

LA PROCEDURALISATION, PARADIGME D'UN DROIT NOUVEAU

HAMMADI Nadia Khadoudja, Maître assistante
Faculté de Droit et des Sciences Politiques
Université Abdelhamid Ben Badis Mostaganem

الملخص :

مع تطور المجتمع، ظهرت حدود القانون الحديث في تنظيم مظاهر حياة شديدة التعقيد. لذلك، ظهر القانون بوجه جديد، مرناً، قادر على التكيف و مسايرة الواقع. فاستعان هذا القانون بمنهاج جديد لضبط العلاقات بين الأفراد في المجتمع، سمي هذا المنهاج بالإجرائية. الإجرائية تلعب دورين؛ الأول يسمح لها بتحليل التغيرات التي يشهدها القانون من حيث طبيعته، هيكله و وظائفه، الثاني يسمح لها بضبط العلاقات القانونية رغم تعارض الأسس التي تقوم عليها. و بهذا، تظهر الإجرائية كمؤشر لتتبع التحولات العميقة التي تشهدها الظاهرة القانونية من خلال نشوء قانون ما بعد الحداثة.

الكلمات المفتاحية: الإجرائية، ما بعد الحداثة، المرونة، الضبط، الشبه القانوني.

Abstract:

Proceduralisation is a new mode of regulation which governs the process of development and implementation of legal and para legal norms, through instances that have normative functions, in the framework of formal and substantive procedures to ensure legitimacy. This is why proceduralisation appears as the paradigm of new law, that is postmodernity.

Key words : Proceduralisation, postmodernity, flexibility, regulation, para legal, procedures.

Résumé:

La procéduralisation est un nouveau mode de régulation qui encadre le processus d'élaboration et de mise en œuvre de normes juridiques et para juridiques, par le biais d'instances aux fonctions normatives avérées, dans le cadre de procédures formelles et substantielles qui en assurent la légitimité. C'est en cela que la procéduralisation apparaît comme le paradigme d'un droit nouveau, celui de la postmodernité.

Mots clés : Procéduralisation, postmodernité, flexibilité, régulation, para juridique, procédures

La problématique de l'essor de la procédure, dans un environnement marqué par la complexité, s'inscrit dans le débat autour de l'évolution du droit. Son essor est tel que les juristes parlent volontiers de procéduralisation du droit, au point d'en faire le paradigme d'un droit nouveau. Le débat est justement là, la procéduralisation constitue-t-elle un modèle nouveau de régulation (II) ou le cadre d'analyse d'un droit nouveau (I) ? Ce débat est particulièrement intense en droit de la santé qui comprend non seulement la régulation du secteur pharmaceutique, mais aussi la réalisation d'essais cliniques en matière de recherche et de production de produits pharmaceutiques à usage de la médecine.

Le terme procéduralisation fait partie de ces néologismes qui, à l'instar d'autres termes comme « mondialisation », « instrumentalisation », « judiciarisation », évoquent une dynamique, un changement en cours, ou une stratégie entamée.¹ C'est dans cette dynamique, dans ce changement qu'apparaissent les origines de la procéduralisation. En effet, la procéduralisation trouve ses origines dans le passage du droit moderne au droit postmoderne. Avec l'avènement de l'Etat providence, la puissance normative du droit moderne perdit les attributs qui faisaient de lui l'instrument de régulation et d'encadrement idéal. L'instrumentalisation du droit vu comme un moyen d'action de l'Etat a eu des conséquences néfastes sur la règle de droit. La rationalité de la loi ne se présuma plus, la règle produite, jusqu'alors caractérisée par sa systématisme, sa généralité et sa stabilité, fut critiquée². Sa légitimité ne lui fut plus acquise. Seule son efficacité la rendait légitime. En même temps, La théorie des droits subjectifs fut vivement critiquée au sein de la doctrine juridique qui affirma que le droit devait prendre racine dans le groupe social car « c'est l'état de conscience de la masse des individus composant un groupe social donné qui est la source créatrice du droit : il y a en effet droit quand cette masse comprend et admet qu'une réaction contre les violeurs de la règle peut-être socialement organisée. C'est à ce moment précis que la simple norme sociale, fondée sur la solidarité et l'interdépendance se transforme en norme juridique. »³ Le droit social se substitua ainsi au droit naturel. Ce fut l'âge de gloire des droits-créances qui se traduisirent par un pouvoir d'exigibilité vis-à-vis de l'Etat et s'étendirent à l'infini. Ainsi, petit à petit la règle de droit perdit ses attributs et l'Etat ne fut plus source unique de normativité. Ce fut La crise de la modernité juridique qui annonça le passage à une conception nouvelle du droit dans le cadre de ce qui a été appelé la postmodernité.

La postmodernité signifie que tout droit est relatif, qu'il existe un pluralisme des sources, qu'un retour au pragmatisme s'impose et qu'on ne peut plus traiter du droit sans gérer le processus de création des normes juridiques.⁴ Les mouvements de l'économie moderne, les révolutions technologiques, leur incidence sur les modes de vie et le travail, les découvertes scientifiques, tout cela a fait que le droit a été menacé de manque d'adaptation et d'inadéquation. Par ailleurs, la société postmoderne fait face à une crise du lien politique car le citoyen est plus cultivé et informé qu'il ne l'a jamais été. Les scandales politico judiciaires s'enchaînant, la société se méfie des élites politico-administratives et attend d'être efficacement protégée par l'Etat⁵. Le législateur s'est trouvé contraint de proposer des solutions pour éviter les conséquences liées aux incertitudes sociales qui entraînent des réactions passionnelles. Il opte pour la dérèglementation. Le mouvement de dérèglementation ne doit pas être confondu avec la dérégulation car la dérèglementation est un mouvement de régulation qui subit, en même temps que les transformations du phénomène juridique, des changements dans ses modalités. L'ordre juridique change alors d'aspect et de nature. Il n'est plus fondé sur l'uniformité, la rigidité, la hiérarchie à la verticale. Il devient réglé autour de la diversité, de la souplesse et de la coordination à l'horizontale.⁶ La procéduralisation apparaît dès lors, comme un modèle alternatif né du glissement de l'Etat libéral vers l'Etat social, puis de la crise de cet Etat social. En se différenciant de la dérégulation, la procéduralisation ne marque pas un renoncement de l'emprise du droit sur le contenu des actions. Cette emprise est

bien présente, sauf qu'elle s'opère de manière originale en imposant aux personnes non pas ce qu'il faut faire, mais comment il faut le faire.⁷

I) La procéduralisation, cadre d'analyse d'un nouveau droit

La procéduralisation peut être conçue comme une méthode, un cadre d'analyse d'un modèle de droit nouveau, modèle vers lequel il s'agit de tendre, différent en tout du droit réglementaire moderne. Ce droit succède à un droit abstrait, général et permanent. Il se caractérise par « son adaptation au concret, son rapprochement des individus, son adéquation au contexte des sociétés qu'il prétend régir.⁸ » Cette conception se projette à travers la dynamique qui anime la procéduralisation et qui permet donc ce passage d'un modèle classique de la réalisation méthodique du droit à un autre modèle procédural basé sur la contextualisation. Elle s'articule techniquement autour de la règle de droit, ainsi qu'autour de sa production et plus globalement autour des rapports de droit.⁹

a. D'abord techniquement,

Selon la méthode classique de la réalisation méthodique du droit, la règle de droit est votée par le législateur ; Elle est abstraite, générale, et permanente. Sa mise en œuvre dans un cas particulier s'opère par syllogisme judiciaire qu'élabore la procédure. Dans cette conception, la procédure et le jugement servent la règle abstraite et générale en la mettant en œuvre. A l'inverse, dans le modèle procédural, la procédure n'est plus l'instrument de la mise en œuvre de la règle mais celui de sa mise en forme. Les questions juridiques sont des questions concrètes, leur solutionnement passe par l'application de principes qui constituent des objectifs à atteindre. Ce n'est plus au législateur qui raisonne en termes de règles générales et abstraites de les résoudre. La mission est dévolue à « des autorités spécialement habilitées qui, confrontées à des cas concrets, partiront de principes communément admis pour déboucher, à travers une logique et une démarche procédurales, à une décision. »¹⁰ La démarche consiste à faire participer à l'élaboration des normes leurs destinataires et cela à travers la consécration de procédures d'information, de concertation, de discussion, ou de négociation. Ainsi, la norme n'est pas définie par le législateur, elle n'est pas laissée à l'appréciation de l'autonomie de la volonté ni au choix de la liberté contractuelle. Elle est élaborée aux termes d'une discussion organisée avec ceux auxquels elle est destinée à être appliquée ou leurs représentants, dans un contexte d'application précis et unique. C'est précisément ce respect de la procédure qui assure à la norme sa légitimité. Cette approche s'applique aussi à l'élaboration des actes juridiques. Il ne s'agit pas seulement de dicter aux individus ce qu'il faut faire, mais comment il faut le faire. A partir de là, c'est le respect d'un processus qui va conditionner la validité ou l'efficacité de l'acte et les règles de procédure vont s'apparenter à des règles de fond.

b. Ensuite globalement

La procéduralisation est le signe de changement de conceptions des rapports de droit.¹¹ Ce changement est dû à l'intervention des dimensions économiques et sociales dans ces rapports. La pensée économique a fait son apparition dans le droit avec l'intégration dans le discours juridique de deux concepts ; l'entreprise et le marché. La juridicisation¹² de l'entreprise a permis de privilégier la réalité de l'exploitation au sujet de droit qui en est le support. La régulation du marché a permis, quant à elle, de garantir, dans une économie de marché notamment, l'effectivité de la liberté contractuelle, malgré l'équilibre apparent des relations qui s'y nouent. Dans les deux cas, au delà des catégories de droit habituelles, c'est le réel qui est saisi. Le rapport entre deux sujets de droit laisse place à un rapport entre deux entités économiques. L'approche de la régulation devient concrète, elle ne se suffit plus d'un examen de la validité du rapport contractuel, elle passe par une appréciation de son objet, de ses effets, de son incidence sur le libre jeu de la concurrence par rapport au pouvoir de chacun

sur le marché. Dans ce cas, l'approche est contextuelle. Elle se réalise à travers l'intervention d'agents spécialisés qui ont les compétences requises, elle se traduit par l'utilisation de notions souples. Quant aux sanctions, elles sont modulables et adaptées aux objectifs poursuivis. Dans un même temps, la dimension sociale a elle aussi intégré les rapports de droit. Le rapport de droit lie une partie faible à une partie forte. Ce rapport de force ou de faiblesse se mesure en fonction d'éléments extérieurs tels que le contexte économique, social et culturel dans lequel évoluent les parties au contrat. Ainsi, le sujet de droit n'est plus une simple abstraction, il devient une partie dans un rapport de force.

De là, il ressort parfaitement que l'essor de la procéduralisation est lié à la complexité de l'environnement à laquelle la simplicité du raisonnement juridique classique ne peut s'adapter et le réel ne peut plus être encadré par des règles générales, abstraites et déterminées à l'avance.¹³ Cette incapacité de la méthode classique de réalisation du droit à encadrer les rapports de droit et à fixer des règles à l'avance est expliquée par les raisons suivantes¹⁴:

D'abord, le raisonnement juridique classique et les méthodes qui permettent sa mise en forme et sa mise en application sont submergés par l'incorporation au droit de logiques qui lui sont étrangères : économique, sociologique, psychologique. Cette incorporation a fait voler en éclat la simplicité du raisonnement juridique et a remis en question la division des tâches sur laquelle repose la réalisation et la mise en application des normes juridiques. Ensuite, l'application du droit à la vie sociale est commandée par des raisonnements conséquentialistes, c'est-à-dire par la prise en considération des conséquences prévisibles de l'action. Cela rend inadéquate la démarche normative consistant à définir d'une manière a priori, générale, fixe, abstraite et permanente, les règles de droit. La décision juste ne peut être définie que par référence à d'autres savoirs et dans une situation précise. Enfin, dans un environnement en constante évolution, le facteur temporalité est largement imprévisible. Des situations nouvelles peuvent surgir où les informations manquent. Il est donc inadéquat de raisonner sur des solutions pré structurées.

La démarche procédurale permet justement d'intégrer ces paramètres dans la prise de décision et son application, ces paramètres qui sont autant de contraintes, à savoir la référence à des savoirs divers, la validité de la décision au regard du système normatif auquel la règle renvoie, la prise en compte des intérêts de ceux que la décision concerne, le respect de leurs droits fondamentaux et du principe d'égalité. Ce travail de la procéduralisation se concrétise par la production de normes souples, flexibles et adaptables.

c. La production de normes juridiques et para-juridiques :

La procéduralisation se manifeste à la fois au niveau de l'élaboration des normes ainsi qu'au niveau de leur teneur plus attachée à poser des règles procédurales que des règles matérielles.¹⁵ Il n'empêche que la logique procédurale s'allie à la logique substantielle fondée sur les valeurs pour légitimer tant la norme juridique que la norme para-juridique.

La complexité du réel a montré les limites de la loi à régir les rapports de droit dans leur contexte pour un maximum de justice. Pour cela, l'ordre juridique a fait appel à d'autres normativités. Selon Kelsen, « les normes juridiques ne sont pas les seules normes qui règlent la conduite réciproque des hommes, c à d les normes sociales. »¹⁶ La normativité juridique n'est donc qu'une espèce parmi d'autres dans l'ensemble de la normativité. Les critères de distinction des différentes normativités sont différents. En partant du critère de l'efficacité et de la contrainte, quatre types d'ordres normatifs peuvent être dégagés¹⁷ ; le droit qui réunit les critères de l'efficacité et de la contrainte, les quasi-ordres juridiques où l'on retrouve la contrainte sans l'efficacité, la morale sociale qui regroupe les règles d'efficacité sans contrainte, la morale individuelle où on ne retrouve ni efficacité, ni contrainte. D'une façon plus fréquente, la classification des normes est rattachée à l'origine de la norme et à la matière

dont elle relève. Seront ainsi décrites les normes éthiques, juridiques, techniques, scientifiques, religieuses, sociales et autres. C'est pour cela qu'il existe différentes fonctions normatives : commander, permettre, habiliter, abroger. De la fonction normative, la norme apparaît comme un modèle comportemental,¹⁸ en ce sens qu'elle a vocation à être suivie d'effet et à susciter des comportements conformes à son contenu alors même que ces comportements dépendent de l'adhésion des destinataires de la règle. « C'est pourquoi, toute règle de conduite vouée à guider les comportements est normative. »¹⁹

Pour répondre à cette structure complexe du réel, Ch. Perelman propose deux principaux rouages qui fabriqueraient les normes ; il s'agit des liaisons de successions et des liaisons de coexistence²⁰. Les liaisons de successions concernent des événements qui se suivent dans le temps, tels la cause et l'effet. Cette méthode permet de rechercher la cause à partir des effets, ou d'apprécier la cause par les effets selon la vision utilitariste ou l'argument pragmatique. Les liaisons de coexistence visent quant à elles, une liaison entre deux réalités de niveau inégal, l'une étant la manifestation de l'autre qui est considérée comme plus stable et comme ayant une valeur explicative.

Quel que soit le rouage adopté, Kelsen définit la norme comme étant « quoi que non exclusivement, mais en premier lieu, un commandement, un ordre, une prescription. »²¹ Pourtant, la norme apparaît aussi en tant que modèle. Le commandement impose le respect d'une conduite à suivre d'une façon obligatoire. Quant à la recommandation, tout en étant une règle de conduite, elle n'en est pas pour autant obligatoire puisqu'elle laisse à l'intéressé une marge d'appréciation. Mais elle reste tout de même une norme puisqu'elle concrétise un modèle à suivre.

Pour répondre aux attentes de souplesse et de flexibilité, la norme prend aussi la forme de standard juridique. C'est une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé. Cette technique convient aux situations pour lesquelles il est malaisé de formuler une règle à priori afin d'encadrer les comportements que doivent avoir les personnes visées. C'est aussi une technique de renvoi d'un ordre normatif à un autre. Dans son application, le juge émet un jugement à partir d'éléments définis par un autre ordre normatif²². C'est donc « une mesure majeure de conduite sociale correcte. »²³ Selon cette définition, le standard repose sur plusieurs caractéristiques ; il a un fondement consensuel, non un savoir positif. Il évolue en fonction des connaissances et de l'environnement. Il est enfin relié à des situations concrètes. Les standards sont divers et interviennent tantôt à travers une terminologie technique, ou scientifique, tantôt par l'apport d'adjectifs qualificatifs. A titre d'exemple, le droit de l'expérimentation algérien s'articule autour de notions telles que « tenir compte de l'opportunité de l'acte médical à pratiquer », « la valeur scientifique du projet d'essai ».²⁴

Les normes édictées peuvent également être para-juridiques. Ce sont des normes qui ont été à l'origine élaborées par la communauté scientifique, professionnelle, ou encore médicale. De nature professionnelle, elles ont pour rôle d'encadrer les nouvelles pratiques. Les comités, d'éthique notamment, ont favorisé l'intervention de la société civile dans les discussions notamment éthiques, ce qui a permis d'impliquer l'opinion publique dans les questions qui touchent à toute forme d'organisation. Par ailleurs, les normes édictées par les comités d'éthique sont également des normes para-juridiques. Ces normes apparaissent sous forme d'avis, de recommandations, de déclarations qui n'ont certes pas de valeur juridique tant qu'elles ne sont pas rattachées à un ordre juridique, mais contribuent pourtant à la constitution d'un système normatif, ne serait-ce que par l'influence qu'elles exercent sur les comportements étatiques, collectifs et individuels, et parfois même directement, soit en produisant des effets juridiques à des situations individuelles, ou collectives, soit en intervenant sur la base d'une habilitation délivrée par les autorités détentrices du pouvoir.

La procéduralisation du droit se retrouve dans la construction de ces normes para-juridiques qui, comme il ressort des avis, empruntent au raisonnement et au vocabulaire juridiques. Si la norme para-juridique obéit à une procédure, elle est aussi un contenant. Les institutions consultées et chargées d'émettre un avis en marge du droit, se comportent manifestement en organes chargés sinon de dire le droit mais du moins de le préparer.²⁵

Pourtant, la relativité que présentent les caractères de souplesse et d'adaptabilité de ces normes s'accompagne d'imprévisibilité. Par ailleurs, la sanction n'étant pas connue d'avance, la sécurité juridique de la règle juridique est altérée, et le droit, censé être source de stabilité et de provisoire, s'installe dans le provisoire et l'incertitude. Cette critique adressée à la procéduralisation conçue comme cadre d'analyse d'un nouveau droit sera-t-elle tempérée par l'autre conception de la procéduralisation en tant que nouvelle forme de régulation ?

II). La procéduralisation, nouveau mode de régulation.

La procéduralisation apparaît en tant que modèle de régulation comme une alternative aux formes de régulations traditionnelles qui reposent sur une conception formelle et matérielle.²⁶ Elle peut être analysée comme un compromis entre ces deux modèles de régulation traditionnels.²⁷

a. La procéduralisation, un compromis entre les modes de régulation traditionnels.

Dans le cadre de la conception formelle, l'ordre juridique se contente de poser des exigences de forme et n'intervient pas dans le contenu des actions. Les exigences de l'écrit sont des règles de forme qui ne font que constater une décision déjà prise. Cette conception formelle de la régulation s'inscrit dans la logique de l'Etat libéral qui laisse les parties libres de définir le contenu de leurs actions et n'intervient que pour s'assurer de la conformité de ce contenu avec leur volonté. Le droit épouse ce mode de régulation par la consécration de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté. La légitimité de l'acte relève de l'auteur de la norme, son support, son mode de production. En tant qu'autre alternative de la régulation, la méthode procédurale encadre l'ensemble du processus d'élaboration et d'application de la norme, de la phase préparatoire à la phase de réalisation. En faisant intervenir les intéressés ou leurs représentants, en prenant en compte que des exigences de motivation et de consultation participent à la décision et peuvent même retentir sur sa validité, ou sur sa justification²⁸, en s'arrêtant à un contexte précis ; celui du moment, la méthode procédurale rend le système normatif plus pragmatique et lui permet d'intégrer d'autres systèmes normatifs grâce au phénomène d'internormativité.

D'un autre côté, la conception matérielle de la régulation veut que les normes soient principalement justifiées par leur contenu, c'est la loi qui définit elle-même la substance et le fond de l'action. Cette conception matérielle de la régulation est caractéristique de l'Etat social qui s'ingère dans le contenu des actions des parties en posant des interdictions et en définissant leurs intérêts. Son instrument privilégié pour cela est le statut.

Or, en se liant à la conception substantielle qui lui est forcément associée par l'intégration des valeurs et des droits fondamentaux soutenus par les destinataires de la décision, la conception procédurale va encore plus loin, car elle se veut fédératrice par « son impartialité, autrement dit, sa tolérance à l'égard des autres formes de la vie. »²⁹ Fédératrice pas dans le sens classique qui permet de faire coexister des libertés, mais fédératrice dans le sens où il s'agit, par la méthode procédurale, de garantir à chacun l'effectivité de ses droits.

La démarche procédurale selon cette conception, repose sur le modèle suivant : désigner des autorités compétentes et instituer des procédures.

b. Les structures

L'ordre juridique devient constitué de multiples foyers de droit, que cela soit à un niveau international, transnational, régional, national ou local. A un niveau national et local, Le passage de l'Etat interventionniste à l'Etat régulateur s'est accompagné par la création d'organes qui représentent de nouvelles formes d'intervention de l'Etat³⁰. On assiste à la naissance de foyers de droit qui activent aux côtés de l'Etat, tantôt par une redistribution du pouvoir du centre vers la périphérie à travers la décentralisation, tantôt au sein même de l'appareil de l'Etat par la création de « poches d'autonomie normative », avec comme principal exemple, les autorités administratives indépendantes. L'Etat conserve tout de même toujours une position centrale par rapports aux autres normes juridiques. En effet, la perte de monopole du législateur ne doit pas être comprise comme une perte de pouvoir de l'Etat, cette perte de monopole prend la forme d'une délégation perçue par certains comme un abandon de souveraineté.

Ainsi, la procéduralisation a conduit à une prolifération d'autorités dotées de pouvoirs donnés, tantôt autorités de régulation, d'autres fois des entités à vocation consultative. Cela a valu à l'administration le qualificatif d'administration « mutante », « mutante parce qu'elle est contrainte de s'adapter à l'évolution de la société, des techniques et des mentalités. »³¹ De nouvelles structures administratives en relation direct avec les groupes sociaux sont nées, disposant d'une autorité morale et agissant par voie de rapports, recommandations et avis avec une efficacité, en France en tout cas, parfois comparable à celle des lois et règlements, tel le Comité consultatif national d'éthique de la vie et de la santé.

En Algérie, c'est d'abord dans le cadre de la refonte de son économie que ces organes sont apparus. L'Etat passe d'un contrôle social à une nouvelle façon d'agir, une nouvelle alternative qui, tout en lui permettant de se désengager de la gestion directe de l'économie, lui confère la possibilité de continuer à encadrer et à préserver les différents intérêts en conflits. Cette nouvelle alternative a pris la forme de structures ad hoc inspirées jusqu'à un certain point de l'expérience française qui a, quant à elle, puisé dans l'expérience des agences américaines.³² La première autorité indépendante en Algérie a été créée dans le domaine de l'information avec le Conseil Supérieur de l'information qui sera dissout en 1993³³, suivie du Conseil de la monnaie et du crédit et de la Commission bancaire,³⁴ et qui connaîtront des amendements en 2003³⁵. Toujours dans le secteur financier, la Commission d'organisation et de surveillance des opérations de Bourse voit le jour, suivie, entre autres du conseil de la concurrence³⁶, de l'Autorité de régulation de la poste et des télécommunications³⁷, ainsi que l'Organe national chargé de la prévention et de la lutte contre la corruption³⁸, sans omettre l'Agence Nationale des produits pharmaceutiques à usage de la médecine humaine³⁹

Ces instances présentent plusieurs points de force : le premier est que l'administration classique est très rarement impartiale à cause de sa dépendance avec les classes politiques et les partis. Ainsi, l'indépendance de ces autorités « offre à l'action publique un surplus d'impartialité important dans le domaine de la protection des libertés. Le deuxième argument qui joue en faveur de ces instances administratives indépendantes, c'est qu'elles peuvent agir avec rapidité, justesse et d'une façon souple qui s'adapte davantage aux changements dus à la mondialisation, aux progrès techniques et scientifiques. En effet, ce sont des structures légères non soumises aux procédures d'arbitrage propres aux administrations relevant directement du Gouvernement. Ainsi, L'administration classique ne peut plus répondre aux exigences d'une intervention efficace, adaptée et rapide de la puissance publique face au développement des sciences et des techniques, des communications des méthodes de gestion, des produits financiers ainsi que des espaces virtuels. Enfin, elles répondent à un principe de participation qui se traduit dans leur organisation et dans leur composition et qui fait que l'implication des

professionnels dans la régulation d'un secteur donné non seulement accroît leur efficacité, mais assoit encore davantage leur légitimité.

Pour pouvoir mener à bien leur mission de régulation, ces instances doivent être dotées d'une panoplie de moyens regroupant différentes missions qui relèvent des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Ces moyens vont de l'avis ou de la recommandation au pouvoir de réglementation, un pouvoir de décision administrative individuelle d'autorisation, des pouvoirs d'enquête, des pouvoirs d'injonction, un pouvoir de sanction, un pouvoir d'arbitrage et de règlement de différends.⁴⁰ Leurs avis et recommandations ou règlements sont également la base qui permet au législateur de légiférer tant ils sont représentatifs des besoins de la société et réalisent une prise en compte d'un maximum d'intérêts en conflit.

Il est vrai que des différences existent entre ces autorités de régulation et le pouvoir exécutif. L'ampleur de champ de compétence des administrations classiques ainsi que la lenteur des procédures ne permettent pas de réagir rapidement en fonction des changements que connaissent les marchés à cause notamment du développement scientifique et technologique. La reconnaissance du pouvoir réglementaire à ces structures permet justement « d'adapter quasiment en temps réel la réglementation aux progrès techniques. »⁴¹ D'un autre côté, ces autorités de régulation se différencient du juge à plusieurs égards :⁴² leur pouvoir de sanction qui peut être la suspension ou le retrait d'autorisation n'est pas leur unique moyen d'action. En effet, elles peuvent recourir à des procédés de prévention ou de persuasion comme l'injonction dont la fonction n'est pas de sanctionner ni de réparer, mais de corriger ou de rétablir une situation. Par ailleurs, les sanctions qu'elles prennent est un signal adressé à tous les intervenants dans le secteur qu'elles régulent. Cela est principalement dû au fait qu'elles n'interviennent pas seulement pour résoudre des litiges particuliers, mais pour fixer les règles de conduite et définir les points d'équilibre recherchés entre les différents intérêts en jeu. Ce qu'il faut pourtant préciser, c'est que la volonté réelle de l'Etat de se désengager de la gestion directe des rapports dans la société transparait de deux choses ; d'une part du degré d'intervention de l'autorité qui change en fonction des pouvoirs qui lui sont dévolus, et d'autre part, du degré d'indépendance dont elle peut bénéficier.

c. Les procédures :

A travers la procéduralisation du droit s'affirme une procéduralisation de la décision. Cette procéduralisation de la décision est révélatrice d'un accroissement des exigences de procédure imposées par le droit aux décisionnaires. Il s'agit d'exiger de celui qui prend une décision telle que celle d'effectuer une recherche, ou de recourir au travail de nuit, qu'il ne décide pas de manière arbitraire et immédiate, autrement dit, qu'il prenne une décision en considération des intérêts de celui à qui elle s'impose, après avoir pris un temps de réflexion.⁴³ Cette démarche s'explique à « chaque fois qu'une personne, qu'elle soit publique ou privée, physique ou morale, exerce un pouvoir au détriment d'autrui, elle est susceptible d'être contrainte dans son action par une exigence procédurale. »⁴⁴ Les relations entre la procédure et la décision s'établissent dans la mesure où « décider, c'est choisir »⁴⁵ et qu'à partir de là, le droit ne pouvant pas dicter le contenu de cette décision, il peut prescrire la démarche qui doit être suivie pour qu'elle soit prise et s'assurer qu'elle n'a pas été prise d'une façon arbitraire. A partir de là, le droit a fixé des contraintes tant formelles que de fond auxquelles doit se soumettre tout décisionnaire.

– Les contraintes formelles :

Elles consistent dans le respect de la concertation préalable à la décision et qui implique le respect du contradictoire, auquel s'ajoute parfois l'exigence de motivation, ceci dans un temps qui est le temps de la décision. En effet, une série d'actes préparatoires est parfois exigée, parfois un préavis. Mais l'important est que la formation de la décision est échelonnée, et cette décision ne naît à la vie juridique qu'une fois le processus achevé. Ce

processus repose sur le consensus qui apparaît comme facteur unificateur et ce qu'il a d'exceptionnel, c'est qu'il permet de respecter toutes les formes de la vie. Il est certain que ce respect ne peut se concevoir dans un système de vote majoritaire qui ne tient pas compte des minorités.

– **Les contraintes de fond.**

Elles consistent principalement dans la prise en compte du critère de proportionnalité auquel s'associe le principe de précaution. La proportionnalité est une technique qui permet d'évaluer un ratio ; celui du risque possible par rapport au bénéfice escompté. La méthode issue du principe de proportionnalité semble être la meilleure sinon la seule capable de résoudre les conflits d'intérêts qui apparaissent comme des conflits de droits. En effet, les risques prévisibles auxquels serait soumis le sujet ne doivent pas contrebalancer les bénéfices qu'il peut en tirer. Le droit algérien par exemple en fait une condition nécessaire pour la mise en œuvre d'essais cliniques, ce dernier ne pouvant être effectué sur l'être humain si « le rapport bénéfice/ risque prévisible n'est pas au profit du sujet inclus à la recherche. »⁴⁶

D'une façon globale les caractéristiques de cette méthode de proportionnalité sont au nombre de deux⁴⁷ :

La première est de mettre face à face un pouvoir et un ou plusieurs droits : le pouvoir de l'administration sur une balance face aux droits et aux libertés de l'administré. Ou encore, le pouvoir d'un créancier face aux droits d'un débiteur.

La deuxième est de soumettre l'exercice du pouvoir à un contrôle de légitimité qui se traduit par un contrôle des finalités, de la nécessité et de l'excès. Il faut d'abord s'assurer que le pouvoir a été exercé dans l'accomplissement de certains objectifs, qu'il n'existait pas de solutions alternatives et que les atteintes aux intérêts des destinataires de la mesure sont suffisamment graves et dénotent du caractère excessif de la mesure.

Donc, les trois questions essentielles qui doivent être posées lors d'un contrôle de proportionnalité sont les suivantes⁴⁸ : la décision est-elle effectivement justifiée ? Est-elle nécessaire, n'existe-t-il pas de solutions alternatives ? Les inconvénients attendus au regard d'intérêts publics concurrents ou d'intérêts sociaux ne sont-ils pas trop importants par rapport aux bénéfices attendus ? Ainsi, à chaque fois qu'une décision est susceptible de menacer un droit fondamental, elle peut faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité.

Par ailleurs, le principe de proportionnalité est indissociable du principe de précaution⁴⁹. L'esprit du principe de précaution est qu'il importe avant tout d'aménager des procédures permettant un examen aussi complet que possible du risque afin d'amener l'incertitude au niveau minimal. Résolument procédural, l'exercice de la précaution doit obéir à un certain nombre de règles pratiques qui, au premier chef, doivent encadrer l'évaluation des risques. »⁵⁰ Les politiques de précaution reposent sur différents dispositifs d'évaluation des risques, qui vont de l'établissement d'un inventaire exhaustif des risques, au développement scientifique et technique en passant par l'expertise.

Cependant, une question s'impose au juriste, c'est la suivante : peut-on avancer que le principe de précaution est une règle de droit, surtout lorsqu'il figure dans des textes normatifs ? Pour beaucoup, le principe de précaution constitue un standard juridique, une norme à contenu variable. Ainsi, « La précaution n'existe pas pour elle-même, elle se construit contexte par contexte...la précaution constitue donc ce que les juristes nomment un standard de jugement dont le sens est à construire casuistiquement, enjeu par enjeu (...) pour répondre à des problèmes spécifiques de prise en compte de risques aux effets reportés ou inconnus. »⁵¹ Par cela, le législateur a décidé que le sens du principe de précaution ne doit pas être a priori déterminé car il doit obéir à une régulation contextuée des recherches biomédicales et des essais cliniques ainsi que de l'utilisation des produits et leur suivi.

Il ressort donc de tout cela que la procéduralisation repose sur un processus qui passe par la discussion, la négociation et la prise en compte du pluralisme de savoirs, de valeurs, et du contexte de l'action, tout cela dans un but évident de justice. Ce processus permet de mettre en place des procédures équitables de décision et invoque la procédure comme source de légitimité.

Conclusion

La question qui se pose à travers cette démarche c'est ; comment faire, pour qu'à chaque cas concret, les droits auxquels chaque partie peut prétendre soient respectés? La réponse s'obtient en alliant la procéduralisation en tant que modèle de régulation à la procéduralisation en tant que cadre d'analyse qui met en évidence la dynamique du passage d'un droit vers un droit nouveau.

Les deux conceptions de la procéduralisation se complètent pour permettre à cette démarche de répondre d'une manière technique à une demande d'individus soucieux de faire respecter leurs droits. Ce n'est qu'ainsi qu'elle apparaît comme une garantie pour la mise en œuvre des droits fondamentaux et une traduction du principe de dignité.

Le pluralisme des valeurs, La pluralité des foyers de droit se sont accompagnés d'un changement de nature du droit qui est devenu un droit dialogique, un droit négocié. L'efficacité de la règle ne dépend plus de ce qu'elle édicte une conduite obligatoire mais dépend du consensus réalisé lors de son élaboration et de sa mise en œuvre. Ainsi, la norme est élaborée par ceux à qui elle est destinée. Ces destinataires participent non seulement à la concertation préalable mais aussi à la mise en forme de la règle et c'est là que cette dernière puise sa légitimité. Le droit devient donc un droit négocié fondé sur une légitimité procédurale tirée de ses modes d'élaboration.

Ainsi, l'objectif de la méthode procédurale est donc d'étudier chaque situation dans sa complexité, dans son contexte, par des autorités qui tirent leur légitimité de leur aptitude à mesurer l'exacte portée des enjeux en conflit car la plupart des questions sont posées en termes conflictuels. En effet, « il s'agit le plus souvent d'opposer des droits et des pouvoirs, des obligations et des libertés et c'est en conséquence par une organisation raisonnée de la controverse qu'une solution peut émerger. »⁵² Ces nouvelles techniques d'élaboration et de mise en forme des normes nécessitent une certaine flexibilité, car ce droit de type nouveau est conçu pour être un droit pragmatique qui tente d'agir sur le réel. La rigidité de la règle est remplacée par la souplesse, la stabilité par l'adaptabilité. Cette nouvelle conception du droit faite de techniques souples permet l'intégration de nouvelles normativités au côté du droit et réalise ainsi une complémentarité entre le droit et d'autres ordres normatifs. Quoi qu'il en soit et malgré toutes les critiques dont elle fait l'objet, la procéduralisation participe à l'enrichissement de l'emprise du droit sur la société et par sa forme de régulation s'introduit dans des domaines où le droit a du mal à s'infiltrer.

SOURCES :

- ¹ Jammeaud .A « Introduction à la sémantique de la régulation juridique.» In « Les transformations de la régulation juridique.» Clam. J et Martin. G (dir), Volume 5, LGDJ 1998 P. 47.
- ² Martinez. E « Les enjeux de la recomposition du droit de la bioéthique ». Journal international de bioéthique. Edition Eska. 2004/ 2-3. Volume 15. P. 60.
- ³ Chevallier. J « Vers un droit postmoderne ? ». In « Les transformations de la régulation juridique. » Op cit. P. 29.
- ⁴ Arnaud AJ. « Les transformations de la régulation juridique et la production du droit. » In « Les transformations de la régulation juridique. » Op cit. PP. 21 à 46.
- ⁵ Hervois J. « La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique ». Thèse de doctorat soutenue le 30/06/2011. Université de la Rochelle. P. 47.
- ⁶ Duprat JP. « Les interactions normatives dans la recherche biomédicale » Rapport. Ronéo 2000.
- ⁷ Lokiec P. « Procéduralisation du droit privé ». In « Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation). Pigache Ch. (dir). Publications de l'université de Rouen. 2004. P. 180.
- ⁸ Timsit G. « Les deux corps du droit : essai sur la notion de régulation. » Revue française d'administration publique. Avril-juin 1996. N° 78. P. 375.
- ⁹ Lagarde X. « Procéduralisation du droit privé. » In « Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation) ». Op cit. P. 143.
- ¹⁰ Idem. P. 152.
- ¹¹ Idem. P. 150.
- ¹² Selon A. Jeammaud, il ne faut pas entendre par juridicisation l'extension de l'empire du droit, mais plutôt la densification de la couverture des relations sociales par le droit. In « Introduction à la sémantique de la régulation juridique. » Op Cit. P. 64.
- ¹³ Lenoble J et Demunck J. « Droit négocié et procéduralisation ». In Gérard Ph, Ost F, Van De Kerchove M dir. « Droit négocié, droit imposé ? » Publications des facultés de Saint-Louis. Bruxelles. 1996 P. 191.
- ¹⁴ Ginon A.S et Lokiec P. In Vacarie I dir « Recherche biomédicale et procéduralisation du droit ». IRERO. Juillet 2000. P. 10.
- ¹⁵ Monnier S. « Les comités d'éthique et le droit. Eléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique » L'Harmattan. 2006. P. 26
- ¹⁶ Kelsen H. « Théorie pure du droit ». Paris. LGDJ. 1999. P. 65.
- ¹⁷ Monnier S. « Les comités d'éthique et le droit. Eléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique. » Op cit P.20.
- ¹⁸ Amselek P. « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales ». RDP. 1982. P. 289.
- ¹⁹ Monnier. S « Les comités d'éthique et le droit. Eléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique. » Op Cit. P. 22.
- ²⁰ Duprat J-P. « Les interactions normatives dans la recherche biomédicale ». Op Cit. P. 7.
- ²¹ Kelsen H. « Théorie générale des normes ». Paris. PUF. 1996. P.3.
- ²² Soubelet L. « La représentation de la science par le droit ». In « Le droit saisi par la biologie ». Labrusse-Riou (dir). LGDJ. 1996. P. 369.
- ²³ Pound R. In « Du standard technique à la norme juridique : impacts et enjeux ». Bourcier D et Tauziac V (dir). Droit et Société. 1995. P. 3.
- ²⁴ Art. 168/1 de la loi n° 85-05 du 16 février 1985 relative à la protection et à la promotion de la santé modifiée et complétée par la loi n° 90-17 du 31 Juillet 1990. Jo n°8.
- ²⁵ Martinez E. « Recomposition du droit de la bioéthique ». Op Cit. P. 56.
- ²⁶ Monnier S. « Les comités d'éthique et le droit. Eléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique. » Op Cit. P. 35.
- ²⁷ Ginon A-S et Lokiec P. « Recherche biomédicale et procéduralisation du droit. » Op Cit P. 83.
- ²⁸ Lokiec P. « Procéduralisation à l'épreuve du droit privé. » In « Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation). Op Cit. P. 193.
- ²⁹ Monnier S. « Les comités d'éthique et le droit. Eléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique ». Op Cit. P.215.
- ³⁰ Zouaimia R. « Droit de la régulation économique ». Berti éditions. Alger. 2006. P.15.

- ³¹ Braibant G. « Panorama de l'administration française ». In Gallouedec-Genuys F. « A propos de l'administration française ». La documentation française. 1998. P. 9.
- ³² Zouaimia R. « Droit de la régulation économique ». Op Cit. P. 18.
- ³³ Loi n° 90.07 du 3/4/1990 relative à l'information. JO n° 14.
- ³⁴ Loi n° 90.10 du 14/4/1990 relative à la monnaie et au crédit. JO n° 16
- ³⁵ Ord n°03-11 du 26/8/2003 relative à la monnaie et crédit. JO n° 52. Cette ordonnance abrogera la loi n°90.10.
- ³⁶ Ord n°95-06 du 25/01/1995 relative à la concurrence et qui a été remplacée par l'ord n°03-03 du 19/07/2003. Jo n°43.
- ³⁷ Loi n° 2000-O 3 du 05/08/2000 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications. JO n° 48.
- ³⁸ Loi n° 06-01 du 20/02 2006 relative à la prévention et à la lutte contre la corruption. JO n° 14.
- ³⁹ Loi n° 08-13 du 20/07/2008 modifiant et complétant la loi relative à la protection et à la promotion de la santé. JO n°44.
- ⁴⁰ Zouaimia R. « Droit de la régulation économique ». Op cit. P. 19.
- ⁴¹ De Guillenchmidt J. « Le sectoriel et le général dans le droit de la régulation ». In Zouaimia R. Op cit.P.20.
- ⁴² Zouaimia R. « Droit de la regulation économique. »Op cit. P. 20.
- ⁴³ Lokiec P. « Les évolutions du droit (Contractualisation et procéduralisation). » Op cit. P.184.
- ⁴⁴ Guinchard S, Bandrac M, Lagarde X, Douchy M. « Droit processuel, droit commun du procès ». 4^e édition. Dalloz. 2006. P. 776.
- ⁴⁵ Lokiec P. « Procéduralisation à l'épreuve du droit privé ». Op cit. P. 187.
- ⁴⁶ Art 9 de l'Arrêté du MSPRH n° 387 du MSPRH du 31 Juillet 2006 relatif aux essais cliniques.
- ⁴⁷ Lagarde X. « Procéduralisation du droit privé. » In « Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation). » Op Cit. P.158.
- ⁴⁸ Lagarde X. « Procéduralisation du droit privé. » In « Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation). » Op Cit. P. 159.
- ⁴⁹ Ewald F, Gollier C, de Sadeleer N. « Le principe de précaution. » PUF. 2009. P.56.
- ⁵⁰ Kourilsky Ph et Viney G. « Le principe de précaution ». Odile Jacob. 2000. P2.
- ⁵¹ Lascoumes P. « La précaution, un nouveau standard de jugement ». Esprit. 1997. PP. 130 et 132.
- ⁵² Lagarde X. « Procéduralisation du droit privé. » In « Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation). » Op Cit. P. 153.