

droit **et** société

Maison des Sciences de l'Homme

L'analyse des politiques publiques aux prises avec le droit

*Sous la direction de
Didier Renard, Jacques Caillosse,
Denys de Béchillon*

30

L.G.D.J

Introduction



© Librairie générale de droit et de jurisprudence, E.J.A., 2000
31, rue Falguière, 75741 Paris Cedex 15
I.S.B.N. : 2-275-01991-X

Chapitre 1

Le droit comme méthode ? Réflexions depuis le cas français*

L'interrogation sur le statut actuel du droit dans les théories de l'action publique, soyons honnête, est désormais loin d'être inédite. Mais elle garde encore en France une part de confidentialité et sa gestion demeure conçue du point de vue de la sociologie¹ plutôt que de celui du droit². Il s'agit en l'occurrence de réagir contre de vieux réflexes disciplinaires, ceux là mêmes qui, dans le champ des sciences sociales, après l'avoir fondée, entretiennent une large indifférence au droit³. Reste pour conduire le projet évoqué ci-dessous à convaincre les juristes qu'il leur faut se défaire d'un code professionnel qui semble les obliger à s'identifier à un droit réduit à sa dogmatique. S'agissant là d'une forme hautement revendiquée d'enfermement volontaire, elle n'offre hélas qu'une bien faible prise à la critique ! Et le métier de juriste tel qu'il s'est imposé dans la doctrine universitaire possède de solides raisons d'être dont rien ne justifie la remise en cause⁴.

* Les pages qui suivent sont de Jacques CAILLOSSE, professeur de droit public à l'Institut d'Études Politiques de Rennes, CRAP-CNRS.

¹ Cf. en particulier les travaux de P. LASCOUMES, "Normes juridiques et mise en oeuvre des politiques publiques", *l'Année sociologique*, vol. 40, 1990, p. 43 sq. ; ID. "Les arbitrages publics des intérêts légitimes en matière d'environnement. L'exemple des lois Montagne et Littoral", *RFSP*, 1995, n°3, p. 396 sq. ; ID., avec E. SERVERIN : "Le droit comme activité sociale : pour une approche wébérienne des activités juridiques", dans P. LASCOUMES (éd.), *Actualité de M. Weber pour la sociologie du droit*, LGDJ, Paris 1995, p. 155 sq. ; ID., avec J.-P. LE BOURHIS, "Des passe-droits aux passes du droit. La mise en oeuvre sociologique de l'action publique", *Droit et Société*, 1996, n°32, p. 51 sq.. Cf. aussi l'ouvrage collectif publié sous la direction de F. CHAZEL et J. COMMAILLE, *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, Paris, 1991 [coll. *Droit et Société*]. Cf. encore l'étude de P. DURAN, "Piloter l'action publique, avec ou sans le droit ?", *Politiques et management public*, 1993, n°4, p. 1sq.

² Il existe bien sûr des contre-exemples. Cf. notamment A. JEAMMAUD, "Normes juridiques et action. Notes sur le rôle du droit dans la régulation sociale", dans M. MIAILLE (éd.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, Paris, 1995, p. 95 sq. On trouvera encore quelques réflexions en ce sens dans ma contribution à l'ouvrage collectif dirigé par J.-J. GLEIZAL, *Le retour des préfets ?*, PUG, Grenoble, 1995, p. 217 sq.

³ Sur ce phénomène, ses manifestations et ses incidences, cf. J. CAILLOSSE, "Droit et politique : vieilles lunes, nouveaux champs", *Droit et Société*, 1994, n°26, p. 127 sq.

⁴ Parmi les nombreux travaux récemment produits sur la doctrine des juristes, cf. le n° 20, 1994 de la revue *Droits*, la livraison 1994 des travaux du CURAPP, PUF, Paris, *La doctrine juridique*. Cf. aussi le n° 32, 1995 de *Politix*, consacré au "pouvoir des légistes", et l'article de Ph.JESTAZ et Ch.JAMIN, "L'entité doctrinale française", *Rec. Dalloz*, 1997, chronique, p. 167 sq.

Faut-il pour autant se satisfaire du statu quo académique ? La théorie des politiques publiques est-elle parvenue à la meilleure connaissance de son objet en ignorant quasiment tout de sa dimension juridique, parce que la sociologie a pris le parti de la dissoudre dans les jeux d'acteurs et que les juristes refusent de se compromettre en introduisant pareilles impuretés dans "leur" droit ?

Voilà une situation d'autant plus paradoxale que les transformations en cours de l'action publique⁵ condamnent juristes et sociologues à s'intéresser, bien malgré eux, aux mêmes objets ou —mais faut-il le dire ?— aux mêmes institutions ! Qu'on pense par exemple à l'administration conventionnelle⁶. Des sociologues, elle exige l'appréhension de ce matériau juridique privilégié qu'est le contrat. Or cette saisie s'accomplit sans la moindre attention pour l'immense production des juristes sur le sujet. Quant à ces derniers, pourront-ils longtemps refuser de regarder en face l'expérience concrète de l'administration, tellement elle se joue des catégories du droit, faisant croire au contrat là où sa réalité juridique fait défaut⁷, tout en recourant vraiment à du contrat là où l'hypothèse réglementaire était sérieusement envisageable ? Mais rien de cela ne vient troubler l'attitude de juristes toujours aussi indifférents aux recherches sociologiques sur l'action publique conventionnelle. Comment l'actuelle banalisation des formes négociées de politiques publiques ne ferait-elle pas douter de la pertinence des cloisonnements disciplinaires à l'intérieur du périmètre des sciences de l'administration ? Encore ne s'agit-il là que d'un exemple parmi tant d'autres. Délaissant ces modalités édifiantes de l'action publique, on pourrait se tourner vers certains des lieux de recomposition de la fonction administrative et la même interrogation désabusée s'imposerait : la politique de la ville et l'aménagement du territoire offrent à la recherche des champs où le marquage juridique est à bien des égards décisif et où sociologues et juristes sont également perdants, bien que pour des raisons fort différentes. Les premiers parce qu'ils s'obligent à croire que ces politiques publi-

⁵ Cf. à ce sujet les morceaux choisis de la revue *Politiques et management public* réunis par F. LACASSE et J.-C. THOENIG sous le titre *L'action publique*, l'Harmattan, Paris, 1996.

⁶ Ce thème avait déjà fait la fortune de la doctrine de droit public (cf. J. CAILLOSSE, "Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration", dans L. CADIET (éd.), *Le droit contemporain des contrats*, Economica, Paris, 1987, p. 89 sq.). Il est à présent fortement investi par sociologues, politistes et économistes. Une bonne illustration de ces regards croisés sur les conventions est offerte dans la livraison n° 4, 1996 de *Sociologie du travail* consacrée aux *Contrats et pratiques contractuelles. Approches pluridisciplinaires*. Cf. aussi à partir du cas de la ville et de l'urbain comment le développement des activités publiques conventionnelles renouvelle la recherche sur la question du gouvernement local ou de la gouvernance urbaine. Cf. par exemple les travaux coordonnés par F. GODARD sous le titre *Le gouvernement des villes*, Descartes et Cie, Paris, 1997. Plus globalement, cf. J.-P. GAUDIN, *Gouverner par contrat. L'action publique en question*, Presses de Sciences Po., Paris, 1999.

⁷ Ainsi convient-il de s'interroger sérieusement sur la force juridique des fameux contrats de plan. Dans ses derniers développements, la jurisprudence du Conseil d'État introduit pour le moins l'incertitude. Cf. CE 25 oct. 1996, Association Estuaire-Écologie, *RFDA* 1997, n°2, p. 339, concl. J.H. STAHL, p. 343, note Y. MADIOT.

ques se font en marge d'une juridicité dont ils s'emploient à disqualifier les fonctions sociales matérielles autant que symboliques. Les seconds parce qu'en ne trouvant d'autre sens au droit que celui dont l'ordre juridique l'a une fois pour toute investi, ils persistent à rejeter de leur univers mental les usages sociaux auxquels sont soumises règles, procédures et institutions⁸.

Avant d'entrer dans notre problématique, tâchons de prévenir le malentendu que génère parfois la prétention du juriste à parler droit là où ce discours n'a pas l'habitude de se faire entendre. On sait que le mouvement intellectuel que résumait depuis une vingtaine d'années les expressions de "retour au droit" ou de "retour du droit" a pu être interprété en termes stratégiques. D'aucuns y ont vu le programme d'une communauté désireuse de réinvestir la scène de l'analyse politiste, si ce n'est la scène politique elle-même⁹. Qu'il y ait au-delà des reclassements théoriques que la littérature universitaire rend visibles l'oeuvre plus profonde de reconversions politiques, on n'aura pas la naïveté de le contester. Mais que cette certitude là ne vienne pas en occulter d'autres ! On peut chercher à distinguer la part du travail juridique dans la conduite des politiques publiques sans viser à accroître le capital des juristes dans un secteur disciplinaire qui ne les reconnaît point et qu'à leur tour ceux-ci ignorent largement. L'investissement dans la juridicité tel qu'il est ici préconisé a d'ailleurs toute chance d'être perçu par eux comme une opération peu rentable, car ce droit dont il est question, il est peu probable qu'ils acceptent de le reconnaître. Proposer une ouverture côté droit dans la théorie des politiques publiques suppose de satisfaire certaines exigences méthodologiques. Parmi celles-ci, l'élargissement du champ de la juridicité, au delà des limites qui lui sont traditionnellement assignées par la doctrine des juristes¹⁰. Il sera nécessaire en effet de traiter le juridique à la manière d'un matériau politique. Sans cesser d'être pour autant du droit, justiciable comme tel des protocoles mis en oeuvre par les professionnels du droit, ne relève-t-il pas de ces outils de médiation grâce auxquels les acteurs sociaux, complices ou rivaux, associés ou en conflit, règlent leurs rapports mutuels ? D'où l'hypothèse de "manque à gagner" qui sous-tend les quelques réflexions qui suivent : à pratiquer l'impasse sur la dimension juridique des politiques publiques on se prive d'un outil de connaissance es-

⁸ Sur cette importante question des pratiques juridiques, cf. *Les usages sociaux du droit*, PUF, Paris, 1989 [Travaux du CURAPP] et l'ouvrage précité dirigé par F. CHAZEL et J. COMMAILLE.

⁹ Point de vue fortement soutenu par Bastien FRANÇOIS notamment. Cf. par exemple "Une revendication de juridiction. Compétence et justice dans le droit constitutionnel de la V^e République", *Politix*, 1992, n° 10/11, p. 92 sq.

¹⁰ Encore que les opérations auxquelles procèdent les juristes pour déterminer le territoire du droit soient loin de faire l'unanimité. C'est par elles que se construisent les principales divisions de la communauté. Pour des tentatives récentes de définition du droit ou de la juridicité, cf. notamment, G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, PUF, Paris, 1991, surtout l'introduction p. 9 sq., et D. de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Éd. O. Jacob, Paris, 1997.

sentiel. Car dans l'oubli du droit ce que l'on perd ne touche pas seulement la forme ou le style de l'objet étudié mais son identité ou son économie¹¹.

Réfléchir sur la part du juridique dans l'analyse des politiques publiques commande donc de procéder en deux temps. Après une interrogation sur le statut mineur que la théorie des politiques publiques réserve au droit, on s'efforcera de voir pourquoi et comment cette dernière pourrait bénéficier d'un réel enrichissement juridique.

Sur le statut mineur du droit dans le traitement des politiques publiques

Avertissement

Impossible d'en venir aux arguments qui donnent sens à la proposition énoncée par le titre ci-dessus sans dire préalablement quelles limites l'affectent. Parler comme on va le faire maintenant de l'absence ou du moins d'un déficit de prise en charge du droit dans l'analyse des politiques publiques renvoie à des constatations qui n'ont évidemment rien d'absolu. Outre le fait qu'elles se rapportent à une situation particulière, celle de la scène scientifique française, elles ne valent que pour une configuration intellectuelle que la formation de réseaux de recherche européens et internationaux soumet et promet à des transformations considérables¹². D'ores et déjà les données du problème de méthode retenu ici ont bougé. Rappelons que ces vingt dernières années ont vu les juristes perdre les positions fortes qu'ils tenaient sur le front des études relatives à l'action publique. Pendant cette période où la recherche sur l'administration connaît en France son plein développement ces mêmes juristes devront subir les effets d'un véritable changement de paradigme. Un processus que pourrait bien résumer la promotion dont a bénéficié la théorie des politi-

¹¹ On ne dira jamais assez la nécessité de se défaire de vieux clichés qui font du droit le simple reflet des choses sociales ou des rapports de forces. Comme l'écrivait P. LEGENDRE dès l'introduction de son *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, PUF, Paris, 1968 [coll. *Thémis*], p. 20 : "Il convient de réagir vivement contre une tendance à esquisser les problèmes du Droit tenus pour superflus et dénués d'intérêt. L'étudiant doit être mis en garde contre l'oubli du Droit, porteur de significations fondamentales. Cet oubli est une erreur grave, en partie provoquée par le mode d'une Sociologie superficielle, qui se paye de mots ; la pseudo-sociologie, savoir compilateur, menace nos Facultés comme une mauvaise scolastique. Il paraît important de rappeler qu'au contraire la considération des éléments juridiques de l'ensemble administratif français s'impose plus que jamais."

¹² Le problème ne se pose d'ailleurs pas au seul plan de la pensée juridique qui est au principe de la présente réflexion, il concerne plus profondément et plus globalement le droit comme agent et forme de régulation des rapports sociaux et politiques. Sur cette question, cf. A.-J. ARNAUD, "De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques", *Droit et Société*, n° 35, 1997, p. 11 sq.

ques publiques au détriment de ce qu'on continue d'appeler "science administrative" dans les Facultés de droit en particulier¹³.

Pour édifiante que soit cette approche par les équilibres disciplinaires, elle n'est pas sans risque. Une chose est de mesurer l'évolution subie par la doctrine des juristes dans le système de production académique des idées. Savoir ce que représente vraiment le droit dans le renouvellement des connaissances relatives à l'action publique en est une autre.

Il ne faudrait surtout pas lire dans l'influence ici déclinante des juristes le symptôme d'une dévaluation des fonctions sociales du droit. On se gardera surtout d'y voir les marques d'une désuétude des problématiques juridiques dans le traitement de la question de l'État¹⁴, via l'analyse des politiques publiques.

¹³ Ce label est susceptible il est vrai d'abriter des démarches fortement contrastées (pour une présentation critique des principaux courants porteurs de la science administrative dans les années 70, cf. L. SFEZ, "Une autre science administrative", *Mélanges Stassinopoulos*, LGDJ, Paris, 1974, p. 517 sq. ; J. MOREAU, "De l'objet de la science administrative au fait administratif", *Mélanges Langrod*, Eds. d'organisation, Paris, 1980, p. 447 sq.). Cf. aussi J. CHEVALLIER, *Science administrative*, 2^e éd., PUF, Paris, 1994, notamment la partie préliminaire), et il serait fort intéressant de savoir ce que l'on continue d'enseigner en France aujourd'hui sous la dénomination "Science administrative". L'existence d'un Institut International des sciences administratives, la publication de manuels de science administrative (outre celui précité de J. CHEVALLIER, cf. le précis Dalloz de C. DEBBASCH, ou encore le cours de R. DRAGO publié par les Cours de droit) semblent bien faire renvoi à un territoire affirmé : la discipline n'a-t-elle d'ailleurs pas fini par trouver place dans les programmes officiels des Facultés de Droit ? Cette consécration institutionnelle est en vérité ambiguë. La science administrative n'intervient qu'à titre accessoire, comme complément du droit administratif. Et elle a toujours eu le plus grand mal à imposer son identité scientifique. Faite d'emprunts divers elle a toujours été tiraillée entre des programmes rivaux. Sans doute y voit-on d'un côté comme de l'autre l'oeuvre dominante de juristes de droit public, mais à bien y regarder ces juristes là sont loin de s'accorder, et surtout pas sur le droit de l'administration ! Entre une sorte de "science étatique" officielle (sur ce concept, cf. J. LECA, "Sur le rôle de la connaissance dans la modernisation de l'État et le statut de l'évaluation", *RFAP*, 1993, n° 66, p. 185-) à laquelle les rapports publics annuels du Conseil d'État et de la Cour des Comptes donnent une forme aboutie, et les entreprises "déconstructrices" initiées dans les années 70 par les travaux de D. LOCHAK et J. CHEVALLIER (cf. surtout leur *Traité de Science administrative*, 2 tomes, LGDJ, Paris, 1978) ou ceux de L. SFEZ (cf. notamment sa *Critique de la décision*, 2^e éd., Presses de la FNSP, Paris, 1976), on peut se demander s'il existe le patrimoine commun à une même démarche scientifique en quête de ses repères. Mais n'est-on pas fondé à penser que le succès de la théorie des politiques publiques entame désormais sérieusement l'espace de cette science administrative ? En tout cas nombre de ses interrogations se retrouvent aujourd'hui formalisées et problématisées du côté de l'analyse des politiques publiques. Un passage dont le livre devenu classique de B. JOBERT et P. MULLER (*L'État en action. Politiques publiques et corporatismes*, PUF, Paris, 1987) semble avoir été en France un agent actif. Plus généralement, sur la constitution progressive de l'administration publique en objet de science administrative, cf. J.-L. QUERMONNE, "Administration publique et science politique", *Mélanges R. Chapus*, Montchrestien, Paris, 1992, p. 559 sq.

¹⁴ Problématiques qu'illustrent notamment deux grands livres récents : M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, Paris, 1994 [coll. *Léviathan*], et O. BEAUD, *La puissance de l'État*, PUF, Paris, 1994 [coll. *Léviathan*].

On l'a dit d'emblée, la matière est en pleine évolution et ses traits actuellement les plus saillants — du moins, du point de vue ici privilégié — n'ont rien de nécessaire. Le jeu toujours réactivé et ouvert comme jamais des confrontations entre équipes scientifiques fait circuler métaphores, catégories et concepts. Provoquant interférences et effets de résonance, il oblige à des déplacements de problématique, fait changer le regard sur les choses et évoluer les priorités. L'abondante littérature que suscite aussi en France l'examen des politiques publiques n'échappe pas à ces turbulences. A elle seule une analyse sémantique élémentaire permettait de suivre le mouvement des sensibilités et des modes. Le texte ainsi généré montre jusque dans le style et les tics d'écriture les procédures mimétiques de formation et d'autoreproduction d'une communauté. Par delà les mots, les formules et les images on voit comment se constitue et se recompose une discipline nouvelle à travers la reconnaissance, la sélection puis la valorisation d'auteurs, d'oeuvres et de problématiques. La pratique systématique de cette lecture génétique livrerait à n'en pas douter de précieuses indications sur notre sujet. On pourrait suivre de cette manière les progrès indéniables du "néo-institutionnalisme"¹⁵ dans les productions actuelles de la recherche française sur les politiques publiques¹⁶. Si le succès d'ores et déjà incontestable devait se confirmer peut-être obligerait-il à corriger le raisonnement sur lequel repose la présente réflexion car dans la revalorisation, politiste des institutions il y a l'annonce qu'il faut prendre au sérieux la dimension juridique du politique¹⁷. En tout cas en reconnaissant à l'institution ce

¹⁵ Sur ce courant de pensée, cf. par exemple, A. STONE, "Le néo-institutionnalisme. Défis conceptuels et méthodologiques", *Politix*, 1992, n°20, p. 156 sq. Aussi J.-G. PADIOLEAU, "Les formulations institutionnelles", dans J.-C. NEMERY et S. WACHTER (éd.), *Gouverner les territoires*, Éds. de l'Aube / DATAR, Paris, 1994, p. 22 sq., et ID., "Individualismes et institutionnalismes méthodologiques", *Annales de la SEDEIS*, n° 90, novembre 1992.

¹⁶ Dans la masse des travaux permettant de prendre la mesure de cette progression, cf. la série de contributions rassemblées dans le numéro de février 1995 de la *RFSP* sous le titre *Forum. Enjeux, controverses et tendances de l'analyse des politiques publiques*. On y lira les études de P. MULLER, J.-C. THOENIG, P. DURAN, G. MAJONE et J. LECA. Cf. également l'ouvrage composé par R. BALME, P. GARRAUD, V. HOFFMANN-MARTINOT et E. RITAINE, *Le territoire pour politiques : variations européennes*, l'Harmattan, Paris, 1994, ainsi que l'étude synthétique de J. FONTAINE, "Public policy analysis in France : transformation and theory", *Journal of European Public Policy*, septembre 1996, p. 481 sq. De manière plus transversale on ne manquera pas de mentionner l'insistance des références au livre devenu emblématique de J.G. MARCH et J.P. OLSEN (éd.), *Rediscovering institutions. The organizational basis of Politics*, New York, The Free Press, 1989.

¹⁷ Les signes d'une telle recomposition intellectuelle sont d'ailleurs perceptibles. Cf. par ex. le n° 32, 1995, de la revue *Politix* tout entier consacré au *Pouvoir des légistes*. Une autre expression de cette tendance est la réévaluation de la fonction juridique et du rôle des légistes dans les analyses sociologiques de la formation de l'État moderne. Cf. en ce sens P. BOURDIEU, "De la Maison du Roi de France à la Raison d'État. Un modèle de la genèse du champ bureaucratique", *ARSS*, n° 118, 1997, notamment les p. 64 sq. On notera encore dans le long compte rendu du livre dirigé par B. LACROIX et J. LAGROYE, *Le Président de la République. Usages et genèses d'une institution*, que propose E. NEVEU à la *RFSP* (août 1996, p. 681 sq.) cette réflexion symptomatique : "On peut discerner dans cet ouvrage quelque chose d'une liquidation du complexe d'Oedipe que la science politique entretenait à l'égard du droit".

nouveau statut mental politistes et sociologues se retrouvent sur un terrain puissamment balisé par la pensée juridique ! C'est d'ailleurs bien une logique d'appropriation ou de réappropriation du droit par une communauté jusqu'alors allergique au juridique que nous voyons se développer aujourd'hui. Les origines du phénomène ne sont probablement pas à rechercher au sein de ladite communauté, mais celle-ci a ses manières propres de le réfléchir. La banalisation des oeuvres de J. RAWLS et de R. DWORKIN, l'intérêt renouvelé pour la sociologie du droit de M. WEBER¹⁸, l'insistance mise par N. LUHMANN sur la fonction juridique dans ses analyses de l'ordre social¹⁹, les réflexions conduites par J. HABERMAS sur l'interpénétration du droit, de la morale et du politique²⁰, les travaux engagés par P. RICOEUR dans le champ du juridique²¹, autant d'éléments constitutifs d'une nouvelle configuration épistémologique. Il en résulte des changements dans les systèmes de références dont on pourrait suivre la trace jusque dans les sujets et les bibliographies des thèses de science politique soutenues ces dernières années ou encore dans l'évolution du sommaire des revues canoniques de la discipline. Des préoccupations théoriques nouvelles émergent qui intègrent le juridique dans les questionnements relatifs à la régulation, comme à la contestation et à la domination sociales²².

Bref, le contexte se prête, on le voit, à une réelle sensibilisation de la théorie des politiques publiques par les faits aussi bien que par les idées juridiques. Il laisse supposer une possible évolution des grands équilibres intellectuels dans ce secteur de la recherche. Pour autant ce dernier est et demeure dans son état présent profondément marqué par le statut mineur qu'il réserve à la question du droit.

¹⁸ Cf. P. LASCOUMES (éd.), *Actualité de Max Weber pour la sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 1995 [coll. *Droit et Société*].

¹⁹ Pour une présentation critique de l'oeuvre de cet auteur prolifique, cf. A.-J. ARNAUD et P. GUIBENTIF (éd.), *Niklas Luhmann, observateur du droit*, LGDJ, Paris, 1993 [coll. *Droit et Société*].

²⁰ Retenons dans les travaux récents de J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Gallimard, Paris, 1997 ; ID., *Droit et morale. Tanner lectures (1986)*, Seuil, Paris, 1997 ; ID., *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée Kantienne*, Cerf, Paris, 1996.

²¹ Cf. par exemple P. RICOEUR, *Le juste*, Éds. Esprit, Paris, 1995.

²² La réévaluation en cours de la fonction juridique dans les analyses sociologiques de la formation de l'État moderne est sensible, dans les travaux de P. BOURDIEU. Cf. "De la Maison du Roi à la Raison d'État", *op. cit.*

*D'une réelle indifférence des sciences de l'administration²³
à la question du droit : constatations*

Tâchons maintenant de faire abstraction — pour autant que l'exercice soit possible — de ce qui est *susceptible* d'advenir du fait de la multiplication et de l'intensification des échanges et interactions intellectuels en cours, pour ne plus observer que l'état actuel du corpus théorique dont l'analyse des politiques publiques a permis la constitution en France depuis une vingtaine d'années²⁴. Regardons le champ des références mobilisées : on y voit l'univers mental d'une science politique qui s'est construite et imposée à partir d'un ancrage particulier et dans le cadre d'un cheminement singulier.

La réflexion conduite sur l'État en actes ou au concret à partir des politiques publiques est bel et bien tributaire d'un modèle de savoir où l'on aime dire et rappeler la vanité de toute pensée juridique appliquée à un tel objet. Il en résulte un discours qui se plaît même parfois à faire montre de son *anti-juridisme*. Nous voilà renvoyés à la manière proprement française de penser les rapports de la science politique avec le juridique²⁵. Ici se sont affichées des préférences et des aversions, des choix et des ruptures ont été effectués, des héritages cultivés, mais il y a partout le même désir de se démarquer du droit et des juristes. Investissant le champ des politiques publiques la science politique poursuit, de ce point de vue, un même parcours, son engagement porte les traces d'une même culture anti-juridique.

Du coup le statut théorique du droit dépend beaucoup moins de ce qu'est vraiment son rôle dans l'élaboration, la mise en oeuvre, le contrôle de l'action étudiée que des préoccupations et des conduites intellectuelles des différents groupes de recherches dont les travaux se sont imposés et continuent de servir de références communes nécessaires. Le paysage mental que dessine ce système circulaire de renvois et de citations est ainsi étroitement tributaire des représentations du droit et des juristes propres à l'univers de la science politique

²³ L'usage de cette expression n'indique en l'occurrence aucune prétention méthodologique. Il vise seulement à marquer une distance qui semble s'imposer, pour des raisons évoquées plus haut, vis à vis de la "Science administrative" traditionnelle. Pour une réflexion synthétique sur "La science de l'administration", cf. le texte écrit sous cet intitulé par J.-C. THOENIG pour le volume *La politica* de l'*Encyclopédie*, IAC, Jaca Book, 1990, et escorté d'une importante bibliographie d'origine anglo-saxonne et italienne notamment.

²⁴ Pour accéder à ce corpus aujourd'hui considérable, on peut valablement confronter les contributions composant le tome IV du *Traité de science politique* publié sous la direction de M. GRAWITZ et J. LECA, PUF, Paris, 1985, et les textes regroupés pour la RFSP, 1995, *op. cit.* Cf. aussi l'étude déjà citée de J. FONTAINE, 1996, et la synthèse de P. MULLER et Y. SUREL, *L'analyse des politiques publiques*, Montchrestien, Paris, 1998 [Collection *Clefs*].

²⁵ L'histoire de ces rapports reste à faire. Je me suis risqué à quelques observations sur le sujet dans un précédent travail : cf. mon étude précitée dans *Droit et Société*, n° 26, 1994.

française²⁶, par delà ce qui peut le diviser par ailleurs. En d'autres lieux, là où d'autres habitudes prévalent (comme dans les pays anglo-saxons par exemple, où l'État et les administrations publiques ne peuvent jouir, à la façon française, de cette inestimable ressource qu'offre une tradition de droit public²⁷, ou comme en Allemagne et en Italie parce que la sociologie autant que la philosophie politiques obligent à une vigilante observation du droit²⁸) la place faite au juridique dans l'ensemble des sciences du politique sera le cas échéant toute différente.

En France, le processus qui depuis une vingtaine d'années a favorisé l'émergence d'un nouvel espace disciplinaire à partir de l'analyse (empirique) des politiques publiques a été fortement influencé sinon dominé par des équipes et des courants de pensée qui, dans l'ensemble et jusqu'à présent, sont demeurés indifférents à l'existence de ce champ juridique dont la sociologie de P. BOURDIEU s'est employée depuis à repérer les effets de réalité tant matériels que symboliques²⁹. Certes cette "*disciplinarisation*"³⁰ ne s'est pas traduite par une totale homogénéisation des discours qui la constituent. Il a fallu compter avec l'intervention de plus en plus active et, semble-t-il³¹, de plus en plus convaincante de certains sociologues³² pour lesquels le pilotage de l'action publi-

²⁶ Pour délimiter ce territoire il faudrait mobiliser toute une batterie de paramètres réfléchissant la ou plutôt les manières dont la discipline se pense. On devrait en ce sens prêter une attention particulière non seulement à l'évolution des manuels qui servent justement à codifier le savoir propre de la science politique, mais encore à celle des sommaires des revues canoniques dans lesquelles la communauté se reconnaît et s'organise. Il conviendrait aussi de suivre de près les travaux produits à l'occasion du congrès de l'Association française de science politique, analyser la composition des jurys d'agrégation, etc...

²⁷ Encore qu'il ne faille pas négliger la tendance à l'uniformisation des systèmes juridiques qu'entraîne la poussée du droit européen. Le modèle continental n'est pas sans effets sur l'état du droit en Angleterre, cf. X. LEWIS, "L'influence du droit communautaire sur le droit administratif anglais", *AJDA*, juin 1996, n° spécial *Droit administratif et droit communautaire*, p. 124 sq. En vérité c'est d'un mouvement de mondialisation du droit qu'il faudrait parler. Cf. à partir de l'exemple du droit constitutionnel, M. ROSENFELD, "Pour la Cour suprême, comparaison n'est pas déraison", *le Monde*, 26 juillet 1997.

²⁸ On trouvera dans l'ouvrage précité d'A.-J. ARNAUD et P. GUIBENTIF (éd.), 1993, de précieuses indications sur l'importance de la sociologie du droit en Allemagne et en Italie, notamment p. 216 sq. Sur le cas italien, cf. J. CARBONNIER, *Renato Treves et la Sociologie du droit. Archéologie d'une discipline*, LGDJ, Paris, 1995 [coll. *Droit et Société*].

²⁹ Cf. P. BOURDIEU, "La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique", *ARSS*, n° 64, 1986, p. 3 sq. Sur cette sociologie, cf. le dossier "Norme, règle, habitus et droit chez Bourdieu", *Droit et Société* n° 32, 1996.

³⁰ Le terme est emprunté à M. FOUCAULT. Cf. son cours au collège de France, le 25 février 1976, in *Il faut défendre la société*, Gallimard-Seuil, Paris, 1997, p. 149 sq.

³¹ Formulation qui s'explique par les références de plus en plus systématiques aux auteurs dont il est ici question dans la littérature courante sur le sujet.

³² Outre les travaux déjà cités de P. LASCOCUMES, on pense encore à certaines interrogations de P. DURAN. Cf. notamment "Piloter l'action publique, avec ou sans le droit ?", n° spécial *Droit et management public* de la revue *Politiques et management public*.

que n'est guère concevable et par là même analysable sans le droit. De nombreux juristes, parmi les plus soucieux de soustraire la science juridique aux formes régnantes du positivisme universitaire, ont aussi fait le choix d'une implication dans ce mouvement scientifique³³. Ce dernier ne devait-il pas faire de l'administration et de l'action publiques principalement étudiées dans les codes de la science administrative un objet de science politique à part entière ? Le paysage qu'offre aujourd'hui la théorie des politiques publiques doit sûrement une part de son identité à ces éléments-là. Sont-ils pour autant explicatifs des succès d'une discipline où se joue l'abandon de vieux questionnements abstraits sur le Pouvoir et le Politique pour un travail *in concreto* sur l'État en actes ?

Les impulsions décisives semblent bien avoir été données depuis l'intérieur de la science politique, dans son acception large. Un état actuel des lieux principaux de la recherche appliquée aux politiques publiques serait d'ailleurs édifiant : il montrerait à coup sûr — malgré un processus non négligeable de diversification — que le droit ne pouvait prétendre dans cette affaire qu'à une place tout à fait résiduelle³⁴. Il y a là l'expression singulière d'une tendance plus pro-

³³ Difficile de ne pas évoquer ici les travaux du CURAPP d'Amiens. Cf. aussi, encore que l'entreprise soit datée, l'ouvrage collectif publié dans la collection *Critique du droit* sur le thème *L'administration dans son droit*, Publisud, Arles, 1985.

³⁴ Parmi les équipes qui affirment ou ont affirmé une présence forte et régulière dans le champ des politiques publiques citons en particulier : le *Centre comparatif d'études sur les politiques publiques et les espaces locaux* de l'Université de Montpellier 1 (pour ses travaux sur la politique de la ville, la territorialisation des politiques publiques, etc...), le *Centre de recherche sur la politique, l'administration et le territoire* de l'IEP de Grenoble dont on sait l'importance des contributions sur les politiques sociales, les politiques culturelles, l'action publique territoriale, la théorie des politiques publiques, etc..., le *Centre d'études et de recherches sur la vie locale* de l'IEP de Bordeaux (pour ses travaux sur les politiques locales et régionales, l'Europe et les politiques publiques, etc...), l'ex *Centre de recherches administratives* de la Fondation Nationale des sciences politiques (pour ses travaux relatifs à la politique de la science, à la modernisation administrative, à l'eupéanisation des politiques publiques, etc...), le *Centre de recherches administratives et politiques* de l'IEP de Rennes et de la Faculté de droit et de science politique de l'Université de Rennes 1 (pour son investissement dans l'étude des politiques sociales, de la politique de la ville, des politiques publiques comparées ou de l'évaluation des politiques publiques locales, etc...), le *Centre de recherches administratives, politiques et sociales* de l'Université de Lille 3 (surtout pour ses travaux comparatifs) le *Centre de sociologie des organisations* parce qu'il produit de multiples études de cas de politiques publiques, le *Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie* (pour des travaux relatifs aux politiques locales ou régionales, à l'évaluation des politiques publiques, à la réforme administrative en général, etc...), le *Groupe d'analyse des politiques publiques* (CNRS et École Normale supérieure de Cachan) dont les publications marquent autant la théorie générale des politiques publiques que l'étude particulière de leur évaluation, le *Laboratoire techniques-territoires-sociétés* de l'École Nationale des Ponts et Chaussées, notamment pour son apport à l'étude des politiques de transport, etc... Quoique incomplète et quelque peu approximative cette énumération reste éloquente. Exception faite du CURAPP dont le programme affiche une sensibilité permanente à la question du droit, les équipes répertoriées ci-dessus se veulent, dans l'ensemble, indifférentes au juridique, comme si ce phénomène était tout simplement extérieur à leurs territoires d'investigation. L'ouverture sur le juridique que pratiquent, chacun à sa manière, P. LASCOUMES ou P. DURAN n'entame guère la fidélité inébranlable de la communauté à ses choix

fonde de la science politique française à la dévalorisation du juridique qui lui fait parler du droit en termes d' "épave" pour reprendre le mot de P. LEGENDRE, ou de trace : la trace de quelque chose qui a déjà cessé d'exister ou qui n'a plus rien à nous dire. Pour faire bref, le processus de "disciplinarisation" évoqué ici s'est donc fondamentalement construit en excluant la préoccupation juridique. Cet itinéraire intellectuel est-il adapté à la réalité des fonctions socio-politiques du droit ?

En retenant de la théorie des politiques publiques l'idée que ces dernières ne peuvent être sérieusement étudiées qu'une fois le terrain déblayé de ses inévitables scories juridiques, le juriste ne se laisse-t-il pas aller à une lecture biaisée et abusive ? S'il a dû constater que cette nouvelle région du savoir s'est édifiée en France dans l'ignorance délibérée de la constitution juridique des politiques publiques, il lui faut se garder de toute théorisation hâtive.

Deux raisons majeures doivent l'inciter à une nécessaire prudence.

D'abord parce que les phénomènes observés n'ont sans doute rien d'*exclusivement* français. L'objet "*politique publique*" a toujours suscité des travaux convoquant des références anglo-saxonnes, allemandes et italiennes notamment et l'intérêt maintenant porté aux actions publiques européennes³⁵ comme à l'eupéanisation des politiques publiques nationales³⁶ ouvre un champ nouveau au comparatisme dont la nécessité produit d'ores et déjà ses effets matériels et théoriques³⁷.

Ensuite parce que la recherche n'est tout de même pas monolithique et que des voix singulières ont fini par se faire entendre³⁸. L'idée que le droit pourrait contribuer à une connaissance plus aboutie des politiques publiques est de moins en moins étrangère à la communauté.

identitaires. De là ce rejet du droit perçu comme un corps étranger. Au point qu'en cas de mobilisation sur des objets... juridiques on pratiquera l'impasse sur leur juridicité. La matière aujourd'hui tellement sollicitée des conventions et autres contrats fournit un véritable modèle de cette singulière éradication du droit dans et par le discours de la science politique.

³⁵ Cf. par exemple sur le sujet G. MAJONE, *La Communauté européenne : un État régulateur*, Montchrestien, Paris, 1996, [coll. *Clefs*] ; A. SMITH, *L'Europe politique au miroir du local : les fonds structurels et les zones rurales en France, en Espagne et le Royaume Uni*, l'Harmattan, Paris, 1996.

³⁶ Les travaux du 8^e colloque international de la revue *Politiques et management public* (Paris, Sénat, 20-21 juin 1996) avaient pour thème "L'eupéanisation des politiques publiques : politiques communautaires et management public". Cf. aussi Y. MÉNY, P. MULLER et J.-L. QUERMONNE (éd.), *Les politiques publiques en Europe*, l'Harmattan, Paris, 1995. Cf. encore G. MARCOU (éd.), *Les mutations du droit de l'administration en Europe. Pluralisme et convergences*, l'Harmattan, Paris, 1995.

³⁷ Expression topique de ce mouvement l'ouvrage, *Les réseaux de politique publique. Débat autour des policy networks*, dirigé par P. LE GALES et M. THATCHER, l'Harmattan, Paris, 1995.

³⁸ On pense bien sûr en particulier aux études, précitées, de P. LASCOUMES.

Loin de nous l'idée de sous-estimer l'importance de ces correctifs. Mais ils ne renversent évidemment pas le cours des choses. Ni les progrès du comparatisme, ni la banalisation des échanges au sein de la discipline qui s'europanise et s'internationalise n'effacent les traces toujours vives de l'anti-juridisme dans les recherches françaises sur l'action publique. Celui-ci demeure, par delà les déplacements et reconfigurations en cours.

*D'une réelle indifférence des sciences de l'administration
à la question du droit : éléments d'explication*

Pour saisir le rôle de repoussoir que la science politique réserve à la pensée juridique et aux juristes il faudrait sûrement faire retour sur les conditions dans lesquelles la discipline a construit, récemment, son autonomie intellectuelle et institutionnelle³⁹. Elle a dû pour constituer son programme se soustraire à la vieille tradition universitaire française qui faisait des juristes les promoteurs en même temps que les ordonnateurs de la science politique. Une fois son émancipation réalisée, la communauté n'a pas retiré de son système de légitimation la référence à la catégorie de "*pensée juridique*" fabriquée pour les besoins de la cause. Les fonctions rhétoriques de cette entité sont évidentes : son invocation permet de ne point s'embarrasser du droit positif, pas plus que des gloses doctrinales qui lui donnent sens. C'est par de telles procédures qu'une discipline marque aussi son territoire : pour se faire la science politique se déprend d'un fantasmatique prêt-à-penser juridique. L'attitude de rejet qu'adoptent, dans l'ensemble, les politistes est d'autant moins imprévisible qu'elle procède d'une curieuse intériorisation du positivisme dans ce qu'il a de plus réducteur de la dimension juridique elle-même⁴⁰. Disons-le autrement : tel qu'il est mis en scène dans le discours appliqué aux politiques publiques le droit devient d'autant plus inutile à l'analyse des objets et réalités politiques qu'il est rabattu sur ses représentations positivistes les plus académiques. Cette lecture sous-tend les griefs les plus couramment opposés au "*juridique*" : qu'il s'agisse d'en dénoncer l'irréalité ou l'inefficacité, c'est toujours la vanité d'un droit considéré comme simple système de règles clos sur lui-même qui est stigmatisée. Reste à savoir jusqu'où ces représentations politistes du droit son valables.

³⁹ Les travaux de P. FAVRE racontent l'histoire de cette construction. Cf. *Naissance de la science politique en France. 1870-1914*, Fayard, Paris, 1989, et "Histoire de la science politique", in J. LECA et M. GRAWITZ (éd.), 1985, *op. cit.*, tome 1.

⁴⁰ Un exemple éloquent en est fourni dans le *Que sais-je ?* que P. BRAUD a consacré à la *Science politique*. Cf. la page expéditive qu'il réserve au positivisme juridique.

L'argument tiré de l'irréalité du droit — ou si l'on préfère la tentation de ne retenir de celui-ci qu'une figure toujours dévalorisante de l'idéologie⁴¹ — est susceptible de se décliner de plusieurs façons. Dans sa forme la plus élémentaire et la plus brutale, il fera dire ou sous-entendre que le droit n'a rien à faire parmi les objets à partir desquels se construit une science politique, justifiée de ce fait de s'en détourner. Un usage plus élaboré de l'argument revient à faire du droit une sorte de masque des réalités politiques. Sans doute sera-t-on alors fondé à en parler, mais sur le mode du rejet puisque l'accès au réel implique de se libérer de tout ce qui en compromet l'appréhension. Le procès en irréalité du droit est surtout ouvert à travers le refus de la pensée juridique — entendez la manière propre aux juristes de regarder les faits dans le prisme déformant des textes, pour ne voir du monde que sa mise en spectacle juridique. Cette pure esthétique de la forme ne peut qu'appauvrir les visées de la science politique.

Mais le scepticisme le plus fort à l'égard de la juridicité trouve l'essentiel de sa raison d'être dans l'inefficacité supposée de la règle du droit. L'analyse des conditions concrètes de mise en oeuvre de la norme juridique révèle son incroyable vulnérabilité. Cette caractéristique s'impose à la suite d'une double constatation. D'abord il y a toute l'expérience historique du droit qui sert de révélateur impitoyable de la vanité du juridique. En tant que phénomène d'accumulation le droit démontre une aptitude à faire tout et son contraire. Il fonctionne en longue durée à la manière d'une immense réserve rhétorique susceptible de servir toutes les causes⁴². Il y a ensuite les démentis qu'infligent les pratiques sociales aux représentations qu'en donne le discours juridique. Dès lors que la réalité des échanges sociaux se construit toujours plus ou moins en marge du droit sinon contre lui⁴³, il devient non seulement possible mais

⁴¹ Il n'était pas rare dans les années 70 où se faisait entendre l'influence de L. ALTHUSSER de parler du droit en termes d'appareil idéologique d'État. Sur ce concept cf. L. ALTHUSSER, *Sur la reproduction*, PUF, Paris, 1995, spécialement les chapitres V et XI. Il est vrai qu'à cette même période la littérature de langue française était, sur les politiques publiques, réduite à sa plus simple expression. C'est dans le cadre traditionnel de la "science administrative" que les approches sociologiques de l'administration publique faisaient douter de la pertinence du savoir juridique. Sur la notion même d'idéologie juridique, on se reportera à l'article toujours actuel de M. TROPER, dans G. DUPRAT (éd.), *Analyse de l'idéologie*, Galilée, Paris, 1980, p. 221 sq.

⁴² Cette question divise la doctrine juridique. Mais rien, en logique, ne s'oppose à l'idée que le droit puisse offrir ses formes, y compris à des contenus abjects. En tout état de cause cette éventuelle mise en rapports ne vaudrait nullement preuve de la vanité du juridique. Sur ce dossier sensible, cf. M. TROPER, "Y a-t-il eu un État nazi ?" dans *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, Paris, 1994, [coll. *Léviathan*], p. 177 sq. ; D. LOCHAK, "La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme", dans *Les usages sociaux du droit*, PUF, Paris, [Travaux du CURAPP], 1989, p. 252, et la réponse de M. TROPER, "La doctrine et le positivisme", *ibid.*, p. 286. Cf. aussi D. de BÉCHILLON, "Le droit nazi est-il du droit ?", *ibid.*, p. 255 sq.

⁴³ L'accusation n'a d'ailleurs en tant que telle rien de nouveau. Elle est ainsi superbement pratiquée par A. de TOCQUEVILLE dans *L'Ancien Régime et la Révolution*. Cf. spécialement le chapitre IV du livre II, p. 138 sq., Gallimard, Paris, 1952, [coll. *Idées*], d'où est extrait la formule fameuse : "L'ancien régime est là tout entier : une règle rigide, une pratique molle ; tel est son caractère".

souhaitable de s'émanciper des modèles intellectuels offerts par la pensée juridique⁴⁴.

Cette argumentation qui se prête à d'innombrables variations semble s'imposer avec la force de l'évidence et du bon sens. Rien en elle pourtant ne saurait convaincre, tant elle escamote l'essentiel, c'est-à-dire l'analyse des procédures singulières par lesquelles les mots du droit se faisant choses, le juridique accomplit son oeuvre.

Tachons d'aller tout de suite à l'essentiel. Dans l'ensemble des critiques qu'appellent les thèses présentées brièvement ci-dessus, deux séries d'objections seront relevées en raison de leur caractère spécialement décisif.

Il me semble tout d'abord possible de repérer dans le traitement politiste des politiques publiques, une conception beaucoup trop réductrice de la juridicité, assimilée un peu vite à un banal système de règles clos sur lui-même. Une fois admise cette idée de clôture dont on sait qu'elle est au coeur des problématiques dominantes de la doctrine des juristes universitaires⁴⁵ il est logique de la part des théoriciens des politiques publiques de s'en prendre au formalisme juridique⁴⁶. Mais les bonnes raisons ne manquent pas qui nous contraignent à ne pas réduire le droit à des règles. Il n'est évidemment pas question de nier l'existence spécifique du système des normes juridiques, des marques propres du droit au sein des autres dispositifs normatifs. Mais le problème demeure de savoir dans quelle mesure ce droit par lequel et dans lequel la majeure partie des juristes se reconnaît trouve sens hors de l'environnement, ne serait-ce que l'environnement juridique⁴⁷, qui le porte. S'il faut veiller à chaque fois qu'on s'interroge sur le droit à ne pas réduire le système des normes juridiques à n'importe quel autre système normatif, à ce dont la science juridique domi-

⁴⁴ Les travaux d'un M. FOUCAULT visant à repenser la question du pouvoir hors des catégories déshabituées issues de la pensée juridique montrent que ce programme épistémologique est bien loin d'être achevé ! De l'auteur cf. sur ce sujet outre *La volonté de savoir*, Gallimard, Paris, 1976, notamment p. 107 sq., les cours du Collège de France des 7 et 14 janvier 1976, dans *Il faut défendre la société*, Gallimard, Paris, 1997.

⁴⁵ Comme l'écrivait encore récemment A.-J. ARNAUD, "Chez les juristes francophones continents — mais on peut sans crainte extrapoler et parler de l'ensemble des juristes de tradition romano-canonique — l'idée que le système juridique pourrait désigner autre chose que l'ensemble des normes de droit en vigueur dans les limites d'un territoire souverain n'est pas encore vraiment entrée dans les mœurs" in A.-J. ARNAUD et P. GUIBENTIF (éd.), 1993, *op. cit.*, p. 149. Pour une mise en perspective parfaitement réussie des débats qu'entretient cette question dans la théorie du droit, cf. D. de BÉCHILLON, *op. cit.*, 1997.

⁴⁶ On trouvera un bon exemple de la contestation du formalisme juridique dans l'ouvrage de F. DUPUY et J.-C. THOENIG, *L'administration en miettes*, Fayard, Paris, 1985, spécialement dans le chapitre 2.

⁴⁷ Cet environnement juridique avec lequel le droit stricto sensu fait système, A.-J. ARNAUD l'appelle la "juridicité". Cf. son ouvrage *Critique de la raison juridique*, tome 1, "Où va la sociologie du droit ?", LGDJ, Paris, 1981.

nante fait son objet, il n'est jamais convaincant de traiter du droit en ignorant tout de la juridicité qui le réfléchit et qu'à son tour il informe. Bref, ainsi que le rappelle A.-J. ARNAUD⁴⁸, autant il importe de ne pas confondre droit et système juridique autant il est chimérique de prétendre penser le droit en faisant l'impasse sur le système juridique.

Que la contribution du droit à la régulation des rapports sociaux suppose plus que des règles juridiques c'est ce que, partant d'un tout autre point de vue, P. LEGENDRE oppose à la théorie politique habituelle parce qu'elle "a, dit-il, le plus grand mal à concevoir que le problème de l'organisation normative suppose — je dis suppose, comme on suppose un axiome — une mise en scène, qu'instituer la réponse au pourquoi ? soit une vaste entreprise théâtrale. Autrement dit, poursuit l'auteur, pas de légitimité sans métaphore, sans montage de fictions. Si l'on tient pour secondaire ou si l'on refuse de reconnaître cette dimension du système normatif, on ne comprend pas bien la logique dogmatique, la genèse des normes, pas plus qu'on ne saisit l'efficacité des manoeuvres de pouvoir parce que ces manoeuvres sont avant tout la manoeuvre des images et que le droit finalement est lié au pouvoir par cette articulation des images"⁴⁹.

Voilà un texte essentiel pour fonder la critique des approches technologiques de la machinerie juridique : l'État ne nous tient-il pas aussi par cette production incessante d'images dont il a la charge ? Le droit nous fait spectateurs d'un monde rêvé⁵⁰. La fabrication des normes sert encore à faire voir et à faire croire. Comment douter qu'à travers la représentation qu'il donne des faits positifs par un travail constant de découpage, de mise en ordre mais aussi par des opérations de brouillage et de confusion, le droit parvient à faire advenir du réel. Car la scène sur laquelle ces images prennent forme ne s'organise nullement à l'écart des rapports sociaux, elle fait partie intégrante des procédures de communication. Ce monde rêvé n'advient pas ? La belle affaire ! Cette production incessante de l'imaginaire juridique n'en travaille pas moins à la pérennisation du lien social, installant l'État dans son rôle d'instance symbolique

⁴⁸ Ouvrages précités.

⁴⁹ P. LEGENDRE, "Ce que nous appelons le droit", *Le Débat*, n° 74, mars-avril 1993, p. 107 sq.

⁵⁰ On trouve dans l'œuvre de R. DWORKIN des éléments en ce sens. Cf. notamment ce que dans *L'empire du droit*, il dénomme "Les rêves du droit", PUF, Paris, 1994, p. 444 sq. Plus généralement l'auteur refuse l'idée que le droit serait réductible à des règles pour faire une large place aux principes. Ceux-ci de nature ethico-juridique autorisent à voir dans le droit une entreprise politique parmi d'autres. Or plus que les règles ce sont ces principes qui vont contribuer au règlement des affaires les plus délicates, les "hard cases" dans la terminologie de R. DWORKIN. L'impossible assimilation des principes et des règles tient à deux raisons principales : contrairement à ces dernières, ils sont sans auteur identifiable et il est vain de leur prêter un sens a priori. Ce sens existe : il est le produit d'une interprétation nécessaire et qui ne laisse rien ignorer de l'inscription du juridique dans l'espace du politique. Cf. par exemple ID., "Is law a system of rules ?", dans *The philosophy of law*, Oxford University Press, Oxford, 1977, 6^e édition, 1991.

capable par la seule vertu de ses mots de peser sur le cours des choses⁵¹. C'est pourquoi il ne me semble pas exagéré d'écrire que la littérature juridique dans son acception la plus large enquête elle aussi bel et bien sur la réalité. Loin de ne s'interroger que sur elle-même, les questions qu'elle pose visent le monde tel qu'il va. La thèse posant que le récit juridique fonctionne sur lui-même sans égard pour autre chose que ses propres mots ne résiste pas à l'examen. Dans l'épaisseur de ses mots, le texte juridique laisse voir l'oeuvre de savoirs multiples avec lesquels il a partie liée. Son discours n'a donc rien de clos. Il ne saurait d'ailleurs être définitif ou abouti, sauf à prendre le risque de sa propre stérilité : il doit plus ou moins laisser le sens en attente. Son programme n'est surtout pas celui de la description scientifique de la réalité : son langage ne garantit pas vraiment ce qu'il nomme. Mais ce n'est pas parce qu'il n'a aucune prétention à faire tenir dans ses mots la vérité des faits que ces derniers lui demeurent étrangers. Reste une manière propre au droit de représenter qui consiste à tenir le sens en réserve, faisant de celui-ci une question en suspens, toujours ouverte⁵².

A cette première série d'objections visant la logique de relégation du droit dans les marges d'une réalité qu'il viendrait décorer de ses bonnes intentions, j'en ajouterai d'autres qui touchent cette fois à la question ô combien débattue de l'efficacité, de l'efficience ou de l'effectivité juridique⁵³. A ce problème essentiel la théorie des politiques publiques donne ne serait-ce qu'implicitement des éléments de réponse dont la discussion oblige à un détour par la réflexion fondamentale sur ce qu'ici ou là on appelle le droit⁵⁴. L'inapplication supposée de telle(s) ou telle(s) norme(s) juridique(s) justifie-t-elle le discours un peu convenu sur l'inefficacité sociale du droit ? A vrai dire, sauf à investir celui-ci d'on ne sait quel pouvoir démiurgique, on voit mal comment éviter la réponse négative. Mais le sujet est trop important, il mérite mieux que cette simple allusion. Toutefois pour faire l'économie de longues dissertations que le cadre du présent travail rendrait inopportunes, je partirai de la forme triviale de

⁵¹ Dans ce jeu de fictions auquel le droit nous conduit, qu'on le veuille ou non, entre assurément la construction de l'intérêt général. On pourrait aussi s'interroger sur la dimension fictive de l'espace qu'imagine le droit de l'urbanisme ou sur le mythe de la démocratie écologique qui semble au principe du droit de l'environnement, etc...

⁵² P. AMSELEK évoque pour sa part "La teneur indéfinie du droit", *RDP*, n°5, 1991, p. 1200 sq.

⁵³ Cf. sur les relations qu'entretiennent ces termes, F. RANGEON, *Réflexions sur l'effectivité du droit*, PUF, 1989 [Travaux du CURAPP], p. 126 sq. ; P. LASCOUMES et E. SERVERIN, "Théories et pratiques de l'effectivité du droit", *Droit et Société*, n°2, 1986, p. 101 sq. Cf. aussi la contribution de P. LASCOUMES au *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* (A.-J. ARNAUD, éd.), à l'entrée : "Effectivité".

⁵⁴ Une excellente ouverture sur cette réflexion nous est donnée par la revue *Droits* dans deux livraisons d'octobre 1989 et de novembre 1990 qui offrent deux moissons de contributions sur le thème *Définir le droit*. Cf. également la relecture du sujet proposée par D. de BÉCHILLON dans son ouvrage précité.

l'argumentaire contesté ici et qui revient à dramatiser, pour mieux la déplorer, l'inapplication ou la mauvaise application du droit. A bien des égards on retrouve dans la perception du juridique que réfléchit la littérature savante sur les politiques publiques ce que R. DWORKIN désigne sous le terme de "conventionnalisme"⁵⁵. L'auteur s'en prend ainsi à cette conviction profane voulant qu'au fond, "La loi, c'est la loi". Ce qui fait l'irrecevabilité de ce point de vue, c'est sa méconnaissance de l'indétermination nécessaire de la norme juridique et des conséquences pratiques rattachables à cette propriété.

Le matériau dont est fait le langage du droit ne présente aucune teneur particulière qui lui permettrait d'être soustrait aux jeux plus ou moins aléatoires de l'interprétation. Pas plus qu'un autre texte le texte juridique n'est investi d'emblée d'un sens clair qui s'imposerait pareillement à l'ensemble de ses destinataires avec la force de l'évidence. C'est bien pourquoi l'herméneutique du texte s'étend largement dans l'ensemble des sciences sociales. "Un texte en effet, observe P. RICOEUR⁵⁶, est toujours plus qu'une succession linéaire de phrases; il consiste en une totalité structurée qui peut toujours être construite de plusieurs façons différentes. A cet égard, la pluralité des interprétations, voire le conflit, ne constitue pas un défaut, un vice mais un apanage de la compréhension en tant que telle au coeur de l'interprétation; on peut à cet égard parler de polysémie textuelle, comme on parle de polysémie lexicale". Les théories de l'interprétation commandent d'abandonner de vieilles certitudes tenaces dans la doctrine juridique traditionnelle voulant que le sens du droit soit en dépôt dans ses mots tandis que l'exégète se voit ici investi de la mission d'aller chercher ce sens déjà là et prêt à l'emploi⁵⁷. Car, comme l'écrit très justement A. JEAMMAUD⁵⁸ : "Les règles juridiques sont plus naturellement exposées à une 'lutte pour le sens' que dotées du 'sens clair' qu'on leur prête d'autant plus volontiers que leur libellé paraît sans équivoque". Du fait même de la nature poreuse, nébuleuse du matériau qui la porte, la norme juridique ne se donne pas à comprendre autrement qu'en termes de signification. Celle-ci est toujours le produit d'un choix d'interprétation⁵⁹. Autant d'arguments qui

⁵⁵ Cf. le chapitre V de son livre précité *L'empire du droit*.

⁵⁶ Cf. P. RICOEUR, "L'herméneutique et la méthode des sciences sociales", dans P. AMSELEK (éd.), *Théorie du droit et science*, PUF, Paris, 1994 [coll. *Léviathan*], p. 15 sq. ; ID., "Interprétation et/ou argumentation", dans *Le Juste*, Éds. "Esprit", Paris, 1995, p. 163 sq.

⁵⁷ Sur des théories de l'interprétation entendue comme entreprise nécessaire de création / re-création du droit, cf. les travaux de M. TROPER, notamment son ouvrage *Pour une théorie juridique de l'État*, précité, et mon commentaire de cet ouvrage, sous le titre "Les leçons de Michel Troper : vingt deux variations sur l'État comme objet juridique", *Droit et Société*, n°35, 1997, p. 193 sq.

⁵⁸ Cf. A. JEAMMAUD, "Normes juridiques..", 1995, *op. cit.*

⁵⁹ On pourrait ici encore prendre appui sur les travaux de R. DWORKIN. Spécialement la deuxième partie de son ouvrage *Une question de principe*, PUF, Paris, 1996, à laquelle il a donné pour titre "Du droit considéré comme pratique interprétative". Il y montre comment "L'interprétation dans le domaine juridique est un acte essentiellement politique" (p. 204), car elle fait entrer dans l'expé-

rendent bien vulnérable l'adhésion à une perception du droit en forme de règles dotées d'un sens à priori et non douteux, et obligent à une rupture radicale avec toute vision mécanique du fameux problème de l'inapplication du droit. Au soutien de cette affirmation volontairement catégorique, deux raisons principales⁶⁰.

On ne manquera pas de rappeler pour commencer que, dans la tradition kelsénienne en tout cas, ce qui caractérise une norme juridique par opposition aux lois nécessaires et inviolables de la nature c'est, justement, son aptitude à être violée⁶¹. La non application supposée d'une norme ne peut donc tenir lieu de preuve de la vanité du droit : la norme n'existe qu'en ce qu'elle laisse ouverte, la possibilité de conduites non conformes à ce qu'elle prescrit. L'écart par rapport à la norme nous renvoie toujours au droit puisque sa mesure suppose un repérage juridiquement construit. La transgression toujours ramène à la norme qui permet seule de la penser.

On fera valoir ensuite, et rien dans cette formulation ne relève du paradoxe, que le droit n'a pas nécessairement besoin d'être "appliqué" pour fonctionner vraiment et pleinement. Jusque dans la non application éventuelle de la règle, il y a manifestation de la productivité sociale du droit dans la mesure même ou celui-ci n'a pas toujours et seulement à être observé. C'est toujours le cas lorsque les acteurs font le même choix de s'accommoder d'une prise de distance par rapport à la règle, ou lorsque l'État tient un discours juridique sans rechercher nécessairement la transformation des conduites sociales visées : la loi, le règlement ne produisent pas alors de règles mais des images. Celles-ci

rience même du droit, des convictions, des croyances, des principes, des théories, etc... qui varient selon la morale et l'univers politiques propres à chaque interprète.

⁶⁰ Pour que la démonstration ne prenne pas de proportions démesurées, je laisse de côté les discussions —qui ne manqueraient pas d'éclairer notre sujet— relatives à l'évolution contemporaine de la normativité. Si l'on accepte l'idée largement admise bien que discutée (v. l'ouvrage déjà cité de D. de BÉCHILLON, notamment le chapitre 1 de la troisième partie) d'un sorte d'"érosion normative", expression empruntée à J. HABERMAS, *Droit et morale*, op. cit., p. 32, si l'on admet avec cet auteur que le mouvement suivi par le droit va du champ de l'obligation, voire de la coercition, à celui du consensus, alors il faut croire que le mode d'efficacité du droit est en train de changer. Ce que J. HABERMAS (*ibid.*, p. 31) résume en une formule : "Le droit sert, dans bien des domaines d'action, à tout autre chose qu'à faire valoir une stricte obligation". Sur ces questions, cf. encore P. AMSELEK, "L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales", *RDP*, 1984, p. 275 sq., et G. TIMSIT, "Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation", *RFAP*, n° 78, 1996, p. 375-394.

⁶¹ M. TROPER (dans *Pour une théorie juridique de l'État*, op. cit. p. 258) donne à cette question l'expression suivante : "En réalité des normes ne peuvent pas déterminer des comportements. Cela tient à plusieurs sortes de raisons. Tout d'abord une raison logico-épistémologique : un lien de causalité ne se conçoit qu'entre des faits, alors que des normes ne sont pas des faits, mais des devoirs-être. On peut certes traduire la norme en conscience, perception ou représentation de la norme, de sorte qu'entre cette perception et le comportement une relation causale deviendrait concevable, mais on rencontre alors une autre difficulté : la seule conscience qu'un comportement doit alors lieu ne saurait malheureusement déterminer un sujet à l'exercer..."

désignent l'écart entre des pratiques sociales condamnables mais tolérées —la pollution par les élevages porcins en Bretagne par exemple— et la règle qu'il faudrait suivre. Le texte juridique même inappliqué ne remplit pas moins une fonction décisive : ici, démontrer la mansuétude du pouvoir. Alors la régulation des intérêts en présence passe par une production juridique dont on sait par avance l'inapplication⁶². P. LASCOUMES et J.-P. LE BOURHIS sont ainsi tout à fait fondés à reprendre à leur compte la remarque de M. WEBER écrivant "Ce qui détermine la validité d'une prescription légale, ce n'est pas le fait qu'elle soit observée mais que certaines activités soient orientées en fonction d'elle"⁶³. Autrement dit il est vain de chercher à lire l'efficacité pratique du droit dans ses applications ou, si l'on préfère, dans son "applicabilité". L'essentiel se joue ailleurs : dans la dépense sociale —comme on parle en d'autres lieux de dépense physique— à laquelle oblige toute entreprise juridique : quels échanges, quelle communication sociale seraient aujourd'hui concevables hors de ce grand échangeur juridique qui les rend possibles en même temps qu'il leur offre un système de clarification sans équivalent⁶⁴. Écoutons F. EWALD à l'époque où il nous engageait à "parler droit"⁶⁵ : "Peut-être le moment est-il venu de la reconnaître : la valeur du droit ne tient pas à ce qu'il se fonderait sur un régime de valeurs que tout le monde devrait respecter, mais à sa seule existence. Sa positivité fait sa valeur. Son existence témoigne en effet de la possibilité d'une communication. La vie du droit raconte à quelles conditions pratiques, dans des circonstances toujours particulières, les hommes peuvent trouver à communiquer. Voilà le point : la valeur du droit n'est pas morale,

⁶² Tel est le schéma de pensée qu'il m'a semblé possible de mettre en oeuvre pour rendre compte, par exemple, du fonctionnement de la loi littoral du 3 janvier 1986 (cf. J. CAILLOSSE, "Qui a peur du droit littoral ?", *RJE*, n°4, 1993, p. 513-530). Au principe de cette problématique, la contradiction flagrante entre le sentiment dominant des élus du littoral pour qui ce texte serait une sorte de catastrophe en raison de ses effets contre-productifs, et la réalité d'une urbanisation irrépressible de la frange littorale. Cf. encore en ce sens la page "Régions" du *Monde* en date du 23 juillet 1997, utilisant un rapport du Conservatoire du littoral pour titrer : "L'urbanisation continue à grignoter le littoral français". De façon plus générale encore il n'est pas exagéré d'envisager de soumettre à la même problématique (la loi n'est pas nécessairement faite pour être appliquée...) le droit de l'urbanisme. Le rapport officiel réalisé par le Conseil d'État et intitulé *L'urbanisme : pour un droit plus efficace*, La Documentation Française, Paris, 1992) est d'ailleurs à lui seul une invitation à tenter pareil exercice (cf. J. CAILLOSSE, "La ville sans droit", *Pouvoirs locaux*, n°25, 1995, p. 110-118).

⁶³ Cf. leur étude précitée "Des passe-droits aux passes du droit", p. 62. Il y a dans l'oeuvre de M. FOUCAULT qu'on ne s'étonnera pas de retrouver ici une radicalisation de cette thèse l'entraînant à affirmer que la fonction principale de la loi n'est pas d'être respectée mais d'offrir un système d'évaluation des différentes manières de la contourner. Lire son entretien avec R.-P. DROIT en date du 21 février 1975 publié dans *Le Monde des livres* du 20 mars 1992.

⁶⁴ Sur cette idée que le droit moderne dans sa version occidentale s'est imposé à la manière de la Référence, c'est à dire comme un repère "indisponible" par rapport auquel nous voici condamnés à nous déterminer, il y a l'oeuvre inclassable de P. LEGENDRE. Cf. l'usage fait de cette thèse par D. de BÉCHILLON dans son ouvrage précité.

⁶⁵ Cf. sa rubrique "Parlons droit" dans l'éphémère *Le Journal Littéraire*, cf. le n° 1, 15 sept. 15 nov. 1987, p.91.

mais communicationnelle. Le droit décrit à quelles conditions une communication est possible."

Il me reste à espérer que malgré ses limites (dans les deux sens que peut recevoir ce terme désignant non seulement le caractère partiel du propos mais aussi l'entreprise délibérée de réduction de la littérature savante sur les politiques publiques auquel il conduit) l'argumentation précédente donne quelque crédit au programme qu'elle prétend servir, autrement dit, à l'ouverture de la théorie des politiques publiques sur l'espace de la juridicité. Encore faut-il établir que cette théorie a quelque chose à gagner du côté du droit !

D'un éventuel apport du droit au traitement des politiques publiques

En faisant, après d'autres⁶⁶, l'hypothèse que le droit constitue une pratique sociale, on s'est engagé à conduire une double démonstration : il ne suffit pas de dire pourquoi et comment le droit peut être pensé autrement que dans la tradition technicienne du positivisme universitaire dominant⁶⁷. L'exercice ne prend sens que s'il permet d'introduire le droit dans le traitement des politiques publiques, bref, de penser le droit différemment pour penser différemment avec le droit. Celui-ci devrait pouvoir favoriser une grille d'intelligibilité des politiques publiques puisque ces objets ne se présentent jamais sous la forme d'événements bruts ou de purs faits. Toute politique publique, par la force des choses, va se trouver impliquée dans l'espace du droit, et porter les marques de cette rencontre inéluctable : les acteurs ne manquent pas de faire entrer le juridique dans leurs calculs stratégiques et, du coup, les actions suivent des trajectoires dont le dessein obéit aussi à des considérations juridiques. Cette place qu'occupe le droit jusque dans la fabrique des politiques publiques, à la manière d'un matériel toujours mobilisable ne justifie-t-elle pas les principes de lecture suggérés ici ? Ce n'est évidemment pas le droit seul qui rendra les politiques publiques intelligibles : leur vérité ne s'énonce nullement dans les caté-

⁶⁶ Banale parce que nécessaire chez les sociologues du droit cette hypothèse n'intéresse on le sait que médiocrement les juristes. Son intérêt pour le droit lui-même n'est pourtant plus à démontrer. Cf. la récente tentative déjà citée de D. de BÉCHILLON, notamment les p. 152-155. Cf. aussi *Les usages sociaux du droit*, op. cit.

⁶⁷ Une tradition que résume très justement P. AMSELEK lorsqu'il écrit : "Les théoriciens du droit n'ont guère développé jusqu'à une époque récente que des activités de technologie juridique, des activités de rationalisation de la technique juridique et même plus précisément des activités de dogmatique juridique consistant à agencer à la manière d'un dogme les différentes règles juridiques édictées par les pouvoirs publics, à s'efforcer d'en établir une présentation ordonnée, systématique et cohérente, en tachant de donner des dispositions juridiques en vigueur des commentaires interprétatifs judicieux et rationnels, explicitant toute leur portée, toutes leurs potentialités éliminant en réduisant leurs défauts apparents, leurs obscurités, leurs lacunes, leurs contradictions, etc... Cette activité de "doctrine juridique" reste très largement dominante aujourd'hui encore, notamment au plan universitaire" (dans "L'interpellation actuelle de la réflexion philosophique par le droit", *Droits* n° 4, 1986, p. 132).

gories de la pensée normative, mais rien de ce qui prend forme et sens de politique publique ne saurait échapper au travail du droit. Telle est l'orientation méthodologique qu'appelle selon moi la réflexion qui vient d'être esquissée. Il lui faut croiser deux types d'exigences complémentaires, combiner constitution politique du droit et constitution juridique des politiques publiques.

Constitution politique du droit ?

Ébauche d'une problématique générale

La dévalorisation politiste du droit apparaît d'autant plus paradoxale qu'elle dévitalise la réalité juridique en la vidant de toute sa substance politique. Écartons, parce qu'elle n'est peut-être pas la plus la plus significative de cette composition, l'idée que le droit sert de vecteur politique, qu'il est l'un des canaux privilégiés qu'emprunte le discours politique⁶⁸, il reste pour appréhender la teneur politique du droit à examiner trois des figures majeures de l'expérience, mieux de la réalisation du juridique.

Il y a tout d'abord à considérer dans le droit un formidable enjeu politique, au sens propre d'un mot qui suppose des joueurs en train de se battre pour une mise préalable. Cette vocation du juridique est souvent immédiatement visible : un texte juridique c'est aussi cette chose pour laquelle on se mobilise ou contre laquelle on va s'insurger. On réclamera indifféremment l'élaboration ou l'abrogation de telle loi, de tel règlement ou de telle circulaire. En pareille situation débats et actions politiques trouvent leur raison d'être dans ou par le droit qui va, un temps, saturer l'horizon politique. Le juridique devient alors ce pourquoi l'échange politique se construit. Mais, de façon beaucoup plus diffuse, sans être au principe de l'action politique, le droit va apparaître dans le cours même de cette expérience comme un enjeu plus ou moins décisif, susceptible par son usage de peser sur le rapport de forces. A celui qui s'avère le plus apte à le mobiliser, il offre des ressources considérables, une véritable réserve de légitimation. L'acteur dont la prétention passe pour être l'expression du droit voit sa position modifiée dans le champ de la lutte politique, il change de statut en prenant alors la posture du sujet universel. L'appropriation du droit a pour effet de lui faire perdre symboliquement son identité partisane : il n'a plus de contradicteurs légitimes. Le voilà au-dessus de la mêlée, détenteur momentané mais consacré de la vérité. Pour tous les autres qui n'ont pas pu ou su avoir accès à la ressource, le juridique aura été une contrainte déterminante.

⁶⁸ Cette propriété juridique ne saurait pour autant être tenue pour négligeable du point de vue même ici retenu. Pour s'en convaincre, cf. D. LOCHAK, "Le droit discours de pouvoir", dans *Études en l'honneur de L. Hamon*, Economica, 1982, p. 429 sq.

La problématique du ^{PASSE LIVRE} passe-droit chère à P. BOURDIEU ne vient nullement perturber le schéma mais l'enrichir dans la mesure même où elle fait encore de l'appropriation du juridique un élément essentiel de calcul stratégique : l'acteur qui dispose du pouvoir de déroger, ou de faire déroger à la règle acquiert de ce seul fait une position valorisée sinon dominante⁶⁹.

Le droit joue encore le rôle d'une véritable scène politique où il fait jouer aux acteurs les rôles qu'il leur a distribués, non sans avoir préalablement fixé des règles du jeu, soit en termes de recommandation soit sur le mode de l'obligation. Certes la connaissance de la partition juridique ne donne pas accès au spectacle dans sa réalité empirique mais, par ce qu'elle nous en fait voir, elle offre un terrain privilégié d'observation politique. En elle se découvre une part de l'univers de signification dans lequel nous sommes immergés. Mais cette dramaturgie juridique est d'autant moins innocente qu'elle est directement impliquée dans la fabrication des normes, dogmes et autres représentations dont dépendent les choix d'action ou d'inaction. Souvenons-nous des propos de P. LEGENDRE rapportés plus haut⁷⁰ : il entendait mettre en garde contre l'oubli de la dimension théâtrale que revêt la construction sociale de la légitimité. Cette dernière, écrit-il, "est pour une société son discours de vérité mis en scène"⁷¹. En ce qu'ils se confondent avec ce travail de mise en scène les artifices juridiques dévoilent toute la charge politique dont ils sont investis.

Ne convient-il pas enfin, tout simplement, de reconnaître dans le droit un objet politique à part entière ? Certains théoriciens du droit le font dans ambages. Ainsi R. DWORKIN. S'obligeant au terme de l'un de ses livres à répondre à la question fatale : qu'est-ce que le droit ?, il déclare : "L'attitude du droit est constructive : elle vise dans l'esprit d'interprétation, à superposer le principe à la pratique pour montrer la meilleure voie vers un meilleur avenir, tout en respectant comme il convient la fidélité au passé. C'est, pour finir, une attitude fraternelle, une expression de la façon dont nous sommes unis dans la collectivité, tout en étant divisés sur nos projets, nos intérêts et nos convictions."⁷² On peut bien sûr ne pas adhérer au lyrisme juridique de l'auteur. On ne lui contestera pas le pouvoir de restituer ainsi au droit ses vraies marques politiques.

La matière étant riche des pires malentendus, il n'est peut-être pas totalement inutile de préciser ce que cette inscription politique signifie pour le droit lui-même. Y voir une pratique de la régulation sociale, examiner de quelle(s)

⁶⁹ P. BOURDIEU, "Droit et passe-droit. Le champ des pouvoirs territoriaux et la mise en oeuvre des règlements", ARSS, n° 81/82, 1990, p. 86. Pour une analyse critique particulièrement stimulante de cette étude, cf. P. LASCOUTES et J.-P. LE BOURHIS, *op. cit.*

⁷⁰ Cf. supra la note 49.

⁷¹ *Ibid.*, p. 109.

⁷² Cf. R. DWORKIN, *L'Empire...*, *op. cit.*, p. 449-450.

manière(s) il contribue à la structuration des rapports de force dans l'espace propre à une politique publique, examiner ses usages ou son ignorance comme autant de phénomènes politiques, rien de cela ne saurait servir d'argument à une quelconque banalisation ou dévalorisation de la juridicité. Le droit ne s'en trouve pas réduit à une forme passive, vouée à réfléchir volontés et réalités politiques. En vérité c'est bien en tant que champ autonome que le juridique peut donner toute la mesure de sa dimension politique. C'est en ce qu'il demeure politiquement indisponible que le droit peut jouer son rôle dans la reproduction et dans l'évolution des formes de la domination politique. "La réduction des normes juridiques à des commandements du législateur, écrit J. HABERMAS⁷³, signifierait que dans la modernité le droit se ramènerait en quelque sorte à la politique. Or, du même coup, le concept du politique lui-même se désagrègerait. En tout cas, en adoptant une telle prémisse, il n'est plus possible de comprendre la domination politique comme un pouvoir légitimé par le droit; en effet, un droit qui serait totalement à la disposition de la politique perdrait sa force de légitimation."

Cette épaisseur propre à la matière juridique qui empêche la juridicité de se dissoudre dans la politique n'est pas moins justiciable d'un traitement politique. Prolongeons ces remarques méthodologiques à travers un exemple : celui du texte. Jusqu'où son exégèse juridique peut-elle ignorer qu'il est aussi un objet socio-politique singulier valant d'être saisi comme tel ? Porté par des acteurs multiples publics et privés, individuels et collectifs, qui en attendent des effets matériels et symboliques, il deviendra une fois mis en forme juridique le véhicule d'idées grosses, elles aussi, d'effets sociaux. On y trouvera, à tort ou à raison, la réalisation anticipée d'une transformation des institutions ou des choses. Attendu par les uns, redouté par les autres, il jouera plusieurs rôles à la fois : stimulation ici, intimidation ailleurs. Tout cela fait que le Texte, entendez par là les textes dans le processus ininterrompu de leur accumulation, n'est nullement étranger à l'ordre social. L'écriture juridique est bien plus qu'une banale histoire de mots. Car ses mots, contrairement à ceux de la littérature

⁷³ Cf. *Droit et morale*, *op. cit.*, p. 78. L'auteur, dans le même texte, rend d'ailleurs hommage à R. DWORKIN (p. 50) : "Alors que les normes morales sont toujours à elles-mêmes leur propre fin, les normes juridiques servent aussi (c'est J.H. qui souligne) de moyens pour des fins politiques. Elles existent, en effet, non seulement à l'instar de la morale, pour statuer de manière impartiale sur des conflits pratiques, mais aussi pour permettre l'exécution de programmes politiques. C'est à la forme juridique que les projets collectifs et les mesures d'implémentation d'une politique doivent avant tout leur force d'obligation. Dans cette mesure le droit se trouve entre politique et morale, et c'est pour cela que, ainsi que Dworkin l'a montré, les arguments concernant l'application contenus dans le commentaire de la loi sont liés aux arguments concernant les projets politiques en même temps qu'ils le sont, d'autre part, à des arguments de justification morale".

pure⁷⁴, participent de l'agencement des faits et rapports sociaux, au lieu d'être leur propre finalité. Nulle trace de fétichisme du texte dans cette affaire dès lors que son lecteur ne prétend pas y découvrir la réalité par transparence, mais se borne à traiter l'écriture du droit comme une procédure parmi d'autres pour déchiffrer la réalité. Mais le texte n'autorise le questionnement des faits que pour autant que ceux-ci servent à leur tour la lecture critique du texte.

Illustration

L'histoire présente fournit, me semble-t-il, à ces quelques variations trop abstraites sur la teneur politique du droit les points d'appui matériels qui leur font, ici, défaut. Au nombre de ces fondements édifians : les incidences, réelles mais aussi fantasmagiques, qu'entraîne la construction européenne dans le champ du droit administratif français⁷⁵. Est-il besoin de dire les raisons présidant au choix de ce dossier ? S'il n'est pas absurde de s'interroger sur ce que pourrait être l'apport juridique au traitement des politiques publiques, cet enrichissement se fera pour beaucoup par le droit administratif, compte tenu de ce qu'est la structure de l'ordre juridique en France. Les débats qui traversent la doctrine juridique ont toujours eu — parfois malgré eux — cette vertu démonstrative : ils ne laissent rien ignorer du rôle irremplaçable du droit administratif dans la constitution de l'imaginaire étatique français, dans la fabrication de ce que P. LEGENDRE qualifie de "composé juridique" du modèle bureaucratique français⁷⁶. N'est-ce pas précisément cette politique du droit administratif que la construction et les actions communautaires sont en train de faire bouger ?⁷⁷ Quatre questions permettront d'aborder ce dossier.

⁷⁴ Constatation qui ne réduit en rien l'intérêt d'une approche comparée du droit et de la littérature. Cf. en ce sens R. A. POSNER, *Droit et littérature*, PUF, Paris, 1996. Cf. aussi, le chapitre 6 "De l'analogie entre textes juridiques et textes littéraires", de l'ouvrage précité de R. DWORKIN, *Une question de principe*.

⁷⁵ L'affaire a déjà suscité, on s'en doute, une littérature copieuse. Retenons notamment, *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à J. Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991 ; "L'Europe 93 et le droit", *Droits*, n° 14, 1991 ; "La Communauté : un dialogue d'administration ?", *RFAP*, n° 63, 1992 ; G. MARCOU (éd.), *Les mutations du droit de l'administration en Europe*, l'Harmattan, Paris, 1995 ; "Droit administratif et droit communautaire", n° spécial, *AJDA*, juin 1996.

⁷⁶ La formule sert de titre au chapitre 1 de la 3ème partie de son *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, précitée.

⁷⁷ La question ne reçoit certes pas en doctrine une réponse unanime. Certains auteurs sont tentés de relativiser fortement l'influence communautaire (cf. en ce sens J. ZILLER, "Droit administratif et droit communautaire : du bon usage du principe de subsidiarité", dans *Mélanges Chapus*, Montchrestien, Paris, 1992, p. 681 sq. ; cf. aussi la contribution de G. MARCOU à l'ouvrage précité conçu sous sa direction). D'autres voient dans la progression des politiques et du droit communautaires la source de "l'ébranlement général subi par le droit administratif français", selon l'expression de J. CHEVALLIER ("Les agences : effet de mode ou révolution administrative", dans *Études en l'honneur de G. Dupuis*, LGDJ, Paris, 1997, p. 48) Cf. aussi en ce sens, le fameux Rapport public du Conseil d'État, 1994, dans sa partie "Considérations générales : service public, services publics : déclin ou renouveau", *EDCE*, n° 46, 1994.

Quelle implication du droit administratif dans la facture de l'identité politique française ?

Imposant l'idée que le droit administratif serait en France "notre vrai droit politique", les recherches de P. LEGENDRE⁷⁸ donnent, plus que d'autres⁷⁹, les réponses qu'appelle cette question. Elles permettent de suivre les procédures par lesquelles le droit administratif, depuis le moment où les canonistes médiévaux se sont mis à faire travailler l'héritage romain, a pu sous-tendre, informer et marquer de son empreinte l'édifice étatique français. C'est assurément par l'accumulation, la sédimentation historique que ce droit fait la démonstration pratique de son efficience politique. Corps de règles, d'idées et d'images dont la manoeuvre est constructive d'une véritable science du pouvoir, le droit administratif perpétue un vieux savoir-faire puisé aux sources romaines, remis à l'honneur par les juristes du pouvoir papal avant de servir les desseins étatiques des légistes royaux⁸⁰. Si bien qu'aujourd'hui encore affirme P. LEGENDRE : "L'État dit libéral n'est rien d'autre que l'État pontife"⁸¹. C'est que les énoncés juridiques traditionnels continuent de résonner dans le discours du Juriste moderne qui perpétue ainsi une ancestrale entreprise. Les exemples significatifs de cette prégnance historique sur le système français d'administration des rapports sociaux ne manquent pas. J'en évoquerai trois, brièvement. D'abord parce qu'en eux s'accomplit la fonction du droit administratif dans la pérennisation d'un imaginaire étatique singulier. Ensuite parce qu'ils sont, plus que d'autres peut-être, pris dans les turbulences qu'entraîne l'irrigation, finalement soudaine⁸², de l'ordre juridique national par le droit de l'Europe⁸³.

⁷⁸ Cf. surtout "Le régime juridique des bureaucraties occidentales. Remarques sur le cas français", et "La royauté du droit administratif. Recherches sur les fonctions traditionnelles de l'État centralisé en France", deux études accompagnant la réédition chez Fayard en 1992 de son *Histoire de l'administration...*, précitée, sous le titre *Trésor historique de l'État en France. L'administration classique*, p. 547 sq. et 578 sq.

⁷⁹ Notamment J.-L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, Paris, 1989 [coll. *Droit fondamental*] ; et F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, PUF, Paris, 1995 [coll. *Thémis*].

⁸⁰ Sur cette question qui est, décidément, en train d'être beaucoup remuée, cf. J. KRYNEN *L'empire du roi. Idées et croyances politiques en France XIII^e-XV^e siècle*, Gallimard, Paris, 1994. Cf. aussi B. BARRET-KRIEGER, *L'État et les esclaves*, Calmann-Lévy, Paris, 1979 ; P. BOURDIEU, "De la Maison du Roi à la Raison d'État", *op. cit.* ; M. FOUCAULT, *Il faut défendre la société*, Gallimard, Paris, 1997, surtout p. 3-36.

⁸¹ Cf. *L'Amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, le Seuil, Paris, 1974, p. 227.

⁸² Pour que le phénomène se produise, il a fallu attendre que le Conseil d'État en crée toutes les conditions de possibilité par son célèbre arrêt d'Assemblée du 20 octobre 1989, Nicolo (sur cette affaire, v. notamment la note D. SIMON, *AJDA*, 1989, p. 788 sq., et la chronique de MM. HONORAT et BAPTISTE, *ibid.*, p. 756 sq.) Jusqu'à cette date la jurisprudence, volontiers qualifiée de "nationaliste", du Conseil d'État compromettrait l'efficacité pratique du droit communautaire. Le changement d'attitude de la jurisprudence administrative a permis à ce dernier de jouer tout le rôle qui lui revient. D'où toutes ces discussions qu'il entretient, bien au-delà du monde spécialisé des juristes.

⁸³ Cf. spécialement à l'appui de ces développements, J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, 2 volumes, Bruylant, Bruxelles, 1994.

Le régime de la bureaucratie publique française est l'un de ces exemples où s'entend, derrière les bruits de surface qu'occasionne ce que l'on tient pour des changements décisifs, le processus de la répétition institutionnelle⁸⁴. Le droit moderne de la fonction publique autour duquel on n'en finit pas de mener les mêmes batailles politiques⁸⁵ nous met en prise directe sur certains des mécanismes fondamentaux où s'entretient l'art de servir le pouvoir. A cette question du fonctionariat qui fixe traditionnellement un bon part des passions et fantasmes que l'État génère, les réponses juridiques sont on ne peut plus répétitives. Avec le droit public français, comment douter de l'invariance du mode de gestion bureaucratique des rapports sociaux. Par lui le lien se noue entre l'Église, "l'État-Pontife" et l'État laïc moderne, jusque dans sa forme libérale et industrielle actuelle. Que l'administration publique d'aujourd'hui ne se reconnaisse plus dans l'administration ecclésiastique du Moyen-Age ne fait rien à l'affaire : le statut réglé du fonctionnaire réfléchit par nombre de signes la présence symbolique de la vieille pensée pontificale⁸⁶. Pour éclairer l'organisation présente du statut de la fonction publique, mêmes idéaux, mêmes mythes fondateurs : depuis l'idéal du Père omniscient et tout-puissant toujours au principe de la soumission hiérarchique du fonctionnaire, jusqu'au mythe de la mère nourricière qui fait lien entre l'institution ecclésiastique des "bénéfices" et l'installation définitive des serviteurs de l'État dans la carrière.

Parmi les institutions qui assurent la reproduction d'une sorte d'orthodoxie politique française parce qu'elles donnent au modèle d'administration l'une de ses marques identitaires, il faut assurément réserver une place de choix à la partition de l'ordre juridique⁸⁷. En elle une tradition ininterrompue se manifeste. Au cours du temps cette frontière a connu bien des tracés. Soumise à d'incessantes variations, peut-être même est-elle aujourd'hui promise à de sérieuses révisions car la culture industrielle et managériale s'en accommode difficilement. Toujours est-il que le principe demeure et que le grand partage public/privé n'en finit pas d'alimenter la conflictualité politique. Telle qu'elle est vécue et pratiquée en France la division du droit public et du droit privé ne ressortit pas seulement au territoire des juristes. Certes en tant que principe de partage des compétences juridictionnelles ou méthode de distribution des disciplines académiques, cette division est vouée à une interminable glose juridi-

⁸⁴ Thèse à laquelle il faudra faire subir l'épreuve du droit communautaire. Cf. pour cela, T. LARZUL, "Droit communautaire et fonction publique", *AIDA*, juin 1996, p. 28 sq.

⁸⁵ Cf. J. CAILLOSSE, "Le statut de la fonction publique et la division de l'ordre juridique français", dans A. SUPLOT (éd.), *Le travail en perspectives*, LGDJ, Paris, 1998 [coll. *Droit et Société*], p. 347 sq.

⁸⁶ Problématique exposée par P. LEGENDRE dans *L'Amour du censeur, Essai sur l'ordre dogmatique*, op. cit., surtout p. 212 sq.

⁸⁷ Pour une réflexion plus élaborée sur ce thème, cf. J. CAILLOSSE, "Droit public-droit privé : sens et portée d'un partage académique", *AIDA*, 1996, p. 955 sq.

que. Mais elle est, et depuis l'Ancien Régime, bien plus que cela : procédure de rangement symbolique des pratiques sociales, elle est investie d'une fonction politique déterminante. Le droit rend possible le découpage de la matière sociale pour mieux en soustraire une part au régime juridique commun. Permettant de reprendre sans cesse les limites de l'espace public et de l'intérêt général, l'opposition droit public/droit privé donne à l'État les moyens de délimiter son propre site.

Le "centralisme à la française" est une autre des grandes constructions politiques portant l'empreinte du droit administratif dans la mesure où celui-ci aura été l'un des principaux vecteurs de l'uniformisation par l'action étatique. Ce centralisme là ne s'identifie pas en effet à la fonction que lui donne la nomenclature juridique. Plutôt qu'une modalité d'agencement des rapports entre le centre et la périphérie étatique, il est une expérience, mieux une religion particulière du pouvoir dont, à des degrés divers, l'Europe latine toute entière — c'est-à-dire le territoire où s'est déployée la forme de civilisation qu'ont connue les pays non réformés de l'Europe occidentale — garde la mémoire juridique. Car c'est par le droit administratif qu'ont pu survivre des dogmes et des croyances qui sont le fond de ce que P. LEGENDRE appelle indifféremment la pensée patriotique ou nationaliste. De ce point de vue ni la Révolution de 1789⁸⁸, ni sans doute la politique de décentralisation de 1982⁸⁹ n'ont entamé en profondeur le culte de l'État bienfaisant et omniscient qui trouve dans le combat contre les différences force et légitimité : "Le patriotisme signifie, nous le savons, l'amour de l'unité, la loi simple d'une rationnelle uniformité, l'intérêt du Grand Tout national, car selon les propres mots de Thourret : 'rien de ce qui tiendrait aux systèmes, aux préjugés, aux habitudes, aux prétentions locales ne peut entrer dans la balance'. Précisément, la nouvelle rationalité définie par la Constituante et sur laquelle furent greffées les élaborations ultérieures du droit administratif, trouve son explication, non dans les propagandes d'occasion, philosophiques, anglomanes, etc... mais dans la progression des pratiques d'uniformité"⁹⁰.

Quelles incidences de l'Europe juridique sur la politique du droit administratif ?

⁸⁸ P. Legendre fait du découpage départemental une sorte de test : il est pour lui un révélateur de l'état du centralisme français. Dans son principe même d'existence le département est une pièce décisive de la machine centraliste, pensée pour éradiquer les différences et faire entendre partout la même voix étatique. D'où pour l'auteur le paradoxe des réformes de 1982 prétendant produire de la décentralisation à partir d'une institution historiquement chargée de l'uniformisation administrative (v. son article paru dans le *Monde* du 3 novembre 1983 : "La France entre deux centralismes").

⁸⁹ Cf. cependant les réflexions actuelles de l'auteur sur le processus de désarticulation de l'État. Cf. en ce sens "Remarques sur la re-féodalisation de la France", *Études en l'honneur de G. Dupuis*, LGDJ, Paris, 1997, p. 201 sq.

⁹⁰ Extrait du texte précité de P. LEGENDRE, "La royauté du droit administratif", op. cit., p. 587.

Ces trois séries d'exemples n'ont rien d'exclusif. Ils donnent néanmoins une première idée des enchaînements juridiques où prend forme le roman de l'État, ou, pour le dire à la manière de R. DWORKIN, le "roman de la politique"⁹¹. Ce seul fait ne justifie-t-il pas que l'on veuille tirer la théorie des politiques publiques du côté du droit ? Surtout, maintenant que l'Europe renouvelle les agencements juridiques du pouvoir, cette perspective méthodologique se fait plus nécessaire que jamais. Dans l'émergence d'un ordre juridique européen il y a bien plus qu'une transformation du droit positif, un événement épistémologique. Avec lui, ce ne sont pas les règles qui, seules, changent mais la manière de penser le droit et de penser le monde dans le droit. L'essentiel n'est pas tant dans la positivité juridique que dans ces procédures plus ou moins implicites de classement par lesquelles le droit informe notre vision du monde⁹².

Pour le dire très vite, on peut regrouper les principales incidences de la construction européenne sur la politique du droit administratif — au sens donné ci-dessus à cette notion — autour de deux grands pôles. Le premier fédère des éléments connus : œuvre d'une volonté dominante de désétatisation des rapports sociaux⁹³, ils traduisent la dévalorisation du modèle français d'administration. Autour du second, un ensemble de phénomènes qui poussent plus profondément à une certaine dénationalisation du droit français. Deux hypothèses nouvelles s'offrent ainsi à la réflexion sur les politiques publiques. D'abord ce fait que le droit appliqué aux rapports administratifs — et par là même aux politiques publiques — se construit de plus en plus hors du droit public de l'État avec lequel il a en France presque toujours été confondu⁹⁴. Ensuite le fait que le droit dont relèvent les rapports administratifs est, lui-même, de plus en plus, tributaire d'un ordre juridique flou et aléatoire.

Désétatisation du droit de l'administration en particulier ?

⁹¹ Dans *L'empire du droit*, précité, p. 247, Ronald DWORKIN a en effet cette formule : "Les affirmations juridiques sont des jugements d'interprétation (qui) interprètent l'exercice contemporain du droit qu'elles voient comme le déroulement du roman de la politique".

⁹² Parmi les travaux où l'on s'emploie à donner à l'événement une telle portée, cf. A.-J. ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, PUF, Paris, 1991 [coll. *Les voies du droit*] ; cf. aussi M. DELMAS-MARTY, par exemple, "Droit contre droits", *Liber* n° 1, octobre 1989, p. 69 ; "L'Europe : un double défi", *l'Âne*, n° 38, avril-juin 1989 ; *Vers un droit commun de l'humanité*, Éd. Textuel, Paris, 1996, surtout p. 41-72.

⁹³ Cf. en particulier B. JOBERT (éd.) *Le tournant néolibéral en Europe*, l'Harmattan, Paris, 1984 ; V. WRIGHT et S. CASSESE (éd.), *La recomposition de l'État en Europe*, La Découverte, Paris, 1996. Cf. aussi J.-A. MAZÈRES, "L'un et le multiple dans la dialectique marché-nation", dans *Marché et Nation. Regards croisés*, Montchrestien, Paris, 1996, p. 81 sq.

⁹⁴ Ici pas plus qu'ailleurs la doctrine des juristes n'a jamais été unanime. Pour une tentative de donner du sens, au-delà du droit positif, à ces divisions théoriques, cf. J. CAILLOSSE, "L'administration française doit-elle s'évader du droit administratif pour relever le défi de l'efficacité ?" dans F. LACASSE et J.-C. THOENIG, 1997, *op. cit.*, p. 307-333.

Le droit communautaire travaille à banaliser l'État. Au moins nous pressent-il d'oublier cet État que le droit administratif français dans sa longue durée a contribué à mythifier. Ce mouvement est perceptible aussi bien dans la relativisation du statut juridique de la loi nationale⁹⁵ que dans la redistribution des rôles au sein du système de partage public/privé⁹⁶ ou encore dans la revalorisation globale de la fonction juridictionnelle⁹⁷. L'existence même de l'Union européenne suppose révision à la baisse de la conception française de l'État telle qu'une lointaine tradition juridique l'a construite et imposée⁹⁸. Sans jamais agir comme un facteur exclusif⁹⁹ la pression communautaire se fait partout sentir dans les choix de réduction des secteurs publics. La suspicion active qu'elle entretient à l'encontre de ceux-ci en facilite la compression. Tout en s'accommodant du principe de leur existence le droit communautaire en développe une approche négative : il semble ne les accepter qu'à titre de reste d'un marché dont le système occupe l'espace juridique avec la force d'un fait de Nature. On sait que ce processus a trouvé en France une expression particulière dans les tensions qu'il impose désormais à deux des notions-clés du droit administratif : le service public et l'entreprise publique. La densité exceptionnelle qu'est en train d'atteindre ici la littérature des juristes ne saurait tromper¹⁰⁰.

⁹⁵ C'est aussi le sens de la jurisprudence Nicolo, dès lors qu'elle investit le Juge administratif du pouvoir de faire prévaloir la norme communautaire sur toute loi postérieure contraire à cette dernière. Cf. la note 82.

⁹⁶ Cf. notre étude précitée, *AJDA*, 1996.

⁹⁷ Cette évolution institutionnelle n'est pas seulement visible dans l'office de la Cour de Justice des Communautés européennes (cf. sur ce point P. PESCATORE, "Une révolution juridique : le rôle de la Cour de Justice européenne", entretien avec H. CALVET, *Commentaires*, n° 59, 1992, p. 569 sq. ; aussi l'étude de A. STONE, "Le néo-institutionnalisme.", *op. cit.* Le juge national tire lui aussi profit du droit communautaire. Il peut grâce à lui s'émanciper d'avantage de la loi et d'administrations qu'il contrôle plus et mieux.

⁹⁸ C'est pourquoi le débat politique se mène régulièrement sur le terrain juridique et de façon plus précise ici, sur le registre de la souveraineté. D'aucuns avaient pour cette raison violemment réagi à l'arrêt NICOLO en y voyant sauter "Le dernier verrou de la souveraineté", pour reprendre le titre d'un article de M. AURILLAC, *le Monde* 3 novembre 1988. Cf. aussi en ce sens les prises de position catégoriques de P. MAZEAUD (par exemple "L'Europe et notre constitution", *le Monde*, 20 janvier 1996, et surtout "Droit communautaire et constitutions nationales", *Assemblée nationale, Délégation pour l'Union européenne, Rapport* n° 2630). Sur l'ensemble de ce dossier on ne peut que renvoyer à l'ouvrage décisif d'O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, dont la longue conclusion reprend, à partir du Traité de Maastricht, la question de la souveraineté.

⁹⁹ Cf. en ce sens l'article de L. ROUBAN, "La réforme de l'État en Europe. Quel avenir pour le service public ?", dans *Hommage à J.L. Quermonne*, Presses de Sciences Po, Paris, 1996.

¹⁰⁰ Dans cette littérature impossible à présenter ici, relevons, outre le Rapport public précité du Conseil d'État (1994), à titre d'exemple le Rapport de la Commission présidée par C. STOFFAES et publié sous le titre *Services publics. Questions d'avenir*, Eds. O. Jacob / La Documentation française, Paris, 1995 ; le rapport remis au Premier ministre par la Mission présidée par R. DENOIX DE SAINT-MARC, sous le titre *Le service public*, La Documentation française, Paris, 1996. Cf. aussi F. MODERNE, "Le concept de service public à l'épreuve du marché unique européen", dans *Mélanges dédiés à J. Mas*, Economica, Paris, 1996, p. 239 sq., et R. KOVAR, "Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie et ou pensée laïcisée", *RTD. europ.* 1996, p. 215 sq. et p. 493 sq.

Quelque chose de décisif se joue dans la manœuvre de ces deux notions : en faisant bouger ces mots, le droit n'a cessé d'étendre la zone d'interpénétration du public et du privé pour produire une expérience originale d'économie mixte. En déstabilisant ces notions parce qu'il fait douter de leur pertinence, le nouvel ordre juridique européen agit sur l'imaginaire politique français¹⁰¹ que toute action publique mobilise et entretient en même temps.

Dénationalisation¹⁰² du droit en général ?

"Le droit public français démontre une aptitude certaine à penser 'l'un' et éprouve une difficulté indiscutable à penser le 'multiple' et encore plus à systématiser les rapports entre 'l'un' et le 'multiple'...". L'auteur de cette formule visait à désigner l'un des problèmes de la décentralisation¹⁰³. Ses propos valent a fortiori pour la configuration juridique nouvelle résultant de la construction communautaire.

On l'a vu à travers l'exemple du droit administratif : la pensée et la pratique juridiques ont servi en France la cause de l'Unité, sinon celle de l'Unité et de l'Uniformité. Le droit s'est trouvé impliqué dans la réduction des différences en devenant le haut lieu de la réalisation symbolique de l'Égalité¹⁰⁴. Ces valeurs sont inséparables d'un ordre juridique hiérarchisé. La rationalité juridique suppose un monde bien ordonné dont la maîtrise est assurée par les principes d'un fonctionnement linéaire. Pensé sur le modèle de la géométrie euclidienne, le droit pense lui aussi dans ces catégories : au fond, il vaut pour un temps immuable et ordonne un espace unifié. Ce droit-là appartient bien à cette modernité que les Lumières ont fabriquée. Son discours valorise les croyances d'une époque où l'on ne saurait mettre en doute la nécessité linéaire du Progrès, le culte de l'Universel, les promesses de la Raison rayonnante.

¹⁰¹ De là sans doute l'émergence de ce nouveau mythe : "Le service public à la française", et le rôle particulier du Conseil d'État dans la propagation de celui-ci. En plus du Rapport public, *op. cit.*, cf. B. STIRN, "La conception française du service public", *Cahiers juridiques de l'Électricité et du gaz*, n° 489, 1993, p. 299 sq.

¹⁰² Le problème se prête à plusieurs lectures. On peut ainsi prendre le mot de nationalisme dans son acception la plus courante et faire le constat qu'on assiste, entre autres phénomènes, à une dénationalisation du droit de la fonction publique dans la mesure où celle-ci n'est plus réservée aux nationaux français, ou encore à une dénationalisation du territoire juridique de l'État, ce dernier se faisant tributaire de l'Europe et au-delà, de la globalisation des échanges marchands, etc... Mais le mot nationalisme doit encore être entendu, à la manière de P. LEGENDRE, comme une manière de penser le monde dans l'unicité. Le nationalisme tend alors à devenir la référence d'un système où le Centre est parvenu à faire assurer ses propres modèles par la périphérie.

¹⁰³ Il s'agit de J. MOREAU dans le cadre du "Débat sur le processus de décentralisation" organisé par l'AJDA, n° spécial précité, avril 1992, p. 8.

¹⁰⁴ La relance des interrogations (notamment celles de la philosophie politique anglo-saxonne) sur cette question n'a pas laissé indifférent le Conseil d'État. Le numéro 48 de sa revue *Études et Documents*, 1997, en porte témoignage. En plus du Rapport public consacré au thème de l'égalité, elle offre tout un florilège d'études sur le sujet.

L'Europe ne fait-elle pas de la sortie de cet univers mental une question d'actualité ? Écoutons M. DELMAS-MARTY : "Penser le droit à la dimension européenne, ce n'est pas seulement étendre les concepts juridiques à un espace plus vaste, ou appliquer notre logique juridique à un nouvel ordre normatif, c'est bien autre chose — peut-être faudrait-il parler d'une véritable rupture épistémologique — c'est penser le droit d'une autre manière. Autrement dit il leur (les juristes) faut passer d'une conception linéaire, unitaire, hiérarchisée à ce qui au premier abord est synonyme d'éclatement, de dispersion, de désordre au point que l'on hésite à la nommer 'juridique'"¹⁰⁵.

Pour le juriste assumer la construction européenne c'est prendre le risque de ce qu'A.-J. ARNAUD appelle la post-modernité juridique¹⁰⁶. Il lui faut pour se mettre à la hauteur de l'événement, donner son plein sens, autant dire son statut théorique à la double mutation que d'ores et déjà l'Europe fait subir à notre culture juridique. Il y a tout d'abord, et pour reprendre très grossièrement les analyses du même auteur, la production d'un droit complexe, car à la pensée juridique aussi l'Europe en formation impose l'expérience de la complexité. Celle-ci s'entend en l'occurrence de la constitution d'une entité faite d'une pluralité de systèmes juridiques obéissant chacun à sa rationalité propre, tout en devenant tributaire de la logique de l'ensemble, lequel emprunte ses éléments aux sous-systèmes dont il est composé. Il appartient aux juristes de faire advenir cette rationalité juridique nouvelle qui serait capable de rassembler la totalité de ces dissemblances sans chercher pour autant à les nier ! Mais il leur faut prendre aussi la mesure du pluralisme qui est l'autre marque d'un nouveau monde juridique. Du fait de la pluralité régnant au niveau des sources mêmes du droit coexistent des ordres juridiques distincts entretenant entre eux des rapports pluriels. Dans ce contexte des situations identiques pourront fort bien relever de règles de droit différentes¹⁰⁷. Cette pluralité, il va bien falloir la penser, sachant qu'ici ordonner ne saurait valoir réduction à l'unité. S'il s'agit d'introduire de la cohérence et de prévenir la dispersion, ce ne peut être au prix d'une défaite des ordres juridiques nationaux. A l'inverse il n'est pas concevable que la combinaison nécessaire de rationalités juridiques distinctes consiste à faire dépendre le droit européen des systèmes normatifs nationaux. Reste à

¹⁰⁵ Extrait d'un article paru dans la revue précitée, *L'âne*.

¹⁰⁶ Notamment dans son livre précité *Pour une pensée juridique européenne*. Pour un essai d'application du concept de post-modernité au cas de l'administration publique, cf. J.-J. GLEIZAL, "Vers une administration post-moderne ?", dans G. BOISMENU et J.-J. GLEIZAL (éd.), *Les mécanismes de régulation sociale*, Boréal / Presses Universitaires de Lyon, 1988, p. 117 sq. Cf. aussi C.-A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ, Paris, 1999 [Coll. *Droit et société*] et mon commentaire de cet ouvrage, "Quand l'analyse des politiques publiques se déplace côté 'droit'", dans *Droit et Société*, 42/43, 1999, p. 511 sq.

¹⁰⁷ On aura un aperçu des difficultés juridiques auxquelles il est ici fait référence dans les études de V. NICOLAS, "Le désordre normatif" et de J.C. GAUTRON, "Une Europe à droits variables", *Pouvoirs* n° 69, 1994, respectivement p. 35 sq. et p. 77 sq.

donner à cette forme inédite de métissage son expression juridique, à mettre en pratique des régulations souples, bref à inventer la logique du flou et de l'aléatoire¹⁰⁸.

Rien dans ces interrogations ne devrait laisser indifférente la théorie des politiques publiques dès lors que, de plus en plus, celles-ci se font et se déploient à l'échelle européenne, soit en tant qu'œuvre même des institutions et autres acteurs communautaires, soit à travers des processus d'eupéanisation des politiques publiques nationales¹⁰⁹.

Constitution juridique des politiques publiques ?

Nous voici parvenus à la dernière étape d'un parcours conçu en réponse à la question que le présent exercice s'est donné pour titre. Réagir contre l'attitude dominante qui conduit juristes et politistes à occulter la teneur politique du droit serait sans portée méthodologique si la démonstration ne servait à établir la part que prend le droit dans la fabrication et par là même dans l'analyse des politiques publiques.

Pour être convaincant l'examen commande l'illustration par l'exemple. Je m'appuierai —espérant qu'on ne m'en tiendra pas trop rigueur— sur quelques recherches antérieures¹¹⁰.

Intéressant ainsi qu'on va le voir des secteurs forts diversifiés de l'action publique, la raison de leur réunion ici mérite sans doute d'être élucidée. Ils ont en commun d'avoir exigé et d'exiger encore un gros travail juridique largement ignoré des spécialistes des politiques publiques, tandis que les juristes qui,

¹⁰⁸ D'autant que cette logique n'est tout de même pas étrangère à la rationalité juridique. Cf. à propos de l'exemple du droit administratif, l'ouvrage déjà ancien pourtant de L. SFEZ, *L'administration prospective*, A. Colin, 1970 [coll. U]. Cf. aussi l'étude prémonitoire d' A. HAURIOU, "Le droit administratif de l'aléatoire", dans *Mélanges Trotabas*, LGDJ, Paris, 1970, p. 197 sq..

¹⁰⁹ Sur cette constitution d'un espace européen des politiques publiques, cf. P. MULLER, "La mutation des politiques publiques européennes", *Pouvoirs*, n° 69, 1994, p. 63 sq. Cf. aussi J.P. JACQUE, "La communautarisation des politiques nationales", *Pouvoirs*, n° 48, 1989, p. 29 sq.

¹¹⁰ Je renvoie donc principalement ici, en les citant par champ et par ordre chronologique aux publications suivantes. Sur la modernisation de l'administration et du service public : "La réforme administrative et la question du droit", *AIDA*, janvier 1989, p. 3 sq. ; "L'administration française doit-elle s'évader du droit administratif pour relever le défi de l'efficacité ?", *Politiques et Management public*, 1989, n° 2, p. 163 sq. ; "La modernisation de l'État, variations sur le modèle juridique d'administration", *AIDA*, novembre 1991, p. 755 sq. ; "Le manager entre dénégation et dramatisation du droit", *Politiques et management public*, 1993, n° 4, p. 85 sq. Sur la décentralisation : "Le savoir juridique à l'épreuve de la décentralisation", *Annuaire des collectivités locales*, 1988, p. 5 sq. ; "La décentralisation, mode d'emploi", *RDP*, 1989, p. 1229 sq. ; "Le local, objet juridique", dans A. MABILEAU (éd.), *A la recherche du local*, l'Harmattan, Paris, 1993, p. 111 sq. ; "De la décentralisation dans ses rapports avec le droit : la révision des dogmes", dans *La décentralisation en France*, La Découverte, Paris, 1996, p. 317 sq. Sur la ville : "La ville, le droit et la redistribution des territoires administratifs", *Politiques et management public*, 1995, n° 3, p. 83 sq. Enfin, sur l'aménagement du littoral : "Qui a peur du droit littoral ?", *RJE*, n° 4, 1993, p. 513 sq.

nombreux, se sont penchés sur ces "machines juridiques" n'ont pratiquement jamais abandonné leur posture favorite de techniciens de la juridicité. Il en est ainsi par exemple pour la modernisation administrative ou pour toute une série d'interventions publiques sur le territoire, qu'il s'agisse de promouvoir la décentralisation, d'initier une politique de la ville ou d'aménager le littoral. Mais la logique du texte impose de commencer par le cas des politiques européennes.

Politiques européennes

L'étude des procédures de décision au sein de l'Europe communautaire montre de façon encore plus flagrante que celle appliquée à la pratique décisionnelle dans les administrations nationales, l'importance de la contrainte et de la ressource juridiques¹¹¹. Le droit n'est pas simplement le langage commun des États et des institutions européennes¹¹². Il fournit en outre les instruments grâce auxquels se fixeront les choix de politiques publiques : règlements et directives communautaires, mais aussi décisions de la Cour de Justice, autant de formes juridiques où viennent se loger des initiatives engageant chacun des États-membres et hors desquelles celles-ci demeureraient dépourvues de visibilité et d'identité.

S'il est nécessaire de réagir contre la tentation de nombreux professionnels du droit de rabattre l'Europe sur son ordre juridique, ce ne peut être au prix d'une sous-estimation de sa fonction dans la dynamique communautaire et dans l'ensemble des opérations de mise en commun ou de mise à niveau que cette dernière impose¹¹³. Cette force matérielle du droit européen a d'ailleurs trouvé son expression jusque dans l'évolution des équilibres intellectuels à l'Université : les spécialistes de la discipline occupent désormais des positions renforcées dans le champ de l'enseignement et de la recherche juridiques. La recomposition de l'espace matériel et symbolique du droit autour de ses sources communautaires, depuis que le Conseil d'État en a ouvert les conditions de possibilité, n'est sûrement pas explicable par la seule logique juridique. Ce fait prend place dans la configuration d'où il tire tout son sens : le droit communautaire constitue désormais une réserve de pouvoir, il sert et justifie des redistributions de rôles sociaux tant au niveau des États qu'à celui de la Commu-

¹¹¹ Cf. par ex. L. DUBOIS, "Peut-on gouverner à douze ?", *Pouvoirs*, n° 48, 1989, p. 105 sq. Cf. encore J.-L. QUERMONE, *Le système politique européen*, Montchrestien, Paris, 1^{ère} éd. 1993 [coll. *Clefs*].

¹¹² Cf. à ce sujet les "Quelques réflexions à propos du langage juridique communautaire" de J. BOULOUIS, *Droits*, n° 14, 1991, p. 97 sq.

¹¹³ Cf. J.P. JACQUE, "Le rôle du droit dans l'intégration européenne", *Philosophie politique*, n° 1, 1991, p. 119 sq. Cf. encore J. L. DEWOST, "Droit européen et unification de l'Europe. Quel droit pour quelle Europe ?", *Projet*, n° 250, 1997, p. 85 sq.

nauté ou de l'Union, il favorise ou dessert des stratégies politiques, contribue à faire bouger la position des acteurs et modifier l'équilibre des forces.

C'est pourquoi on ne peut qu'approuver C. LEQUESNE, spécialiste français des politiques communautaires rendant hommage à l'un de ses collègues dans les termes suivants¹¹⁴ : "Simon BULMER a raison de souligner que les politistes négligent trop souvent à leur péril la dynamique juridique de l'intégration européenne. A l'inverse, les Juristes communautaires ont trop souvent tendance, dans la tradition de la pureté Kelsénienne, à étudier la dynamique endogène de la production normative de la Communauté européenne (en particulier les arrêts de la CJCE) sans mener de réflexion systématique sur les conditions comme sur les finalités politiques et sociales de cette production. Un rapprochement entre science politique et droit paraît cependant utile lorsqu'on aborde un problème comme la mise en œuvre des politiques communautaires au niveau national ou local. Si la mise en œuvre conduit d'abord à étudier un processus d'échanges politiques entre acteurs, on ne saurait en effet omettre — dans une perspective institutionnaliste — que ces échanges sont médiatisés, ce qui ne veut pas dire déterminés, par toute une série d'instruments (règlements, directives, etc...) et de procédures juridiques, communautaires, nationales et locales".

Modernisation administrative

Le choix de ce dossier ne doit évidemment rien au hasard. Sachant le rôle qu'ont pu jouer et que jouent encore certains sociologues, notamment ceux du Centre de Sociologie des Organisations¹¹⁵, dans la conception de la réforme administrative en France, on ne s'étonnera pas si en cette matière une doctrine s'est largement imposée qui fait très volontiers du droit — et en particulier du droit administratif — l'un des verrous de la modernisation¹¹⁶. Ce discours a pu se déployer d'autant plus largement qu'il a trouvé sans même les chercher des relais jusque dans la doctrine juridique chez des juristes déterminés à en découdre avec l'État-Providence perçu tout à la fois comme le promoteur et le

bénéficiaire d'un droit contre-productif¹¹⁷. La modernisation offre donc un terrain d'observation privilégié des réactions respectives des juristes et des sociologues face à la montée en puissance du Management public¹¹⁸.

Les décisions prises depuis une dizaine d'années pour réformer ou moderniser, c'est selon, l'État, l'administration ou le service public — qu'importe, en l'occurrence, les dénominations officielles — permettent de relire l'abondante littérature qui, toujours, prépare, accompagne, critique les transformations de l'action publique¹¹⁹. Dans ce discours proliférant fait de recherches savantes, de travaux de vulgarisation, de rapports officiels¹²⁰, de circulaires¹²¹, etc... prévaut l'hypothèse d'une relation étroite entre la crise du modèle français d'administration et celle de la culture juridique qui continue de l'irriguer. Ainsi peut s'ouvrir le procès d'un droit qui détourne le secteur public du modèle de l'entreprise en discréditant l'efficacité et le rendement. Pour l'administration le temps presse : il lui faut vite repenser son organisation et son fonctionnement hors d'un système de pensée juridique qui la fait vivre dans l'ignorance des lois du marché. Personne n'envisage évidemment de soustraire les institutions publiques aux exigences de l'État de droit. Il s'agit de tout autre chose : d'un changement de paradigme. De telle manière que l'idée de *bonne administration* ne s'entende plus seulement par référence à des comportements globalement respectueux du droit, qu'elle cesse d'être la chose des juristes du Conseil d'État et de la Cour des Comptes, pour devenir l'affaire de managers soucieux de performances mesurables. Tout cela, M. CROZIER l'avait

¹¹⁷ Citons parmi les travaux représentatifs de ce courant de pensée, l'ouvrage de L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, PUF, Paris, 1985 ; l'étude-manifeste de P. DELVOLVE, "Service public et libertés publiques", *RFDA*, n° 1, 1985 ; l'article d'Y. GAUDEMET, "L'entreprise publique à l'épreuve du droit public", dans *Mélanges Drago*, Economica Paris, 1986, p. 259 sq.

¹¹⁸ On se reportera sur ce point au n° spécial, précité, de la revue *Politiques et management public* : "Droit et management public". Cf. aussi l'étude toujours déterminante de J. CHEVALLIER et D. LOCHAK, "Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française", *RFAP*, n° 24, 1982, p. 53 sq.

¹¹⁹ Parmi les analyses récemment produites sur le changement administratif en France, cf. notamment L. ROUBAN, *Le pouvoir anonyme. Les mutations de l'État à la française*, Presses de la FNSP, Paris, 1994 ; L. CHATY, *L'administration face au management. Projets de service et centres de responsabilité dans l'administration française*, l'Harmattan, Paris, 1997. Cf. aussi ENA, *Le travail gouvernemental*, Rapports de séminaires établis par les élèves de la promotion René Char, 2 volumes, La Documentation française, 1996. Cf. encore J. CHEVALLIER, "La politique française de modernisation administrative" dans *L'État de droit, Mélanges en l'honneur de G. Braibant*, Dalloz, Paris, 1996, p. 69 sq. ; ID., "La réforme de l'État et la conception française du service public", *RFAP*, n° 77, 1996 ; et J.-C. THOENIG, "Réforme de l'administration et réforme de l'État", *RPP*, n° 9852, 1996, p. 56. V. enfin J. CAILLOSSE et J. HARDY, *Droit et modernisation administrative*, La doc. française, Paris, 2000 [Coll. *Prospectives*].

¹²⁰ Cf. l'ample publicité dont a bénéficié le rapport PICQ, *L'État en France. Servir une nation ouverte sur le monde*, La Documentation française, Paris, 1995 [coll. *Rapports officiels*].

¹²¹ Spécialement la circulaire du 23 février 1989 relative au renouveau de service public, *JO* du 24 février 1989, p. 2526, et la circulaire du 26 juillet 1995 relative à la préparation et à la mise en œuvre de la réforme de l'État et des services publics, *JO* du 28 juillet 1995, p. 11217.

¹¹⁴ C. LEQUESNE fait référence à une étude de S. BULMER intitulée "Four faces of european governance : a new institutional research agenda", *EPRU. Discussion paper*, 2/95, University of Manchester, 1995 ("Union européenne et coordination gouvernementale. Quid novi en France", dans *Hommage à J.L. Quermonne*, op. cit. p. 259 sq.).

¹¹⁵ On pense bien sûr, parmi d'autres, aux travaux accomplis par ou sous la direction de M. CROZIER. Cf. notamment *Où va l'administration française ?* Eds. d'organisation, Paris, 1974 ; *État modeste. Stratégies pour un autre changement*, Fayard, Paris, 1987 ; *Comment réformer l'État. Rapport au ministre de la Fonction publique et des Réformes administratives*, La Documentation française, 1988 [coll. *Rapports officiels*].

¹¹⁶ Pour reprendre l'intitulé de ma contribution au colloque de l'Association française de science politique, dirigé par P. MULLER, *L'administration française est-elle en crise ?*, publiée aux éditions de l'Harmattan, Paris, 1992, p. 251 sq.

résumé d'une formule : "Pour parvenir à l'État modeste, il faudra réussir à remplacer les technocrates interchangeables par des patrons responsables"¹²².

C'était sans compter sans doute avec l'aptitude du droit (entendez : de ceux qui le fabriquent et le gèrent) à organiser sa propre reproduction. Il semble bien qu'au bout d'une dizaine d'années de politique de modernisation, la célébration tapageuse du Manager ait favorisé une forte réhabilitation du Légaliste¹²³. Il faut croire qu'en tout juriste sommeille l'homme d'affaires¹²⁴.

Territoire(s) en représentation(s) juridique(s)

Il s'agit de parler maintenant de la juridicité du territoire et de cela seulement. Il n'est pas dans la visée d'un tel programme de juridiciser les problèmes qui se posent aux territoires ni d'ailleurs ceux que posent ces territoires. La nécessité d'analyser les jeux et stratégies d'acteurs reste entière, mais il devient impossible d'ignorer que toutes ces interventions sont juridiquement informées car ces acteurs se situent par référence au droit qui marque les territoires¹²⁵, ils cherchent selon les cas à en tirer parti ou à s'en déprendre. Autrement dit, le droit ne produit pas les territoires. Il contribue en revanche à leur reproduction. Ne serait-ce qu'à travers la mise en scène régulièrement renouvelée de l'espace institué. Si l'on peut parler de l'appartenance du territoire au monde du droit c'est non seulement parce qu'il est juridiquement balisé, mais encore parce qu'il provoque à son tour quantité d'effets juridiques. Construction dans laquelle le droit introduit ses marques, le territoire est un fait juridique agissant

¹²² Cf. M. CROZIER, "L'État modeste, une grande ambition, *Politiques et management public* n° 2, 1989, p. 1 sq.

¹²³ Ce n'est sûrement pas le lieu de refaire ni même de prolonger ici des analyses proposées ailleurs (cf. supra, note 110). Rappelons cependant cet inattendu retour en force du juridique jusque dans une politique pourtant désireuse de s'en démarquer. Voici par exemple le statut de la fonction publique vilipendé pour être l'une des principales matrices bureaucratiques et qui se trouve à présent plutôt conforté (cf. J. CAILLOSSE, "Le statut de la fonction publique et la division de l'ordre juridique français", *op. cit.*). Voici encore le service public tenu en suspicion pour cause d'atteinte aux libertés publiques et célébré maintenant comme composante du patrimoine politique français. Et comment ne pas souligner l'aptitude des grands corps de contrôle à se réapproprier l'idée d'évaluation des politiques publiques alors que celle-ci n'a de sens qu'en dehors de la représentation juridique de la décision. Sur ce réinvestissement de l'évaluation par les juristes, cf. J.P. COSTA, "Droit et évaluation", *RFAP*, n° 66, 1993, p. 221 sq.

¹²⁴ Une fois de plus constatons la clairvoyance de P. LEGENDRE écrivant ceci : "Innovateurs en concepts ou gérant les stocks du juridisme existant, les juristes participeront aussi à l'économie de compétition" (dans *Leçons VII. Le désir politique de Dieu. Essai sur les montages de l'État et du droit*, Fayard, Paris, 1988, p. 387).

¹²⁵ Autant dire que la problématique esquissée ici se limite à montrer de quelle(s) manière(s) le droit travaille le territoire. Une étude complète des rapports qu'entretiennent droit et territoire devrait se développer sur un autre terrain : l'évolution du droit positif (cf. surtout la loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, *JO* du 5 février 1995, p. 1973) montre qu'à la juridicisation du territoire répond ce qu'un auteur appelle "La territorialisation du droit" (cf. l'étude publiée sous ce titre par Y. MADIOT, *RFDA*, n° 5, 1995, p. 947 sq.).

sur les échanges sociaux. Découpé en zones de compétences, il intervient dans le partage des ressources et des contraintes entre ceux qui décident comme entre ceux que les décisions visent.

Cette juridicité du territoire n'est nullement entamée par le fait que celui-ci ne s'organiserait pas comme le dit ou le veut la règle. L'espace rationalisé du droit est lui-même porteur de convulsions, de ruptures, de conflits. L'écart entre la norme supposée et le fait territorial peut toujours advenir, le droit demeure principe de classement des faits empiriques, il demeure référence obligée, que l'on dénonce par exemple les excès d'un urbanisme dérogatoire ou que l'on s'en prenne à des pratiques illégales en matière d'aménagement de la montagne ou du littoral. Tout cela trouve à s'illustrer dans les redéploiements territoriaux de l'action publique¹²⁶. Tachons de le faire apparaître à travers quelques exemples où l'abondance de la production juridique constitue à elle seule un fait politique édifiant : la décentralisation, la ville, le littoral.

Les livres ne manquent pas qui nous ont appris à oublier le droit pour mieux nous faire découvrir les réalités de la décentralisation¹²⁷. Prenons le risque de réagir contre cette thèse, en examinant, de façon succincte, ce que la connaissance de la décentralisation en actes peut retirer de l'exégèse juridique. Peut-on ignorer sans dommages que cette politique territoriale s'énonce immanquablement dans les termes du droit. Comment cette entreprise toujours recommencée de mise en mots serait-elle innocente ? Faut-il n'y voir qu'un travail de décoration effectué sur des faits qui pourraient fort bien s'en passer, sans rien perdre de leur identité. Parce qu'elle est juridique la formalisation ne reste pas sans produire d'effets de réalité. Le législateur ne peut y échapper : il lui faut inscrire son programme dans un ensemble ordonné de formes prédéfinies par un Texte. Et cette contrainte n'a rien de purement littéraire. Elle agit sur le contenu des choix effectués. C'est que le Texte est mémoire, porteur d'une expérience vivante qu'il s'agit de perpétuer. Dans l'histoire qu'il raconte, nous sommes impliqués. Tous, partisans comme adversaires de la décentralisation, doivent pour défendre leur cause faire usage du droit. Le discours juridique puise de l'efficacité pratique dans les rapports qu'il entretient avec les imaginaires politiques. Il agit sur l'organisation administrative c'est-à-dire sur la distribution spatiale des rapports sociaux par les représentations du territoire qu'il forme comme par celles qu'il informe. Les résistances qu'oppose à la réforme la topographie institutionnelle trouvent elles aussi des éléments

¹²⁶ Pour une étude particulièrement fouillée et stimulante du sujet cf. P. DURAN et J.-C. THOENIG, "L'État et la gestion publique territoriale", *RFSP*, n° 4, 1996, p. 580 sq.

¹²⁷ Au premier rang de ces livres, le classique de P. GRÉMION, *Le pouvoir périphérique. Bureaucrates et notables dans le système politique français*, Seuil, Paris, 1976. Cf. aussi F. DUPUY et J.-C. THOENIG, *L'administration en miettes*, *op. cit.* ; J. RONDIN, *Le sacre des notables. La France en décentralisation*, Fayard, Paris, 1986 ; S. BIAREZ, *Le pouvoir local*, Economica, Paris, 1989, etc.

d'explication dans une vieille culture politique profondément façonnée par le droit. Le nationalisme propre aux bureaucraties juridiques françaises a tiré forces et légitimation des principes d'unité et d'indivisibilité de la République¹²⁸. Le mythe juridique se fait argument politique. Ou, allez savoir, le mythe politique s'est fait argument juridique.

Cette problématique, on la verrait se poursuivre dans la revalorisation du "local" d'ores et déjà réalisée par la politique de décentralisation : en prêtant formes et images à l'opération le droit lui a fait changer de dimension, il l'a parée des vertus propres aux états ou phénomènes naturels. Effet de naturalisation attaché à tout geste de codification juridique dirait P. BOURDIEU¹²⁹. Ce qui est juridiquement formalisé s'en trouve métamorphosé : de construction sociale contingente le "local" en devient naturel, le voilà expression de la nécessité. Le droit est ainsi fait : en touchant au discours juridique dans lequel il se montre, l'État ne se borne pas à ouvrir le champ des représentations mentales, il provoque, peut-être même au-delà de sa propre volonté, l'avènement d'échanges renouvelés entre les appareils publics bien sûr, mais aussi entre ceux-ci et les acteurs sociaux.

On devine quelles raisons peuvent inviter à prolonger la réflexion du côté de la ville. Certes l'objet n'est pas principalement juridique¹³⁰, mais sa connaissance ne requiert pas moins un questionnement juridique. L'organisation urbaine, celles des sociétés occidentales en tout cas, renvoie ainsi à un incessant travail du droit, il y a dans la forme de la ville des volontés politiques juridiquement consacrées et formalisées. Et puis l'urbain offre du décalage entre les territoires pertinents que l'on recherche et les territoires juridiques qui existent au travers des institutions un exemple des plus saisissants. La relance actuelle de la question urbaine¹³¹ met plus que jamais en accusation une structuration juridique du territoire qui ignore presque tout de la ville pour ne connaître et ne valoriser que des communes. Pour avoir jusqu'à ces dernières années pratiquement fait l'impasse sur le problème de la ville, le système juridique français doit aujourd'hui rendre des comptes sur un terrain qui n'a plus rien de spécifiquement juridique : à force de dissoudre l'urbain dans le communal, le droit n'a-t-il pas compromis une gestion rentable des territoires fixés, enfermés dans un mode d'organisation désuet et contre-productif ?

¹²⁸ Cf. la lecture anthropologique que donne de ces principes N. ROULAND avec "La tradition juridique française et la diversité culturelle", *Droit et Société*, n° 27, 1994, p. 381-419.

¹²⁹ Cf. P. BOURDIEU, "La force du droit..", *op. cit.*

¹³⁰ Ce que montre fort bien un ouvrage de synthèse comme celui de M. RONCAYOLO, *La ville et ses territoires*, Gallimard, Paris, 1990.

¹³¹ M. CASTELLS fit paraître sous ce titre en 1973 aux éditions François Maspéro un ouvrage qui, en son temps, marqua fortement les études du phénomène urbain.

Qui veut traiter, aujourd'hui, de la ville comme objet politique ou comme objet de politiques¹³², ne se retrouve-t-il pas projeté dans l'espace juridique, confronté aux problèmes politiques que posent et la tradition d'inconsistance juridique de la ville et la tendance actuelle à une consécration du fait urbain jusque dans le droit ?

L'inconsistance juridique de la ville est en France le produit fatal d'un double déficit : au déficit urbain du droit s'ajoute le déficit juridique de la ville. Pour ce qui est de son premier aspect le phénomène est largement dépendant du droit révolutionnaire. La ville ne s'en est pas seulement trouvée banalisée, commune parmi d'autres communes, mais neutralisée : son sort suit celui que l'ordre juridique réserve à la périphérie toute entière. Le "local" n'est qu'un objet mineur. Il n'a d'existence que dans et par les volontés du Centre, espace résiduel auquel consent ce dernier.

Catégorie juridique inexistante ou embryonnaire¹³³, la ville fait de plus en plus parler d'elle comme machine obéissant à des règles de fonctionnement d'une juridicité trop souvent douteuse. L'idée de "fuite de la ville devant le droit"¹³⁴ n'en finit plus d'être illustrée et sa diffusion n'est pas, loin s'en faut, l'oeuvre exclusive des grands média : les corps de contrôle ont pris le relais comme en témoignent les rapports du Conseil d'État¹³⁵ et des Chambres régionales des Comptes¹³⁶.

Désignée comme nouveau territoire du risque où la vieille question sociale fait son retour, la ville ne pouvait pas ne pas revendiquer une traduction institutionnelle que le droit ne lui accorde que chichement. Mais si les éléments d'un nouveau droit sont en cours de construction¹³⁷, le statut de la ville ne reste pas moins aléatoire. Quelle densité juridique reconnaître à l'affichage tout

¹³² Problématique même du dossier présenté par la livraison n°1, 1995 de la *RFSP* qui rassemble des contributions de D. DAMAMME, B. JOBERT, J.-P. GAUDIN et P. LE GALES.

¹³³ Ainsi que l'énonçait il n'y a pas si longtemps J. MOREAU, "Le droit administratif français ignore la ville", ("Les structures supra et infra-citadines", *Pouvoirs locaux*, n° 1, 1989, p. 78 sq.).

¹³⁴ La formule appartient à J.-B. AUBY, dans *Corps écrit*, n° 29, p. 49 sq.

¹³⁵ Cf., outre le rapport public publié en 1992 (La Documentation française) sous le titre *L'urbanisme : pour un droit plus efficace*, le Rapport public 1993 sur "Décentralisation et ordre juridique", *EDCE*, n° 45, 1994.

¹³⁶ Pour une étude de cette pathologie à partir de l'exemple des Sociétés d'économie mixte locales, cf. J. CAILLOSSE, P. LE GALES et P. LONCLE-MORICEAU, "Les SEM locales, outils de quelle action publique ?", dans *Le gouvernement des villes*, Descartes et Cie, Paris, 1997, p. 23 sq.

¹³⁷ On peut les repérer sinon dans l'émergence du moins dans le renouvellement d'un droit de la ville soucieux de régir aussi bien la totalité urbaine, l'agglomération, que chacune de ses parties constitutives : le quartier, voire le grand ensemble. Indéniablement, le droit est en train de faire accéder à la juridicité des éléments qu'il se refusait à reconnaître jusqu'alors. Mais il y a surtout, à la faveur de la politique de la ville, l'affirmation inattendue d'un droit de l'urbanisme mis en cause pour sa contribution active au développement de villes inhumaines. Cf. sur ce thème les actes du colloque de Toulouse sur "Un droit à la ville ?", *Droit et Ville*, n° 34, 1992.

idéologique d'un droit à la ville ? Si se battre pour une ville plus juste a un sens, on voit mal ce que peut recouvrir le droit au bénéfice d'une ville sans ségrégation ! Qu'en est-il aujourd'hui de la consécration juridique du pouvoir d'agglomération ? La progression de l'intercommunalité est une chose, l'expérience de formes juridiques capables de servir des projets d'agglomération en est une autre. Au total la ville reste bel et bien tributaire de son histoire juridique. La réactivation urbaine provoquée par la décentralisation et la construction européenne n'empêche pas la ville de demeurer un espace que l'État s'emploie à investir, un cadre offert, à la territorialisation des politiques publiques du Centre. A l'appui de cette thèse, les arguments ne manquent pas. On pourrait analyser en ce sens la politique foncière, la politique de l'habitat et jusqu'aux contrats de ville¹³⁸.

Ce n'est évidemment pas dans le juridique que l'ensemble des problèmes qui font aujourd'hui ce qu'on appelle parfois la crise urbaine trouveront leur solution. Il reste que cette dernière fait du droit une question politique à l'ordre du jour. N'y a-t-il pas dans la revendication d'une ville plus juste, une manière pour le citoyen d'interpeller le juriste ?

C'est sur le littoral que s'achèvera notre parcours didactique¹³⁹. Sur ce territoire spécialement fragile et convoité, politique et droit n'en finissent plus de se télescoper et de s'imbriquer. L'étude de l'action publique sur le littoral qui estimerait judicieux de taire la juridicité de son objet passerait, de ce fait même, à côté d'une réalité que les acteurs sociaux ne peuvent construire qu'avec le droit. Cette dernière remarque ne signifie nullement que les stratégies d'aménagement et les choix d'équipement développent mécaniquement un programme juridique déjà là et prêt à l'emploi. L'abondance du contentieux dit la nécessité récurrente d'un retour à une règle dont le Juge est, au bout du compte, l'interprète-producteur¹⁴⁰. La juridicité se lit ailleurs, dans l'énorme énergie que doivent dépenser les acteurs publics et privés sur le terrain juridique pour faire aboutir leurs projets.

¹³⁸ Thème dont J.-P. GAUDIN s'est fait une indiscutable spécialité. Cf. notamment sa contribution à l'ouvrage, précité, coordonné par F. GODARD, *Le gouvernement des villes*, p. 97 sq.

¹³⁹ Il aurait pu tout aussi bien prendre fin en montagne. Entre le droit applicable à la montagne et celui concernant le littoral l'analogie s'impose. Quant aux usages sociaux de la règle dans ces territoires, ils relèvent fondamentalement d'une même problématique. Cf. en ce sens P. LASCOUMES, "Aménagement et protection de l'environnement. Le difficile ajustement local", *Pouvoirs locaux*, n° 29, 1996, p. 18 sq.

¹⁴⁰ L'accès au corpus jurisprudentiel se trouve facilité par l'irremplaçable *Jurisprudence administrative illustrée* que consacre la Direction de l'architecture et de l'urbanisme du ministère de l'Équipement, du logement et des transports, à la loi littoral du 3 janvier 1986. Pour une appréciation critique et classique du rôle du juge en la matière, cf. A. LANZA, "Faut-il réformer la loi littoral ?", *Les cahiers du CNFPT*, n° 41, 1996, p. 105 sq.

La forte juridicisation des rapports sociaux peut sans doute être mise au compte d'un mouvement associatif qui a su faire du droit, quand bien même ce Droit-là serait largement fantasmé, le langage privilégié de son combat en faveur de la protection des espaces littoraux et contre tout ce qui est réputé les dénaturer¹⁴¹. Pour cette raison, peut-être plus qu'ailleurs, sur ce littoral déjà juridiquement saturé, le droit a fini par totalement pénétrer le débat relatif à l'acceptabilité sociale d'à peu près n'importe quel projet d'équipement ou d'aménagement. Toute réalisation éventuelle de travaux provoque, nul ne l'ignore, l'affrontement symbolique entre deux conceptions, deux représentations d'un littoral idéal. Là se retrouvent, dans un face à face toujours recommencé, avocats autoproclamés d'une modernité soucieux de satisfaire les exigences du marché, notamment du marché touristique, et défenseurs non moins supposés d'un Environnement sauvegardé, mobilisés contre tout ce qui vient perturber l'écologie littorale. En pareille situation, c'est sûr, aucune décision ne fera l'unanimité. Son recodage dans les termes de l'affrontement entre défenseurs et bétonneurs des côtes est automatique. Lorsque ce jeu de rôles aura épuisé ses effets, les protagonistes chercheront à en découdre autrement. C'est alors que le droit leur apparaîtra comme ce terrain neutre où il est encore possible de régler des comptes et de gagner. Il s'agira de montrer que l'on a raison non plus dans les faits mais dans les mots. Car le droit provoque ce changement de registre : la prétention acceptable est celle qui trouve sa justification dans l'ordre juridique des choses. Mais il ne s'agit pas à proprement parler de se rendre à la raison du droit. Celle-ci, justement, est à construire. Une fois déplacé sur la scène juridique, l'affrontement se poursuit donc entre deux rhétoriques, chacune s'ingéniant à prouver qu'elle seule trouve dans le droit toute sa raison d'être. Que le juridique ne soit pas vraiment cette zone d'échanges neutre que se plaisent à imaginer les acteurs, qu'il ne soit pas à proprement parler extérieur au champ du conflit, cela est en l'occurrence sans importance. On voit à travers cet exemple-type¹⁴² comment la communication juridique opère et fait entrer les formes du droit dans la réalité littorale.

*

¹⁴¹ Sur cette approbation associative du droit perçu comme discours nécessairement favorable à la Nature, cf. G. GUYOMARD, *Associations de protection de l'environnement et systèmes politico-administratifs locaux. Étude dans quatre arrondissements bretons*, thèse de science politique (sous la direction d'Y. MÉNY), Rennes, CRAP, 1981, multig., 517 p. ; ID., "Les associations, l'environnement et le système politico-administratif local", dans Y. MÉNY (éd.), *Centres et périphéries : le partage du pouvoir*, Economica, Paris, 1982, p. 203 sq. Cf. aussi J. CAILLOSSE, "Droit, nature et littoral : ébauche d'une problématique", *les Petites affiches*, 2 janvier 1995, p. 4 sq.

¹⁴² L'exemple du port de Trébeurden m'a fourni l'occasion d'une étude en situation. Cf. pour un bref compte-rendu, J. CAILLOSSE, "Heurs et malheurs juridiques d'un port de plaisance : Trébeurden", *Pouvoirs locaux*, n° 15, 1992 p. 116 sq.

Par sa méthode même le petit essai de lecture politique du droit qui trouve ici son terme suppose que juristes et sociologues puissent et veuillent faire système pour élaborer de conserve l'analyse critique de ces manifestations de pouvoir et du pouvoir que sont les politiques publiques. Supposition double en vérité : elle fait des juristes les producteurs éventuels d'un savoir critique directement utile à la sociologie et tient les enseignements de cette dernière pour un matériau juridiquement exploitable. Il n'y a pas que la réalité des rapports actuels entre les deux communautés qui invite à s'interroger sérieusement sur les chances de succès d'un pareil scénario. Il faudrait encore que juristes et sociologues s'arrachent aux dogmatismes respectifs qu'ils incarnent, celui de la Norme pour les uns, celui de l'Acteur pour les autres. D'autant que leur travail est toujours susceptible d'être investi de l'intérieur par des institutions qui sauront en faire leur profit. On sait la proximité du droit avec le pouvoir¹⁴³. Cela ne suffit pas à tenir la sociologie pour quitte, car elle n'est pas nécessairement cette discipline critique à laquelle elle est parfois un peu vite assimilée. D'aucuns n'hésitent pas à y voir la vraie science du pouvoir, les spécialistes des sciences humaines et sociales prenant maintenant la place des légistes dans la gestion des croyances¹⁴⁴. Telles sont les limites de la thèse qui vient d'être soutenue. La théorie des politiques publiques ne tirera profit des apports croisés du droit et de la sociologie que dans une configuration rare : si le juriste accepte d'apprendre du sociologue les limites d'une rhétorique qui fait ostensiblement l'impasse sur la question du fait, et si ce dernier cesse d'ignorer les choses essentielles que font voir les catégories juridiques. Car il faut bien se faire à ce paradoxe : ce n'est pas parce que le Juriste tend à se détourner des faits que le savoir juridique ne travaille pas à les rendre visibles, y compris, parfois, lorsqu'ils n'ont d'autre existence... que juridique !

¹⁴³ Cf. l'étude précitée de D. LOCHAK, "Le droit discours de pouvoir" mais l'affaire, on le sait, est ancienne ! Cf. E. KANTOROWICZ, *Les deux corps du Roi*, Gallimard, Paris, 1989. Pour un commentaire actualisé de cette oeuvre, voir l'entretien de la revue *Politix* avec P. LEGENDRE, n° 32, 1995, précité.

¹⁴⁴ Il y a là un thème récurrent dans la pensée de P. LEGENDRE. Cf. surtout l'ultime chapitre de *L'Amour du censeur*, op. cit., où l'auteur se demande "Qui tient aujourd'hui la place du canoniste ?". Reprise récente de ce thème dans l'entretien, cité supra, avec la revue *Politix* ou encore dans ses réflexions sur "Ce que nous appelons le droit", précitées, le *Débat*, n° 74, 1993. On y trouve, p. 119, cette affirmation expéditive sur le pouvoir despotique des sciences sociales : "Je ne m'attarderai pas sur les sciences sociales qui, dans les sociétés occidentales, sont devenues un carcan de la pensée et, de par leurs liens avec les machineries politiques et gestionnaires, ces grands consommateurs de rapports d'évaluation, de conseils d'experts, etc..., exercent en fait une fonction de magistère et de propagande."

Chapitre 2

Le droit comme indice. Existe-t-il des politiques d'environnement ? *

Aborder le droit afin d'y repérer les témoignages de l'existence d'une politique publique constitue pour le juriste un exercice presque insolite. En effet, le regard qu'il porte sur la technique juridique se situe plus spontanément sous un angle de prospective a priori ou d'expertise a posteriori. Certes, il a l'habitude d'affronter les illusions et désillusions qui accompagnent nécessairement toute entreprise juridique. Il sait toutes les ambiguïtés qu'abrite l'action normative : édicition formalisée de ce qui doit être, de ce qui est déjà, de ce qui n'aura d'autre figure réelle que cet énoncé. Il est donc amené à exclure toute déduction hâtive consistant à déduire de la seule présence d'un dispositif juridique émanant de la puissance publique, la réalisation d'un projet d'action publique. Cette prudence sceptique peut le conduire alors à examiner le rapport de détermination réciproque qui unit l'instrument qu'est le droit et le projet incarné par la politique publique.

On se propose de mener ici, en prenant pour exemple le droit de l'environnement, une réflexion inductive à partir de la technique juridique appréhendée du point de vue de sa capacité à révéler mais aussi à caractériser un programme d'action propre à une ou plusieurs autorités publiques ou gouvernementales. L'analyse de la tactique normative, et de son fonctionnement dans le système juridique où elle s'insère, n'est pas couramment dominée par cette quête d'une symptomatologie significative de l'existence d'une politique. Tout au plus, cette préoccupation intervient-elle de façon incidente à différentes étapes de l'étude d'un dispositif juridique. On la retrouve, en effet, lorsqu'il s'agit de cerner la genèse d'un processus de production normative, puis au terme de la réflexion lorsque surgit la question de l'effectivité, voire de l'efficacité de celui-ci. En tout état de cause, cette interrogation fonctionne comme un jeu de miroir mettant en perspective l'entreprise normative. Notre démarche se fonde sur l'image reflétée par le droit et y cherche les traces de la réalité qu'il met en forme. Il s'agit ainsi de considérer le droit comme un des repères d'une action

* Les pages qui suivent sont de Aude ROUYÈRE, professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV.