne gouvernance » et la réforme des institutions publiques, discours que tiennent aujourd'hui les agences financières.

A ce titre, l'évaluation, comme son cadre, le management public, prétend succéder au paradigme de la souveraineté et du droit à la faveur de la crise de la puissance publique, de la spécificité de la sphère publique par effacement de la frontière public-privé. L'évaluation a d'abord été rejetée par méfiance envers les mécanismes de mise en cause des choix publics. Désormais, l'administration publique devient un objet observable comme d'autres : fini « l'Etat fait ce qu'il est », voici venu « l'Etat est ce qu'il fait ». L'évaluation dévoile ce qu'est le politique à partir de ce qui est fait et non ce qu'il s'assigne ou ce qui lui est assigné de faire.

⁵² H. PAULIAT, La modernisation de l'action publique postule l'évaluation... et de nouvelles normes ?, *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 9, 3 Mars 2014, act. 197.

⁵³ B. FRYDMAN, *préc.*, p. 51.