

Le droit de l'État incitateur

L'État dispose d'une panoplie de moyens lui permettant d'orienter les comportements sans édicter de normes obligatoires. La persuasion, l'information, la diffusion de connaissances constituent des ressources essentielles de la gouvernance étatique, un ressort majeur des politiques publiques¹. L'État incitateur renonce à la contrainte pour exercer une influence douce sur les comportements, un pilotage indirect de ceux-ci. Il organise «l'autoorganisation de la société»². Le recours à ces modes d'action s'explique par la très grande complexité de la société que les pouvoirs publics cherchent à influencer, par l'inadéquation fréquente du contrôle direct des comportements au moyen de règles autoritaires³, par «l'effritement de la capacité de l'État à assurer, de manière centralisée et autoritaire, la régulation sociale»⁴.

Contrairement à certaines thèses futuristes⁵, nous ne pensons pourtant pas que l'État soit irrémédiablement incapable de commander et qu'il serait ravalé dans un avenir prochain à prodiguer des connaissances et des conseils, de servir de simple médiateur entre systèmes sociaux autonomes et fermés. Si la thèse de l'État superviseur (*Supervisionstaat*)⁶ a une certaine consistance dans la mesure où de nombreux litiges se résolvent par la négociation et la persuasion⁷, les contraintes et les peines conservent une fonction essentielle pour réprimer les actes portant atteinte aux valeurs fondamentales d'une société et pour assurer l'efficacité des transactions. Face aux activités criminelles qui s'introduisent au cœur des économies de marché, il ne fait pas de doute que l'État de police a encore un bel avenir et que les pouvoirs publics ne pourront juguler ces maux en se limitant à exercer un rôle d'observateurs. Le maintien de l'ordre reste la première tâche de l'État. C'est même la première mission de

¹ Voir par exemple FREIBURGH AUS D. (1991), «Le développement des moyens d'action étatiques», *L'État providence. Contribution à l'étude des moyens d'action de l'État*, 49ss.

² BOTSCHI D./CATTACIN S. (1993), «L'État incitateur: nouvelles pratiques de la subsidiarité dans le système du bien-être suisse», *Annuaire Suisse de Science Politique* 33, 150.

³ WILKE H. (1997), *Supervision des Staates*, 317ss.

⁴ THUOT J.-F. (1998), *La fin de la représentation et les formes contemporaines de la démocratie*, 130.

⁵ WILKE H. (1983), *Entzauberung des Staates. Überlegungen zu einer sozialen Steuerungstheorie*; WILKE H. (1997), *op. cit.*, (note 3).

⁶ WILKE H. (1997), *ibid.*

⁷ Cf. *supra*, p. 138, 139.

politique sociale, tant il est vrai que le désordre ne profite pas aux catégories les plus faibles de la société. Par ailleurs, la négociation et la persuasion ne sont rendues possibles que parce que la contrainte se profile à l'horizon de l'action étatique. La thèse du dépassement massif du droit et de l'État, auquel Amseleke⁸ fait allusion avec une pointe de malice, ne rend pas compte de la puissance que l'État tient en réserve pour orienter les comportements.

Comme les autres modèles de l'action étatique, l'État incitateur est un idéal-type. Il est rare qu'on le retrouve à l'état pur dans la réalité. L'action incitatrice est souvent insérée dans des programmes finalisés plus vastes. Soit au plan diachronique parce qu'elle ne constitue qu'une étape vers la réalisation d'objectifs d'une politique publique. Soit parce que synchroniquement elle ne constitue qu'un aspect d'un programme finalisé comprenant par ailleurs le recours à des actes obligatoires et/ou à des instruments non juridiques comme l'information et la formation. Ainsi, les fameuses «guidances administratives japonaises»⁹ comportent plusieurs leviers d'action : des recommandations, des conseils certes, mais aussi des déductions fiscales, des subventions¹⁰ qui se traduisent par l'apparition de normes obligatoires.

On ne quitte pas franchement la sphère du droit réflexif en analysant les actions incitatrices de l'État. L'autolimitation qu'il s'impose en renonçant à édicter des commandements et en se bornant à suggérer l'adoption de certains comportements pousse la réflexivité à son point extrême. On pourrait parler de surflexivité pour bien montrer que la réussite de l'action étatique dépend plus encore que précédemment de la bonne volonté des destinataires, de leurs faiblesses d'autoorganisation. La division entre le droit réflexif et le droit surflexif n'est par ailleurs pas tranchée. Les accords corporatistes analysés plus hauts sont fréquemment informels et non contraignants¹¹. Les négociations portant sur l'application des normes impératives tournent fréquemment à des opérations de persuasion¹².

Le recours à la persuasion ou à l'influence pour orienter les comportements correspond à une tendance constante vers une limitation des pouvoirs de l'État. On peut distinguer dans l'histoire trois grandes phases d'autolimitation qui sont justifiées à la fois par des choix en valeurs et par des considérations pratiques.

⁸ AMSELEKE P. (1991), «L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales», *L'État propulsif*, 153.

⁹ SHONO H. (1982), «Administrative Guidance», *Public Administration in Japan*; LASCOUMES P. (1991), «Les contrats de branche et d'entreprise en matière de protection de l'environnement en France. Un exemple de droit négocié», *L'État propulsif*, 231; TIMSTR G. (1997), *Archipel de la norme*, 57.

¹⁰ CASTELLS M. (1998), *La société en réseaux. L'ère de l'information*, 221.

¹¹ Cf. *supra*, p. 134.

¹² Cf. *supra*, p. 138, 139.

La première phase est celle de l'État de droit. Alors que dans la conception autoritaire du pouvoir, le souverain se considère comme *legibus solutus*, la conception de l'État de droit introduit l'idée que le législateur est soumis au droit qu'il édicte; qu'il limite ainsi non seulement la liberté des administrés mais aussi sa propre liberté. Il s'agit avant tout d'un choix en valeurs visant à protéger l'individu contre l'action arbitraire de l'État. Mais ce choix s'explique aussi par des considérations pratiques d'utilité, à savoir que le droit sera mieux respecté si le souverain s'y soumet lui-même¹³.

La deuxième phase d'autolimitation correspond à l'apparition des programmes relationnels par lesquels l'État tente de surmonter les difficultés qu'il rencontre, lorsqu'il cherche à agir de manière autoritaire à l'aide de programmes finalisés¹⁴. Cette deuxième phase d'autolimitation répond avant tout à des considérations pratiques. Mais les jugements de valeurs ne sont pas absents. Dans une vision large du principe de subsidiarité, on peut considérer que plus l'État recherche l'accord des groupes ou des individus affectés par une réglementation autoritaire, plus l'autonomie et la liberté des uns et des autres seront sauvegardés.

La troisième phase d'autolimitation s'ouvre avec la propension de l'État à recourir à la persuasion et à l'influence de préférence à l'action autoritaire. Elle s'explique au premier chef par des considérations d'utilité. L'incitation doit être choisie de préférence au commandement, parce que celui-ci pose fréquemment autant de problèmes qu'il n'en résout et parce qu'il produit des externalités engendrant de nouveaux besoins de réglementation. Le recours à la persuasion cherche à briser le cycle infernal des réglementations s'autolimitant par la lutte incessante contre les effets pervers qu'elles produisent. À côté de ces considérations pratiques, le recours à la persuasion répond aussi à un choix en valeurs. Si deux moyens sont également aptes à atteindre un objectif, la liberté sera mieux sauvegardée si l'État choisit celui qui implique le moins de contraintes. C'est ce qu'exprime le principe de proportionnalité.

Dans l'Union européenne, cette autolimitation de troisième degré a été envisagée par la Commission dans le cadre des discussions relatives à la mise en oeuvre du principe de subsidiarité¹⁵. Selon elle, le choix majeur qu'implique le principe de subsidiarité, qu'elle ne distingue semble-t-il pas du principe de proportionnalité, consiste à adopter, chaque fois que cela est possible, des actes

¹³ Sur ces motifs, dans la doctrine allemande, voir CHEVALLIER J. (1994), *L'État de droit*, 2ème éd., 21.

¹⁴ Cf. *supra*, p. 132.

¹⁵ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen. *Europe/Documents*, n° 1804/1805 du 30 octobre 1992. Voir TIMSTR G. (1997), *op. cit.*, (note 9), 63, 64.

non contraignants. La Commission suggère par ailleurs des options de subsidiarité en cascade correspondant à divers degrés d'autoimitation. Choisir de préférence la directive au règlement, l'acte non contraignant à l'acte obligatoire. L'application rigoureuse de ces préceptes supposerait que le principe de subsidiarité acquière une valeur supraconstitutionnelle, en ce sens qu'il permettrait de déroger aux mandats impératifs de réglementer et aux déterminations précises de la nature de l'acte à adopter (règlement, directive) qui figurent dans les traités. L'application du principe de subsidiarité suppose, par ailleurs, qu'un mécanisme d'évaluation soit mis en place pour savoir si l'adoption d'une action plus douce que le commandement suffit à atteindre les objectifs prévus par les traités¹⁶.

Parmi les divers moyens que l'État utilise pour orienter sans contraindre, nous distinguerons les actes incitateurs (I) et d'autres formes d'influence (II). Même si la frontière n'est pas nette, il semble possible de différencier des actes qui représentent des manifestations d'une volonté normative s'exprimant dans une forme qui rappelle l'édiction d'actes juridiques obligatoires d'autres formes d'influence moins structurées. Nous nous interrogerons bien sûr sur la valeur juridique de ces différentes formes d'action et verrons pour finir quel est l'impact qu'elles exercent sur la structure du droit (III).

I. Les actes incitateurs

Il s'agit d'actes qui orientent les comportements sans les rendre obligatoires. On pourrait parler d'une action directive, c'est-à-dire d'une action «qui dirige, qui imprime une direction, mais sans l'imposer»¹⁷. Le terme pilotage convient assez bien pour désigner ce mode d'orientation. On parle aussi de «guidance administrative»¹⁸. Le terme gouvernance¹⁹, bien qu'il s'applique à toutes sortes de formes d'actions réflexives, convient aussi, car il a été forgé à partir de l'opposition au gouvernement, c'est-à-dire aux formes autoritaires de conduite des comportements²⁰. Le terme régulation quant à lui ne convient pas pour désigner des actions purement incitatives. En anglais, il peut connoter des réglementations très autoritaires²¹. Et c'est en raison de ce caractère que s'est

¹⁶ Voir MORAND C.-A. (1993), «L'obligation d'évaluer les effets des lois», *Évaluation législative et lois expérimentales*, 100-102.

¹⁷ Voir le Robert.

¹⁸ TIMSIT G. (1997), *op. cit.*, (note 9), 56ss.

¹⁹ Voir ARNAUD A.-J. (1997), «De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques», *Droit et société* 35, 28ss.

²⁰ GHOSH B. (1997), «Le Gouvernement cède du terrain à la gouvernance», *Journal de Genève*, 12 décembre 1997.

²¹ OGUS A. I. (1994), *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, 1.

formé le mouvement de la dérégulation. Le terme doit être réservé pour désigner l'action finalisée des politiques publiques, qu'elle fasse appel ou non à l'incitation²².

Les actes incitateurs ont une parenté avec d'autres actes qui ont aussi une fonction d'orientation, les principes directeurs et les taxes d'orientation²³. La différence réside dans la force obligatoire. Les principes directeurs sont obligatoires même si, contrairement aux règles fixes, ils ne déterminent pas de manière détaillée les comportements à suivre. Les taxes d'orientation comportent l'obligation non pas de prendre la direction voulue, mais de payer une somme d'argent si on s'y refuse.

Les actes incitateurs par lesquels l'État pose des normes sans les rendre obligatoires forme un deuxième circuit parallèle de production normative. Un circuit où prédomine l'absence de formalisme, la souplesse et la légèreté. Le statut juridique de ce deuxième circuit est beaucoup plus incertain que le premier. Il n'a pas non plus la même unité. Il faut dire aussi qu'il a été peu exploré par la doctrine, tant il est vrai que les juristes ont été déconcertés par ce type d'action qu'ils ne sont guère portés à valoriser.

Que le droit interne recoure de manière de plus en plus large à ces types d'actes ne va pas de soi. C'est pourquoi il faut s'interroger sur la fonction qu'ils exercent en droit interne (A). On pourra ensuite les décrire (B) et s'interroger sur leur valeur juridique.

A. La fonction des actes incitateurs en droit interne

En droit interne, on a mis du temps à s'intéresser au développement d'actes dépourvus de force obligatoire. D'aucuns ne comprennent pas que l'État, qui dispose du pouvoir de commander, ait recours à une forme abâtardie de droit²⁴. Il est dès lors nécessaire d'expliquer pourquoi même en droit interne cette forme de gouvernance s'est développée.

En droit international, les actes incitateurs jouent un rôle considérable. Dans une société dépourvue d'organes centraux de législation et dominée par le principe de la souveraineté des États, ils répondent de manière pragmatique à un impératif besoin de réglementation. Ils suscitent d'énormes controverses parce qu'ils posent le problème de la nature même du droit, de sa délimitation avec le non-droit. Ces débats trouvent leur reflet dans une terminologie écartée,

²² *Ibid.*, 79.

²³ Cf. *supra*, p. 83 ; 142, 143.

²⁴ Voir notamment BIGON J. SAUVADET (1995), *L'insoutenable application de la loi. Rapport n° 2172*, 58, 59.

certaines auteurs parlant de droit mou, d'autres d'un droit vert²⁵ en soulignant sa contribution à la formation d'un droit plus achevé, d'autres d'un droit assourdi²⁶.

En droit interne, l'irruption des actes incitateurs est plus difficile à expliquer. Elle est corrélée au développement de l'interventionnisme étatique²⁷ qui n'a pu s'étendre qu'à condition de diminuer la contrainte sur les groupes et sur les individus. Il y aurait ainsi dans l'action étatique une loi analogue à celle de Boyle-Mariotte sur la compressibilité des gaz selon laquelle le volume et la pression seraient inversement proportionnels. En risquant une autre analogie, on pourrait dire qu'en cherchant à influencer des systèmes sociaux autonomes, comme par exemple l'économie, la science, la culture, l'État se trouve dans une position un peu semblable à celle des organisations internationales à l'égard des États. Par rapport à ces systèmes sociaux autonomes, l'État est tout au plus un *primus inter pares*²⁸. Encore faut-il remarquer, qu'avec la mondialisation de l'économie, même ce statut de *primus* lui est contesté. Il ne se passe pas de jours sans que l'on constate que l'économie résiste aux mesures étatiques les mieux intentionnées, qu'elle se venge des contraintes que l'État cherche à lui imposer. La tendance des autorités nationales à recourir toujours plus largement à la persuasion est due au caractère polychaïque des sociétés modernes, au fait qu'elles sont composées de systèmes sociaux toujours plus fermés sur eux-mêmes, se prétendant tout-puissants dans leurs sphères d'action. Le développement des actes incitateurs en droit interne s'explique ainsi par ce que l'on pourrait appeler, en faisant un pas audacieux de plus, «l'égalité souveraine» des systèmes sociaux autonomes que constituent le droit, la politique, l'économie, la science, la culture.

Une différence de taille existe pourtant entre l'ordre juridique international et les ordres juridiques étatiques. Dans ceux-ci, le recours à la contrainte se profile fréquemment derrière la persuasion. Les actes incitateurs se déploient souvent à l'ombre du droit contraignant. Dans une perspective qui correspond au développement du principe de subsidiarité, le droit impératif apparaît ainsi comme une instance d'appel pour le cas où la persuasion ne suffirait pas à résoudre un problème social.

25 DUPUY R.J. (1975), «Droit déclaratoire et droit programmatique: de la coutume sauvage à la *soft law*», *L'élaboration du droit international public*, 132ss.

26 RIGAUD (1989), «Cours général de droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 362, 375; ARI-SAAD (1993), «Eloge du droit assourdi. Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain», *Nouveaux littéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, 59ss.

27 AMSELER P. (1991), *op. cit.*, (note 8), 134ss.

28 WILKE H. (1991), «Trois types de Structures juridiques : programmes conditionnels, programmes finalisés et programmes rationnels», *L'État propulsif*, 89.

Les développements qui se produisent au plan national pourraient constituer une source d'encouragement pour les organisations internationales. Celles-ci se trouvent pour une fois en avance sur les États. Elles ont l'avantage de posséder une expérience de plusieurs décennies dans la conduite de l'action douce par la persuasion. Elles n'ont plus à faire de complexes à l'égard de la toute puissance de l'État. Celui-ci trouve à son tour des résistances dans les systèmes sociaux qu'il cherche à influencer, résistances qui s'avèrent parfois aussi fortes que celles que les organisations internationales rencontrent de la part des États. Au désenchantement de l'État (*Entzauberung des Staates*)²⁹ pourrait ainsi correspondre un réenchantement de l'organisation internationale.

Ces développements pourraient aussi conduire l'Union européenne à persévérer dans la voie tracée par le document de la Commission sur la subsidiarité³⁰. La propension de l'Union à hypertrophier, à utiliser à plein ses compétences, se comprend mal à un moment où les États eux-mêmes adoucissent leurs modes d'action. Les griefs relatifs au déficit démocratique perdrait de sa force si l'Union utilisait moins les actes contraignants et plus les actes qui ne lient pas³¹. L'incitation nécessite infiniment moins de légitimation démocratique que le recours à la contrainte.

B. Aperçu de quelques actes

Dans un domaine où le formalisme n'est pas de mise, il serait vain de prétendre faire une énumération exhaustive des actes incitateurs. On se bornera à décrire les actes les plus marquants.

1. Les recommandations

Ce sont des invitations à se comporter d'une manière déterminée. La technique permet à la fois aux pouvoirs publics d'opérer une direction des conduites et de ménager aux personnes visées une marge de liberté³². Contrairement à ce qui peut se passer en droit international, la menace d'une action contraignante n'est pas complètement absente, mais elle est différée. En adoptant une recommandation, les pouvoirs publics indiquent fréquemment qu'ils adopteront des normes contraignantes si l'appel fait à la bonne volonté des destinataires ne suffit pas. Parfois, la technique de la recommandation est combinée avec celle de la décision. En Suisse, la Commission des cartels était à une époque habilitée à adopter des recommandations. Si celles-ci n'étaient pas acceptées par les intéressés, une autorité administrative supérieure était alors habilitée à prendre

29 WILKE H. (1983), *op. cit.*, (note 5).

30 Cf. *supra*, p. 161, 162.

31 Art. 189 al. 5 CEE.

32 AMSELER 1991, *op. cit.*, (note 8), 144.

une décision³³. La recommandation n'est alors qu'une phase dans une procédure complexe aboutissant soit à une convention obligatoire soit à une décision.

Dans certains secteurs, la technique de la recommandation est en passe d'être intégrée comme une étape majeure de l'interventionnisme étatique. En Suisse, on trouve dans le domaine de la protection de l'environnement et des économies d'énergie des réglementations qui fixent de manière précise les objectifs qu'il est souhaitable d'atteindre en laissant aux opérateurs le soin de choisir les moyens d'y parvenir. Ainsi l'ordonnance sur la réduction de carburants des automobiles (ORCA) se contente de prévoir que «la consommation spécifique moyenne de la flotte des voitures neuves doit s'abaisser de 15% en l'espace de cinq ans»³⁴. Aucune conséquence n'est prévue si l'objectif n'est pas réalisé. Mais les importateurs de voiture savent qu'une réglementation autoritaire sera adoptée si les objectifs ne sont pas atteints. Cette dissociation entre les objectifs tracés par les pouvoirs publics et les moyens laissés à l'appréciation des particuliers constitue une technique originale d'incitation. Le procédé peut être raffiné, lorsque la loi elle-même prévoit les mesures qui s'imposeront au delà d'un certain délai si les objectifs ne sont pas atteints. C'est la technique prévue en Suisse par le projet de loi sur l'énergie³⁵.

Ce mode de faire permet de ménager au mieux la liberté des particuliers et des groupes visés. Sur le plan stratégique, elle permet de rendre plus acceptable l'adoption d'une législation autoritaire en la différant dans le temps et en attirant l'attention des groupes sur la responsabilité qui leur incombe si les objectifs prévus ne sont pas atteints. La technique aboutit ainsi à transmettre à des groupes privés la responsabilité principale dans la réalisation de l'intérêt public sous la menace voilée ou explicite d'une intervention autoritaire. Dans ce système, la loi ne prévoit pas de sanctions. C'est l'adoption d'une loi dans le futur qui est présentée comme la sanction de la non réalisation des objectifs préalablement tracés. En droit interne, le dard du droit n'est jamais complètement absent de l'action directive.

Parmi les recommandations, il faut faire une place à part aux mises en garde par lesquelles l'autorité déconseille par exemple l'adhésion à des sectes ou l'utilisation d'un produit considéré comme nocif pour la santé³⁶. L'État

³³ Voir FAVRE J. (1991), «Les modalités d'action de la Commission des cartels et les techniques juridiques utilisées», *Les instruments d'action de l'État*, 122.

³⁴ *Recueil systématique des lois fédérales* 741.421.

³⁵ *FF* 1996 IV, 1012ss.

³⁶ Voir à ce sujet FLOCKIGER A. (1998), *L'extension du contrôle juridictionnel des activités de l'administration*, 15, 61, 149, 150.

cherche à produire par ce type d'actions des effets à peu près analogues à ceux que produirait une interdiction.

Une technique propre aux États fédéraux est la loi-modèle dont les autorités centrales recommandent l'adoption aux entités fédérées. Elle leur permet d'opérer une certaine uniformisation du droit dans un domaine où elles n'ont pas la compétence de légiférer. En Suisse, la préparation de la loi-modèle est calquée sur la procédure parlementaire des lois fédérales et comporte une consultation étroite des entités fédérées³⁷. Dans le domaine des économies d'énergie, elle se greffe sur un réseau très dense de relations entre autorités fédérales et cantonales comportant de nombreux échanges d'information. La réussite de l'opération dépend très largement de la qualité des études effectuées et de l'adéquation de la réglementation proposée aux besoins des cantons. Le recours à cette technique pousse à l'extrême l'application du principe politique de subsidiarité.

2. Les accords amiables

Dans ces accords, les acteurs privés acceptent d'adopter des comportements permettant d'atteindre les objectifs d'une politique publique en contrepartie d'une promesse explicite ou implicite des pouvoirs publics de ne pas adopter une réglementation impérative³⁸. Ni l'une ni l'autre des deux parties ne prennent d'engagements fermes. La seule obligation qui semble résulter de ces accords découle de l'application du principe de la bonne foi. Si une partie n'entend pas respecter l'accord, elle doit fournir des explications. L'obligation a une certaine consistance en ce qui concerne l'autorité publique comme en témoigne un arrêt du Tribunal fédéral³⁹. Elle doit indiquer pourquoi l'accord amiable ne lui paraît pas satisfaisant et pourquoi elle estime dès lors nécessaire de recourir à une réglementation impérative.

3. Les principes directeurs dépourvus de force obligatoire

Il est tout à fait étonnant que les États qui, grâce aux principes directeurs, disposent d'une technique très souple de réglementation trouvent utile d'affirmer l'existence de principes ne liant ni les autorités ni les particuliers. Il faut prendre garde au fait que la délimitation entre les deux types de principes est extrêmement délicate. Seule une étude approfondie de la jurisprudence permet parfois de se prononcer. Des principes considérés comme ne liant pas dans un ordre juridique peuvent être considérés comme obligatoires dans un

³⁷ Voir DELLEY J.-D./MADER L. (1986), *L'État face au défi énergétique. Etude de mise en oeuvre de mesures fédérales et cantonales d'économie d'énergie*, 23ss.

³⁸ POLTIER E. (1987), «Les gentlemen's agreements à participation publique», *Revue de droit suisse* 106, 377.

³⁹ *ATF* 118 Ib, 367ss.

autre. C'est ce qui se passe, comme nous le verrons⁴⁰, pour les principes directeurs du droit international, comme ceux qui sont contenus dans la déclaration universelle des droits de l'homme. Le changement de perception au sujet de la valeur juridique des grands principes directeurs est particulièrement saisissant, si l'on considère le préambule des constitutions. Pendant des générations, ils ont été présentés dans les manuels de droit comme l'exemple de dispositions non juridiques figurant dans un texte qui, dans l'ensemble, liait. Ils peuvent pourtant aussi être considérés comme obligatoires, ainsi que le montre la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Il peut en aller de même, comme nous l'avons vu⁴¹, du principe politique de subsidiarité dans les États fédéraux ou dans une organisation supranationale. Il en va de même des macroprincipes que sont l'État de droit, l'État démocratique, l'État social⁴². Ces grands principes, longtemps tenus pour de simples proclamations, sont aujourd'hui considérés comme des principes directeurs obligatoires, susceptibles de fonder directement des jugements constitutionnels.

De nombreux principes sont dépourvus de force obligatoire, même si leur intégration dans le droit positif est toujours possible. Il s'agit fréquemment de proclamations de droit désirable, permettant d'effectuer des jugements politiques, mais pas juridiques au sujet d'une législation ou d'un comportement. Ainsi en est-il probablement du principe pollueur-payeur, lorsqu'une législation l'affirme, mais s'en écarte si souvent dans les dispositifs précis qu'elle met en place qu'on peut douter de son caractère obligatoire.

Même lorsque des principes directeurs semblent *prima facie* dépourvus de force obligatoire, le jugement définitif à ce sujet doit être réservé. Il se peut qu'après une période de latence les tribunaux en fassent usage dans le cadre de l'interprétation. C'est ainsi qu'il est arrivé que le Tribunal fédéral suisse se réfère au principe pollueur-payeur⁴³ alors qu'à première vue on pouvait sérieusement douter de son obligatorité. Il se peut aussi qu'un comportement conçu dans la sphère internationale comme portant sur un comportement souhaitable devienne obligatoire à la suite de son incorporation au droit interne. C'est ce qui s'est produit avec le principe de précaution énoncé dès 1972 dans la déclaration finale de la Conférence de Stockholm, consacré au principe 25 de la Déclaration de Rio⁴⁴ et repris dans la loi Barnier du 2 février 1995 en ces termes : «l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées

⁴⁰ Cf. *infra* 171, 172.

⁴¹ Cf. *supra*, p. 161, 162.

⁴² Voir SOMMERHANN K.-P. (1997), *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*.

⁴³ Voir ATF 122 II, 26ss.

⁴⁴ Voir BOEHNER M.-L. (1998), «Le principe de précaution et la radioprotection», *Radioprotection et droit nucléaire*, 145, 146.

visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable.» La question de l'obligatorité du principe de précaution a été au centre de la décision du Conseil d'État du 25 septembre 1998 de surseoir à l'exécution de l'arrêt ministériel autorisant la commercialisation de trois variétés de maïs transgénique. En reconnaissant le caractère obligatoire du principe, le Conseil d'État n'a pas suivi les conclusions du Commissaire du Gouvernement, M. Stahl. Ce dernier estimait que le principe de précaution n'a «pas de valeur juridique contraignante», qu'il constitue «une formule de recommandation générale non applicable directement» dont il n'est pourtant pas possible de faire abstraction, parce qu'il constitue l'ossature du droit de l'environnement⁴⁵. On mesure, à la lecture de ces conclusions, la difficulté qu'il y a à tracer la frontière entre l'obligatoire et le recommandé, entre le juridique et le politique.

4. Les actes incitateurs des autorités administratives indépendantes

Il faut leur faire une place à part, parce que ces autorités manifestent au plus haut point l'idée de gouvernance, celle d'un pilotage non autoritaire des conduites. Ces autorités cherchent à convaincre plutôt que de contraindre⁴⁶. Il est frappant de constater que même lorsqu'elles disposent d'un pouvoir de décision, elles préfèrent des moyens moins contraignants, mieux adaptés à leur mission⁴⁷. Cela se comprend dans la mesure où ces autorités ont été créées «en raison de l'inadéquation des modes classiques d'expression du pouvoir»⁴⁸.

Ce qui est frappant aussi, c'est que les autorités administratives indépendantes ont à leur disposition une panoplie de moyens de persuasion et d'influence. Elles fournissent des avis, font des propositions, diffuses de l'information, recommandent, en appellent à l'opinion publique. Le cumul d'instruments doux de persuasion apparaît finalement aussi efficace que les commandements qui génèrent des mouvements d'opposition et qui en définitive reposent eux-aussi sur une certaine dose de bonne volonté de la part de leurs destinataires⁴⁹.

⁴⁵ *Le Monde* des 27 et 28 septembre 1998, 8.

⁴⁶ TEITGEN-COLLY C. (1988), «Les autorités administratives indépendantes: histoire d'une institution», *Les autorités administratives indépendantes*, 38. MAISI H. (1988), «Les autorités administratives indépendantes: protection des libertés ou régulation sociale?», *Les autorités administratives indépendantes*, 87.

⁴⁷ TEITGEN-COLLY C. (1988), *Ibid.*, 46.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Cf. *supra*, p. 133ss.

5. La création d'institutions dépourvues de pouvoir de décision

La figure est intéressante parce qu'elle montre qu'il y a des règles qui n'entrent pas dans les catégories établies par Hart⁵⁰, à savoir qui ne sont ni de reconnaissance, ni de changement, ni de décision. Elle montre bien que la création d'une institution a une valeur en soi qui est indépendante de sa contribution à l'édiction future de normes générales ou individuelles. Cette valeur en soi s'explique par le fait que la création de l'institution peut être l'objet même de la politique publique. Soit parce que la création de l'institution, pourtant dépourvue de tout pouvoir de décision, a une valeur symbolique qui suffit à contenir l'opinion publique. Soit parce que l'institution est créée pour exercer d'autres fonctions que celles consistant à édicter des règles ou à prendre des décisions.

La création d'une déléguée à la condition féminine a une valeur symbolique indépendante des pouvoirs (ou de l'absence des pouvoirs) qui peuvent lui être conférés. La création d'un poste de médiateur ne doit pas être considérée dans la perspective de la production de décisions, puisque sa fonction est précisément de servir de substitut à une solution juridictionnelle des conflits. Ce serait dénaturer sa fonction que de n'y voir qu'un rouage destiné à produire des accords entre les parties, même si cela peut être l'une des issues de la médiation⁵¹.

Il n'est dès lors même pas exact de considérer que les normes visant à la création d'institutions sont des normes secondaires, au sens où elles serviraient à la production ou à l'application de normes primaires. Elles relèvent d'une autre problématique. On pourrait dans cette optique distinguer d'une part les normes institutionnelles et de l'autre celles qui portent sur les comportements (droits, obligations, pouvoirs) des particuliers ou des autorités, qui elles-mêmes se diviseraient, selon Hart, en règles primaires et secondaires.

C. La valeur juridique des actes incitateurs

Elle doit être appréciée à la fois au point de vue dynamique et statique. D'un point de vue *dynamique*, ces actes constituent fréquemment la première étape dans la voie de la création de normes obligatoires. En droit international, ces actes sont qualifiés de droit vert⁵² en raison de leur contribution à la formation de coutumes. En droit interne, ils représentent fréquemment la première

étape d'une intervention. Ils font souvent office de législation expérimentale⁵³. Ils permettent aux autorités d'obtenir rapidement des résultats, d'accroître la connaissance du champ réglementé, de tester le degré d'acceptation d'une réglementation. L'évaluation des résultats permettra après un certain temps aux autorités de décider si elles se satisfont des résultats obtenus ou si elles préfèrent adopter une réglementation contraignante. D'un point de vue dynamique, les actes d'incitation constituent un avant-dire droit qualifié, c'est-à-dire marqué du sceau de l'officialité. Ils pourraient dans cette perspective être considérés comme faisant partie de la procédure préparatoire de préparation des lois.

La dynamique des normes incitatives est frappante si on considère la pénétration en droit interne de ce que les internalistes appellent le *soft law*. Celui-ci est fréquemment invoqué devant les instances étatiques et il lui arrive de servir dans ce milieu une mutation étonnante. Il est évidemment impossible de rendre compte ici exhaustivement de ce vaste phénomène. On se contentera de touches impressionnistes. Fréquemment l'administration et le juge, mais cela est vrai aussi du législateur, se réfèrent dans le cadre de leurs prises de décisions à des recommandations ou même à des conventions non ratifiées par l'État en question. Cela s'explique tout d'abord par le fait que les instances étatiques ne différencient pas toujours très bien les actes internationaux en fonction de leur obligatorité. Les organisations internationales, et la doctrine à leur suite, jouent fréquemment sur l'ambiguïté, présentant par exemple pêle-mêle des conventions et des recommandations. Même si la transformation du *soft law* du droit international en *hard law* en droit interne résulte de l'ignorance ou d'un malentendu, elle n'en est pas moins réelle. Un autre facteur explique cette mutation. Les recommandations constituent souvent, pour l'administration ou le juge, un point de référence important pour donner sens à une notion indéterminée du droit national, pour combler une lacune.

La mutation est encore plus impressionnante, s'agissant d'actes solennels non obligatoires mais énonçant de grands principes de valeur universelle, comme la Déclaration universelle des droits de l'homme ou l'acte final de la Conférence de Rio. On a probablement tort de déduire de leur universalité une valeur obligatoire au plan international et *a fortiori*, sauf exception, de les inclure dans le *jus cogens*. En revanche, il est indéniable que les principes qu'ils énoncent en droit interne peuvent acquérir une force qu'ils n'avaient pas au départ. Ainsi la Déclaration universelle des droits de l'homme a servi d'argument important en droit suisse dans le processus prétoire de reconnaissance de droits fondamentaux non écrits⁵⁴. Le principe de précaution, la notion de dé-

⁵⁰ HART H.L.A. (1976), *Le concept de droit*, 116ss.

⁵¹ Voir BONAFÉ-SCHMATT J.-P. (1992), *La médiation: une justice douce*, 180ss.

⁵² ABI-SAAB G. (1997), «Cours général de droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international* t. 207, 210.

⁵³ Voir en Suisse les accords amiables visant à réduire la production et la consommation de PVC, POLTER E. (1987), *op. cit.* (note 38), 370, 371).

⁵⁴ ROSSINELLI M. (1987), *Les libertés non écrites*, 217.

veloppement durable acquièrent peu à peu en droit interne une force obligatoire, qui ne tient pas à la valeur juridique qui leur a été attribuée par le texte international, mais à leur aptitude à convaincre les autorités administratives ou judiciaires à les intégrer dans le droit. Dans le processus de surdétermination qui marque l'interprétation des normes internes, tout particulièrement lorsqu'elles ont, comme les standards, un contenu variable, les grands principes du droit international, même non obligatoires, ont une valeur particulière en raison à la fois de leur force de conviction et du travail d'élaboration dont ils ont fait l'objet. Ils sont en quelque sorte *ready made* pour une incorporation en droit interne, en tant que principes revêtus d'une force obligatoire.

D'un point de vue *statique*, il faut s'interroger sur la valeur juridique de ces actes indépendamment de la contribution qu'ils peuvent apporter à la formation de règles obligatoires. Les qualifier de juridique ne va pas de soi, même si on a pu considérer que le refus de les incorporer dans le droit est archaïque⁵⁵. On peut suivre Amselek⁵⁶, lorsqu'il considère qu'il y a deux types de normes éthiques, celles qui ordonnent et celles qui recommandent. Mais pas lorsqu'il estime, comme si cela ne faisait pas problème, qu'elles constituent deux types de normes juridiques.

L'ouverture du droit sur les sciences morales et politiques n'implique pas que l'on abolisse les différences et que l'on considère que le droit doit nécessairement absorber les autres formes de normativité. Toute discipline, tout système, a besoin de définir ses frontières. Cela est particulièrement important pour le droit parce que l'inclusion d'un acte entraîne pour l'autorité une série d'obligations de forme et de fond et pour les destinataires de ces actes des garanties procédurales ou substantielles. L'inclusion automatique dans le droit de toutes sortes de normativités est à la fois source de confusion et de dangers du point de vue de la protection des individus à l'égard de l'action étatique.

Si le positivisme n'avait qu'une seule vertu, ce serait celle de déterminer, à l'aide de la théorie des sources, quelles sont les normes morales, politiques, sociales qui font partie du droit en mettant fin aux querelles intersubjectives interminables qui interviendraient en l'absence de critères de la juridicité. Sans parler des dangers que font courir les conceptions scientistes visant à subordonner le droit aux faits et les mouvements intégristes tendant à soumettre le droit à une morale ou à une religion en assurant leur pénétration automatique dans celui-ci. Cela ne signifie pas que les critères soient faciles à établir et qu'il n'y ait pas des incertitudes au sujet des frontières. Par ailleurs le refus du jusnaturalisme et du sociologisme, sa forme élaborée, ne signifie nullement que le juriste n'a pas à s'intéresser à la genèse des normes juridiques et à leur fonc-

⁵⁵ TIMSIT G. (1997), *op. cit.*, (note 9), 176.

⁵⁶ AMSELEK P. (1991), *op. cit.*, (note 8), 143, 144.

tionnement dans la société. Il veut simplement dire qu'une différence doit être faite entre l'interne et l'externe. Entre la théorie pure du droit, coupant délibérément celui-ci de la société et le sociologisme qui l'engloutit, il y a place pour une théorie intermédiaire et modérée admettant des renvois successifs du droit à la société et de celle-ci au droit⁵⁷.

L'analyse de la valeur juridique des actes incitateurs peut partir de deux constatations au sujet des effets juridiques produits par ces actes. En tout cas *prima facie*, ces actes ne sont pas obligatoires. Ils ne sont pourtant pas sans effets de droit. Ils peuvent légitimer un comportement, éroder une réglementation obligatoire en entrant en contradiction avec elle, légitimer l'action de celui qui suit fidèlement le comportement qu'on lui suggère d'adopter⁵⁸. Ils peuvent aussi produire des effets indirects par le truchement de normes qui attachent de l'importance au respect du comportement recommandé, qu'il s'agisse des règles de la bonne foi ou de celles qui, dans le cadre de la responsabilité, déduisent des conséquences de l'adoption d'un comportement imprudent⁵⁹.

Malgré les conséquences qui peuvent se produire à la suite de l'adoption d'actes d'incitation, on ne saurait affirmer qu'ils font sans autres partie du droit. Car à l'instar des faits juridiques, c'est-à-dire des faits pris en considération par le droit, les actes incitateurs peuvent être considérés comme des actes situés hors du droit, mais dont celui-ci tient compte. Qu'un fait soit suivi de conséquences juridiques ne signifie pas encore qu'il fasse partie du droit. Il en va de même d'un acte dans lequel une autorité manifeste une volonté normative. Il faut encore qu'il réponde aux critères de la juridicité.

Parmi ces critères, on conviendra que celui de la sanction est insatisfaisant⁶⁰. Il y a belle lurette que l'on sait que la sanction n'est pas un critère distinctif du droit⁶¹. Qu'en particulier les nullités, qui sont les conséquences attachées aux conditions d'exercice d'une compétence, ne sont pas des sanctions. Et que, de toutes façons, les sanctions ne sont que des chaînes d'obligations créées à la suite de la violation d'une obligation primaire⁶². L'autre critère de juridicité est celui de l'obligatorité. C'est celui qu'Amselek⁶³ retenait au terme d'une brillante démonstration. On est dès lors surpris qu'il puisse, sans autre, classer dans le droit des invitations à adopter un comportement.

⁵⁷ Cf. *supra*, p. 88, 89.

⁵⁸ Sur ces effets, voir ABI-SAB G. (1997), *op. cit.*, (note 52), 205ss.

⁵⁹ Voir MORAND C.-A. (1991), «Les nouveaux instruments d'action de l'État et le droit», *Les instruments d'action de l'État*, 241.

⁶⁰ TIMSIT G. (1997), *op. cit.*, (note 9), 176ss.

⁶¹ MORAND C.-A. (1990), «Sanction», *Archives de philosophie du droit* 35, 293ss.

⁶² Voir VIRALLY M. (1960), *La pensée juridique*, 68ss.

⁶³ AMSELEK P. (1964), *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, 264ss.

L'observation de la jurisprudence interne et communautaire montre que la distinction entre les actes obligatoires et ceux qui ne le sont pas, entre les actes juridiques et les actes d'une autre nature, est incontournable. Le Conseil d'État examine si ces actes, même s'ils sont assez informels, sont obligatoires et font griefs ou s'ils ne lient pas leurs destinataires⁶⁴. La Cour des Communautés ne procède pas différemment en ne se sentant pas liée par la qualification de ces actes et en cherchant attentivement s'ils sont obligatoires ou non⁶⁵. L'affaire jugée par la Cour montre combien il est important de distinguer dans un ordre juridique les actes obligatoires de ceux qui ne le sont pas et quels sont les dangers de manipulation que la confusion présenterait. Dans cette affaire, la Commission a cherché à contourner les exigences procédurales d'adoption des actes obligatoires. Constatant que le Conseil n'était pas prêt à adopter une directive sur les fonds de pension, elle l'a transformée en communication, sans en changer le contenu, en créant par là volontairement une ambiguïté sur la nature de l'acte. La Cour a considéré qu'au vu des termes utilisés, il s'agissait d'un acte obligatoire que la Commission n'avait pas la compétence d'adopter. La distinction est particulièrement importante dans le droit de l'Union européenne dans la mesure où c'est à notre connaissance le premier ordre juridique qui a tenu à marquer dans sa Charte constitutive la distinction entre les actes obligatoires⁶⁶ et les actes qui ne le sont pas⁶⁷.

On ne s'en sort pas en considérant, comme le fait de Béchillon⁶⁸, que les invitations à se comporter d'une manière déterminée représenteraient un impératif conditionnel alors que les commandements ressortiraient à l'impératif catégorique. C'est méconnaître que pour Kant le droit se distingue précisément de la morale par son caractère conditionnel, ce que l'auteur semble d'ailleurs reconnaître⁶⁹. Le droit, contrairement à la morale, ne prescrit jamais qu'une action doit être faite absolument. Il se borne à prescrire quelles sont les conséquences qui doivent se produire (qui ne sont d'ailleurs pas nécessairement des sanctions) si certaines conditions sont remplies dans un cas d'espèce.

On comprend dès lors que l'on ait pu dire que l'idée même de *soft law* est une aberration⁷⁰. Celle-ci s'explique par le fait que le terme a été utilisé pour la première fois en droit international par Lord Mac Nair pour désigner des normes dont le caractère obligatoire ne fait pas de doute, les principes généraux de

droit⁷¹, puis étendu aux recommandations et aux accords amiables sans que les auteurs aient été conscients de la différence qui existait entre ces deux types d'actes. L'idée de Lord Mac Nair est précieuse à l'intérieur du droit pour différencier certains types d'actes ou de normes en fonction de l'intensité de l'obligatorité, pour distinguer les règles fixes des principes dont la force obligatoire varie en fonction des particularités de chaque espèce ou pour caractériser les objectifs constitutionnels (*Staatszielbestimmung*) dont l'impérativité est très réduite⁷². Le droit communautaire pour sa part distingue en fonction de l'ampleur de l'obligatorité les règlements et les directives.

Contre le panjuridisme qui inclut dans le droit les normes politiques et morales du seul fait qu'elles sont exprimées par l'État, on peut invoquer les derniers textes de Foucault⁷³ sur la gouvernabilité dans lesquels il montrait qu'en dehors du droit et de la discipline, l'État utilise des modes d'influence qui plongent leurs racines dans la pastorale chrétienne. Un art tout politique de gouverner par la patience et la sagesse, à la manière du roi des abeilles qui règne sur la ruche sans avoir besoin de recourir au dard.

Si le critère de l'obligatorité est déterminant pour délimiter la sphère du droit, il n'en reste pas moins insatisfaisant pour deux raisons. Tout d'abord, parce qu'il ne réussit pas à exprimer la complexité des normes juridiques. Il est orienté vers la caractérisation des normes primaires. Il y a certes de l'obligatorité dans les actes qui attribuent une compétence ou créent une institution. La compétence doit être exercée de la manière indiquée par la loi. L'institution doit être formée conformément aux prescriptions. Mais il y a quelque chose de plus dans ces normes que l'obligatorité : la création d'un pouvoir de droit, la création de l'institution elle-même.

En deuxième lieu, le critère de l'obligatorité ne peut pas toujours être retenu par le droit, lorsque les effets indirects d'un acte dépourvu de force obligatoire sont particulièrement graves pour les individus. Une tendance se fait jour dans les ordres juridiques nationaux à les assimiler à des actes obligatoires. Le cas le plus frappant est celui de la mise en garde dans laquelle l'autorité recommande de ne pas utiliser un produit, en raison des effets nocifs qu'il peut avoir pour la santé. Dans plusieurs ordres juridiques, les actes de ce genre sont assimilés à des décisions⁷⁴. Cette capacité des juridictions à déplacer les frontières du droit, que nous retrouvons à propos des actes matériels à visée nor-

⁶⁴ Voir TIMST G. (1997), *op. cit.*, (note 9), 166.

⁶⁵ Arrêt du 20 mars 1997, Affaire C-57/95.

⁶⁶ Art. 189 al. 1 CEE.

⁶⁷ Art. 189 al. 5 CEE.

⁶⁸ BÉCHILLON D. de (1997), *Qu'est-ce qu'une règle de droit?*, 191-195.

⁶⁹ *Ibid.*, 191, note 49.

⁷⁰ ARNAUD A.-J. (1998), *Entre modernité et mondialisation*, 162.

⁷¹ Voir ABI-SAB G. (1997), *op. cit.*, (note 52), 132.

⁷² Cf. *supra*, p. 27, 28, 58.

⁷³ FOUCAULT M. (1978), Texte sur la gouvernabilité paru dans la revue de philosophie italienne *AUT-AUT* n°5 167-168.

⁷⁴ Voir le droit allemand selon une ancienne pratique, FLÖCKIGER A. (1998), *op. cit.*, (note 36), 61, 150.

mative⁷⁵, est particulièrement nette en France en ce qui concerne la qualification des recommandations émanant d'autorités administratives indépendantes. Le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel ont assimilé, sans trop d'explications, les recommandations à des décisions⁷⁶. Cette pratique judiciaire montre que la frontière entre divers types de normativités n'est pas nette, qu'il y a autour de l'axe de l'obligatorité une zone grise à l'intérieur de laquelle les frontières se déplacent. L'élargissement de l'empire du droit s'explique à la fois par une propension des juristes à étendre leur domaine de compétence et par leur souci d'accroître la protection juridictionnelle des justiciables. Le flou du droit⁷⁷ se rencontre aussi dans la détermination de ses contours.

Dans une conception externe modérée, celle de l'observateur externe qui se réfère au point de vue interne des juristes⁷⁸, l'extension des frontières du droit s'explique par un souci de réintégrer dans celui-ci des considérations tirées de l'analyse du pouvoir réel exercé par l'autorité qui agit de manière incitative. Lorsque ce pouvoir est tellement important en lui-même, parce qu'il porte atteinte à des droits individuels ou en raison de la multiplication des leviers d'action sur la société, on est fondé à reconnaître que des normes qui sont *prima facie* politiques ou éthiques font partie du droit.

II. L'exercice d'une influence : Quand faire c'est dire

L'État dispose d'une panoplie de moyens pour influencer les comportements sans pourtant édicter de normes juridiques. Il peut agir sur son ordre intérieur en espérant produire des effets externes. Il peut chercher à influencer l'environnement humain de façon à conditionner les comportements. Il peut fournir des informations, des connaissances propres à orienter l'action des individus. Les diverses modalités d'action tombent en droit administratif dans la catégorie résiduelle des actes matériels⁷⁹.

Selon cette conception, il y a d'un côté les actes juridiques qui créent des droits et des obligations pour les administrés et de l'autre les actes matériels qui n'en créent pas, mais qui peuvent pourtant produire des effets à leur égard. Ces effets peuvent par exemple consister dans des atteintes à des intérêts maté-

⁷⁵ Cf. *supra*, p. 174.

⁷⁶ Voir TETGEN-COLLY C. (1988), *op. cit.*, (note 46), 55ss.

⁷⁷ DELMAS-MARTY M. (1986), *Le flou du droit*.

⁷⁸ OST F./van de KERCHOVE M. (1991), «De la scène au balcon. D'où vient la science du droit», *Normes juridiques et régulation sociale*, 73; COMMAILLE J./PERRIN J.-F. (1985), «Le modèle de Jans de la sociologie du droit», *Droit et société* 1, 95ss.

⁷⁹ Voir FLÖCKIGER A. (1998), *op. cit.*, (note 36).

riels ou idéaux. En baptisant une rue du nom d'un dictateur sanguinaire ou d'une personne ayant mené une vie dissolue, une commune peut heurter les sentiments d'une partie de la population⁸⁰. En apposant un crucifix au mur d'une école, les autorités peuvent porter atteinte à des convictions religieuses. Les visées normatives sont particulièrement nettes lorsque des autorités mettent en place des aménagements tendant à ralentir le trafic (Gendarmes couchés, obstacles divers) ou des dispositifs de vidéosurveillance. Les pouvoirs publics peuvent aussi, par de simples déclarations politiques à visée normative, mettre en place des programmes finalisés très articulés fixant avec précision les objectifs à atteindre et les moyens de les réaliser. De tels programmes peuvent dans certains cas jouer un rôle considérable et surdéterminer la production des normes juridiques et leur mise en œuvre⁸¹. Les opérations matérielles à visée normative peuvent constituer des alternatives à des politiques publiques autoritaires formées de commandements ou d'interdictions. Elles peuvent aussi servir de complément à de telles politiques.

Les juristes se sont intéressés aux performatifs illustrés par la fameuse formule d'Austin⁸² : «Quand dire c'est faire». Dire que j'ordonne signifie ordonner. Luttant contre l'illusion descriptive dans la théorie des actes de langage, Austin caractérise les performatifs par le fait d'une part qu'ils ne décrivent rien et ne sont donc ni vrais ni faux, de l'autre par le fait qu'ils correspondent à l'exécution d'une action⁸³. Les actes que nous examinons font exactement le contraire. La pose d'un crucifix dans une salle de classe veut dire quelque chose. Pour ces actes faire c'est dire. Ils illustrent bien la distinction entre le locutoire et l'illocutoire. Il n'y a pas de locutoire, de paroles émises, mais l'illocutoire, l'intention normative de celui qui accomplit l'action, est manifeste⁸⁴.

Parmi ces actes, nous distinguons les actes internes à effets externes (A), les actes matériels portant sur l'environnement humains (B) et les expertises (C).

⁸⁰ Pour un exemple dans la jurisprudence en ce qui concerne Oscar Wilde, voir FLÖCKIGER A. (1998), *ibid.*, 157.

⁸¹ Cf. *supra*, p. 93.

⁸² AUSTIN J.L. (1970), *Quand dire, c'est faire*.

⁸³ Voir MOESCHLER J./REBOUL A. (1994), *Dictionnaire encyclopédique de pragmatique*, 53.

⁸⁴ Sur la distinction, AMSELEK P. (1986), «Philosophie du droit et théorie des actes de langage», *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, 111.

A. L'action de l'État sur lui-même et pour les autres

Il y a des cas où l'administration adopte des ordonnances administratives et crée des droits ou des obligations pour des tiers. En vertu du critère de l'obligatorité, ces actes sont juridiques aussi bien dans l'ordre interne qu'externe. Ils posent cependant, comme nous l'avons vu, des problèmes⁸⁵ en raison des difficultés de distinguer l'intérieur et l'extérieur et de discerner dans l'acte prévu comme interne les droits et les obligations créés pour les administrés⁸⁶.

Il s'agit ici d'une autre situation. L'administration produit, en agissant sur l'ordre intérieur, non pas des effets juridiques, une modification de l'ordonnement juridique, mais des effets réels qui peuvent affecter de manière très importante les intérêts des administrés. En sa qualité d'employeur, de producteur de biens et de services, de consommateur, l'État peut conduire une politique publique en se bornant à définir sa propre ligne d'action. La politique salariale de l'État a des effets sur la fixation des salaires dans le secteur privé. Les mesures d'économie d'énergie qu'il s'impose peuvent, par un effet d'entraînement, orienter les comportements dans le secteur privé. Une expérience pilote bien conduite, dont les résultats sont diffusés dans le public, peut convaincre les gens de modifier leurs comportements.

Les effets réels externes, bien que non juridiques, sont pertinents pour le droit, parce qu'ils peuvent porter atteinte à des intérêts qu'il protège. C'est pourquoi dans certains cas, mais pas dans tous, les juridictions nationales reconnaissent l'acte interne pour permettre son annulation. Ils peuvent alors déterminer quelles sont les conditions de validité de l'acte⁸⁷. On assiste, comme pour les autres incitateurs, à un déplacement de la frontière du droit. Cette frontière devient, il faut le noter, très incertaine, car on ne dispose pas d'un critère sûr pour délimiter quels sont les effets externes qui justifient cette reconnaissance.

B. L'action sur l'environnement humain

Les ralentisseurs de circulation, les dispositifs de vidéosurveillance ont pour objectif explicite d'influencer les comportements. On souligne avec raison que ces dispositifs sont un mode de commandement⁸⁸. La vidéosurveillance est une forme moderne et élargie du panoptique de Bentham, un prolongement des

⁸⁵ Cf. *supra*, p. 80.

⁸⁶ Cf. *supra*, p. 82, 83.

⁸⁷ Voir pour la Suisse et l'Allemagne FLOCKIGER A. (1998), *op. cit.*, (note 36), 60ss.

⁸⁸ VIRILLO P. (1995), *La vitesse de libération*.

techniques disciplinaires analysées par Michel Foucault. Elle peut porter de graves atteintes à la vie privée et à l'image des individus. Les ralentisseurs de circulation visent ouvertement à limiter les facilités de déplacement des conducteurs de véhicules et limitent ainsi leur liberté. C'est pourquoi dans plusieurs ordres juridiques nationaux, le juge administratif considère comme un acte juridique la délibération visant à installer des dispositifs de ralentissement ou de surveillance⁸⁹. Il peut alors définir les conditions posées à la mise en place de tels dispositifs. Parmi ces conditions, l'exigence de proportionnalité joue un rôle important. La CNIL a publié en 1994 une recommandation de mandant «que le public soit informé de l'existence des systèmes, que le champ de vision des caméras ne déborde pas de l'aire surveillée, que les images soient détruites dans un délai relativement court⁹⁰ et que les personnes soient informées des modalités du droit d'accès⁹¹». L'exercice de ce dernier droit se révèle délicat dans la mesure où il se heurte à la protection de l'image de tiers. Depuis une loi de janvier 1995, la mise en place de la vidéosurveillance est soumise à autorisation.

Le déplacement de la frontière du droit permet de résoudre le problème des dispositifs ayant des visées normatives évidentes. La distinction entre l'acte juridique et l'acte matériel, qui avait à l'origine pour fonction de délimiter la sphère du droit, se déplace. Mais jusqu'où? Un nouveau problème de délimitation se pose pour distinguer parmi tous les dispositifs ceux qui doivent être intégrés dans le droit et ceux qui resteront hors de celui-ci. La nouvelle frontière est floue. Elle dépend probablement de l'intensité des visées normatives et des atteintes portées aux intérêts des administrés.

C. L'expertise à effets normatifs

Les connaissances que les experts fournissent à propos d'une situation individuelle ou d'une réalité sociale ont des effets normatifs. L'expertise psychiatrique d'un prévenu va déterminer dans une large mesure la décision judiciaire qui sera prise à son égard. La légistique, comme processus systématique d'aide à la formation de la législation, consiste à fournir des connaissances sur la réalité sociale qu'elle cherche à normer. Ces connaissances déterminent dans une certaine mesure le contenu des normes qui seront finalement adoptées⁹². Des propositions visant à modifier une loi peuvent devenir sans objet si une

⁸⁹ Pour la Suisse, voir FLOCKIGER A. (1998), *op. cit.*, (note 36), 155.

⁹⁰ Sauf en cas de procédure judiciaire.

⁹¹ VITALLIS A. (1998), «Le regard omniprésent de la vidéosurveillance», *Le Monde diplomatique*, mars, 27.

⁹² Voir MADER L. (1985), *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, 150ss.

étude sérieuse montre que les motifs invoqués sont erronés. Ainsi les propositions faites en Suisse de supprimer le droit de recours des associations de protection de l'environnement, au motif qu'il provoque des retards dans la réalisation de grands travaux, n'auront plus grand sens s'il est démontré que ces retards sont dus à d'autres causes. L'éventail des choix laissés au législateur peut être considérablement restreint par les données de fait recueillies. Depuis Jellinek en tout cas, les juristes parlent de la «force normative des faits»⁹³. Est-ce à dire que la distinction entre *Sein* et *Sollen*, qui est au cœur de la pensée keisérienne, doit être abolie? Qu'il faudrait reconnaître aux expertises, qui jouent un rôle décisif dans la prise de décision, la même valeur qu'aux actes juridiques eux-mêmes?

La présentation faite par Castel⁹⁴ de l'expertise instituante est à cet égard troublante. À côté des expertises techniques qui constituent des aides à la décision, il y aurait un autre modèle d'expertise «dans laquelle le savoir d'expert produit *directement* un ordre de normes et de règles juridiques.» L'exemple de la loi française de 1939 sur les aliénés illustre le procédé. L'expertise médicale a pour effet immédiat de placer l'individu dans un statut juridique comportant de graves restrictions à sa liberté.

À y regarder de plus près, la figure de l'expertise instituante ne tient pas. Il n'est pas contestable que des connaissances médicales, d'ailleurs largement dépassées aujourd'hui, forment «la structure interne du dispositif législatif de la loi de 1938»⁹⁵. Il n'est pas faux non plus de dire que la reprise par le droit de la structure interne d'un raisonnement médical réalise une jonction problématique entre deux systèmes opérant selon des modes de raisonnement très différents, et crée dès lors un grave conflit entre deux types de normativités. On ne peut pourtant pas en déduire que l'expertise produit *directement* des normes juridiques, ce qui voudrait dire que le droit se dissout complètement dans les faits ou dans une autre normativité. L'expertise instituante décrit une situation binaire dans laquelle l'État confère à une autorité disposant de connaissances particulières, en l'espèce le psychiatre, le soin de prendre des décisions sur la base de normes empruntées par le droit à un autre système. Ce n'est donc pas l'expertise qui produit directement des règles juridiques, mais une décision prise par une personne ayant des connaissances particulières et disposant d'un statut d'autorité. Le droit ne produit pas de la psychiatrie; celle-ci ne crée pas du droit. L'analyse de l'expertise instituante ne tient pas suffisamment compte de deux faits. Que le droit s'est incorporé une règle venue d'ailleurs. Qu'il procède à l'inclusion du spécialiste dans son système de décision en lui conférant

⁹³ *Ibid.*, 152.

⁹⁴ CASTEL, R. (1991), «Savoirs d'expertise et production de normes», *Normes juridiques et régulation sociale*, p. 177ss.

⁹⁵ *Ibid.*, 181.

un pouvoir juridique de décision. L'expertise instituante possède un effet normatif non pas parce que la connaissance produit des normes, mais parce que le droit confère au spécialiste un pouvoir de décision.

Le problème des rapports entre la connaissance et le droit, entre le savant et le politique, est pourtant tout à fait réel, même lorsque l'expertise est une simple aide à la décision. Le problème est double. D'une part l'autorité peut, en orientant l'expertise, manipuler les faits qui seront pris en considération par une norme de l'ordre juridique. Ainsi, si la construction de centrales nucléaires est soumise à une clause de besoin, l'expertise commandée par l'autorité sur le besoin prévisible en électricité va jouer un rôle décisif dans le fonctionnement de la mineure du raisonnement relatif à la clause de besoin. De l'autre, il n'est pas douteux que les constatations faites par un expert risquent d'être déterminantes si celui-ci dispose de connaissances dont le juge est incapable de contrôler la véracité. La solution à ces problèmes est donnée en réglementant la production d'expertises et en incluant dans le droit la décision d'y procéder. La réglementation peut diminuer le caractère déterminant de l'expertise en prévoyant des contre-expertises.

La frontière du droit reste pourtant incertaine, car toutes les expertises ne sont pas susceptibles d'être requalifiées. Celle qui établit la demande en électricité ne le sera probablement pas, si elle n'est pas directement liée à une procédure d'autorisation de construction d'une centrale nucléaire. Echapperont aussi à la requalification les expertises nombreuses qui accompagnent la préparation des lois, malgré leur «force normative».

III. L'action incitative et le droit

L'action douce mais parfois insidieuse de l'État passant par l'édiction de recommandations, la diffusion d'informations, l'adoption d'actes matériels à visée normative, est en train d'affecter très profondément la structure juridique. Elle crée une incertitude sur les frontières du droit (A). Elle opère un mixage entre le droit contraignant et la persuasion (B) d'autant plus intense qu'elle affecte les couches profondes du droit. Elle place sous un jour nouveau les exigences de légalité (C) dans la mesure où celles qui ont été posées pour orienter l'action autoritaire de l'État ne peuvent pas sans autre lui être appliquées.

A. L'incertitude sur les frontières du droit

Si le critère de l'obligatorité reste le plus sûr pour distinguer le droit des faits ou d'autres types de normativités, on constate pourtant qu'il ne permet pas d'établir une frontière claire et précise. La distinction entre l'acte administratif

et l'acte matériel était censée la tracer. Très réalistes, les tribunaux administratifs l'ont déplacée, sans pourtant définir de nouvelles limites.

Cette situation engendre un certain malaise pour les administrés qui ont toutes les peines à savoir si un comportement recommandé doit être suivi ou pas. Le malaise est d'autant plus grand que commandements et recommandations peuvent être exprimés dans des actes, comme la loi, qui sont généralement porteurs de normes obligatoires⁹⁶, ce que les internationalistes appellent des instruments *hard*. Il s'accroît lorsque l'administré constate que la violation d'une recommandation, comme celle qui existait en Suisse en ce qui concerne le port de la ceinture de sécurité, peut constituer une faute concurrente et diminuer la réparation du dommage. Nous avons constaté dans nos recherches empiriques que l'État entretenait parfois sciemment l'ambiguïté et qu'il était souvent très difficile de savoir si un comportement était prescrit ou recommandé. L'ambiguïté est particulièrement nette lorsque l'autorité recommande le respect de normes techniques, *ready made* pour leur incorporation dans le droit⁹⁷. Les techniciens auxquels ces normes s'adressent ont toutes les peines du monde à savoir si le comportement est prescrit ou seulement conseillé. La même ambiguïté a régné en droit communautaire en ce qui concerne la communication sur les fonds de pension jusqu'au prononcé de la Cour⁹⁸.

Il n'est pas possible de tracer à partir d'une étude de droit comparé les contours même grossiers d'une nouvelle frontière. Faut-il prendre en considération l'intensité de la visée normative intégrée dans un acte matériel ou dans un acte intérieur? Les dangers qu'il fait courir aux libertés? Le formalisme relatif de l'acte de persuasion? Une intuition nous donne à penser qu'on ne devrait pas considérer comme étant de droit la publicité faite par l'Office fédéral de l'énergie et recommandant de se doucher à deux ou de cuire un œuf d'une certaine manière. Mais on est emprunté de dire pourquoi la qualification s'impose dans certains cas et pas dans d'autres.

On constate que le flou du droit résultant de l'adoption de politiques publiques n'atteint pas seulement les raisonnements internes mais porte aussi sur ses contours-mêmes. La métaphore de l'état gazeux⁹⁹, qui peut paraître excessive, n'est pas complètement déplacée. Le droit n'est plus tout à fait un corps solide. À l'instar des gaz, il a une faculté d'expansion dont l'ampleur ne peut pas être établie de manière précise. Le recours à la persuasion et à l'influence a pour

⁹⁶ Voir AMSELER P. (1981), *op. cit.*, (note 32), 148, 149.

⁹⁷ Voir des directives ayant valeur de recommandations vu l'absence de compétence de la Cont'dération, sur le contrôle des fumées des chauffages alimentés par l'huile, etc., DELLEY J.-D./MÄDER L. (1986), *op. cit.*, (note 37), 55.

⁹⁸ Cf. *supra*.

⁹⁹ BELLEY J.-G. (1996), *Le droit soluble*, 12. Une autre métaphore est celle de l'état liquide.

conséquence que la règle de reconnaissance au sens donné par Hart¹⁰⁰ devient incertaine. Dans les cas-limite, on ne dispose plus d'un critère sûr permettant d'identifier les règles juridiques. L'incertitude est différente de celle qui règne dans les sociétés primitives qui ne disposent pas d'organes et de procédures permettant d'identifier des normes juridiques. Il s'agit d'une incertitude provenant du fait que les organes existants, les tribunaux, ont toutes les peines du monde à définir les frontières dans lesquelles l'empire du droit s'exerce.

B. Le *mixage* entre le droit et la persuasion

Law is command disait Austin. Cette conception n'a plus cours. Et on pourrait dire l'inverse : le droit est pour l'essentiel au moins quantitativement un instrument de persuasion et un cadre à la négociation¹⁰¹. Si l'on prenait le droit dans toute sa profondeur, on constaterait que ce n'est que dans un tout petit pourcentage de cas que l'issue consiste à condamner ou à prendre des décisions autoritaires. Toutes les recherches de mise en œuvre confirment ce point de vue¹⁰². La vision des juristes est centrée sur la pointe de l'iceberg, le contenu. Mais il y a en dessous de cette couche superficielle une grande masse de normes impliquant négociation et action pédagogique en vue d'inciter les individus à changer leurs comportements. Cette transformation que subit le droit contraignant ne peut pas être attribuée seulement à l'incapacité de l'État de commander. Elle est aussi le résultat d'un vaste processus de civilisation, qui a consisté, dans une première étape, à remettre à l'État le monopole de l'utilisation de la violence légitime puis, dans une deuxième, à limiter l'exercice de cette violence-même. Le droit pénal, le plus dur de tous, participe pleinement dans ce processus, comme en témoigne les courants visant à supprimer la peine de mort et à resocialiser les délinquants. Aucune peine ne doit être fatale, toute peine doit viser à exercer une action pédagogique de réformation des conduites. Le développement de la conciliation et de la médiation vont dans le même sens. La décision autoritaire n'est plus la solution souhaitable des différends.

C'est aussi d'un vaste processus de civilisation que relève la jurisprudence de la CEDH, lorsqu'elle reconnaît le droit des délinquants à contester les mesures disciplinaires prises à l'intérieur des prisons¹⁰³, ce qui leur permet de conserver ce minimum de dignité sans lequel une action pédagogique est vaine. La peine, la décision contraignante sont de plus en plus perçues comme représen-

¹⁰⁰ HART H.L.A. (1976), *op. cit.*, (note 50), 120-121, 127ss.

¹⁰¹ Cf. *supra*, p. 137.

¹⁰² Cf. *supra*, p. 138-140.

¹⁰³ Voir DELMAS-MARTY M. (1986), *op. cit.*, (note 77), 192ss.

tant l'échec de la réglementation juridique. Lorsque les valeurs fondamentales d'une société ne sont pas en jeu, elles ne doivent intervenir qu'en dernière instance, lorsque la négociation et la pédagogie n'ont donné aucun résultat.

Au mixage entre le droit de surface et le droit en action des profondeurs s'en ajoute un autre plus visible : l'inclusion de recommandations dans des actes qui par ailleurs contiennent des commandements. Ce mixage est lui-même problématique, parce que les administrés et les justiciables peuvent avoir beaucoup de peine à faire le départ entre les deux types de normes qui leur sont adressées. On risque ainsi d'assister à deux phénomènes contradictoires : l'affaiblissement des réglementations autoritaires en raison du voisinage de normes incitatives ou au contraire le renforcement de celles-ci en raison du contexte général dans lequel elles sont insérées. Cette cohabitation est en tout cas une nouvelle source de flou et d'incertitude.

C. Des exigences de légalité à géométrie variable

Les exigences de base légale formelle et matérielle qui sont au cœur de l'État de droit démocratique¹⁰⁴ ne peuvent être transposées sans autre à l'action incitatrice de l'État. Ces exigences s'expliquent par le pouvoir exorbitant qui est conféré à l'État de commander. Dans la mesure où l'action se fait plus douce, les conditions de forme, qui portent sur la procédure, et les conditions de fond, qui traitent des conditions d'exercice de l'action, subissent des allègements.

Une première question se pose à l'égard des actes incitateurs. Est-ce que la forme de la recommandation, de l'accord amiable doit être prévue par la loi ? En droit communautaire, les traités constitutifs prévoient expressément l'adoption d'actes qui ne lient pas¹⁰⁵. La liste n'est pourtant pas exhaustive. D'autres types d'actes que les recommandations ou avis, comme les communications, sont apparus. En Suisse, les autorités se sentent libres d'adopter des recommandations, de passer des accords amiables bien que cette forme n'ait été prévue ni dans la constitution ni dans la loi.

Les exigences de procédure relatives à l'adoption des actes incitateurs sont à peu près inexistantes. L'avantage de ces actes réside dans leur caractère informel. Lorsqu'ils ne sont pas requadrés, ils ne peuvent pas faire l'objet d'une action en annulation¹⁰⁶. Il y a donc peu de chances que les questions de procédure puissent être revues pas un tribunal.

¹⁰⁴ Cf. *supra*, p. 25, 26.

¹⁰⁵ Pour la CEE, voir l'article 189 al. 5.

¹⁰⁶ Voir pour la CEE l'article 173 al. 1.

Lorsqu'ils sont requadrés, les actes matériels doivent remplir les exigences de procédure requises pour la formation des actes administratifs. Pour éviter que l'adoption du moindre acte matériel à visée normative ait à les respecter dans leur intégralité, on préconise de ne pas procéder trop facilement à leur qualification. On peut alors soumettre ces actes à des exigences variées tenant compte de leur spécificité¹⁰⁷. À l'uniformité des régimes régissant les décisions et les actes matériels succéderait, en ce qui concerne ces derniers, une large diversification.

Au fond, le besoin d'une réglementation se fait particulièrement sentir en ce qui concerne les expertises et les dispositifs matériels de contrôle qui risquent de porter des atteintes aux libertés individuelles. Les exigences varient d'un secteur à l'autre. L'expertise est fortement réglementée en droit pénal. Elle devrait l'être en matière d'internement psychiatrique. Une réglementation détaillée devrait préciser les conditions dans lesquelles une étude d'incidence doit se dérouler.

Un besoin de réglementation se fait sentir en matière d'expertise législative. Pour l'instant la réglementation est à peu près inexistante. La loi, lorsqu'elle prescrit l'évaluation prospective des effets, ne prévoit en général pas les conditions dans lesquelles elle doit être réalisée¹⁰⁸. En revanche, on estime que l'évaluation rétrospective est soumise à un certain nombre de conditions, lorsqu'elle fait suite à une loi expérimentale. Des principes directeurs relatifs à l'activité étatique, on déduit l'obligation pour le législateur de préciser le cadre dans lequel l'évaluation doit être conduite, en particulier « le type de données à recueillir, la démarche méthodologique, les critères d'appréciation »¹⁰⁹. On estime aussi que les résultats de l'évaluation doivent être publiés dans une forme adéquate et être accessibles aux intéressés, que les choix législatifs définitifs doivent rendre compte explicitement des résultats de l'évaluation¹¹⁰.

À plus long terme, on peut penser que le développement de la législation nécessite l'adoption d'une « loi sur les lois » régissant notamment les principales phases dans lesquelles s'exerce l'expertise législative. L'établissement d'une certaine transparence du processus et la mise en place de garanties d'objectivité sont indispensables pour que la démocratie puisse s'exercer dans des conditions satisfaisantes. Une solution consiste, comme cela se fait en France en matière d'évaluation, à soumettre l'activité d'expertise à un Conseil scientifique.

¹⁰⁷ Voir FLOCKINGER A. (1998), *op. cit.*, (note 36), 165ss.

¹⁰⁸ Sur ce type d'évaluation, cf. *supra*, p. 111.

¹⁰⁹ MADER L. (1993), « La législation expérimentale en Suisse », *Évaluation législative et lois expérimentales*, 240.

¹¹⁰ *Ibid.*, 240.

que¹¹¹. La rationalisation croissante de la production des lois entraîne la nécessité d'assurer l'objectivité et la transparence des expertises servant à la préparation des lois. C'est une condition indispensable pour assurer l'avènement d'un espace public permettant à la communication portant sur les projets de loi de se dérouler d'une manière satisfaisante et équitable.

¹¹¹ Voir LÉCA J. (1995), «Le conseil scientifique de l'évaluation», *Contrôle parlementaire et évaluation*, 101ss.

En se mettant au service de la réalisation de politiques publiques, le droit opère une mutation aussi considérable que celle qui s'est produite lors de la naissance du droit moderne. Le changement de la forme juridique n'ayant pas été délibérément choisi pour servir à la réalisation d'un projet révolutionnaire, on a pu l'ignorer. Longtemps les juristes ont pu faire comme si rien ne s'était passé. En descendant de son piédestal et en cherchant à pénétrer profondément dans les rapports sociaux pour orienter les comportements, le droit s'est radicalement écarté du modèle déterministe et mécaniste qui le sous-tendait. Il change d'allure, devient plus flexible, plus fluide, plus complexe et beaucoup moins prévisible. Le droit des politiques publiques ne représente ainsi pas une dégradation du modèle du droit moderne, mais l'irruption d'une nouvelle figure de la rationalité juridique dans laquelle le droit est tout entier sous-tendu par l'impératif d'efficacité.¹ Ce nouveau paradigme, dont il faut encore préciser les contours, signifie-t-il que le droit est entré dans l'ère de la post-modernité? On peut en douter. Mais avant d'aborder cette question qui agite les esprits, il faut revenir sur le rôle essentiel que jouent les principes directeurs dans le fonctionnement du droit des politiques publiques.

I. Le rôle des principes directeurs

Il est essentiel dans l'agencement des politiques publiques. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne les politiques «bio-écologiques»² d'aménagement du territoire et de protection de l'environnement. Le recours aux principes directeurs de préférence aux règles fixes s'explique par plusieurs facteurs. Parce qu'ils sont seuls capables d'assurer la compatibilité des valeurs et intérêts complémentaires ou contradictoires qui concourent à l'«optimisation de la vie». Régies par le principe de non-contradiction, les règles fixes sont beaucoup trop tranchantes pour servir de support à des politiques publiques nombreuses risquant à tout instant de se contrecarrer. Les principes directeurs n'ont pas ce défaut. Ils permettent à des législations très dissemblables, protégeant des valeurs et des intérêts très divers, de coexister.

¹ Voir CHEVALLIER J. (1993), «La juridicisation des préceptes managériaux», *Politiques et management public* 11, 124.

² Sur ces politiques, voir LASCOUMES P. (1994), *L'éco-pouvoir*, 310s.

IMPERATIF
D'EFFICACITÉ

L'administration agissant sous le contrôle du juge peut, en appliquant les principes, tisser les liens permettant d'assurer l'harmonisation des réglementations les plus diverses et parfois les plus contradictoires. En reprenant la métaphore de Simmel³, on peut dire que les règles fixes sont des portes, les principes directeurs des ponts permettant de relier plusieurs territoires normatifs⁴, plusieurs réglementations établies souvent selon des logiques propres et sans grand souci de coordination. Il ne faut dès lors pas voir dans ce mode opératoire un défaut mais «un avantage permettant l'institution d'une intersubjectivité sur la base d'une communication imparfaite»⁵. Les principes directeurs, à l'instar des réseaux de neurones⁶, permettent au droit d'accroître sa complexité en fournissant les liens permettant la mise en rapport des normes très diverses.

Garants d'une interlégalité horizontale entre plusieurs législations finalisées, les principes directeurs assurent aussi l'internormativité entre les politiques publiques supranationales, nationales et infranationales. Ce besoin souligné par Delmas-Marty «d'ordonner le multiple sans le réduire à l'Un»⁷ est particulièrement important pour assurer la coexistence des politiques publiques communautaires et nationales. L'arrêt *Cassis de Dijon*⁸ illustre parfaitement ce besoin de flexibilité qu'assurent les principes. Interprétant largement l'article 30 du traité CEE, la Cour permet d'éviter que la liberté de circulation des produits ne soit conditionnée par l'unification des prescriptions techniques nationales constituant des obstacles non tarifaires aux échanges. Au processus épuisant et interminable d'unification des règles fixes, la Cour en substitue un autre plus souple. Elle se contente d'assurer la compatibilité des réglementations sur la base de divers principes à appliquer successivement. Celui de la libre circulation des marchandises est assorti d'exceptions permettant de prendre en compte les intérêts nationaux de sécurité publique, d'ordre public et de protection de la santé (art. 34 CEE). Ces exceptions à la libre circulation sont par exemple justifiées, lorsqu'elles relèvent de la politique de la protection de l'environnement et des consommateurs. Les mesures nationales ne doivent pourtant pas être discriminatoires (art. 36 CEE). Elles doivent aussi être compatibles avec les principes de nécessité, d'adéquation et de subsidiarité. L'application de ces principes permet de s'assurer que parmi les moyens utilisés pour atteindre les objectifs poursuivis par les politiques publiques nationales soit choisi celui qui porte le moins d'entrave possible au commerce. Le re-

cours aux principes permet d'éviter, on le voit, que les conflits normatifs soient résolus selon le précepte strictement hiérarchique de la primauté de l'ordre juridique supérieur. Savamment agencés, les divers principes permettent de résoudre les conflits normatifs sur la base de hiérarchies discontinues, alternatives et enchevêtrées⁹, seules capables d'assurer un pluralisme juridique ordonné.

Les principes directeurs permettent aussi de favoriser l'internormativité croisée entre les valeurs et intérêts exprimés dans le cadre des politiques publiques et ceux qui figurent dans d'autres réseaux normatifs, comme les droits fondamentaux. Parmi les liens qui se tissent entre ces deux territoires normatifs, le principe de proportionnalité joue un rôle primordial dans ses trois composantes¹⁰ : le principe relatif à l'aptitude d'une mesure à atteindre les objectifs poursuivis, celui qui porte sur le caractère nécessaire de la mesure envisagée et celui qui a trait à la subsidiarité de celle-ci. Le principe d'aptitude permet de s'assurer que les restrictions aux libertés concourent effectivement et non pas de manière supposée à la réalisation d'une politique publique. Le principe de nécessité permet de vérifier que le but poursuivi ne pouvait pas être atteint avec des mesures moins restrictives pour les libertés. Le principe de subsidiarité, de proportionnalité au sens étroit, permet de constater qu'un rapport raisonnable est établi entre la gravité des effets produits par une mesure restrictive sur la situation de l'administré et l'objectif visé par la politique publique. Ces trois sous-principes génèrent des décisions d'autant plus complexes qu'ils postulent des jugements de conformité avec des législations qui elles-mêmes fonctionnent à l'aide de principes et dont les effets restent des lors longtemps virtuels.

Un cas exemplaire d'internormativité croisée a été analysé exhaustivement par Delmas-Marty qui a montré le rôle éminent des principes pour déterminer la marge d'appréciation laissée aux États pour prendre des mesures restreignant les libertés consacrées par la CEDH¹¹. Nous n'y reviendrons pas, sinon pour souligner le haut degré de complexité que revêt l'application des principes. Même une question apparemment aussi simple que celle de savoir si l'on est en présence d'une sanction pénale est en réalité très complexe. Si ce genre de décisions implique l'utilisation de critères multiples aux pondérations incertaines¹², on mesure le degré de complexité que revêtent les décisions relatives à la réalisation de grands travaux et qui nécessitent, comme nous l'avons montré, la

3 SIMMEL G. (1988), «Pont et porte», *La tragédie de la culture*, 159ss.

4 Pour une démonstration convainquante, voir DELMAS-MARTY (1994), *Pour un droit commun*, 117ss.

5 *Ibid.*

6 *Ibid.*

7 *Ibid.*, 12.

8 Arrêt du 20 février 1979 dans l'affaire 120/78.

9 DELMAS-MARTY, *op. cit.*, (note 4), 119.

10 Sur ces trois sous-principes de la proportionnalité en droit français et comparé, voir GOESSEL-LEBIHAN (1997), «Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité», *Revue française de droit constitutionnel*, 30, 232ss; en Suisse, voir MOOR P. (1994), *Droit administratif* I, 2ème éd., 418ss.

11 Voir DELMAS-MARTY, *op. cit.*, (note 4), 158ss.

12 DELMAS-MARTY, *ibid.*, 167.

prise en considération de dizaines de principes directeurs¹³. Complexité encore accrue par la mise en relation avec le tissu serré des principes directeurs impliqués dans la protection des droits fondamentaux¹⁴.

Le recours aux principes directeurs s'explique aussi par le fait que le bien dont une politique publique cherche à garantir la protection ne peut souvent pas être défini avec précision. La protection des paysages, des monuments historiques, ne peut être assurée qu'à l'aide de principes, parce qu'il est impossible de définir avec précision ce qu'est un beau paysage, ce qu'est un bâtiment méritant d'être protégé. Plus largement les politiques publiques qui ont trait à l'aménagement du territoire sont condamnées à recourir à la technique des principes, parce que les normes juridiques ne portent pas sur des biens homogènes et reproductibles à l'infini. La construction d'une autoroute, d'une ligne de chemin de fer, ne peut pas être régie par des règles fixes parce que l'ouvrage occupe sur le sol une position unique qui ne se reproduira jamais de la même façon.

On notera au passage que le même raisonnement pourrait être tenu pour le traitement des hommes. C'est au prix d'une abstraction déformante que le droit moderne a réussi à considérer tous les hommes de manière semblable. On peut parfaitement concevoir, comme cela se vérifie dans certaines politiques actuelles en matière de traitement social du chômage, que chaque individu soit traité pour lui-même¹⁵. Ce n'est donc pas tout à fait parce que les politiques publiques portent sur des objets spécifiques et non reproductibles que le recours aux principes directeurs s'impose. C'est parce que devenues immanentes, humaines et peut-être trop humaines, les législations finalisées pénétrant en profondeur dans les phénomènes qu'elles cherchent à réguler. La différence ne réside ainsi pas dans l'objet même de la réglementation, mais dans la manière avec laquelle celui-ci est construit. Le droit moderne peut procéder à l'aide de règles fixes, générales et abstraites, parce qu'il cadre de très loin les activités humaines et qu'il n'entre pas dans la spécificité des activités réglementées. Le droit interventionniste fait un large appel aux principes pour permettre à l'administration d'adapter la solution des cas d'espèce à la réalisation des objectifs poursuivis. Le degré de généralité est ainsi inversement proportionnel à la distance que la réglementation met avec son objet. Seuls les principes, en raison de leur très haute généralité, sont capables de cadrer des activités qui doivent être appréciées dans leur spécificité. Les règles fixes, à l'instar des cartes trop détaillées, s'épuiseront dans cette tâche.

¹³ Cf. *supra*, p. 83ss.

¹⁴ Voir MORAND C.-A. (1996), «Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles», *De la Constitution. Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, 57ss.

¹⁵ Voir SUPRIOT A. (1994), *Critique du droit du travail*, 223-225.

Le droit civil, notons-le, ne procède pas différemment lorsqu'il confère au juge le pouvoir de décider en fonction de toutes les circonstances concrètes. L'attribution de la garde des enfants ne se fait pas à l'aide de règles fixes, mais de principes établissant les intérêts à prendre en considération, ceux de l'enfant, ceux du père, ceux de la mère, le premier étant considéré comme prépondérant. En satisfaisant ce besoin d'individualisation, le droit civil perd alors une grande partie de sa capacité de prédétermination.

La combinaison entre règles fixes et principes est évidemment possible. Le droit de l'aménagement du territoire procède de la sorte en fixant, de manière précise, les conditions auxquelles il est permis de construire, tout en prévoyant des possibilités de dérogations. En agissant ainsi, il introduit de la souplesse dans un système de règles fixes qui risquerait de s'avérer trop rigide. Le droit de l'environnement combine, de son côté, dans des proportions variables selon l'objet protégé, l'utilisation de règles fixes et des principes directeurs.

La distinction entre règles fixes et principes directeurs est essentielle pour la compréhension des traits particuliers que revêt le droit des politiques publiques. Les règles fixes sont de l'ordre du tout ou rien. Deux règles fixes contradictoires ne peuvent coexister. Les règles fixes sont tranchantes, exclusives. Elles jouent sur la séparation, sur la différence. Les principes directeurs sont eux relatifs. Des principes contradictoires peuvent subsister sans que l'un doive nécessairement prendre le pas sur l'autre. Les principes directeurs sont moins tranchants et grâce à cette qualité, ils sont capables d'établir des liens entre les normes et entre les réseaux normatifs. La distinction entre règles fixes et principes doit pourtant être relativisée. D'une part, parce que l'introduction de notions indéterminées à l'intérieur des règles fixes crée une ouverture de la norme à peu près équivalente à celle que l'on trouve dans les principes. D'autre part, parce que les règles fixes les plus précises recèlent une part d'indétermination et donnent lieu dans le cadre de l'interprétation à ce que nous avons appelé les «petites pesées d'intérêts»¹⁶.

Le recours très large que les politiques publiques font à des principes directeurs a pour conséquence que les décisions d'application ne sont pas prises d'une manière déductive, selon les canons de la logique classique. Elles le sont à la suite de pesées d'intérêts réalisées sur la base de points de vue extrêmement divers dans le cadre d'une logique floue¹⁷. Le droit des politiques publiques révèle l'existence d'un autre paradigme que celui qui sous-tend l'application des règles fixes. Ce paradigme n'est certes pas spécifique aux politiques publiques puisqu'il se retrouve, on le sait, dans l'application des droits

¹⁶ Voir MORAND C.-A. (1996), «Pesée d'intérêts et décisions complexes», *La pesée globale des intérêts*, 46.

¹⁷ Voir DELMAS-MARTY, *op. cit.*, (note 4), 164ss.

fondamentaux, qui pour l'essentiel sont constitués pour d'autres raisons de principes directeurs. La différence est que les décisions prises par l'administration sur la base des principes directeurs des politiques publiques peuvent être contrôlées par le juge administratif. Celui-ci est dès lors plus à même qu'une juridiction suprême, statuant en matière de droits fondamentaux, de poser des exigences de méthode au sujet de la manière de peser les intérêts en présence. C'est en tout cas, comme nous l'avons vu, ce qui s'est passé en Suisse¹⁸.

II. Un nouveau paradigme

L'avènement des politiques publiques a eu une influence profonde sur les formes juridiques. À la structure linéaire et bien ordonnée du droit moderne succèdent, sans la remplacer tout à fait, des formes complexes qui font penser à celles du labyrinthe¹⁹. Le dédale du droit des politiques publiques prend deux aspects. Celui, très compliqué, de l'empilement successif de règles fixes cherchant désespérément à coller à une réalité mouvante. Celui, complexe, des principes directeurs générant des pesées d'intérêt concrètes, non reproductibles, car devant s'adapter à chaque cas d'espèce.

Dans ce dédale, nous n'avons pas découvert le fil d'Ariane qu'il suffirait de réenrouler pour trouver inmanquablement le chemin et une issue certaine. Mais seulement des bouts de fil méthodologiques permettant d'introduire un peu de rationalité dans un univers qui semble kafkaïen à l'observateur extérieur et que les acteurs internes ont toutes les peines à maîtriser. Une rationalisation de la production et de la mise en œuvre des normes dans le cadre d'une législation que permettrait d'éviter que des pesées d'intérêts réalisées par l'administration et le juge sur la base des principes directeurs, ne soient pas complètement arbitraires. Une manière de jouer qui les contraindrait au moins à prendre en considération toutes les valeurs consacrées par le droit dans un cas d'espèce (et non seulement celles qui concourent au résultat qu'ils cherchent à atteindre intuitivement), à respecter les prépondérances consacrées par le droit et à motiver scrupuleusement leurs choix.

C'est encore insuffisant. Mais on ne peut pas demander à la science du droit de fournir d'un coup et sur un plateau une méthodologie aussi solide que celle que l'on a mise en place, non sans peine d'ailleurs, à la suite de

¹⁸ Cf. *supra*, p. 118, 119.

¹⁹ Voir HOLLÉAUX A. (1976), «La fin des règles générales», *Bulletin de l'IAF*, 39, 10. Parlant de l'amoncellement des textes dans les matières du droit actuel, il relève que «ce ne sont alors que la byrithes, brousses épaisses, imbroglios». Sur la métaphore du labyrinthe, voir ATTALI J. (1996), *Chemins de sagesse. Traité du labyrinthe*.

l'apparition du droit moderne. Avant de s'attaquer à fond aux problèmes méthodologiques posés par le nouveau paradigme, il faut continuer à le décrire, à en saisir les différentes facettes.

Une chose semble avérée. Les intuitions des théoriciens du droit au sujet de l'existence d'un nouveau modèle ont été confirmées au delà de toute attente par l'étude du droit des politiques publiques. En 1983, le doyen Carbonnier développait, avec la subtilité qu'on lui connaît l'idée de la flexibilité du droit²⁰. En 1986, Delmas-Marty²¹ relevait des zones de flou dans le droit pénal qu'on considère pourtant comme très rigoureux et très rigide. En 1988, van de Kerchove et Ost relevaient dans le droit des politiques publiques une temporalité précaire et aléatoire «qui pourrait bien entraîner une altération décisive de la forme juridique elle-même»²². En 1970 déjà, André Hauriou parlait du droit administratif de l'aléatoire²³. En 1991, Amselek s'exprimait sur la teneur indé-cise du droit²⁴. Timsit, de son côté, soulignait le silence et l'absence qui s'installent au coeur de la loi²⁵. Lascombes²⁶, partant d'une analyse en profondeur de la mise en œuvre des politiques publiques, notait la présence de structures rappelant les anarchies organisées développées par March²⁷, des réassemblages par ajustement progressif des intérêts selon le modèle du «garbage can»²⁸. Les théories du chaos et des catastrophes de René Thom lui semblaient les plus propres à expliquer les phénomènes observés. Arnaud, de son côté mettait en relief le haut degré de complexité que revêt le droit finalisé de la Communauté européenne²⁹. L'étude en profondeur du droit des politiques publiques confirme la plupart de ces intuitions. Ce droit est bien flexible, flou, aléatoire, chaotique et d'une très grande complexité.

²⁰ CARBONNIER J. (1983), *Flexible droit*.

²¹ DELMAS-MARTY M. (1986), *Le flou du droit*. L'intuition du départ a été complétée par des travaux préconisant de remplacer la logique aristotélicienne par une logique du flou, déduite de la théorie des sous-ensembles flous. Voir en particulier DELMAS-MARTY M./COSTE J.-F. (1990), «Politique criminelle et droits de l'homme : vers une logique floue», *R.L.E.J.*, 24, 1ss.

²² van de KERCHOVE M./OST F. (1988), *Le système juridique entre ordre et désordre*, 230.

²³ HAURIOU A. (1970), «Le droit administratif de l'aléatoire», *Mélanges offerts à Monsieur le Doyen Louis Trobat*.

²⁴ AMSELEK P. (1991), «La teneur indé-cise du droit», *RDP*, 107, 1199ss.

²⁵ TIMSIT G. (1991), *Les noms de la loi*.

²⁶ LASCOMBES P. (1994), *op. cit.*, (note 2), 265ss.

²⁷ MARCH J.G. (1991), *Décisions et organisations*, 220ss.

²⁸ *Ibid.*, 163.

²⁹ ARNAUD A.-J. (1991), *Pour une pensée européenne*, 241ss.

A. La flexibilité

C'est le premier trait marquant du droit des politiques publiques. Elle est forte lorsque celles-ci sont articulées autour de principes permettant à l'administration et au juge de prendre des décisions concrètes tenant compte des circonstances spécifiques de chaque cas d'espèce. Elle existe pourtant aussi lorsque le législateur met en place des programmes finalisés à l'aide de règles fixes détaillées. Car pour s'adapter à des phénomènes naturels ou à des réalités sociales mobiles et incertaines, le droit doit posséder des règles internes de changement permettant d'éviter les révisions législatives trop fréquentes. C'est dans la bécasse des textes et grâce à la technique des directives administratives que l'adaptation se réalise. Par ailleurs, même les règles fixes sont fortement flexibilisées dans la mesure où leur application est surdéterminée par les objectifs poursuivis dans le cadre de programmes finalisés.

À côté de cette flexibilité ouverte, il y en a une deuxième, occulte, qui résulte des négociations qui interviennent à l'ombre de la loi. Un vaste processus de transformation des commandements légaux se met alors en place. Le besoin d'adoucir l'application du droit, de conseiller plutôt que de commander est si fort que les tribunaux s'avèrent incapables de mettre fin à ces processus d'accommodation, même s'ils les considèrent comme déviants³⁰. Dans le domaine des politiques publiques, la préférence pour les solutions négociées s'explique par le souci d'éviter de s'engager dans des procédures longues et aux résultats incertains. Cela est manifeste en ce qui concerne les procédures en matière de grands travaux. La flexibilité est portée à son comble lorsque l'État se borne à exercer une action douce sur les comportements selon les diverses techniques que nous avons analysées.

Le besoin de flexibilité remet en cause les exigences de légalité aussi bien au plan de la suprématie que de la réserve de la loi. Ces exigences, établies dans le contexte d'une administration restrictive, ne peuvent être appliquées sans autre à l'action finalisée de l'État. L'écologisation du droit³¹, qui est un phénomène qui déborde très largement le domaine de la protection de l'environnement, suppose que l'on trouve de nouveaux points d'équilibre lui assurant une flexibilité suffisante pour qu'il soit capable d'agir sur une réalité instable, tout en conservant le minimum de prévisibilité sans laquelle il ne mériterait pas son nom. S'il est capable de fournir des certitudes sociales³², le droit des programmes finalisés est par nature flexible, parce qu'il ne peut pas éviter d'importer une part de l'instabilité qui règne dans les phénomènes qu'il

³⁰ Cf. *supra*, p. 139.

³¹ Sur cet aspect, KNOEFFEL P. (1992), « Les cycles écologiques et le principe de légalité – La nécessité d'assouplir les liens de causalité », *Figures de la légalité*, 169.

³² Voir MORAND C.-A. (1992), « Préface », *La légalité : un principe à géométrie variable*, 1-6.

cherche à diriger. Tout au plus peut-il tenter de maintenir cette instabilité à un niveau acceptable. Au bout du compte, on constate que les exigences de légalité doivent être différenciées³³ en fonction du degré de finalisation de l'action, du degré d'accroissement de la réflexivité et du degré d'impérativité des normes. Le principe de légalité, qui est le symbole même de l'unité du droit moderne, sort éclaté de sa confrontation au droit des politiques publiques finalisées.

B. Le flou du droit

Il varie en fonction de la flexibilité introduite. Le droit des politiques publiques génère du flou à la fois dans les raisonnements qui président à son application et dans sa délimitation-même.

L'application des principes directeurs engendre, comme l'a montré Delmas-Marty³⁴, des sous-ensembles flous qui ne peuvent pas être traités avec la logique classique du syllogisme juridique, mais avec une logique non-standard déterminant des degrés de proximité par rapport aux critères qui les spécifient. La difficulté est que ces critères varient à la fois dans le temps et dans l'espace normatif en fonction des particularités de chaque espèce. Il n'est en effet pas possible d'éviter la variabilité du seuil de décision, celle-ci n'étant « que le reflet du caractère indécidable du seuil lui-même »³⁵. Le déplacement de la boîte noire de la législation à la décision produit de l'incertitude et un flou qui s'accroît plus que proportionnellement lorsque les intérêts à prendre en considération se multiplient. On peut dès lors se demander si la logique floue conserve son utilité, lorsque les critères à prendre en considération sont trop nombreux. On peut penser, en effet, qu'aucune logique ne réussit à maîtriser la complexité lorsque celle-ci dépasse un certain seuil. Malgré ces réserves, la piste de la logique floue a au moins l'avantage d'éviter que les critères importants sur lesquels la décision doit se fonder ne soient pas supprimés hâtivement dans un souci de simplification³⁶. Dans la méthodologie de la pesée des intérêts portant sur les autorisations nécessaires à la réalisation de grands travaux, l'idée s'exprime dans l'exigence faite à l'administration de prendre en considération tous les intérêts dont les principes directeurs postulent le respect.

Le flou du droit n'affecte pas seulement la prise des décisions, mais les contours du droit lui-même. Les critères tranchants de la sanction ou de l'obligation ne suffisent plus à caractériser le droit. De nombreux actes consi-

³³ DELMAS-MARTY M., *op. cit.*, (note 4), 164ss.

³⁴ *Ibid.*, 164ss.

³⁵ *Ibid.*, 170.

³⁶ Voir DELMAS-MARTY M./COSTE J.-F., *op. cit.*, (note 21), 15.

détés de prime abord comme non juridiques selon ces critères sont intégrés dans le droit par les juridictions. Le troisième critère, fondé sur les atteintes aux droits ou aux intérêts, ne ressortit lui-même pas à la logique classique du tout ou du rien, du tiers exclu. Il est lui-même justiciable d'une logique floue comportant une gradation autour du critère de l'ampleur des atteintes qu'un acte non obligatoire peut porter à des intérêts. Les mêmes problèmes de fixation du seuil de décision se posent. Le danger d'arbitraire réside dans la tentation pour les juridictions de faire varier le seuil de décision en fonction du résultat qu'elles cherchent intuitivement à atteindre.

La théorie des sous-ensembles flous a eu le mérite d'ouvrir un champ de recherche vers le développement d'une nouvelle logique mieux adaptée à l'application des principes directeurs et des normes indéterminées. Elle ne rompt pas délibérément avec la conception du droit moderne, mais la complète, en mettant en évidence le pouvoir de codétermination du juge qui varie en fonction du degré d'ouverture des normes. Une rupture plus complète pourrait être opérée en partant de l'analogie entre le droit et les jeux³⁷. L'analyse du flou ne procéderait pas d'une distinction entre deux types de normes juridiques substantielles, justiciables de deux logiques différentes. Mais d'une différenciation entre d'une part les normes juridiques assimilées à des règles de jeu et de l'autre les normes pragmatiques portant sur la stratégie des joueurs. Dans ce modèle, on a d'un côté les règles juridiques prescrivant, s'il le faut avec précision, la manière de procéder. De l'autre, des règles pragmatiques laissées à la discrétion des joueurs. Ce sont les instructions qu'ils se donnent à eux-mêmes ou que l'entraîneur communique aux joueurs dans le but d'obtenir le gain d'une partie. Les instructions individuelles peuvent faire l'objet d'une certaine généralisation par l'établissement de méta-règles pragmatiques (manuel du joueur d'échec, manuel de l'entraîneur). Selon ce modèle, le flou pourrait être rejeté à peu près complètement hors du droit. La boîte noire ne se trouverait pas du côté du droit, car la manière de procéder pour élaborer le droit ou l'appliquer peut être déterminée avec une grande précision. Elle serait localisée dans l'espace des règles pragmatiques relatives aux stratégies et aux tactiques des autorités, qui sont extrêmement variables.

Le modèle traduit assez bien ce qui se produit lorsque le droit se met au service de la réalisation des politiques publiques. Il constitue une scène, un cadre dans lequel les autorités développent des stratégies visant à atteindre certains objectifs. La notion d'État stratège³⁸ donne à penser que le droit pourrait

³⁷ Pour une analyse du droit selon le modèle des jeux, voir OST F./VAN DE KERCHOVE M. (1991), «Le jeu : un paradigme fécond pour la théorie du droit?», *Droit et société*, 17-18, 159ss. OST F. (1991), «Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge», *La force du droit*, 263ss. Voir aussi HART H.L.A. (1976), *Le concept de droit*. La lecture de l'ouvrage implique une bonne compréhension des règles du cricket.

³⁸ Voir Commissariat général au plan (1993), *Pour un État stratège, garant de l'intérêt général*.

se borner à définir les règles dans le cadre desquelles se dérouleraient les plans de bataille, le *Kriegsspiel* de l'action finalisée.

Les directives administratives, la planification, les corrections que l'administration apporte à sa pratique à la suite d'une évaluation, ressemblent étrangement aux instructions que l'entraîneur fournit aux joueurs et à celles que ceux-ci se donnent à eux-mêmes. Les principes directeurs sont pour une large part des instructions données aux autorités sur la manière de procéder à des opérations juridiques. Certains d'entre eux n'ont pas d'autre fonction³⁹. L'analogie ne peut cependant être poussée trop loin. Nombre de principes directeurs comportent des normes substantielles, notamment sur la prédominance qu'il faut accorder à certains intérêts. Par ailleurs, les législations finalisées intègrent dans une large mesure les plans de bataille, les stratégies mises en place pour atteindre certains objectifs.

C. La complexité

La complexité du droit des politiques publiques est en rapport direct avec la flexibilité et le flou qu'il aménage grâce à l'utilisation de normes indéterminées et de principes directeurs. Elle réside dans les liens qu'il établit entre des points de vue divers et contradictoires. Le droit moderne a tenté avec un succès relatif d'instaurer la simplicité en recourant à trois procédés qui la caractérisent : la *disjonction* qui permet de séparer ce qui est lié, la *réduction* qui assure l'unification d'éléments disparates et enfin l'*abstraction* qui permet de ne retenir dans la réalité que certains points jugés pertinents⁴⁰. La prétention du droit moderne à agir au moyen de règles fixes et précises, générales et abstraites, s'appliquant mécaniquement aux situations particulières, est un choix fait en faveur de la simplicité. C'est le pendant juridique de la pensée cartésienne et simplificatrice qui a longtemps prévalu dans les sciences de la nature. Celles-ci ont essayé «d'éliminer ce qui est individuel et singulier pour ne retenir que les lois générales et les identités simples et closes»⁴¹.

La complexité se caractérise par le fait qu'elle maintient la diversité, qu'elle conserve la singularité et qu'elle relie des éléments disparates et contradictoires. C'est sur ce modèle multidimensionnel que repose le droit des politiques publiques et on voit immédiatement le rôle décisif que les principes directeurs jouent dans la réunion de points de vue différents, dans le maintien de la diversité des valeurs et des intérêts, dans la coexistence de plusieurs logiques.

³⁹ Voir MORAND C.-A., *op. cit.*, (note 16), 47, 48

⁴⁰ Voir MORIN E. (1990), *Introduction à la pensée complexe*, 18.

⁴¹ *Ibid.*, 77.

La très grande complexité du droit des politiques publiques provient tout d'abord de la concurrence et des interactions qui interviennent entre les divers systèmes qui se préoccupent de la solution des problèmes. Il s'agit d'une complexité intersystémique. Elle résulte aussi des relations et imbrications qui se produisent entre divers réseaux de normes juridiques. Relations entre les tissus normatifs toujours plus spécialisés et serrés que forment les diverses politiques publiques, conformément au vaste processus de parcellisation que nous avons décrit⁴². Relations entre ces réseaux normatifs et ceux qui se forment dans d'autres secteurs du droit, comme par exemple celui des droits fondamentaux. Cette complexité est renforcée par le fait que ces divers tissus normatifs reliés entre eux peuvent se trouver à divers niveaux normatifs : national, local, international, supranational, voire transnational.

1. La complexité intersystémique

Elle naît de la coexistence de plusieurs systèmes sociaux prétendant régir selon des logiques différentes les problèmes auxquels s'attaquent les politiques publiques. Elle se manifeste dans les imbrications qui interviennent entre ces travaux d'importance, requérant la confection d'une étude d'incidence, montre le très haut degré de complexité intersystémique que peuvent atteindre les politiques publiques⁴³. Plusieurs systèmes primaires et secondaires se préoccupent de la question. Parmi les systèmes primaires, on notera tout d'abord le système économique qui s'intéresse à la rentabilité des projets et le système scientifique qui, dans le cadre de l'étude d'incidence, analyse les nuisances et cherche, dans une démarche itérative, à trouver la solution la plus satisfaisante⁴⁴. Le droit tente de guider ces deux systèmes primaires en réglant la procédure de l'étude d'incidence et en prescrivant à l'administration et au juge d'opérer une pesée globale de tous les intérêts en présence.

En raison des incertitudes qui pèsent sur le résultat final d'un processus juridique très problématique, on a vu se mettre en place deux autres systèmes qui cherchent à résoudre les problèmes en conciliant les intérêts en présence : le système administratif qui tente d'opérer un ajustement itératif des intérêts par accommodation progressive; le système politique qui cherche à trouver des solutions négociées aux conflits d'intérêts⁴⁵.

⁴² Cf. *supra*, p. 113ss.

⁴³ Voir MORAND C.-A., *op. cit.*, (note 16), 73-81.

⁴⁴ *Ibid.*, 74-76.

⁴⁵ Voir à ce sujet CARBONNIER J. (1977), «Les phénomènes d'interactivité», *European Yearbook in Law and Sociology*, 42ss; ROCHER G. (1996), «Les phénomènes d'interactivité», *Le droit soluble*, 25ss.

Vue du côté du droit, la complexité intersystémique coïncide avec les phénomènes d'interactivité et apparaît lorsque le droit s'incorpore des normes, des modes de penser, des méthodes venus d'ailleurs. Le droit de l'aménagement du territoire représente à cet égard un pôle extraordinaire d'absorption de normes sociales et politiques les plus diverses et les plus contradictoires⁴⁶. Toutes ces normes renvoient à des connaissances déployées dans le cadre de la science économique, des sciences sociales, des sciences naturelles. Ces renvois impliquent des lors pour l'administration chargée de mettre en œuvre les principes directeurs des efforts considérables pour se familiariser avec les connaissances les plus variées et pour les adapter sans les trahir aux opérations juridiques auxquelles ils se livrent. Le couplage structurel peut être facilité par la mise en place d'aires de discussion et d'interface avec la société civile. Il est particulièrement développé dans les régimes néocorporatistes qui, grâce par exemple à une procédure de consultation institutionnalisée, s'assurent que les points de vue défendus par les groupes d'intérêts seront pris en considération lors de l'élaboration et de la mise en œuvre des normes juridiques.

L'incorporation produit une transformation profonde de la structure juridique, lorsqu'elle porte sur des méthodes, sur des modes de raisonnement globaux. C'est ce qui se produit lorsque le droit recourt à la technique des principes directeurs générant des pesées d'intérêts de préférence à celle des règles fixes applicables de manière syllogistique. C'est aussi à une transformation radicale de la structure du droit à laquelle on assiste, lorsque celui-ci prescrit que les effets produits par les législations finalisées devront être évalués. Ce sont alors de larges pans du droit qui sont subvertis par une rationalité technico-économique⁴⁷. L'obligation d'évaluer, surtout lorsqu'elle est assortie de celle de corriger, instaure un jeu très subtil entre la rationalité managériale, qui porte sur la conduite d'actions efficaces, et la rationalité juridique qui vise à contrôler la régularité de l'action étatique. Ces deux rationalités sont appelées à collaborer dans le mesure où l'efficacité de l'action est de plus en plus considérée comme une condition de validité des normes juridiques⁴⁸.

⁴⁶ Sur les multiples normes politiques et sociales incluses dans les principes directeurs de l'aménagement du territoire en Suisse, voir MORAND C.-A. (1996), «Vers un droit de l'environnement souple et flexible : le rôle et le fonctionnement des principes», *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?*, (OST/GURWIRTH éd.), 261ss.

⁴⁷ Sur cette transformation, voir CHEVALLIER J. (1991), «La rationalisation de la production juridique», *L'État populaire*, (MORAND éd.), 48.

⁴⁸ Cf. *supra*, p. 109ss. Cela est particulièrement net en ce qui concerne le principe d'aptitude qui découle de celui de la proportionnalité et qui exige que les mesures étatiques soient aptes à atteindre les objectifs poursuivis.

Pour penser la complexité, Edgar Morin⁴⁹ suggère de faire appel au principe dialogique et à celui de la récurSION. Celui-ci est plus riche que l'idée de double renvoi du droit à la réalité sociale imaginée par Teubner⁵⁰. Il implique une démarche itérative d'adaptation constante du dispositif légal à une réalité changeante. L'évaluation prospective, rétrospective ou concomitante participe à un vaste effort visant à mettre en œuvre le principe de récurSION. Il ne s'agit pourtant là que de la partie la plus visible des phénomènes. C'est en réalité à un changement radical et profond de la culture politique et administrative auquel on assiste dans la plupart des pays. L'administration n'est plus cette masse amorphe et impersonnelle de fonctionnaires appliquant le droit de manière routinière selon l'idéal-type wébérien de l'État rationnel et légal. Elle est aussi formée d'acteurs imaginatifs et souples se préoccupant en permanence des effets produits par l'activité étatique en vue de la corriger. La diffusion du principe de récurSION par l'instauration de mécanismes d'évaluation des effets explique l'instabilité inhérente au droit des politiques publiques. Dans l'institutionnalisation de la prise en compte des effets produits par le droit, on trouve un des grands traits de la modernité que Giddens appelle «le contrôle réflexif de l'action»⁵¹.

Le principe dialogique permet de lier plusieurs rationalités sans pourtant les réduire à l'unité. Il se manifeste de manière diachronique dans les rapports qui s'établissent entre l'ordre et le désordre. L'ordre provisoire que le droit des politiques publiques établit au moyen de principes directeurs est sans cesse troublé par le besoin de prendre en considération une multitude de points de vue concrets. Les décisions complexes prises par l'administration sur la base de principes recrée un ordre qui n'est pourtant que partiel, valable pour les circonstances de l'espèce, jamais global. On reconnaît aisément dans ce processus le tétragramme ordre/désordre/interaction/organisation décrit par Edgar Morin⁵².

Sur le plan synchronique des interactions entre les divers systèmes en présence, la mise en œuvre du principe dialogique se heurte à une tendance à la fermeture et à l'autarcie. Dans notre étude, nous avons pu constater la difficulté d'assurer la convergence des systèmes en présence. Les scientifiques qui procèdent aux études d'incidence ont beaucoup de peine à fournir des données pertinentes pour le droit. Celui-ci, en raison de sa tendance naturelle à la fixité, a des difficultés à intégrer les modes de raisonnement itératifs et récurSifs préconisés par la science pour résoudre les problèmes sur la base de plusieurs cri-

tères. Les négociations que le système politique conduit pour surmonter les incertitudes nées de l'approche juridique des problèmes risquent de se faire au détriment du respect des normes protégées par le droit.

Pour favoriser le dialogisme et éviter les dissonances entre les divers systèmes en présence, on a imaginé des procédures permettant aux divers acteurs (politiques, corporatifs, administratifs, juridiques) de traiter conjointement la question et de combiner les diverses rationalités en présence⁵³. Ce méta-système est pourtant fragile parce que, à tout moment, un acteur participant à la discussion ou exclu de celle-ci peut, en s'opposant aux décisions prises, provoquer une solution contentieuse du conflit et faire en sorte que le problème soit traité exclusivement par le système juridique.

2. La complexité intrasystémique

Elle provient de l'enchevêtrement des normes qui se produisent soit à l'intérieur d'un ordre juridique soit entre divers ordres juridiques coordonnés ou subordonnés. L'avènement des législations finalisées a très fortement accru la complexité au sein des systèmes juridiques nationaux à un moment où par ailleurs leur unité éclatait par la constitution d'une multitude de pôles de production de normes. Le degré de complexité du droit est pourtant tel qu'on assiste au niveau des pratiques judiciaires et des procédures administratives à des tentatives de simplification qui, en raison de leur caractère sélectif, risquent de dénaturer considérablement le droit dont il est fait application. C'est ce mouvement dialectique de complexification et de simplification que nous voudrions évoquer brièvement ici.

La complexité du droit des politiques publiques provient du fait que nombre de décisions concrètes doivent prendre en considération une multitude de législations finalisées adoptées à l'origine sans grand souci de coordination. L'analyse des décisions portant sur la réalisation des grands travaux montre que c'est à ce niveau que les normes les plus diverses s'entrecroisent. À cette hypercomplexité horizontale provenant de l'agencement de principes directeurs très peu hiérarchisés⁵⁴, s'en ajoute une autre verticale. On assiste, en effet, dans les États fédéraux et dans l'Union européenne, à la superposition de différentes couches de politiques publiques qui doivent elles-mêmes être harmonisées⁵⁵.

Le développement des politiques publiques a aussi complexifié les rapports avec d'autres réseaux de normes comme ceux qui ont trait à la protection des droits fondamentaux. Les mesures restrictives admissibles dans un État démo-

⁴⁹ MORIN, *op. cit.*, (note 40), 98ss; voir aussi DELMAS-MARTY, *op. cit.*, (note 4).

⁵⁰ Cf. *supra*, p. 88, 89.

⁵¹ GIDDENS, A. (1994), *Les conséquences de la modernité*, 43.

⁵² MORIN, *op. cit.*, (note 40), 137ss.

⁵³ Voir MORAND C.-A., *op. cit.*, (note 16), 79-81.

⁵⁴ Sur cet aspect de la complexité, voir COHEN-TANUCCI L. (1989), *La métamorphose de la démocratie*, 134, 135.

⁵⁵ Sur les politiques publiques européennes, voir MÉNÉY Y./MULLER P./QUERMONNE J.-L. (1995), *Politiques publiques en Europe*.

cratique, les intérêts publics justifiant des restrictions aux droits fondamentaux sont tellement variés et nombreux que leur mise en relation avec les valeurs protégées par les droits fondamentaux atteint un très haut niveau de complexité. Si l'on devait juger de la constitutionnalité au regard de la liberté économique, de la garantie de la propriété ou de la liberté personnelle, des dizaines de restrictions visant à la protection de l'environnement ou à l'aménagement du territoire qui interviennent dans la réalisation de grands travaux, le nombre des points de vue à envisager serait considérable. En effet, chaque restriction à la liberté pourrait être appréciée au regard des trois sous-principes découlant de l'exigence de proportionnalité à savoir l'aptitude, la nécessité et la subsidiarité. Les mesures de protection de l'environnement devraient en outre être appréciées non seulement dans leur aspect restrictif mais aussi dans la contribution qu'elles apportent à la réalisation du droit à la santé, du droit à la vie, voire du droit au respect de la vie privée et familiale (Art. 8 CEDH). Le juge constitutionnel devrait enfin tenir compte du fait que les droits fondamentaux sont consacrés à divers niveaux : international, communautaire, voire infranational dans les États fédéraux.

À l'hypercomplexité des décisions administratives et judiciaires répond un vaste mouvement de *simplification* qui, sans toucher au droit de fond, se manifeste au niveau des pratiques judiciaires et administratives ou par des modifications de procédure. On se bornera ici à deux exemples qui illustrent assez bien le phénomène.

Les tribunaux constitutionnels développent les stratégies les plus variées pour réduire les points de vue auxquels ils devraient se référer pour juger. Ils peuvent par exemple présumer la compatibilité des niveaux de protection, refuser de statuer sur la compatibilité d'une mesure avec un autre droit (international, supranational, conventionnel européen) que le droit national, ne retenir que les restrictions qui leur semblent importantes. Ces stratégies de simplification risquent de réduire une grande partie du droit de fond à une dimension symbolique, de le rendre peu transparent pour les justiciables et même arbitraire dans la mesure où les tribunaux peuvent être tentés de ne retenir que les points de vue qui concourent au résultat qu'ils cherchent à atteindre intuitivement.

En ce qui concerne les décisions administratives, la tendance est aussi à la simplification. Cela est particulièrement manifeste dans le domaine des décisions portant sur de grands travaux que nous avons étudiés de près. Deux exigences du Tribunal fédéral ont contribué à les rendre hypercomplexes⁵⁶. Les autorités administratives doivent d'une part prendre en considération tous les intérêts en cause, de l'autre se coordonner entre elles de façon à opérer une pesée globale de ces intérêts. Ces deux exigences de fond et de forme garantissent

le maintien de la variété des points de vue, de la complexité. Celle-ci est pourtant jugée néfaste par les autorités politiques. Un projet de loi sur la simplification des procédures, portant sur les décisions fédérales les plus importantes⁵⁷, vise à substituer à l'exigence du concours des services administratifs une centralisation de la procédure de décision sur l'autorité responsable de la conduite des travaux. En concentrant cette procédure sur cette autorité et en enlevant aux autres services, notamment à ceux qui s'occupent de la protection de l'environnement, leur pouvoir de codécision, le projet de loi transforme radicalement le processus. Il n'est pas difficile de prévoir que ce changement structurel aura un effet direct sur la manière avec laquelle la pesée entre les intérêts en présence sera effectuée. Or, comme nous l'avons montré, il s'agit d'une opération politiques⁵⁸ du fait qu'il n'y a pas de commune mesure entre les intérêts en présence. Le projet de loi consiste donc à confier une décision politique à un service chargé de la promotion de certains intérêts au détriment de ceux qui en défendent d'autres. Cette entorse au pluralisme interne à l'administration, qui n'est que le reflet du pluralisme des valeurs de la société, est d'autant plus regrettable que le contrôle juridictionnel ne pourra être réalisé que de manière très limitée en raison du caractère politique de la décision. Comme dans le cas qui précède, la simplification des procédures risque de dénaturer le droit de fond et de favoriser le développement de décisions arbitraires. Elle crée une discordance entre deux formes de pensées, celle complexe qui préside à l'établissement du droit de fond et celle simplificatrice qui régit la procédure.

D. La structuration en réseaux

Le réseau est une organisation faiblement structurée qui permet à une pluralité d'éléments divergents de rester cohérents⁵⁹. On voit d'emblée combien le modèle du réseau est pertinent pour décrire le droit des politiques publiques⁶⁰ formé de principes directeurs divers et fréquemment contradictoires. Aucune autre métaphore, que ce soit la chaîne, la pyramide ou l'arbre ne peut traduire les relations qui s'établissent entre des groupes de normes structurées autour des principes directeurs. Cette représentation permet de mieux rendre compte

⁵⁶ Sur ces exigences MORAND, *op. cit.*, (note 16), 66ss.

⁵⁷ Projet de loi fédérale du 25 février 1998 sur la coordination et la simplification des procédures.

⁵⁸ Voir MORAND, *op. cit.*, (note 16), 72.

⁵⁹ KELLY K. (1995), *Out of Control: The Rise of Neo-biological Civilization*, 25, 26. Pour une application du modèle du réseau au droit, voir OST, *op. cit.*, (note 37), 257ss; DELMAS-MARTY, *op. cit.*, (note 4), 117ss.

⁶⁰ Pour un traitement du droit comme réseau, voir OST F., *Le temps virtuel des lois post-modernes ou comment le droit se traite dans la société d'information*, à paraître.

des interactions, des recompositions infiniment changeantes auxquelles l'application des principes directeurs donne lieu.

Le réseau que forme le droit des politiques publiques comporte des flux d'informations qui sont reliés entre eux par des noeuds (*nodes*) et des moyens (*hubs*)⁶¹. Les principes directeurs constituent les noeuds du réseau dans la mesure où ils permettent de tisser les liens entre le droit et la réalité sociale, entre les espaces formés par les différentes politiques publiques et enfin entre ceux-ci et d'autres tissus normatifs. Les moyens de communication « coordonnent l'interaction en souplesse de tous les éléments intégrés dans le réseau »⁶². Au niveau de la mise en œuvre du droit des politiques publiques, les moyens sont constitués par les plans qui cherchent à coordonner de manière réflexive de nombreuses interactions, les études d'incidence, les espaces où l'administration et le juge opèrent une pesée globale des intérêts avant de prendre des décisions.

La structuration en réseaux comporte une part importante d'organisation. Le droit peut établir des hiérarchies souples avec les principes émanant d'un ordre juridique supérieur ou entre les divers intérêts consacrés par les principes directeurs faisant partie d'un ordre juridique donné. Ces prédominances sont pourtant toujours relatives et ne prennent jamais la forme de la pyramide keisérienne. Si par exemple l'intérêt de la protection de la forêt est considéré par le droit comme prépondérant par rapport par exemple à la sauvegarde de terres agricoles, comme cela est le cas en Suisse, cela ne signifie pas que cette prédominance sera assurée dans tous les cas. Il est tout à fait possible que selon la configuration du terrain, une route doive emprunter un trajet situé en forêt. La primauté de la CEDH est toute relative⁶³. Dans le cadre de la marge d'appréciation, les principes directeurs visant à garantir les libertés au niveau de la Convention coexistent avec ceux qui permettent aux États de prendre des mesures restreignant les libertés. Ce n'est qu'à partir d'un certain degré d'incompatibilité que le principe hiérarchique se manifeste. La primauté des droits constitutionnels nationaux sur les lois est tout aussi relative. Constitué pour l'essentiel de principes directeurs⁶⁴, ces droits tissent à la fois des liens de subordination et de coordination. Le Tribunal fédéral souligne, avec raison, que la liberté du commerce et de l'industrie et les intérêts publics permettant de la restreindre sont de même niveau et doivent être coordonnés. Par la souplesse des liens établis, les principes directeurs évoquent bien une structuration en réseaux. On pourrait en dire autant des liaisons qui sont établies entre le droit des politiques publiques communautaires et nationales.

61 CASTELLS M. (1998), *La société en réseaux*, 464ss.

62 *Ibid.*, 464.

63 Voir DELMAS-MARTY, *op. cit.*, (note 4), 158ss.

64 Voir MORAND, *op. cit.*, (note 14).

L'analyse du droit des politiques publiques en termes de réseaux participe d'une pensée réflexive qui est susceptible d'influencer par enroutements successifs les pratiques juridiques. La notion de réseau a joué un rôle essentiel dans la compréhension des principes directeurs comme normes assurant la liaison souple et non hiérarchique avec d'autres normes⁶⁵. La découverte de ces liens renforce à son tour la pertinence du paradigme. Celui-ci permet de rompre délibérément avec le modèle mécanique, linéaire et hiérarchique du droit moderne. Il donne la possibilité au droit de s'adapter à la structure sociale. Or, il ne fait pas de doute que les réseaux constituent la nouvelle morphologie sociale de nos sociétés⁶⁶. C'est en prenant conscience de la très large homologie entre la structure sociale et la structure juridique qu'il sera possible d'éviter les simplifications déformantes, que l'on pourra faire en sorte que les pratiques judiciaires ou les dispositions de procédure ne réduisent pas à néant la complexité établie par le droit de fond. Cette homologie donne à penser que, grâce au développement des techniques informatiques, il sera possible de traiter l'information nécessaire à la prise des décisions complexes de manière décentralisée, pluraliste, réursive et itérative, en faisant l'économie des déplacements physiques qu'implique aujourd'hui la coordination des décisions. Si la logique du réseau « est nécessaire pour structurer le non-structuré tout en conservant la souplesse »⁶⁷, on voit immédiatement le parti que l'on peut en tirer pour caractériser la mise en œuvre du droit des politiques publiques. Le non-structuré étant le moteur de l'innovation⁶⁸, le modèle du réseau permet de mieux appréhender les activités créatrices que l'administration développe dans le cadre de la marge d'appréciation souvent considérable que la loi lui ménage.

La structuration en réseaux permet non seulement de tenir compte de la complexité qui se manifeste dans le cadre de l'application de principes directeurs multiples et contradictoires. Elle permet de concilier des modes de procéder et d'agir qui ont été construits sous forme d'oppositions binaires : le pluralisme et le corporatisme⁶⁹, l'autonomie et l'hétéronomie, le commandement et la persuasion, le public et le privé. Le réseau permet d'abolir au moins en partie les grands dichotomies sur la base desquelles le droit moderne s'est construit. En partie, parce que des portions de droit moderne subsistent et parce que les ordres juridiques résistent avec plus ou moins de fermeté à l'ouverture des frontières. L'opposition entre public et privé est par exemple beaucoup plus ancrée dans les droits nationaux en raison de la présence de

65 Voir DELMAS-MARTY M., *op. cit.*, (note 4), 117ss.

66 Voir CASTELLS, *op. cit.*, (note 60), 525.

67 *Ibid.*, 87, 88.

68 *Ibid.*, 88.

69 Voir à ce sujet KNOEPFEL P./KISSLING-NÄF I./BUSSMANN W. (1998), « L'évaluation et l'analyse des politiques publiques », *Politiques publiques. Evaluation*, 135.

deux ordres de juridictions qu'en droit communautaire ou que dans le droit de la CEDH.

Une autre homologie doit être soulignée entre le traitement du droit des politiques publiques comme régulation et comme réseau⁷⁰. Tous les deux connotent une action souple, évolutive, réursive et faiblement hiérarchisée. On comprend pourquoi, souligne Ost⁷¹, «l'idée de régulation, apparaît à point nommé, dans un champ juridique qui prend désormais la forme du réseau; elle permet de penser les délicates opérations d'équilibration qui prennent place entre sources de pouvoir à la fois complémentaires et concurrentes; elle accompagne les improbables percées du droit dans les mécanismes des sous-systèmes (économiques, éducatifs, scientifiques...) qu'il souhaiterait contrôler». Norbert Elias a montré de son côté combien la pensée a de la peine à exprimer les phénomènes d'entrecroisement et d'interdépendance qui prennent une forme réticulaire⁷². «Un filet est fait de multiples fils reliés entre eux. Toutefois ni l'ensemble de ce réseau ni la forme qu'y prend chacun des différents fils ne s'expliquent à partir de l'un de ces fils, ni de tous les différents fils en eux-mêmes; ils s'expliquent uniquement par leur association, leur relation entre eux... La forme de chaque fil se modifie lorsque se modifient la tension et la structure de l'ensemble du réseau»⁷³. À l'instar de ce qui se passe dans les rapports complexes qui s'établissent entre les hommes, le droit des politiques publiques prend la forme «d'un réseau en mouvement perpétuel, tissant et dé-tissant inlassablement des relations.»⁷⁴.

L'action régulatrice du droit des politiques publiques se traduit par une transformation de la forme juridique. Le réseau est la forme dans laquelle peut se glisser un droit souple, fluide, incertain et aléatoire. Le risque existe évidemment que ce droit en réseaux, qui n'est plus soumis aux principes juridiques gouvernant la formation du droit autoritaire et hiérarchisé, se développe dans un vide juridique complet. Et c'est une tâche majeure de la doctrine de repenser le cadre du développement de ce droit. Il ne s'agit pas seulement, comme on l'a fait à ce jour, d'atténuer les exigences relatives à la formation du droit pour tenir compte de la souplesse et de la réflexivité inhérentes aux régulations. Il s'agit surtout d'élaborer des principes, des règles et des institutions mieux adaptées à leur mode opératoire et à leur structuration en réseaux. Des linéaments de ce méta-droit se font jour. Dans le mixage qu'opère la Cour de Karlsruhe entre le contrôle de régularité et l'évaluation des effets⁷⁵. Dans les

⁷⁰ Voir Ost F., *op. cit.*, (note 60).

⁷¹ *Ibid.*

⁷² ELIAS N. (1991), *La société des individus*, 70.

⁷³ *Ibid.*, 70, 71.

⁷⁴ *Ibid.*, 71.

⁷⁵ Cf. *supra*, p. 112ss.

exigences du Tribunal fédéral portant sur la manière de procéder à des pesées d'intérêts⁷⁶. Dans les principes juridiques originaux gouvernant la planification et les études d'incidence qui prennent en considération leur caractère itératif et réursif. Un méta-droit tenant compte de la structuration des législations finalisées est en voie de formation. Mais ces linéaments sont encore trop divers et dispersés pour que l'on soit à même d'élaborer une grande théorie.

III. Un droit post-moderne?

Pour agir en profondeur sur les systèmes sociaux qu'il cherche à influencer, le droit des politiques publiques procède très différemment du droit moderne. Ses concepteurs ont dû renoncer à la généralité de la loi pour renforcer son aptitude à agir plus profondément sur une réalité sociale mouvante. Renoncer à la simplicité pour qu'il colle mieux à une réalité sociale complexe. Renoncer à la systématisation et à la cohérence pour qu'il soit capable de répondre toujours plus rapidement à des demandes sociales pressantes. Renoncer à son autonomie pour faciliter sa pénétration dans les systèmes qu'il cherche à réguler. Renoncer à la toute-puissance pour contourner les résistances. Renoncer à la centralité des commandements pour assurer le couplage avec les systèmes sociaux régulés. Renoncer enfin à la permanence, gage de prévisibilité et de sécurité du droit, pour permettre à celui-ci d'atteindre des objectifs dans un contexte incertain et changeant.

Les grands traits du nouveau paradigme résident par contraste dans l'individualisation des normes, la croissance de la complexité des décisions, un large renoncement à la systématisation du droit, une perte importante de son autonomie, un accroissement notable de la réflexivité et de la polyarchie, une augmentation de la flexibilité et du fluide du droit. Ces traits correspondent, dans une large mesure, à ceux que l'on attribue à la post-modernité juridique⁷⁷. Il y a pourtant des raisons de s'interroger sur cette qualification. La première est que nombre de ces traits étaient déjà présents, mais masqués, dans la construction du droit moderne. En bref, nous n'avons jamais été modernes. En second lieu, on a de la peine à savoir si les traits relevés ne résultent pas d'une comparaison superficielle entre la post-modernité juridique et la post-modernité sociale. Il est, en troisième lieu, nécessaire d'introduire des nuances. Ainsi, la désubjectivation, le décentrement du sujet, caractéristiques fondamentales du post-

⁷⁶ Cf. *supra*, p. 118ss

⁷⁷ Voir A.-J. ARNAUD (1998), *Entre modernité et mondialisation. Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, 151ss. L'auteur poursuit depuis plusieurs années une réflexion fondamentale sur la post-modernité juridique et le développement de la complexité. Sur la qualification de post-moderne des traits du droit hyper-complexe des politiques publiques, voir VAN DE KERCHOVE M./OST F., *op. cit.*, (note 22), 232.

modernisme juridique, ne se vérifient qu'en partie. Les législations finalisées manifestent certes une tendance à l'instrumentalisation des hommes, une propension à les considérer comme des objets qu'il est possible de manipuler pour atteindre des finalités collectives. Mais on constate par ailleurs que de nombreux droits subjectifs sont créés : droits de participation aux décisions concrètes, droits procéduraux plus développés et mieux garantis. On assiste par ailleurs à une extension considérable des droits subjectifs constitutionnels, du fait du développement des juridictions constitutionnelles et des instances internationales et régionales de protection des droits de l'homme. Cette extension se manifeste par un renforcement et un affinement des libertés classiques, par un développement des droits-créances, des droits individuels à portée collective, des droits de la troisième génération, comme le droit à l'environnement, que l'on peut déjà déduire en partie des droits et libertés de la première génération, comme le droit à la vie ou à l'intégrité corporelle.

Une dernière raison incite à la prudence. C'est que les traits présentés comme post-modernes par certains sont considérés par d'autres comme des caractéristiques fondamentales de la modernité. Ainsi en va-t-il par exemple de la réflexivité et de la récurtivité, sources importantes de complexité, qui pour les uns sont le signe de la post-modernité, pour les autres de la modernité elle-même. Il nous semble dans ces conditions plus exact de voir dans les traits marquant du droit des politiques publiques ce que Giddens appelle une radicalisation de la modernité⁷⁸. Ce droit manifeste une confiance énorme dans le progrès, dans la possibilité pour les instances étatiques d'agir volontairement sur la réalité sociale. Le développement de l'évaluation législative relève plus de la modernité se comprenant elle-même que d'un dépassement de la modernité en tant que telle⁷⁹. Il ne fait que refléter sur le plan institutionnel, la réflexivité inhérente à la modernité elle-même⁸⁰. La flexibilité d'un droit soumis en permanence à des exigences d'évaluation n'est probablement que le reflet d'une caractéristique fondamentale de la modernité, à savoir une mutabilité et une instabilité inhérentes à la propension à approfondir la connaissance de la réalité sociale⁸¹. Plus largement, la légistique, la planification, la coordination formelle et matérielle des décisions procèdent d'une rationalité technico-économique⁸² très caractéristique de la pensée moderne. Le recours à l'informatique, pour stocker l'information produite au sujet des effets des législations finalisées et de manière plus audacieuse encore pour aider le législateur ou l'administration à prendre des décisions, grâce notamment à

l'utilisation de systèmes-experts⁸³, dénote une croyance très moderne dans les vertus de la raison et du progrès. C'est pourquoi, après avoir hésité, il nous a paru préférable de parler du droit néo-moderne des politiques publiques, sans préjuger de la présence de traits post-modernes dans d'autres secteurs du droit.

⁷⁸ Voir A. GIDDENS (1994), *Les conséquences de la modernité*, 57.
⁷⁹ *Ibid.*, 54.

⁸⁰ *Ibid.*, 55.

⁸¹ *Ibid.*, 51.

⁸² Voir J. CHEVALLIER, *op. cit.*, (note 47), 12.

⁸³ Voir BOURCHIER D. (1995), *La décision artificielle: le droit, la machine et l'humain*.