



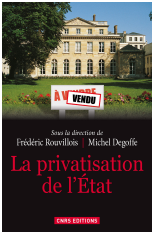
Sous la direction de
Frédéric Rouvillois | Michel Degoffe

La privatisation de l'État

CNRS EDITIONS

Extrait de la publication

Présentation de l'éditeur



En 1900, il semblait inenvisageable que l'État devienne propriétaire d'entreprises, qu'il se transforme en industriel, en marchand ou en banquier. N'était-ce pas risquer d'aboutir un jour au collectivisme? Un siècle plus tard, c'est l'amorce d'une *privatisation de l'État*, oxymore que certains jugent scandaleux et inadmissible, qui est à l'ordre du jour – y compris lorsqu'un ministre brandit contre un groupe industriel la menace d'une nationalisation.

Selon une approche héritée de la Révolution, l'État ne saurait être que *res publica*, la chose de *tous*, échappant radicalement à toute *privatisation*. Pourtant, certaines structures étatiques ont, ou ont pu avoir, des rapports beaucoup plus complexes et plus nuancés avec la sphère privée : et en particulier l'État français sous l'Ancien régime, moderne, structuré et décentralisé, qui n'hésite pas à déléguer à l'initiative privée une large part de ses missions régaliennes. La figure de l'État exclusif et monopolisateur n'est donc pas une fatalité, et il est d'autres façons de le concevoir.

Cette privatisation de l'État constitue du reste une tendance lourde dans la plupart des pays développés, où cette évolution se réalise selon deux modalités : la première (« l'État vers le privé ») correspondant à un transfert graduel de compétences, la seconde, plus novatrice (« l'État comme le privé »), tendant à assimiler l'État à une personne privée, sans qu'il soit tenu compte de la singularité irréductible qui résulte de son objet et de sa nature.

Pour le juriste, pour l'économiste et le financier, pour le politique, et plus largement, pour le citoyen, l'État et son devenir sont plus que jamais au centre du débat.

Michel Degoffe et Frédéric Rouvillois sont professeurs de droit public à l'université Paris-Descartes et membres du centre Maurice Hauriou.

La privatisation de l'État

La privatisation de l'État

CNRS ÉDITIONS

15, rue Malebranche – 75005 Paris

Extrait de la publication

Cet ouvrage a été publié
avec l'aide du Centre Maurice Hauriou

© CNRS ÉDITIONS, Paris, 2012
ISBN : 978-2-271-07630-4

Le centre du débat

« On nous change notre État », s'exclamait Maurice Hauriou en 1900 dans une note sous le célèbre arrêt *Association syndicale du Canal de Gignac*¹ – avant de préciser que « ce qui est grave, c'est d'incorporer à l'administration de l'État des entreprises qui ne sont pas d'intérêt public ». En l'occurrence, le publiciste toulousain croyait voir se profiler, derrière la décision du Tribunal des conflits, une confusion entre l'intérêt public et l'intérêt collectif, et au-delà, l'irrésistible mouvement de l'État vers le collectivisme. Un siècle plus tard, c'est un autre type de confusion que dénoncent certains, entre l'intérêt privé et l'intérêt public, avec, en fin de compte, l'amorce d'une *privatisation de l'État*, oxymore jugé scandaleux et inadmissible.

Selon une approche héritée de la Révolution française, l'État, en effet, ne saurait être que *res publica*, la chose de tous, ce qui implique qu'elle échappe radicalement à toute *privatisation*, qu'elle est absolument étrangère à toute considération privée, sauf à renoncer à ce qui constitue son essence. Suivant cette même approche, l'intérêt général que vise l'État est conçu comme *transcendant* les intérêts particuliers, tout comme la « Volonté générale » transcende les volontés individuelles sans jamais se confondre avec elles : « Quand tout le peuple statue sur tout le peuple [...], alors la matière sur laquelle on statue est générale comme la volonté qui statue. *C'est cet acte que j'appelle une loi*² », écrit ainsi Jean-Jacques Rousseau dans le *Contrat social*, avant de souligner, quelques pages plus loin, que « dans une législation parfaite, la volonté particulière [...] doit être nulle³ ». Privé et public sont ainsi séparés par des frontières rigoureuses.

Pourtant, de même que certains systèmes juridiques se fondent sur une autre définition de l'intérêt général – conçu, outre-Atlantique, comme la combinaison d'intérêts particuliers conciliés entre eux –, certaines structures étatiques ont, ou ont pu avoir, des rapports plus complexes et plus

1. M. HAURIOU, *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits 1, 1929*, Paris, La Mémoire du droit, coll. « Références », 2000, p. 413.

2. J.-J. ROUSSEAU, *Du Contrat social*, II, 6.

3. *Ibid.*, III, 2.

nuancés avec la sphère privée. En ce sens on peut évoquer par exemple l'État français sous l'Ancien Régime. À beaucoup d'égards, celui-ci est incontestablement un État moderne, structuré et centralisé : mais il n'en délègue pas moins à l'initiative privée certains éléments caractéristiques de ses missions régaliennes, qu'il s'agisse de la défense ou de la police, des prisons, de la justice, ou même des impôts – sans que son efficacité en souffre outre mesure, et sans que sa souveraineté, critère indépassable de l'État, soit remise en cause. D'où l'on peut déduire que la figure de l'État exclusif et monopolisateur n'est pas une fatalité, et qu'il existe peut-être d'autres façons de concevoir (et de pratiquer) l'État, que celle qui, en France, s'est imposée il y a deux siècles.

C'est ce problème, délicat mais fondamental, que cet ouvrage aborde⁴, sous l'égide du centre Maurice Hauriou pour la recherche en droit public. Après avoir constaté que cette privatisation de l'État constituait une tendance lourde, en France comme dans la plupart des pays occidentaux, les universitaires et les praticiens ayant contribué à cet ouvrage ont entrepris d'analyser les deux modalités les plus saillantes de cette évolution.

La première, « l'État vers le privé », consiste en un transfert graduel de compétences de l'État vers le secteur privé : un transfert qui, au regard de ce que l'on vient de rappeler, n'a rien de très révolutionnaire. Après s'être gonflé, pour de bonnes ou de moins bonnes raisons, au cours du XX^e siècle, jusqu'à pouvoir être qualifié de « Providence », l'État dégonfle, et revient à une approche plus modeste de son rôle, dominée par l'idée qu'il doit « se recentrer sur son cœur de mission ». Une idée développée dès 2002 par le Premier ministre Jean-Pierre Raffarin à propos du principe de subsidiarité qu'il entendait faire inscrire dans la Constitution⁵, et reprise plus récemment par les initiateurs de la Révision générale des politiques publiques (RGPP) lancée en 2007⁶.

Quant à la seconde tendance, elle peut paraître nettement plus novatrice, et plus perturbante : c'est ce que l'on pourrait appeler « l'État comme le privé », autrement dit, la tendance à l'assimiler progressivement à une personne privée – et ce faisant, à le soumettre à des méthodes et à des principes initialement conçus par et pour des personnes privées, sans tenir compte de la singularité irréductible de l'État.

4. Le centre Maurice Hauriou, centre pour la recherche en droit public de l'université Paris Descartes, a organisé sur le même thème un colloque en mai 2009.

5. « Il nous faut un État fort et concentré sur ses missions principales, ses missions régaliennes, et non pas un État qui, à force de vouloir s'occuper de tout, fait tout mal. » Cité in *Le Monde*, 30 octobre 2002

6. 2^e Rapport d'étape, p. 1 ; 4^e Rapport d'étape, p. 1, et p. 10, où ce recentrage est défini comme le 1^{er} Axe du 2^e Engagement.

D'où les critiques sévères de certains observateurs, comme le Professeur Christophe Boutin, qui se demandent si cette évolution, si cette subordination aux logiques du privé ne risque pas de remettre en cause l'essentiel, c'est-à-dire, pour l'État, le fait d'être

« à même de répondre immédiatement face à la crise, quelle qu'elle soit [...]. L'État n'est-il pas l'ultime garant de la survie d'une communauté ? On le voit bien aujourd'hui : c'est vers lui que se tournent les citoyens lorsque le monde menace de s'écrouler, pas vers le privé... La souveraineté nécessaire, indispensable, est là, dans cette capacité qu'à l'État à donner une réponse autonome, et elle est touchée par l'externalisation à partir du moment où cette dernière peut empêcher l'État d'agir librement, sous le seul contrôle de ses citoyens. Ce n'est pas le transfert à des opérateurs extérieurs de telle ou telle mission qui est le signe d'un changement radical, c'est que l'État n'ait plus l'autorité suffisante pour pouvoir obliger ces opérateurs à agir dans le sens voulu, et plus encore en situation d'urgence⁷. »

Alors que le mouvement semble loin de s'essouffler, et qu'Outre-Manche, le nouveau Premier ministre conservateur a décidé, très symboliquement, de procéder à la privatisation des routes anglaises, qui pourraient être cédées à des fonds d'investissements étrangers, il a semblé que le thème conserve son actualité. Pour le juriste, pour l'économiste et le financier, pour le politique, et plus largement, *pour le citoyen*, l'État et son devenir demeurent au centre du débat.

Michel DEGOFFE, Frédéric ROUVILLOIS
Professeurs de droit public à l'université Paris Descartes
(membres du centre Maurice Hauriou).

7. C. Boutin, conclusion de cet ouvrage.

Généalogie républicaine pour la modernisation du service public

Pierre Caye

Directeur de recherche au CNRS

I. La complexité croissante de la vie économique et sociale, la multiplication quasi infinie des lois et règlements, l'extension des domaines d'intervention de la puissance publique qu'elles favorisent nécessairement, sans parler de la technicité de plus en plus affirmée des questions traitées et des modes d'intervention qu'elles requièrent, conduisent l'action publique des sociétés développées dans une aporie à laquelle essaient précisément de répondre les politiques de modernisation de la fonction publique, mais de façon bien tâtonnante et pour l'instant guère convaincante, faute certainement, pour les innombrables « réformateurs » dont l'incertitude des temps favorise l'émergence, de pouvoir s'appuyer sur des principes autres que ceux de l'utilitarisme le plus trivial et le plus stérile.

Cette aporie se traduit par l'antinomie suivante. Soit la puissance publique assume cette complexité et par conséquent augmente sa production d'actes pour mieux la réguler, ce qui signifie un accroissement de la fonction publique telle que nécessairement nous serons amenés à abandonner, en faveur d'un régime authentiquement socialiste, le régime civil de l'État que notre longue histoire constitutionnelle a élaboré depuis 1789, soit au contraire la puissance publique néglige son rôle d'opérateur, de régulateur et d'arbitre de la société ou le délègue à des acteurs privés, au risque de sacrifier les grands principes du Service public qui donnent pourtant tout leur sens à l'action de l'État et à l'Institution de la République. Bref, soit l'administration publique, quel que soit le niveau de son intervention, grossit démesurément, soit l'État réfléchit aux moyens lui permettant de remplir ses missions sans basculer dans la surenchère bureaucratique. Il est clair que les instruments traditionnels de délégation du Service public, par exemple la concession de service public qui a rendu de grands services et continuera certainement à en rendre, ne suffisent plus aujourd'hui à organiser ce genre de délégation. Il est ainsi nécessaire de

réfléchir à de nouvelles modalités qui permettent à l'État de confier à la société civile certaines de ses compétences dans l'esprit moins de privatiser son action que de la répandre plus profondément dans le tissu social. Mais, avant de réfléchir aux nouvelles modalités de liaison de l'action publique avec la société, il n'est pas inutile d'examiner la nature même de cette liaison pour mieux en comprendre la signification.

Si la puissance publique éprouve tant de difficultés à résoudre cette question qui est pourtant la clef de sa modernisation, c'est qu'elle continue à être prise dans des oppositions rigides, aussi bien politique ou idéologique (le socialisme bureaucratique *vs* le libéralisme anti-étatique) que juridique (la *summa divisio* droit public-droit privé) qui correspondent de moins en moins au fonctionnement des sociétés complexes. Une telle opposition ne peut conduire qu'à des logiques d'exclusive qui empêchent de concevoir en réalité une collaboration féconde entre l'État et la société civile, comme si toute privatisation de l'action publique ne pouvait que signifier le retrait des politiques d'État et comme si, en contrepartie, toute extension des politiques publiques ne pouvait se faire qu'en réduisant la liberté et la capacité d'initiative de la société civile. Il est nécessaire, pour faire face aux défis que posent les nouvelles sociétés de la complexité, de sortir de ce genre d'antinomie profondément conflictuelle qui conduit à la fois au blocage de la puissance publique et à la stérilisation des initiatives privées. De fait, il me semble que la meilleure façon de favoriser à la fois une plus grande synergie de la sphère civile avec les politiques publiques, et une plus grande pénétration de l'action publique dans la sphère civile, consiste précisément à sortir de ces oppositions tranchées et schématiques pour revenir aux principes les plus originaires de la république et de la citoyenneté. C'est par ce retour à l'origine que nous accéderons à une meilleure compréhension de l'action publique et de son articulation à la société civile.

Il s'agit simplement ici, sans vouloir réactiver la distinction, devenue classique dans le débat politique contemporain, entre République et démocratie, de répondre à une situation pratique : comment et surtout à partir de quels principes politiques et juridiques organiser les tâches dont dépend le service public, et comment aussi gérer ses coûts de fonctionnement dans une situation d'endettement des États qui atteint une limite dont il est dorénavant clairement signifié par les acteurs politiques et financiers mondiaux qu'elle ne saurait plus être transgressée ? La question de la République, naguère encore étroitement corrélée à la question quasi « métaphysique » de la souveraineté de la nation ou du peuple, prend ici une dimension nettement plus pragmatique qui en renouvelle de façon aiguë la pertinence face aux autres paradigmes censés rendre raison de l'action politique, juridique et administrative (démocratie, gouvernance, etc.)

II. Si l'on s'en tient à son origine, République se dit alors *res publica*, et il nous faudra revenir sur la signification précise de ce syntagme singulier de la latinité (bien différent du terme grec équivalent *politeia*), et sur l'esprit du droit qu'il implique. Il n'est pas nécessaire ici de rappeler combien le droit romain est la matrice de nos propres systèmes juridiques, non qu'il n'y ait eu de droit avant lui évidemment, mais parce que le droit romain est certainement le premier droit autonome, c'est-à-dire qui se fonde quasi exclusivement sur la logique de sa propre intelligence, condition sans laquelle il me semble injustifié de pouvoir parler d'État de droit et donc de République. Mais il est difficile et périlleux de replonger ainsi directement, sans préparation, nos systèmes juridiques dans leur bain originaire. Il faut procéder par étapes successives, construire la généalogie qui rend compte de leur provenance, et la redescendre par étapes pour comprendre ce qui est signifié sous le terme de République.

Et à cette fin, je vais dans un premier temps m'arrêter à une définition de Maurice Hauriou qui me semble clairement poser le problème toujours aussi actuel à la fois de la République et des liens entre l'État et la société car, pour Maurice Hauriou, la fondation de la République et l'articulation efficace de l'État et de la société ne forment qu'une seule et même question. Il n'est pas nécessaire ici de rappeler l'importance de Maurice Hauriou dans la constitution du droit public français au XX^e siècle. Il suffit simplement de dire qu'il est certainement le plus romain des juristes du siècle passé, celui qui a médité avec le plus de profondeur la modernité et l'actualité du droit romain au service de la réforme de l'État de son temps. Hauriou affirme ainsi : « L'État est lié à la société positive ; il en tire ses forces positives, ce qui fait que la santé de l'État dépend aussi de la santé du tissu positif¹. » Mais qu'est-ce qui est ici signifié ? Que la force de l'État repose sur la société civile autant que la force de la société civile a besoin de l'appui de l'État, qu'il y a donc entre l'État et la société moins une opposition qu'une liaison et une entraide à partir desquelles peut s'enclencher une dialectique positive, un cercle vertueux entre l'État et la société civile qui fait que plus la société civile est forte et autonome, plus l'État est structuré, de même que plus l'État est structuré plus la société civile, ainsi soutenue dans ses efforts et ses initiatives, se sent forte et autonome. Il n'y a pas de sphère transcendante de l'État par rapport à la société, ni de possibilité pour celui-ci de totalement autonomiser sa force, mais il n'y a pas non plus, au contraire de ce que postule la doctrine libérale, de spontanéité civile qui puisse se passer de la précedence de l'institution. Si l'État a essentiellement pour tâche d'armer la société civile, c'est-à-dire à fournir les moyens et les services (éducation, aména-

1. Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général, à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès sciences*, 3^e édition, Paris, Larose, 1897.

gement du territoire, défense nationale, etc.) qui rendent la nation mieux à même d'affirmer sa propre liberté et sa propre souveraineté, il ne puise pourtant ses instruments que dans les ressources, les savoir-faire, la culture et la richesse de la société civile qu'il aide à consolider et à accroître. On ne saurait juger un gouvernement sur d'autres critères que ceux-là, à savoir sur sa capacité à armer la société et à enrichir la réserve symbolique sur laquelle celle-ci repose. À son tour, il appartient à la société civile de mettre en commun ses efforts pour créer des institutions capables de fournir l'armement symbolique dont elle a besoin. À partir du moment où cette liaison, je dirais même cette circulation de l'État et de la société civile, ne fonctionne plus ou ne fonctionne que de façon déséquilibrée, au profit de l'un et au détriment de l'autre (par exemple, privilèges fiscaux ou au contraire prélèvements confiscatoires), il devient difficile de parler de République. De même, le terme ambigu et insatisfaisant de « privatisation » de l'État ou du service public n'échappe à son insoutenable contrariété *in adjecto* que rapporté à cette liaison et à cette circulation équilibrées sur lesquelles repose la République.

Cette mise en commun des efforts de la société en vue de la création d'institutions au service de la collectivité, c'est la République au sens simple et fécond que lui donnent les Anglo-Saxons sous le terme de Commonwealth, à la fois biens mis en communauté à la disposition de tous, mais aussi communauté de tous constituée pour la production, l'administration et la dispensation des biens mis en commun. Nous voyons que la République ainsi définie surmonte une troisième opposition radicale non moins stérile que les deux autres et dont elle est en quelque sorte le corollaire : l'opposition entre gouvernants et gouvernés qui pourtant, aux yeux de certains juristes, de Léon Duguit par exemple, sert à instaurer et à légitimer le droit public. Il est clair qu'en partant d'une théorie de l'État qui fait l'économie de l'opposition gouvernants/gouvernés, on ouvre nécessairement des voies inédites pour penser la collaboration, en matière de gestion du service public, entre le public et le privé, ou plus exactement entre la fonction publique et la société civile. J'y reviendrai.

III. Cette première définition nous permet de remonter plus amont le long de la généalogie de la République et d'accéder à une définition plus fondamentale encore, en tant qu'elle est la clef de la précédente, une définition étroitement liée à l'avènement fondateur de la République moderne, la Révolution de 1789, à savoir la définition que donne l'abbé Sieyès de la Nation dans son fameux manifeste *Qu'est-ce que le Tiers-État ?* La démonstration à laquelle procède Sieyès pour justifier que « le Tiers-État est une nation complète » est singulière et mérite à ce titre la plus grande attention. Cette démonstration débute en effet par une

question, et c'est précisément en répondant à cette question que Sieyès à la fois définit ce qu'est la nation et montre en quoi le Tiers-État s'identifie parfaitement à celle-ci. Sieyès interroge ainsi : « Que faut-il pour qu'une nation subsiste et prospère ? » Et la réponse est brève mais extrêmement riche et précise : « Des travaux *particuliers* et des fonctions *publiques*.² » [les italiques étant ici de Sieyès lui-même]. Je ferai deux remarques sur cette courte interrogation et sur sa réponse non moins concise.

1. À travers la question posée, Sieyès cherche à définir la nation non pas au nom de quelque essence ou de quelque nature que ce soit, mais, de façon plus pragmatique, par ce qui la maintient et la soutient, lui permettant ainsi de croître et de prospérer, sans requérir d'autre condition de son identité ni d'autre justification de sa souveraineté. Et de fait, la réponse correspond parfaitement à la question : la nation n'est pas une entité essentielle, mais purement fonctionnelle en tant qu'elle est simplement constituée « des travaux particuliers et des fonctions publiques ». Sieyès se cantonne à une définition juridique de la nation, considérée dans son opérativité technique, loin des définitions métaphysiques des siècles suivants qui de leur côté fondent la nation sur l'histoire, la langue, la race ou le sang, voire la religion.

2. La nation est donc constituée de toutes les fonctions de la société, aussi bien « publiques » que « particulières ». La nation englobe à la fois le public et le privé ; il n'y a pas de dissociation entre la société civile et l'État ; la nation n'est pas l'autre de l'État, mais sa substance et sa réalité mêmes que l'État se contente d'organiser et d'optimiser. De sorte qu'il existe ainsi, par la médiation même de l'instance nationale, sinon une parfaite convertibilité du moins une identité d'essence entre les travaux particuliers et les fonctions publiques qui, les uns et les autres, expriment également l'activité de la nation et son être-ensemble. Cette définition englobante de la nation correspond pleinement à la relation organique que la conception du droit du doyen Hauriou vise à aménager entre l'État et la société civile.

IV. Fort de cette première approche de la question républicaine, nous sommes désormais en mesure de proposer une théorie globale de la république et de son fonctionnement qui tienne compte de cette nécessaire collaboration fonctionnelle entre la société civile, la nation et l'État, ou encore, pour reprendre la formule de Sieyès, entre les travaux particuliers et les fonctions publiques. Pour accéder à cette théorie globale, nous allons à nouveau franchir une étape dans cette remontée généalogique de la notion de république, qui va nous conduire jusqu'aux grands corpus de la scolastique dont on connaît le rôle fondamental dans la constitution des

2. Abbé Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers-État ?*, chap. I, « Le tiers État est une nation complète », sl, 1788.

systèmes dogmatiques occidentaux. Je ne vais pas m'adresser directement à Thomas d'Aquin, mais à son commentateur le plus profond, celui que l'Église a reconnu en quelque sorte comme le commentateur officiel du docteur angélique, le Cardinal Cajetan (1469-1534) dont le commentaire accompagne la grande édition de la Somme Théologique, commandée par le Pape Léon XIII à la fin du XIX^e siècle. Sans devoir être formellement rattaché à ce que l'historiographie appelle la seconde scolastique, le cardinal Cajetan annonce par certaines de ses analyses les docteurs dominicains espagnols (Vittoria, de Soto, Vasquez, Suarez) qui vont tirer de saint Thomas une doctrine politique et juridique particulièrement riche et influente sur la culture institutionnelle de l'époque moderne, et qui mieux encore vont développer à partir de là les principes philosophiques et théoriques de la *res publica* propre à cette Rome antique si chère à l'humanisme de leur temps. Le passage de Cajetan que je vais examiner traite de la justice et de ses différents genres. Même s'il n'est jamais expressément question ici de la *res publica*, cette réflexion sur la justice permet de mieux comprendre les fondements et le mode de fonctionnement de la *res publica* romaine. C'est ainsi que fonctionne la scolastique, de façon analytique, proposant des notions et des concepts particulièrement approfondis à partir desquels s'élaborent les grandes constructions symboliques de la civilisation, et il est clair que, parmi ces notions, la justice n'est pas celle qui a eu le moins d'impact.

La question 61 de la Iia Iiae de la *Somme Théologique*, la partie attachée au droit et à ce que nous appellerions aujourd'hui la morale appliquée, traite des parties de la justice (*De partibus iustitiae*), autrement dit de la justice distributive et de la justice commutative, qu'on assimile respectivement au droit public et au droit privé. Dans son commentaire, le cardinal Cajetan s'efforce d'expliquer la relation entre ces différents genres de justice et d'en montrer la cohérence d'ensemble. Or, on comprend, à mesure que son analyse se développe, que le commentateur a clairement en vue le fonctionnement de la république romaine ; de sorte que le commentaire met en valeur la parfaite adéquation entre le règne de la justice, la fondation de la république et l'articulation du privé et du public.

« En quelque totalité qu'il soit il existe un triple ordre – l'ordre des parties entre elles, l'ordre du tout aux parties, et enfin l'ordre des parties au tout –, et qu'il en va de même de la justice qui se subdivise ainsi en trois : la justice légale, la justice distributive et la justice commutative, puisque la justice légale règle les relations des parties de la cité au tout, la justice distributive, du tout aux parties, et enfin la justice commutative des parties entre elles. ³ »

3. Saint Thomas d'Aquin, *Somme Théologique*, IiaIiae, Q. 61, art. 1 ; avec le commentaire de Cajetan, in *Sancti Thomae Aquinatis, opera omnia jussu impensa que Leonis XIII P. M.*, IX, Paris, éd. du Cerf, 1897, p. 35.

Par l'opérateur simple et abstrait du tout et des parties, le commentateur le plus inspiré du docteur angélique rend raison de ce que toute la tradition aristotélicienne poursuivait et pressentait sans pouvoir le formuler, à savoir la complémentarité et l'articulation nécessaires des trois modes de la justice clairement exprimées par le caractère circulaire de leurs relations. Je ferai trois remarques sur ce passage :

1. La République n'est pas fondée sur la catégorie de quantité, comme la démocratie, mais sur la dialectique du tout et des parties qui la composent, et sur la justice qu'ils se doivent les uns aux autres, dialectique et justice qui permettent de mieux comprendre en quoi l'articulation du privé et du public est l'articulation fondamentale du régime civil de la cité.

2. De fait, sous la forme abstraite du tout et des parties et de leurs relations, se dessinent sans peine les grandes instances de la République. On reconnaît la société civile dans le rapport des parties entre elles (droit commutatif, droit des contrats), la nation lorsque ces parties se rassemblent pour agir en vue du tout (la loi, la formation des institutions, ie justice légale), l'État quand le tout opère pour les parties (l'administration et le service public).

Le commerce contractuel de la vie civile conduit celle-ci à se réunir pour former des institutions et des lois communes qui lui permettront de mieux garantir la validité de ces contrats, l'efficace de ses opérations et la sûreté de leurs fruits. Se met ainsi en place à la faveur de cette justice légale ou constituante un État chargé de distribuer à la société civile selon les principes de la justice distributive les fruits et les revenus de ce trésor institutionnel commun que la société civile, réunie en nation, a constitué en tirant les moyens nécessaires, à la fois financiers et techniques, de son activité commutative.

À travers donc les quelques lignes du commentaire de Cajetan, la première définition de notre généalogie, la définition de l'État par Maurice Hauriou devient plus claire encore : plus le tissu positif de la société est solide, plus il a les moyens d'organiser une ressource et une organisation commune qui à son tour doivent contribuer à l'enrichissement et au renforcement de la société civile.

3. Cette dialectique du tout et des parties forment donc un cercle, qui plus est un cercle vertueux rendant raison de la richesse institutionnelle des nations et de la logique de sa croissance. Il importe de noter que Cajetan, dans son commentaire, complète la distinction initiale de Thomas d'Aquin entre droit commutatif et droit distributif en y ajoutant la justice légale que Thomas a laissée totalement de côté. Un tel ajout n'est pas anodin. C'est lui qui permet de boucler le cercle, et par conséquent de rendre raison du fonctionnement du système social et institutionnel de la république. Il donne à la distinction initiale entre droit commutatif et droit distributif

une signification de la justice et du droit que saint Thomas n'avait certainement pas en vue. En procédant de la sorte, Cajetan boucle le cercle de la justice et fonde ainsi l'État de droit. Il permet de sortir de l'opposition statique nation/État pour mieux comprendre le processus dynamique de *State Building*, selon l'expression de Francis Fukuyama, précisément comme double phase de transition, par la médiation même de la société civile et de ses activités *privées*, de la nation à l'État, et de l'État à la nation. Or, la fondation circulaire de l'État de droit ou de justice a une double conséquence : autonomiser l'institution de la communauté qui ne dépend plus d'un fondement externe, moral, naturel ou théologique, mais repose sur la seule logique des rapports juridiques et de leur articulation circulaire : et c'est bien à quoi correspond l'État de droit ; optimiser son fonctionnement en un cercle vertueux où plus les parties se rendent justice entre elles, plus elles rendent justice au tout, et plus à son tour le tout est en mesure de rendre justice aux parties. La république se présente ainsi comme un système de croissance institutionnelle Car on est en droit de parler de croissance institutionnelle au même titre que de la croissance économique qui focalise l'attention, croissance institutionnelle qui comme la croissance économique répond à des conditions bien précises.

Il est clair que, dans ce modèle de production des institutions, la République n'a d'autre fondement que son fonctionnement, et que ce fonctionnement n'a d'autre nom et d'autre logique que le droit et la justice. Voilà donc posées par Cajetan, en quelques lignes admirables de concision, les fondements théoriques les plus simples de la République et de sa marche.

V. Nous sommes maintenant en mesure, après ces quelques sondages dans la généalogie de nos institutions et de nos services publics, de mieux comprendre ce que le terme de *res publica* signifie. Notre « république » dérive, par une étymologie évidente, du terme latin *res publica*, et il est non moins évident que la république romaine et ses institutions ont servi de référence, voire de modèle, à la refondation des institutions à partir de la Révolution Française. Cependant, le terme français efface une dimension fondamentale de la *res publica* latine. L'expression française est centrée sur le « -publique » de la république, au point qu'est oublié le sens de « ré- » qui n'apparaît plus que comme un préfixe insignifiant et inutile. On n'entend plus alors, dans le terme de « république », l'articulation du public et du privé dont nous avons dit qu'elle avait pourtant quelque chose d'essentiel dans la fabrique institutionnelle. En latin, il en va autrement. Il apparaît clairement dans le syntagme de *res publica* que *publica* n'est que le qualificatif de *res*, qui est bien le substantif de l'expression et la substance de la notion, terme de *res* au demeurant guère aisé à traduire, mais qu'il importe de définir en tant précisément qu'il est la clé de la formule institutionnelle

républicaine. La *res* est l'un des termes les plus riches de signification et, sous son extrême simplicité morphologique, les plus complexes de la langue latine, un terme privilégié, oserais-je dire consulaire, qui mieux que d'autres exprime le génie de cette langue et le caractère des diverses cultures qui en ont fait usage à travers le temps⁴. La *res* définit d'une certaine façon un domaine de la réalité. Les agronomes latins parlent comme Varron ou Columelle de la *res rustica* ie du domaine qui relève des activités de la campagne et de l'agriculture, Végèce parle de son côté de la *res militaris*, du domaine militaire, le néo-latin, par l'intermédiaire d'Alberti, utilisera le syntagme de *res aedificatoria* pour définir l'architecture et le vaste domaine des objets que celle-ci conçoit et réalise. Le domaine est à chaque fois clairement structuré et circonscrit. Les traducteurs français de Végèce à l'époque moderne n'hésitaient pas à traduire son *epitome rei militaris*, ce résumé des questions militaires, par le terme d'«institutions militaires» (au pluriel), de sorte qu'à notre tour il nous faudrait traduire la *res publica* par «institutions publiques».

Ce domaine est domanial essentiellement parce qu'il est un patrimoine. C'est le second sens que revêt la *res*. Il est à noter que chez les Anciens, aussi bien chez les Grecs que chez les Romains, tout ce qui joue un rôle important dans la découpe philosophique et épistémologique du réel a rapport à la question du patrimoine. Le terme philosophique qui signifie l'essence ou la substance, *ousia*, est d'abord employé en grec pour caractériser les biens et les richesses foncières. Il en est de même de *res* qui, avant de définir un domaine de la réalité, caractérise le patrimoine, l'accumulation primitive de biens sans lesquels le domaine ne saurait se constituer, et par «biens» il faut entendre autant le capital symbolique que le capital matériel qui constituent chacun de ces domaines. Enfin, la *res* en tant que domaine et patrimoine devient aussi une cause au sens juridique du terme, une cause que l'on défend et que l'on instruit, et pour laquelle il y a nécessairement de l'intérêt à agir.

Le syntagme *res publica* illustre pleinement les trois sens du terme : elle est à la fois un domaine spécifique de l'action humaine, le domaine politique et institutionnel de nos actes ; elle est aussi une cause qu'il faut instruire et pour laquelle il faut se battre comme en témoigne toute l'histoire romaine ; elle est enfin et surtout un patrimoine à la fois matériel constitué par le domaine public, et symbolique constitué par ses institutions et par l'architecture de ses fonctions et de ses magistratures, que Cicéron appelait du beau terme d'*officium*. C'est certainement le sens patrimonial qui constitue la clé de compréhension du cercle républicain

4. Sur l'importance de la *res* dans les cultures humanistes occidentales, cf. Lorenzo Valla, *Repastinatio dialecticae et philosophiae* [1439], éd. G. Zippel, 2 vol., Padoue, Antenore, 1982.

et de son fonctionnement. La république est un dispositif d'accumulation du patrimoine matériel et symbolique pour lequel l'ensemble de la communauté s'organise, en république précisément, pour mieux le gérer et en assurer la croissance. L'idée est simple mais mérite d'être rappelée. Les hommes, ou plus exactement, pour rester dans le domaine institutionnel où tout prend sens, les citoyens, se réunissent pour mettre en commun du capital et des compétences qui constituent un patrimoine à la fois matériel et symbolique doté d'autonomie dont les revenus seront restitués par la suite aux citoyens qui l'ont constitué. C'est ce dispositif d'investissement, d'accumulation et de restitution qui est au principe de tout service public.

On comprend mieux, dans ce cadre, ce que signifient les termes de *civis* et de *civilis*, et plus généralement la notion de citoyenneté, corollaire nécessaire de cette singulière organisation juridique et politique, centrée sur le service public et sur son développement, que l'on appelle *res publica*. C'est à travers le prisme juridique, encore une fois, que les notions de *civis* et de citoyenneté se laissent le mieux comprendre.

Le *jus civile* du droit romain n'a que partiellement à voir avec ce que nous appelons le droit civil. Le *jus civile* est un droit à la fois civil et civique, privé et public. Il établit évidemment les bases de la personnalité juridique du citoyen, mais le citoyen se trouve ici doté de véritables prérogatives de puissance publique, comme en témoigne le statut traditionnel du *paterfamilias*. Quant au terme de *privatus* ou de *jus privatum*, appelé pourtant à connaître un grand avenir dans l'histoire moderne du droit, il occupe à Rome une place infime. Est *privatus* ce qui est quasiment hors-droit, qui relève d'un droit interstitiel, trop insignifiant pour jouer un rôle dans la cité, ie pour s'inscrire dans le cercle de la *res publica* et surtout pour le nourrir. Si bien que dans la Rome républicaine le *jus civile* ne s'oppose pas à quelque droit public, mais au *jus gentium* ou au droit naturel, en tant que le *jus civile* est le seul à véritablement former ce cercle institutionnel vertueux qu'est la *res publica*.

C'est dire que l'opposition entre le privé et le public perd ici toute signification au profit d'autres oppositions, par exemple entre ce qui est institué (*jus civile*) et ce qui ne l'est pas (*jus naturae*), ou encore ce qui est de l'ordre du droit (*jus civile*) et ce qui relève de la coutume (*jus gentium*), ou enfin ce qui est de l'ordre de la perfection et de l'ordre achevé (*jus civile*) et ce qui n'est encore qu'inchoation et indétermination (*jus naturae*, voire *jus gentium*).

VI. La République du droit romain, c'est précisément ce que Marx dénonce comme l'État bourgeois, et il faut entendre « bourgeois » au double sens sociologique du terme, dans son sens moderne de classe capitaliste, ie assurant sa domination sur le reste de la société par sa maîtrise du capital, mais aussi dans son sens traditionnel, celui qu'évoque

I. Un recentrage de l'État vers son cœur de métier?.....	123
A. Les mesures de réorganisation administrative.....	123
B. Le transfert de certaines fonctions vers le secteur privé.....	126
II. La RGPP : une privatisation en trompe-l'œil.....	127
A. La portée réelle des mesures de la RGPP.....	127
B. L'absence de réflexion sur le rôle de l'État.....	130
Les premiers retours d'expérience des formes renouvelées de partenariats public-privé en France Une solution à tous les maux ou une fausse bonne solution ?	
<i>Nawal Boutouilla</i>	133
I. Le partenariat public-privé : une solution en apparence avantageuse.....	136
A. Les avantages escomptés.....	136
B. Le retour d'expérience de l'un des États précurseurs semant le doute quant aux avantages de ces partenariats.....	137
II. Une pratique des partenariats public-privé en France remettant partiellement en cause leur caractère bénéfique.....	138
A. La remise en question de la performance des partenariats public-privé.....	138
B. Les difficultés engendrées par la gestion des partenariats public-privé.....	145

L'empiétement des compétences régaliennes

La privatisation de l'impôt

<i>Christophe de la Mardière</i>	151
I. Ancien Régime : la Ferme générale.....	153
II. Temps modernes : les « nouveaux fermiers ».....	156

Deuxième partie : L'État comme le privé

Modes et méthodes

Lobbying et progression du droit négocié

<i>Grégory Houillon</i>	165
I. La recherche d'une plus grande participation pour la société civile	170
A. Lobbying et principe représentatif.....	170
B. Lobbying et unilatéralisme.....	177
II. La recherche d'un droit plus efficace par les pouvoirs publics.....	184
A. Lobbying et information.....	185
B. Lobbying et adhésion.....	190

Libres propos sur la LOLF et l'évaluation permanente des politiques publiques

<i>Xavier Cabannes</i>	195
I. La mise en œuvre de l'évaluation des politiques publiques	199
<i>A. L'identification de(s) politiques publiques</i>	199
<i>B. Les outils de l'évaluation</i>	201
II. Quelques constats sur l'évaluation des politiques publiques	202
<i>A. Premier constat : l'État n'est pas une entreprise privée</i>	202
<i>B. Second constat : la situation actuelle n'est pas due à une gabegie administrative</i>	205
<i>C. Troisième constat : l'évaluation ne semble pas être le remède miracle</i>	206

Les règles de management privé en tant qu'horizon pour la réforme de l'État

<i>Justin C. Kissangoula</i>	211
I. L'« État-patron » ou l'appropriation par l'État des règles de management privé.....	215
<i>A. La naissance de l'État-patron : le contrat de fonction publique</i>	216
<i>B. La mort de l'État-patron : l'avènement de l'État-providence</i>	218
II. L'« État-poltron » ou l'expropriation de l'État par les managers privés.....	221
<i>A. La conjuration des peurs par les réformes</i>	221
<i>B. La conjuration des peurs par les privatisations</i>	224

La possibilité pour la personne publique de se délivrer des titres de perception

<i>Michel Degoffe</i>	227
I. L'impossibilité d'utiliser le titre de perception contre l'État	230
II. L'obligation pour la personne publique de recourir au titre de perception.....	233
<i>A. La position du juge administratif</i>	233
<i>B. La position du juge judiciaire : l'option offerte entre le titre de perception et le recours au juge</i>	236

Perspectives et résultats

Évaluation et enseignement supérieur : une conciliation impossible ?

<i>Alain Laquièze</i>	243
I. Les critiques présentées contre l'évaluation de l'enseignement supérieur et de la recherche	247