



HAL
open science

Droit et action publique

Jacques Chevallier

► **To cite this version:**

Jacques Chevallier. Droit et action publique. Le droit figure du politique. Etudes offertes à Michel Miaille, , 2009. hal-01722487

HAL Id: hal-01722487

<https://hal.science/hal-01722487v1>

Submitted on 4 Mar 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

DROIT ET ACTION PUBLIQUE

Jacques CHEVALLIER

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

CERSA-CNRS

La question du rapport de l'action publique au droit n'est simple qu'en apparence : le fait même que juristes et gestionnaires l'envisagent de manière radicalement différente montre bien qu'il y a plusieurs lectures possibles de ce rapport. Pour les juristes, l'action publique est censée être tout entière marquée par l'empreinte du droit : c'est le droit qui habilite les acteurs publics à agir, fixe les règles de répartition des compétences entre eux, établit les formes qu'ils sont tenus de respecter, détermine les moyens d'action auxquels ils peuvent recourir ; l'action publique est conçue comme la simple opérationnalisation d'un dispositif juridique qu'elle est chargée de mettre en œuvre. Cette juridicisation intégrale constituerait une de ses caractéristiques singulières, un des signes de différenciation du public par rapport au privé. Pour les gestionnaires en revanche, l'action publique ne saurait être réduite au droit : sa légitimité ne dépend pas du respect formel de la règle de droit, mais du bien-fondé des opérations engagées, de l'excellence des résultats obtenus, de la qualité des méthodes de gestion utilisées ; le droit n'est qu'un instrument d'action parmi d'autres, une des ressources que les acteurs publics peuvent mobiliser pour atteindre les objectifs qu'ils se sont fixés¹. Alors que dans l'approche juridique, l'action publique entretient un rapport *dogmatique* au droit, sous-tendu par l'impératif de *régularité*, dans l'approche gestilogique il s'agit d'un rapport *pragmatique*, commandé par l'impératif d'*efficacité*.

Aucune de ces approches ne donne entière satisfaction. D'un côté, l'action publique ne se réduit pas au droit : elle englobe l'ensemble des mécanismes par lesquels les personnes publiques entendent encadrer et réguler la vie sociale ; le droit recouvre, quant à lui, un ensemble de règles dotées d'une puissance particulière, qui s'imposent avec force obligatoire aux destinataires. Les notions ne se recouvrent pas. L'action publique va au-delà du droit et les prescriptions juridiques débordent le champ de l'action publique : l'activité des personnes privées, elle aussi, est encadrée par des règles et passe, au moins en partie, par le canal du droit ; elle est tenue de respecter les textes en vigueur, de s'exprimer dans les formes qu'ils imposent et de recourir aux moyens qu'ils autorisent. De l'autre côté, à l'inverse, la part du droit dans l'action publique ne saurait être sous-estimée : la théorie des politiques publiques a été construite en faisant

largement l'impasse sur la dimension juridique ; or, toute politique publique « par la force des choses, va se trouver impliquée dans l'espace du droit »². En suivant la démarche adoptée par Michel MIAILLE dans tous ses travaux, il importe donc de penser ce rapport en échappant à la fausse alternative d'un juridisme, pour lequel l'action publique ne saurait être analysée que par

¹ « Les règles juridiques sont des outils de direction publique des conduites humaines et à ce titre elles sont mobilisables dans et par l'action au même titre que d'autres techniques » (P. Duran, *Penser l'action publique*, LGDJ, Coll. Droit et société, n° 27, 1999, p. 165)

² J. Caillousse, « Le droit comme méthode ? Réflexions sur le cas française », in D. Renard, J. Caillousse, D. de Béchillon, dir., *L'analyse des politiques publiques aux prises avec le droit*, LGDJ, Coll. Droit et société, n° 30, 2000, pp. 27 sq et « A propos de l'analyse des politiques publiques : réflexions critiques sur une théorie sans droit », in J. Commaille, L. Dummoulin, C. Robert, *La juridicisation du politique*, LGDJ, Coll. Droit et société, Coll. Recherches et travaux, n° 7, 2000, pp. 47 sq.

référence à son enveloppe juridique formelle, et d'un anti-juridisme, qui prétendrait ignorer la constitution juridique de l'action publique.

Pour analyser la relation de l'action publique au droit, il convient de partir du constat qu'il s'agit d'une *relation à double face*, marquée par l'ambivalence. D'une part, le droit représente pour l'action publique une *contrainte*, dans la mesure où celle-ci est tenue de se déployer dans le cadre qu'il a fixé ; mais ce cadre juridique n'est jamais à ce point rigide qu'il prive les acteurs publics de toute marge d'appréciation. D'autre part, le droit constitue un *instrument*, par lequel l'action publique s'exerce en direction de la société ; mais cet instrument n'est pas le seul et il se combine avec d'autres moyens d'action. On mesure dès lors la complexité du problème : les acteurs publics sont dans le même temps assujettis au droit, soumis à des règles qui encadrent leur action, et eux-mêmes producteurs d'un droit qui s'impose aux destinataires ; et le degré d'assujettissement comme le degré de juridicisation de l'action publique sont éminemment variables et évolutifs.

I. LE DROIT COMME CADRE DE L'ACTION PUBLIQUE

L'action publique ne saurait être envisagée en faisant abstraction de la dimension juridique : non seulement elle s'inscrit dans le cadre tracé par des normes juridiques, mais encore elle se déploie en utilisant les formes et en empruntant le langage du droit. L'action publique apparaît ainsi comme *coulée dans le moule juridique*, dans la double mesure où elle a besoin d'être habilitée par le droit et où celui-ci constitue le vecteur de sa formalisation.

A) L'habilitation juridique

1° L'idée selon laquelle l'action publique ne peut être mise en œuvre que sur la base d'une habilitation juridique constitue le principe cardinal du système de l'État de droit³ Indissociable de la conception libérale de l'organisation politique, l'État de droit implique que les différents organes de l'État ont besoin d'un *titre juridique* pour agir : ils doivent être habilités à le faire par le droit et ne faire usage que des moyens qu'il autorise : la capacité d'action, la liberté de décision des organes de l'État sont, à tous les niveaux, encadrées par des normes juridiques, dont le respect est garanti par l'intervention d'un juge. Toute cette construction repose sur une certaine représentation du pouvoir, un pouvoir perçu comme assujéti au droit : alors que dans « l'État de police », fondé sur le bon plaisir du Prince, il n'y a, ni véritable limite à l'action du pouvoir, ni réelle protection des individus contre lui, les gouvernants sont censés être enchaînés par des règles, qui s'imposent à eux de façon contraignante ; le pouvoir qu'ils détiennent se présente comme une *compétence*, instituée et encadrée par le droit. Ce faisant, l'État de droit présuppose une confiance absolue placée dans le droit, la croyance dans les vertus de la dogmatique juridique pour encadrer l'exercice du pouvoir, limiter la puissance des gouvernants.

L'État de droit postule en tout premier lieu la subordination juridique de l'administration : il implique que celle-ci est soumise à un ensemble de règles extérieures et supérieures, qui constituent le fondement, le cadre et les limites de son action (« principe de légalité », entendu au sens large). L'administration ne peut agir de son propre chef, *proprio motu*, comme au temps de l'État de police, mais seulement si elle est habilitée à le faire : des règles circonscrivent le champ dans lequel elle est autorisée à se mouvoir ; elles fixent les objectifs à atteindre, ainsi que les moyens de les atteindre. L'administration paraît être ainsi enserrée dans un véritable carcan juridique : non seulement elle n'a le droit d'agir que dans les limites fixées par les textes, mais encore elle est tenue d'accomplir ce qu'ils prescrivent ; son action n'est conçue que comme la simple « application » de normes supérieures. Mais l'État de droit postule aussi que les représentants de la Nation tirent eux-mêmes leur pouvoir d'une habilitation juridique — constitutionnelle celle-là : ils sont tenus au respect des dispositions inscrites dans la

³ J. Chevallier, *L'État de droit*, Montchrestien, Coll. Clefs-Politique, 4^{ème} éd., 2003.

Constitution ; l'institution d'un contrôle de constitutionnalité des lois ne fera que tirer toutes les conséquences de cette dépendance.

2° Cet encadrement juridique n'a cependant qu'une portée relative. Tout d'abord, dès l'instant où les normes habilitatrices sont formulées en termes larges, la contrainte juridique pesant sur l'action publique s'en trouve atténuée. Le développement de l'interventionnisme consécutif à l'avènement de l'État-providence a ainsi contribué à infléchir la consistance du principe de légalité : les lois ont été conçues de plus en plus comme des textes-cadre, se bornant à fixer certains objectifs et confiant à l'administration toute latitude concernant les conditions de leur réalisation ; l'administration est chargée, à partir des « standards » établis par le législateur, de donner un contenu concret à la règle. L'administration en est ainsi venue à disposer d'une large pouvoir discrétionnaire d'appréciation des situations concrètes : la loi ne comportant souvent qu'une contrainte de but, c'est à elle qu'il appartient de choisir les moyens les plus appropriés pour l'atteindre ; et ce pouvoir d'appréciation donné par les textes a rendu plus difficile l'exercice du contrôle juridictionnel. Quant à l'encadrement constitutionnel du pouvoir législatif, il laisse celui-ci libre de définir les orientations de l'action publique : les textes de référence, même renforcés par l'élargissement du « bloc de constitutionnalité », assurent la protection de certains droits et libertés ; mais le Parlement garde la maîtrise de ses appréciations en termes d'opportunité.

Plus subtilement, la logique de l'État de droit est partiellement vidée de sa substance dès l'instant où la hiérarchie des normes perd de sa rigueur : le « désordre normatif »⁴ illustré notamment par l'essor de la législation déléguée, la maîtrise conquise par l'Exécutif sur le déroulement du processus législatif, l'influence déterminante exercée par les services administratifs sur la préparation des projets de loi montrent assez les limites du principe de légalité ; quant aux modifications incessantes des dispositions constitutionnelles, dont la signification dépend des interprétations données par le juge constitutionnel, elles témoignent de la relativité du principe de suprématie constitutionnelle.

Si le système de l'État de droit place l'action publique sous l'empire du droit, ce n'est donc qu'un cadre souple et plastique : il ne signifie nullement que le sens de cette action soit pré-déterminé et que celle-ci ne soit qu'une simple application de normes juridiques supérieures ; si un titre juridique est requis pour agir, il a valeur d'habilitation et laisse aux organes de l'État, à tous les niveaux, un large pouvoir discrétionnaire d'appréciation.

Le droit ne pèse cependant pas seulement sur l'action publique comme contrainte : c'est aussi l'enveloppe formelle qui lui donne consistance et par laquelle elle accède au réel.

B) La formalisation juridique

1° L'action publique suppose pour sa matérialisation le support du droit : elle se traduit par l'édictation de textes (lois, règlements, décisions individuelles) qui l'inscrivent de plain pied dans l'ordre de la juridicité. Cet aspect est, on l'a vu, sinon occulté, du moins sous-estimé par les analystes des politiques publiques ; or il s'agit d'une dimension essentielle. Toute politique publique est conduite à utiliser le vecteur juridique : elle prend appui sur la force particulière, pratique et symbolique, attachée aux énoncés juridiques. Comme le souligne Aude Rouyère⁵, « le droit répond à l'ambition de toute politique publique de faire entrer un projet dans l'espace public » : la mise en forme juridique offre à l'entrepreneur d'une politique publique l'officialisation de la publicité de son action, les propriétés symboliques de cette forme, la souplesse d'une contrainte modulable, la garantie d'une sanction destinée à en mesurer l'effectivité ».

⁴ *Revue du droit public*, 2006, n° 1.

⁵ « Le droit comme indice : existe-t-il des politiques publiques d'environnement ? », in D. Renard, J. Caillousse, D. de Béchillon, *op. cit.* pp. 69 sq.

Cette formalisation juridique apparaît comme une des marques de l'action publique. Sans doute les personnes privées utilisent-elles, elles aussi, le canal du droit pour cristalliser leurs engagements ou normaliser leurs échanges ; mais le transit par le droit, qui passe de manière essentielle par la voie contractuelle, n'est qu'une possibilité. L'action publique en revanche a besoin d'être officialisée par le recours à la forme juridique. Même lorsque le droit n'est pas utilisé comme levier d'action, la technique juridique faisant place à des procédés plus informels d'influence, relevant de l'idée de « gouvernance », l'action publique n'en est pas moins marquée par l'empreinte du droit⁶. D'une part, la gouvernance a besoin pour se déployer que soit établi un cadre stable d'interaction, que soient définies certaines règles du jeu : elle implique un élément d'extériorité institutionnelle⁷, c'est-à-dire l'existence d'une instance dotée des ressources nécessaires pour initier le processus, sélectionner les participants, jeter les bases d'un accord possible ; et cet encadrement suppose le recours au droit. D'autre part, elle postule aussi que les compromis obtenus ne puissent être remis en cause, qu'ils s'imposent à tous, qu'ils soient dotés de force obligatoire ; elle ne peut rester cantonnée dans l'informel ; le produit des négociations doit être cristallisé, objectivé par le recours au registre juridique. Transcrite dans le langage et dans les formes du droit, la gouvernance tend dès lors à se greffer sur les procédures juridiques classiques. Le droit apparaît ainsi comme une enveloppe nécessaire, « une sorte d'épiderme »⁸, une « manière »⁹, un moyen de mettre en forme l'action publique, en l'inscrivant dans la logique de l'État de droit.

2° La juridicisation permet à l'action publique de capitaliser un ensemble de propriétés qui s'attachent au droit : comme le souligne Jacques Caillosse¹⁰, « le droit n'est pas une machinerie verbale comme les autres » ; « la juridicité pèse sur les façons de croire et d'agir des acteurs », entraînant une série d'effets sociaux et politiques. D'une part, en s'exprimant dans le langage du droit, l'action publique est porteuse d'« effets normatifs »¹¹ : l'édition de prescriptions dotées de force obligatoire témoigne de l'existence d'un rapport unilatéral de domination¹² ; mais le transit par le droit permet aussi la diffusion d'un ensemble de valeurs et de modèles de comportements, investis de la force particulière attachée aux énoncés juridiques. D'autre part, l'action publique bénéficie par projection du jeu de croyances qui entoure le droit : nimbé d'une aura de « rationalité », le droit est assuré d'un capital d'autorité, qui tend à le doter d'un bien-fondé de principe ; le transit par la forme juridique constitue dès lors un vecteur privilégié de légitimation de l'action publique.

Si l'action publique est ainsi coulée dans le moule du droit, cela ne préjuge par des conditions concrètes d'utilisation de l'outil juridique.

II / LE DROIT COMME INSTRUMENT DE L'ACTION PUBLIQUE

Le droit n'est pas seulement le cadre nécessaire dans lequel se déploie l'action publique, tenue de respecter les déterminations de l'ordre juridique et s'exprimant elle-même dans la forme juridique : c'est encore un outil, qui sera utilisé pour atteindre certains objectifs, pour

⁶ J. Chevallier, « La gouvernance et le droit », *Mélanges Amsselek*, Bruylant, 2005, pp. 189 sq ; D. Mockle, « La gouvernance publique et le droit », *Cahiers de droit*, Vol. 47, n° 1, mars 2006, pp. 89 sq.

⁷ J. G. Padioleau, « L'action publique post-moderne : le gouvernement des risques », *Politiques et management public* 1999, n° 4, pp. 85 sq.

⁸ P. Duran, *op. cit.*, p161.

⁹ A. Rouyère, préc.

¹⁰ Art. précités

¹¹ J. Commaille, L. Dumoulin, C. Robert, dir., *op. cit.*

¹² En tant qu'expression de la « puissance publique », toute politique publique comporterait ainsi « des éléments de décision ou d'allocation de ressources de nature plus ou moins autoritaire ou coercitive » (P. Muller, Y. Surel, *L'analyse des politiques publiques*, Montchrestien, Coll. Clefs-Politique, 1998, p. 20.

obtenir certains résultats ; il s'agit cette fois d'*agir par le droit*, en mobilisant les ressources qu'il offre. Cette instrumentalisation de la technique juridique, mise au service d'une stratégie d'action, conduit à s'interroger sur ses conditions d'emploi : le droit n'est pas en effet le seul instrument disponible¹³ et le recours à la technique juridique varie selon les contextes d'action ; par ailleurs, l'instrument juridique fait lui-même l'objet d'utilisations fort différentes selon la manière dont la règle est conçue.

A) Les conditions d'emploi de la technique juridique

1° L'action publique passe en tout premier lieu par la production de règles juridiques dotées de force obligatoire : exprimant le pouvoir de commandement qui appartient à l'État, en tant que détenteur de la « souveraineté », la loi a, comme le souligne avec force le Conseil constitutionnel (29 juillet 2000), « pour vocation d'énoncer des règles » et elle est dès lors par essence « revêtue d'une portée normative » ; quant à l'administration, elle dispose, pour assurer l'application des lois, d'un pouvoir de prescription juridique, qui se traduit par l'édition d'actes réglementaires et individuels. Sans doute cette unilatéralité est-elle limitée par la nécessité pour les acteurs publics de s'assurer certains concours pour remplir les missions qui leur sont confiées : l'action publique a toujours fait un large usage d'une technique contractuelle reposant sur les principes de liberté et d'égalité des parties ; néanmoins, le pouvoir de prescription juridique reste bien la marque du rapport spécifique que l'action publique entretient au droit.

Mode classique, sinon exclusif, de l'action publique au stade de l'État libéral, la technique juridique a connu une sensible évolution avec l'avènement de l'État-providence. D'une part, le développement des interventions publiques s'est doublé d'une explosion des réglementations, qui en sont venues à couvrir l'ensemble des activités sociales. D'autre part, cette explosion a été assortie d'une inflexion du contenu des règles. La portée normative du droit varie en effet selon les conditions de formulation des énoncés juridiques : la règle de droit peut être conçue sur le mode de l'interdit, en se bornant à délimiter le champ des activités licites et en laissant les individus libres d'orienter leurs actions comme ils l'entendent ; elle peut aussi procéder par voie de prescriptions ou d'injonctions, en prétendant dicter les conduites de manière positive. Alors que, dans la première hypothèse, la quadrillage juridique reste lâche, extériorisé et préserve une marge d'autonomie individuelle, le droit devient dans la seconde un dispositif effectif de contrôle et de « normalisation » des comportements¹⁴.

Se présentant sous la forme de « normes conditionnelles », le droit moderne a été construit selon le premier modèle, conformément à l'axiomatique libérale ; le second modèle est consécutif à l'avènement de l'État-providence. Un droit nouveau est alors apparu, un droit « interventionniste »¹⁵, mis au service de la réalisation des politiques publiques et visant, non plus à encadrer les comportements, mais à atteindre certains objectifs et à produire certains effets économiques et sociaux : alors que le droit moderne, « de type formel », garantissait l'autonomie des acteurs sociaux, ce droit nouveau, « de type matériel » et « de type réflexif »¹⁶, manifeste des « visées régulatrices, en cherchant à agir sur les équilibres sociaux. Les règles de droit s'inscrivent désormais dans le cadre de « programmes finalisés »¹⁷, mobilisant un ensemble de moyens

¹³ Par « instrumentation de l'action publique », il faut entendre « l'ensemble des problèmes posés par le choix et l'usage des outils (des techniques, des moyens d'opérer, des dispositifs) qui permettent de matérialiser et d'opérationnaliser l'action gouvernementale » — les instruments mobilisés étant par essence pluriels (P. Lascombes, P. Le Galès (dir.), *Gouverner par les instruments*, Presses de Sciences Po, 2004, p. 12.

¹⁴ J. Chevallier, « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, PUF, 1983, pp. 28-29.

¹⁵ N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, Westdeutscher Verlag, 2^{ème} éd., 1983

¹⁶ G. Teubner et autres, *Dilemmas of Law in the Welfare State*, 1986.

¹⁷ H. Willke, « Trois types de structures juridiques : programmes conditionnels, programmes finalisés et programmes relationnels », in C.A. Morand, dir., *L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat* Publisud, 1991, pp. 65 sq. et C.A. Morand, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ, Coll. Droit et société, n° 26, 1999.

juridiques et extra-juridiques au service d'objectifs : typique d'un « État propulsif », qui entend agir sur le social au nom d'une préoccupation de justice distributive, ce droit est caractérisé par une positivité nouvelle et gouverné par une logique d'efficacité.

Cette instrumentalisation a changé la figure du droit, en lui faisant perdre certains des attributs (systématicité, généralité, stabilité) qui paraissaient être inhérents à l'État de droit. Elle alimente le constat récurrent d'une dégradation de l'outil juridique : alors que le volume des textes et leur rythme de production augmentent sans cesse, leur qualité serait de plus en plus médiocre, imposant d'incessantes adaptations ; d'où l'accent nouveau mis sur l'exigence d'amélioration de la qualité de la loi¹⁸ et de la réglementation¹⁹, ce qui suppose une rationalisation des conditions de production des textes. Il reste que le recours à l'instrument juridique n'est pas pour autant une garantie d'efficacité de l'action publique. D'une part, les textes adoptés ne font pas toujours l'objet d'une application effective : l'incomplétude du dispositif juridique, le mauvais vouloir ou la passivité des agents qui sont chargés de les mettre en œuvre, les résistances sociales entraînent souvent un déficit d'exécution. D'autre part, les effets enregistrés ne sont pas toujours ceux qui étaient recherchés ou escomptés : des dérives plus ou moins sensibles existent, que l'essor des recherches évaluatives a contribué à mettre en évidence.

2° Dans tous les cas, l'action publique joue sur d'autres registres et recourt à d'autres instruments que la seule prescription juridique.

Avec la fourniture de prestations au public, il ne s'agit plus d'encadrer les comportements, mais de gérer des activités sociales concrètes : si le droit règle les conditions dans lesquelles ces prestations seront délivrées, il ne constitue qu'un cadre formel, non un dispositif d'action ; la prestation se substitue à la prescription. Or, on sait que la pression continue qui s'est exercée au cours du XXe siècle en faveur de l'extension de cette sphère de la gestion publique a conduit à la prolifération de « services publics », dans tous les domaines et à tous les niveaux de la vie sociale : l'action publique a ainsi pris de plus en plus la forme du rapport direct, permanent et quotidien qui se noue entre des services publics multiples, régis par des logiques variées, et des catégories d'usagers eux-mêmes différents. Ces prestations se caractérisent par des conditions de fourniture spécifiques, dérogoires par rapport aux mécanismes d'allocation des ressources résultant du marché, qui témoignent de leur rattachement à la sphère des fonctions collectives ; par là, ces prestations s'inscrivent bien dans la logique de l'action publique.

Par ailleurs, l'accent mis sur l'impératif d'efficacité a conduit à rechercher de nouveaux modes d'action publique. On a vu ainsi apparaître avec le développement de l'État-providence un ensemble de procédés de nature « incitative », qui ont tendu, dans une série de domaines (notamment l'économie) à se substituer aux techniques réglementaires classiques : s'ils impliquent bien l'existence d'un cadre juridique et font l'objet d'une formalisation juridique, ces procédés sont cependant exclusifs de toute dimension contraignante ; d'où le terme de « direction juridique non autoritaire des conduites »²⁰ qui a été proposé pour les qualifier. La réglementation comporte en effet bien des inconvénients et son application est entravée par de nombreux obstacles : par son uniformité, elle s'adapte mal à la diversité des situations ; par sa stabilité, elle est rapidement frappée d'obsolescence ; par son aspect coercitif, elle suscite des réactions de passivité ou de fuite. Aussi l'action publique cherchera-t-elle plutôt à modeler les comportements, par l'utilisation de procédés d'influence : il ne s'agit plus de contraindre mais de convaincre, par le recours à des stimulants divers ; plus économique dans son usage, plus souple dans ses effets, l'incitation est conçue comme un instrument plus efficace de régulation.

¹⁸ On sait que le Conseil constitutionnel impose désormais au législateur « d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques » et qu'il n'hésite plus à annuler celles qui présentent une « complexité excessive » (29 décembre 2005) ou un caractère « non-normatif » (21 avril 2005).

¹⁹ Voir les circulaires du 26 avril et du 30 septembre 2003.

²⁰ P. Amssek, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *Revue du droit public*, 1982, pp. 287 sq.

Plus généralement, l'action publique ne saurait être envisagée seulement dans sa dimension instrumentale. : la prescription et la prestation sont aussi le support d'une action de socialisation plus diffuse, visant à l'inculcation de certaines valeurs et modèles de conduite ; même si l'action publique n'a pas toujours, dans l'immédiat, des effets tangibles, elle peut exercer une influence en profondeur en favorisant l'apprentissage de nouveaux comportements. L'action publique s'exerce ainsi à travers un ensemble d'instruments, qui sont diversement agencés et combinés selon le contexte d'intervention : si le droit occupe une place essentielle parmi ces instruments, ce n'est pas le seul et la fonction qu'il remplit varie selon les cas.

Par essence plastique et adaptable, la technique juridique tend elle-même à connaître un certain nombre d'évolutions.

B) L'inflexion de la technique juridique

La préoccupation d'efficacité, qui domine désormais toute l'action publique, tend à modifier la conception traditionnelle de la normativité juridique : à la rigidité fait place la souplesse et à la stabilité l'adaptabilité ; pour certains auteurs²¹, un « autre droit », caractérisé « par son adaptation au concret, son rapprochement des individus, son adéquation au contexte des sociétés qu'il prétend régir », tendrait ainsi à émerger.

1° D'abord, le droit tend à devenir un *droit négocié*. La force de la règle de droit ne provient plus de ce qu'elle s'énonce comme un ordre obligatoire, auquel tous sont tenus de se soumettre ; elle dépend désormais du consensus dont elle est entourée. Ce consensus suppose que les destinataires soient partie prenante à son élaboration : à une légitimité intrinsèque, fondée sur la représentation du droit comme incarnation de la Raison, succède une légitimité procédurale²², attestée par ses modes d'élaboration : le passage par différentes formes de discussion permettra de postuler le caractère « rationnel » du contenu de la norme. On assisterait ainsi dans les sociétés contemporaines au développement d'une « direction juridique autonome des conduites »²³, par laquelle les assujettis sont invités à participer à la définition des normes auxquelles ils seront soumis : le droit tendrait à devenir « une sorte de technique de cogestion des conduites », produit d'un dialogue permanent entre gouvernants et gouvernés. Aussi les procédures d'élaboration des normes deviennent-elles longues et complexes, afin d'ajuster et d'harmoniser progressivement les points de vue des uns et des autres.

Cette logique consensuelle entraîne un recours croissant à la technique contractuelle. Visant à une plus grande efficacité de l'action publique, la contractualisation implique la reconnaissance de la marge d'autonomie dont disposent les divers acteurs sociaux avec lesquels l'État est tenu de négocier, faute de pouvoir imposer sa volonté : dans toute une série de domaines, les instruments conventionnels se sont ainsi progressivement substitués aux techniques unilatérales classiques, manifestant le passage à une « gouvernementalité coopérative »²⁴. Cet essor est assorti d'une inflexion, voire d'une dénaturation de la conception traditionnelle du contrat : les frontières entre contrat et acte unilatéral d'une part, contrat et procédés plus souples et plus informels de coopération et de régulation d'autre part, sont devenues floues ; on voit proliférer sous des appellations diverses (chartes, conventions, pactes, quasi-contrats...) des engagements réciproques, qui ont peu à voir avec le contrat classique. Le terme de « contrat » renvoie moins à une réalité juridique précise qu'il n'évoque

²¹ G. Timsit, « Les deux corps du droit : essai sur la notion de régulation », *Revue française d'administration publique*, n° 78, 1996, pp. 375 sq .

²² J. Habermas, *Droit et démocratie*, Gallimard, 1992.

²³ P. Amserek, préc.

²⁴ E. Serverin, A. Berthoud, *La production des normes entre État et société civile*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2000.

un nouveau style de rapports, fondé sur le dialogue et la recherche du consensus, plutôt que sur l'autorité.

2° Le droit tend corrélativement à devenir un *droit souple*. On voit ainsi s'affirmer la conception du droit qui se profilait déjà derrière le recours aux méthodes incitatives. Cet avènement d'un « droit non prescriptif », « déclaratoire, est indissociable du passage au « droit négocié » : la concertation pratiquée au niveau de l'élaboration implique en effet le consentement des assujettis et débouche donc sur la rétention de la contrainte.

Ce droit doux (*soft law*), parce que dépourvu de dimension contraignante, est aussi inévitablement un « droit flou » (*fuzzy law*). La norme juridique tend à être englobée dans une problématique plus large de *régulation* qui infléchit sa logique : visant à assurer la reproduction des équilibres sociaux, la régulation suppose en effet le recours à une panoplie de moyens d'action, les uns juridiques, les autres non-juridiques ; le droit devient un instrument de « guidance » ou de « pilotage », au service de politiques qui le dépassent et les instruments juridiques sont désormais combinés avec des moyens d'action extra-juridiques, selon un agencement complexe.

3° Enfin, le droit devient un *droit réflexif*. L'accent nouveau mis sur l'exigence d'efficacité s'est traduit par l'essor de méthodes d'évaluation qui, débordant le cadre du simple contrôle sur les conditions d'application des textes, sont destinées à mesurer les effets réels des règles juridiques, ainsi que leur impact social. La démarche évaluative influe sur le dispositif juridique de deux manières différentes : d'une part, en contribuant à encadrer et à canaliser, par une évaluation *ex-ante*, l'élaboration des textes ; d'autre part, en favorisant, par une évaluation *ex-post*, l'adaptation du droit en vigueur. Située aux deux bouts de la chaîne de production du droit, dont elle assure le bouclage, l'évaluation est ainsi intégrée, au moins formellement, au processus normatif.

Ces évolutions ne signifient évidemment pas la fin de la conception traditionnelle du droit. D'une part, la configuration juridique qui se dessine n'est pas radicalement nouvelle : ces éléments étaient plus ou moins présents dans le droit classique — comme le montrent l'existence de procédures consultatives et contractuelles et l'essor des méthodes incitatives. D'autre part, le « droit de régulation », dont certains annoncent l'avènement²⁵, ne rompt pas avec les canons de la dogmatique juridique mais se coule dans les formes juridiques traditionnelles ; il ne saurait donc être perçu comme un substitut au droit classique : en réalité les instruments juridiques utilisés dans l'action publique combinent, selon d'innombrables variantes, « droit dur » (*hard law*), aux contours nets, et « droit doux » (*soft law*), mouvant, évolutif. Il reste que l'instrument juridique a bien acquis une plasticité nouvelle.

La relation de l'action publique au droit est donc une relation complexe : le droit tient lieu en effet, non seulement de *cadre* dans lequel s'inscrit l'action publique et qui commande sa légitimité, mais encore d'*instrument* par lequel elle se déploie en direction de la société et dont dépend son efficacité ; elle paraît être ainsi, à un double titre, placée sous l'empire du droit. Néanmoins, si l'action publique ne saurait être envisagée sans que soit prise en compte sa dimension juridique, elle ne saurait être pour autant ramenée au droit : l'instrument juridique est insuffisant pour assurer la régulation du développement économique et social ; il se combine avec d'autres outils et ses conditions d'utilisation varient en fonction de la dynamique

²⁵ En ce sens, G. Timsit, préc., M. A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *Dalloz*, 2001, chron. P. 610, ou encore G. Marcou, « La notion juridique de régulation », *Actualité juridique-droit administratif*, 20 février 2006, pp. 347 sq.

d'évolution sociale. S'il est donc nécessaire de prendre le droit au sérieux, il convient aussi, ainsi que l'a toujours fait Michel MIAILLE, de ne pas céder à un juridisme qui consisterait à prétendre la déchiffrer l'action publique à travers le prisme exclusif du droit.