

Morand Charles-Albert, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, coll. « Droit et Société », 1999
Jacques Caillosse

Citer ce document / Cite this document :

Caillosse Jacques. Morand Charles-Albert, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, coll. « Droit et Société », 1999. In: *Droit et société*, n°42-43, 1999. Justice et Politique (II) pp. 511-519;

http://www.persee.fr/doc/dreso_0769-3362_1999_num_42_1_1762

Document généré le 06/06/2016

MORAND Charles-Albert, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et Société », 1999, 224 p.

Quand l'analyse des politiques publiques se déplace côté « droit »

par Jacques CAILLOSSE *

Avant de risquer quelques réflexions critiques sur le livre de Charles-Albert Morand, tâchons préventivement de lever le malentendu que pourrait générer la référence qu'affiche l'auteur à la « néo-modernité ». L'explication de ce choix terminologique est formalisé dans les toutes dernières lignes de l'ouvrage. En parlant de « droit néo-moderne des politiques publiques », l'auteur entend caractériser une mutation juridique qui n'est pas totalement parvenue à faire oublier la structure du droit moderne. D'autant que la doctrine classique des juristes continue paradoxalement d'y inscrire la juridicité d'aujourd'hui, comme si l'État-providence parvenait à se survivre juridiquement, alors même qu'il a achevé de se métamorphoser en État des politiques publiques, en empruntant les formes inédites de l'État propulsif, de l'État réflexif et/ou de l'État incitateur.

Disons-le autrement : si l'auteur s'en tient à la néo-modernité là où d'autres sont entrés dans la post-modernité, c'est qu'à ses yeux la structure du droit des politiques publiques ne parvient pas à faire oublier celle du droit moderne¹. Ce dernier traverse à coup sûr une phase de mutation décisive, mais plutôt qu'à sa déconstruction, c'est à sa radicalisation ou à son exacerbation que nous assistons. Le droit des politiques publiques serait en vérité, nous dit C.-A. Morand, en train de faire advenir vraiment la modernité, jusqu'au paroxysme. Aussi bien ne cite-t-il pas par hasard B. Latour. La formule de celui pour qui « nous n'avons jamais été modernes² » peut être valablement déduite d'une exploration du champ juridique. Au fond, la néo-modernité désigne ici ce qu'ailleurs on entend sous les mots d'hyper-modernité³ ou d'ultra modernité⁴.

Il ne s'agit surtout pas de chercher, par ce détour terminologique, à mettre notre livre hors des débats en cours sur la post-modernité juridique, mais bien au contraire de saisir de quelle manière il y contribue : C.

* Centre de Recherches Administratives et Politiques (CRAP), Institut d'Études Politiques de Rennes.

1. Voir aussi en ce sens, encore que dans une tout autre problématique, DENYS DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997.

2. Cf. Bruno LATOUR, *Nous n'avons jamais été modernes*, Paris, La Découverte, 1994.

3. Cf. par exemple Jacques CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *Revue du droit public*, 1998, p. 659-690.

4. Voir notamment Pierre LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident*, Paris, Fayard, 1999, p. 13.

A. Morand veut décrire les mutations que la forme juridique est en train de subir, il n'a pas pour but, en tout cas pour but principal, de penser ce que pourrait ou devrait être le droit de l'époque post-moderne. Il y a dans ce simple constat l'explication des variations sémantiques sur le standard de la modernité. Les travaux qui s'inscrivent sous le signe de la post-modernité se présentent en effet comme autant d'essais sur ce que le droit devrait devenir pour répondre enfin aux exigences juridiques de notre temps. Et cette juridicité post-moderne concerne indifféremment le réagencement du système des normes et les catégories de la pensée juridique, bref, elle vaut à la fois critique du droit positif et du droit savant, en tant qu'héritages mêlés d'une période dépassée. Sans doute le droit est-il d'ores et déjà engagé sur la voie d'une mutation post-moderne, mais les changements ne sont pas tels que la structure juridique classique peut se faire oublier. C'est précisément à cet état hybride que l'auteur réserve le qualificatif de « néo-moderne ». Là où la référence à la post-modernité est faite pour porter une réalité qu'il faut faire advenir⁵, C.-A. Morand nous entretient de l'expérience juridique d'aujourd'hui. Si le droit post-moderne est celui dont une certaine théorie juridique veut rendre l'avènement inéluctable, le droit néo-moderne - on pourrait ici parler indistinctement d'hyper ou de sur-modernité - fait partie intégrante de l'attirail courant des politiques publiques.

Qu'on me pardonne cette tentative de mise en situation de l'ouvrage. Aussi allusive soit-elle, elle est à mes yeux un préalable nécessaire à l'examen même rapide d'un texte qui me semble pour le moins appeler une triple lecture : il y a en premier lieu ce dont C.-A. Morand nous entretient explicitement : les avatars de la structure juridique de l'action publique (I), vient ensuite une réflexion plus implicite, en creux parfois, sur les discours se rapportant aux transformations du droit, où l'auteur fait douter de la pertinence des modes d'appréhension dominants de la réalité juridique (II), enfin, par sa texture ouverte, le livre se prête à une réflexion sur le statut même du droit qu'il donne à lire (III).

I. Au commencement était le droit moderne. L'auteur nous en fait revivre, en un court chapitre (p. 23-52), la « modélisation » par la pensée positiviste. Ce droit-là a mis en forme le rêve d'une société d'autant mieux réconciliée avec elle-même qu'elle obéit enfin aux commandements de la Raison. D'où cette valorisation du syllogisme pratiqué comme la forme même du raisonnement juridique. D'où cette métaphore de la pyramide pour représenter la hiérarchie des organes et des normes juridiques. D'où cette fonction esthétique prêtée au Code : servir la mise en ordre juridique du réel. Tel aura été le programme du droit moderne : redessiner le monde à partir des plans inédits de la Raison.

L'entreprise devait échouer. Le monde lisible qu'elle rêvait de faire advenir s'est montré réfractaire à la discipline juridique à laquelle on prétendait la soumettre. Le modèle était d'emblée voué aux pires dysfonctionnements. L'observation, chez C.-A. Morand, ne vaut nullement regret. Ici, aucune nostalgie d'un âge d'or juridique révolu. Dans le décalage qui tout de suite se crée entre l'expérience pratique du droit et son idéal-type, l'auteur trouve de quoi expliquer bien des phénomènes qui, depuis, n'ont pas cessé de perturber la logique juridique. L'État-providence, entendu en l'occurrence comme l'État des services publics, va se charger de creuser un peu plus l'écart entre le droit idéal et la pratique juridique, faisant res-

5. D'où ces titres : *Pour une pensée juridique européenne* (par André-Jean ARNAUD, Paris, PUF, 1991) ; « Droit : une carte de lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit » (par Boaventura DE SOUSA SANTOS, *Droit et Société*, 10, 1988, p. 363-388), etc.

sortir et accusant des traits que le système antérieur ne présentait qu'à l'état virtuel : assouplissement de la contrainte, prise en charge plus systématique des situations particulières, mélanges du droit public et du droit privé, développement des droits-créances, dépassement des exigences de pure régularité par des normes de rendement. Tout est en place pour qu'au tournant des années 50 un nouveau paradigme juridique s'impose avec l'institutionnalisation de l'État des politiques publiques. C.-A. Morand nous en excusera : on ne peut revenir ici, faute d'espace, sur les différentes figures, propulsive, réflexive et incitative que, selon lui, cet État est susceptible d'emprunter. Par delà la diversité de ces types étatiques le juriste doit désormais compter avec le flou comme avec la perte globale de densité normative de ce qu'il faut bien pourtant continuer d'appeler le droit.

Regardons avec un peu de hauteur l'évolution générale de la structure juridique depuis le temps où le libéralisme classique l'a façonnée : une même tendance lourde est à l'œuvre qui brouille l'identité du droit et fait flotter les contours de la juridicité. Le flou n'a d'ailleurs pas seulement gagné les frontières extérieures de droit, la détermination de son tracé, il perturbe encore les découpages internes de la matière juridique, les procédures par lesquelles l'empire du droit s'organise. Le flou, l'incertain, l'aléatoire, voilà le registre sur lequel on accompagnera ici l'auteur, sachant que ce qui est principalement en cause dans cette affaire, c'est la validité du mode de pensée binaire dont les juristes font un usage systématique, comme si l'univers juridique prenait forme et sens dans le jeu des oppositions simples⁶.

Avec l'avènement de l'État des politiques publiques les vieilles représentations de l'ordre juridique ont vécu. Le discours traditionnel des juristes, à force de séparer ce que l'expérience collective du droit ne cesse de mélanger, ne donne plus à voir qu'un monde juridique fantasmé. On l'a dit, le brouillage concerne tout d'abord les critères d'identification de ce qui est « droit ». Le texte de C.-A. Morand pose doublement ce problème de frontières.

Le juriste doit d'abord s'interroger, du fait même de la progression envahissante d'une normativité incitative et indéfinie, sur la nature de ce que devient aujourd'hui l'identité juridique dès lors que la référence classique à la force contraignante du droit a perdu de son sens. À quoi reconnaît-on le droit dans la production normative de l'État quand ce dernier vise moins à gouverner qu'à guider les conduites sociales ? En substituant l'influence et les recommandations aux commandements, l'État des politiques publiques change les formes de la juridicité et rend problématique jusqu'au repérage des territoires du droit. « La métaphore de l'état gazeux, lit-on p. 182, 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 conséquence que la règle de reconnaissance au sens donné par Hart devient incertaine. Dans les cas-limite, on ne dispose plus d'un critère sûr permettant d'identifier les règles juridiques [...]. Les organes existants, les tribunaux, ont toutes les peines du monde à définir les frontières dans lesquelles l'empire du droit s'exerce. »

Mais ce problème du partage entre droit et non-droit, l'auteur ne le pose pas du seul point de vue de l'impérativité⁷. Il le situe encore dans

6. Cf., sur cette question méthodologique, Gérard TISSI, « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *Revue française d'administration publique*, 1996, p. 375-394, et *La régulation : naissance d'une notion*, Paris, PUF, 1997, p. 161-231.

7. Voir sur ce point les développements, discutés précisément par Charles-Albert Morand, de Denys DE BÉCHILLON, *op. cit.*, p. 195 et suiv.

une tendance croissante à l'instrumentalisation du juridique, impliqué comme jamais dans le politique et l'économie.

Côté politique, l'auteur relève notamment (p. 78 et 79) que : « Les normes impératives changent de nature, lorsqu'elles sont mises au service de la réalisation de programmes finalisés. Conçues comme de simples moyens d'atteindre des objectifs d'une politique publique, elles sont en permanence surdéterminées par ceux-ci. Ayant perdu toute transcendance même symbolique, elles sont instrumentalisées. »

On le voit, avec l'avènement des politiques publiques et autres programmes finalisés le droit a perdu de sa superbe. Il a cessé d'être le porteur privilégié de valeurs et de vérités universelles pour se faire « médium ordinaire de l'action étatique à côté de l'argent et de l'information » (p. 95). Ce droit contingent se banalise de surcroît, tant il est rabattu sur le terrain des rapports marchands. Le champ juridique n'échappe pas à la surdétermination économique. C'est ce que montre tout d'abord le fort investissement dans la juridicité d'une part significative de la science économique⁸. C'est ce que montre encore la constitution très remarquée en France d'un droit public de la concurrence, en raison des effets qu'il exerce sur le régime juridique des services publics⁹ et de la domanialité publique¹⁰. Peu à peu l'économie pénètre le droit qui transforme certaines de ses exigences en autant de normes juridiquement formalisées et consacrées. On le vérifie jusque dans l'évolution des modes de contrôle juridictionnel de l'action publique où sont éprouvés des mécanismes « équivalents à ceux que fournit le marché » (cf. p. 110). C.-A. Morand souligne à juste titre cette transformation du « regard » du juge qui, pour faire dorénavant son métier, doit couramment procéder à ce que l'auteur appelle la « pesée des intérêts ».

Si l'hybridation du matériau juridique par des notions venues d'ailleurs entretient l'incertitude sur les frontières extérieures du droit, il faut en outre prendre son parti des troubles affectant le jeu des catégories de la pensée juridique. Les outils mentaux dont les juristes perpétuent l'usage n'avaient pas été conçus pour appréhender la réalité complexe et aléatoire des politiques publiques. La mise en œuvre de ces dernières fait subir aux vieux découpages binaires de rudes épreuves de vérité.

En faisant agir de conserve personnes publiques et acteurs privés, en socialisant par là même les intérêts particuliers, tout en privatisant les modalités de l'action publique, la réalisation des programmes finalisés de l'État implique une combinaison incessante de droit public et de droit privé. La logique de l'hybridation gagne les bases de la « *summa divisio* » de l'ordre juridique classique. Sans doute l'opposition peut-elle toujours se faire entre les deux entités que forment le droit public et le droit privé. Reste que l'expérience juridique ordinaire de l'action étatique se joue de la division et multiplie les mélanges entre les deux composés.

De même, en se voulant toujours plus conventionnelles et de moins en moins unilatérales, en se faisant partenariales, les politiques publiques obligent les juristes à rectifier sans cesse le tracé de la frontière intérieure jusqu'alors maintenue pour prévenir toute confusion des genres entre décisions proprement dites et contrats. Le clivage traditionnel entre le Statut et la Convention est périodiquement réaffirmé, mais c'est au prix de constructions et d'échafaudages théoriques de plus en plus sophistiqués et artificiels. Pour faire tenir le principe de la distinction, il faut ajouter les

8. Sur ce mouvement disciplinaire, cf. par exemple Thierry KIRAT, *Économie du droit*, Paris, La Découverte, 1999.

9. Voir CE., Sect. 3 nov.1997, Sté Million et Marais, Leb. p. 406.

10. Voir les conclusions de Jacques-Henri STAHL sur CE., Sect. 26 mars 1999, Sté Eda, p. 427.

exceptions aux exceptions. La fragilité du montage ainsi obtenu n'abuse personne, pas même le Conseil d'État qui en est l'artisan contraint ¹¹.

On comprend mieux ainsi la qualification finalement retenue par C.-A. Morand d'un droit « néo-moderne ». Les politiques publiques ne peuvent être mises sérieusement en œuvre dans le cadre désormais désuet que leur offrent les catégories traditionnelles de la pensée juridique ¹². Mais loin de subvertir les catégories existantes, l'État des politiques publiques les investit, quitte à les « bricoler » pour pouvoir s'en accommoder. Ainsi l'évolution juridique peut-elle donner l'impression de se faire sans ruptures véritables : la forme actualisée du droit de l'État laissant voir en transparence la structure juridique antérieure. Néo-modernité donc, plutôt que post-modernité !

II. Le programme de l'auteur ne s'arrête pas à l'analyse des transfigurations du droit positif. Son exploration des formes juridiques vaut réflexion critique sur les modes de traitement dominants d'une juridicité à laquelle les politiques publiques ne sauraient se soustraire. Le livre de C.-A. Morand prend plus spécialement pour interlocuteurs les juristes de droit public et les sociologues. Ceux-là mêmes dont, à ses yeux, il faudrait croiser les savoirs pour élaborer une authentique théorie du droit à l'âge des politiques publiques. Or chacune de ces deux communautés s'emploie à ignorer l'autre. Aux juristes qui discourent sur le droit en faisant comme s'il n'était pas structuré par les politiques publiques s'oppose l'attitude des spécialistes de l'action administrative (sociologues et autres théoriciens des politiques publiques) qui restent fidèles à une tradition de superbe indifférence à la dimension juridique de la réalité qu'ils étudient.

Avec son « droit néo-moderne des politiques publiques », C.-A. Morand propose aux uns comme aux autres une réorientation méthodologique. Celle qui intéresse les juristes tient dans la formule suivante : pas de théorie du droit administratif dans l'indifférence à l'État des politiques publiques. Celle concernant politistes et sociologues peut, symétriquement, s'énoncer comme suit : pas de théorie de l'action publique dans l'indifférence au droit des politiques publiques.

À la doctrine des administrativistes l'auteur reproche l'oubli de la constitution sociale du droit. À trop vouloir maintenir leur discipline à l'abri des divisions et, partant, des incertitudes dont sont réputées porteuses les sciences sociales, les juristes s'avèrent dans l'ensemble plutôt allergiques aux transformations que la généralisation des politiques publiques impose aux conceptions dominantes du droit. C'est pourquoi il est tellement question dans notre livre de ce discours convenu dans lequel se reconnaissent, ne serait-ce qu'implicitement, nombre d'auteurs ; ceux qui, plus que d'autres, cultivent la nostalgie d'un hypothétique âge d'or du Droit, pour mieux déplorer la crise dont toutes les grandes catégories juridiques, irrémédiablement, finiraient par souffrir. On sait la part active prise par ce mythe de la crise dans la reproduction doctrinale du droit administratif français. C.-A. Morand met ce goût pour les représentations pathologiques du droit de l'action publique en rapport avec le comportement quelque peu autistique de juristes cultivant l'exception disciplinaire. Même acharnement à penser le droit hors de ses conditions sociales de production et de fonctionnement, à considérer pour lui-même l'univers des formes juridiques sans jamais y faire entrer d'autres acteurs que les mots et les idées : c'est à force de prendre pareilles postures, hors

11. Voir en ce sens les éloquentes conclusions de Jacques-Henri STAHL sur CE., Sect. 30 octobre 1998, ville de Lisieux, *Revue française de droit administratif*, 1999, p. 128 et suiv.

12. On trouverait sans aucun doute ici les tensions que la logique managériale du rendement fait subir à la culture juridique de l'administration française. Voir, sur cette problématique, Jacques CAILLOSSE et Jacques HARDY, *Droit et modernisation administrative*, Rapport à M. le Directeur général de l'Administration et de la Fonction publique, déc. 1997, CRAP-IEP de Rennes.

d'une histoire en train de se faire dans les choses, que l'on finit, par exemple, par croire à une représentation pyramidale de l'univers juridique, même quand celui-ci, de toute évidence, obéit à une toute autre logique, celle des réseaux : « L'analyse du droit des politiques publiques en termes de réseaux, est-il noté p. 207, participe d'une pensée réflexive qui est susceptible d'influencer par enroulements successifs les pratiques juridiques. La notion de réseau a joué un rôle essentiel dans la compréhension des principes directeurs assurant la liaison souple et non hiérarchique avec d'autres normes. 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 sociétés. »

S'il faut sans nul doute se déprendre des représentations juridiques issues de la culture classique des juristes pour penser vraiment le droit des politiques publiques, encore convient-il de réagir contre l'entreprise d'éradication du juridique à laquelle travaillent des sciences de l'administration toujours soucieuses de s'affirmer ainsi contre l'ancienne prétention académique des juristes à exercer en cette matière une sorte de monopole intellectuel.

L'ouvrage de C.-A. Morand tend tout entier à rompre le silence qu'entretient complaisamment la théorie des politiques publiques sur la fonction juridique. La démonstration de l'auteur permet de mesurer très concrètement les pertes que l'impasse délibérée sur la question du droit fait subir à la connaissance de l'action publique. Son texte fait la preuve que la structure juridique fonctionne à la façon d'une « boîte noire » gardant en mémoire les métamorphoses de l'action publique, depuis l'émergence de l'État-providence. C'est que les normes juridiques sont tout autre chose qu'un banal décor destiné à enjoliver les interventions étatiques sur les rapports sociaux. L'auteur y voit l'une des formes prises par l'action publique pour transformer l'environnement. Disons-le autrement, le droit n'est pas réductible à un agencement de textes livrés aux batailles interprétatives de professionnels, qu'ils soient issus de l'Université ou de la Haute Administration. Il est, si l'on peut s'exprimer ainsi, l'une des langues de travail du politique. C'est avec ce juridique-là que le pouvoir, en Occident, accomplit son œuvre. Nous ne sommes plus du tout alors face à de méchantes opérations de diversion rhétorique destinées au camouflage des rapports de forces. Avec *Le droit néo-moderne des politiques publiques* nous avançons dans l'épaisseur du matériau politique. Le juridique retrouve dans ce livre la fonction qui a toujours été la sienne : non point ce support fragile ou ce commode espace d'inscription du discours et des pratiques politiques, mais, comme on l'a montré¹³, la forme que prend l'exercice du pouvoir en Occident, à un moment déterminé de son histoire.

III. Présenté d'abord pour sa caractérisation de la forme néo-moderne du droit, puis pour sa réflexion critique sur les mauvais traitements que juristes et sociologues font subir à la fonction juridique à l'âge des politiques publiques, l'ouvrage de C.-A. Morand se prête à une troisième lecture. Le statut qu'il réserve au droit est à lui seul la matière d'un débat. Si l'affaire est trop sérieuse pour tenir dans le cadre du présent compte ren-

13. Cf. en ce sens Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, et mon commentaire dans *Droit et Société*, 35, 1997, p. 193-201.

du, rien n'empêche de suggérer quelques unes des orientations que la discussion pourrait prendre. On le fera avec beaucoup de prudence. Moins pour sacrifier aux exigences du genre qu'en raison de la forte structure du livre. L'auteur fait fonctionner une redoutable machine intellectuelle. Son texte n'est jamais univoque ; il ménage des espaces de respiration et de réflexivité qui sont autant d'invitations à la relecture permanente et à la remise en cause de certitudes toujours provisoires. L'exégète doit souvent abandonner la ligne de lecture critique qu'il croyait pouvoir tenir, parce que nombre de perches qui lui avaient été tendues lui sont finalement retirées.

Considérons sous ces réserves la démonstration de C.-A. Morand. Elle prend justement sens dans un état de forte instrumentalisation du droit. Le juridique est, de ce fait, pensé comme l'ombre portée d'un État dont les mutations se font sentir dans le champ du droit qui en intègre et en propage la logique. Ce conditionnement structurel du droit par l'État - car tel est bien le noyau dur du livre - n'épuise pas la relation entre les deux entités. Il y a les éventuels « retours » du droit que l'analyse de l'action publique ne saurait sous-estimer, dans la mesure même où cette dernière peut fort bien s'en trouver perturbée. On se méfiera donc d'une conception par trop « communicationnelle » du droit. Celui-ci n'est nullement assimilable à une technologie, à un pur assemblage de pièces juridiques dont on pourrait croire qu'il a été imaginé en vue de l'accomplissement de tâches et de résultats matériels déterminés. Avec le juridique, c'est tout un univers mental qui se déploie, c'est-à-dire un agencement de valeurs, de représentations, de fantasmes et de mythes. Les mots du droit donnent à voir et à croire, ils suscitent ici le détachement et la réprobation, là l'adhésion et l'approbation. Ils sont un prisme dans lequel la réalité vient se recomposer et/ou se décomposer. Pour banale qu'elle soit la constatation n'est pas moins importante. Impossible, sans elle, de prendre la mesure de ce qu'on appelle innocemment l'efficacité juridique. Celle-ci ne peut être évaluée du seul point de vue des auteurs et autres interprètes officiels de la règle. Car le droit contient et génère des sens multiples que les acteurs, en situation, s'approprient ou rejettent par un travail collectif et permanent d'interprétation. C'est pourquoi, au delà de la chose qu'en font volontiers les juristes, la juridicité peut être considérée comme un conservatoire des valeurs dominantes qui sont des marques d'identité sociale tout à la fois revendiquées ou rejetées. Comment ne pas songer ici à la fonction, emblématique d'une culture politique nationale, que remplissent en droit administratif français les références cardinales à l'intérêt général et au service public !

Restons dans le même ordre d'idées. Certes le texte de C.-A. Morand ne manque pas de mises en garde contre les dangers politiques de l'instrumentalisation juridique. S'interrogeant sur « Le droit de l'État réflexif » (p. 125-155), son discours se fait même inquiet : derrière la systématisation de la négociation et de la contractualisation du droit, il voit un État dépassé, débordé et comme une re-féodalisation des processus décisionnels¹⁴. La sortie du droit moderne se fait aussi au travers d'un mouvement de déconstruction juridique qui laisse entrevoir « une nouvelle figure de l'arbitraire » (p. 151). Mais rien de cela n'empêche le livre de développer une approche juridique quelque peu fonctionnaliste où, pour l'essentiel, le droit remplit les rôles que ses producteurs lui confient (voir spécialement en ce sens, p. 76, 96 et 97). De telle manière qu'à chaque

14. Cf. aussi, en ce sens, Pierre LEGENDRE, « Remarques sur la re-féodalisation de la France », in *Études en l'honneur de G. Dupuis*, Paris, LGDJ, 1997, p. 201-211.

idéal-type d'État ou d'action publique correspond un idéal-type du droit. Autant il serait absurde de contester le bien-fondé de ce cheminement, autant il me paraît nécessaire d'y imprimer en contrepoint toutes les marques de l'aléa juridique. Ce dernier peut se manifester d'au moins deux façons.

D'abord, la mise en œuvre, la réalisation du droit est toujours plus ou moins problématique. Ce phénomène est bien sûr inhérent à la nature même de la juridicité, à ce que P. Amselek appelle « la teneur indéécise du droit ¹⁵ ». Mais il tient encore aux applications différées de la règle juridique, au développement d'une raison dérogatoire ou alors, plus brutalement, à l'ignorance volontaire, à la mise à l'écart d'un droit ainsi contourné ou détourné.

Ensuite, il arrive qu'au lieu de contribuer à mettre de l'ordre dans une situation troublée, ou à pacifier un état conflictuel, la règle juridique ajoute au malentendu. Destinée à prévenir le contentieux, elle en vient à l'entretenir, constituant à son tour une source de blocages. L'espace du présent commentaire ne se prête guère aux longues dissertations, mais on pourrait sans aucun doute analyser sous cet angle les très nombreux litiges qu'ont à traiter les juridictions administratives françaises depuis l'entrée en vigueur de la « loi littoral » du 3 janvier 1986 ¹⁶. On peut encore se demander si la célèbre jurisprudence dite du bilan coût-avantages que C.-A. Morand utilise comme signe d'une mutation de la pensée juridique n'est pas justiciable d'une analyse analogue. Car la fameuse « pesée des intérêts », si souvent sollicitée dans *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, et à laquelle se prête ici le juge, n'a rien d'une opération de calcul objectif. L'intérêt général qui « sort » de l'opération, de la pesée, est informé et structuré par la hiérarchie des valeurs propre à l'Institution qui en a la charge. Sa mission juridictionnelle, elle l'a toujours mise au service d'une certaine conception de l'État et de l'action publique, qui est au principe de ses évaluations juridiques. D'où une jurisprudence discutée, parce que les intérêts pesés par le juge sont hiérarchisés avant d'être mis en balance.

Enfin, dans la mesure où notre livre prend place dans un courant de réflexion ¹⁷ visant les difficultés qu'éprouve la doctrine juridique à penser le changement du droit, il invite à cette ultime interrogation : au fond, est-ce bien le droit qui change ? N'est-ce pas plutôt l'idée qu'on se fait de plus en plus aujourd'hui du juridique, depuis ce qu'il est convenu d'appeler le « tournant interprétatif » ? En effet, ce modèle classique sur lequel on a pris l'habitude de s'appuyer pour mieux décliner les mutations juridiques de la Modernité, ce modèle d'un droit souverainement produit et organisé dans la forme plus ou moins pure d'une pyramide de normes hiérarchisées, réfléchit-il vraiment ce que fut l'expérience juridique concrète ou n'est-il que l'image d'un droit idéalement reconstruit par la tradition positiviste ? Pour peu que cette question ne soit pas totalement absurde, la démonstration de C.-A. Morand peut se lire autrement. Si le droit moderne n'a jamais été celui que l'on a coutume de décrire, presque mécaniquement, lorsqu'on l'installe dans le modèle préfabriqué du droit classique, s'il ne s'agit là que d'une commodité rhétorique, alors l'appréciation portée sur les changements juridiques en cours devrait s'en trouver modifiée. Ce changement serait loin d'avoir la portée qu'actuellement on lui prête, si l'on admet qu'il est et qu'il a toujours été dans la nature du droit de présenter une « teneur indéécise ». Le rejet prudent et me-

15. Cf. *Revue du droit public*, 1991, p. 1199-1216.

16. Pour une réflexion en ce sens, cf. Jacques CAILLOSSE, « Qui a peur du droit littoral ? », *Revue juridique de l'environnement*, 1993, p. 513-530.

17. Aux travaux brièvement évoqués ici de Paul AMSELEK et de Gérard TMSIT notamment, on pourrait ajouter « L'administration prospective » de Lucien SFEZ (Paris, A. Colin, 1970).

suré de la référence à la post-modernité, tel que le pratique C.-A. Morand, pourrait se faire autrement catégorique car, par cette métaphore, on désigne une rupture qui n'a tout simplement jamais eu lieu. Les signes juridiques dans lesquels on se plaît à lire l'émergence de la post-modernité pourraient bien n'être que des marques constitutives du droit de l'Occident moderne !

Ces ultimes observations ne sont évidemment pas faites pour nier toute possibilité de changement juridique. Le problème est de s'accorder sur la nature de ce dernier, comme sur les procédés destinés à le rendre visible. Mais le discours sur les mutations du droit est d'autant plus convaincant qu'il prend appui sur l'expérience vivante du droit plutôt que sur les images qu'a su en imposer la tradition dominante du positivisme.