



Trivium

Revue franco-allemande de sciences humaines et sociales - Deutsch-französische Zeitschrift für Geistes- und Sozialwissenschaften

21 | 2016

Autorégulation régulée. Analyses historiques de structures de régulation hybrides

L'autorégulation régulée dans la tradition de l'État constitutionnel

Dieter Grimm

Traducteur : Laurent Cantagrel



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/trivium/5298>

ISSN : 1963-1820

Éditeur

Les éditions de la Maison des sciences de l'Homme

Référence électronique

Dieter Grimm, « L'autorégulation régulée dans la tradition de l'État constitutionnel », *Trivium* [En ligne], 21 | 2016, mis en ligne le 10 mai 2016, consulté le 02 mai 2019. URL : <http://journals.openedition.org/trivium/5298>

Ce document a été généré automatiquement le 2 mai 2019.



Les contenus de la revue *Trivium* sont mis à disposition selon les termes de la Licence Creative Commons Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International.

L'autorégulation régulée dans la tradition de l'État constitutionnel

Dieter Grimm

Traduction : Laurent Cantagrel

NOTE DE L'ÉDITEUR

Nous remercions Dieter Grimm de nous avoir accordé l'autorisation de traduire ce texte pour le présent numéro.

Wir danken Dieter Grimm für die freundliche Genehmigung, diesen Artikel in französischer Übersetzung zu publizieren.

- 1 Le concept d'autorégulation régulée, réponse la plus récente aux défauts, perceptibles depuis longtemps, de la direction impérative de processus sociaux par l'État, n'a pas encore incité les chercheurs à se demander s'il existait, dans l'histoire de l'État constitutionnel, une tradition pour cette forme de régulation. Quand on s'en met en quête, comme les organisateurs de ce colloque^a l'attendent de moi, on a du mal à lui découvrir des précurseurs dissimulés. Il est en revanche tout à fait possible de considérer l'État constitutionnel, tel qu'il est né des révolutions de la fin du XVIII^e siècle et s'est développé depuis lors comme un modèle dominant d'organisation sociale, du point de vue de la régulation afin d'éclairer la genèse de ce nouveau concept et de se demander comment il s'inscrit dans la tradition de l'État constitutionnel.

I. Le programme de régulation des débuts du constitutionnalisme

- 2 L'apparition de l'État constitutionnel moderne a marqué l'un des tournants décisifs dans l'histoire de la régulation juridique. Cet État rompait avec une idée qui avait dominé pendant des siècles, celle d'un bien commun défini de façon matérielle et que l'État, à partir de son point de vue supérieur, devait formuler et imposer sans tenir compte des

projets de vie individuels ; il escomptait au contraire que le bien commun résulte d'une libération des individus leur permettant de poursuivre leurs propres idées et leurs propres intérêts, bien sûr dans les limites résultant du fait que cette même liberté était accordée à tous les autres. Ce faisant, l'État constitutionnel moderne supprimait en même temps le fondement du modèle de régulation régnant et en mettait un autre en place.

1. La situation de régulation pré-constitutionnelle

- 3 Le modèle de régulation pré-constitutionnel reposait sur la conviction qu'il existait un bien commun objectif connaissable, déterminant aussi bien pour l'ordre social que pour la conduite individuelle de la vie, et ne concernant pas seulement la vie commune ici-bas, mais visant le salut éternel des hommes. Ce concept de bien commun allait de pair avec une structure sociale hiérarchique, considérée comme donnée par la nature et dans laquelle chacun occupait une place qui lui avait été assignée par sa naissance pour y accomplir une tâche prédéterminée, d'après des règles également prédéterminées. La mission du droit était de consolider cet ordre ainsi que ses fondements économiques et de traduire l'idéal de vertu dans des normes concrètes de comportement. Le droit et la morale n'étaient alors pas encore séparés. Fondamentalement, ce qui était moral était aussi une obligation de droit. La tâche de déterminer et d'imposer ce que le bien commun exigeait en détail était du ressort du prince qui, à la suite des guerres de religion, avait acquis un pouvoir souverain. Cette position l'avait conduit à revendiquer un droit de régulation englobant en principe tout ce qui paraissait relever d'une régulation juridique en général.
- 4 Les règles juridiques correspondant à ces dispositions étaient par nature matérielles et impératives. Le droit n'autorisait aucune liberté de choix, il définissait lui-même des normes matérielles de comportement et imposait qu'elles soient respectées ; il ne comptait donc pas sur des moyens indirects pour atteindre cet objectif normatif. Par rapport aux individus et aux corporations et associations dans lesquelles ils étaient intégrés et dont dérivait leur position juridique, le droit se présentait fondamentalement comme un ordre de devoirs. Les droits n'intervenaient que sous forme de conditions préliminaires à l'accomplissement des devoirs propres ou pour imposer aux autres de remplir les leurs, ou sous forme d'exemptions d'obligations à valeur générale, accordées dans l'intérêt du bien commun. Le droit privé n'avait pas encore non plus pour fonction de créer un espace à l'autodétermination des individus, de délimiter leurs sphères de libertés les unes par rapport aux autres et d'en assurer l'harmonisation. Il désignait simplement cette partie du droit qui réglementait les relations des personnes privées entre elles, par différence avec leurs relations avec les autorités publiques, mais il ne se distinguait pas qualitativement du modèle de régulation dominant. Considéré sous l'angle de la régulation (par d'autres), de l'autorégulation et de l'autorégulation régulée, le système juridique pré-constitutionnel est donc à classer dans la catégorie de la régulation.
- 5 Ce constat appelle néanmoins quelques précisions. Le fait que le prince revendique un droit de régulation universel ne signifie pas que cette revendication ait été entièrement satisfaite. Cela tient d'une part à la faiblesse avec laquelle s'imposait un pouvoir absolu qui ne pouvait pas encore s'appuyer sur des structures administratives généralisées. L'abondance des lois visant à répéter et à inculquer les normes que l'on rencontre dans les anciens codes juridiques en est la preuve. Cela s'explique d'autre part par le fait que

dans tous les pays, même si c'est avec d'importantes différences de détails, certains secteurs s'étaient maintenus dans une indépendance relative par rapport à l'État, notamment ceux des rapports entre propriétaires terriens et paysans, de l'artisanat des villes organisé en corporations de métier ainsi que de la multiplicité des autres corporations relativement autonomes comme les universités. Même si ces secteurs échappaient généralement à l'intervention immédiate de l'État, ils n'étaient nullement dépourvus de règles. Il existait ainsi des éléments d'autorégulation même dans l'organisation sociale pré-constitutionnelle. Il ne faut cependant pas les surestimer. Comme la plupart de ces secteurs obéissaient à des modèles d'organisation traditionnels qui étaient perçus comme prédéterminés et immuables, il serait plus juste de parler ici d'autogestion que d'autorégulation.

- 6 À la différence de l'ordre social et du comportement des sujets, l'organisation de l'État et l'exercice du pouvoir par le souverain échappaient à toute régulation juridique. Il n'existait aucune source du droit au-dessus de celui qu'énonçait le souverain, et on ne rencontre de cas où celui-ci se soumettait volontairement, par exemple à une administration de la justice indépendante, que pendant la brève période de l'absolutisme éclairé^b. Le caractère absolu du monarque consistait précisément en ce qu'il pouvait – légitimé par son inféodation divine et sa connaissance de ce qu'était le bien commun – fixer le droit pour ses sujets sans être lui-même soumis à des obligations légales. En conséquence, les droits publics subjectifs envers l'État étaient étrangers à l'ordre juridique. Toutefois, de même que la revendication d'un droit de régulation universel ne fut jamais entièrement satisfaite, l'exemption des princes de toute obligation légale comportait des exceptions. Malgré leur prétention à l'absolutisme, diverses limitations de leur pouvoir survécurent depuis l'époque antérieure à l'absolutisme et d'autres vinrent s'y ajouter. Il s'agissait de concessions qu'en général la noblesse, dont la bonne volonté de coopération était nécessaire au monarque, lui avait extorquées et qui avaient été rédigées sous forme de contrat, interdisant ainsi qu'elles soient abolies de façon unilatérale.

2. Le renversement de la situation sous l'État constitutionnel libéral

- 7 Avec l'État constitutionnel moderne, l'ancienne situation de base s'est trouvée inversée, que ce soit de façon rapide et radicale là où, comme en France, la bourgeoisie est parvenue à imposer la conception libérale de l'ordre social par une révolution, ou bien de façon progressive et partielle là où le nouvel ordre social a été le résultat de compromis difficiles entre le monarque et la bourgeoisie, comme en Allemagne. S'appuyant sur l'hypothèse, désormais admise, que la société dispose de capacités d'autorégulation qui, dès lors qu'on leur laisse libre cours, peuvent conduire au bien commun de manière plus sûre qu'une régulation étatique, il s'agissait de libérer la sphère sociale des contraintes féodales et absolutistes qui avaient jusqu'alors fait obstacle à l'autodétermination de l'individu et limité ainsi les possibilités de développement de la société. Ce programme avait été formulé de manière individualiste, dans la tradition des Lumières. Considéré à un plus haut degré d'abstraction, il eut cependant des effets supra-individuels : les différents domaines fonctionnels de la société ne furent plus soumis à une direction politique, chacun d'eux put obéir à sa logique propre. Le fondement du passage d'une différenciation hiérarchique à une différenciation fonctionnelle de la société était ainsi posé.

- 8 Inversement, le pouvoir étatique, jusqu'alors largement exempt de toute régulation, dut être soumis à des limitations empêchant l'État de conserver son attitude paternaliste et de déployer des ambitions de direction propres qui auraient contrarié l'auto-coordination assurant le bien commun. Même dans ce nouvel ordre social, on ne pouvait évidemment pas se passer d'État, parce que la société, morcelée de façon atomistique et dépourvue de tout pouvoir de domination, était hors d'état d'assurer par ses propres moyens les conditions nécessaires de sa capacité d'autorégulation : la liberté et l'égalité de tous les individus, et devait reconstruire cette capacité hors d'elle-même – sous la forme de l'État, précisément. Pour cela, l'État avait encore besoin de disposer d'un pouvoir, on peut même dire que sa revendication du monopole de la contrainte légale, que l'absolutisme n'avait pas encore satisfaite, s'accomplit seulement alors, avec la dissolution des droits de domination féodaux auxquels les souverains absolus n'avaient pas touché. Néanmoins, l'État n'était plus censé se servir du pouvoir pour réaliser un bien commun général connu précisément de lui seul, il devait le mettre au service de l'ordre quasi-naturel qui existait indépendamment de lui et devait conduire au bien commun de manière automatique.
- 9 Pour la société, la conséquence de ce changement de paradigme fut un processus de dérégulation sans précédent au cours duquel disparurent des pans entiers du droit, comme le droit féodal et le droit des corporations de métier, avec les institutions de sécurité sociale afférentes, les domaines juridiques restant n'étant plus définis en termes de devoirs objectifs mais de droits subjectifs. Dans ces conditions, le droit privé fut placé au centre du nouvel ordre juridique et transformé en un droit exprimant l'autonomie privée des individus et organisant la coopération sociale sur la base de la liberté individuelle. À cette fin, il fut d'une part largement dématérialisé, la détermination du contenu de leurs relations légales étant laissée à l'accord des particuliers. D'autre part, il comprenait pour l'essentiel des règles non plus impératives, mais dispositives, fournissant aux individus des modèles de règles ayant fait leurs preuves et qui intervenaient en l'absence d'accords privés, mais n'étaient pas prescrits de façon obligatoire. Il serait néanmoins inexact de voir ici un passage vers l'autorégulation. Si l'on entend par régulation le fait de fixer des normes qui n'engagent pas seulement ceux qui les posent, alors seul l'État continuait d'y être autorisé, tandis que la coordination de plein gré des sujets de droit s'accomplissait au moyen de contrats.
- 10 Pour l'État en revanche, ce changement eut pour conséquence une régulation systématique visant à garantir qu'il exerçait son pouvoir, dont on avait toujours besoin, dans l'intérêt exclusif de l'objectif restreint qui lui était assigné. C'est à cela que servait la constitution, qui soumettait désormais la politique à une juridisation et qui revendiquait la primauté par rapport au droit, que la politique était toujours en charge de produire pour la société. En ce qui concerne le droit privé, on accorda seulement à l'État de transformer en droit positif les principes du droit rationnel. Étant donnée la capacité de coordination reconnue à la société, le droit public fut réduit à un droit garantissant la sécurité publique, excluant tous les éléments constructifs. La tâche qui restait exigeait un droit impératif qui, limité à la préservation d'un ordre préétabli, fût déterminant quant au contenu et pût être imposé de façon relativement efficace. Dans sa disposition originiaire, l'État constitutionnel ne fut donc pas un précurseur de l'autorégulation régulée, mais visait à un dualisme de la régulation en ce qui concerne les pouvoirs publics, et à une dérégulation en ce qui concerne la sphère sociale.

II. La crise du libéralisme et le tournant vers l'État social

- 11 Le modèle social libéral n'est parvenu qu'en partie à réaliser les espoirs que l'on avait mis en lui. La capacité de la société à s'auto-régler, pour laquelle la dérégulation devait créer un espace, s'est révélée plus lourde de conditions préalables qu'on ne l'avait supposé, avant même que la révolution industrielle ne change durablement ses conditions de réalisation. Il est vrai que la libération des différents domaines fonctionnels de la société, en particulier de l'économie, de leurs anciennes contraintes a conduit à une augmentation considérable de prospérité. Mais tout le monde n'en a pas profité de la même manière. Au contraire, dans la sphère régulée par les lois du marché et libérée du dirigisme étatique, l'inégalité du pouvoir social a permis à de nouvelles dépendances de se répandre qui n'étaient pas moins oppressantes que celles de la société d'ordres, mais n'étaient plus compensées par les institutions traditionnelles de sécurité sociale parce que celles-ci avaient été victimes de la libéralisation. Dans ces circonstances, on ne pouvait plus expliquer la pauvreté et la détresse par des échecs individuels, comme l'avait admis le libéralisme dans son optimisme d'avant l'industrialisation, afin de les neutraliser politiquement. Elles exigeaient des remèdes.
- 12 Les problèmes résultant de la libéralisation furent d'abord perçus et discutés par les contemporains sous la forme de la « question sociale ». L'apparition de celle-ci matérialisait de nouveau le problème de la justice que le libéralisme avait cru pouvoir formaliser. La conséquence en fut une réactivation de l'État qui quitta sa position de garant d'un ordre social indépendant de lui et en revint à donner forme à l'ordre social. Cela se produisit bien sûr plus aisément là où la victoire de la bourgeoisie sur l'absolutisme et le féodalisme n'avait pas été complète, si bien qu'il était possible de renouer avec la tradition de la bienfaisance étatique qui n'avait pas entièrement disparu. Au début, l'État intervint par des correctifs là où on abusait de la liberté individuelle au détriment d'un tiers et où la régulation par le marché échouait de manière éclatante à atteindre son objectif d'une juste compensation mutuelle des intérêts. Dans une étape ultérieure, il offrit des services publics dans des situations de détresse et pour les risques du travail. Mais peu à peu, il se mit à assumer de nouveau une responsabilité globale pour que la société se développe vers des buts précis de justice, et bientôt, comme dans le cas de l'absolutisme, il n'y eut plus aucun domaine qui échappât entièrement à son action.
- 13 L'État-providence moderne se différenciait cependant de l'absolutisme en ce qu'il n'abandonna pas les acquis du constitutionnalisme comme le firent les régimes totalitaires du XX^e siècle. L'État constitutionnel intégra au contraire en lui-même ce développement, que ce soit en ne mettant aucun obstacle à la politique sociale placée sous le signe du droit de vote démocratique des masses, ou bien en la faisant progresser lui-même en complétant les libertés fondamentales classiques par des droits sociaux fondamentaux ou en fixant des objectifs sociaux à l'État. Cela signifiait en particulier que rien n'était changé à la prémisse de l'autodétermination individuelle et, par le moyen de celle-ci, à l'autonomie des différents sous-systèmes sociaux. L'État, qui continuait à être soumis au droit constitutionnel, ne pouvait pas retrouver le pouvoir complet qu'il avait possédé du temps de l'absolutisme. Toutes ses interventions durent au contraire être légitimées comme des contributions visant à établir et maintenir la liberté – comprise à

présent, bien entendu, de façon matérielle, incluant les conditions permettant à tout le monde d'en faire usage.

- 14 Cela eut des conséquences aussi bien quantitatives que qualitatives pour la régulation juridique. Du point de vue quantitatif, cela suscita une vague d'activité législative qui commença dès le XIX^e siècle et parcourut tout le XX^e siècle et qui non seulement transforma ou étendit les domaines juridiques existants mais en créa de nouveaux, comme le droit du travail ou le droit social. Du point de vue qualitatif, la nouvelle régulation se distingua du modèle libéral en ce que son but ne consistait plus à organiser et garantir la coordination sociale mais à faire advenir la justice sociale. Le droit motivé par l'État social fut de ce fait un droit matériel. Ce type de droit reconquit aussi dans le droit privé le terrain qui, sous le libéralisme, était échu au droit formel. La même chose vaut pour les rapports entre le droit impératif et le droit dispositif. Dans la mesure même où la confiance dans la régulation par le marché diminuait, le droit impératif prenait de nouveau, dans le droit privé, la place du droit dispositif dont il réduisait le domaine. En droit public, le droit sécuritaire traditionnel fut complété par un droit des prestations sociales. On finit donc par en rester à la régulation du pouvoir étatique que l'État constitutionnel avait introduite. Mais la société se retrouva également largement régulée, même si cette fois-ci, c'était sous la prémisse de la liberté et non plus de la vertu.

III. La régulation dans le contexte de la différenciation fonctionnelle

- 15 En ce qui concerne la régulation, il est toutefois significatif que ce processus ne soit pas parvenu à son terme une fois résolue la question sociale. Il s'alimente de nos jours à d'autres sources, surtout au besoin de sécurité par rapport au futur et de contrôle des risques liés au progrès scientifique et technique et à l'exploitation commerciale de ses résultats. Ces derniers temps seulement, une vague de dérégulation est de nouveau venue s'y opposer, due aux libertés de circulation créées par les traités européens et à l'internationalisation de nombreux secteurs économiques, tandis que la vague simultanée de privatisations, suscitée surtout par les besoins financiers de l'État, s'accompagne plutôt d'une régulation accrue. La régulation se heurte cependant très vite aux limites d'une direction matérielle et impérative et pose une fois de plus la question d'une nouvelle orientation.

1. La faiblesse du droit régulateur

- 16 Pour prendre une base de départ correcte, il est bon de nous élever ici aussi à un plus haut niveau d'abstraction, de détacher le problème de la régulation de ses prétextes concrets et de le décrire plus généralement comme une réaction à la différenciation fonctionnelle croissante de la société. Pour expliquer ce processus, il n'est pas suffisant de dire que des systèmes partiels relativement autonomes se constituent pour des tâches sociales données dans l'accomplissement desquelles ils sont spécialisés. Il est bien plutôt caractérisé aussi par le fait que les systèmes partiels spécialisés obéissent, dans l'accomplissement de leurs tâches, à un critère de rationalité qui leur est propre et qui n'a aucune signification pour guider des actions dans le cadre d'autres systèmes. Ce critère de rationalité impose à chaque système un code qui a un effet contraignant dans le cadre de ce système, mais n'a aucune pertinence en dehors de lui. Il peut sans doute être

diversement interprété par les acteurs dans le système, mais il ne saurait être ignoré sans conduire à l'échec. C'est au moyen de ce code que l'on communique dans le système. Les impulsions venues de l'extérieur ne peuvent être perçues que dans la mesure où elles sont traduisibles dans le code propre. C'est ce code enfin qui sert de mesure pour le succès ou l'insuccès dans le système.

- 17 La codification a pour conséquence une haute sensibilité de chaque système à ses propres opérations et une large indifférence à celles des autres systèmes. Tous les systèmes ont certes besoin les uns des autres, mais ils ne sont intéressés que par eux-mêmes. Les effets préjudiciables que peut avoir une action obéissant à la rationalité propre d'un système sur d'autres systèmes ne constituent pas, en tant que tels, un point de vue qui puisse être déterminant pour les actions du système. C'est seulement quand les conséquences extérieures entraînent des effets rétroactifs sur les fonctions propres du système qu'elles requièrent l'attention de celui-ci. D'une part, c'est justement cette indifférence par rapport aux autres systèmes partiels qui permet à la productivité du système de se développer dans son secteur respectif. D'autre part, cela n'implique pas que la société supporte de façon illimitée les conséquences de l'égoïsme des systèmes. Il faut au contraire limiter les préjudices qui en résultent et assurer des compatibilités si l'on ne veut pas que la maximisation des profits de chaque système n'entraîne une diminution du niveau d'ensemble. La responsabilité en incombe au système politique dont la tâche principale, dans des sociétés fonctionnellement différenciées, consiste à résoudre les problèmes résultant de la différenciation fonctionnelle. Son principal moyen est la régulation juridique.
- 18 Ce sont néanmoins justement les caractéristiques des sociétés fonctionnellement différenciées qui remettent en question l'efficacité de ce moyen. Cela tient à ce qu'un droit qui construit l'ordre social, tel que celui qui s'est répandu après le tournant vers l'État-providence, a besoin de plus de ressources qu'un droit qui préserve cet ordre, auquel se limitait l'État libéral. Dans l'État-providence, la régulation s'exerce sur des processus d'élaboration complexes se déroulant dans le temps et pour lesquels la réalisation de leurs objectifs dépend de nombreux facteurs qui ne sont qu'en petite partie du ressort de l'État ou à sa disposition. Les normes régulatrices se heurtent en particulier aux codes des sous-systèmes agissant rationnellement en vue de leurs objectifs – on ne peut donc pas espérer qu'elles produiront un effet simplement parce qu'elles ont une validité légale. Les sous-systèmes sont sans doute pour leur part dépendants du fonctionnement de l'ordre juridique. Mais ce n'est pas une raison pour que le droit devienne nécessairement un facteur décisif pour les actions dans le système. Pour ce dernier, le droit apparaît plutôt en grande partie comme une falsification des critères de rationalité propres au système, il n'est pas respecté pour lui-même mais pour éviter les coûts qu'entraînerait le fait de ne pas le respecter. Dans cette mesure, l'efficacité du droit régulateur dépend pour une large part de programmes de régulation efficaces et de sanctions sensibles en cas d'inobservance.
- 19 Ces conditions préalables sont néanmoins très largement absentes, sans pour autant que l'on puisse toujours en rendre responsable une défaillance de la législation. Il y a bien plutôt à cela des causes diverses qui échappent en grande partie à l'influence du législateur. D'une part, l'État manque souvent des informations nécessaires pour formuler un programme de contrôle efficace pour des processus complexes. Très souvent, seul le système qu'il s'agit de contrôler est en possession des informations pertinentes pour son contrôle, et il n'est certes pas aisément disposé à les communiquer. Il y a d'autre part une

série de tâches dont l'État s'est chargé et qu'il doit remplir dans l'intérêt de sa légitimité, mais qu'il ne peut réaliser au moyen de directives impératives, comme la croissance économique, le niveau de formation, les changements de mentalité, etc. En outre, ceux qui sont concernés par le contrôle disposent très souvent de positions de veto, en menaçant par exemple de ne plus investir ou de déplacer leurs activités dans des pays où les coûts de production ou les normes de direction sont moins élevés. Les tendances actuelles à la globalisation leur sont en l'occurrence favorables. Enfin, dans beaucoup de domaines, les coûts de mise en œuvre du droit régulateur ont tellement augmenté que l'État ne peut ou ne veut pas les assumer.

2. Origine et problématique de l'autorégulation régulée

- 20 La problématique que vise ce colloque est ainsi décrite. On a davantage besoin d'une régulation juridique, mais il est en même temps plus difficile de l'obtenir. Dans les domaines où la régulation juridique traditionnelle échoue, il faut ou bien déréguler, ou bien réguler autrement. La dérégulation a en ce moment de forts partisans. Suivre cette voie de façon conséquente, et non seulement ponctuelle, présupposerait cependant que les expériences qui ont conduit en leur temps à se détourner du libéralisme aient constitué un cas historiquement unique. Rien ne permet de le penser, ce qui ne signifie pas qu'aucun des domaines aujourd'hui régulés par l'État ne se prête à être régulé par le marché. Mais le libéralisme, considéré comme une stratégie globale pour répondre aux problèmes de régulation, se retrouve en conflit avec un ordre constitutionnel qui a été formulé justement en réaction à ses insuffisances et s'est émancipé de ces prémisses. Telle en est l'interprétation adoptée par la doctrine du droit public et par la jurisprudence constitutionnelle, notamment dans le domaine des droits fondamentaux. L'autocontrôle, souvent prôné de nos jours, ne promet pas davantage de solution parce qu'il s'agit toujours d'un contrôle effectué dans l'intérêt des buts du système, et non de ceux de la constitution. Tous deux peuvent converger jusqu'à un certain point, mais ils se séparent ensuite et ne parviennent donc pas à remplacer des contrôles externes.
- 21 La question d'un droit différent passe ainsi au premier plan pour les domaines dans lesquels la régulation juridique traditionnelle atteint ses limites. Cette nécessité est reconnue depuis longtemps et a donné lieu à la vague de procéduralisation du droit qui se poursuit aujourd'hui encore. Au lieu des dispositions de droit matériel, on trouve alors des procédures et des structures qui favorisent, sans pouvoir bien sûr le garantir, un résultat que l'on souhaite mais qu'on ne peut atteindre de façon impérative. L'autorégulation régulée semble être la forme la plus avancée de procéduralisation parce qu'elle promet une adaptation plus précise aux conditions de régulation modifiées et qu'elle permet de mieux profiter des capacités d'information de ceux qui sont concernés par la régulation ainsi que des logiques propres aux systèmes partiels. On en parlera au cours de ce colloque. Mais je voudrais indiquer ici déjà une conséquence de ce modèle de régulation qui n'a pas sa place dans le reste du programme. Le projet de l'autorégulation régulée dépend dans une mesure considérable de la coopération entre l'État qui contrôle et les acteurs sociaux qu'il s'agit de contrôler. C'est surtout à la table des négociations que l'État peut combler son manque d'informations, sonder la docilité de ceux qu'il faut contrôler et estimer les coûts de mise en œuvre.
- 22 Les négociations portant sur des programmes de régulation sont ainsi devenues un nouvel instrument d'accomplissement des tâches de l'État, ce dont on n'a pas encore

apprécié toute l'importance. Avec l'emploi du concept d'autorégulation régulée, le droit qui résulte d'accords va continuer à se répandre. La conclusion d'un accord n'est certes pas une simple ingérence des intéressés dans le processus législatif de l'État. Il s'agit ici de négocier des contenus de régulation comme condition préliminaire pour l'élaboration de réglementations effectives. C'est un processus que l'on ne peut pas décrire en termes de prise d'influence, mais de participation. La constitution ne prévoit sans doute pas les accords comme forme d'élaboration du droit, mais elle ne les interdit pas non plus expressément. Elle n'est pas adaptée à cette forme de création juridique, qui porte néanmoins profondément atteinte à son autorité. D'une part, il y a désormais des participants au processus de prise de décision de l'État qui ne sont pas intégrés dans le contexte démocratique de légitimation et de responsabilité. D'autre part, les organes et les procédures de décision prévus par le droit constitutionnel se trouvent dévalorisés.

- 23 Par rapport à cela, on ne doit pas se contenter de constater qu'il reste vrai qu'aucune loi ne peut être décidée sans procédure parlementaire. Lorsque les contenus des lois sont le résultat de négociations, le parlement participe encore moins qu'auparavant à la détermination du contenu de régulation. Le partenaire des négociations du côté de l'État est toujours l'exécutif. Lors de la décision finale, le parlement se retrouve dans une situation où il est seulement appelé à ratifier, parce que toute modification du contenu mettrait en danger le résultat des négociations dans son ensemble. Là où les accords restent informels tout en tenant néanmoins lieu de loi parce que les deux partis considèrent qu'ils se sont engagés, la procédure parlementaire disparaît complètement. Mais ce faisant, les valeurs qu'incarne cette procédure – son caractère public et transparent, la participation des intéressés et le contrôle de l'opposition – se trouvent inscrites sur la liste des pertes. Car on ne négocie qu'avec les puissants qui sont concernés par le contrôle, qu'on ne peut identifier à l'ensemble des personnes concernées, d'autant que le caractère non public des négociations est une condition de leur succès. Une conciliation judiciaire des intérêts divergents ne peut pas non plus avoir lieu pour corriger le résultat des négociations dès lors que celui-ci consiste en un renoncement à une régulation de la part de l'État accompagné d'une promesse de bonne conduite du côté privé.

* * *

- 24 La constitution fait une distinction entre l'État et la société. Sa structure repose sur cette différence. Pour l'État vaut le principe de l'obligation, pour la société, celui de la liberté. Des limitations ponctuelles de la liberté imposées par l'État doivent être légitimées par rapport au caractère libéral de l'ensemble. Mais la constitution n'est pas adaptée à un mélange d'État et de société. Ce mélange va pourtant se répandre davantage à la suite du modèle de l'autorégulation régulée. Il y a là d'une part une certaine nécessité. Le fait d'en venir à cette forme de régulation a des raisons structurelles. D'autre part, cela crée d'importantes insuffisances en droit constitutionnel. Les adeptes de cette conception doivent donc entreprendre des efforts pour y adapter la constitution. La question de savoir de quelles possibilités on dispose pour ce faire est encore irrésolue. Le problème n'a pas encore suscité d'attention.

NOTES

- a. [Colloque à l'occasion du 60e anniversaire de Wolfgang Hoffmann-Riem ; N.d.l.R.].
- b. [L'expression « aufgeklärter Absolutismus » est habituellement traduite par « despotisme éclairé ». Cependant, la traduction « absolutisme éclairé » nous semble mieux correspondre à la réalité historique de cette période. Ce choix terminologique a également été fait pour la traduction française de Michael Stolleis *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914* ; N.d.l.R.].
-

INDEX

Mots-clés : autorégulation, État constitutionnel, libéralisme, État social

Schlüsselwörter : Selbstregulierung, Verfassungsstaat, Liberalismus, Sozialstaat

AUTEURS

DIETER GRIMM

Dieter Grimm a été, jusqu'à son départ à la retraite en 2005, professeur de droit à l'université Humboldt à Berlin. Pour plus d'informations, voir la notice suivante.