

droit et société

Maison des Sciences de l'Homme

Le droit néo-moderne des politiques publiques

par

Charles-Albert Morand

26

L.G.D.J

ÉPILOGUE 187

I. Le rôle des principes directeurs 189

II. Un nouveau paradigme 194

 A. La flexibilité 196

 B. Le flou du droit 197

 C. La complexité 199

 1. La complexité intersystémique 200

 2. La complexité intrasystémique 203

 D. La structuration en réseaux 205

III. Un droit post-moderne? 209

BIBLIOGRAPHIE 213

Introduction

Le droit et les politiques publiques n'ont pas encore réussi à s'accorder. L'hypothèse de ce livre, qui cherche à regrouper des réflexions éparpillées émises à l'occasion de recherches empiriques ou d'articles sur les transformations des modalités d'action de l'Etat, est que l'avènement des politiques publiques finalisées a produit un changement radical de la structure juridique. L'intérêt constant que les étudiants portent à cette question m'a incité à la développer pour un public plus large.

L'hypothèse est qu'au fil du développement des modalités d'action de l'Etat dans le cadre de politiques publiques finalisées, toujours plus raffinées et astucieuses, on assiste à l'apparition de plusieurs types d'Etat et qu'à chacun d'eux correspond une forme de droit particulière. Au gré de l'évolution, le droit revêt des traits qui s'écartent très nettement des représentations traditionnelles. Après bien des hésitations, nous avons cru pouvoir qualifier le droit des politiques publiques de néo-moderne plutôt que de post-moderne. A la fin de l'ouvrage, nous tenterons de justifier cette qualification.

Les mutations de la structure juridique à grands traits

L'irruption massive de politiques publiques finalisées, s'incorporant aux lois, se superposant à elles ou se mettant à leur service a tellement changé le droit qu'il laisse les juristes désorientés. L'apparition d'un droit peu prévisible, aléatoire et s'adaptant en permanence à une réalité sociale mouvante les déconcerte. Ces changements sont mal vécus. On ne compte plus les écrits qui dénoncent la déchéance du droit et qui préconisent le retour à un âge d'or où il était synonyme d'ordre, de simplicité et de stabilité. Rien n'y fait pourtant. Malgré ces appels, le droit est de plus en plus désordonné, complexe et mouvant.

Les politiques publiques, développées à l'origine dans le cadre de programmes économiques et sociaux, envahissent tout le champ du droit. Les nouveaux secteurs comme ceux qui ont trait à l'aménagement du territoire ou à la protection de l'environnement en sont imbibés. C'est à ces deux domaines très caractéristiques de l'interventionnisme contemporain que nous emprun-

politiques économiques
politiques sociales
politiques administratives

rons la plupart des exemples illustrant les changements qui se sont produits au niveau de la structure juridique. Pourtant tous les secteurs du droit, même ceux qui ont fait l'objet des grandes codifications, sont concernés par l'intrusion de la pensée finalisée des politiques publiques. Droit de la famille et politique de la famille sont indissociables. L'application du code pénal ne se conçoit plus indépendamment d'une politique criminelle. La pensée finalisée se glisse dans les droits qui ont été conçus à l'origine de manière conditionnelle.

En procédant à plusieurs recherches sur la mise en œuvre du droit, il nous a semblé que celui-ci n'avait plus grand chose à voir avec la représentation que l'on s'en fait généralement. Ce livre a pour objet de décrire cette mutation, de voir dans quelle mesure la transformation des modalités d'action de l'État a modifié la structure même du droit et d'analyser les conséquences de ces changements. Tout donne à penser qu'il ne s'agit pas d'une mutation brusque, mais d'un lent processus de transformation qui a débuté dès l'apparition du droit moderne et qui se poursuit aujourd'hui. Le droit n'est pas passé d'un état solide à un état gazeux auquel il fait parfois penser, lorsqu'il est mis au service des politiques publiques finalisées. Il y a eu tout d'abord des l'origine un écart entre la représentation que l'on se faisait du droit moderne et ce qu'il était en réalité. On peut aussi discerner des étapes dans l'évolution des modes d'action de l'État.

Deux d'entre elles sont bien connues. Au début du siècle, on a assisté au développement de l'administration de prestation qui a donné naissance à une théorie juridique globale, celle du service public. Dans les années d'après-guerre, l'État a modifié radicalement ses modalités d'action en intervenant dans l'économie puis dans d'autres domaines au moyen de politiques publiques finalisées. C'est en Allemagne que le phénomène a été théorisé par le courant de l'autopoïèse. Luhmann¹ a montré que les programmes finalisés génèrent une structure juridique nouvelle et problématique. Deux autres étapes sont moins perceptibles. Devant les difficultés que l'État rencontre à imposer ses objectifs à la société, il se met à négocier les solutions qu'il cherche à imposer. Un autre modèle, théorisé par les mêmes auteurs, semble voir le jour. Celui des programmes relationnels, générateurs d'un droit réflexif. Et il ne s'agit probablement pas de la fin de l'histoire. Le recours toujours plus fréquent à l'incitation, à l'information pour guider les comportements constitue peut-être un autre modèle d'action qui mériterait d'être mieux compris.

Ces changements n'ont pas complètement échappé aux autres courants de la théorie du droit. On dispose d'études fragmentaires parfois très riches comme celle d'Ewald² sur le passage à une société assurantielle. Il manque

¹ LUHMANN N. (1983), *Rechtssoziologie*, 2ème éd., 88, 232, 234.

² EWALD F. (1986), *L'État providence*.

pourtant un tableau d'ensemble comparable à celui que Rosanvallon³ a dressé et dans lequel il retrace les transformations de la structure de l'État en fonction des modes et des champs d'action. Sous cet angle, Rosanvallon réussit à distinguer une vingtaine de types d'État: utopiste, hygiéniste, providence, social, tutélaire, protecteur, intelligent, conservateur-prospératif, keynésien, rationnel, instituteur social, paternaliste-pédagogue, de solidarité, et j'en passe.

Il n'y a pas d'équivalent en théorie du droit. Il n'est d'ailleurs probablement pas nécessaire de disposer d'autant de catégories pour décrire la transformation de la structure juridique. La tentative la plus élaborée de décrire la coévolution des modalités d'action de l'État et des structures juridiques émane du courant autopoïétique de droit. Elle peut servir de point de départ de l'analyse, même si l'on ne partage pas complètement le point de vue des auteurs. Il est probablement trop simple de réduire toutes les sciences et toutes les disciplines à des formes de communication. La description de l'évolution de la structure juridique vers un droit réflexif qui serait pur de toutes les qualités est trop déterministe. Malgré ses défauts, la théorie autopoïétique permet de mieux comprendre l'impact que la transformation des modalités d'action de l'État a pu avoir sur la structure du droit. À partir d'une analyse portant sur la complexification progressive et sur la fermeture toujours plus marquée des systèmes sociaux, Willke⁴ trace un tableau convainquant de l'évolution des formes de la société, de l'État et du droit.

Formes de la société	Formes de l'État	Forme du droit
pré-moderne	État répressif	droit répressif
moderne	État libéral	droit restitutoire
complexe	État interventionniste	droit finalisé
hypercomplexe	État de guidage	droit réflexif

À ce tableau, qui peut au moins servir de point de départ à une réflexion, nous apportons quelques renouces pour marquer la spécificité des structures juridiques successives. Le droit répressif et le droit restitutoire peuvent être re-

³ ROSANVALLON P. (1990), *L'État en France de 1789 à nos jours*.

⁴ WILKE H. (1992), «Droit réflexif: pour une approche du droit qui favorise la négociation», *La négociation*, 270.

⁵ Le terme État sera utilisé dans le présent ouvrage au sens large pour désigner toute autorité publique, centrale ou locale, nationale, internationale ou supranationale.

groupés. La nouveauté est l'avènement de la structure conditionnelle du droit moderne, qui fait la synthèse de l'héritage de l'État de police et de l'apport de l'État libéral de l'État de droit. L'État providence, fournisseur de prestations, a généré une structure juridique intermédiaire entre celle du droit conditionnel de l'État libéral et le droit finalisé de l'État propulsif. La mutation n'est pas considérable dans la mesure où l'État providence a réussi à travailler avec les normes conditionnelles du droit moderne en prévoyant à l'aide de règles fixes la manière d'opérer des prélèvements obligatoires et de fournir des prestations. Mais avec l'avènement des services publics et des théories qui s'élaborent à leur sujet, on constate que le droit présente des traits nouveaux qui peuvent être rapportés à un modèle cohérent. Les difficultés que l'État a rencontrées dans le maintien des programmes finalisés, la structure juridique la plus novatrice que l'on rencontre dans l'évolution, l'a amené à faire participer toujours plus intensément les destinataires du droit à sa formation et à sa mise en œuvre. Les programmes relationnels générés par cette participation impliquant d'autres changements dans la structure du droit. Il est enfin possible de discerner une autre transformation dans la propension de l'État à renoncer à la contrainte pour recourir à l'information, à l'incitation, à la persuasion. Il semble bien qu'il s'agisse d'une figure nouvelle dont il faut chercher à restituer la cohérence. À partir de ces premières constatations, on peut faire un tableau synthétique des formes d'États et de droits.

Formes d'États	Formes de droits
État libéral	Droit moderne
État providence	Droit de l'activité de prestations
État propulsif	Droit des programmes finalisés
État réflexif	Droit des programmes relationnels
État incitateur	Droit fondé sur la persuasion et l'influence

L'évolution est due à des facteurs qu'il est hors de question de traiter ici exhaustivement. Les théories économiques jouent un rôle important. Il est ainsi banal d'expliquer l'interventionnisme étatique par la mise en pratique des idées de Keynes. L'apparition de programmes relationnels et de structures réflexives s'expliquent largement par la complexification progressive de la société et par la capacité de systèmes sociaux autonomes (autopoïétique) à résister aux commandements étatiques. L'évolution est aussi le reflet d'un vaste processus de civilisation. En substituant au commandement unilatéral des modes d'action

fondés sur la persuasion et la négociation, l'État ne fait que suivre une tendance qui se manifeste dans toutes les disciplines qui, comme la pédagogie par exemple, s'occupent d'orienter les comportements. Le développement de l'autoobservation, étape majeure du processus de civilisation selon Elias⁶, se produit aussi au niveau de l'action des pouvoirs publics. L'interventionnisme étatique suppose l'acquisition par l'État de la capacité d'observer et de corriger son action.

On constate aussi qu'un des grands facteurs de l'évolution peut être trouvé dans les caractéristiques propres à la structure antérieure. Ainsi le libéralisme en facilitant l'explosion des initiatives individuelles créait les conditions matérielles du développement de l'État providence et favorisait l'irruption de l'interventionnisme étatique pour corriger les effets néfastes et les externalités produites par ces initiatives. Le progrès de la démocratie allait dans le même sens, puisqu'il faisait exploser la demande d'action étatique. D'un autre côté, l'interventionnisme étatique a rapidement trouvé ses limites dans la mesure où il était confronté à la résistance des systèmes sociaux sur lesquels il cherchait à agir et à la production d'effets pervers. C'est pourquoi les pouvoirs publics ont vite compris qu'ils devaient négocier, persuader, faire appel à l'autodiscipline.

L'évolution n'est évidemment pas linéaire. Certains pays comme la Russie sont passés d'un coup du dirigisme le plus complet à un libéralisme anarchique. Et on peut penser que de brusques changements d'orientation se produiront encore. Dans les vieilles démocraties, un mouvement comme celui de la déregulation représente un retour au droit conditionnel de l'État libéral, mais il suscite néanmoins de nouvelles interventions pour cadrer et orienter les activités économiques soumises aux lois du marché.

La nature des modèles présents

La première précision à donner est que les formes d'États et de droits décrits sont des types idéaux, qui ne sont qu'un reflet imparfait de la réalité. Ils ont une valeur heuristique. Ils permettent de mieux décoder une réalité sociale ou juridique touffue dans laquelle les formes d'action les plus diverses cohabitent. Par ailleurs, il s'agit de modalités d'action non pas exclusives, mais prévalentes à un moment donné de l'histoire. Dès l'apparition de l'État moderne, celui-ci a fourni des prestations, a eu quelques actions finalisées. Dans certains pays, comme la Suisse ou les Pays-Bas, une concertation avec les groupes d'intérêts est intervenue très tôt. Ce n'est pourtant que lorsque le recours à des modes d'action prend une certaine ampleur qu'il est possible de discerner des changements dans la structure de l'État et du droit.

⁶ ELIAS N. (1991), *La société des individus*, 248ss.

La deuxième précision qui doit être faite est que diverses formes d'États et de structures du droit coexistent au même moment. Que divers modèles se soient succédés dans l'histoire ne signifie pas qu'à chaque étape on ait fait *tabula rasa* de tout ce qui précédait. Malgré l'apparition de programmes finalisés, on fait encore des codes. Le droit civil, le droit pénal fonctionnent encore de manière prépondérante à l'aide du syllogisme juridiques. Il y a coexistence des modèles, mais aussi pénétration des politiques publiques dans les secteurs classiques du droit. Non seulement les modalités d'action coexistent, mais certaines structures classiques se renforcent. On constate par exemple que parallèlement au développement de l'interventionnisme étatique, la structure du droit moderne s'affirme en raison du renforcement d'institutions allant dans le sens d'une meilleure réalisation des idéaux de l'État de droit. Ainsi en est-il par exemple du développement du contrôle de constitutionnalité des lois en France, qui est une conquête récente par rapport à d'autres pays comme l'Autriche, l'Allemagne, l'Italie et bien sûr les États-Unis. La Convention européenne des droits de l'homme est de son côté un ferment important de ce perfectionnement. On doit souligner aussi que les modèles présentés ne sont pas purs. Ainsi par exemple, les programmes finalisés se caractérisent par le fait que le droit est instrumentalisé pour servir à la réalisation de finalités particulières. Mais ils contiennent des normes conditionnelles. Comment pourrait-il d'ailleurs en aller autrement? Tout ceci fait qu'à l'image du film déroulant successivement plusieurs modèles, il faudrait substituer celle du palimpseste sur lequel se superposeraient une multitude d'écritures ou de réécritures. Or celle de couches géologiques compressées, emmêlées et formant un dessin tourmenté. On remarque aussi que le législateur mélange fréquemment différentes techniques d'intervention. Ainsi par exemple la loi sur les 35 heures en France a recourus à la technique du subventionnement propre à l'État providence dans une première étape et constitue dans la deuxième étape et dans l'ensemble un exemple typique de programme finalisé. Les lois qui prévoient la création de bons de pollution mêlent des formes d'action propres à l'État propulsif et à l'État libéral. Elles combinent la finalisation et le recours au marché.

Une troisième remarque méthodologique doit être faite. Il n'est pas aisé de distinguer les modifications qui se sont réellement produites au niveau de la structure juridique et les changements de perception des phénomènes juridiques qui sont intervenus à la suite d'un progrès des connaissances. L'herméneutique a permis par exemple de comprendre que le pouvoir créateur du juge est beaucoup plus considérable que celui que l'on suppose. Simultanément, on constate que l'interventionnisme étatique, du fait des modalités d'action choisies, engendre un accroissement du pouvoir de décision du juge. Cette convergence peut être illustrée par l'analyse des principes directeurs, des standards. L'herméneutique a permis de mieux appréhender le vaste pouvoir créateur dont le juge est investi, lorsqu'il opère sur la base de principes direc-

teurs comme ceux qui sont impliqués dans le fonctionnement des libertés individuelles⁷. Parallèlement, on constate que les législations interventionnistes, visant à diriger la société civile dans un sens déterminé, font un large appel à de tels principes, parce que de multiples politiques publiques, souvent contradictoires, doivent être conciliées dans des situations concrètes⁸. Il y a, on le voit, une convergence entre des constatations provenant de l'analyse du fonctionnement de l'interventionnisme et celles que fournit une étude plus éclairée de la manière avec laquelle opère le droit moderne. Cette convergence nous a permis de proposer d'étendre aux droits fondamentaux une méthodologie de pensée des intérêts mise en place par le juge administratif dans les secteurs les plus caractéristiques de l'interventionnisme étatique, le droit de l'aménagement du territoire et celui de la protection de l'environnement⁹.

La confusion qui existe entre l'apparition de structures juridiques nouvelles et un changement dans la perception des structures anciennes apparaît très clairement dans les analyses parfois hâtives, qui sont faites de la post-modernité juridique. Nombre de traits qualifiés de post-modernes ne représentaient pas des changements dans la structure du droit, mais uniquement dans la manière de l'appréhender. La vision nouvelle que l'on se fait des droits fondamentaux, en prenant conscience du fait qu'ils ne sont pas des règles mais des principes directeurs, dont la mise en œuvre par pressés d'intérêts est incertaine et aléatoire, ne signifie pas qu'ils auraient tout d'un coup et par enchantement acquis les traits de la post-modernité. Il s'agit tout au plus d'un perfectionnement de la pensée moderne, dû à l'analyse que la doctrine d'aujourd'hui fait du mode de procéder des juridictions constitutionnelles.

Il faut prendre garde aussi au fait que les formes de droits présentées ne sont pas identiques. Le droit moderne n'est pas seulement un idéal-type au sens wébérien, mais un idéal au sens ordinaire du terme, un tissu d'aspirations vers lesquelles on doit tendre. La structure du droit moderne consistant à ce qu'une décision étatique ne puisse être prise qu'en application d'une règle générale est une garantie essentielle contre l'arbitraire. Elle constitue en elle-même une valeur. Dès lors l'idéal-type du droit moderne est plus normatif que descriptif. En revanche, les formes prises par le droit pour s'adapter à l'interventionnisme et qui s'écartent de l'idéal du droit moderne sont caractérisées à partir d'une observation portant sur la manière avec laquelle le droit est formé et mis en œuvre¹⁰. Cette forme est soit neutre soit connotée négativement. Elle ne constitue

⁷ Voir DELMAS-MARTY (1994), *Pour un droit commun*, 121ss.

⁸ 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?*, 261ss.

⁹ MORAND C.-A. (1996), «Vers une méthodologie de la pensée des valeurs constitutionnelles», *De la Constitution. Études en l'honneur de Jean-François Aubert*, 57ss.

¹⁰ Voir *infra*, p. 76 sq.

en tout cas pas un idéal à atteindre. Les idéaux-types établis en analysant l'interventionnisme étatique sont pour l'essentiel descriptifs.

Le modèle du droit moderne qui sous-tend la pensée juridique et qui voit dans l'activité judiciaire une application mécanique de règles générales et abstraites possède une certaine cohérence. Il n'y a en revanche pas de modèle bien défini permettant d'expliquer la construction du droit des politiques publiques. On s'est contenté de le caractériser comme un droit flou (*fuzzy*), incertain, aléatoire, souvent négocié, fréquemment mou et sans grande consistance. Il ne faut pas s'étonner de la difficulté à construire le nouveau modèle. On ne passe pas facilement du simple au complexe, du prévisible à l'imprévisible, du droit dur et contraignant aux formes molles de l'inclination et de la persuasion. Pour construire ce modèle, il faut aussi surmonter le mépris qu'inspire au juriste ces formes dégénérées qui sont tellement contraires aux idéaux d'ordre, de cohérence, de simplicité, qui forment le fond de leur culture. En effet, que n'a-t-on pas entendu au sujet du droit des politiques publiques? Il représenterait un droit en déclin¹¹, «un antidroit, qui nourrit l'incivisme», un retour au Moyen Âge¹², une prolifération cancéreuse manifestant l'indigestion du corps social¹³, un droit abâtardi¹⁴. On est tenté de leur répondre: cherchez à comprendre ce droit, tout dégénéré qu'il vous paraisse. Vous déciderez ensuite s'il mérite vraiment d'être brûlé.

Le droit moderne

¹¹ RIBERT G. (1949), *Le déclin du droit. Études sur la législation contemporaine*.

¹² HOLLÉAUX A. (1976), «La fin des règles générales», *Bulletin de l'ILAP*, juillet-septembre, 39, 37.

¹³ SAVATIER R. (1977), «L'inflation législative et l'indigestion du corps social», *Dalloz, Gène Cahier*, Chr. P. 433s.

¹⁴ BIGNON J./SAUVADRET (1995), *L'insouvenable application de la loi*. Rapport n° 2172, 58, 59.