

Le terme État providence, utilisé pour la première fois sous le second Empire, a eu dès l'origine une connotation négative. Celle-ci a perduré. L'État providence est souvent perçu comme une entité tentaculaire, un nouveau Léviathan s'occupant (mal) des problèmes des hommes et les désresponsabilisant. Mais le terme est aussi employé de manière plus neutre pour désigner, soit de manière étroite, le passage vers une gestion assurantielle des problèmes sociaux<sup>1</sup>, soit de manière beaucoup plus large pour caractériser la délivrance par les pouvoirs publics de prestations sociales ou autres<sup>2</sup>. C'est dans ce sens que nous utiliserons, en le distinguant plus nettement que d'autres de l'État interventionniste, qui recourt à d'autres techniques d'action. La distinction est évidemment essentiellement heuristique, car dans la réalité la fourniture de prestations ne se conçoit plus guère aujourd'hui qu'insérée dans une politique publique finalisée.

Le droit de l'État providence n'opère pas une rupture radicale avec le droit de l'État libéral. Cela se vérifie aussi bien au niveau de la conception de l'État que des structures juridiques dans lesquelles sont insérées les activités de prestation. En France l'État, qu'il soit monarchique ou républicain, ne s'est pas contenté d'assurer des tâches de police visant à défendre la propriété et la liberté. La monarchie a entrepris, notamment sous l'influence de Colbert, de vastes travaux visant à réaliser des infrastructures de qualité. L'instruction a été considérée comme une tâche essentielle et constitutive de la citoyenneté dans la République. La fourniture de secours aux indigents n'était pas non plus étrangère à la Révolution. L'article 21 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen prévoit ainsi que «les secours publics sont une dette sacrée» et que «la société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler.»

Les premiers linéaments de l'État-providence apparaissent dès la formation de l'État libéral. L'État providence constitue un simple approfondissement, «une extension de l'État protecteur classique»<sup>3</sup>. De nombreux services publics

<sup>1</sup> EWALD F. (1986), *L'État providence*.

<sup>2</sup> ASCHFORD D.E. (1986), «Une approche historique de l'État providence», *Revue française d'administration publique* 39, 112ss; ROSANVALLON P. (1981), *La crise de l'État-providence*, 141.

<sup>3</sup> ROSANVALLON P. (1981), *ibid.*, 20.

se sont créés au cours du XIXe siècle. C'est pourtant avec le développement des assurances-sociales que l'État providence s'épanouit pleinement. L'Allemagne a pris une avance considérable, puisque c'est en 1881 et 1883 déjà qu'à l'initiative de Bismarck ont été adoptées les premières lois créant une assurance-accident et une assurance-maladie. Le développement de la sécurité sociale comme système complet d'assurances sociales est beaucoup plus récent. On le fait remonter au rapport Beveridge de 1942 et aux grandes réformes qui, dans la plupart des pays, ont été menées après la deuxième guerre mondiale.

La croissance de l'État providence qui paraissait à peu près infinie jusqu'à un temps récent, doit énormément au dynamisme social enclenché par le libéralisme. C'est grâce aux gains de productivité provenant de l'activité libérée des entraves corporatistes que l'État a été capable de développer la solidarité et de corriger les inégalités de fait engendrées par le marché. C'est aussi parce que l'État libéral a supprimé les formes ordinaires de solidarité et qu'il a simplifié le social en laissant l'individu seul face à l'État<sup>4</sup> que l'État providence s'est révélé indispensable. La simplification des rapports sociaux qu'opérait le libéralisme engendrait de manière presque mécanique la croissance de l'État providence<sup>5</sup>.

Sur le plan de la structure du droit, l'octroi de prestations s'est dans l'ensemble facilement glissé dans l'habit du droit moderne fait de règles générales, légitimées en dernière instance par des procédures démocratiques. Des règles parfaitement précises ont été adoptées pour déterminer l'ampleur des droits aux prestations et le montant des prélèvements sociaux destinés à assurer leur financement. Il y a certes eu des changements dans la structure et la conception même du droit. Mais il n'y a pas une rupture aussi franche que celle à laquelle on assistera avec l'apparition des programmes finalisés<sup>6</sup>. L'affirmation peut paraître contestable en France. L'idée du service public semble trancher radicalement avec celle de la puissance publique. Elle représente une nouvelle conception de l'État et du droit<sup>7</sup>. Il faut pourtant relativiser l'importance du changement. Il s'agit d'une part d'une particularité française, due au fait que le fondement de la souveraineté et de la puissance publique y était précaire, parce que situé dans ce lieu vide que constitue la Nation<sup>8</sup>. Il s'agit par ailleurs d'un changement plus apparent que réel, dans la mesure où le critère de la puissance publique n'a cessé de renaitre de ses cendres.

4 *Ibid.*, 44, 45.

5 *Ibid.*, 41ss.

6 Cf. *infra*, p. 74 ss.

7 CHEVALLIER J. (1991), *Le service public*, 2<sup>e</sup> éd., 18ss.

8 ROSANVALLON P. (1990), *L'État en France de 1789 à nos jours*, 85.

Avant de traiter des particularités du droit régissant la fourniture de prestations (I), il faut évoquer au moins brièvement le concept de l'État social qui constitue la face juridique de l'État providence (II).

### I. De l'État providence à l'État social

L'État providence est un concept servant à décrire de manière ramassée les fonctions redistributives des pouvoirs publics. L'État social est de son côté un concept juridique qui forme le pendant de l'État de droit. Sa fonction est double. Ce concept exprime de manière synthétique l'ensemble des normes et institutions sociales reconnues dans un pays déterminé. Il est aussi un principe directeur de nature constitutionnelle sur lequel les tribunaux peuvent se fonder pour trouver des solutions aux questions qui leur sont posées<sup>9</sup>.

L'État social comme synthèse des normes constitutionnelles de caractère social recouvre une série de principes que l'on peut caractériser dans l'ordre dans lequel ils sont apparus au cours de l'évolution des systèmes constitutionnels à la suite de combats politiques qui ont progressivement rééquilibré l'aspect unidirectionnel de l'État de droit.

Le premier principe est que des motifs de politique sociale peuvent justifier des restrictions aux libertés individuelles, tout particulièrement à la liberté du commerce et de l'industrie et à la garantie de la propriété<sup>10</sup>. Dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, cela s'est traduit par la création, à côté de l'ordre public, d'une catégorie spécifique d'intérêts publics justifiant, si d'autres conditions sont remplies, des restrictions aux libertés individuelles<sup>11</sup>. Le premier principe maintient une dissymétrie forte entre l'État social et l'État de droit. Les mesures de politique sociale doivent chaque fois se justifier par rapport aux libertés individuelles. Les mesures visant à accroître la liberté des individus et les mesures de police n'ont-elles pas été appréciées à l'aune d'objectifs sociaux. Les libertés classiques restent au centre du système autour duquel les mesures de politiques sociales sont condamnées à tourner.

Un deuxième type de normes est formé des mandats donnés au législateur d'établir une réglementation sociale. On trouve de tels mandats dans la plupart des constitutions. Ils sont parfois qualifiés de droits sociaux, même s'ils n'empêchent pas la création de droits subjectifs. C'est par exemple le cas du droit au travail en France<sup>12</sup>. La dissymétrie n'est pas foncièrement corrigée.

9 Voir SOMMERMANN K.-P. (1997), *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*.

10 Voir pour la France DESWARTE M.-P. (1995), «Droits sociaux et État de droit», *RDP* 111, 970.

11 Voir par exemple MOOR P. (1994), *Droit administratif*, vol. 1, 2<sup>e</sup> éd., 394ss.

12 Voir DESWARTE M.-P. (1995), *op. cit.*, (note 10), 973, 974.

pour info  
à savoir  
d'origine

Le troisième type de normes est constitué par des droits fondamentaux, comme le droit de coalition, le droit de grève, qui sont construits à l'instar des libertés individuelles, comme des facultés impliquant une abstention de l'État. Ce sont des droits sociaux par fonction qui ouvrent plus largement le jeu constitutionnel, dans la mesure où des préoccupations sociales de défense des travailleurs sont placées, à l'instar des libertés individuelles, au centre du dispositif constitutionnel. Les mesures étatiques restrictives doivent se justifier non seulement par rapport aux valeurs individualistes, mais aussi par rapport à des valeurs sociales. Le caractère subjectif du droit revêt une importance particulière, lorsque le recours constitutionnel est conditionné par l'invocation de la violation d'un droit constitutionnel.

Tous les droits que l'on qualifie généralement de sociaux peuvent être construits sur ce modèle des droits défensifs impliquant une abstention de l'État. Ainsi le droit au travail peut être conçu de manière négative comme impliquant pour le législateur l'obligation de ne pas prendre de mesures y portant atteinte. Le droit à des conditions minimales d'existence peut être envisagé comme n'impliquant pas le droit subjectif à exiger de l'État l'octroi de prestations, mais seulement l'interdiction de supprimer ou de retirer des prestations d'assistance précédemment octroyées<sup>13</sup>. Les droits construits de la sorte ne posent pas plus de problèmes de justiciabilité que les libertés individuelles classiques.

La dernière catégorie de normes qui, elle, a posé des problèmes juridiques et politiques dans les systèmes libéraux, est formée des droits-créances, qui garantissent un droit subjectif et constitutionnel à l'octroi de prestations. Ce sont des droits sociaux par fonction et par structure. Ils seront analysés plus loin<sup>14</sup>, parce qu'ils sont conçus d'une autre manière que les libertés classiques.

Le principe directeur de l'État social est lui aussi consacré soit expressément dans des textes<sup>15</sup>, soit par la jurisprudence. Il vise à combler les vides de la protection sociale, lorsqu'il n'est pas possible de se référer à un principe constitutionnel spécifique. Vu son caractère subsidiaire et son haut degré d'abstraction, son champ de protection est forcément très réduit. Contrairement aux droits sociaux fondamentaux, le macro-principe de l'État social ne crée pas de droits subjectifs en faveur des particuliers<sup>16</sup>. Il s'impose à tous les organes de l'État, au parlement bien sûr, mais aussi au gouvernement, à l'administration et au juge. Il peut dès lors être pris en considération non seulement dans le cadre des pesées d'intérêts abstraites auxquelles le législateur

<sup>13</sup> Voir en Suisse l'arrêt B du 24 mai 1996, *Arrêts du Tribunal fédéral* (ci après ATF) 122 II, 193ss.

<sup>14</sup> Cf. *infra*, p. 64 ss.

<sup>15</sup> Art. 20 al. 1 et 28 al. 1 GG.

<sup>16</sup> SOMMERMANN K.-P. (1997), *op. cit.*, (note 9), 482.

doit procéder, mais aussi à l'occasion de pesées d'intérêts concrètes<sup>17</sup>. C'est à l'occasion de ces pesées d'intérêts que s'opère la conciliation entre le principe directeur de l'État social et d'autres macro-principes, comme celui de l'État de droit ou l'État démocratique. Ensemble, ces trois grands principes, qui constituent les piliers de l'ordre constitutionnel, sont synthétisés tout particulièrement en Allemagne dans le concept global de l'État de droit social.

## II. Les grands traits du droit régissant la fourniture de prestation

Il n'y a pas un régime juridique global, propre à l'administration de prestation. La théorie du service public aurait pu établir ce régime. Il n'en a pourtant rien été. D'une part parce qu'elle s'est épuisée dans la recherche des critères permettant de délimiter les actions ressortissant à la juridiction administrative ou à la juridiction ordinaire. D'autre part parce que, en raison de sa fonction, la notion de service public s'est étendue à tout le champ de l'action étatique. «Tout ce qui a rapport, soit à l'intérêt général, soit à l'administration, a eu tendance à devenir service public»<sup>18</sup>. Le régime de l'administration de prestation présente pourtant quelques particularités. \*

Au plan constitutionnel, deux différences existent. La première est que l'administration de prestation n'entre pas en collision frontale avec les libertés individuelles. Dès lors, certaines exigences relatives à la base légale ou la proportionnalité ne s'appliquent pas avec la même rigueur. La différence de régime s'est accentuée avec l'avènement du droit de la CEDH, qui est centré sur la protection des libertés classiques. La deuxième différence est que les droits-créances consacrés au niveau constitutionnel n'ont pas la même structure que les libertés individuelles.

Au niveau légal, la consécration de droits subjectifs à l'octroi de prestations ne pose pas de problèmes particuliers. Les différences les plus marquées sont liées à la nature des relations qui s'établissent entre certains services publics, fournisseurs de prestation, les services publics industriels et commerciaux, et les usagers. Ces relations, soumises au droit privé, ne sont pas autoritaires mais égalitaires. Elles sont du ressort du juge ordinaire. Le développement des idées relatives à la nouvelle gestion publique, préconisant que les prestations soient fournies de manière souple à des clients et non plus à des usagers d'un service public, pourrait, s'il devait se poursuivre, modifier radicalement le régime juridique de l'administration de prestation. Il se pourrait qu'au terme de l'évolution, on dispose d'une distinction plus tranchée entre le

<sup>17</sup> *Ibid.*, 483.

<sup>18</sup> VEDEL G. (1973), *Droit administratif*, Seme éd., 811.

\* En cas de tension de service public, nous visons à trouver la solution qui est la plus favorable à l'usager, mais nous ne pouvons pas nous en tenir à la seule notion de service public. Nous devons aussi prendre en compte les intérêts de l'administration et de l'État. C'est pourquoi nous devons chercher à trouver une solution qui est la plus favorable à l'usager, mais nous ne pouvons pas nous en tenir à la seule notion de service public.

droit autoritaire de l'administration restrictive et le droit souple de l'administration de prestation soumis pour une large part au droit privé.

Si le passage à l'administration de prestation a pu se faire en empruntant le modèle du droit moderne de la règle générale et abstraite, il a été marqué par certains changements dans la conception et la structure du droit. Certains traits particuliers sont propres au droit de l'administration de prestation, d'autres se retrouvent souvent amplifiés dans le droit des programmes finalisés, que nous analyserons plus loin<sup>19</sup>. On comprend dès lors que, malgré sa valeur heuristique, la distinction entre l'administration de prestation et administration de promotion ne soit pas toujours faite par les auteurs.

#### A. Un droit public plus étendu, mais moins contraignant

L'avènement des services publics et des activités ressortissant à l'administration de prestation a fait sauter les barrières que le droit de l'État libéral avait mis en place pour contenir l'action étatique. Ces barrières se sont révélées extrêmement fragiles. Politiquement, parce que le développement de la démocratie et la suppression des entraves à son exercice ont généré au sein des systèmes politiques des demandes croissantes visant à l'octroi de prestations. Juridiquement, parce que les libertés individuelles, censées contenir l'action étatique, n'étaient concernées que très indirectement par une activité visant à fournir des prestations.

Dans la plupart des pays, la liberté du commerce et de l'industrie n'a pas réussi à contenir le développement des services publics. En France, elle a été vidée d'une grande partie de sa substance<sup>20</sup>. Aux États-Unis, elle a constitué un barrage provisoire, qui s'est effondré en 1937 durant la période du *New Deal*<sup>21</sup>; un obstacle assez vite franchi en Suisse, dans la mesure où le Tribunal fédéral a étendu les motifs d'intérêt public, justifiant une restriction à cette liberté.

Si l'action de l'État s'est considérablement étendue du fait du développement de l'administration de prestation et des services publics, elle s'est faite plus douce, moins contraignante. L'action bienfaisante de l'État ne pouvait pas se faire à coup de décisions autoritaires ressortissant à l'exercice de la puissance publique. Elle génère une autre conception du droit que celle qui régnait au XIX<sup>e</sup> siècle. Les métaphores de l'épée, du feu qui brûle, n'étaient plus de mise. En France, la théorie du service public a été bâtie sur ce retournement de la conception du droit et de l'État. Celui-ci n'est plus considéré comme

exerçant par le droit une puissance inconditionnée et irrésistible, mais, comme une instance subordonnée assujettie au droit et mise au service des citoyens<sup>22</sup>. La théorie du service public repose sur «la démythification de la puissance de l'État»<sup>23</sup> et du caractère autoritaire du droit.

Cette démythification de la puissance publique change radicalement la relation que l'État entretient avec les bénéficiaires de son action. Ceux-ci sont considérés comme les usagers du service public, la tendance étant de les considérer de plus en plus comme des clients. Ce changement de perspective a de nombreuses conséquences. L'idée que l'État commande, mais ne négocie pas (*Der Staat paktiert nicht*) disparaît. Toutes sortes de techniques de collaboration plus ou moins égalitaires entre l'État fournisseur de prestation et les particuliers se développent. L'invention du contrat de droit administratif leur permet de négocier les conditions de l'octroi d'une concession de service public. Les relations entre les concessionnaires et les usagers sont établies sur la base de contrats de droit privé. Les sociétés d'économie mixte permettent à l'État de fournir des prestations en renonçant très largement à l'exercice de ses pouvoirs exorbitants.

La différence s'est aussi manifestée au niveau des exigences de base légale applicable à l'administration de prestation. Si celles-ci sont restées strictes en ce qui concerne les prélèvements obligatoires servant à la distribution de prestations, elles ont été fortement allégées lorsque l'État se borne à fournir des services sans contrepartie financière ou à distribuer des subventions<sup>24</sup>.

L'administration de prestation n'est pourtant pas aussi douce qu'il n'y paraît au premier abord. Fréquemment, les prestations récompensent des comportements conformes aux objectifs d'une politique publique. En liant leur octroi à l'observation de certaines règles, «le pouvoir obtient l'obéissance sans avoir à employer la force»<sup>25</sup>. À l'instar de la puissance paternelle, l'administration de prestation allie bienfait et direction des conduites. Un vaste courant de pensée s'est développé pour dénoncer le caractère oppressif de l'État providence, la «cage de fer de la servitude bureaucratique»<sup>26</sup>.

Un mouvement inverse s'est fait jour pour dénoncer les atteintes à la liberté que le refus de prestations étatiques peut engendrer. Cette réflexion sur l'importance des prestations pour la garantie de la dignité humaine et pour la jouissance de la liberté personnelle est au coeur de la jurisprudence portant en Suisse et en Allemagne sur les conditions d'introduction d'un *numerus clausus*

<sup>19</sup> Cf. *infra*, p. 91 ss.

<sup>20</sup> CHEVALLIER J. (1991), *Le service public*, 2<sup>e</sup> éd., 54 ss.

<sup>21</sup> *West Coast Hotel Co v. Parrish*, 300 US 379 (1937) 83.

<sup>22</sup> CHEVALLIER J. (1991), *op. cit.*, (note 20), 18.

<sup>23</sup> *Ibid.*, 19.

<sup>24</sup> MOOR P. (1994), *op. cit.*, (note 11), 357ss.

<sup>25</sup> CARBONNIER J. (1994), *Sociologie juridique*, 330.

<sup>26</sup> CHEVALLIER J. (1986), *Science administrative*, 197.

à l'Université<sup>27</sup> et plus particulièrement sur l'extension des exigences de base légale à l'administration de prestation. Le changement de perspective est important. Pour l'individu qui ne peut satisfaire des besoins élémentaires que grâce aux prestations de l'État, ce n'est pas tant l'action autoritaire de celui-ci qui présente des dangers pour la liberté, mais l'absence d'action, la non déviance et surtout le retrait de prestations essentielles fournies dans le passé. C'est donc en creux et en négatif que l'administration de prestation se révèle contraignante. L'une des fonctions des droits-créances est précisément de pallier les attentes à la dignité humaine dues aux carences des prestations.

### B. Un droit mixte privé et public

Le développement des services publics a provoqué une imbrication étroite entre le droit public et le droit privé. Le contrat de droit administratif utilisé par exemple pour concéder l'exercice d'un service public est une «figure hybride» située «à mi-chemin entre la décision et le contrat de droit privé»<sup>28</sup>. Les services publics commerciaux et industriels, lorsqu'ils font l'objet d'une concession, sont construits autour de deux relations mêlant allégrement droit public et droit privé. La première lie le concédant et le concessionnaire sur la base de ce droit hybride. La deuxième unit le concessionnaire d'une part et le personnel et les usagers de l'autre sur la base du droit privé. Il y a combinaison et mixage des deux droits, «un alliage complexe de droit public et de droit privé dont la composition varie, mais qui exclut dans tous les cas une réduction pure et simple au droit commun»<sup>29</sup>.

La nouvelle gestion publique<sup>30</sup>, avec ses contrats en cascade, consiste à insuffler l'esprit du droit privé à tous les stades de la construction aboutissant à la fourniture de prestations. Dans la relation entre le parlement et le gouvernement qui précède la mission de prestations et fixe l'enveloppe budgétaire qui est allouée à sa réalisation. Dans la relation que le gouvernement établit avec le prestataire de services. Dans celle enfin qui relie ce dernier et le client du service public. Le droit communautaire de son côté édicte, en vue de la réalisation des quatre libertés, des règles concernant la fourniture de prestations qui ne s'embarrassent pas de la distinction entre droit public et droit privé et qui renforcent, lorsqu'elles pénètrent dans les droits étatiques, le mixage entre ces deux droits.

<sup>27</sup> Voir MOOR P. (1994), *op. cit.*, (note 11), 358.

<sup>28</sup> MOOR P. (1991), *Droit administratif*, vol. II, 238.

<sup>29</sup> CHEVALLIER J. (1991), *op. cit.*, (note 20), 78.

<sup>30</sup> Cf. *infra*, p. 67.

La distinction entre le droit privé et le droit public conserve son importance non pas en elle-même, mais en raison de la différenciation qui existe entre les juridictions ordinaires et les juridictions administratives. La solution des pays de *Common Law* confortant l'ensemble du contentieux à une seule juridiction, quitte à instituer des chambres spécialisées lorsque l'État exerce des prérogatives de puissance publique<sup>31</sup>, est à la réflexion mieux adaptée à des situations où le droit privé et le droit public sont intimement mêlés.

### C. Un droit des inégalités

Le développement de l'administration de prestation a conduit à s'écarter toujours plus du principe d'égalité formelle. Le législateur introduit un nombre croissant de différenciations en vue de favoriser des groupes de personnes susceptibles d'être aidés. Parallèlement, des distinctions sont introduites au niveau des prélèvements obligatoires servant à fournir des prestations. C'est dès lors aux deux bords de la chaîne qu'au nom de la solidarité l'État crée un droit inégalitaire.

Traiter de la même façon des groupes de personnes qui se trouvent dans une situation différente est aujourd'hui considéré comme inacceptable, comme une rupture de l'égalité véritable. Ce n'est qu'à l'intérieur des catégories confondues selon le principe de l'égalité proportionnelle<sup>32</sup> que les personnes doivent être traitées de la même façon. Le principe est bien établi en ce qui concerne l'impôt sur le revenu et la fortune, qui doit être établi selon la faculté contributive. Il force le législateur à former un nombre considérable de catégories. L'établissement de celles-ci nourrit le débat politique dans la marge d'appréciation ménagée par le juge constitutionnel, comme en témoigne par exemple le débat récurrent sur l'assimilation des concubins aux couples mariés.

La sécurité sociale consiste elle aussi à établir une égalité matérielle entre des groupes de personnes courant des risques particuliers (invalidité, chômage, etc.) et dont les besoins diffèrent. L'évolution vers une conception matérielle de l'égalité dans la fourniture des prestations a été favorisée par celle qui s'est produite dans un secteur classique du droit moderne, celui des contrats. Le droit du travail a été le premier à incorporer l'idée que l'égalité ne pouvait être réalisée entre des personnes se trouvant dans des rapports de fait inégaux qu'en différenciant leurs droits et obligations. Il est devenu un droit des inégaux, un droit discriminatoire, un droit des préférences, un droit à géométrie variable<sup>33</sup>, consacrant une égalité inégalitaire<sup>34</sup>. Cette conception s'est progressi-

<sup>31</sup> TIMST G. (1997), *Archipel de la norme*, 68.

<sup>32</sup> EWALD F. (1986), *op. cit.*, (note 1), 496.

<sup>33</sup> *Ibid.*, 463.

<sup>34</sup> SCHOT A. (1994), *Critique du droit du travail*, 136.

vement étendue à de larges secteurs du droit des contrats, le droit du bail, le droit de la protection des consommateurs. Dans ce contexte, l'idée d'introduire des différenciations dans le droit régissant l'administration de prestations n'a pas eu de peine à se développer. Le droit de la sécurité sociale, cherchant à coller toujours plus exactement à la réalité sociale, a opéré des distinctions innumérables et toujours plus fines entre des catégories de personnes méritant d'être protégées. L'avènement des programmes finalisés de protection sociale conduira à faire un pas de plus vers le traitement individuel de chaque situation<sup>35</sup>.

Le passage à une égalité matérielle tenant compte des différences de fait existant entre diverses catégories de personnes aboutit à un changement de la conception de la règle de droit qui, dans l'idéal du droit moderne, devrait s'appliquer à tous indifféremment. C'est une règle qui comporte à la fois des différenciations entre les catégories (égalité matérielle) et une indifférenciation à l'intérieur de celles-ci (égalité formelle). C'est une règle intermédiaire entre celle uniforme de juste conduite et la règle de Lesbos qui épouse les formes de la pierre<sup>36</sup>.

#### D. Un droit comportant des droits subjectifs à l'octroi de prestations

La constitution de droits-créances au niveau constitutionnel est l'un des traits marquants de l'État providence. C'est aussi la transformation qui s'est heurtée aux résistances les plus grandes. Au niveau législatif, la création de droits subjectifs à l'octroi de prestations n'a pas donné lieu à des controverses majeures. Au niveau constitutionnel, elle a suscité d'innombrables objections dont il faut rendre compte.

La première consiste à dire que les droits sociaux, contrairement aux libertés qui impliquent une abstention de l'État, n'ont pas un degré de précision suffisante pour être justiciables. Elle est recevable en ce qui concerne de vaste de droits sociaux, comme le droit au travail. Dans sa version molle — impliquant soit le droit à la fourniture d'un travail, soit le droit à des prestations de chômage — le droit au travail nécessite une vaste législation. Dans une version dure impliquant véritablement le droit à la fourniture d'un travail, il suppose un changement radical de régime économique. L'objection n'est en revanche recevable en ce qui concerne certains droits, comme le droit à des conditions minimales d'existence, qui peuvent être définis avec suffisamment de précision par le juge, notamment par référence à des normes légales existantes. Il en va de même pour le droit à la formation, qui est déjà consacré avec une certaine

précision au niveau légal. L'étude des droits nationaux et de celui de la CEDH montrent qu'il est possible de déduire des libertés classiques l'obligation d'agir notamment pour assurer un recours effectif. On peut faire découler du principe d'égalité un droit constitutionnel à l'octroi d'une prestation, si celle-ci a été accordée à une autre personne se trouvant dans une situation semblable. A partir des garanties de justice, on peut déduire divers droits-créances à une aide juridique, à une assistance judiciaire gratuite. De la liberté personnelle, le droit des prisonniers à recevoir de l'État une série de prestations. L'indétermination des concepts, que l'on rencontre dans la définition de ces droits sociaux, n'est pas plus grande qu'en matière de libertés individuelles.

Une autre objection sérieuse est que les droits sociaux empiètent excessivement sur les compétences du parlement, tout particulièrement sur ses compétences budgétaires. Il serait contraire à la constitution qu'un tribunal constitutionnel exerce de larges compétences budgétaires<sup>37</sup>. L'objection est plus politique que juridique, puisque le constituant peut définir librement les compétences budgétaires du parlement. Elle est sérieuse, mais pas insurmontable. Elle pourrait être faite à propos des obligations d'agir découlant des libertés individuelles ou du principe d'égalité. Elle peut aussi être surmontée en structurant différemment les droits sociaux. Ceux-ci peuvent être conçus à l'instar des libertés individuelles comme des facultés pouvant être restreintes par la loi. Le parlement retrouve alors une part de ses compétences et c'est sous l'angle de la proportionnalité que le tribunal constitutionnel appréciera si la restriction est justifiée par les conditions économiques du moment. L'arrêt sur le *numerus clausus* en Allemagne<sup>38</sup> montre qu'il est possible d'affirmer le principe du droit à la formation (*prima facie Recht*) en laissant au législateur le soin de déterminer, sous le contrôle du juge constitutionnel, l'ampleur du droit définitivement consacré.

La troisième objection est que les droits sociaux peuvent réduire à néant certaines libertés individuelles. Elle est recevable en ce qui concerne de grands droits sociaux comme le droit au travail. Elle ne l'est en revanche pas pour des droits moins étendus comme le droit à des conditions minimales d'existence ou le droit à la formation qui sont des conditions de la jouissance effective des libertés et de l'égalité. Par ailleurs si les droits sociaux sont conçus comme des facultés susceptibles d'être restreintes, les valeurs impliquées par les libertés individuelles peuvent être prises en considération dans le cadre des pesées d'intérêts à travers lesquelles l'ampleur du droit définitivement consacré est défini.

<sup>35</sup> Cf. *infra*, p. 123.

<sup>36</sup> ARISTOTE (1970), *Éthique à Nicomaque*, 157.

<sup>37</sup> Voir ALEXV R. (1986), *Theorie der Grundrechte*, 462.

<sup>38</sup> *Ibid.*, 468.

Cette brève étude constitutionnelle montre que la consécration de droits-créance de nature constitutionnelle, trait marquant du développement de l'État providence, peut être concilié avec la garantie effective des libertés individuelles. Cela est d'autant plus vrai que dès l'origine les libertés individuelles ont été conçues comme comportant non seulement des droits à une abstention (*status negativus*) mais aussi des droits à une action positive de l'État (*status positivus*)<sup>39</sup>. La consécration des droits sociaux n'a fait que renforcer l'hybridation des statuts qui est inhérente à la garantie des libertés individuelles, mais que l'idéologie libérale a longtemps niée.

*E. Un droit dont l'efficacité doit être évaluée*

L'État de droit, qui vise à soumettre l'État au respect du droit, se concrétise par un développement toujours plus large et un affinement des contrôles de légalité et de constitutionnalité. La CEDH joue à cet égard un rôle de premier plan, non seulement en superposant aux instances nationales un mécanisme de contrôle international, mais aussi en imposant le respect de règles substantielles que les juridictions nationales, prisonnières de traditions nationales, ne réussissent pas toujours à assurer. Le perfectionnement des instances de contrôle de la régularité des actes étatiques fournit une garantie essentielle contre l'exercice par l'État d'une contrainte illégitime ou excessive. Il n'assure en revanche pas que les prestations fournies par le service public soient efficaces et qu'elles correspondent aux besoins des usagers. C'est pourquoi on a assisté dans le cadre du développement de l'État providence à la mise en place, parallèlement aux contrôles de régularité, de mécanismes de contrôle de l'efficacité et de l'efficience de l'action publique. Le développement de l'évaluation des politiques publiques est intimement lié à l'apparition et à l'expansion de l'État providence. Aux États-Unis, où elle se développe en premier, elle fait une première apparition timide lorsque le Président Roosevelt lance ses programmes sociaux pour lutter contre la crise en 1929<sup>40</sup>. Et c'est avec l'avènement des ambitieux programmes sociaux lancés par le Président Johnson dans le cadre de la *Great Society* que l'évaluation a été institutionnalisée, à partir des années 60. Par un double mouvement qui a permis tout d'abord au Congrès de l'imposer à l'administration pour s'assurer du bon usage des fonds attribués et au Gouvernement fédéral de l'étendre aux administrations locales qu'il cherchait à contrôler<sup>41</sup>.

39 Cf. *supra*, p. 42.

40 MONNIER É. (1992), *Évaluation de l'action des pouvoirs publics*, 2<sup>e</sup>, 12.

41 *Ibid.*, 20, 21.

L'évaluation exerce deux fonctions contradictoires. Elle permet aux services publics d'améliorer leur efficacité et de justifier leur action. Elle peut dès lors contribuer à leur légitimation. Elle constitue aussi un moyen de contestation qui a fait perdre au service public la triple présomption «de bienveillance, d'omniscience et d'infailibilité»<sup>42</sup> qui était la sienne. L'opposition aux services publics n'a pas trouvé un grand soutien auprès des tribunaux chargés d'apprécier leur compatibilité avec la liberté du commerce et de l'industrie<sup>43</sup>. Elle se concentre dès lors sur la démonstration de leur manque d'efficacité et d'efficience. Ayant perdu progressivement leur présomption d'excellence, les services publics sont de plus en plus sommés de prouver qu'ils sont *mutatis mutandis* plus efficaces que le secteur privé pour fournir des prestations dans des conditions d'égalité et qu'ils le font à la satisfaction de leurs clients. Le *monitoring*, le *controlling* et l'évaluation de l'efficacité allocative sont des étapes névralgiques de la nouvelle gestion publique<sup>44</sup>.

Par un effet de retour, il se pourrait bien que le développement des pratiques de l'évaluation affecte la manière avec laquelle les tribunaux constitutionnels ou administratifs apprécient l'efficacité, lorsque celle-ci intervient dans des raisonnements relatifs à la protection des libertés individuelles. Dans le cadre par exemple du principe de proportionnalité qui oblige le juge à examiner si une mesure est nécessaire (principe de nécessité) et si elle est apte à atteindre les objectifs poursuivis (principe d'aptnitude). Dans le cadre du principe d'égalité qui requiert du juge une appréciation de la distribution réelle des prestations. On peut imaginer par exemple qu'un jour les juridictions soient amenées à apprécier des défauts de distribution de prestations, connu sous le nom d'effet Mathieu, si une évaluation devrait démontrer, avec un haut degré de vraisemblance, que des avantages profitent essentiellement aux classes favorisées. Quoi qu'il en soit, la prise en compte dans le cadre des contrôles de régularité des données fournies à l'occasion des contrôles d'effectivité, d'efficacité et d'efficience est un des défis majeurs que les juridictions devront relever un jour<sup>45</sup>.

42 CHEVALIER J. (1991), *op. cit.*, (note 20), 34.

43 Cf. *supra*, p. 60.

44 FINGER M. (1997), «Le New Public Management - reflet et initiateur d'un changement de paradigme dans la gestion des affaires publiques», *Travaux Cete* n° 48. *Nouvelle gestion publique. Chances et limites d'une réforme de l'administration*, 54.

45 Cf. *infra*, p. 112 ss.

*Le droit de l'État propulsif*

---

Le vocable sert à désigner un autre mode d'intervention que la fourniture de prestations, l'action volontariste des pouvoirs publics pour améliorer une situation sociale jugée insatisfaisante. La terminologie est foisonnante. À la suite de Luhmann, on parle en général de l'État interventionniste. Certains de l'État stratège, de l'État dirigeant<sup>2</sup>, de l'État développé<sup>3</sup>. D'autres encore de l'État gestionnaire<sup>4</sup> ou de l'État administratif<sup>5</sup>. L'État propulsif se sert du droit pour agir sur des systèmes sociaux autonomes (économie, écologie, culture, éducation, etc.) en vue de les orienter dans un sens jugé plus conforme à l'intérêt général que le développement spontané des comportements guidés par le marché. En gros, le droit de l'État propulsif est celui des politiques publiques, des programmes d'action mis en place par les autorités pour atteindre les finalités d'intérêt général les plus diverses : lutter contre le chômage, contre la pollution, contre l'analphabétisme, pour réaliser une meilleure égalité entre hommes et femmes, pour économiser l'énergie, etc. L'État propulsif se veut, selon l'excellente formule d'Abi-Saabé, «le Pygmalion de la société; son sculpteur, son animateur et son promoteur tout à la fois.» Le géomètre de l'État moderne fait place à l'ingénieur du social.

Le tournant de l'interventionnisme propulsif peut être situé dans les années cinquante. C'est en effet à cette époque que sous l'influence des idées de Keynes et des expériences faites sous la contrainte durant les années de crise et de guerre l'on a assisté à une transformation radicale des rapports entre l'État et l'économie. Celle-ci «cesse d'être considérée comme un donné, pour être appréhendée comme un construit.»<sup>7</sup> Cette révolution s'est traduite de manière modeste par la mise en place de politiques économiques, de manière plus ambitieuse par la planification. Cette dernière a eu son heure de gloire en France durant la période de la reconstruction. Elle s'est progressivement étioilée au fur et à mesure que les idées néo-libérales se développaient. Mais les politiques économiques ont, elles, survécu et même prospéré. Leur mise en place a entraîné une révision progressive mais fondamentale des modes d'action de l'État. L'économie ne doit pas seulement être réglementée. Elle doit être régulée.

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

2 DURAN P. (1993), «Piloter l'action publique, avec ou sans le droit?», *Politiques et Management public* II, 2, 25.

3 CHEVALLIER J. (1986), *Science administrative*, 169.

4 MOOR P. (1994), «Définir l'intérêt public: une mission impossible», *Le partenariat public-privé*, 223ss.

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

6 ABI-SAAB G. (1997), «Cours général de droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international* t. 207, 86.

7 ROSANVALLON P. (1990), *L'État en France de 1789 à nos jours*, 250.

Le mode d'intervention expérimenté avec la politique économique s'est par la suite étendu à de vastes secteurs des activités humaines. Les politiques publiques se succèdent à un rythme effréné au point qu'il n'y a bientôt plus un secteur de la vie humaine et plus une réglementation qui échappent à leur emprise. On ne conçoit plus de modifier le droit de la famille sans développer en même temps une politique familiale, plus de modification du code pénal sans référence à une politique criminelle<sup>8</sup>. Sans parler évidemment des grands secteurs d'intervention comme la politique d'aménagement du territoire, la politique de l'environnement, la politique sociale et ses sous-catégories, comme par exemple la politique de l'emploi.

Le mouvement néo-libéral en faveur de la privatisation et de la déréglementation ne freine en rien le développement des politiques publiques. Il l'accélère, l'interventionnisme étatique étant nécessaire pour assurer la régulation des secteurs privatisés ou déréglementés<sup>9</sup>. Les politiques publiques sont devenues consubstantielles à l'État. De la même façon que l'État de droit fait de celui-ci le vecteur de son action, mais se subordonne à lui, l'État des politiques publiques trouve en elles un mode d'agir auquel il ne peut plus échapper. À la fois maître et esclave des politiques publiques qu'il met en place, l'État propulsif est modelé par elles. L'État propulsif agit par l'adoption de politiques publiques. Mais il est en même temps assujéti par ce modèle d'action.

Cet envahissement de la pensée finaliste est tel qu'il pénètre, de façon parfois occulte, les secteurs les plus traditionnels du droit moderne. L'exemple typique est celui du droit pénal. On pourrait s'attendre à ce que dans ce domaine régnent de façon exclusive l'application de règles conditionnelles. Devant l'ampleur des tâches répressives, on voit pourtant se développer des politiques publiques de répression sélectives, qui peuvent être très différentes d'un lieu à l'autre du territoire, alors que les normes sont nationales. Même dans un État aussi centralisé que la France, on constate que certains parquets ne poursuivent les vols que s'ils dépassent 500 francs. D'autres ne répriment les vols de peu d'importance qu'à partir d'une, voire deux récidives. On voit ainsi une règle conditionnelle nationale se fragmenter sous l'influence de politiques publiques différenciées d'application. Pour éviter cette fragmentation, on cherche à établir dans des pays comme la France et la Belgique des politiques criminelles nationales. C'est ce souci qui explique que l'on soit si hésitant en France à couper le lien existant entre le ministère de la Justice et le Parquet. L'exemple permet de saisir de manière intuitive la différence fondamentale qui existe entre deux techniques d'action, celle du code pénal et celle de la politique criminelle portant sur l'application de celui-ci. La différence est encore plus saisiss-

<sup>8</sup> Voir DELMAS-MARTY M. (1986), *Le flou du droit*, 11.

<sup>9</sup> Voir à ce sujet CHEVALLIER J. (1995), «De quelques usages du concept de régulation», *La régulation entre droit et politique*, (Dir. M. MIALLE), 71ss.

sante lorsque, comme en Belgique on dispose de deux textes, le code pénal d'une part et des articles du code judiciaire prévoyant l'établissement d'une politique criminelle par le ministre de la Justice et les procureurs généraux, ainsi que la confection d'un rapport au Parlement à ce sujet. Selon l'article 143 ter du code judiciaire, qui mérite d'être cité, «le ministre de la Justice arrête les directives de politique criminelle, y compris en matière de politique de recherche et de poursuite, après avoir pris l'avis du collège des procureurs généraux. Ces directives sont contraignantes pour tous les membres du ministère public.» Ainsi, en Belgique, la matière pénale sera régie par deux types de règles contradictoires, émanant de deux types d'organes : les règles conditionnelles du code pénal prescrivant que celui qui a commis un délit doit être puni, les règles obligatoires et finalisées figurant dans les directives qui prévoient que certains délits doivent être poursuivis de préférence à d'autres, ou avec plus d'acharnement.

On assiste par ailleurs à l'apparition d'actions finalisées émanant de personnes privées et réglementées par le droit privé. Ainsi, le droit français des sociétés prévoit «l'action de concert» des actionnaires pour mettre en œuvre une politique commune vis-à-vis de la société<sup>10</sup>. Il ne s'agit pas alors de mettre en place une politique publique, mais de réglementer des «politiques privées» finalisées. La définition de la notion de politique commune est au centre du conflit entre deux sociétés contrôlées respectivement par MM. Bouygue et le groupe Bolloré<sup>11</sup>.

Le concept-clef de l'État propulsif, qui forme en quelque sorte le pendant du service public dans l'État providence, est celui de *programme finalisé*. Luhmann<sup>12</sup> n'a pas seulement eu le mérite de découvrir le concept. Il a aussi montré que l'insertion du droit formé par des normes conditionnelles dans des programmes finalisés le rendait extrêmement problématique. Le chemin mérite d'être refait, à la lumière de plusieurs décennies d'expériences en matière de politiques publiques. L'un des problèmes majeurs souligné par Luhmann, et découlant directement de la théorie des systèmes, est qu'il serait vain et contre-productif de recourir au droit contraignant pour produire des effets sur d'autres systèmes sociaux qui, comme celui-ci, seraient désespérément clos. L'étude de la place du droit dans les politiques publiques montre pourtant qu'il s'agit largement d'un faux problème, parce que les concepteurs de politiques publiques ont très vite compris qu'ils n'obtiendraient pas de grands résultats en agissant de manière autoritaire sur d'autres systèmes sociaux comme l'économie, la

<sup>10</sup> Voir l'article 356-13 de la loi du 2 août 1989, modifiant la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

<sup>11</sup> Voir FAISON-ROCHE M.-A. (1998), «L'action de concert, une notion juridiquement incertaine», *Le Monde* 8 septembre, 18.

<sup>12</sup> LUHMANN N. (1983), *op. cit.*, (note 1), 88, 232, 234.

culture, la recherche. L'État propulsif, agissant de manière autoritaire au moyen de programmes finalisés, est un modèle théorique qui ne peut être pensé qu'en conjonction avec l'État réflexif, qui le relativise. Derrière le modèle apparent du droit autoritaire mis au service de la réalisation de politiques publiques se profile de manière moins visible, mais tout aussi réelle, un droit négocié aussi bien lors de sa conception que de sa mise en œuvre. Des linéaments de droit contraignant négocié existent d'ailleurs dès la fin du XIXe siècle<sup>13</sup>. A la manière de Janus ou des diptyques, les programmes finalisés et les programmes relationnels sont les deux faces d'une réalité qu'il faudrait envisager globalement pour obtenir une image complète et fidèle du phénomène.

L'action finalisée, telle qu'elle se présente dans les politiques publiques, mérite d'être analysée en profondeur, parce qu'elle génère une forme de droit très différente de celle que l'on rencontre dans les réglementations composées de règles conditionnelles. Cette analyse permettra de mieux comprendre les transformations qui se produisent au niveau de la structure juridique.

### I. Les programmes finalisés

Il s'agit d'un mode d'action de l'État très différent des réglementations conditionnelles composées de règles, générales et abstraites et qui forment l'ossature du droit moderne. Selon la distinction faite par Bertrand de Jouvenel, ils marquent le passage d'une nomenclature à une téléocratie. On pourrait aussi, pour caractériser ce mode d'action, reprendre dans un autre contexte l'opposition de Max Weber entre *Zweckrationalität* et *Werturationalität*. Les programmes finalisés sont dans la terminologie de Hayek<sup>14</sup> des plans de bataille (*axiis*) visant à créer des ordres arrangés, des ordres construits par opposition aux règles de juste conduite qui génèrent l'apparition d'ordres spontanés (*kosmos*). Ils relèvent d'une rationalité constructive. Le terme plan de bataille convient bien pour caractériser les programmes que les pouvoirs publics mettent en place jour après jour pour lutter contre la pauvreté, contre le chômage, contre l'exclusion, contre la pollution, etc. Chaque programme constitue, selon la formule de Hayek<sup>15</sup>, «un arrangement systématique en vue d'un objectif défini.» Certains programmes sont vastes. On peut citer, à titre d'exemple, le plan du Gouvernement français pour la réforme de la sécurité sociale ou en Suisse, la stratégie du Conseil fédéral pour ramener les émissions d'anhydrides sulfureux au niveau de 1950 au plus tard en 1990 et les émissions d'oxydes d'azote

et d'hydrocarbures au niveau de 1960 en 1995 au plus tard<sup>16</sup>. D'autres sont plus étroits, comme par exemple le programme figurant dans une loi et visant à ce qu'en vingt ans le corps professoral d'une université comprenne au moins 40% de femmes. Le concept ne vise pourtant pas seulement des programmes ayant des objectifs aussi précis. Il sert à désigner une forme de raisonnement et un mode d'action qui est propre à la planification et à la conduite des politiques publiques.

Les programmes finalisés peuvent constituer un vaste ensemble de mesures juridiques et non juridiques mises au service de la réalisation d'objectifs et prévues dans des documents politiques ou juridiques, établis le plus souvent par le gouvernement ou l'administration, mais aussi parfois par le parlement. Il arrive que le programme figure dans une loi. Le droit français a même créé une forme particulière pour servir de réceptacle à ce type de plans, la loi-programme. On rencontre des programmes finalisés dans les actes juridiques les plus divers : accords internationaux, ordonnances, contrats de droit administratif, décisions administratives, directives administratives<sup>17</sup>. Parfois, on trouve dans une loi réalisant partiellement le programme l'objectif global poursuivi. Ainsi, le RMI est, selon l'article 1 de la loi «l'un des éléments d'un dispositif global de lutte contre la pauvreté tendant à supprimer toute forme d'exclusion.» On peut en inférer qu'il y a, à côté de la loi, un plan global de lutte contre l'exclusion. Très souvent, les programmes finalisés s'insèrent entre la loi et les décisions administratives<sup>18</sup>. On constate aussi que, sous l'influence de la pensée finalisée, l'embryon d'un programme peut se trouver aussi dans la constitution. Dans un pays comme la Suisse, où les révisions de la Constitution sont fréquentes, on trouve de nombreuses dispositions de caractère programmatique<sup>19</sup>.

Les programmes jouent un rôle considérable dans l'UE. À chaque stade du processus de décision, on trouve des programmes généraux ou sectoriels. Les Sommets européens débouchent sur des plans d'action qui structurent la production normative pour une durée parfois très longue. On songe par exemple au vaste programme qui visait à réaliser un marché unique et qui a nécessité pour sa réalisation l'adoption d'une multitude d'actes les plus divers. On ne compte plus les programmes d'action sectoriels<sup>20</sup>. De nombreux actes, comme les lignes directrices en matière d'emploi<sup>21</sup>, les programmes-cadres plurian-

<sup>13</sup> TREIBER H. (1985), «Crisis in regulatory Policy? Remarks on a topical Theme, or reflexive Rationality in the Shadow of codified Law», *Contemporary Crises* 9, 255ss.

<sup>14</sup> HAYEK F. A. (1973), *Droit, législation et liberté* vol. 1, *Règles et ordre*, 61ss.

<sup>15</sup> *Ibid.*, 63.

<sup>16</sup> *Feuille fédérale* [cité ci-après FF] 1986 III, 356.

<sup>17</sup> FLÜCKIGER A. (1996), *Le régime juridique des plans*, 77ss.

<sup>18</sup> FLÜCKIGER A. (1996), «Management territorial et droit post-moderne: La planification émergente», *Le Management territorial: pour une prise en compte du territoire dans la nouvelle gestion publique*, 260.

<sup>19</sup> Voir par exemple l'art. 24 septies Cst.

<sup>20</sup> Voir par exemple les cinq programmes d'action en matière d'environnement.

<sup>21</sup> Art. 109-Q-2 du traité CEE (version Amsterdam).

nuels en matière de développement technologique et de recherche<sup>22</sup>, ont un caractère programmatique. Les traités constitutifs eux-mêmes représentent pour une large part des programmes d'action à réaliser progressivement et par étapes définies d'avance. Le terme même de construction européenne montre à lui seul que l'Union n'est pas statique, mais qu'elle constitue un programme dynamique tourné vers la réalisation progressive d'une série d'objectifs définis en tête des traités et complétés au cours du temps. Les pères fondateurs étaient parfaitement conscients de cet aspect dynamique et progressif. Ils pensaient que par un mécanisme de *spill over* la Communauté économique verrait son champ d'action s'étendre progressivement de manière quasi-mécanique.

Les effets juridiques produits par les programmes sont extrêmement variés. Ils peuvent être internes ou externes, juridiques ou matériels, directs ou indirects. Les degrés d'imperativité varient presque à l'infini<sup>23</sup>. On ne décrit d'ailleurs pas complètement le phénomène en analysant un à un les effets juridiques produits. Les programmes finalisés se différencient fondamentalement des règles juridiques. Ils cherchent à organiser l'action de l'Etat sur la société. Chacun d'entre eux n'est pas seulement constitué d'un ensemble plus ou moins cohérent de règles. Ils constituent des régulations, c'est-à-dire des ensembles de processus juridiques, économiques et sociaux qui visent, par l'interaction de règles, d'acteurs et de structures, à provoquer dans la durée des effets sur la société ou une partie de celle-ci<sup>24</sup>. Programme finalisé et régulation sont en effet des termes très largement synonymes. Le concept de régulation est précieux, car il connote diverses particularités du paradigme du droit des politiques publiques : la recherche de l'efficacité grâce au guidage de l'action vers certaines fins, la poursuite de l'équilibre grâce à une adaptation constante de l'action aux finalités poursuivies<sup>25</sup>. Il recouvre bien les deux aspects du droit des politiques publiques, le comportement *exogène* du système, c'est-à-dire « l'action qu'il exerce sur son environnement »<sup>26</sup> et le comportement *endogène*, à savoir « les adaptations que le système lui-même subit »<sup>27</sup>.

L'avènement des politiques publiques finalisées entraîne un changement radical de la structure juridique. Sur celle bipolaire qui oppose la norme juridique et son application au cas particulier se superpose une structure managériale triphasée comportant des objectifs, des moyens et l'évaluation des résultats. Une politique publique est « la poursuite explicite et rationnelle d'un but grâce

22 Art. 130-I-1.  
23 FLOCKIGER A. (1996), *op. cit.*, (note 17), 1088s.  
24 CHOURAQUI A. (1991), « Quelques difficultés actuelles d'articulation du juridique et du social », *Normes juridiques et régulations sociales*, 285.  
25 Voir CHEVALLIER J. (1995), *op. cit.*, (note 9), 71ss.  
26 *Ibid.*, 84.  
27 *Ibid.*

à l'allocation adéquate de moyens dont l'utilisation raisonnée doit produire des conséquences positives<sup>28</sup>. Le problème posé est celui de la conciliation de ces deux structures. Deux points de tension apparaissent d'emblée : la transformation de la norme juridique du fait de son instrumentalisation, de sa mise au service de la réalisation des objectifs d'une politique; l'interaction entre l'évaluation de la réalisation des objectifs et les contrôles de régularité portant sur l'application des normes conditionnelles<sup>29</sup>.

L'analyse de la structure triphasée que l'on se propose de faire en tentant de caractériser les objectifs, les instruments juridiques mis à leur service et le contrôle de leur réalisation, doit être complétée par celle tout aussi importante du changement de structure temporelle qui se produit à la suite de l'avènement des politiques publiques.

A. Nature des objectifs

Ils constituent, dans leur sens premier, le résultat que l'on se propose d'atteindre par une opération militaire<sup>30</sup>. Cette définition cadre bien avec la métaphore du plan de bataille. Si, comme nous l'avons vu, toute loi et à la limite toute norme possède une *ratio legis*, les programmes finalisés s'en distinguent par la manière avec laquelle les objectifs sont établis. Ceux-ci ont vocation à être opérationnels, à constituer un critère de référence. Le degré de leur réalisation doit pouvoir être apprécié à intervalles réguliers. Contrairement aux règles fixes, mais proches en cela des principes, les objectifs ne sont pas de l'ordre du tout ou rien. Ils peuvent être plus ou moins bien réalisés. Les objectifs, même s'ils sont formulés par la loi, ne sont pas obligatoires de la même manière que les règles. Les autorités doivent s'orienter vers leur réalisation. Mais elles ne sont pas censées les atteindre à tout prix. Cela est vrai même si les objectifs sont fixés dans la loi elle-même, *a fortiori* lorsqu'ils le sont dans un plan de nature politique. Les particuliers, de leur côté, ne sont pas liés par les objectifs poursuivis. Ils ne le sont que par les normes juridiques établies en vue de les réaliser. Cela ne signifie pourtant pas que les objectifs ne soient pas du tout pertinents pour eux. Ils jouent un rôle important dans l'interprétation des normes juridiques qui créent pour eux des droits ou des obligations.

Si l'on considère l'ensemble des politiques publiques, on constate qu'il est assez rare que soient fixés des objectifs à la fois opérationnels et précis. Citons

28 DURAN P. (1993), *op. cit.*, (note 2), 9.  
29 Voir CHEVALLIER J. (1991), « La rationalisation de la production juridique », *L'État propulsif*, 19.  
30 MORAND C.-A. (1992), « Buis et objectifs dans l'application et la mise en œuvre du droit public », *Le recours aux objectifs de la loi dans son application*, 76.

à titre d'exemple les programmes visant à ce que la proportion de femmes faisant partie du Conseil fédéral visant à ramener la pollution de l'air à un état déterminé, le programme visant à réaliser l'Euro, qui comporte la fixation d'une série d'objectifs précis, comme par exemple la réduction des déficits publics à 3% du produit intérieur brut. La controverse au sujet de la réalisation de cette dernière exigence illustre bien la problématique de la nature des objectifs. Les autorités monétaires allemandes l'avaient prise pour une règle conditionnelle en considérant qu'un pays ne pourrait pas faire partie de l'Euro si son déficit dépassait les 3% (troisvirgulezéro). Le Gouvernement français de son côté soutenait avec raison qu'il suffisait de s'approcher de l'objectif. L'interprétation en tendances tient compte du fait que le traité de Maastricht a fixé des objectifs et non pas des règles.

Si la fixation d'objectifs opérationnels et précis correspond le mieux à l'idéal-type du programme finalisé, on constate qu'ils restent souvent très vagues. Cela s'explique aisément. Pour des raisons politiques, parce que les autorités craignent de se lier exagérément et de donner par là des armes à la critique de leur action. Pour des raisons pratiques aussi. Parce que la fixation d'objectifs précis ne peut souvent pas se faire d'emblée, l'autorité devant faire l'apprentissage du secteur réglementé. Mais aussi parce qu'aucune politique publique ne peut être isolée des autres. La conciliation d'objectifs multiples, souvent contradictoires, ressortissant à de nombreuses politiques publiques, n'est possible que si les objectifs sont suffisamment vagues au départ. Il faudra bien sûr que par la suite ces objectifs soient précisés. Cette concrétisation s'effectue selon deux techniques juridiques. Soit la loi prévoit que les objectifs énoncés de manière vague seront précisés et harmonisés dans des textes d'exécution et/ou dans des actes de planification. Soit la loi se borne à énoncer de grands principes et laisse à l'administration agissant sous le contrôle du juge, le soin de les opérationnaliser dans chaque cas d'espèce, en procédant à une balance de tous les intérêts en présence<sup>31</sup>.

#### B. Nature des normes juridiques mises au service de la réalisation des objectifs

Les normes impératives changent de nature, lorsqu'elles sont mises au service de la réalisation de programmes finalisés. Conçues comme de simples moyens d'atteindre des objectifs d'une politique publique, elles sont en permanence surdéterminées par ceux-ci. Ayant perdu toute transcendance même symbolique, elles sont instrumentalisées. Sous l'influence de ces deux facteurs,

<sup>31</sup> MORAND C.-A. (1996), «Pescée d'intérêts et décisions complexes», *La pesée globale des intérêts. Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire*, 41ss.

elles subissent une mutation profonde. Leur structure se modifie. Les conditions de leur production et de leur application se transforment elles-aussi.

La mutation fondamentale qui se produit au niveau de la forme juridique du fait de la surdétermination est que les normes doivent acquérir suffisamment de souplesse pour s'adapter en permanence à une réalité changeante. Cet assouplissement s'est réalisé de deux manières très différentes. Dans certains secteurs, les lois au départ peu détaillées font l'objet d'un vaste processus de concrétisation qui, une fois achevé, établit un réseau de normes très dense et parfois extrêmement touffu. La souplesse du dispositif réside dans le fait que ces normes sont adoptées par le gouvernement et surtout par l'administration dans des actes qui peuvent être révisés rapidement et facilement. Les directives administratives jouent, à côté des décrets ou des ordonnances, un rôle décisif dans le pilotage à vue de l'appareil normatif. Dans d'autres secteurs, la législation procède à l'aide de principes directeurs que l'administration applique dans chaque cas particulier en opérant de vastes pesées d'intérêts. L'analyse attentive des programmes finalisés permet de confirmer l'intuition de Duran<sup>32</sup> selon laquelle les programmes finalisés des politiques publiques produiraient une dualisation du droit avec d'un côté un droit détaillé et précaire, de l'autre un droit constitutif, très général et très stable.

Ce droit constitutif, formé par les principes directeurs autour desquels s'articulent les législations finalisées, exerce deux fonctions distinctes. Il peut servir de point de référence et d'orientation pour l'adoption du droit précaire et détaillé. Il peut aussi régir directement certaines situations dans la mesure où c'est sur base exclusive des grands principes que certaines décisions doivent être prises.

Seule l'étude attentive de chaque politique publique permet de savoir si c'est l'une ou l'autre des deux techniques qui est utilisée, des combinaisons étant possibles. L'adoption des règles détaillées est justifiée lorsque le souci d'assurer à la fois prévisibilité et égalité de traitement prédomine. Dans l'Union européenne, le souci des États d'éviter que leurs ressortissants soient discriminés explique la propension souvent décrite à adopter des réglementations détaillées et excessivement tatillonnes. Le recours aux principes directeurs, qui implique que l'on fasse une très grande confiance à l'administration agissant sous le contrôle du juge administratif, se rencontre au contraire dans des secteurs où le souci de prévisibilité et d'égalité de traitement est moins fort ou lorsque la concrétisation peut être assurée par la planification. Le droit de l'aménagement du territoire est très caractéristique à cet égard<sup>33</sup>. Le droit

<sup>32</sup> DURAN P. (1993), *op. cit.*, (note 2), 45.

<sup>33</sup> Voir MORAND C.-A. (1996), «Vers un droit de l'environnement souple et flexible: le rôle et le fonctionnement des principes», *Quel avenir pour le droit de l'environnement?*, 271, 272.

suisse de l'environnement recourt aux deux techniques<sup>34</sup>. L'autorisation de construire une usine est prise sur la base des règles précises et détaillées que constituent les valeurs-limites d'émission alors que l'autorisation de construire une autoroute, qui techniquement ne produit pas d'émissions, sera donnée sur la base d'une pesée d'intérêts opérée en fonction des grands principes du droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire.

Le législateur est libre de choisir l'une ou l'autre des deux techniques législatives en présence. On peut pourtant concevoir que le choix d'une réglementation détaillée ne corresponde plus aux exigences de subsidiarité, s'il implique des contraintes excessives ou au principe de légalité, s'il conduit à produire un droit tellement touffu qu'il en devient incompréhensible pour ses destinataires. Cette question devrait en tout cas être examinée soigneusement par les instances communautaires de production normative. À l'inverse, l'adoption d'une réglementation détaillée peut décoller des exigences de légalité et d'égalité de traitement dans les domaines où un besoin de protection des situations individuelles est particulièrement fort. Il en va de même, selon la jurisprudence suisse lorsque, comme par exemple en matière de politique carcérale, l'octroi d'un vaste pouvoir d'appréciation serait attribué à des personnes ne présentant pas de garanties suffisantes d'impartialité.

À côté de ces changements structurels, on assiste aussi à la naissance d'instruments d'action particuliers. On a constaté par exemple que la fiscalité pouvait servir non seulement à fournir des ressources à l'État, mais aussi à orienter les comportements des individus dans une direction correspondant aux objectifs d'une politique publique. La grande innovation est pourtant constituée par le plan, à la fois parce qu'il s'adapte mieux que les normes juridiques traditionnelles à l'action progressive que les politiques publiques cherchent à réaliser et qu'il permet de coordonner une multitude de décisions qui, prises séparément, risqueraient d'être incohérentes.

### *1. Un droit détaillé et piloté par l'administration*

C'est le phénomène qui a le plus impressionné les juristes classiques. Il a suscité une vaste littérature sur l'inflation législative<sup>35</sup> mettant en garde sur les dangers que pourrait représenter une prolifération cancéreuse des normes. Une étude plus attentive du phénomène<sup>36</sup> montre que la croissance des normes législatives est faible. Qu'elle est en revanche forte pour les normes réglementaires et considérable en ce qui concerne les directives administratives. La pro-

<sup>34</sup> MORAND C.-A. (1996), *op. cit.*, (note 31).

<sup>35</sup> Voir notamment SAVATIER R. (1977), «L'inflation législative et l'indigestion du corps social», *Dalloz, 6ème Cahier*, *chr. V*, 43ss.

<sup>36</sup> MORAND C.-A. (1986), «La croissance normative», *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung* 87, 337-356.

portion entre la part de réglementation établie par la loi ou par d'autres procédés peut varier considérablement d'un pays à l'autre en fonction de la facilité ou de la difficulté avec laquelle un gouvernement peut faire passer les lois au parlement. Le caractère squelettique des grandes lois interventionnistes en Suisse, comme celles qui ont trait à la protection de l'environnement ou à l'aménagement du territoire, s'explique en partie par la menace de référendum qui pèse sur l'adoption des lois. Mais l'explication est plus vaste et plus profonde. Le besoin d'adaptabilité qui caractérise les programmes finalisés fait qu'une large part de la réglementation doit être établie par décrets, par ordonnances ou au moyen de directives administratives. Juridiquement, on analysera le phénomène comme une vaste délégation expresse ou tacite du pouvoir législatif ou comme l'exercice d'un pouvoir d'exécution garanti par la constitution au gouvernement et/ou par la loi à l'administration. La multiplication des législations finalisées a d'ailleurs rendu extrêmement ténue la distinction entre ces deux formes d'exercice du pouvoir normatif.

Le phénomène le plus remarquable, en ce qui concerne le pilotage juridique des politiques publiques, réside dans l'utilisation massive des circulaires et directives administratives, de ce que nous appellerons par la suite les ordonnances administratives. Il l'est d'autant plus que leur succès repose sur une double ambiguïté entre d'une part l'interne et l'externe et de l'autre entre le droit et le non droit. Première ambiguïté. Les ordonnances administratives sont censées agir exclusivement dans l'ordre intérieur de l'administration, mais créent fréquemment des droits et des obligations pour les administrés. Malgré leur caractère interne, elles constituent un instrument très efficace de pilotage des politiques publiques. Par ce moyen, l'administration peut réajuster l'œuvre initiale du parlement, «l'approfondir, en lever les ambiguïtés, en combler les lacunes, bref apporter aux instruments juridiques toutes les accommodations que nécessaire (ou paraît nécessaire) leur utilisation»<sup>37</sup>. Le risque existe évidemment que l'administration, en procédant à ce pilotage, s'écarte sciemment ou non des prescriptions prévues par la loi. Une étude minutieuse faite en Suisse par l'organe parlementaire de contrôle de l'administration, montre qu'en fournissant des informations aux instances inférieures d'application, l'administration centrale a créé un nombre assez considérable de divergences par rapport à une loi relevant de la sécurité sociale<sup>38</sup>. En France, le régime juridique des sans-papiers a été largement modifié à la suite des élections législatives de 1997 au moyen de simples directives administratives. «L'utilité de l'institution est incontestable, parce qu'elle introduit dans les pratiques administratives autant de cohérence qu'une règle de droit, tout en restant suffisam-

<sup>37</sup> AMSELER P. (1983), «Le rôle de la pratique dans la formation du droit», *RDP* 99, 1489.

<sup>38</sup> LINDER W./TERKIBULINI (1994), *Cohérence entre objectifs parlementaires et actes législatifs extra-parlementaires dans le cadre de la prévoyance professionnelle. Rapport final*, 9ss.

ment souple, du fait de sa normativité relative, pour permettre une adaptation aisée dans toutes les situations où, au contraire, l'application de critères juridiques contraignants aboutirait à des solutions inopportunes<sup>39</sup>.

La deuxième ambiguïté est plus remarquable encore. Selon une tradition qui remonte à la construction de l'État libéral, seules sont considérées comme juridiques les normes qui créent des droits et des obligations pour les particuliers. L'action normative que l'administration exerce sur elle-même, tout en produisant certains effets à l'extérieur, est rejetée hors du droit. La terminologie allemande reflète parfaitement cette conception, puisqu'on oppose les ordonnances administratives (*Verwaltungsverordnungen*) aux ordonnances de droit (*Rechtsverordnungen*). En relativisant leur valeur juridique, on légifime l'allègement des formes et on contribue ainsi à en faire un instrument irremplaçable de pilotage fin des politiques publiques.

Cette distinction entre l'interne et l'externe, entre la norme juridique et la norme administrative trouve, comme l'a fait judicieusement remarquer Supiot<sup>40</sup>, ses racines dans celle qu'Aristote établit entre les rapports domestiques et les rapports entre les citoyens libres et égaux. Les rapports internes du maître envers ses esclaves, du père à l'endroit de ses enfants, ne relèvent pas du droit, mais de l'économie (*oikos nomos*). De la même façon, les rapports internes que l'administration entretient avec ses sujets ne relèvent pas, selon Aristote, du droit mais d'un pouvoir interne de commandement. Dans la même veine Foucault<sup>41</sup> distingue le droit du pouvoir disciplinaire interne.

Le caractère ambigu des ordonnances administratives explique les difficultés que les ordres juridiques rencontrent à établir à leur égard un statut satisfaisant. Sauf lorsqu'elles sont qualifiées<sup>42</sup>, parce qu'elles créent, hors de l'ordre intérieur, des droits et des obligations, ces ordonnances ne sont pas ataquables. Le juge administratif devrait en faire abstraction lorsqu'il contrôle la légalité d'une décision. Mais il ne peut pourtant pas les ignorer, parce qu'elles assurent une rationalisation de l'activité administrative et qu'elles fournissent aussi une garantie contre l'arbitraire. L'ambiguïté qui plane sur ces ordonnances fait aussi qu'aucune bonne solution ne peut être trouvée pour réglementer leur publicité. Ou bien on considère, comme en Suisse, que ces ordonnances n'ont pas besoin d'être publiées. Elles constituent alors un vaste droit occulte, source d'inégalités, parce qu'elles seront connues de certains seulement. Ou bien, comme en France, on considère qu'en vertu de la loi sur la liberté d'accès

aux documents administratifs, elles doivent l'être. Mais alors, en assurant leur extériorisation<sup>43</sup>, on accroît leur ambiguïté.

Dans d'autres systèmes juridiques, le besoin de souplesse peut être satisfait différemment. Aux États-Unis, le pilotage de la mise en œuvre juridique des politiques publiques est assuré par les agences indépendantes<sup>44</sup>. Au delà des différences, les convergences sont frappantes. C'est grâce à la réunion du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif au sein soit de l'administration, soit de l'agence indépendante que le pilotage fin des politiques publiques est rendu possible.

## 2. Le droit des principes directeurs

Cette technique convient particulièrement bien dans le domaine des politiques publiques, parce qu'à l'instar de l'acrobate qui a besoin d'une grande liberté de mouvement pour se déplacer sur une corde, l'administration doit disposer d'un grand pouvoir d'appréciation pour adapter les normes juridiques finalisées à un environnement changeant. Le procédé, qui implique que les décisions soient prises sur la base de vastes pesées d'intérêts tenant compte des divers principes concernés, n'est pourtant pas spécifique au droit des politiques publiques. Le droit civil y recourt lorsque, par exemple, l'attribution des enfants en cas de divorce se fait sur la base d'une pesée entre tous les intérêts en présence. Les droits fondamentaux ne sont, sauf exception, pas constitués de règles fixes. Ce sont des principes qui donnent lieu à de vastes pesées d'intérêts<sup>45</sup>.

Les principes directeurs évoqués ici sont consacrés explicitement ou implicitement par le droit positif. Ils sont dès lors différents dans leur origine, sinon dans leur structure, des principes moraux et transcendants qui permettraient au juge, selon Dworkin<sup>46</sup>, de donner une bonne réponse même dans les cas les plus difficiles. Il s'agit, en droit de l'environnement notamment, des principes de précaution, de prévention, du principe pollueur-payeur<sup>47</sup>.

Les principes directeurs, rappelons-le<sup>48</sup>, se distinguent des règles fixes par le fait qu'ils ne sont pas de l'ordre du tout ou du rien. Contrairement aux plans

<sup>39</sup> AMSELER P. (1983), *op. cit.*, (note 37), 1489.

<sup>40</sup> Voir notamment GANDABA A. (1995), «From Conflict towards collaborative process: Concepts and experience from the United States», *Solution de conflits environnementaux par la négociation*, 19.

<sup>41</sup> Voir MORAND C.-A. (1996), «Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles», *De la Constitution. Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, 57ss.

<sup>42</sup> DWORKIN R. (1985), «La chaîne du droit», *Droit et société* 1, 51ss.

<sup>43</sup> Voir SADELER N. de (1996), «Les principes comme instruments d'une plus grande cohérence et d'une efficacité accrue du droit de l'environnement», *Quel avenir pour le droit de l'environnement?*, 239ss.

<sup>44</sup> MORAND C.-A. (1996), *op. cit.*, (note 31), (note 33), (note 45).

<sup>39</sup> MOOR P. (1994), *op. cit.*, (note 4), 268.

<sup>40</sup> SUPIOR A. (1994), *Critique du droit du travail*, 213.

<sup>41</sup> FOUCAULT M. (1971), *Surveiller et punir. Naissance de la prison*.

<sup>42</sup> Voir en droit communautaire, l'arrêt du 9 octobre 1990 dans l'affaire C-366/88, *Rec.*, I-3571ss.

de cheminement détaillés, ils se bornent à donner dans les grandes lignes la direction à prendre. Pour reprendre la métaphore cartographique de Sousa Santos<sup>49</sup>, les règles fixes sont des représentations détaillées à grande échelle, les principes des représentations imprécises à petite échelle. Les principes ne permettent pas de prendre des décisions par une voie déductive. Ils doivent être combinés avec d'autres principes, qui soit vont dans la même direction, soit dans une direction opposée. Lorsqu'une décision doit être prise sur la base de principes, chacun d'entre eux pèse d'un poids dont l'importance dépend dans une large mesure des circonstances du cas d'espèce. C'est pourquoi l'administration et le juge doivent avant de décider pondérer les intérêts en présence, les comparer, en opérer la pesée<sup>50</sup>. Cela implique un mode de raisonnement qui est aux antipodes de la pensée juridique moderne et qui rappelle la conception romaine du droit comme «rapport juste entre les choses»<sup>51</sup>.

Dans les domaines du droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire, les pesées d'intérêts sont très complexes. Elles dépendent à tel point d'une analyse détaillée de la réalité physique et chimique, des conséquences économiques et sociales des projets d'activité envisagés que l'on a vu naître de nouveaux instruments d'aide à la décision comme l'étude d'incidence en droit de l'environnement et le rapport de synthèse en droit de l'aménagement. Ces nouveaux instruments sont multifonctionnels. Ils permettent d'effectuer une évaluation prospective des projets envisagés et des décisions autorisant leur réalisation. Ils servent, s'ils sont conçus de manière itérative, à améliorer la qualité des projets et des décisions qui les autorisent. Ils doivent, grâce à la publicité qui leur est accordée, permettre qu'un débat public s'instaure au niveau des décisions mettant en œuvre des politiques publiques. Ils constituent enfin – et c'est leur intérêt au plan juridique – un puissant moyen de rationaliser les pesées d'intérêts qui doivent être opérées pour vérifier que les principes directeurs sont respectés. Parmi ceux-ci, le principe de prévention joue, en droit de l'environnement, un rôle majeur.

Ces instruments, qui ont fait leur preuve dans deux grands secteurs des nouvelles politiques publiques, pourraient être généralisés à tous ceux qui impliquent de difficiles pesées d'intérêts. Dans de nombreux domaines, l'analyse des effets prévisibles d'une loi ou d'une décision est effectuée sans que l'administration ni le juge ne disposent de données sûres. Que l'on songe aux décisions portant sur des choix technologiques importants ou tout simplement à l'évaluation des effets prévisibles d'une loi sur la jouissance des droits fondamentaux. La généralisation des études portant sur l'incidence des décisions

<sup>49</sup> SOUSA SANTOS B. (1988), «Droit : une carte de lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit», *Droit et société* 10, 368ss.

<sup>50</sup> MORAND C.-A. (1996), *op. cit.*, (note 48).

<sup>51</sup> ARNAUD A.-J. (1998), *Entre modernité et mondialisation*, 55.

étatiques les plus diverses représente l'avènement d'un deuxième niveau de rationalité permettant de tenir compte de la complexité des pesées d'intérêts basées sur l'application des principes. Il est clair en effet que la rationalité discursive, résultant du débat contradictoire qui peut se dérouler auprès des instances administratives ou judiciaires, ne suffit plus pour prendre des décisions en toute connaissance de cause. Ces deux types de rationalité sont évidemment complémentaires dans la mesure où une meilleure connaissance des effets prévisibles d'une décision peut enrichir le débat contradictoire.

La technique a encore une autre utilité. Elle permet d'assurer la coexistence harmonieuse de principes nationaux, locaux (dans les Etats fédéraux), supranationaux, internationaux (par exemple la CEDH, l'OMC). Cela vaut non seulement pour assurer le mixage de politiques publiques de plusieurs niveaux, mais aussi pour obtenir leur harmonisation avec les droits fondamentaux et d'autres intérêts publics de niveaux différents. On sait en effet que, contrairement à ce qui se passe pour les règles fixes, des principes contradictoires émanant de divers ordres juridiques peuvent coexister<sup>52</sup>. Les principes directeurs constituent ainsi une technique essentielle dans le processus international d'unification du droit<sup>53</sup>. Et ceci de deux manières. Ils peuvent se superposer aux droits étatiques en étant consacrés par le droit international ou le droit européen. On songera par exemple au principe de développement durable de la Convention de Rio, aux principes de protection de l'environnement déduits des droits fondamentaux dans le système de la CEDH ou des grands principes de droit de l'environnement consacrés par le droit communautaire. Ils peuvent aussi former un droit commun par une simple convergence des droits nationaux. Qu'on les appelle, comme les anciens auteurs, «le droit commun de l'humanité» ou «le droit mondial caché»<sup>54</sup> ou les principes généraux du droit reconnus par les Nations civilisées (art. 38 du Statut de la CID), les principes directeurs forment le tissu tenu d'un *jus commune* à contenu variable<sup>55</sup>.

En droit interne, la technique des principes directeurs a pour tant le défaut de ne pas être adaptée à la poursuite d'objectifs précis. Les pesées d'intérêts concrètes sont imprévisibles et aléatoires<sup>56</sup>. Elles ne permettent dès lors pas d'opérer une articulation précise entre des fins et des moyens. De ce fait, les politiques publiques perdent de leur consistance. Le reproche qui leur est fait, d'être fréquemment symboliques<sup>57</sup>, d'affichage, ne tient pas seulement à un

<sup>52</sup> MORAND C.-A. (1996), *op. cit.*, (note 48).

<sup>53</sup> DELMAS-MARTY M. (1994), *Pour un droit commun*, 121ss.

<sup>54</sup> *Ibid.*, 135.

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> MORAND C.-A. (1996), *op. cit.*, (note 31).

<sup>57</sup> WILDAVSKY A. (1981), *The Art and Craft of Policy Analysis*.

manque de volonté des autorités publiques, mais aussi à des obstacles juridiques de caractère structurel. L'instrumentalisation juridique des politiques publiques oscille entre la peste des normes trop détaillées<sup>58</sup> et le choléra des principes directeurs, qui eux sont trop vagues et généraux. Les difficultés structurelles inhérentes au droit expliquent que les concepteurs de politiques publiques cherchent à s'en passer pour recourir à des instruments alternatifs.

### 3. La planification

C'est l'invention majeure de l'État propulsif, concepteur et réalisateur de politiques publiques finalisées. La planification est un processus « qui a pour but de produire un résultat articulé, sous la forme d'un système intégré de décisions »<sup>59</sup>. Elle représente la quintessence de l'action finalisée. Elle articule sciemment des objectifs et des moyens. Elle est conçue de manière systématique pour assurer l'adaptation et la transformation des normes en fonction des changements qui peuvent se produire dans la réalité sociale qu'elle cherche à influencer. Enfin, elle assure la coordination de plusieurs décisions qui, si elles étaient prises séparément, risqueraient de se révéler incohérentes.

La planification introduit dans le droit une logique qui est à l'opposé de celle qui caractérise le droit moderne. À la logique déductive de la norme conditionnelle, la planification oppose une logique finalisée d'articulation d'objectifs et de moyens. Lorsqu'elle sert à concrétiser des normes finalisées, elle guide l'exercice des compétences discrétionnaires des autorités, elle réalise la balance des intérêts que ces normes présupposent. C'est pourquoi on a pu dire<sup>60</sup> que « la planification est aux normes finalisées ce que la subsumption est aux normes conditionnelles ». À la logique linéaire de la norme que l'on peut appliquer sans fin de la même façon, la planification oppose une logique systématique d'adaptation des normes aux objectifs, adaptation réalisée grâce à la mise en place de mécanismes d'évaluation.

La planification assume dans l'État propulsif plusieurs fonctions. Elle assure une direction souple des comportements; elle vise à coordonner des décisions complexes et à fournir au droit une cohérence qu'il n'est plus capable de produire au moment de son édicition<sup>61</sup>; elle tend aussi à produire une combinaison entre le droit et d'autres moyens d'action (infrastructure, information, formation, etc.). Elle sert de catalyseur à l'action de l'État propulsif<sup>62</sup>. Elle cherche enfin à réduire l'incertitude qui règne dans la réalité sociale. En bref, le

<sup>58</sup> Pour une critique de cette technique juridique, voir COHEN-TANUGU L. (1989), *La métamorphose de la démocratie*, 134.

<sup>59</sup> MINZBERG H. (1994), *Grandeur et décadence de la planification stratégique*, 88s.

<sup>60</sup> FLÜCKIGER A. (1996), *op. cit.*, (note 17), 29.

<sup>61</sup> *Ibid.*, 29.

<sup>62</sup> *Ibid.*, 30.

plan permet d'assurer la fonction de direction souple, de gestion et de contrôle, que les normes conditionnelles ne sont pas capables d'exercer « dans un contexte non répétitif, non reproductible, non pré-déterminable, non prévisible »<sup>63</sup>.

En raison de son caractère dynamique et agité, la planification présente, par rapport au droit moderne, un autre caractère qui est celle de cadrer de très près les actions humaines, de coller à la réalité. Au point qu'il est très difficile de savoir si c'est la réalité qui conduit la planification ou au contraire, si c'est celle-ci qui la dirige. D'où l'impression ressentie par ceux qui ne sont pas au centre du processus, mais qui le subissent, d'être entraînés dans un mouvement brownien.

#### C. L'évaluation des effets

Les normes conditionnelles du droit moderne ne visent pas à agir en profondeur sur la société pour la transformer. Elles sont destinées à être appliquées régulièrement chaque fois que les conditions qu'elles posent sont réalisées dans un cas particulier. Elles sont soumises à des contrôles juridictionnels de régularité. On peut à la rigueur porter sur elles un regard externe en se préoccupant de leur effectivité pour savoir si elles sont régulièrement appliquées. Ces études forment un champ classique de la sociologie du droit. Les normes conditionnelles sont, dans une large mesure, indifférentes au monde vécu. Sous réserve des corrections que le juge peut leur apporter pour tenir compte des circonstances particulières du cas d'espèce, elles suivent le précepte *fiat justitia, percat mundus*.

L'inverse est vrai pour les programmes finalisés. Ils peuvent à la limite se désintéresser de l'application régulière des normes. Ce qui compte avant tout pour eux, ce sont les transformations qu'ils provoquent sur le monde. L'évaluation est ainsi le moyen permettant d'apprécier dans quelle mesure ces transformations ont des chances de se produire ou se produisent réellement.

L'opposition entre normes conditionnelles et programmes finalisés doit pourtant être relativisée. D'une part, parce que la pensée finaliste a envahi le champ des normes conditionnelles. Le législateur ne peut ainsi plus se désintéresser des effets produits par une norme pénale, norme conditionnelle par excellence. D'autant plus que fréquemment la répression n'est qu'une parmi les alternatives possibles, comme par exemple l'approche curative du comportement délictueux (délits relatifs à l'usage de la drogue, délits de meurs, etc.).

L'évaluation est l'appréciation systématique, sur la base de méthodes scientifiques, de l'efficacité et des effets prévisibles ou réels d'une action étati-

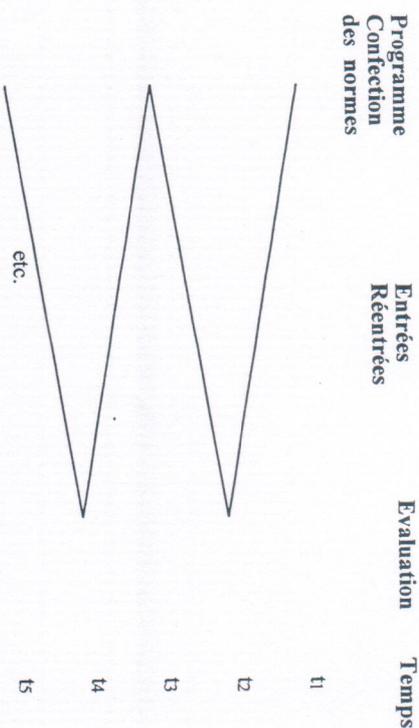
<sup>63</sup> *Ibid.*, 34; MOOR P. (1994), *op. cit.*, (note 4), 230.

qu<sup>64</sup>. On parle d'évaluation des politiques publiques lorsqu'elle porte sur le programme finalisé, d'évaluation législative lorsqu'elle se concentre sur la loi. La distinction a été parfaitement faite en France par les lois du 14 juin 1996 créant un office parlementaire d'évaluation de la législation<sup>65</sup> et un office parlementaire d'évaluation des politiques publiques<sup>66</sup>. La législation ne peut pourtant pas être véritablement séparée du programme qu'elle réalise ou qu'elle contient. On peut néanmoins reconnaître à l'évaluation législative certaines caractéristiques particulières<sup>67</sup>. Elle se préoccupe par exemple de la relation entre les effets produits par la loi et le respect de certains principes juridiques, elle tient compte du fonctionnement particulier de divers types de normes juridiques. L'évaluation législative s'inscrit dans un cadre différent de celui qui préside à l'analyse des politiques publiques, celui d'une discipline qui vise à la rationalisation de la législation, la légistique.

L'évaluation rétrospective ou concomitante sert à créer des boucles de rétroaction qui permettent au système de garder son équilibre ou de se réorienter en fonction des observations faites. L'évaluation prospective crée une boucle de rétroaction anticipée servant à corriger le programme en fonction des effets prévisibles avant même qu'il ne soit définitivement adopté. La loi, qu'elle soit incluse dans un programme ou qu'elle le contienne, est entraînée dans le mouvement circulaire d'observation et de correction que l'évaluation suscite.

La mise en place par les lois elles-mêmes de procédures d'évaluation permet de prolonger l'idée originale de Teubner<sup>68</sup> de s'inspirer des règles du droit international privé pour articuler les communications fournies par le droit avec celles qui sont codées par d'autres systèmes autopoïétiques qu'il cherche à influencer. L'auteur renonce, semble-t-il, à l'idée une fois exprimée que les interférences entre le droit et d'autres systèmes sociaux pourraient produire des hybridés<sup>69</sup> qui, étant le fruit d'accouplements grotesques, en raison de la fertilité des systèmes concernés, ne pourraient qu'être monstrueux. Il propose, à l'instar du double renvoi, qu'un va-et-vient s'installe entre le droit et la réalité sociale. Autant ce double renvoi paraît infernal, s'il est envisagé de manière statique, autant il semble réalisable dans la perspective évolutive des programmes finalisés. Grâce à l'évaluation, ceux-ci mettent en place un procé-

dé permettant au droit d'assurer la «réentrée» d'informations provenant des systèmes sociaux sur lesquels ils cherchent à agir. La prise en considération du temps permet non seulement d'envisager un double renvoi, mais un ensemble infini de renvois successifs selon le schéma suivant :



La «réentrée» des informations provenant des systèmes sociaux concernés peut être réalisée par le législateur si une révision formelle des normes est nécessaire ou par l'administration, sous le contrôle du juge, si elle est rendue possible par la souplesse des normes figurant dans le programme (normes indéterminées, principes, etc.).

La mise en place de divers mécanismes d'évaluation modifie en profondeur la structure juridique. Au modèle essentiellement linéaire qui sous-tend les contrôles juridictionnels de régularité, se superpose un autre de caractère systémique visant à assurer la correction de la régulation en fonction de son aptitude à atteindre les objectifs et des changements qui se produisent dans l'environnement social réglementé. Dans ces conditions, les règles et les principes juridiques inclus dans le programme, ou adoptés en vue de sa réalisation, deviennent des variables dépendantes de celui-ci.

#### D. La structuration dans le temps

Les programmes finalisés manifestent un rapport au temps très différent de celui qu'établit le droit moderne. Alors que celui-ci est intemporel, ce qu'exprime la métaphore chère à Carbonnier du soleil qui ne couche jamais, les programmes finalisés sont conçus pour être réalisés progressivement et dans le

64 MÉNÉ Y./THOENIG J.C. (1989), *Politiques publiques*, 289.

65 Loi n° 96-517, J.O. du 15 juin 1996.

66 Loi n° 16-517, JO du 15 juin 1996.

67 MORAND C.-A. (1995), «La simplification des procédures ou comment faire simple avec du complexe», *Aménagement du territoire et protection de l'environnement: la simplification des procédures*, 140ss.

68 TEUBNER G. (1996), «*Allera pars audiatur*». Le droit dans la collision des discours», *Droit et société*, 35, 99ss.

69 TEUBNER G. (1994), *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, 197.

temps. Ils peuvent être découps schématiquement en trois périodes principales. La première est faite de tâtonnements, d'essais et d'erreurs. Elle est rendue nécessaire par le fait que les pouvoirs publics cherchent à agir sur des systèmes autonomes dont ils ne connaissent pas bien le fonctionnement. Une première évaluation doit permettre de découvrir les erreurs de conception et d'adaptation du programme, de faire l'inventaire des effets bénéfiques ou pervers produits. Un type de loi particulier a été inventé pour couvrir cette première phase. La loi expérimentale est conçue dès l'origine à la fois comme un mode provisoire de direction des comportements et comme un processus d'apprentissage. Son utilisation est soumise à une série de conditions juridiques<sup>70</sup>. Les clauses d'évaluation figurant dans les lois interventionnistes ont la même fonction. Si l'évaluation n'aboutit pas à l'abandon de la politique publique, et si de brusques changements de circonstances ne se produisent pas, le programme entre dans une deuxième phase de consolidation. La politique publique acquiert alors une certaine stabilité. La troisième phase est celle du déclin et de la mort, soit parce que les objectifs sont atteints, soit parce que l'environnement a subi de trop grandes modifications, soit enfin que par suite d'un changement du calendrier politique, le problème que l'on cherchait à résoudre n'est plus perçu avec la même intensité. Les *sunset Laws* cherchent à organiser et à précipiter ce finis destin.

Même lorsqu'une politique publique acquiert dans la deuxième phase une certaine stabilité, les normes juridiques qui servent à leur réalisation revêtent une temporalité très différente de celle qui se manifeste dans l'application des règles du droit moderne. Pour que les objectifs poursuivis puissent être atteints alors que l'environnement sur lequel elles tentent d'agir est en perpétuel mouvement, les normes juridiques doivent être mobiles, adaptables. Elles ont ainsi «une temporalité — précaire ou aléatoire — qui pourrait bien entraîner une altération décisive de la forme juridique»<sup>71</sup>. On voit qu'avec l'avènement des politiques publiques, la loi n'est plus conçue comme perpétuelle, comme l'*archais* représentant un *continuum* de temps sans fin<sup>72</sup>. Elle est d'emblée pensée dans la forme du *tempus*, de ce qui change et doit changer, de l'éphémère.

<sup>70</sup> MORAND C.-A. (1993), «L'obligation d'évaluer les effets des lois», *Evaluation législative et lois expérimentales*, 88.

<sup>71</sup> van de KERCHOVE M./OST F. (1988), *Le système juridique entre ordre et désordre*, 230.

<sup>72</sup> THYSIT G. (1993), *Les figures du jugement*, 56; KANTOROWICZ (1989), *Les deux corps du roi*, 77.

## II. Les grands traits du droit des programmes finalisés

La mise en place de programmes finalisés fait subir au droit moderne des transformations qui, jusqu'à ce jour, ont été essentiellement traitées par les juristes comme une crise de l'État de droit<sup>73</sup>. La crise est pourtant un état pathologique aigu qui ne peut pas durer indéfiniment. Comme la crise dure depuis cinquante ans et que les politiques publiques finalisées se développent constamment, on doit en déduire qu'il ne s'agit pas d'une crise, mais d'une situation normale. Les législations finalisées génèrent un deuxième type de droit différent de celui que l'on trouve dans les législations conditionnelles. Il faut dès lors analyser en profondeur les caractéristiques de ce droit, les transformations qui se produisent au niveau de la structure juridique et les problèmes qui se posent du fait de ces transformations.

### A. Un droit totalitaire

Le droit des politiques publiques finalisées a fait l'objet de deux critiques majeures. Au delà du discours superficiel sur l'inflation législative, on lui fait grief d'être devenu «totalitaire au sens propre»<sup>74</sup>, c'est-à-dire d'occuper tout l'espace des rapports sociaux, de ne ménager aucun vide dans lequel pourrait se développer une activité libre, pleinement autonome. On s'attaque alors au déploiement horizontal des politiques publiques. Le deuxième grief porte sur la profondeur des interventions. On reproche alors au droit des politiques publiques d'être excessivement et inutilement autoritaire. Les deux griefs sont souvent conjugués. Le droit s'étend trop et pénètre trop profondément dans les structures sociales en les dénaturant.

Avec l'avènement des politiques publiques finalisées, le droit est en passe de constituer la belle totalité à laquelle Hegel songeait en parlant de l'État. Aucun comportement humain n'échappe à son empire. Les politiques se sont multipliées à un tel point qu'entrecroisées elles occupent l'intégralité de l'espace du monde vécu. Elles ont réussi à bétonner et à mitiger la totalité du territoire des activités humaines dans la mesure où les verrous posés par le droit moderne à l'envahissement de l'activité étatique ont sauté les uns après les autres. Il n'y a plus de domaine qui échappe à l'emprise des politiques publiques. Les obstacles juridiques ne portent plus que sur l'intensité des interventions.

<sup>73</sup> van de KERCHOVE M./OST F. (1988), *op. cit.*, (note 71), 231.

<sup>74</sup> ANSELER P. (1991), «L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales», *L'État propulsif*, 146.

Le reproche fait au développement des politiques publiques est double. La production massive des normes pose des problèmes aussi bien aux autorités publiques qu'aux personnes auxquelles elles s'adressent. Du côté de la confédération des normes, on relève avant tout la surcharge qu'elle provoque. Surcharge du législateur bombardé de demandes d'interventions, surcharge des capacités de pilotage des politiques publiques<sup>75</sup>, des capacités planificatrices de la bureaucratie<sup>76</sup>, surcharge par contre-coup de la justice chargée de contrôler l'action de l'administration. «Les sociétés modernes, qui se révèlent incapables de résoudre leurs problèmes quotidiens, portent leur action dans le futur. Mais cela signifie que même le futur se surcharge, et que cette pression déborde sur le présent»<sup>77</sup>.

Du côté de la normativité passive, on reproche au développement des politiques publiques d'opérer une colonisation parcellisée du monde vécu<sup>78</sup>. Le reproche est à nouveau de deux sortes. D'une part la juridicisation des rapports sociaux a des effets néfastes. Elle transforme les rapports sociaux originaires (de solidarité, pédagogiques, thérapeutiques, etc.) en les mixant avec des rapports juridiques<sup>79</sup>. De ce fait, elle détruit les rapports au monde vécu réglés à l'origine de manière informelle<sup>80</sup>. Elle accroît par ailleurs la dépendance et diminue la liberté des personnes qu'elle vise à protéger<sup>81</sup>. D'un autre côté, la parcellisation des politiques publiques aboutit à une fragmentation de ce monde vécu<sup>82</sup>. La paradoxe est complet. En devenant totalitaire, le droit détruit l'unité de l'homme, écartelé par la nécessité de s'adapter à des normes multiples et diverses.

Le deuxième type de griefs qui est fait aux politiques publiques finalisées est d'utiliser la contrainte non pas seulement pour réprimer les comportements manifestement antisociaux, comme le faisait le droit moderne, mais pour réaliser des finalités publiques incertaines. On incrimine alors la méconnaissance par les autorités publiques des phénomènes réglementés, la production d'effets pervers dus à la résistance des hommes à des contraintes non intériorisées. On parle de la normativité haïssable que représente l'intervention directe aussi destructrice de la personnalité humaine que les thérapies forcées, l'éducation

autoritaire, l'aide au développement de style colonial<sup>83</sup>. Avec ce grief, on retrouve les objections classiques de la théorie autopotétique du droit à l'égard de l'action directe.

Ces reproches, fondés en partie, sont pourtant excessifs dans la mesure où, comme nous le verrons par la suite, les interventions publiques purement autoritaires sont rares dans les démocraties. L'extension à peu près illimitée du droit ne s'est réalisée que parce que celui-ci s'est adouci et qu'il a introduit dans son fonctionnement une forte dose de réflexivité. Comme Amselek<sup>84</sup> l'a bien vu, la totalisation du droit a été rendue possible parce que la pression qu'il exerce a été réduite. Soit du fait que les régulations étatiques se sont faites moins autoritaires, plus incitatives. Soit que l'hétéronormativité a été atténuée et qu'une large place a été faite à l'autorégulation.

#### B. Un droit surdéterminé

Dans un programme de politiques publiques, les normes juridiques constituent un moyen parmi d'autres d'atteindre un résultat. Elles ne forment dès lors pas un ensemble autonome se suffisant à lui-même. Elles dépendent de la contribution qu'elles peuvent apporter à la réalisation des objectifs de la politique publique. Le programme greffe sur le modèle linéaire et déductif de fonctionnement des normes juridiques un processus systémique comprenant des boucles de rétroaction successives, qui permettent au système de s'orienter vers la réalisation des objectifs fixés.

Le système mis en place par une politique publique surdétermine ainsi le fonctionnement des normes juridiques. La surdétermination varie dans son intensité en fonction de plusieurs facteurs. Elle est probablement plus grande si le programme figure dans un acte juridique que dans une déclaration politique. On peut se demander aussi si elle dépend du lieu où se situe le programme dans la succession des actes qui s'enchaînent pour réaliser une politique publique. En simplifiant, trois solutions peuvent être envisagées. Soit le programme est en amont de la loi. Celle-ci est l'un des moyens, mais pas le seul, pour assurer la réalisation. Par exemple la loi suisse sur la protection de l'environnement, ou du moins certaines de ses parties, sont conçues comme l'un des moyens de réaliser le programme du Conseil fédéral visant à ramener la qualité de l'air à un certain niveau. La surdétermination est manifeste. Deuxième solution : le programme figure dans la loi elle-même. Par exemple une loi fixe les objectifs à atteindre pour qu'un quota féminin soit atteint en vingt ans et prévoit en même temps les normes juridiques susceptibles d'y contribuer. La surdétermi-

75 WILUKE H. (1991), «Trois types de Structures juridiques: programmes conditionnels, programmes finalisés programmes relationnels», *L'État propulsif*, 673ss.

76 HABERMAS J. (1981), *Theorie des kommunikativen Handelns* I, 506.

77 WILUKE H. (1991), *op. cit.*, (note 75), 68.

78 HABERMAS J. (1981), *op. cit.*, (note 76), 523ss.

79 *Ibid.*, 539ss.

80 *Ibid.*, 532ss.

81 *Ibid.*, 533.

82 *Ibid.*, 521ss.

83 WILUKE H. (1997), *Supervision des States*, 67.

84 AMSELEK P. (1991), *op. cit.*, (note 74), 142ss.

nation existe aussi, parce que les normes prévues sont l'un des moyens de réaliser les objectifs du programme. On voit que la hiérarchisation entre le programme et les normes juridiques n'est pas formelle, mais matérielle. Le programme est surdéterminant, parce qu'il constitue un plan d'ensemble dont la norme n'est qu'une partie.

Plus délicate est la situation où le programme est adopté en aval de la loi. Par exemple un programme d'élimination des déchets est établi pour réaliser l'obligation prévue dans la loi d'y procéder. Séquentiellement, il apparaît comme un moyen de réaliser les objectifs de la loi. Le plan devrait être considéré comme hiérarchiquement inférieur à la loi. C'est vrai formellement, mais pas matériellement, parce que les normes vagues prévues dans la loi ne prennent leur consistance que par la réalisation du programme. Ce phénomène d'inversion normative, qui fait freiner les juristes positivistes, n'est que l'illustration d'une règle plus générale attestée par l'observation : la mise en œuvre est de fait le lieu de l'élaboration de la politique<sup>85</sup>. On voit ainsi que la surdétermination de la réglementation juridique par le programme existe dans les trois cas de figure et qu'elle est indépendante de la hiérarchisation formelle des normes.

La surdétermination signifie que les normes prises pour atteindre un objectif ne se suffisent pas à elles-mêmes. Elles sont reléguées au rang de variables dépendantes de la réalisation de l'objectif fixé. Leur valeur n'est pas intrinsèque. Elle dépend de leur capacité à réaliser les finalités du programme. Il s'ensuit que les normes juridiques doivent être structurées de telle manière qu'elles puissent s'appliquer avec rigueur, lorsque l'écart avec la réalisation de l'objectif est encore grand, moins strictement lorsque celui-ci est en passe de l'être et plus du tout lorsqu'il est atteint. La règle de préférence prévue pour réaliser un quota féminin illustre parfaitement bien la souplesse que les normes juridiques acquièrent du fait de leur surdétermination. Elle devra être interprétée strictement, lorsque l'écart avec l'objectif est encore grand, plus souplessement lorsque l'on s'approche de la réalisation de l'objectif. Elle pourra être ignorée lorsque la proportion de femmes prévues par le programme est atteinte. C'est en raison de la surdétermination que les normes juridiques insérées dans les programmes finalisés acquièrent la souplesse et la ductibilité qui a tant inquiété les juristes classiques. L'opposition entre les règles fixes et les principes directeurs doit dès lors être relativisée. Les règles fixes mises au service de la réalisation de programmes finalisés acquièrent elles-aussi une certaine souplesse du fait de la surdétermination dont elles font l'objet.

La surdétermination est particulièrement nette si l'on considère le fonctionnement des taxes d'orientation qui sont une illustration de la pensée à la

fois finalisée et réflexive<sup>86</sup>. Pour que la taxe soit efficace, son montant doit être plus élevé que les coûts d'évitement du comportement frappé d'imposition. Une fois le choix politique opéré en faveur de l'instauration d'une taxe d'orientation, la détermination de son montant découle à peu près mécaniquement de l'analyse de son aptitude à atteindre les objectifs poursuivis. Des règles de changement doivent être mises en place pour s'assurer que le montant de la taxe puisse être modifié rapidement de façon à ce que celle-ci soit pleinement efficace.

La surdétermination pose un problème démocratique important, lorsque les finalités sont établies par un parti dominant ou par le gouvernement et qu'elles orientent l'interprétation et l'application des règles légales. Dans les régimes totalitaires, qu'ils soient de droite ou de gauche, la surdétermination est une technique de gouvernement. Elle entraîne une subordination à peu près complète du droit aux préceptes du parti au pouvoir<sup>87</sup>. Dans les démocraties, le phénomène ne prend pas la même ampleur. Il ne présente surtout pas le même caractère d'irréversibilité. Il existe néanmoins et tout particulièrement à la suite d'une alternance au gouvernement. La tentation est alors grande d'adopter des programmes politiques, d'édicter des ordonnances administratives visant à exercer rapidement une influence sur l'interprétation et l'application des lois sans passer par le processus de révision formelle qui peut être long et incertain.

### C. Un droit instrumentalisé

Avec l'avènement des politiques publiques, la loi, descendue de son piédestal, devient immanente à la société qu'elle régit. Elle ne constitue plus un choix de valeurs, prétendant exprimer des vérités universelles, mais un outil mis à la disposition de la réalisation de finalités politiques contingentes. L'instrumentalisation signifie tout d'abord que le droit fait figure de médium ordinaire de l'action étatique à côté de l'argent et de l'information. Cela entraîne une désacralisation de la norme juridique. L'irruption des législations finalisées marque la fin de la conception théologique de la loi que la doctrine positiviste avait réussi à perpétuer d'une manière très paradoxale<sup>88</sup>.

Un deuxième aspect de l'instrumentalisation consiste dans le fait que les normes juridiques trouvent leur fondement de validité non seulement dans la régularité de la procédure régissant leur création, mais aussi dans leur aptitude à atteindre les objectifs de la politique publique et au delà de leur capacité à ré-

<sup>86</sup> À ce sujet, cf. *infra*, p. 125 ss.

<sup>87</sup> Voir RABAULT H. (1997), *L'interprétation des normes: l'objectivité de la méthode herménéutique*, 229.

<sup>88</sup> TIMIST G. (1991), *Les noms de la loi*, 11 ss.

<sup>85</sup> DURAN P. (1993), *op. cit.*, (note 2), 32.

soudre les maux que celle-ci est censée combattre. L'irruption d'un critère d'efficacité implique que la production et la mise en œuvre des normes juridiques doivent être rationalisées. Elle présuppose que les connaissances et les techniques scientifiques, tout particulièrement celles des sciences sociales, soient mises au service de la production et de la mise en œuvre des normes. On attend de la science qu'elle fournisse une bonne connaissance du domaine qui doit être réglementé, qu'elle développe les techniques permettant d'influencer de manière optimale les comportements humains et d'évaluer les effets produits par les normes juridiques. Le critère de l'efficacité implique une rationalisation de l'exercice du pouvoir qui se réalise grâce à l'amélioration de la connaissance de la réalité physique et sociale sur laquelle on se propose d'agir. Il ne s'agit donc pas, comme pour le droit moderne, de présupposer sa rationalité, mais de mettre au service de la réglementation l'ensemble des ressources que les sciences peuvent fournir et tout particulièrement celles des sciences sociales. Dans une perspective plus large, on voit se profiler derrière l'action finalisée de l'État une biopolitique du vivant explorée par Foucault dans ses derniers travaux, biopolitique qui « vise à optimiser la vie, en mettant en place des dispositifs de connaissance, de surveillance et de régulation des phénomènes aléatoires propres aux espèces vivantes »<sup>89</sup>.

L'instrumentalisation du droit des politiques publiques signifie aussi que l'homme ne peut plus être conçu comme une monade isolée à la recherche du bonheur, mais qu'il se fonde dans un ensemble social poursuivant certains buts d'intérêt public. On aurait pourtant tort d'opposer un droit moderne idyllique où l'homme serait maître de ses actions au droit de l'État propulsif où il serait transformé un simple outil de réalisation de finalités publiques. Car le but des politiques publiques et tout particulièrement de la politique sociale est de soustraire l'individu à l'instrumentalisation infiniment plus grave qu'il peut subir dans des relations guidées exclusivement par les lois du marché. L'instrumentalisation du droit dont on a souligné les dangers<sup>90</sup> et qui résulte de l'adoption des politiques publiques finalisées, est aussi le prix à payer pour aboutir à une désaliénation de l'homme et à une amélioration de ses conditions de vie en société.

#### D. Un droit dont l'autonomie est réduite

Le droit des politiques publiques diminue considérablement le superbe isolement que le droit moderne avait tenté de construire.

<sup>89</sup> LASCOLUMES P. (1994), *L'éco-pouvoir*, 313.

<sup>90</sup> ARNAUD A.-J. (1997), « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques », *Droit et sociétés* 35, 17.

L'autonomie, qui n'a jamais été complète, sinon dans les représentations qui en ont été données, diminue considérablement avec l'avènement des politiques publiques finalisées. Il y a à cela au moins quatre raisons. Tout d'abord, la subordination du droit à la réalisation d'objectifs politiques le rend dépendant de leur réalisation. Cette inféodation enlève au droit sa toute-puissance. De maître du jeu, il est ravalé au statut d'un simple pion sur l'échiquier d'une politique publique. Il est structuré de manière telle que son existence même dépend de la réalisation des objectifs fixés. Grâce au vaste pouvoir d'appréciation dont elle dispose, l'administration peut non seulement doser son action en fonction de la possibilité concrète d'atteindre les objectifs publics tracés. Elle peut aussi renoncer à appliquer le droit si son action n'est pas justifiée ou si celle-ci risque de s'avérer contre-productive. Comme l'analyse de la règle de préférence en vue de réaliser des quotas féminins l'a montré<sup>91</sup>, même les règles fixes deviennent dépendantes des objectifs politiques à réaliser.

L'introduction dans le droit de considérations d'efficacité aboutit en deuxième lieu à un mixage de normes juridiques et de règles pragmatiques de management portant sur la meilleure manière de réaliser les objectifs prévus<sup>92</sup>. Dans ce mixage, le droit occupe une position subordonnée dans la mesure où son applicabilité, voire son existence, sont subordonnées aux jugements qui pourront être opérés dans le cadre de règles pragmatiques orientées par des considérations d'efficacité. Ce mixage, qui est de grande ampleur dans le domaine des politiques publiques, se retrouve sous une forme atténuée, lorsque le juge s'autorise à interpréter les normes juridiques en fonction des résultats prévisibles (*Folgenorientierung*). En effet si dans ce dernier cas on assiste à une greffe partielle de règles pragmatiques sur des règles conditionnelles, le mixage est autrement plus important dans le cadre des politiques publiques, car il traverse tout le processus d'interprétation et d'application des normes juridiques.

En troisième lieu, l'autonomie du droit est mise en péril par le recours à des règles indéterminées et des principes directeurs dont l'application dépend d'appréciations économiques, sociologiques, éthiques. Pour ne prendre que cet exemple, le droit de l'aménagement du territoire regorge des dispositions de ce genre. Il doit garantir « un développement harmonieux de l'ensemble du pays »<sup>93</sup>, tenir compte des « besoins de l'économie »<sup>94</sup>, « maintenir un milieu bâti harmonieusement aménagé »<sup>95</sup>, « promouvoir une décentralisation judicieuse de l'urbanisation et de l'économie »<sup>96</sup>, « tenir compte des besoins spécifiques des

<sup>91</sup> Cf. *supra*, p. 94.

<sup>92</sup> MORAND C.-A. (1988), « Le droit de l'État providence », *Revue de droit suisse* 107, 539.

<sup>93</sup> Art. 1 al. 1 de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire (cité ci après LAT).

<sup>94</sup> Art. 1 al. 1 LAT.

<sup>95</sup> Art. 1 al. 3 lit. b LAT.

<sup>96</sup> Art. 1 al. 3 lit. c LAT.

régions et réduire les disparités choquantes entre celles-ci)<sup>97</sup>. On trouve des clauses semblables dans le droit économique et on constate que l'administration et le juge sont placés dans ce secteur au coeur d'options économiques et politiques<sup>98</sup>. De telles clauses se retrouvent dans la plupart des domaines où l'interventionnisme étatique se manifeste. Elles sont autant d'ouvertures facilitant la pénétration dans le droit de notions venant d'ailleurs. Bourdieu<sup>99</sup> a bien décrit le phénomène. On n'est plus à se demander si le droit est indépendant de l'économie ou déterminé par elle, « mais à observer comment le droit pénètre l'économie et comment, pour pénétrer l'économie, il doit absorber l'économie. »<sup>100</sup> Plus largement, on souligne les risques de dissolution du droit dans le social.

#### E. Un droit gouvernemental et bureaucratique à faible densité normative

Il est devenu banal de constater que le parlement n'occupe plus le centre de la production normative. Qu'il y a, par rapport au modèle idéal de la séparation des pouvoirs, un déplacement de compétences en faveur du gouvernement et peut-être plus encore de l'administration. Cela s'explique aisément si l'on considère le degré de complexité que revêt l'action finalisée et la nécessité d'adapter en permanence le droit à des circonstances changeantes. Ce phénomène va au delà de la nécessaire collaboration des pouvoirs que la théorie revisitée de la séparation des pouvoirs postule. Il s'agit d'un véritable transfert de pouvoirs vers le Gouvernement et vers l'administration. Le déplacement est patent lorsque la constitution attribue une partie du pouvoir législatif au gouvernement. En dehors de cette situation, on peut distinguer trois techniques aboutissant à un transfert de pouvoirs qui correspondent toutes à une diminution de la densité normative de la loi formelle ou matérielle. La première, tout à fait classique, est la délégation législative. La deuxième consiste, en légiférant au moyen de principes directeurs ou de normes indéterminées, à laisser à l'administration le soin de décider de cas en cas sous le contrôle du juge administratif. C'est ce que nous appelons, faute de mieux, la délégation administrative. Une troisième voie consiste à mettre en place des processus facilitant la concrétisation progressive des normes juridiques.

<sup>97</sup> Art 3 al. 4 lit a LAT.

<sup>98</sup> MORAND C.-A. (1988), *op. cit.*, (note 92), 539.

<sup>99</sup> BOURDIEU P. (1991), « Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective, Normes juridiques et régulation sociale », 98.

<sup>100</sup> Voir OST F., *Le temps virtuel des lois post-modernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information*; BELLEVY G. (1996), *Le droit soit soluble*, 12.

#### 1. La délégation législative

Le phénomène est trop connu pour que l'on insiste longuement. Son intensité peut varier d'un régime politique à l'autre en fonction de traditions constitutionnelles relatives aux exigences de légalité et de la facilité avec laquelle la loi formelle peut être révisée. Mais il se rencontre dans tous les régimes. Le principe de la réserve de la loi formelle voudrait que les éléments essentiels de la réglementation figurent dans celle-ci, que des directives précises soient données au gouvernement sur la manière d'exercer son pouvoir réglementaire<sup>101</sup>. Cette exigence de densité normative ne peut pourtant pas être respectée, lorsque l'État cherche à agir sur des phénomènes mal connus au départ et susceptibles de subir de fortes variations. Le droit de l'environnement est très caractéristique à cet égard. En Suisse, le soin d'établir les valeurs-limites d'émission, qui forment l'instrument le plus tranchant de la réglementation, a fait l'objet d'une vaste délégation de pouvoirs au Conseil fédéral. La seule précision qui a pu être donnée était que le Gouvernement devait prendre en considération trois facteurs : l'état de la technique, les conditions d'exploitation et le caractère économiquement supportable des valeurs établies<sup>102</sup>. Trois notions indéterminées, laissant au Gouvernement un pouvoir d'appréciation considérable.

La délégation législative intervient dans les secteurs où le besoin d'une réglementation détaillée est ressenti. Dans les législations finalisées, ce déplacement du pouvoir de légiférer ne suffit pourtant pas pour assurer le pilotage des politiques publiques. Il doit être accompagné d'un deuxième au profit de l'administration soit par le procédé de la subdélégation, soit de manière plus subtile en lui laissant le soin de réglementer la situation au moyen de directives administratives.

Au delà des distinctions juridiques, il est patent que sociologiquement et politiquement, c'est vers l'administration et les experts que le transfert de pouvoirs est le plus considérable. Cela est dû à la fois à la complexité des interventions, à la difficulté de connaître la réalité sociale sur laquelle les pouvoirs publics cherchent à agir, à la nécessité d'assurer un pilotage fin de la mise en œuvre des politiques publiques, à l'ampleur des connaissances qu'il faut recueillir pour opérer une évaluation de leurs effets et pour les réorienter en fonction de celle-ci.

#### 2. La délégation administrative

Le législateur formel ou matériel peut donner aux normes la souplesse requise en recourant à des principes directeurs ou à des notions très indéterminées. Il refuse alors de normer la matière et laisse à l'administration le soin de

<sup>101</sup> Cf. *supra*, p. 27.

<sup>102</sup> Art. 11 al. 2 de la loi fédérale sur la protection de l'environnement [cité ci-après LPEJ]

décider au coup par coup, en procédant à de vastes pesées d'intérêts. Pour ne prendre qu'un seul exemple, le législateur suisse a prévu que si les valeurs-limites d'émission n'ont pas été établies par ordonnance, elles le seront sur la base de décisions fondées sur les principes définis par la loi<sup>103</sup>. L'exemple montre bien que le stade de la confection d'une norme générale préalable est supprimé, que la décision est établie sur la base d'intérêts opérés dans chaque cas concret. Il ne s'agit pas d'une délégation législative, mais d'une délégation de pouvoirs portant sur l'édition d'actes individuels et concrets. Le contenu de ces actes n'est que très faiblement déterminé par les normes générales sur la base desquelles ils sont pris. La norme de base annexe sciemment ou non des vides importants, des silences que l'administration doit remplir à l'occasion de chaque cas d'application. Contrairement aux exigences de l'administration réglementée, les normes de base de la loi formelle ou matérielle sont à texture très ouverte. Leur densité normative est extrêmement faible.

### 3. La mise en place de processus

Un autre moyen d'assurer la souplesse des règles conditionnelles est de créer des processus permettant l'adaptation progressive de la règle aux situations particulières. La loi suisse sur la protection de l'environnement prévoit de tels processus pour cadrer, par exemple, l'assainissement d'une entreprise polluante. Il en va de même en France<sup>104</sup>. Les processus s'écartent du modèle classique d'application de règles conditionnelles. Ils impliquent une action progressive dans le temps. Les études empiriques<sup>105</sup> montrent que des processus de ce type se mettent en place en marge de la loi, même lorsqu'ils ne sont pas prévus expressément par celle-ci. Ce phénomène s'explique par le fait que l'application formaliste du droit dans des conditions d'incertitude très fortes est fréquemment contre-productive et injuste, plus profondément parce que l'application des normes implique des opérations très complexes de transcodage entre le droit d'une part et de l'autre la technique, la politique, l'économie<sup>106</sup>.

Les processus qui se développent spontanément dans le cadre de la mise en œuvre des politiques publiques, ont été formalisés par le recours à des planifications s'intercalant entre la législation et son application. Les plans greffent sur la procédure linéaire d'application des normes juridiques un processus évolutif d'individualisation de celles-ci et de conciliation progressive des inté-

rêts en présence. Le contenu des normes est établi au fur et à mesure que l'action étatique se développe.

Dans le cadre de la planification, l'administration joue, comme dans toute action finalisée, un rôle central. C'est à elle qu'incombe principalement le soin de combler la faible densité normative des normes de base, de donner chair aux normes prévues pour l'accomplissement des processus. Ceux-ci se caractérisent aussi par le fait qu'ils impliquent des délégations de pouvoirs portant sur des actes disparates : des normes générales et abstraites, des décisions concrètes, des actes matériels très divers de prévision et de coordination.

### F. Un droit en quête de légitimité

La perte de densité normative de la loi formelle entraîne un déficit démocratique évident. Si le manque de densité normative se trouve dans la loi matérielle, c'est le préconditionnement des décisions dans les règles générales qui est défaillant. Le déficit se situe alors au niveau de l'un des principes fondamentaux de l'État de droit. Les programmes finalisés provoquent ainsi l'effondrement partiel des deux grands piliers de légitimation de l'État de droit démocratique.

Dans le droit moderne, le pouvoir inconditionné se situait au niveau de l'adoption de la loi. C'est là que se trouvait la boîte noire, c'est-à-dire l'espace de pouvoir dont on ignore au préalable ce qui va en sortir<sup>107</sup>. Avec les programmes finalisés, la boîte noire se déplace du niveau de la loi à celui de l'ordonnance et surtout à celui de la décision administrative. Les réponses à ce redoutable défi se développent dans trois directions. Par le recours à d'autres modes de légitimation, l'institution de compensations et enfin par la régularisation des déficits initiaux.

#### 1. La légitimation par l'efficacité de l'action

Pour compenser le déficit de légitimité de l'action finalisée de l'État, on peut invoquer le degré de satisfaction procuré par l'action étatique. « À une légitimité fondée sur la régularité des procédures mises en œuvre, sur la conformité des conduites et des comportements, se substitue une légitimité fondée sur l'efficacité des actions entreprises, sur la capacité d'atteindre des objectifs préalablement fixés »<sup>108</sup>. Les lois finalisées sont légitimées à la fois parce qu'elles assurent la réalisation des principes directeurs de la constitution pos-

<sup>103</sup> Art. 12 al. 2 LPE.

<sup>104</sup> LASCOMES P. (1994), *op. cit.*, (note 89), 150ss.

<sup>105</sup> MORAND C.-A. (1996), *op. cit.*, (note 31), 75, 76; HAWKINS K. (1984), *Environment and Enforcement. Regulation and the Social Definition of Pollution*.

<sup>106</sup> LASCOMES P. (1994), *op. cit.*, (note 89), 161ss.

<sup>107</sup> MOOR P. (1987), « De la règle de droit à l'étude d'impact », *Staat und Gesellschaft*, 61ss.

<sup>108</sup> CHEVALLIER J. (1991), « La rationalisation de la production juridique », *L'État propulsif*, 19.

tulant ce type d'action<sup>109</sup> et par leur aptitude à réaliser les objectifs qu'ils poursuivent. L'évaluation est l'instrument par lequel la loi peut tenter de prouver son efficacité. Elle supplée certaines garanties que les règles générales ne sont plus à même de fournir. Elle sert de rempart ultime contre l'arbitraire des décisions étatiques. C'est du moins comme cela qu'elle est perçue dans certaines études qui préconisent une amélioration des décisions publiques ayant un impact sur l'environnement. On en veut pour preuve cette interrogation qui précède le compte rendu d'une étude visant à rendre plus exhaustives les études d'incidence<sup>110</sup> : «Comment prévenir l'arbitraire de certaines décisions publiques quand on sait que leurs conséquences se feront sentir pendant des dizaines d'années sur l'environnement?»<sup>111</sup>.

La légitimation par l'efficacité est beaucoup plus fragile que celle traditionnelle, fondée sur le respect des principes de l'État de droit démocratique. Elle est plus difficile à établir, car elle nécessite de grands moyens matériels. Elle est toujours contestable, car aucune évaluation n'est capable de fournir des certitudes absolues. Elle est mouvante, car un changement de circonstances peut la remettre en question. L'évaluation législative ne jouit jamais du privilège de la force jugée.

L'échec dans la réalisation des objectifs annoncés parfois imprudemment par les autorités publiques constitue une épée de Damoclès suspendue en permanence sur leurs têtes. Les promesses non tenues sont un enjeu majeur des élections. Cela explique que, malgré les déclarations de principe, les autorités soient si hostiles aux évaluations externes conduites de manière indépendante.

## 2. La recherche de compensations

Deux grandes voies ont été explorées : d'une part la démocratisation du processus d'adoption des ordonnances et des décisions, de l'autre l'accroissement de la protection juridique et plus particulièrement le développement du contrôle juridictionnel des décisions. Ils ont tous les deux l'inconvénient d'intervenir fréquemment à la manière d'une guillemette au terme d'une longue procédure.

La première voie est celle de la *démocratie concrète*, qui peut prendre plusieurs formes. Une manière très conséquente de combler le déficit démocratique est de considérer que la boîte noire s'étant déplacée de la loi à la décision,

<sup>109</sup> La Constitution suisse contient une quantité de mandats législatifs précisant selon quels principes le législateur doit agir. Voir par exemple l'article 22 quater al. 1 pour l'aménagement du territoire, l'article 24 sexes en ce qui concerne la protection du paysage.

<sup>110</sup> DRON D./COHEN de LARA M. (1998), *Evaluation économique et environnementale dans les décisions politiques. La documentation française*.

<sup>111</sup> ZAPPI S. (1998), «Environnement et décisions politiques», *Le Monde*, 31 janvier 1998, 16.

celle-ci doit être adoptée par l'instance la plus démocratique, le parlement dans un système représentatif, le peuple dans une démocratie semi-directe.

En Suisse, ce sont essentiellement le référendum administratif et le référendum financier qui remplissent cette fonction aux plans cantonal et communal. La prise de conscience du déficit démocratique inhérent aux lois interventionnistes a conduit les auteurs du projet de la nouvelle Constitution suisse à suivre la suggestion<sup>112</sup> d'ajouter au plan fédéral une institution de démocratie directe, le référendum administratif<sup>113</sup>. L'initiative populaire tendant à la réalisation de projets concrets joue un rôle non négligeable au plan tant fédéral que cantonal<sup>114</sup>.

Une autre manière de compenser les déficits résultant d'une absence de densité normative consiste à développer la *participation* à l'adoption des ordonnances ou des décisions. S'agissant des ordonnances, la participation est surtout nécessaire, lorsque celles-ci sont prises en vertu d'une délégation législative. On peut prévoir que leur adoption doit faire l'objet de *hierings* et/ou de procédures de consultation des milieux intéressés. S'agissant des décisions, on peut songer ici encore au développement de procédures de consultation. En Suisse, la décision de principe portant sur la construction d'une centrale nucléaire est soumise à l'une des procédures de consultation les plus ouvertes qui soient<sup>115</sup>. On peut songer aussi à ce que les décisions soient soumises à des enquêtes publiques largement ouvertes et réalisées dans le cadre de procédures de décision. Il s'agit, au fond, de créer au niveau de la décision un espace public de discussion équivalent à celui que l'on trouve dans les instances parlementaires. C'est une voie qui a été négligée par Habermas<sup>116</sup> qui, sous l'influence de Dworkin, croit trop à la prédétermination par la loi<sup>117</sup>. L'idée de compenser le manque de densité normative par la participation n'est pas non plus absente de la jurisprudence. Le Tribunal fédéral a ainsi, par exemple, considéré qu'en raison d'une très faible densité normative de la réglementation relative à la protection des catastrophes, l'administration devait instaurer un dialogue avec les entreprises afin de déterminer en commun les mesures à prendre<sup>118</sup>.

<sup>112</sup> MORAND C.-A. (1982), «La crise du droit vue à travers la participation aux décisions concrètes», *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel*, 423.

<sup>113</sup> Article 123 du projet de Constitution de 1995, comportant une réforme des droits populaires.

<sup>114</sup> TANOÛREBEL T. (1988), *La participation de la population à l'aménagement du territoire*, 179ss; 220ss.

<sup>115</sup> MOOR P. (1987), *op. cit.*, (note 107), 72.

<sup>116</sup> HABERMAS J. (1994), *Faktizität und Geltung*.

<sup>117</sup> Voir LENOBLE J. (1994), *Droit et communication*, 72.

<sup>118</sup> ATF 113 Ib 60ss du 17 mars 1987.

La deuxième voie passe par le renforcement de la protection juridique<sup>119</sup> des personnes qui sont touchées par des programmes finalisés et plus particulièrement par le renforcement du contrôle juridictionnel des décisions. Parmi les mesures prises dans cette direction, on peut signaler l'extension de la qualité pour recourir à des personnes autres que celles qui sont atteintes dans leurs droits, l'extension du droit de recours des associations à but idéal, l'obligation faite au juge de motiver soigneusement les pesées d'intérêts auxquelles il procède. Sur le fond, les concessions faites aux exigences de légalité peuvent être compensées par un contrôle plus étroit du respect des exigences de proportionnalité, c'est-à-dire par le contrôle plus strict de l'*aptitude* d'une décision à atteindre les objectifs visés et de la *nécessité* de l'adopter. Peuvent alors être considérées comme illégales les décisions portant des atteintes superflues et excessives à la liberté<sup>120</sup>.

### 3. La régularisation

Un certain manque de densité normative est inhérent aux législations finalisées. Celles-ci doivent avoir assez de souplesse pour que les objectifs puissent être réalisés dans un environnement changeant. Il est en revanche possible de remédier à d'autres manques, qui peuvent être attribués à d'autres causes. Il en va ainsi de celui qui est dû à la méconnaissance initiale du domaine d'intervention. Cette méconnaissance explique le recours aux législations expérimentales qui bénéficient d'un « bonus de légalité » permettant à l'autorité de faire l'apprentissage du secteur d'intervention.

Lorsque la période d'expérimentation est terminée et que s'engage la phase de consolidation de la politique publique, il est alors possible, au moins en partie, de renforcer la densité normative de la réglementation. C'est pourquoi on considère que le « bonus de légalité »<sup>121</sup> n'est que provisoire, que les exigences de légalité ne sont que différées<sup>122</sup>. Ces principes ne valent cependant pas seulement pour les législations qui se présentent ouvertement comme expérimentales, mais pour toutes les réglementations finalisées, car elles impliquent toutes une phase d'apprentissage.

L'exigence de *légalité différée* signifie qu'au terme d'un certain délai, variable d'une législation à l'autre, les autorités, qui ont eu le temps d'accroître leur connaissance du domaine réglementé, doivent renforcer la densité norma-

tive de la loi tant matérielle que formelle. Il s'ensuit que les pratiques d'application, reprises ou non dans des directives administratives, doivent être retrascriptes sous forme de règles générales dans une loi ou dans une ordonnance de droit. Cela veut dire aussi que les éléments de la réglementation issus de la pratique, qui devraient figurer dans une loi formelle, en vertu des exigences variables de chaque ordre constitutionnel national, doivent être hissés à ce niveau. Il y a donc une obligation constitutionnelle ou légale de réviser les lois initiales de commandement pour satisfaire à des exigences de légalité dues à la difficulté de connaître la matière réglementée. Le respect de cette exigence de légalité différée peut être assuré par les tribunaux constitutionnels ou administratifs, dans le cadre d'un contrôle concret de constitutionnalité ou de légalité.

### G. Un droit dont la production est rationalisée.

Le droit moderne est fondé sur le mythe du législateur rationnel<sup>123</sup>. C'est parce que la loi, malgré sa laïcisation, conservait une certaine transcendance que le mythe a fonctionné. Descendue de son piédestal, « humaine, trop humaine », la législation finalisée ne peut plus vivre sur le mythe. Sa production doit reposer sur une connaissance précise de la réalité sociale qu'elle cherche à influencer et des réactions qu'elle peut provoquer par son action. Le vaste processus de rationalisation qui marque la production des législations finalisées s'exerce dans deux directions principales. La prétention à agir autoritairement sur des systèmes sociaux suscite, en premier lieu, un immense besoin d'information sur l'environnement économique et social, voire physique, que l'on cherche à modifier. Cela conduit à recourir aux experts spécialisés du champ d'intervention, à recueillir des données toujours plus fines et à développer à cette fin les technologies de l'information les plus avancées<sup>124</sup>. Tourné vers l'efficacité, et conscient aussi des effets pervers que son action peut produire, l'État propulsif est amené, en deuxième lieu, à mettre au point des techniques sophistiquées d'évaluation prospective et rétrospective de son action.

Sur le système politique de production des normes se greffent ainsi des branches de savoirs spécialisés, se subdivisant à leur tour en rameaux plus fins correspondant à chaque domaine d'intervention. Ces transformations posent avec acuité le problème des rapports, à la fois conflictuels et de dépendance, entre la politique et le droit d'une part et les experts de l'autre.

À côté de ces mouvements réactifs d'adaptation, on assiste au développement d'une discipline nouvelle, la légistique, visant à constituer un corpus de

<sup>119</sup> TANQUEREL T. (1988), *op. cit.*, (note 114), 61ss.

<sup>120</sup> Voir CHEVALLIER J. (1993), « La juridicisation des préceptes managériaux », *Politiques et management public* 11 n° 4, 113.

<sup>121</sup> MADER L. (1993), « La législation expérimentale en Suisse », *Evaluation législative et lois expérimentales*, 235s.

<sup>122</sup> MORAND C.-A. (1989), « Le principe de légalité et l'intervention étatique », *Aktuelle Probleme des Staats- und Verwaltungsrechts. Festschrift für Otto K. Kaufmann zum 75. Geburtstag*, 155.

<sup>123</sup> LENOBLE J./OST F. (1980), *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*.

<sup>124</sup> CHEVALLIER J. (1993), *op. cit.*, (note 120), 115.

connaissances et de règles d'expérience sur la manière de rationaliser à la fois la production et la mise en œuvre de la législation. Au sein de cette discipline, par opposition à la légistique formelle<sup>125</sup> qui se préoccupe d'améliorer la rédaction des textes, la légistique matérielle, est centrée sur l'optimisation des effets produits par la législation, sur son efficacité<sup>126</sup>. Le développement de la légistique matérielle, et plus généralement de la rationalisation de la production des normes juridiques, a engendré une nouvelle évolution, la juridicisation de préceptes et de règles pragmatiques portant sur l'efficacité et plus largement sur les effets produits par les normes juridiques.

### 1. Le développement de la légistique matérielle

Celle-ci est fille de l'État propulsif. C'est à partir du moment où l'État a mis en place des programmes finalisés que l'idée de faire de la production et de la mise en œuvre de la législation l'objet d'une approche scientifique et systématique s'est développée. Non sans difficultés d'ailleurs, car les juristes n'y étaient pas préparés. Ceux-ci, vite dépassés par les progrès des sciences sociales portant sur la formation de la législation, ont bien tenté de constituer une discipline appelée l'art de légiférer<sup>127</sup>. Ils se rappelaient probablement que le droit lui-même avait tout d'abord été un art. Le choix du terme était pourtant significatif. Seule l'application de la règle au cas particulier était digne de faire l'objet de la science juridique. La formation des règles était un art, ce terme signifiant quelque chose d'approximatif, de réfractaire à toute systématisation. L'art de légiférer constituait effectivement un bric-à-brac de réflexions assez superficielles, dénonçant péle-mêle les incohérences de l'interventionnisme étatique, l'inflation normative assimilée à une prolifération cancéreuse des normes, leur caractère incertain et aléatoire, le tout accompagné de recettes simples pour améliorer la législation. L'art de légiférer s'inscrivait dans un courant plus vaste représenté par exemple par le doyen Ripert<sup>128</sup>, décrivant l'évolution comme une crise du droit et dénonçant le déclin de celui-ci. Les juristes nostalgiques, rêvant d'un retour à l'âge d'or du droit moderne, méconnaissaient les demandes croissantes et irrépressibles d'intervention que le système politique sécrétait.

La rupture s'est produite en Suisse et en Allemagne dans les années 70. L'ouvrage fondateur de légistique matérielle de Peter Noll<sup>129</sup> est contemporain

<sup>125</sup> RÉMY D. (1994), *Légistique. L'art de faire les lois*.

<sup>126</sup> MORAND C.-A. (1990), « La méthode législative ou la rationalisation de l'action finalisée de l'État », *Législation d'aujourd'hui*, 35.

<sup>127</sup> Voir MADER L. (1985), *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, 92.

<sup>128</sup> RIPERT G. (1949), *Le déclin du droit. Etudes sur la législation contemporaine*, LGDJ, Paris.

<sup>129</sup> NOLL P. (1973), *Gesetzgebungstechnik*.

de la pénétration en Europe de l'analyse américaine des politiques publiques, née elle-même d'une prise de conscience des difficultés apparues lors de la réalisation des grands programmes de lutte contre la pauvreté. La discipline a pris un certain essor en Allemagne<sup>130</sup>. En Suisse, elle a progressé à partir de l'analyse d'une phase décisive de la légistique matérielle, l'évaluation législative<sup>131</sup>. Dans d'autres pays, la rationalisation de la production des normes a mis du temps à se constituer en discipline autonome. En France, la légistique est restée longtemps confinée à l'amélioration de la rédaction des textes<sup>132</sup>. La nécessité de constituer une discipline plus vaste est reconnue<sup>133</sup>. La légistique matérielle reste pourtant à l'état embryonnaire. Elle se constitue peu à peu à partir de réflexions interdisciplinaires émises par des juristes s'intéressant au management public<sup>134</sup>, à l'évaluation législative et aux politiques publiques<sup>135</sup>.

La légistique matérielle a un double objet. Elle vise à accroître la connaissance de la législation, tout particulièrement lorsque celle-ci fait partie d'un programme finalisé ou le contient. Elle cherche aussi à mettre en place des méthodes tendant à optimiser les résultats produits. Les préceptes de méthode législative<sup>136</sup> font ainsi partie intégrante de la légistique. Celle-ci n'a, à l'inverse de la science administrative à laquelle elle s'apparente<sup>137</sup>, pas la prétention de constituer une science dépourvue de préoccupations normatives<sup>138</sup>. Elle s'inspire au contraire largement des préceptes méthodologiques développés par le management public, tout particulièrement par la planification qui est, faut-il le rappeler, « une procédure formalisée qui a pour but de produire un résultat articulé, sous la forme d'un système intégré de décision »<sup>139</sup>.

À l'instar du plan-programme, la légistique découpe, à des fins analytiques, le programme législatif en plusieurs phases. Les éléments-types du plan-programme sont : « la définition des buts, l'analyse rétrospective, l'analyse prospective, le catalogue des mesures à prendre pour atteindre les buts fixés, la définition d'un processus de mise en œuvre et la mise en place d'un mécanisme d'évaluation »<sup>140</sup>. La légistique matérielle découpe le processus législatif de

<sup>130</sup> Par exemple HÜGGER W. (1983), *Gesetze. Ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung*.

<sup>131</sup> MADER L. (1985), *op. cit.*, (note 127).

<sup>132</sup> Voir RÉMY D. (1994), *op. cit.*, (note 125).

<sup>133</sup> CHEVALLIER J. (1991), *op. cit.*, (note 108), 24.

<sup>134</sup> CHEVALLIER J. (1993), *op. cit.*, (note 120), 113ss.

<sup>135</sup> DURAN P. (1993), *op. cit.*, (note 2), 114ss.

<sup>136</sup> MORAND C.-A. (1990), *op. cit.*, (note 126), 35ss.

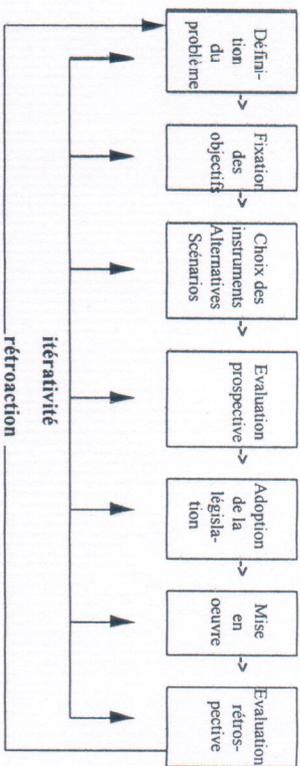
<sup>137</sup> MADER L. (1985), *op. cit.*, (note 127), 32.

<sup>138</sup> Voir CHEVALLIER J. (1986), *Science administrative*, 57ss.

<sup>139</sup> MINZBERG H. (1994), *Grandeur et décadence de la planification stratégique*, Dunod, Paris, 28.

<sup>140</sup> FLÜCKIGER A. (1996), *op. cit.*, (note 17), 15.

manière analogue en différentes phases que l'on peut présenter de manière chronologique tout en précisant qu'il s'agit d'un processus itératif.



À chaque étape, des préceptes de méthode législative peuvent être établis en vue d'améliorer la législation et de renforcer son efficacité.

On comprend aisément que la rationalisation de la production et de la mise en œuvre des lois superpose au droit, conçu largement de manière linéaire, un modèle systémique d'adaptation du dispositif légal à un environnement changeant. C'est pourquoi on a pu dire que la rationalité juridique se trouve désormais «concurrentée, dominée et peut-être suppléée par une rationalité "managériale", sous-tendue par l'impératif d'efficacité»<sup>141</sup>. Le plaquage sur le droit d'un modèle systémique qui le surplombe constituerait l'un des défis méthodologiques majeurs auquel la doctrine devrait s'atteler. La confection de la loi et sa mise en œuvre sont régies par une série de règles d'expérience orientée vers l'efficacité. Le respect de ces règles peut, à l'instar de ce qui se produit pour les règles professionnelles, être prescrit par le droit.

## 2. La juridicisation de certaines exigences de rationalité

On constate que les règles pragmatiques visant à assurer la formation d'une législation plus rationnelle sont de plus en plus souvent intégrées dans le droit. Cette constatation part d'une conception restrictive du droit. Dans celle des réalistes américains et tout particulièrement de Llewellyn<sup>142</sup>, qui n'établit pas de frontière nette entre le droit et la réalité normée, l'incorporation des règles pragmatiques est en quelque sorte automatique. La séparation entre l'être et le devoir-être étant pour eux temporaire, l'évaluation des effets est, pour ne donner qu'un exemple, inhérente au droit lui-même<sup>143</sup>. Les règles pragmatiques

relatives à l'évaluation peuvent dès lors être considérées comme faisant sans autre partie du droit.

Si l'on maintient la distinction entre le droit et les règles pragmatiques faisant partie d'une rationalité managériale, on constate que l'incorporation se fait dans trois directions principales. Tout d'abord certains principes constitutionnels, visant principalement à garantir le respect de la liberté et de l'égalité, impliquent aussi des exigences au moins minimales de rationalité. Ensuite, l'obligation d'évaluer les effets prévisibles des lois ou des règlements se développe. Enfin, il arrive que la jurisprudence prescrive le respect de certains préceptes de méthode législative pour apprécier les effets d'une loi sur la jouissance des droits fondamentaux. Cette juridicisation d'exigences de légitimité joue un rôle important dans la transformation de la structure du droit des politiques publiques. C'est pourquoi il est justifié de s'y arrêter un peu.

### a. Exigences de rationalité découlant de droits et principes constitutionnels

Les juridictions constitutionnelles considèrent que les droits fondamentaux et les grands principes du droit exigent que la loi ne soit pas déraisonnable. La même exigence est posée par les tribunaux administratifs pour les actes inférieurs à la loi. Pour être conformes au principe d'égalité, les distinctions établies par la législation doivent trouver un fondement dans la réalité. Elles doivent ainsi passer un test de rationalité. Selon une formule consacrée du Tribunal fédéral, est arbitraire, et dès lors inconstitutionnelle, une loi qui est dénuée de base objective et sérieuse, qui n'a ni sens ni but<sup>144</sup>. C'est pourtant sous l'angle du respect du principe de proportionnalité que se concentre aujourd'hui le contrôle de la rationalité et de l'efficacité de la législation<sup>145</sup>. Selon le *principe d'aptitude*, les mesures prévues par une loi ou un règlement doivent être aptes à atteindre les objectifs poursuivis<sup>146</sup>. C'est la réintégration d'une exigence essentielle de méthode législative. Le *principe de nécessité* postule que parmi les mesures législatives aptes à atteindre un objectif ne soient choisies que celles qui portent l'atteinte la moins grave aux intérêts privés. L'application du principe implique une pesée d'intérêts, un bilan des avantages et des inconvénients qui peut être rationalisé dans une certaine mesure<sup>147</sup>.

Ce n'est pourtant qu'avec une très grande prudence que les tribunaux ont institué un contrôle de rationalité et d'efficacité. Ils l'exercent avec une grande

<sup>141</sup> CHEVALLIER J. (1991), *op. cit.* (note 108), 12.

<sup>142</sup> LLEWELLYN K. (1931), «Some Realism about Realism. Responding to Dean Pound», *Harv. L.R.* 44, 1236-1238.

<sup>143</sup> Voir LAJOIE A. (1997), *Jugements de valeurs*, 124, 125.

<sup>144</sup> MORAND C.-A. (1990), *op. cit.*, (note 126), 39.

<sup>145</sup> CHEVALLIER J. (1993), *op. cit.*, (note 120), 114, 115; MORAND C.-A. (1995), *op. cit.*, (note 67),

144, 145; DELMAS-MARTY M. (1986), *op. cit.*, (note 8), 521.

<sup>146</sup> Pour la France, CHEVALLIER J. (1993), *ibid.*, 114.

<sup>147</sup> MORAND C.-A. (1996), *op. cit.*, (note 31), (note 44).

revenue en reconnaissant au législateur une très grande marge d'appréciation<sup>148</sup>. Cela s'explique par le fait que les tribunaux ne sont pas équipés pour étudier la réalité sociale sur laquelle la législation prétend agir et les effets que celle-ci peut produire. Les études de sociologie du droit impliquent de vastes enquêtes que les tribunaux ne sont pas en état de conduire. C'est pourquoi, nous pensons, en nous inspirant de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe, qui sera examinée plus loin, que les tribunaux devraient procéder différemment<sup>149</sup>. Ils devraient exiger du législateur qu'il fournisse les données utiles, qu'il opère les évaluations permettant de statuer en toute connaissance de cause sur le respect des droits et principes constitutionnels concernés. S'agissant du principe d'aptitude, trois obligations fondamentales pourraient être prévues à la charge du législateur : celle d'évaluer *ex ante* les effets prévisibles d'une législation interventionniste, celle d'évaluer ces effets *ex post* afin de déterminer si les mesures prises atteignent en fait les objectifs visés et enfin, en cas de réponse négative, l'obligation de corriger la législation en conséquence. De même pour s'assurer du respect du principe de nécessité, les tribunaux pourraient exiger que soient établis des bilans *ex ante* et *ex post* comparant les avantages et les inconvénients des mesures envisagées ou adoptées dans le cadre d'une législation interventionniste.

Ces obligations, qui ne sont réalisables que dans les limites des techniques que les sciences sociales peuvent fournir, paraîtront à première vue assez lourdes. Mais elles se justifient par les dangers que l'interventionnisme fait courir à la liberté et à l'égalité. Cela signifie simplement que le législateur ne peut plus se contenter de promettre de faire le bonheur des hommes, mais qu'il doit rendre vraisemblable qu'il provoquera les effets bénéfiques annoncés et qu'il doit prouver que ces effets se produisent dans la réalité. On trait ainsi au bout de la logique de l'interventionnisme. Celui-ci « a forcé la loi à descendre de son trône d'isolation superbe et d'impartialité pour entrer dans l'arène des finalités sociales et sociales »<sup>150</sup>. En acceptant de s'immerger dans la société, l'État perd la présomption d'infailibilité dont il était revêtu. En obligeant le législateur à suivre un certain nombre de règles garantissant qu'il agit de manière rationnelle, on ne fait que le rendre responsable de ses actes. Ces obligations ne font rien d'autre que d'instituer dans le secteur public des mécanismes de contrôle équivalents à ceux que fournit le marché. Les modes de contrôle sont en tout cas moins brutaux que les solutions politiques ou juridiques que l'on peut imaginer pour lutter contre les inconvénients de l'interventionnisme. La détermination aveugle ne tient pas compte des demandes d'intervention toujours

plus nombreuses qui se manifestent dans le système politique. L'instauration d'une responsabilité de l'État pour les dommages qu'il produit par son action finalisée à l'égard de certaines personnes ou de groupes entiers de la population est certes concevable; elle soulève néanmoins des problèmes plus délicats encore que la mise en place de mécanismes d'évaluation des effets.

Le contrôle de constitutionnalité ou de légalité, que les tribunaux pourraient exercer en obligeant le législateur à prouver que son action produirait des effets bénéfiques ou que les effets néfastes ne l'emportent pas sur ceux-ci, s'exercerait en deux temps. Dans le premier, le contrôle porterait sur la structure du processus de formation et de mise en œuvre des législations interventionnistes<sup>151</sup>. Le contrôle ne serait ni matériel, ni procédural, mais structurel. Il ressortirait au *Structural Due Process*<sup>152</sup>. Dans un deuxième temps, une fois les exigences structurelles remplies, les tribunaux pourraient exercer un contrôle matériel sur des bases beaucoup plus solides.

#### b. L'obligation d'évaluer les effets des lois

L'obligation peut être expresse. Elle peut aussi être tacite. Il en va ainsi tout d'abord lorsque l'évaluation est une condition implicite de l'utilisation d'un mode d'action. Le recours à une loi expérimentale implique ainsi l'obligation d'évaluer les effets<sup>153</sup>. L'obligation est aussi tacite, lorsque l'évaluation est nécessaire à l'application d'une règle de droit. Pour savoir si une action communautaire répond aux exigences de subsidiarité découlant de l'article 3 B du Traité sur l'Union européenne, il est nécessaire d'évaluer son efficacité comparative par rapport à l'action des États membres<sup>154</sup>.

L'obligation d'évaluer peut porter sur toutes les lois, sur certains types de lois, comme par exemple celles qui accordent des subventions, soit enfin sur une loi particulière contenant une clause d'évaluation<sup>155</sup>. L'évaluation prescrite peut être prospective, concomitante et/ou rétrospective. L'obligation d'évaluer les effets des lois implique que divers préceptes pragmatiques d'ordre méthodologique soient respectés. On considère ainsi que les lois prévues à titre expérimental doivent « faire l'objet d'une évaluation concomitante dont les éléments essentiels, comme par exemple le type de données à recueillir, la démarche méthodologique, les critères d'appréciation et les organes ou institutions respon-

151 MORAND C.-A. (1993), *op. cit.*, (note 66), 98.

152 TRIBE L.H. (1975), « Structural Due Process », *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Review* 10, 269ss.

153 MADER L. (1993), *op. cit.*, (note 121), 239.

154 MORAND C.-A. (1993), *op. cit.*, (note 66), 100-103.

155 *Ibid.*, 85ss.

148 Pour la CEDH, voir DELMAS-MARTY M. (1986), *op. cit.*, (note 8), 320ss.

149 MORAND C.-A. (1988), « Les exigences de méthode législative et de droit constitutionnel portant sur la formation de la législation », *Droit et société* n° 10, 391ss.

150 WILKE H. (1991), *op. cit.*, (note 75), 78.

sables sont précisés dans l'acte législatif lui-même<sup>156</sup>. L'obligation d'évaluer entraîne ainsi l'intégration dans le droit d'une série de préceptes de méthode législative. Celle-ci constitue ainsi une nouvelle source matérielle du droit, le réservoir dans lequel ce dernier peut puiser pour procéder à leur incorporation.

L'évaluation devrait porter sur les effets les plus divers. L'évaluation monétaire des effets de la législation sur l'économie, que l'on rencontre parfois en Suisse et qui est la règle en droit communautaire, puisque des projets de directives doivent être accompagnés d'une fiche d'impact économique, est dangereuse, car elle privilégie une valeur par rapport à toutes les autres<sup>157</sup>. Cela est d'autant plus regrettable que le législateur doit respecter d'autres valeurs constitutionnelles ou découlant des traités constitutifs que celle qui prescrirait d'agir avec efficacité. La polarisation de l'évaluation sur ce seul critère peut dès lors avoir pour conséquence de produire des effets néfastes sur l'exercice des contrôles juridictionnels de conformité. Des remarques du même type pourraient être faites au sujet des études d'incidence sur l'environnement. Du fait qu'elles ne portent pas sur les effets économique-sociaux des constructions envisagées, elles ne permettent pas à l'administration et au juge d'opérer les pesées globales d'intérêts auxquelles elle doit se livrer.

Lorsque l'évaluation est prescrite, elle doit être faite de façon à ce que les droits et principes constitutionnels assurant une certaine rationalité de la législation puissent être respectés. Elle doit en particulier être conçue de manière à ce qu'il soit possible de juger si l'intervention est apte à atteindre les objectifs visés et si elle est bien nécessaire.

L'évaluation, qu'elle soit prescrite par la loi ou le juge, introduit dans le droit un procédé d'autoobservation des effets qu'il produit, un premier linéament de réflexivité assurant sa transformation au gré de circonstances changeantes<sup>158</sup>.

### c. L'obligation jurisprudentielle de respecter certains préceptes de méthode législative

Dans une jurisprudence constante, la Cour de Karlsruhe a prévu un mécanisme original de contrôle, lorsqu'elle a des doutes sur les effets qu'une loi peut présenter pour la jouissance des droits fondamentaux. Elle admet l'incertitude inhérente aux interventions étatiques, mais elle exige du législa-

<sup>156</sup> MADER L. (1993), *op. cit.*, (note 121), 240.

<sup>157</sup> Pour une critique, voir SUPPOT A. (1994), *op. cit.*, (note 41), 238.

<sup>158</sup> HOLLAND A. (1993), «L'évaluation législative comme auto-observation du droit et de la société», *Evaluation législative et lois expérimentales*, 30ss.

teur le respect d'une série de préceptes de méthode législative<sup>159</sup>. Elle exige qu'il fasse une investigation complète des faits pertinents, qu'il analyse les différentes variantes de législation, qu'il fasse une évaluation prospective des effets prévisibles<sup>160</sup>. Plus remarquable, les obligations imposées au législateur ne s'arrêtent pas au moment de l'adoption de la loi. Le législateur doit observer «les effets de son concept législatif de protection dans la réalité sociale (obligation d'observation)»<sup>161</sup>. Pour remplir son obligation d'observation, «il doit faire en sorte de réunir et d'exploiter systématiquement les données nécessaires à l'évaluation des effets produits par la loi»<sup>162</sup>. En fonction de cette évaluation, le législateur a l'obligation de la corriger.

On considère qu'au vu du développement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel une juridicisation de préceptes de méthode législative pourrait se produire en France<sup>163</sup>. S'appuyant sur la création récente d'instances d'évaluation des lois et des politiques publiques auprès du Parlement<sup>164</sup>, le Conseil pourrait considérer que celui-ci est dorénavant mieux équipé pour remplir l'obligation d'évaluation et de correction nécessaire au respect de plusieurs droits et principes constitutionnels.

On peut se demander si la jurisprudence de la Cour de Karlsruhe ne fait pas une confiance excessive aux sciences sociales pour déterminer les effets qu'une loi a ou peut avoir sur la réalité sociale<sup>165</sup>. La question peut être laissée ouverte. Il suffit ici de relever que cette jurisprudence représente un stimulant formidable au développement des sciences sociales appliquées en général et de la sociologie du droit en particulier.

### H. Un droit en mielles générant un immense besoin de coordination

L'empilement de politiques publiques innombrables, toujours plus ciblées et toujours plus spécifiques, pose de gigantesques problèmes de coordination. Cette sectorialisation des politiques et des lois, doublée par une fragmentation des administrations et de leurs clientèles, est due à au moins trois facteurs. Elle constitue une adaptation à la complexité sociale<sup>166</sup>. Elle est le reflet du proces-

<sup>159</sup> MORAND C.-A. (1993), *op. cit.*, (note 64), 97, 98; HOLLAND A. (1995), «L'évaluation législative en République fédérale d'Allemagne», *Contrôle parlementaire et évaluation*, 173ss.

<sup>160</sup> MORAND C.-A. (1993), *ibid.*, 97; HOLLAND A. (1995), *ibid.*, 173, 174.

<sup>161</sup> HOLLAND A. (1995), *ibid.*, 174.

<sup>162</sup> *Ibid.*, 175.

<sup>163</sup> CHEVALIER J. (1993), *op. cit.*, (note 120), 115.

<sup>164</sup> Lois du 14 juin 1996 n° 96-516, 96-517, JO du 15 juin 1996.

<sup>165</sup> MORAND C.-A. (1988), *op. cit.*, (note 90), 391ss; HOLLAND A. (1993), *op. cit.*, (note 158), 29ss.

<sup>166</sup> PAPADOPOULOS Y. (1995), *Complexité sociale et politiques publiques*, 60.

sus d'évolution des sciences et des connaissances vers des savoirs toujours plus spécialisés. Le législateur emprunte au système scientifique des connaissances toujours plus pointues. Cet emprunt produit un effet de structure allant dans le sens de la spécialisation toujours plus accentuée des législations. Le troisième facteur tient au fait que les politiques publiques, une fois rigidifiées, sont captives à la fois des administrations qu'elles font vivre et des clientèles auxquelles elles profitent<sup>167</sup>. Les politiques publiques finalisées génèrent une complexité à la fois au niveau des institutions et des processus de décision. Cette complexité engendre à son tour de vastes problèmes de coordination<sup>168</sup>, qui constituent l'enjeu majeur auquel le pouvoir politique est aujourd'hui confronté<sup>169</sup>.

Au point de vue juridique, le besoin de coordination se manifeste au niveau de la législation et à celui des décisions. L'évolution montre qu'il est de moins en moins satisfait au niveau de l'adoption des législations et que le problème est de plus en plus reporté à celui de la prise des décisions.

### 1. La coordination des législations

Le besoin de coordination se manifeste au niveau de la préparation et du contenu de la législation. La spécialisation progressive des politiques publiques aboutit à un découpage néfaste de la réalité sociale qui fait l'objet des réglementations étatiques. Il est fréquent qu'une politique publique cohérente en elle-même produise des effets pervers sur d'autres politiques parfaitement justifiées dans une logique sectorielle. Du fait de la spécialisation, les politiques publiques sont de plus en plus aveugles les unes par rapport aux autres. L'autisme croissant des politiques publiques a un effet destructeur pour leurs destinataires dans la mesure où il entraîne pour eux un découpage infini et à la limite incompréhensible du monde vécu. Loin d'aboutir à leur but lointain d'intégration sociale, les politiques publiques sectorielles peuvent entraîner une désintégration des contextes vécus<sup>170</sup>. Les plaintes fréquentes formulées à l'endroit de la bureaucratie doivent beaucoup à cette fragmentation du monde vécu qui expose l'homme à des interventions procédant de logiques contradictoires.

Cette segmentarisation des politiques et du droit correspond à un mouvement irrésistible de spécialisation des fonctions que le droit moderne a rendu possible, mais qu'il était incapable de conduire avec ses propres techniques. Cette dérive fatale vers la sectorialisation ne fait que se renforcer. Des politiques sectorielles, comme celles qui portent sur la lutte contre le chômage, se

<sup>167</sup> *Ibid.*, 98.

<sup>168</sup> *Ibid.*, 58ss.

<sup>169</sup> Voir THUOT J.-F. (1998), *op. cit.*, (note 5), 172, qui parle de l'enjeu majeur de la démocratie fonctionnelle par opposition à la démocratie représentative.

<sup>170</sup> HABERMAS J. (1981), *op. cit.*, (note 76), 400.

subdivisent à leur tour en dispositifs multiples créant de nouveaux effets pervers, de nouveaux besoins de coordination. La politique de la famille est fortement segmentée<sup>171</sup>. Les réactions du système bureaucratique cherchant à renforcer les rapports interministériels dans la préparation de la législation ou des politiques intersectorielles, comme celle qui a trait à la ville, ne sont manifestement pas à la hauteur des gigantesques problèmes de coordination qui se posent.

Au niveau du contenu de la législation, un vaste effort a été entrepris en France dans la voie de la codification et dans de nombreux pays dans celle de la confection de parties générales chapautant plusieurs législations ou politiques publiques distinctes. Il est douteux que ces efforts soient plus fructueux. On concèdera qu'une codification, en rassemblant des textes épars, peut en améliorer la lisibilité. Mais il s'agit dans le domaine des programmes finalisés d'une codification superficielle, peu durable et à la limite dangereuse.

La codification est superficielle parce qu'elle ne porte que sur la superstructure de la législation et qu'elle laisse de côté les dispositions d'application, les pratiques et directives administratives qui lui donnent chair. Il s'agit bien de ce que l'on a appelé une fausse codification<sup>172</sup> et il ne peut guère en aller autrement. La codification n'est pas durable non plus. Les législations finalisées doivent être adaptées en permanence à un environnement changeant. L'obligation d'observation et de correction implique que la législation soit fréquemment modifiée. L'exemple du projet de code français de l'environnement illustre parfaitement le phénomène. Au moment où le texte était examiné au Parlement, plusieurs projets de lois séparés avaient vu le jour. Avant même d'exister, la codification avait commencé son processus de décomposition. À moins de programmer la réintégration immédiate de dispositions nouvelles, la codification ne peut donner qu'une illusion de clarté et d'exhaustivité. Mais la réincorporation de règles, qui par nature sont expérimentales et qui doivent faire l'objet d'une phase d'apprentissage, est elle-même très problématique.

La codification peut enfin être dangereuse, parce que la frontière du code dépend fréquemment du résultat d'une compétition entre des administrations concurrentes<sup>173</sup>. La codification fournira alors une fausse impression d'exhaustivité. D'un autre côté, elle risque de cloisonner<sup>174</sup> ce qui devrait être joint, envisagé de manière transversale. La remarque s'impose d'autant plus

<sup>171</sup> Sur le caractère segmenté de la politique familiale, voir COMMANDEE J. (1994), *L'esprit sociologique des lois*, 191ss.

<sup>172</sup> MARTIN G.J. (1996), «Principes pour une codification de l'environnement (à la lumière de l'expérience française)», *Quel avenir pour le droit de l'environnement?*, 289.

<sup>173</sup> Voir MARTIN G.J. (1996), *ibid.*, 300-302.

<sup>174</sup> *Ibid.*, 291.

que des politiques publiques diverses s'entrecroisent, se renforcent mutuellement ou au contraire se combattent. La codification sectorielle risque ainsi de renforcer les problèmes de coordination intersectoriels.

Les parties générales, qui représentent une codification partielle, sont plus durables parce qu'elles se contentent de formuler les principes directeurs guidant l'application de législations conservant leur hétérogénéité. Elles constituent pourtant une codification encore plus superficielle. Nous verrons en effet que les principes, contrairement aux règles, n'opèrent pas eux-mêmes les péchés d'intérêts requises. Ils ne résolvent ainsi pas les problèmes de coordination. Ils les rejettent en aval, au niveau de l'adoption des décisions.

## 2. La coordination des décisions

Les législations finalisées ont pour particularité de recourir très largement à des principes et assez peu à des règles fixes<sup>175</sup>. Celles-ci sont fréquemment indéterminées. Elles laissent un très large pouvoir d'appréciation à l'administration. Ces deux techniques consistant à recourir à des principes ou à des normes indéterminées permettent aux législations finalisées de s'adapter à un environnement changeant. Mais comme ces normes ne tranchent pas exhaustivement les questions, qu'elles ne possèdent pas, contrairement aux règles fixes, à la pesée des intérêts en présence, celle-ci doit être faite par l'administration sous le contrôle du juge<sup>176</sup>. Dans les domaines de l'aménagement et de la protection de l'environnement, c'est par plusieurs dizaines que se comptent les points de vue, les intérêts qui doivent être pris en considération lorsqu'une décision doit être prise<sup>177</sup>.

Le besoin de coordination peut être satisfait par la planification dont c'est la fonction principale. En droit suisse, on trouve divers instruments de coordination dans le droit de l'aménagement du territoire. On en rencontre aussi dans le droit de la protection de l'environnement (l'étude d'impact sur l'environnement, le plan des mesures à prendre pour lutter contre des pollutions excessives). Mais comme les deux droits ont été conçus séparément et selon des logiques particulières, on constate de nouvelles incohérences. Les instruments d'aménagement tiennent compte de tous les intérêts en présence; l'étude d'impact sur l'environnement ne porte que sur les intérêts écologiques. Elle est approfondie et précise, mais intervient trop tard dans le processus qui conduit finalement à l'octroi d'une autorisation de construire. Les instruments d'aménagement du territoire n'ont pas ce défaut. Mais ils ne procèdent pas de manière aussi intense et précise à l'analyse des intérêts en présence. C'est pour-

quoi on en est en Suisse aujourd'hui à réfléchir à la coordination, à l'harmonisation des divers instruments de coordination mis en place.

De manière plus générale, le droit a mis au point diverses techniques afin de résoudre le vaste problème de coordination des décisions devant appliquer des législations nombreuses, adoptées de manière autistique, selon une philosophie, une *ratio legis*, chaque fois particulière. Sans entrer dans les détails, on peut donner un bref aperçu des principes qui ont été établis en Suisse par la législation et la jurisprudence pour coordonner les décisions dans le temps, quant à leur contenu et du point de vue des procédures utilisées. On retrouve avec quelques différences des principes semblables dans tous les ordres juridiques complexes.

### a. La coordination dans le temps

Dans le modèle du droit moderne, l'administration ou le juge prennent une décision sur la base d'une ou plusieurs règles. Il n'y a pas de problèmes de coordination. Tout au plus est-il possible qu'une décision de détail doive être prise sur la base d'une décision de principe. La coordination est simple. Elle est linéaire et successive. Avec l'avènement des programmes finalisés, les problèmes de coordination deviennent considérables. D'une part des actes de planification viennent s'insérer entre la législation et la décision. Cela implique l'intervention d'une coordination temporelle non linéaire, itérative. On voit aussi apparaître des procédures complexes, lorsque plusieurs autorités, statuant chacune dans son domaine de compétence, doivent concourir pour qu'une activité soit autorisée. L'exemple type est l'autorisation d'un ouvrage d'importance qui nécessite le concours de plusieurs autorités. Pour résoudre ce problème de l'échelonnement dans le temps de procédures complexes, le droit prévoit trois types de coordinations.

La *coordination successive* consiste à prescrire que les décisions devront être prises les unes après les autres, selon une chronologie prévue d'avance. L'exigence du plan<sup>178</sup> signifie que des décisions ne peuvent être prises que si un plan a été adopté au préalable. Cette exigence existe par exemple en matière d'aménagement du territoire. Une autorisation de construire ne peut être donnée que si les modes d'utilisation du territoire ont été préalablement précisés dans le POS en France, dans le plan d'affectation en Suisse. L'étude d'impact par étapes implique elle aussi une succession d'actions allant de l'étude grossière des différentes variantes à l'examen en détail d'une variante retenue, avec possibilité de retour à d'autres variantes. Lorsque des travaux d'importance nécessitent l'octroi d'autorisations fédérales et cantonales, celles-ci doivent être données successivement. On remarquera que dans la plupart de ces cas, la co-

<sup>175</sup> MORAND C.-A. (1996), *op. cit.*, (note 31).

<sup>176</sup> *Ibid.*

<sup>177</sup> *Ibid.*, 60ss.

<sup>178</sup> FLÜCKIGER A. (1996), *op. cit.*, (note 17), 65.

ordination successoriale n'est pas linéaire, mais itérative. Cela signifie qu'il est possible de reconsidérer l'acte intervenu en premier pour tenir compte de l'étude détaillée qui a été faite dans la procédure de préparation de l'acte qui doit intervenir dans la deuxième étape. Cette démarche, typique de la planification, «a pour avantage de ne pas sélectionner une solution de manière prématurée, c'est-à-dire sans l'examen des problèmes qu'elle pose sur l'ensemble de l'échelle»<sup>179</sup>. Si on laisse de côté l'enchaînement entre la planification et les décisions et si on considère la seule situation où plusieurs autorités doivent concourir pour qu'une activité soit autorisée, la coordination successoriale n'est pas adéquate, parce qu'elle ne permet pas aux autorités d'établir le bilan d'ensemble des avantages et des inconvénients d'un projet, d'opérer une pesée globale des intérêts<sup>180</sup>.

La *coordination concomitante* consiste à exiger que les décisions qui doivent être prises par plusieurs autorités sur un projet le soient au même moment. C'est la solution qui permet mieux de réaliser une coordination matérielle, à savoir la pesée globale de tous les intérêts en cause.

La *coordination anticipée* consiste à exiger des autorités qu'elles coordonnent des activités dans un stade antérieur à l'adoption d'un acte de planification obligatoire<sup>181</sup>. C'est la fonction que joue en Suisse le plan directeur d'aménagement du territoire<sup>182</sup>.

#### b. La coordination matérielle

Quand une décision implique la prise en considération de plusieurs points de vue, la protection de plusieurs intérêts qui n'ont pas au préalable été prédéterminés dans une règle fixe, se pose le problème de savoir comment ces points de vue doivent être pris en considération. Dans une jurisprudence créatrice d'un grand intérêt, parce qu'elle pourrait être transposée dans plusieurs secteurs du droit, comme par exemple en droit constitutionnel<sup>183</sup>, et dans d'autres droits nationaux, le Tribunal fédéral a posé trois exigences :

ba. Tous les intérêts doivent être pris en considération

Cette exigence implique par exemple que, pour que des travaux d'envergure soient autorisés, les impacts prévisibles soient soigneusement

analysés et qu'ils soient mis en rapport avec tous les principes juridiques concernés par ces impacts.

bb. Les intérêts doivent être comparés et pondérés

Les obstacles théoriques provenant du fait que les valeurs considérées n'ont pas entre elles de dénominateur commun<sup>184</sup> n'empêchent pas les tribunaux administratifs ou constitutionnels d'utiliser la technique du bilan pour opérer la balance des intérêts en présence. Ils peuvent y parvenir en renonçant à rechercher des solutions optimales, en se contentant de trouver des solutions satisfaisantes au sens donné à ce terme par Simon<sup>185</sup>. Le travail d'administration et du juge est facilité par le fait que le droit énonce fréquemment des préférences en faveur de la protection de certains intérêts par rapport à d'autres<sup>186</sup>. Ces préférences n'empêchent pas qu'une pesée d'intérêts soit nécessaire, mais celle-ci est facilitée par les préférences ainsi données.

bc. Les intérêts doivent être pesés globalement

La pesée globale des intérêts nécessaire pour prendre une décision finale se heurte elle aussi au caractère hétérogène des valeurs mises sur la balance. C'est pourquoi nous préconisons la recherche d'une solution satisfaisante du point de vue de tous les critères à prendre en considération<sup>187</sup>.

#### c. La coordination formelle

Le problème se pose lorsque plusieurs autorités doivent concourir à l'adoption d'une décision. Laisser chaque autorité statuer de son côté en fonction de la part de droit qu'il doit appliquer est une solution satisfaisante si chaque autorité applique des règles. En revanche si la législation est fondée sur des principes, cette solution est inacceptable, parce qu'elle empêche qu'une pesée globale des intérêts intervienne. C'est pourtant la solution qui semble encore celle du droit français, celle de l'indépendance des polices. Mais il semble que les choses soient en train d'évoluer<sup>188</sup>. Trois solutions peuvent être envisagées pour opérer une coordination matérielle :

La *concentration de la décision sur une seule autorité* est la plus radicale. Chaque autorité compétente donne un préavis à une autorité désignée et char-

<sup>179</sup> *Ibid.*, 68-71.

<sup>180</sup> SIMON H.-A. (1982), *Models of bounded Rationality*.

<sup>181</sup> MORAND C.-A. (1996), *op. cit.*, (note 31), 69-70.

<sup>182</sup> *Ibid.*, 72.

<sup>183</sup> UNTERMAIER J. (1995), «Aménagement du territoire et protection de l'environnement. Peut-on simplifier les procédures? Un regard français», *Aménagement du territoire et protection de l'environnement: la simplification des procédures*, 183-185.

<sup>179</sup> MOOR P. (1991), *op. cit.*, (note 176), 318, 319.

<sup>180</sup> Voir MORAND C.-A. (1996), *op. cit.*, (note 31), 71-73.

<sup>181</sup> MOOR P. (1991), *op. cit.*, (note 176), 131.

<sup>182</sup> *Ibid.*, 306.

<sup>183</sup> MORAND C.-A. (1996), *op. cit.*, (note 31), 57ss.

gée de procéder à la balance des intérêts, puis à prendre la décision. Cette solution a l'inconvénient de donner à une autorité, chargée de la promotion de certains intérêts (par exemple la promotion économique), le soin de trancher entre tous les intérêts en présence.

*La coordination concomitante d'instances statuant collectivement* est la solution qui assure le mieux la coordination et la représentation équitable de tous les intérêts en présence. En pratique, le risque qu'une seule instance oppose son veto est minime en raison du dialogue qui intervient entre toutes les autorités concernées. L'expérience faite en Italie lors de l'organisation du championnat du monde de football en 1990 le montre bien<sup>189</sup>.

*La coordination successive par plusieurs autorités* est en soi insuffisante, mais concevable à condition que la ou les autorités statuant en deuxième lieu ne soient pas tenues par le préavis de la première. Cela signifie que le processus doit être itératif et que les questions traitées en premier lieu doivent pouvoir être reconsidérées par les autorités statuant en dernier lieu.

### *1 Un droit individualisé et concret*

L'idéal du droit moderne, selon lequel les droits et obligations devraient être prédéterminés par des règles générales, est en passe de s'effondrer. À la suite de deux mouvements à première vue contradictoires. D'une part les politiques publiques impliquent l'adoption de règles ciblant d'une manière toujours plus fine et différenciée leurs destinataires. De l'autre elles procèdent à l'aide de principes directeurs tellement vagues qu'ils ne réussissent plus à régler par avance les comportements visés. Le droit de l'interventionnisme a toutes les peines du monde à garder le juste milieu que cherche à réaliser le droit moderne : être assez général pour tisser un voile d'ignorance sur les situations particulières et néanmoins les prédéterminer. Il oscille entre l'hypnomnie et l'anomie<sup>190</sup>, entre le recours à des règles fixes très détaillées et différenciées et à des principes tellement vagues qu'ils s'avèrent incapables de prévoir d'avance les comportements à adopter. Dans les deux cas, on assiste à un passage de l'état de droit à l'état de fait<sup>191</sup>.

Le besoin de s'écarter du modèle des règles de juste conduite pour recourir à des normes très différenciées s'explique par le fait que les politiques publiques doivent coller au plus près à une réalité sociale très complexe. Plus elles cherchent à agir en profondeur sur les phénomènes sociaux, plus elles doivent distinguer les situations et les publics-cibles visés. La politique agricole com-

<sup>189</sup> MORAND C.-A. (1995), *op. cit.*, (note 67), 260.

<sup>190</sup> SUPROT A. (1994), *op. cit.*, (note 41), 223.

<sup>191</sup> *Ibid.*, 223.

mune se scinde en des dizaines de politiques spécifiques définies à partir des produits dont on cherche à réguler la production et la commercialisation. Ce n'est pas sans étonnement que l'on apprenait à la lecture d'un arrêt de la Cour des Communautés que le commerce des croupons de dindes faisait l'objet d'une réglementation spécifique. Ces catégories déjà innombrables peuvent être croisées avec d'autres qui peuvent distinguer les paysans de plaine et de montagne, les cultures biologiques de celles qui recourent aux engrais et pesticides. Le monde vécu est ainsi scindé en mille et une petites boîtes encapsulant des groupes de plus en plus étroits de personnes. Le principe d'égalité, qui dans la conception classique visait à ce que le même droit s'applique à tous, s'est adapté à cette différenciation des statuts. Les Tribunaux constitutionnels reconnaissent au législateur un pouvoir à peu près illimité de choisir entre les maux de la société qu'il désire combattre et entre les activités économiques qu'il cherche à promouvoir. Les tribunaux administratifs ont de leur côté dû s'accommoder de différenciations infinies.

La différenciation croissante qui s'introduit dans les politiques vise non seulement à s'adapter à une réalité sociale complexe, mais aussi à réaliser une égalité matérielle toujours plus parfaite. Poursuivre une politique agricole en traitant de la même façon les paysans de plaine et de montagne revient à consolider, voire à accroître des inégalités déjà fortes même sans intervention. D'un autre côté, la création d'une catégorie artificielle, comme celle des jeunes sans emploi de moins de 25 ans, peut engendrer à l'intérieur de celle-ci de nouvelles inégalités<sup>192</sup>.

La différenciation est au cœur des politiques sociales qui visent à améliorer le sort de catégories défavorisées. Elle constitue le moyen même par lequel se réalisent les politiques égalisatrices entre les races, entre les sexes. La règle de préférence à égalité de qualifications a pour objet de favoriser les femmes par rapport aux hommes, de façon à ce que la structure du pouvoir existant dans une institution publique ou privée soit modifiée. La Cour de Luxembourg a fini par admettre à certaines conditions la conformité de la règle au droit communautaire<sup>193</sup>. La règle de préférence écarte, au moins provisoirement, l'égalité formelle au profit de l'égalité matérielle. L'application de l'égalité formelle est suspendue, jusqu'à ce que la structure de pouvoir au sein d'une institution soit rééquilibrée. Lorsque ce résultat sera atteint, la règle de préférence perdra sa raison d'être. Les choix pourront à nouveau être opérés sur la base du principe d'égalité formelle et en fonction des seuls mérites.

Un autre facteur, qui contribue à l'établissement de règles et de statuts particuliers, résulte de l'éclatement des normes centrales au moment de leur appli-

<sup>192</sup> *Ibid.*, 225.

<sup>193</sup> Arrêt du 11 novembre 1997, *Helmut Marschall*, C-409/95.

cation à la périphérie. Le phénomène se vérifie aussi bien dans les États fédéraux, où règne le fédéralisme d'exécution, que dans les États centralisés. En Suisse, la loi sur l'acquisition d'immeubles par les étrangers a été utilisée à Genève pour faire une politique sociale du logement, en Valais une politique de développement touristique<sup>194</sup>. Les facilités offertes par une loi d'aide au logement n'ont pas été utilisées dans des cantons où régnait la pénurie de logements, mais dans ceux où celle-ci n'existait pas<sup>195</sup>. En France, plusieurs études attestent de ces divergences entre les objectifs poursuivis officiellement au niveau national et ceux, divers, que l'on cherche à atteindre au niveau local<sup>196</sup>. Les transformations que subissent les normes adoptées au centre au moment de leurs mises en œuvre aboutissent à la création de situations juridiques différenciées d'un bout à l'autre du territoire.

Les principes directeurs auxquels les législations finalisées recourent massivement<sup>197</sup> impliquent que les décisions soient prises sur la base de pesées d'intérêts concrètes tenant compte des particularités de chaque espèce et des lors non reproductibles. Le recours à des principes directeurs multiples, parfois convergents, parfois divergents, consiste en réalité à déplacer la boîte noire du politique de la loi à la décision<sup>198</sup>. Il ne s'agit plus seulement d'opérer des différenciations en créant des catégories toujours plus fines, mais de s'assurer que chaque personne soit traitée individuellement, que chaque situation soit réglée en fonction de toutes les particularités du cas d'espèce. C'est bien alors la fin annoncée<sup>199</sup> des règles générales. Trop de généralité tue la généralité.

Les progrès réalisés dans l'analyse du pouvoir créateur du juge montrent que même les règles fixes sur lesquelles le droit moderne compte pour réaliser l'égalité ont besoin d'être adaptées au cas particulier, que la codétermination implique qu'elles soient individualisées. Mais avec l'avènement des principes directeurs comme moyen central de réalisation des objectifs d'une politique publique, un pas supplémentaire est franchi. La prédétermination est fortement affaiblie, voisine de zéro, lorsque l'autorité doit, comme en matière d'aménagement du territoire, prendre sa décision sur la base de dizaines de principes différents.

Les raisons qui ont conduit à recourir aussi intensément aux principes directeurs dans les législations finalisées sont nombreuses. Pour les interventions sur le territoire, on a montré qu'elles portent sur des objets uniques, non homo-

gènes, non reproductibles et dès lors réfractaires à toute généralisation<sup>200</sup>. Il n'y a pas deux paysages semblables, deux configurations du territoire identiques. Régler l'utilisation du sol au moyen de règles fixes aboutirait à dresser une carte à la Borges aussi grande que le territoire et dès lors parfaitement incartable<sup>201</sup>. La non reproductibilité peut aussi être subjective et résulter de la volonté<sup>202</sup>. La non reproductibilité peut aussi être subjective et résulter de la volonté du législateur de traiter de manière particulière chaque individu. Les politiques publiques finalisées ont une tendance toujours plus accentuée à renoncer à la généralisation prédominante mais déformante pour assurer à chaque citoyen un traitement spécifique<sup>203</sup>, à chaque délinquant une mesure particulière. L'individualisation intégrale<sup>204</sup> confère un tel pouvoir d'appréciation à l'administration et au juge que les risques d'arbitraire sont considérables. N'a-t-on pas vu un tribunal américain condamner une jeune délinquante à vivre enchaînée à sa mère durant plusieurs mois<sup>205</sup>? Or, différentes normes juridiques, comme le principe de subsidiarité ou l'obligation faite à l'administration d'exercer pleinement le pouvoir d'appréciation que la loi lui confère, étend à l'infini l'exigence d'individualisation.

Plusieurs autres facteurs expliquent le recours de plus en plus fréquent aux principes directeurs. La prolifération des lois dans un ou plusieurs ordres juridiques multiplie les risques de contradictions qui seraient désastreux si l'on avait à faire à des règles fixes. Les principes même nombreux et contradictoires ont l'énorme avantage de pouvoir être harmonisés par l'administration et le juge dans chaque cas particulier<sup>205</sup>. Et c'est grâce à la technique des principes directeurs que le droit international connaît de vastes développements et qu'il peut, comme nous l'avons vu<sup>206</sup>, aspirer à constituer un droit commun de l'humanité. Cette technique permet beaucoup mieux que celle des règles fixes de concilier les intérêts nationaux et internationaux. Une raison commune à toutes les politiques publiques réside dans l'incertitude qui règne à la fois au sujet de l'efficacité des instruments mis en place et de l'évolution future du phénomène régulé. Seules des normes souples et adaptables permettent de tenir compte de cette double incertitude. Or, les principes directeurs, que l'on rencontre en masse dans les législations interventionnistes, ont la souplesse nécessaire pour s'adapter à n'importe quelle situation future. Alors que les règles fixes disent ce qu'il faut faire ou ne pas faire, les principes sont relatifs : ils

<sup>194</sup> DELLEY J.-D. et al. (1982), *Le droit en action. Étude de mise en œuvre de la loi Furgler*.

<sup>195</sup> BASSAND M./CHEVALIER G./ZIMMERMANN E. (1984), *Politique et logement*.

<sup>196</sup> MÉNÉ Y./THOENIG J.C. (1989), *Politiques publiques*, 270.

<sup>197</sup> MORAND C.-A. (1996), *op. cit.*, (note 33).

<sup>198</sup> MOOR P. (1987), *op. cit.*, (note 107), 66.

<sup>199</sup> HOLLEAUX A. (1976), «La fin des règles générales», *Bulletin de l'IIAP*, juillet-septembre, 19ss.

<sup>200</sup> MOOR P. (1987), *op. cit.*, (note 107), 64ss.

<sup>201</sup> MORAND C.-A. (1996), «La fin des règles fixes», *Revue européenne des sciences sociales* 34, 201.

<sup>202</sup> SUBOT A. (1994), *op. cit.*, (note 41), 225.

<sup>203</sup> *Ibid.*, 225.

<sup>204</sup> MORAND C.-A. (1996), *op. cit.*, (note 201), 197.

<sup>205</sup> MORAND C.-A. (1996), *op. cit.*, (note 33), 266.

<sup>206</sup> *Supra*, p. 85.

sont affectés d'un certain poids<sup>207</sup>. Ils se bornent à donner une direction très vague aux comportements. On s'explique dès lors que c'est au sujet des principes du droit international que Lord Mac Nair a, pour la première fois, utilisé le terme de *soft law*<sup>208</sup>. La norme de comportement n'étant que très faiblement pré-déterminée par les principes, la règle est pour l'essentiel établie par l'administration ou le juge au moment où ils procèdent dans chaque cas d'espèce à la pesée des intérêts en cause. Les décisions prises sur la base de principes, n'étant pas fondées sur des règles fixes générales et abstraites, doivent l'être en application d'une règle individuelle et concrète fournissant le résultat de la pesée des intérêts en jeu dans chaque cas d'espèce. On voit qu'en légiférant au moyen de principes on s'écarte radicalement du modèle du droit moderne de la règle de juste conduite applicable à tous de manière indifférenciée. La métaphore de la règle de Lesbos<sup>209</sup>, qui épouse les formes changeantes de la pierre, convient bien pour caractériser les principes sur la base desquels le juge établit une règle individuelle sur la base d'une pesée d'intérêts.

---

### *Le droit de l'État réflexif*

---

207 MORAND C.-A. (1996), *op. cit.*, (note 31), 44.

208 ABI-SAAB G. (1997), *op. cit.*, (note 5), 206.

209 ARISTOTE (1970), *Ethique à Nicomaque*, 157.