



**HAL**  
open science

**Du droit public républicain aux politiques publiques :  
deux siècles de transformation de l'action publique  
française**  
François Féral

► **To cite this version:**

François Féral. Du droit public républicain aux politiques publiques : deux siècles de transformation de l'action publique française. Journée de coopération universitaire franco-chinoise UNH-UPVD, Université Normale du Henan, Jun 2015, Xinxiang, Chine. hal-04697387

**HAL Id: hal-04697387**

**<https://hal.science/hal-04697387v1>**

Submitted on 13 Sep 2024

**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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial 4.0 International License

# Du droit public républicain aux politiques publiques : deux siècles de transformation de l'action publique française<sup>1</sup>

Pr. François Féral<sup>2</sup>

## Introduction

Le professeur Pierre Legendre écrivait que, vis-à-vis de l'Histoire, la doctrine juridique française était comme Monsieur Jourdain : elle faisait de l'Histoire sans le savoir comme le bourgeois gentilhomme de Molière faisait de la prose. Ce trait d'humour rappelait aux juristes positivistes que les règles de droit et les institutions publiques sont le produit de l'Histoire et des sociétés : c'est une imposture scientifique de faire du droit sans perspective historique et sociale.

C'est à cet égard que le droit public français est incontestablement un modèle juridique original. Son organisation et ses caractères se sont très largement exportés : d'une part en Europe à l'occasion de la propagation de la Révolution française de 1789, d'autre part dans le monde, avec l'épopée coloniale française (développée à partir de la fin du 16<sup>ième</sup> siècle mais dont l'apogée au 19<sup>ième</sup> siècle à partir du Second Empire (1850) culminera des débuts de la 3<sup>ième</sup> République jusqu'à la Guerre de 1914).

Au 19<sup>ième</sup> siècle, le droit public français avait pour objet de fixer un cadre juridique pour l'action politique et administrative. Au cours des deux siècles derniers, ce cadre a beaucoup évolué car il s'inscrivait d'abord dans l'histoire des États-Nations de la société industrielle en Europe (I).

Son contenu et ses caractères se sont aujourd'hui profondément modifiés avec les transformations de l'État-Providence : il est désormais le cadre des politiques publiques d'un État-Régulateur porteur de politiques publiques complexes et contradictoires (II).

## I. L'objet et la production historique du droit public français

Le droit public français a pour objet de donner un statut juridique à l'action publique et au pouvoir des gouvernants ; élaboré depuis la Révolution de 1789, il apparaît composé d'une série de textes constitutionnels en recherche constante d'un équilibre des pouvoirs et d'une juridiction spéciale qui contrôle les actes de l'administration publique. Il faut cependant considérer ce système dans sa perspective historique. Ce droit public original a été élaboré dans la mouvance du triomphe de l'État-Nation en Europe ; celui-ci est le résultat d'une relation dialectique permanente entre l'appareil d'État et les forces de la société civile

### A. Un système de droit original...

A partir de sa conception républicaine révolutionnaire, l'État de droit français s'est établi tout au long de deux siècles d'hésitations constitutionnelles en parallèle de la création prétorienne d'un contrôle juridictionnel croissant sur l'administration publique.

#### 1. La construction républicaine de l'État de droit

Le droit public français est un véritable système de droit original qui s'est perfectionné durant près de deux siècles et demi : il repose sur la construction d'un *droit de l'État et de son administration* qui est clairement séparé des *droits privés des personnes et des biens*. Ainsi, s'il est vrai que le droit

---

<sup>1</sup> Cette conférence donnée à l'université du Henan en juin 2015 a été traduite en chinois mandarin par Mme Bai Fan, docteur en droit public de l'université *Via Domitia* à Perpignan (France)

<sup>2</sup> Professeur Émérite en droit public, directeur d'Études à l'École pratique des Hautes Études, Président honoraire de l'Université *Via Domitia* à Perpignan

français est célèbre pour sa codification napoléonienne du droit civil, il est également reconnu pour l'originalité de son État de droit : un système d'institutions par lequel la puissance publique est soumise au droit et un ensemble des règles juridiques qui organise l'intervention publique.

Si nous parlons expressément de droit public républicain, c'est à cause de l'empreinte faite sur ce modèle par la Révolution française de 1789. Cependant, comme Alexis de Tocqueville l'a démontré, de nombreux éléments de ce droit ont été implantés en France dès les 15<sup>ème</sup> et 16<sup>ème</sup> siècles : en particulier, les rois Louis XI (règne 1461/83) et François 1<sup>er</sup> (règne 1515/47) ont été les précurseurs de ce modèle centralisé où les intérêts de l'État dépassent la volonté de la personne royale. Le Roi est soumis à des principes juridiques et à des limites de ses pouvoirs. Pourtant, contrairement à la codification du droit des personnes privées, le droit public français est le produit de deux siècles tâtonnements de régimes politiques et d'un droit de l'administration façonné au cours des 19<sup>ème</sup> et 20<sup>ème</sup> siècles par la jurisprudence du Conseil d'État.

## 2. Le constitutionnalisme français en recherche perpétuelle d'équilibre des pouvoirs

Nous pouvons parler en effet des tâtonnements constitutionnels de la France car depuis 1791, se succédant au fil des guerres, des révolutions et des coups d'État, la vie politique française a produit dix-huit textes constitutionnels ! Par ailleurs, la Constitution de 1958, qui est aujourd'hui le cadre juridique de notre V<sup>ème</sup> République, a été modifiée plus de vingt fois ! Le goût des français pour le droit est illustré par cette *frénésie* d'écriture constitutionnelle ; par comparaison la démocratie parlementaire anglaise fonctionne depuis le 16<sup>ème</sup> siècle sur un *modus vivendi* politique non écrit et seulement coutumier. Donc, durant près de deux siècles et demi, le droit constitutionnel français a balancé entre le *parlementarisme*, (la maladie du modèle parlementaire britannique) et le *présidentialisme* (maladie du modèle présidentiel étasunien).

Il faut rechercher les racines de cette ambivalence dans la mentalité politique radicale et belliqueuse du peuple français. Depuis la Révolution, la fracture politique de la France entre la Droite et la Gauche est très dure, presque irréconciliable.

Depuis la décapitation de Louis XVI, accusé de trahison, la Droite se méfie des assemblées parlementaires qui représentent un peuple indiscipliné et irrespectueux de l'aristocratie. Jusqu'en 1919, au lendemain de la Grande Guerre de 1914, elle a rêvé de restaurer la dynastie des Bourbons. C'est pourquoi la Droite française recherche l'ordre et qu'elle est fascinée par le pouvoir personnel ou le culte de l'homme providentiel qui assurera la défense des patrimoines individuels.

Au contraire, la Gauche française républicaine vit dans la peur de la restauration de la royauté et de la vengeance des royalistes ; la Gauche est traumatisée par les épisodes de pouvoir personnel bonapartiste. La République a ainsi développé une grande méfiance vis-à-vis des pouvoirs exécutifs : il faut donc contrôler sans cesse et limiter les pouvoirs du gouvernement et de ses ministres.

Ainsi les constitutions qui se sont succédé apparaissent, non pas comme des modèles consensuels et équilibrés mais, le plus souvent au contraire et malheureusement, comme des réactions et des revanches prises contre le régime politique précédent. Jusqu'en 1981, l'alternance politique en France ne se fera qu'avec des crises de régime politique.

## 3. Un droit administration jurisprudentiel et exorbitant du droit commun

Pour sa part, le droit de l'administration française est le résultat d'un contrôle progressif et de plus en plus perfectionné du Conseil d'État sur les décisions et les interventions de l'administration. La Révolution de 1789 avait d'abord établi le principe de l'immunité absolue de l'action de l'État vis-à-vis des personnes civiles. L'idée de *Raison d'État* dépasse alors l'idée de *Justice* ; les intérêts privés sont considérés comme secondaires : non seulement ils doivent céder-le-pas face aux intérêts supérieurs de l'État, mais il n'est même pas possible d'en discuter les fondements et les contenus. À partir de la Révolution, les ministres des gouvernements, investis du statut de *chef de service* de leurs administrations, ont reçu un pouvoir omnipotent. Ils peuvent seuls décider, comme « ministres-juges », si les demandes des administrées doivent ou non être examinées et prises en considération.

A partir de la Monarchie de Juillet (1830) mais surtout du Second Empire (1850), le Conseil d'État français a imposé progressivement à l'administration des règles de conduites visant à sanctionner les *excès de pouvoir* et à combattre l'arbitraire de ses décisions. C'est ainsi que le droit administratif s'est développée comme le *contentieux des actes* de l'administration en vérifiant leur conformité à la loi : c'est la *légalité* de l'action publique en dehors de laquelle l'action administrative est considérée comme nulle et arbitraire. Cependant, ce droit spécial appliqué à l'administration française restera longtemps un droit déséquilibré en faveur de l'administration. Ses biens, ses personnels, sa responsabilité bénéficient d'un régime juridique protecteur : la doctrine juridique parle alors de « droit public exorbitant » pour bien montrer qu'il se situe « en dehors du droit commun », celui qui s'applique à la société civile.

Les biens, les ouvrages et les travaux de l'État sont imprescriptibles et inaliénables, les fonctionnaires publics ont un statut du travail spécial et font l'objet d'une protection particulière, la responsabilité de l'administration est toujours atténuée. Mais c'est principalement dans le régime des actes juridiques que le déséquilibre est le plus sensible. Les décisions administratives, même si elles sont illégales, doivent être exécutées avant d'être discutées, selon le « principe du préalable », les contrats passés avec des institutions publiques donnent à la personne publique des avantages contractuels.

C'est en raison de *l'intérêt général* que les droits de l'État dominent les droits des individus et des groupes... mais c'est l'administration et l'État qui définissent eux-mêmes ce qu'est l'intérêt général ! C'est donc à l'origine un droit où les intérêts privés doivent se soumettre aux intérêts de l'État.

## **B. ... construit dans la dialectique État/société civile de l'ère industrielle**

Sur le plan de l'histoire sociale et politique, le droit public français est le produit de l'État-Nation qui à partir du 16<sup>ème</sup> siècle s'est implanté en Europe dans le creuset de la société industrielle. Cette implantation évolutive s'est réalisée par le jeu de la dialectique sociale État/société civile ; dans ce schéma, l'autorité unilatérale de l'État compose avec les forces libérales de l'industrie privée et des droits individuels.

### **1. Le droit public français au service de l'État-Nation de la société industrielle**

Ce droit public français doit être analysé comme le produit de l'État-Nation qui a triomphé en Europe au 19<sup>ème</sup> siècle : il s'agit de cet État centralisé dont Hegel pensait qu'il absorberait dans la sphère publique toutes les activités collectives. En toute logique, l'organisation de l'État devait progressivement assurer les tâches, les missions et les fonctions de toutes les structures de la société civile ou les absorber sous son autorité : les religions, les communautés urbaines, les villages, les clans, les corporations professionnelles et la famille elle-même. Dans la conception de la Révolution française, ces institutions ne sont que des « corps intermédiaires » ; elles sont considérées d'abord comme des chaînes qui oppriment l'individu et ensuite comme des divisions de la nation en sous-groupes qui affaiblissent la force de l'État.

Depuis le 14<sup>ème</sup> siècle en effet, l'ensemble des États européens ne cesse d'être en guerres et en compétitions ; le corps social national doit désormais se mobiliser tout entier pour lutter contre les autres nations : s'accaparer leurs richesses et leurs territoires par des conquêtes, mettre en esclavage des populations ou, au contraire, se défendre, s'affranchir des invasions extérieures et des occupations. Ce mouvement s'opère en mobilisant l'ensemble des groupes et des individus qui composent la « Nation », cette nébuleuse qui rassemble toutes les populations inscrites sur un territoire.

Karl Marx soulignait comment la « *machine étatique, comme un boa-constrictor* » domine et contrôle progressivement l'ensemble de la société, l'espace et les hommes, grâce à sa puissance et à ses moyens perfectionnés. Cette *machine*, c'est l'establishment politique composé des gouvernants, soutenus par une administration perfectionnée, dotée de moyens financiers, humains et matériels

d'une puissance inégalée dans l'histoire des hommes. Les États européens à partir du 18<sup>ème</sup> siècle ont su mobiliser d'immenses populations, contrôler de vastes territoires en multipliant les annexions. Ils ont pu lever des armées composées de centaines de milliers d'hommes, recruter des milliers d'agents, aspirer les plus grandes richesses et les biens les plus précieux des nations.

L'État occidental est en phase avec l'industrialisation des sociétés modernes, il en est le produit en termes d'organisation de masse et il en est le « fourrier » car il impose à l'ensemble de la société les principes productivistes et massificateur de l'ingénierie industrielle.

La science et l'ingénierie accompagnent la montée en puissance des États européens. Les historiens ont souligné que la Révolution de 1789 est anticléricale et anti religieuse... mais elle s'est convertie à la religion des sciences et des techniques industrielles. L'État et le capitalisme se renforcent mutuellement et se confortent ; ils se conjuguent en particulier lors des expériences coloniales. C'est ainsi que la France et l'Angleterre en particulier se sont projetées en Asie, Afrique, Amérique et Océanie au nom d'une « œuvre civilisatrice ». Ce n'est en réalité qu'une œuvre impérialiste de conquête et d'asservissement capitaliste. Dans ces territoires d'outre-mer annexés par la force, les armées coloniales installent des entreprises industrielles aux droits et aux pouvoirs exorbitants. C'est pourquoi le droit public français conjugue l'inspiration libérale et capitaliste avec la centralisation et les pouvoirs exorbitants de l'État.

## 2. Le produit dialectique de la Raison d'État et du libéralisme économique

Le paradoxe du droit public français est de combiner d'une part l'autorité unilatérale de l'État assis sur la centralisation administrative et politique avec, d'autre part, les droits civils individuels et le libéralisme économique. Tout le droit français repose sur cette combinaison ambiguë : la surpuissance de l'État et son monopole de la contrainte sur la vie collective fait face à la liberté de l'individu et de l'entreprise capitaliste. Ainsi, un lien dialectique apparaît entre l'appareil d'État et la société civile française : ce lien a été le moteur des la transformation du droit public.

Du point de vue de l'organisation de la vie publique, nous avons écrit plus haut que la Révolution de 1789 avait fait la chasse aux « corps intermédiaires » : « *La Révolution française a profondément déblayé les structures sociales de l'Ancien Régime. Les entraves au libre développement du libéralisme économique ont été abolies* »<sup>3</sup>.

Entre les individus libres et égaux d'une part et l'État omnipotent d'autre part, aucun groupe ne doit s'interposer pour asservir la personne physique ou pour affaiblir la force de l'État. C'est une conception idéaliste et paranoïaque d'une société à la fois libérale et hyper-étatisée. Pourtant, cette conception n'est pas seulement philosophique, elle est d'abord économique pour favoriser l'enrichissement industriel et la compétition entrepreneuriale dans un pays divisé en provinces autonomes, en corporations professionnelles, en communautés villageoises et en congrégations religieuses.

L'emprise de l'État sur la société, ses individus et ses groupe n'a cessé de s'accroître jusqu'à la fin des années 1970. Son apogée se situe dans les deux décennies qui suivent la Seconde Guerre Mondiale. Cependant l'État hégélien n'a pu s'opposer à ce que les groupes et les collectivités se reforment spontanément et sans que le principe de l'État républicain centralisé et monolithique soit remis en cause. Les sociétés commerciales n'ont jamais été entravées par la bourgeoisie révolutionnaire : elles ont bénéficié au contraire des nouvelles libertés économiques pour se développer et écraser l'artisanat, les petits métiers ou le petit commerce. Dans la nouvelle organisation politique, leur

---

<sup>3</sup> « La nuit du 4 août 1789 célèbre l'abandon des privilèges. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est proclamée le 26 août 1789. Répondant aux vœux de la nation, l'Assemblée constituante adopte, le 8 mai 1790, le principe de l'uniformisation des poids et mesures, ouvrant ainsi la voie à l'unification d'un marché intérieur. Le décret d'Allarde des 2-17 mars 1791 établit, en contrepartie de l'instauration de la contribution des patentes<sup>1</sup>) La suppression de toutes les maîtrises et jurandes. La Loi Le Chapelier des 14-17 juin 1791 complète le dispositif en interdisant les assemblées d'un même état ou profession. Désormais, « il n'y a plus de corporation dans l'État ; il n'y a plus que l'intérêt particulier de chaque individu et l'intérêt général. » Beauvisage J. « Les cahiers de l'histoire sociale » p. 6/11 [http://www.ihs.cgt.fr/IMG/pdf\\_CIHS117\\_002-023-BD.pdf](http://www.ihs.cgt.fr/IMG/pdf_CIHS117_002-023-BD.pdf)

poids financier et industriel leur a donné un statut prééminent leur permettant d'infléchir les décisions gouvernementales et parlementaires.

Très vite également, les municipalités retrouvent la personnalité juridique qui leur permet de représenter des territoires communaux et de gérer des affaires locales. A partir de 1848, la croissance du mouvement coopératif ouvrier puis de consommation montre la vitalité économique et sociale du peuple français. Dès les premières années du Second-Empire, sont nés des syndicats de propriétaires, des groupements de producteurs et la reconnaissance des établissements publics... La loi de 1875 donne la personnalité juridique aux Eglises, deux grandes lois de 1884 établissent les statuts juridiques des communes et des syndicats professionnels patronaux et ouvriers ; elles accompagnent la renaissance des collectivités locales et professionnelles. La loi votée en 1901 sur les associations à but non lucratifs est la plus emblématique : elle a parachevé ce mouvement qui illustre « le réveil de la société civile » exprimant le désir des hommes de s'organiser et de se regrouper par différentes affinités « au sein de l'État »

Ces nombreux regroupements d'individus de plus en plus éduqués et politisés précèdent la Guerre de 1914 ; ils s'organisent contre la domination unilatérale de l'État mais plus souvent en négociation avec son appareil pour y créer des synergies. C'est ce jeu équivoque de répression et de contrôle étatique mais aussi d'interdépendance et d'encouragement entre l'appareil administratif et politique de l'État d'une part et la vitalité de l'organisation sociale d'autre part que nous pouvons définir comme une relation dialectique.

## **II. Du droit public bureaucratique à la gouvernance des politiques publiques**

Hérité de la Révolution, le droit public que nous venons de décrire était fortement marqué de métaphysique juridique : l'administration se mettait en scène comme un système d'action publique parfaitement réglé par le droit administratif. L'administrateur était d'abord un juriste formé dans les facultés de droit ; le contrôle de légalité du Conseil d'État prétendait assurer la régularité des actes de l'action publique et garantir son impartialité et son intervention vertueuse.

Avec le service public comme nouveau paradigme de l'action publique, plusieurs grandes étapes historiques ont redessiné ce droit subtil et perfectionné. Aujourd'hui, l'évolution de la demande sociale et les nouveaux rapports de force entre l'État et la société civile nous présentent un nouvel appareil gouvernemental ; sa mission n'est plus de diriger la société ou de tracer sa route mais de « réguler » ses forces économiques et sociales par des politiques publiques stratégiques.

### **A. Un droit fondé sur le service public : de l'État de puissance publique à l'État-providence**

La philosophie politique de la Révolution était de donner l'exclusivité du pouvoir juridique à l'État : cette idée fut défendue par le sociologue Max Weber et par le juriste positiviste Hans Kelsen. La légitimité du droit reposait alors sur l'idée de *puissance publique* car la force de l'appareil d'État apparaissait comme le fondement du « *monopole de la contrainte légitime* ». Cette idée a été remise en cause au début du 20<sup>ème</sup> siècle par la métaphysique juridique du *service public* comme fondement et légitimité de l'action publique. Elle a également favorisé l'émergence de l'État-providence.

#### **1. Le service public, creuset de la légalité de l'action publique**

Au début du 20<sup>ème</sup> siècle, nous devons à la pensée juridique du professeur Léon Duguit d'avoir renversé le paradigme du droit public français. Désormais, les institutions politiques et

administratives bénéficient de pouvoirs et de privilèges juridiques parce qu'elles assurent les services d'intérêt général « *indispensables à la cohésion sociale* ». Avec le concept de service public, la relation État/citoyen apparaît ainsi plus clairement dans le modèle juridique français. La politique a d'abord pour objet la protection et le développement des droits individuels : c'est ce qu'a établi la déclaration des droits de 1789... et l'administration publique n'a de pouvoirs et de moyens que pour fournir des services et alimenter des droits sociaux : c'est ce qu'illustre le préambule de la Constitution de 1946 d'inspiration social-démocrate.

Nous parlons de nouveau paradigme parce que le service public a fait que le pouvoir et l'administration sont devenus alors les *serviteurs* de la société civile : ce ne sont plus des chefs auxquels obéissent les citoyens comme des soldats. L'État s'est transformé en pourvoyeur de services. Les administrations régaliennes elles mêmes ont été définies comme des services publics : l'Armée est devenue « le service public de la Défense », la magistrature s'est transformée en « service public de la Justice ». Les travaux, les biens domaniaux, les agents de l'État, les décisions administratives ne sont plus au service des gouvernants, mais au service des citoyens.

Dans la pratique et dans un premier temps, la notion de service public n'a pas beaucoup limité les pouvoirs des gouvernants et de l'administration publique. Car la loi, votée par l'establishment politique, définissait le contenu et l'objet du service public : ce mécanisme donnait à l'appareil d'État une grande supériorité ; il lui permettait de fixer les droits et les obligations juridiques des usagers et des institutions publiques. Mais *le vers était dans le fruit* : le citoyen pouvait désormais questionner l'administration sur le rattachement de ses actes et de ses moyens au service des administrés et le juge administratif pouvait en vérifier les éléments de fait et de droit.

Le génie jurisprudentiel du Conseil d'État s'est développé alors avec talent pour perfectionner le droit de l'administration. Le Juge a toujours affirmé qu'il n'était pas administrateur : la police et l'ordre public, la gestion publique des services et des infrastructures collectives, les choix et les priorités politiques sont des matières compliquées et difficiles : elles relèvent de l'opportunité politique et non pas du droit. Donc, le Juge ne peut (et il ne veut pas !) décider à la place du pouvoir exécutif : cependant il peut relever « *un ensemble fait objectifs qui précisent les conditions dans lesquelles la gestion a été conduite et les décisions ont été prises* ».

La loi donne-t-elle les *compétences juridiques* de décider à cet administrateur ? Celui-ci utilise-t-il ses pouvoirs pour remplir les missions qui lui ont été fixées par la loi ? Ne *détourne-t-il pas ses moyens* pour d'autres buts que ceux pour lesquels ils lui ont été donnés ? Ses *motifs* sont-ils clairs et conformes à la loi ? Les faits sur lesquels l'administrateur s'appuie pour décider ceci ou cela sont ils *exact* et vérifiables ? Ne sont-ils pas « *manifestement erronés* » ? Les *procédures* prévues par la loi ou les décrets ont-elles été suivies ? Les atteintes aux libertés individuelles qui découlent de la décision ne sont-elles pas *disproportionnées* ?... Grâce à ces nouveaux concepts juridiques, l'action administrative a donc progressivement été soumise à un contrôle de plus en plus intrusif : une arme efficace contre le clientélisme, la corruption et le gaspillage des l'argent public.

## 2. L'extension de l'interventionnisme providentiel

En général, les historiens situent la fin de l'État-gendarme (qui est l'archétype de l'État-libéral) et le développement de l'État-providence au lendemain de la 1<sup>ière</sup> Guerre Mondiale. Pourtant, l'État-libéral s'est maintenu jusqu'à nos jours dans ses principes, ses structures organiques et dans la forme de ses actes. Le droit public auquel répondirent la doctrine universitaire a été caractérisé par la domination de l'intérêt général qui s'est confondu avec la Raison d'État. La mission de service public définie au début du 20<sup>ème</sup> siècle n'a fait qu'amplifier l'interventionnisme de l'État en relation avec les progrès de l'industrie, les guerres européennes et coloniales pour lesquelles l'effort étatique fut sans

précédent dans l'histoire des hommes. L'ampleur de l'intervention publique au lendemain de la 2<sup>ème</sup> Guerre Mondiale s'illustre dans les champs et les méthodes d'action publique.

Au niveau des champs d'intervention, l'administration d'État a accaparé le contrôle et la conduite de l'économie, de l'ordre public, de l'éducation, de la gestion des territoires, de l'organisation des solidarités à travers l'assistance et la mutualité... A partir de 1945, l'État social-démocrate intervient dans la santé, la vieillesse, le logement, la famille, les relations sociales du travail et de l'emploi ; l'administration se mobilise ensuite dans la culture, le sport, les loisirs, l'environnement... L'État prend également la direction d'immenses réseaux de communications ou de solidarités sociales en nationalisant en particulier la mutualité, les chemins de fer, les ondes, l'énergie. Jamais l'étatisation de la société n'a été aussi étendue car dans un même temps les fonctions de l'État-gendarme demeurent et se perfectionnent également : l'Armée, la Police, la Justice, les Finances publiques atteignent des niveaux de moyens et d'efficacité très élevés.

Au niveau des moyens, le pragmatisme des administrations a produit un éventail de mesures et de méthodes d'action efficaces aux idéologies contradictoires. C'est ainsi que sont apparus et se sont développés l'État-industriel et l'État-patron. Le modèle interventionniste repose sur l'entreprise publique, baptisée « service public industriel et commercial » qui échappe ainsi à la concurrence du secteur marchand.

La nationalisation d'entreprises privées a également été massive en France notamment en 1945 et jusqu'en 1981. L'appropriation publique des secteurs considérés comme stratégiques est un des principes fondateur de l'indépendance nationale. L'État est par ailleurs depuis longtemps employeur et il est constructeurs des ports, des routes, des palais républicains, des écoles publiques ; il devient propriétaires d'infrastructures publiques géantes telles que les réseaux d'eau, d'électricité, des voies ferrées et de ports autonomes de milliers d'hectares ... L'État devient banquier, constructeur automobile, électronicien, charbonnier, aciériste...

Cependant, ce qui caractérise le modèle social-démocrate de l'État-providence, c'est que l'étatisation se conjugue avec la collaboration avec les forces entrepreneuriales de la société civile. L'emprise étatique sur l'économie marchande est d'abord amplifiée par la planification de la production et des échanges du secteur privé. Celui-ci est planifié, règlementé, normalisé, surveillé : c'est la police du marché et de la production. La réglementation unilatérale de l'économie se conjugue ensuite avec le développement de la contractualisation du service public avec le secteur privé.

En parallèle de l'action centralisée et directe des services bureaucratiques ou des entreprises publique, l'État « fait-faire » le service public ou fait réaliser les biens et les ouvrages publics par le secteur privé qui s'y enrichit. Avec le développement d'énormes marchés publics, les entreprises sont sollicitées et elles constituer des complexes industriels ; le versement de subvention alimente également des milliers d'associations non-marchandes qui prennent la place ou qui prennent le relai des administrations de service public. Au milieu des années 1980, l'interdépendance socio-économique est inextricable entre l'appareil d'État et la société civile.

## **B. Le droit de l'État républicain et la gouvernance des politiques publiques**

Aux 19<sup>ème</sup> et 20<sup>ème</sup> siècles, les efforts de guerre et la compétition économique ont alimenté la surpuissance des bureaucraties et des modèles centralisateurs des pays développés. L'analyse critique de ce modèle a fait apparaître la notion de politiques publiques. L'action publique s'est définie alors comme « régulatrice des forces socio-économiques » par opposition à une conception unilatérale où l'État dirige et réalise lui-même l'action publique. Cette nouvelle étape de l'évolution de l'appareil d'État est une épreuve pour le droit public républicain confronté à la domination politique exercée par le Marché.



## 1. L'État-Régulateur de la société postindustrielle

L'hyper-étatisme s'est développé au 20<sup>ème</sup> siècle non seulement dans les pays socialistes mais également dans les démocraties libérales y compris en France et aux États-Unis d'Amérique. Au début des années soixante, certains politistes étasuniens se sont interrogés sur la portée et l'efficacité d'un siècle de croissance interventionniste de l'appareil d'État. C'est ainsi que la notion de *politiques publiques* a fait son apparition en même temps que la notion de *régulation*. Ces recherches ont souligné l'inefficacité, les gaspillages, les dérives corruptrices et clientélistes du modèle bureaucratique centralisé dans les démocraties occidentales.

La conduite des politiques publiques a été présentée par la science politique comme l'alternative à la bureaucratie ; elle a donné à l'intervention de l'État un contenu *stratégique* par opposition à une conception juridique dominante. L'intervention publique a intégré de nouvelles considérations : les contextes, les objectifs, les évaluations, les effets parfois pervers et contradictoires des interventions... L'approche en termes de *système* a fait entrer les *acteurs* de la société dans les paramètres de l'action publique.

Le réseau Internet, qui a bouleversé la conception même de l'information et de ses principes d'accès, symbolise le fonctionnement de la société postindustrielle. Ces transformations ont fait émerger les nouveaux concepts de la gestion publique. L'idée de régulation est issue de la cybernétique : appliquée à l'État et aux systèmes d'organisation, elle illustre la complexité des sociétés modernes, les bouleversements socioéconomiques et technologiques, l'importance des processus d'information et de contrôle.

Désormais, la richesse d'un pays ne repose pas seulement sur l'énergie, l'appareil industriel ou sur les ressources naturelles : la prospérité repose sur les capacités à gérer de l'information et à mobiliser des moyens pertinents pour réaliser des objectifs. L'État doit gérer des informations, observer et comprendre des phénomènes, ajuster les actions des individus et des groupes ; il doit créer les conditions pour favoriser la transformation et l'enrichissement de la société, réaliser les conditions de l'ordre social... mais il doit désormais éviter d'agir directement lui-même.

Le modèle bureaucratique reposait sur l'idée que gouvernants et de l'administration d'État avaient le monopole de la vérité, du savoir et de la compétence ; il est désormais contesté par les forces de la société civile. Les citoyens aspirent à réaliser eux-mêmes des projets collectifs et à se constituer en groupes d'intérêts autonomes ; par ailleurs, les entreprises transnationales sont plus riches et puissantes que des États : elles sont servies par l'accès sur Internet à des milliards de données mondialisées auxquelles tous les individus peuvent accéder. Face à ces puissances et aux pressions internationales, l'État-stratège a perdu ses capacités d'action directes : il « accompagne » la société ... mais il ne la dirige plus.

## 2. Le droit public républicain à l'épreuve du Marché

La construction de l'Union Européenne et de son grand marché commun est sans doute le processus politique qui a le plus modifié les capacités d'intervention unilatérales des États. La signature du traité de Rome en 1957 a libéralisé et livré progressivement à la concurrence leurs appareils économiques et leurs marchés intérieurs. La mondialisation des réseaux et des marchés a amplifié ensuite l'impuissance économique des États européens. La France, qui avait une tradition très colbertiste et interventionniste, a été plus particulièrement pénalisée par la désétatisation de son économie.

C'est par ce contexte de libéralisation et de dérèglementation économique qu'une partie importante du droit administratif républicain a été démantelé. Les entreprises commerciales ont pris la place des personnes publiques pour privatiser de nombreux biens et services publics. On observe ainsi une disparition progressive de la gestion publique des activités collectives et administratives. La plupart des services publics de réseau et de nombreux ouvrages publics ont été considérés comme des biens marchands ouverts à la concurrence et ils y ont perdu leur statut juridique et administratif.

Dans ce nouveau cadre politique que reste-t-il de l'héritage juridique de la Révolution française que nous avons décrit en première partie? En théorie, l'administration a conservé des relations de droit

inchangées avec la société civile : l'État en France est toujours le promoteur des droits individuels, il protège la Liberté, organise l'Égalité et grâce à ses services publics, il construit une Fraternité nationale plus forte et plus légitime que les groupes et les ethnies. Le modèle bureaucratique de Weber et Kelsen qui a inspiré le droit public est encore largement utilisé par l'administration publique dans les ministères, les préfetures, les grands établissements publics...

Mais, d'un point de vue organique, l'action publique va bien au-delà des activités centralisées : il faut y ajouter un vaste mouvement de décentralisation et de délégations de services, de gestions, d'ouvrages ou de travaux publics.

La décentralisation territoriale qui s'est opérée en France à partir de 1982 a mis en place une administration locale qui a assuré de nombreux services de proximité autrefois gérés par les préfetures d'État. De véritables *politiques locales* se sont développées en complément et parfois en concurrence avec les politiques nationales. Dans un même temps, le rôle des associations non lucratives subventionnées s'est énormément accru dans la prise en charge et dans la gestion des services publics ou des activités collectives.

La notion de *gouvernance* qui est apparue à la fin des années quatre-vingt-dix illustre cette nouvelle situation dialectique où l'État n'impose plus unilatéralement ses décisions à une société plus critique et mieux armée pour leur résister. La gouvernance signifie la négociation de l'autorité et des procédures à travers une longue gestation des décisions. L'expertise techniques et la démocratie participative constituent le nouveau contexte de l'action administrative : les rapports d'experts, les comptes-rendus et les réunions publiques sont désormais la partie la plus importante de la vie administrative. Cette stratégie a pour objet de faire adhérer le corps social à des décisions publiques complexes.

Ainsi s'explique la création d'innombrables commissions, conseils et comités de gestions, ou l'augmentation des assemblées délibérantes constituées pour la « gouvernance » du moindre organisme. Ces procédures préparent la décision en lui donnant sa forme technique et son contenu : nous pouvons donc parler d'une *négociation* de l'intérêt général et de l'utilité publique. Elle se manifeste par la pratique des conventions sanctionnées a posteriori par des actes réglementaires.

Au niveau du régime juridique des actes de l'administration, l'idée de *progrès de d'État de droit* illustre aussi cette évolution dialectique du rapport de force État/société civile : poids des intérêts organisés, développement des droits des usagers et des citoyens, amplification du contrôle de la Justice sur l'administration et sur la classe politique.

Enfin, l'extension de la responsabilité de la puissance publique est le dernier domaine emblématique des rapports entre l'État et la société civile. Désormais, le dédommagement des victimes en relation avec un service public est quasiment automatique et l'indemnisation du dommage lié à la reconnaissance de droits des usagers repose sur une meilleure transparence de l'administration. L'extension récentes des poursuites pénales des élus sous la pression de l'opinion publique souligne un meilleur accès des Juges au fonctionnement interne (et autrefois secret) de la décision publique.

C'est ainsi que le modèle juridique dominateur et unilatéral organisé par nos Pères Jacobins s'est progressivement transfiguré en un système de droit souple et constamment renégocié entre l'appareil administratif de l'Etat et une société civile de plus en plus individualiste et divisée.

## Conclusion

En décrivant l'administration d'État de la Révolution, Pierre Legendre parlait du « Trésor historique de l'État en France ». Cette forme d'organisation est aujourd'hui contestée par une autre forme d'organisation sociale : c'est celle du Marché qui, selon la pensée libérale, pourrait remplacer l'idée d'organisations et de biens collectifs. A-t-on besoin de l'État puisque le Marché peut satisfaire les besoins de chacun ? La propriété privée n'a-t-elle pas balayé les « communs », les communautés n'ont-elles pas disparu face à l'individualisme ?

Ces thèses maximalistes occultent la question de l'interdépendance sociale des individus et des rapports qu'entretient le groupe avec son environnement. Il est paradoxal d'observer un monde de

plus en plus instable alors qu'il devient de plus en plus marchand : comme si les appétits de l'économie et de la satisfaction individuelle étaient irresponsables du destin collectif de l'humanité. Le pillage insatiable des ressources naturelles et le creusement des inégalités sociales illustrent la logique aveugle d'une lecture purement économique du monde.

Tel n'était pas le projet des fondateurs de la République en France que j'ai essayé d'illustrer à travers l'évolution du droit public. Les révolutionnaires ont voulu conjuguer la liberté individuelle et le projet collectif. Celui-ci devait s'exprimer à travers les solidarités de l'État -providence bien plus qu'à partir de l'autorité d'un appareil policier et autoritaire. Le droit public avait pour projet de mettre l'État au service de la société en protégeant l'individu des abus du pouvoir. Bien sûr, cet équilibre est toujours difficile entre la liberté individuelle et le projet collectif mais les transformations du droit public français tout au long des 19<sup>ème</sup> et 20<sup>ème</sup> siècles ont démontré la pertinence de ce modèle.

Une nouvelle étape des formes de l'Etat se construit donc désormais sur les ruines du mythe d'une solidarité fondée sur l'adhésion citoyenne. Aujourd'hui, comme le firent les totalitarismes pour les libertés et les consciences individuelles, la mondialisation marchande balaye les interdépendances sociales et menace l'environnement. Pour remplacer les solidarités collectives bâties par les États-nations un nouvel ordre social se dessine : il se fonde sur la liberté juridique et la responsabilité de l'individu... mais celui-ci, sans le savoir, est déjà sous les chaînes des grands opérateurs économiques transnationaux...