

# Instrumentalisation du droit public, unité de l'ordre juridique et sujet de droit

PIERRE MOOR

## Plan

1. Droit et politique
2. Le développement de l'administration politique
  - a. La double programmation du droit administratif
  - b. Spécificités de la mise en œuvre du droit administratif
3. La fragmentation du droit administratif
  - a. L'opérabilité juridique des programmes d'action
  - b. Déclin du droit administratif général
4. Ordre juridique et sujet de droit
  - a. Le droit en réseau
  - b. Le sujet de droit dans le système juridique

## 1. Droit et politique

L'objectif de cette contribution est d'analyser les relations qu'il peut y avoir entre la situation actuelle du droit public et les répercussions que celle-ci peut avoir sur sa structure comme partie intégrante de l'ordre juridique. Le droit public a été marqué depuis quelques décennies par autant de mutations qu'en deux siècles. Le droit du développement territorial, puis celui de l'environnement ont inventé de nouveaux instruments. La privatisation a entraîné une réorganisation de l'exécution des tâches publiques et un remodelage des modalités de surveillance sur de nouveaux secteurs réalloués à l'économie de marché. De nouvelles disciplines sont apparues : droits de la consommation, des télécommunications, des marchés financiers,

etc. Les intrications entre normes juridiques et technico-scientifiques sont de plus en plus profondes. L'inflation législative, déjà sensible auparavant, s'est transformée en hyperinflation, donnant naissance à un renouvellement de l'importance du droit intertemporel et du droit transitoire. Enfin – mais l'énumération est loin d'être exhaustive – des normes ou des quasi-normes de droit supranational pénètrent de plus en plus dans l'ordre juridique national de normes, directement ou indirectement.

Plus ou moins voulues, ou plus ou moins imposées soit par volonté politique de réorganisation, soit par la force des choses, ces mutations, inscrites par le législateur, le gouvernement ou l'administration dans la multiplicité des lois et des règlements, n'ont pas manqué d'affecter les structures mêmes du droit public. Si on tente d'identifier les lignes de force de ce remodelage, on dessine en même temps une *politique* du droit public : ce que nous appelons ainsi, c'est la *rétroaction sur le système du droit public en général des caractéristiques particulières* des instruments juridiques que les instances politiques ont mis à disposition des activités publiques dans toute leur diversité.

Qu'une telle rétroaction puisse, voire doive se produire, est évident, dès lors que le droit public est bien, *structurellement*, le droit des *activités* de l'Etat, en tant qu'il les soumet à des règles qui leur sont propres : des règles en premier lieu constitutionnelles, pour garantir la distinction entre Etat et société civile et mettre celle-ci à l'abri des risques d'arbitraire de la puissance publique, et, en second lieu, des règles légales gouvernant, en vertu

du principe constitutionnel de la légalité, les tâches que l'Etat assume. Les divers régimes juridiques que les activités publiques requièrent chacune spécifiquement ne peuvent que rétroagir sur la structure du droit public.

Par structure, nous n'entendons pas nous référer aux divers critères par lesquels le droit public se distingue du droit privé<sup>1</sup>, mais voulons désigner ce qui, au sein d'un seul ordre juridique, caractérise la construction *idéologico-politique* d'un ensemble de normes dites de droit public dans son opposition à cet autre ensemble que constitue le corpus des normes de droit privé ; le premier ensemble – le droit privé – se distingue comme l'univers du déploiement de la libre volonté des sujets de droit, qui est l'univers du marché au sens large (y compris donc celui des idées – dans la terminologie libérale : la société civile), et le second – le droit public – comme celui où la société politique décide d'intervenir sur ce marché pour le régler, ou l'orienter, ou le discipliner de telle manière qu'il fonctionne *autrement* que ce serait le cas *sans* l'intervention.

Dans cette perspective structurelle, le droit public est par essence le produit de l'autonomie politique de la société. Le principe de la légalité, inscrivant constitutionnellement la primauté de l'institution parlementaire dans la définition des interventions publiques sur le marché, implique par définition que seule l'instance *la plus politique qui soit* est celle qui doit être compétente pour édicter le droit public. La substance du droit public est par là même *toujours déjà politique* de par son origine, c'est-à-dire comme résultant d'un *choix délibéré*, opéré par une *instance spécifiquement compétente*, et pour *produire un résultat* social, économique, culturel, etc., *déterminé*.

Par opposition, le droit privé s'est constitué dans les lenteurs de son histoire : son équipement conceptuel (y compris les controverses sur les solutions possibles à tel ou tel problème) est hérité, et les grandes codifications qui l'ont mis en forme ne sont pas essentielles à sa légitimité. (Par équipement conceptuel, nous entendons l'ensemble des outils et instruments d'analyse juridique qui permettent à tout juriste d'écrire et de lire le droit positif – son *métatexte*<sup>2</sup>.) Certes, le droit privé consacre aussi un certain mode d'organisation de la société – voir les analyses marxistes du droit de propriété, par opposition aux analyses libérales – et il est donc dans ce sens aussi politique ; mais, même dans cette optique, il entérine le résultat d'un rapport de force préexistant – qu'il reproduit, et qu'il ne vise pas, du moins explicitement, à modifier.

Nous parlons ici du droit privé classique. Le droit privé moderne s'est écarté de ce chemin dans nombre de législations, qui se caractérisent par le souci de la protection de la partie socialement et économiquement la plus faible (travailleur, locataire, consommateur). C'est d'ailleurs en particulier pour tenir compte de telles évolutions que certains considèrent que la distinction entre droit privé et droit public s'efface. Mais, évidemment, il faudrait dire plutôt que le droit privé se politise, au sens donné ci-dessus à ce terme comme produit d'un choix socialement explicitement délibéré<sup>3</sup>.

Se distinguant structurellement du droit privé, mais apparu historiquement à un moment déterminé, le droit public a nécessité innovativement le développement d'un *équipement conceptuel propre*. D'un côté, il s'est agi de définir les figures et institutions juridiques qui lui sont spécifiques : une théorie des actes juridiques et de leur régime – la décision (au sens d'acte juridique unilatéral), le contrat de droit administratif, les diverses catégories de normes (lois, règlements) ou de quasi-normes (ordonnances administratives, actes de planification). D'un autre côté, il s'est agi de délimiter les conditions auxquelles ces figures et institutions peuvent être légitimement employées – les libertés publiques et droits fondamentaux, traduits, pour leur application, dans la triade des trois principes de base que sont ceux de la légalité, de l'intérêt public et de la proportionnalité. Cet équipement conceptuel a une fonction analogue, mais inversement symétrique, à celui du droit privé : celle de l'organisation juridique générale d'un ensemble de règles, mais dans la perspective d'une *limitation* (et non pas d'une consécration) de l'autonomie de ses acteurs, qui sont les autorités étatiques.

C'est ainsi que s'est formé, du XIX<sup>e</sup> au milieu du XX<sup>e</sup> siècle approximativement, un *droit administratif général* – applicable tel quel à toutes les manifestations juridiques du déploiement des activités étatiques – dans le cadre d'un *droit constitutionnel* également *général*. Cette systématique générale s'est formée par l'analyse constante des législations et de leur mise en œuvre (pratique administrative et jurisprudence), au fur et à mesure qu'elles apparaissaient, disparaissaient, se remplaçaient ; donc parallèlement – et parfois même consécutivement seulement à ce qui se passait au moment même dans le monde politique. Et c'est ainsi, en découvrant ce que le monde politique a inventé pour servir de droit, que l'on a pu mettre en évidence les structures de l'ordre juri-

<sup>1</sup> Sur ce sujet, PIERRE MOOR/ALEXANDRE FLÜCKIGER/VINCENT MARTENET, *Droit administratif I : Les fondements*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2012, ch. 2.2.3 (avec de nombreuses références).

<sup>2</sup> Sur ce concept, cf. PIERRE MOOR, *Dynamique du système juridique*, Genève/Paris/Bruxelles 2010, p. 250.

<sup>3</sup> On doit ajouter qu'apparaît de plus en plus un droit privé spécifique à l'Etat – voir le concept de droit administratif privé, ou l'évolution du droit des marchés publics dans les Etats qui n'en ont pas fait des contrats de droit administratif ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 1), ch. 2.2.4 (avec de nombreuses références).

dique du droit public comme révélatrices d'une *politique* du droit.

De même s'est formé un droit constitutionnel général, qui coordonne au sein d'un seul et même ordre juridique toutes les manifestations de volonté, qu'elles soient celles des particuliers ou celles de l'Etat : pour les relations de droit privé, en consacrant l'*autonomie* des acteurs, pour celles de droit public, en consacrant l'*hétéronomie* de la puissance publique, régie par des lois. Un ordre juridique qui a dès lors pour vocation de donner une solution juridique à tout exercice de pouvoir, qu'il soit privé ou public.

Ce que nous allons essayer de montrer, ce sont les impacts des mutations récentes du droit administratif sur cet ordonnancement juridique.

## 2. Le développement de l'administration politique

### a. La double programmation du droit administratif

En quoi consiste la dimension politique de la substance des règles de droit public ? Elle signifie le choix délibéré de *certain*s moyens d'intervention pour atteindre un *certain* résultat dans un *certain* segment de la vie sociale. La norme juridique de droit administratif est conçue pour être adéquate à une finalité qui est *extérieure* au formalisme du droit. Les instruments auxquels elle donne la forme du droit ne sont pas seulement des figures juridiques : ce sont aussi des *moyens d'action*, qui visent à produire un changement dans le cours des choses. La conception des normes de droit administratif obéit dès lors à une *double programmation*. La première tient à l'équipement conceptuel du droit, qui vise à ce que les moyens d'action soient juridiquement valable. La seconde relève de la situation matérielle du champ social dans lequel elles interviennent : les moyens d'action doivent être tels qu'ils atteignent le but visé, en rapport avec les caractéristiques du champ dans lequel l'Etat va les utiliser.

Il en résulte nécessairement une double rétroaction. D'une part, il y a *rétroaction de l'ordre juridique sur les moyens d'action disponibles* : le droit, ses institutions, ses formes, ses procédures exercent des contraintes sur le choix et les conditions de leur mise en œuvre, en ce sens qu'il n'est juridiquement pas possible d'employer n'importe quel instrument ni à n'importe quelles conditions : déjà la triade des principes constitutionnels (légalité, intérêt public, proportionnalité) l'empêche, mais aussi d'autres principes peuvent intervenir (par exemple, l'accès à un contrôle judiciaire). Cette première rétroac-

tion implique un *programme d'intégration juridique* des moyens d'action *dans le droit*.

D'autre part, il y a, sur la formalisation juridique des moyens d'action, *rétroaction du champ dans lequel l'Etat vise à intervenir* – la poursuite des objectifs politiquement fixés exige que des instruments soient adaptés ou inventés en fonction des caractéristiques du champ d'intervention, de ses exigences et de ses potentialités matérielles (par exemple, les différentes formes qui ont été données aux moyens par lesquels l'Etat cherche à guider, voire à maîtriser le développement territorial ou la protection de l'environnement). Cette seconde rétroaction part du *programme d'action matériel* des tâches publiques pour définir les moyens juridiques qui lui sont adéquats.

Ce qu'il s'agit d'évaluer ici, c'est l'impact de telles rétroactions matérielles sur le droit public général. Il ne s'agit nullement de tenter d'anticiper les réponses que le droit public devrait apporter aux multiples problèmes auxquelles notre société est confrontée : cela relève des divers programmes d'action ; ce qui nous intéresse ici est le programme d'intégration juridique.

### b. Spécificités de la mise en œuvre du droit administratif

Devant être adéquate aux champs extérieurs qu'elles sont appelées à investir, la mise en œuvre des diverses politiques publiques a développé dans ses modalités d'intervention deux phénomènes apparemment de tendance contraire : d'une part la création de marges de liberté administrative, d'autre part la technicisation croissante des normes juridiques. Le rappel de ces deux phénomènes permet d'élucider le phénomène de rétroaction ; elles sont le signe le plus manifeste de la double programmation.

En ce qui concerne le premier phénomène, il s'agit évidemment de l'octroi à l'administration de larges marges de manœuvre, dans des espaces normatifs ouverts aussi bien par la liberté d'appréciation proprement dite que par celle qui résulte de l'emploi par le législateur de notions juridiques indéterminées, à faible densité normative<sup>4</sup>. Pourquoi de telles ouvertures, de telles indéterminations ? Dans la plupart de leurs activités, les autorités administratives doivent adapter leurs actions aux situations singulières auxquelles elles sont confrontées, sans quoi elles

<sup>4</sup> « Regelungsdichte », cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 1), ch. 2.1.1.3, 3.1.3.3, 4.2.4 (avec de nombreuses références) ; MOOR (n. 2), p. 117 ss. Sur la liberté d'appréciation et ses différentes formes, MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 1), ch. 4.3 (avec de nombreuses références).

passeraient à côté de ce que la loi leur demande de viser ; les programmes d'action exigent la meilleure adéquation possible aux réalités du terrain où ils se déploient. Les activités administratives ont donc besoin de liberté, parce que des paramètres définis *a priori* par une abstraction prédéterminante réduiraient le concret à ce qui, dans ce concret, est identiquement reproductible dans n'importe quelle situation – c'est-à-dire, finalement, à ce que, précisément, il *n'est pas* comme tel ou tel événement singulier sur lequel il faut agir. Or c'est cette singularité qui commande le succès de l'action administrative. On comprend d'ailleurs que la nécessité de l'individualisation amène à la multiplication d'une opération qui, malgré toutes les tentatives d'en développer une méthodologie, reste mystérieuse : celle de la balance des intérêts. Car c'est une conséquence matériellement inéluctable, commune à toute pratique concrète : les situations d'intervention sont rarement claires du point de vue des valeurs qui y sont en jeu. La concrétisation d'une valeur dans une situation singulière entraîne presque toujours un conflit avec d'autres valeurs, mises en cause à un autre titre dans la même situation. Il faut donc les peser, les mettre en rapport, en évaluer les sacrifices – bref il faut choisir, il faut donc que la norme laisse la liberté de choisir<sup>5</sup>.

L'action administrative ne peut plus être prescrite par la loi parce que celle-ci ne peut plus la *pré-*scrire – l'écrire à l'*avance*. La loi peut l'orienter, la finaliser : mais la mesure dans laquelle les buts sont atteints ou les valeurs respectées résulte des actions étatiques telles que l'administration décide de les déployer sur le terrain, en fonction des pesées d'intérêts auxquelles la singularité des cas la contraint.

Le second phénomène est celui de la technicisation : il faut des connaissances techno-scientifiques suffisantes pour pouvoir décider un programme d'action adéquat. A première vue, il semble aller en sens contraire, puisque les règles techniques devraient avoir leur origine dans la nature même des choses et s'imposer par là même à l'action administrative de manière matériellement (non pas juridiquement !) impérative. Mais on sait suffisamment que, elles aussi, les règles techniques sont *choisies* et que ce choix n'est pas neutre. Il n'y a pas de nature des choses, il y a une perception, donc une interprétation des choses, interprétation télécommandée par l'éventail des valeurs qui, après pesée de leur importance réciproque, orientent la vision que l'on a de ces choses. Si la technique, une fois choisie, ne permet plus de liberté, le choix de la tech-

nique, lui, repose bien sur l'exercice d'une liberté (même si cela est fréquemment nié, par l'affirmation d'une soi-disant objectivité techno-scientifique, pour en occulter la responsabilité). Or, cette liberté ne peut être exercée que par l'administration, en relation avec ses propres experts ou ceux des organisations externes avec lesquelles elle est en relation.

Certes l'application du droit privé met aussi en jeu des notions indéterminées (« juste motif », « cours ordinaire des choses », etc.) et laisse ainsi également au juge un grand pouvoir d'appréciation. Et le système de valeurs propre à chaque juge s'y marque assurément, ou une idéologie politique. Mais cela reste le plus souvent sous-jacent, implicite, comme un *non-dit* dans l'argumentation, non-dit que la sociologie et la psychologie judiciaires peuvent dévoiler. Cependant, par comparaison avec les mises en œuvre administratives, il y manque la *continuité d'une gestion organisée et centralisée* d'une tâche publique et la *permanence d'options délibérément et explicitement choisies*<sup>6</sup>.

Il peut toutefois arriver que même le juge civil soit appelé à statuer sur des cas d'espèce qui mettent en jeu *explicitement* des valeurs socialement conflictuelles et dont la solution va selon toute vraisemblance être *extrapolée* – nous en donnerons des exemples ci-dessous. Il suffit pour l'instant de mentionner ce phénomène qui, comme on l'a déjà relevé pour les législations de droit privé, tend à produire des impacts sociaux de même nature que le droit public – et la production d'impacts sociaux généralisables qualifie d'une autre manière la dimension politique de l'activité juridique.

On voit la conséquence qu'il faut tirer. De ces deux points de vue – les variations de la densité normative, la technicisation –, les dimensions politiques des activités étatiques *descendent* du niveau des organes politiques au sens traditionnel à celui de l'administration (du moins, rappelons-le, si on comprend par politique la compétence pour une autorité de décider, avec liberté, du contenu de ce que, au nom de l'Etat, elle entend faire). C'est l'*application* par l'administration des options faites par le législateur qui détermine la consistance réelle des politiques publiques ; la concrétisation et la mise en œuvre de ces options par la politique administrative *sur le terrain* provoque une sorte de *hiérarchie inversée*, parce qu'elles seules permettent de comprendre ce qui se passe *effectivement* dans les champs des activités étatiques et la portée *réelle* de la législation.

<sup>5</sup> Cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 1), ch. 5.1.2, 5.1.3 (avec de nombreuses références).

<sup>6</sup> Cela ne veut évidemment pas dire que la sociologie administrative ne puisse découvrir aussi du non-dit dans l'action publique : mais, dans l'usage de la liberté, il s'intercale ici, contrairement au droit privé, entre ce non-dit et les cas d'espèce, le choix *explicité et responsable* de lignes générales définissant une continuité politique.

Le niveau auquel se situe la dimension politique s'est donc modifié. Si la portée et la signification réelle des normes juridiques abstraites n'apparaissent qu'au moment de leur mise en œuvre, cela implique qu'il faut revenir sur la définition de ce qu'est la politique. Classiquement, elle comprend les rapports entre les organes de l'Etat – essentiellement l'élaboration de la législation parlementaire fixant les interventions étatiques – et ceux entre l'Etat dans sa totalité, c'est-à-dire comme tel, et la société. Nous l'appelons la *macropolitique*. Mais dans la mesure où c'est seulement *au moment de le faire qu'on sait ce qu'on est en train de faire* – donc au moment de l'administration des tâches publiques –, le niveau du politique *descend* à la mise en œuvre concrète, sur le terrain même des activités administratives. Nous appelons ce niveau *micropolitique*<sup>7</sup>. Et c'est pourquoi nous désignons alors comme politique toute activité étatique qui s'exerce avec une certaine autonomie de décision sur le contenu d'un rapport social, avec la possibilité de s'élargir en pratique (pour l'administration) ou en jurisprudence (pour les tribunaux).

Et les juges civils et pénaux sont d'ailleurs aussi visés. Pour prendre des exemples dans la jurisprudence française récente, l'arrêt *Perruche*, où le juge a élargi la responsabilité médicale<sup>8</sup>, ou l'affaire *Total*, où un dommage écologique a dû être indemnisé<sup>9</sup>, ou les jugements rendus dans l'affaire de la nullité d'un mariage pour cause de non-virginité de l'épouse<sup>10</sup>, en sont des signes spectaculaires parce qu'ils ont été largement médiatisés ; mais il y en a d'autres, dont on ne parle guère en dehors des milieux professionnels. De telles sentences se prononcent sur l'actualisation de valeurs sociales et de leur portée. Quels sont les devoirs des médecins ? – question soulevée en l'espèce du fait du développement des connaissances accessibles grâce aux techniques modernes. Quels usages religieux, culturels, etc., peut-on accepter ou doit-on refuser de la part de communautés étrangères ? – question générale, du fait des flux migratoires. Qui doit assumer les conséquences des accidents environnementaux ? – question qui se pose du fait de la multiplication des risques majeurs. La norme a été adoptée par le juge civil – instance *micropolitique*, puisque statuant dans un cas d'espèce – *sans que* ou *avant que* le législateur n'intervienne.

Une dimension micropolitique : ce n'est pas dire autre chose qu'une évidence ou ce qui devrait être une évidence, en tout cas pour ceux qui pratiquent le droit, à savoir que *le droit se fait dans le champ de son application*.

Il importe cependant de préciser – mais sans nous y arrêter – que nous ne nous rallions, par cette thèse, ni aux théories réalistes (« *le fait* est que le droit est ce que le juge dit qu'il est »), ni aux théories normativistes (« *la norme* est que le droit est ce que l'autorité compétente dit qu'il est ») ; disons seulement que la production normative est un travail avec des textes, qui mène à (et non pas repose sur) l'élaboration de normes générales, lesquelles composent dans leur ensemble l'ordre juridique qui organise ce travail<sup>11</sup>.

Soit dit en passant (car cela nécessiterait de plus amples développements) : l'importance du terrain explique aussi l'apparition, dans les processus de décision, de rapports de force nouveaux, non seulement du bas vers le haut (les pouvoirs locaux sur les instances nationales, l'administration sur le gouvernement), mais aussi de l'extérieur vers l'intérieur (les groupes de pression, la technoscience ; associations, groupements de défense d'intérêts). De même la dimension micropolitique a provoqué l'apparition de nouvelles formes de participation. Au plan des relations juridiques individuelles entre les particuliers et l'administration, le principe du droit d'être préalablement entendu avant que la décision ne soit prise s'est généralisé en procédure administrative ; consacré depuis des siècles en droit privé, son application en droit administratif s'est longtemps heurtée, il vaut la peine de le rappeler, à l'objection que l'autorité appliquait le droit d'office – objection qui perd toute valeur quelconque dès lors que la densité normative de ce droit se réduit. Au plan démocratique, les procédures de participation traditionnelles, toutes axées autour de l'institution de la loi, se complètent de procédures de participation administrative, ou plutôt – car il s'agit encore d'institutions le plus souvent informelles, en gestation – de processus<sup>12</sup>.

### 3. La fragmentation du droit administratif

Il reste à voir quelles conséquences en résultent pour le droit public en général, c'est-à-dire comme système.

<sup>7</sup> MOOR (n. 2), p. 298 ss ; cf. aussi Pierre MOOR, Pour une théorie micropolitique du droit, Paris 2005, p. 52 ss.

<sup>8</sup> La question posée : un médecin a-t-il l'obligation d'informer une femme enceinte d'une malformation du fœtus qu'elle porte ? Cf. l'arrêt de la Cour de cassation [française], JCP 2000 II n° 10438.

<sup>9</sup> Un pétrolier avait sombré au large de la côte bretonne ; cf. la relation du jugement de 1<sup>ère</sup> instance dans le journal *Le Monde* du 18 janvier 2008.

<sup>10</sup> Un mari demandait la nullité de son mariage, parce que, lors de la nuit de noces, il s'était révélé que sa femme n'était pas vierge : action admise par le juge de 1<sup>ère</sup> instance, rejetée ensuite sur appel (cf. le journal *Le Monde* du 29 mai 2008 et du 19 novembre 2008).

<sup>11</sup> Voir, sur ce sujet, MOOR (n. 2), p. 157 ss, 263 ss.

<sup>12</sup> MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 1), ch. 3.5 (avec de nombreuses références).

### a. L'opérabilité juridique des programmes d'action

A comparer avec le droit privé ou le droit pénal et leurs parties générales, la dogmatique du droit administratif général telle qu'elle est héritée de sa période classique ne présente pas, apparemment, une plus grande complexité (ni non plus, d'ailleurs, une moins grande). Il serait aisé de codifier par exemple le régime de la décision administrative ou du contrat de droit administratif, sur le modèle des codifications du droit privé.

Cela est vrai du moins tant que les activités publiques ont présenté une certaine homogénéité quant à leur portée relativement aux domaines d'intervention. Et tel a été le cas de l'administration de police (et l'est encore, en tout cas pour la police au sens classique). Tel a été le cas également de l'administration de prestation (et l'est encore). Le développement de la dogmatique du droit administratif est celui de ces types d'intervention dans leur formalisation juridique – dans ce que ce que l'on peut appeler sa période classique : c'est une trivialité de le dire ici.

Mais les champs d'intervention se sont spectaculairement élargis et diversifiés – et cela même aux temps des privatisations et des dérégulations, qui se sont accompagnées de modalités plus subtiles de responsabilisation et de surveillance. Et, en même temps que ces champs, évidemment, les finalités poursuivies se sont tout autant élargies et diversifiées. Sont apparus le concept de politique publique et, corrélativement, de nouvelles valeurs tenant au *succès* des interventions – et non pas à leur validité<sup>13</sup> : ce qui mène à la nécessité d'évaluer leurs résultats concrets dans leurs champs respectifs – à savoir les segments économiques, sociaux, culturels, écologiques, etc., dans lesquels l'Etat prend politiquement la responsabilité d'agir (que cette action consiste dans la fourniture de prestations et de services ou dans la surveillance de secteurs privés et de leur responsabilisation). Cela n'était guère le cas des administrations de police et de prestation, qui, toutes deux, pouvaient se contenter de réglementations générales et de résultats sociaux globaux ; les réglementations assuraient une égalité de traitement par le choix de paramètres fortement réducteurs de réalité (données quantitatives : âge, niveaux de revenu, etc). Au contraire, les politiques publiques ne peuvent se permettre de *réduire* la réalité à des abstractions, que dans la mesure où de telles réductions de la réalité des choses (par exemple la traduire en données purement quantitatives) négligeraient *précisément* les éléments qui pourtant leur

rendraient l'action adéquate. D'où de nouvelles valeurs pour mesurer l'effectuation du droit<sup>14</sup> : son effectivité (est-il appliqué ?), son efficacité (est-il appliqué avec succès ?) et son efficience (à quels coûts est-il appliqué ?)<sup>15</sup>.

Autrement dit : les spécificités des champs d'intervention et des programmes d'action sectoriels exercent de plus en plus une rétroaction sur les instruments à mettre en œuvre pour aboutir au résultat politiquement escompté. Il a fallu, de plus en plus, imaginer des modalités d'intervention adaptées aux caractéristiques de ces champs, de telle sorte que leur mise en œuvre soit effective, efficace et efficiente. Ce n'est plus l'instrumentarium juridiquement *déjà existant* qui fournit les outils juridiques à utiliser. Ces outils doivent être adaptés ou de nouveaux doivent être forgés en fonction de leur *opérabilité* sur le terrain même, c'est-à-dire leurs potentialités à atteindre dans la réalité ce qui doit y être atteint pour obtenir le résultat escompté. En d'autres mots : le programme d'action matériel implique un renouvellement du programme d'intégration juridique.

On en trouvera suffisamment d'exemples dans le droit de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme (ainsi les diverses catégories de plans), dans celui de la politique environnementale (ainsi les plans de mesures, les contingents d'émission), dans celui des politiques économiques (ainsi dans l'agriculture, mais aussi dans les régimes de surveillance de certains secteurs – banques, cartels), dans le droit de l'organisation (ainsi dans le régime des privatisations ou semi-privatisations – que l'on pense aux techniques de contrôle –, ou dans le développement des autorités indépendantes), etc.

### b. Déclin du droit administratif général

Cette évolution de la mise en forme juridique des diverses tâches étatiques a produit une fragmentation du droit administratif en multiples spécialisations, avec chacune son équipement conceptuel *propre*, dont la technicité n'est compréhensible que si on connaît *en même temps* les structures matérielles *propres* du segment social, économique, écologique, etc., spécifiquement visé. Il est dès lors de plus en plus difficile de concevoir un droit administratif général qui commanderait l'*ensemble* des réglementations juridiques comme un système dirigé par sa cohérence interne, dans la mesure où la substance de ces

<sup>13</sup> Au sens kelsénien de « Geltung ».

<sup>14</sup> Mais – malheureusement ! – de nouveau par des critères quantifiables : la quantification semble être une tendance irrésistible.

<sup>15</sup> Sur ces concepts, cf. PIERRE MOOR/ÉTIENNE POLTIER, *Droit administratif II : Les actes administratifs et leur contrôle*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2010, ch. 5.1.2.2/b, avec de nombreuses références.

réglementations est au contraire « commandée » par ce que nous avons appelé leur opérabilité externe dans chacun des programmes d'action.

Ainsi chaque domaine d'intervention connaît son système juridique spécifique : ses formes juridiques et leur régime – élaboration, adoption, degré d'impérativité, modification, contentieux, etc.

A cela s'ajoutent les phénomènes que nous avons déjà partiellement mis en lumière. Premièrement, prédominance de la *voie réglementaire* pour la mise en place de la politique ; par exemple, l'impact économique et écologique réel du droit de la protection de l'environnement ne peut être apprécié à la lumière de la seule loi, il faut connaître la transcription des options légales en mesures administratives dans les ordonnances<sup>16</sup>. On connaît le proverbe : le diable se cache dans les détails. Cela est dû principalement au fait que, la plupart du temps, la technicisation de la mise en œuvre exige que les mesures soient définies au niveau réglementaire – l'état de la technique évolue rapidement et le législateur formel serait hors d'état de la comprendre et de la suivre. Or ces réglementations sont d'origine administrative, car seule l'autorité en charge de la politique en cause maîtrise suffisamment les connaissances nécessaires. Cela donne finalement des *complexes* réglementaires difficiles d'accès (intellectuellement parlant) et dont la substance, d'ailleurs quasi entièrement non juridique, découle des *caractéristiques de la matière*. Ces complexes forment souvent des ensembles juridiquement clos sur eux-mêmes, dans la mesure où ils ne trouvent leur cohérence qu'en rapport avec le champ d'intervention. C'est un premier facteur de fragmentation du droit administratif en secteurs hyperspécialisés.

Nous avons mis en lumière, secondement, que, lorsqu'un régime de réglementation abstraite n'est pas possible parce que les seules mesures utiles sont celles qui prennent en compte la singularité de chaque cas, la concrétisation passe par la mise en œuvre administrative des notions juridiques indéterminées, la pratique fixant la portée des notions abstraites (les conceptions sur ce qu'est un « monument digne de protection » ont changé sans que les législations soient modifiées ; voir aussi les règles « prudentielles » du droit bancaire). Ici aussi, la fragmentation est renforcée, dans la mesure où seuls les spécialistes de la matière – spécialistes juristes ou spécialistes techniques (comptables, par exemple) – sont capables de comprendre la réglementation.

Ce phénomène de spécialisation se retrouve même au niveau du contrôle judiciaire : les cours comptent parmi les juges des spécialistes du droit bancaire, ou du droit de l'environnement, ou du droit de l'urbanisme, auxquels sont confiées les causes relevant de leur expertise<sup>17</sup>. Ou – plus caractéristiques encore – sont créées des autorités « indépendantes » composées essentiellement d'experts dans la branche, dans lesquelles les risques de collusion avec le secteur où elles sont compétentes sont loin d'être négligeables.

Il y a un troisième facteur de fragmentation, qui peut paraître à première vue surprenant : la supra- et la transnationalisation de la formation du droit. Ou, plutôt que de formation du droit (ce qui risque de donner l'impression d'une unité et d'une homogénéité dans les conditions de cette formation), il faudrait parler de régimes juridiques supra- et transnationaux (même quelquefois privés : que l'on pense par exemple à la normalisation). Car ce qui se fait comme droit à ces niveaux se présente également sous forme de régimes sectoriels, aux domaines d'application spécifiques et des plus divers. De même, leurs structures leur sont à chaque fois propres : origine, degré d'impérativité, nature des effets, compétences, etc. Typiques à cet égard le droit de l'environnement, le droit du commerce international. Mais on peut citer aussi à ce titre – sans commettre de lèse-majesté – la Convention européenne des droits de l'homme ou les deux Pactes internationaux. Ces sources juridiques s'imbriquent dans les droits nationaux selon les modalités les plus variables, renforçant leur tendance à l'autonomisation sectorielle.

La fragmentation se retrouve d'ailleurs sur le plan organisationnel. Parler de l'administration est une figure de rhétorique, sacrifiant à un mythe d'unité de l'appareil administratif, représentant lui-même l'unité de l'Etat (comme une personne !). En réalité, il s'agit d'un ensemble de subdivisions, aux intérêts divers, et même souvent divergents, en situation de concurrence de pouvoir, chacune ayant de plus sa propre clientèle (« lobbies ») pour la soutenir, ou ses propres relations (internes ou étrangères ou supranationales) pour lui procurer l'information nécessaire.

<sup>16</sup> Législatives et administratives !

<sup>17</sup> Il faudrait ici parler également de la formation des juristes, qui, elle aussi, suit la ligne de la fragmentation. Après une formation minimale (nous dirions même minimaliste, grâce [si cette préposition est ici à sa place !] à la réforme de Bologne : le bachelor en trois ans), les étudiants suivent des mastères en droit des affaires, en droit de l'environnement, en droit de la consommation, en droit des télécommunications, en droit de l'informatique, etc.

## 4. Ordre juridique et sujet de droit

### a. Le droit en réseau

D'où une observation quant au sort du droit administratif général : il se déstructure face à la multiplication de régimes de droits spécifiques formés non à partir de figures juridiques qui leur seraient préexistantes et qui constitueraient le système cohérent d'un ordre juridique homogène, mais à partir de ce qu'exige sur le terrain une mise en œuvre effective, efficace et efficiente – tenant compte en outre de prescriptions extérieures à l'ordre juridique national. Les outils sont forgés par rapport à la matière à laquelle ils doivent s'appliquer – ou sont imposés de l'extérieur –, on ne peut plus se contenter d'aller les chercher tels quels dans l'atelier. Ils se sont sectorialisés, spécialisés, adaptés aux besoins des actions administratives telles qu'elles sont diversement configurées dans et par leurs champs respectifs. Certains sont inclassables dans les catégories traditionnelles d'actes juridiques (ainsi les différentes catégories de plans), d'autres sont inclassables dans les catégories d'effets juridiques (*soft law*, recommandations, incitations). L'ensemble hétéroclite des actes dits matériels ne s'intègre dans les régimes de contentieux qu'au prix de contorsions dogmatiques plus ou moins byzantines. Des modalités d'organisation et de relation entre les secteurs public et privé se mettent en place au-delà de toute orthodoxie.

On peut penser d'ailleurs que le droit privé et le droit pénal ne résistent pas non plus à une telle tendance. Le droit pénal administratif se multiplie, dont l'application dépend de la substance des législations administratives spéciales qu'il sanctionne. Le droit privé de la responsabilité suit la même pente. Les réglementations particulières à certains types de contrats se développent en fonction de paramètres qui ne dépendent pas de la structure juridique, mais de critères purement factuels : des législations sont adoptées ou vont l'être, par exemple, sur la vente à domicile, ou par téléphone, ou par internet. Sans compter les règles de droit public qui interfèrent avec celles de droit privé, créant ainsi des secteurs spécifiques – ainsi le droit de la consommation.

Si, en particulier du fait de la fragmentation, les structures générales du droit administratif, ou du droit pénal, ou du droit privé connaissent une lente érosion, ne doit-il pas en aller de même de l'ordre juridique conçu comme un système *organisé* autour de concepts généraux et les *organisant* en même temps ? Il s'agit ici, exprimé autrement, de la consistance et de la permanence de l'équipement conceptuel qui assure *l'unité complexe de l'ordre juridique* : les concepts de norme, de compétence, d'acte

juridique, de sujet de droit – ce que nous avons appelé le *métatexte*. S'ils changent de sens, de régime ou de statut suivant les champs juridiques où les termes (non pas les « essences ») sont employés, qu'advient-il de l'unité du droit considéré comme système ? On aborde ici une problématique dans laquelle nous allons nous aventurer avec la plus grande prudence, parce qu'il s'agit d'évaluer la consistance *théorique* de concepts qui sont censés *rendre compte de la pratique juridique*, alors même que cette pratique nous semble aujourd'hui devenir de plus en plus floue, incertaine, multiforme.

Ce thème est le plus souvent abordé sous l'angle de l'unité de chaque ordre juridique positif, unité assurée par le monopole de création du droit par chaque Etat sur le fondement de sa souveraineté. Ce point de vue considère l'unité sous un angle purement formel. Mais, même dans cette perspective, elle est mise en question, comme on l'a vu, par la multiplication des régimes juridiques supranationaux. La théorie du droit, confrontée à ces superpositions, juxtapositions, interpénétrations, a trouvé une métaphore pour en rendre compte : celle du réseau, se substituant à celle de la pyramide<sup>18</sup>. Ce n'est cependant qu'une métaphore : que peut bien signifier le concept d'ordres juridiques en *réseau* ? Un groupe quelconque de choses différentes ne constitue un réseau qu'en fonction de structures qui en font un système, qu'il s'agisse de vaisseaux sanguins ou de lignes de chemins de fer – un système, c'est-à-dire une *unité complexe, organisée et différenciée*, organisant ses différences en même temps que différenciant son organisation. Or quelles seraient les structures qui constitueraient en réseau l'ensemble des phénomènes juridiques ou quasi juridiques, normatifs ou quasi normatifs, existant ou en gestation, que l'on aimerait regrouper sous le concept de droit en réseau ? L'idée de norme est insuffisante à elle seule. Car c'est l'ordre juridique comme totalité organisée – comme système – qui donne sens aux normes qui en relèvent, et non pas l'inverse. L'ordre juridique n'est pas une simple juxtaposition de normes de comportement coordonnées ensemble selon la seule modalité hiérarchique pyramidale de pures normes d'habilitation, ni non plus leur seule coexistence interreliée au hasard des rencontres. La validité normative n'est pas seulement une question de compétence formelle ou d'interrelations informelles ; elle dépend bien plus de la cohérence de chacune des normes avec le système que

<sup>18</sup> Voir les ouvrages fondamentaux de FRANÇOIS OST/MICHEL VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles 2002, ou de MIREILLE DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel*, Paris 2004, et MIREILLE DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Paris 2006.



constitue l'ordre juridique comme totalité différenciée et organisant ses différences, autoorganisation produisant son identité – une cohérence formelle *et* matérielle (en quoi nous nous distançons aussi bien de la théorie kelsénienne que des théories postmodernes)<sup>19</sup>.

L'ordre juridique n'est pas non plus la simple juxtaposition d'un droit privé et d'un droit public (pour ne pas parler du droit pénal, dont la place est discutée). Ces deux groupes sont articulés l'un à l'autre (et c'est pour quoi il y a eu ici à plusieurs reprises référence également au droit privé). Cette articulation procède évidemment de la Constitution, qui garantit la consistance d'une sphère privée et, en particulier avec les concepts d'intérêt public et de balance d'intérêts, fournit les instruments généraux de leur coordination. Plus profondément, on peut voir à l'œuvre dans les deux ensembles de règles un concept commun d'autonomie de la volonté (en droit contractuel et dans le champ des droits fondamentaux), de même que celui d'intérêts (juridiquement) protégés. On pourrait certainement trouver d'autres articulations encore. Mais nous aimerions nous arrêter sur celle que, en mentionnant le concept d'autonomie, nous venons d'invoquer ainsi indirectement : celle de sujet de droit.

## b. Le sujet de droit dans le système juridique

En deçà de toute considération métaphysique, la figure du sujet de droit est la transposition dans l'ordre juridique de l'individu comme personne, c'est-à-dire comme engagée dans un tissu de relations sociales : un réseau ici *organisé*, précisément, dans lequel on trouve aussi bien les rapports aux autres sujets de droit que ceux noués avec la société en général, représentée par l'Etat, juridiquement personnalised. La trame et la chaîne de ce réseau sont constitués par l'ordre normatif, sous la forme de droits et d'obligations qui circulent dans les lignes de ce réseau (pour poursuivre la métaphore) ; et ils se relient dans le statut de sujets de droit, qui actualisent ce que l'ordre juridique pose comme potentialités juridiques<sup>20</sup>. Pas plus que la norme, le sujet de droit n'est donc un donné *a priori* qui serait préalable à l'ordre juridique : l'ordre juridique, ici aussi, est un système qui s'organise par l'organisation réciproque de ses éléments – dont l'un des plus essentiels

est celui de la figure du sujet de droit, laquelle ne peut donc se comprendre que dans le jeu de ses relations avec le système lui-même et ses autres éléments (texte normatif, norme, autorité, etc.).

Au prix de ce détour théorique, sans doute d'une abstraction trop condensée<sup>21</sup>, on peut alors poser une question, sur laquelle nous conclurons cet exposé en avouant ne pas pouvoir y donner de réponse ici. Qu'advient-il de cette figure dans un univers juridique fragmentaire, multiforme, hétérogène, dispersé – pour ne pas dire fait de bric et de broc ? Que reste-t-il du sujet de droit dans un « réseau » de règles juridiques dont le système – et donc l'identité structurelle – tend à s'évanouir ? De quel ensemble, de quel univers symbolique le sujet de droit peut-il relever, ensemble qui, par l'effet de sa propre identité, lui conférerait en retour l'identité définissant son statut – actif et passif – de sujet ?

Cette question vient d'un positiviste qui se met à douter des vertus d'un positivisme axé uniquement autour des concepts de normativité (c'est-à-dire le droit conçu comme ensemble de normes, et non pas comme système) et de souveraineté (avec le monopole étatique de la création normative). Quel autre ordre juridique imaginer qui intègre le sujet de droit dans la totalité de ses dimensions et de ses statuts ? Le système qui en paraît le plus proche ou, en tout cas, dont on peut penser qu'il en nourrit l'ambition, est celui d'une théorie des droits de l'homme conçus comme inhérents au fait de la personne humaine, donc comme un *a priori* qui surplomberait tous les ordres juridiques. Il y manque cependant la différenciation des dimensions constitutives du sujet de droit comme élément prenant sens au sein de l'ordre juridique, dans la mesure où le concept mis au fondement de cette ébauche de système est construit comme primauté de *droits* subjectifs (primauté par rapport aux obligations, construites comme des limitations). Et on peut penser que l'invocation de ces droits – même gérés par des tribunaux – est perçue moins comme un grief tiré d'un ordre juridique que comme un *appel à la justice*, et même un appel à la justice *contre* le droit. A ce titre, il s'agirait d'une sorte de transcendance, dont on ne devine guère comment elle pourrait s'arranger avec l'immanence qui est au cœur de la dimension politique du droit comme autonomie. Ici aussi, il faudrait pouvoir disposer d'une théorie de « réseau » qui *réintègre* les « droits fondamentaux » dans un ordre juridique *et* politique à l'organisation différenciée et aux différenciations organisées.

<sup>19</sup> Cf. MOOR (n. 2), p. 195 ss.

<sup>20</sup> On fait évidemment référence aux quatre statuts dans lesquels, depuis GEORG JELLINEK, on décrit la position du sujet de droit, et qui sont des statuts incluant potentiellement tous les droits subjectifs que l'ordre juridique comme système peut créer, mais en même temps et nécessairement aussi toutes les obligations subjectives.

<sup>21</sup> Voir MOOR (n. 2), notamment p. 201 ss (sur le concept de système), p. 227 ss (sur celui de sujet de droit).