

**UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS PARIS II**  
**Droit, Économie, Sciences sociales**

**THÈSE pour l'obtention du grade de Docteur en droit**

**LA GOUVERNANCE AUX ÉTATS-UNIS.**  
**ÉTUDE COMPARATIVE DES CONCEPTIONS AMÉRICAINE ET**  
**FRANÇAISE DU DROIT PUBLIC.**

Présentée et soutenue publiquement le 16 octobre 2009 à 14 h 30 par

Manuel TIRARD

Devant le jury composé de :

M. Jacques CHEVALLIER, Professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas Paris II,  
Directeur du CERSA-CNRS

M. Matthieu CONAN, Professeur de droit public, Doyen de la Faculté de droit de l'Université  
Paris Ouest - Nanterre - La Défense, rapporteur

Mme Pascale GONOD, Professeur de droit public à l'Université Panthéon-Sorbonne Paris I

M. Philippe TERNEYRE, Professeur de droit public à l'Université de Pau et des Pays de  
l'Adour, rapporteur

Mme Élisabeth ZOLLER, Professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas Paris II,  
directeur de thèse.

L'Université Panthéon-Assas Paris II n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions devront être considérées comme propres à leurs auteurs.

## **REMERCIEMENTS**

À Madame le Professeur Élisabeth ZOLLER, d'abord, pour ses conseils très précieux et son soutien constant.

À la Faculté de droit de l'Université d'Indiana à Bloomington, ensuite, et plus particulièrement à Monsieur le Professeur Alfred C. AMAN, Jr., pour m'avoir permis d'approfondir les aspects américains du sujet.

À ma famille et mes amis, encore, pour leur appui dans les moments parfois difficiles et souvent solitaires de la thèse.

À Mademoiselle Pauline ABADIE, enfin, pour tout le reste. Qu'elle trouve dans ces quelques mots une signification qu'il n'est pas toujours facile d'exprimer.

# SOMMAIRE

(Un plan détaillé figure à la fin de l'ouvrage)

<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>1</b>
<b>PARTIE I : DES FONDEMENTS THÉORIQUES RÉACTIVÉS.....</b>	<b>27</b>
TITRE I) La modernité de la gouvernance .....	29
<b>Chapitre 1</b> : Le déclin de la régulation par l'État.....	30
<b>Chapitre 2</b> : L'hégémonie de la régulation par le marché .....	66
TITRE II) L'ancienneté de la gouvernance.....	113
<b>Chapitre 1</b> : La théorie libérale .....	114
<b>Chapitre 2</b> : Le modèle libéral américain .....	157
<b>PARTIE II : UNE MISE EN ŒUVRE RENOUVELÉE.....</b>	<b>204</b>
TITRE I) La gouvernance et les transformations des instruments de l'État .....	206
<b>Chapitre 1</b> : Les instruments juridiques .....	209
<b>Chapitre 2</b> : Les instruments financiers .....	275
TITRE II) La gouvernance et les transformations de la citoyenneté .....	332
<b>Chapitre 1</b> : La remise en cause des droits fondamentaux des citoyens.....	334
<b>Chapitre 2</b> : L'affaiblissement corrélatif des devoirs des citoyens.....	377
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE .....</b>	<b>427</b>
<b>INDICATIONS BIBLIOGRAPHIQUES .....</b>	<b>436</b>
<b>INDEX DE JURISPRUDENCE .....</b>	<b>477</b>
<b>INDEX DES NOMS .....</b>	<b>480</b>
<b>INDEX DES MATIÈRES.....</b>	<b>486</b>
<b>TABLE DES MATIÈRES.....</b>	<b>491</b>

# TABLES DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS

## 1) Revues

### (a) Françaises

<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique de droit administratif</i>
<i>APD</i>	<i>Archives de philosophie du droit</i>
<i>ASSR</i>	<i>Archives de sciences sociales des religions</i>
<i>BJCP</i>	<i>Bulletin juridique des contrats publics</i>
<i>CCC</i>	<i>Cahiers du Conseil constitutionnel</i>
<i>CDE</i>	<i>Cahiers de droit européen</i>
<i>CFPA</i>	<i>Cahiers de la fonction publique et de l'administration</i>
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>DA</i>	<i>Droit administratif</i>
<i>Dr. Fis</i>	<i>Droit fiscal</i>
<i>Gaz. Pal</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>JCP</i>	<i>Juris-classeur périodique – La semaine juridique (G : générale ; N : notariale et immobilière ; A : administration et collectivités territoriales)</i>
<i>LPA</i>	<i>Les petites affiches</i>
<i>RA</i>	<i>Revue administrative</i>
<i>RDP</i>	<i>Revue du droit public et de la science politique</i>
<i>RDSS</i>	<i>Revue de droit sanitaire et social</i>
<i>RFAP</i>	<i>Revue française d'administration publique</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RFDC</i>	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
<i>RFFP</i>	<i>Revue française de finances publiques</i>
<i>RFSP</i>	<i>Revue française de science politique</i>
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RISA</i>	<i>Revue internationale de sciences administratives</i>
<i>RJEP</i>	<i>Revue juridique de l'entreprise publique</i>
<i>RPMP</i>	<i>Revue politiques et management public</i>
<i>RRJ</i>	<i>Revue de la recherche juridique – Droit prospectif</i>
<i>RSC</i>	<i>Revue de science criminelle et de droit pénal comparé</i>

(b) Étrangères

<i>Admin. &amp; Soc'y</i>	<i>Administration and Society</i>
<i>Admin. L. Rev.</i>	<i>Administrative Law Review</i>
<i>Alb. L. Rev.</i>	<i>Albany Law Review</i>
<i>Am. J. Comp. L.</i>	<i>American Journal of Comparative Law</i>
<i>Am. J. Law &amp; Med.</i>	<i>American Journal of Law and Medicine</i>
<i>Am. Pol. Sci. Rev.</i>	<i>American Political Science Review</i>
<i>Am. Crim. L. Rev.</i>	<i>American Criminal Law Review</i>
<i>Am. Econ. Rev.</i>	<i>American Economic Review</i>
<i>Am. U. L. Rev.</i>	<i>American University Law Review</i>
<i>Anglo-Am. L. Rev.</i>	<i>Anglo-American Law Review</i>
<i>Ariz. L. Rev.</i>	<i>Arizona Law Review</i>
<i>Aust. J. Pub. Admin.</i>	<i>Australian Journal of Public Administration</i>
<i>B. C. L. Rev.</i>	<i>Boston College Law Review</i>
<i>B.Y.U. L. Rev.</i>	<i>Brigham Young University Law Review</i>
<i>Buff. L. Rev.</i>	<i>Buffalo Law Review</i>
<i>Cal. L. Rev.</i>	<i>California Law Review</i>
<i>Chi.-Kent L. Rev.</i>	<i>Chicago-Kent Law Review</i>
<i>Colum. L. Rev.</i>	<i>Columbia Law Review</i>
<i>Conn. L. Rev.</i>	<i>Connecticut Law Review</i>
<i>Constit. Pol. Econ.</i>	<i>Constitutional Political Economy</i>
<i>Cornell J. L. &amp; Pub. Pol'y</i>	<i>Cornell Journal of Law and Public Policy</i>
<i>Drake L. Rev.</i>	<i>Drake Law Review</i>
<i>Duke L. J.</i>	<i>Duke Law Journal</i>
<i>Econ. J.</i>	<i>Economic Journal</i>
<i>Fla. St. U. L. Rev.</i>	<i>Florida State University Law Review</i>
<i>Fordham L. Rev.</i>	<i>Fordham Law Review</i>
<i>Fordham Urb. L. J.</i>	<i>Fordham Urban Law Journal</i>
<i>Geo. Mason U. Civ. Rts L. J.</i>	<i>George Mason University Civil Rights Law Journal</i>
<i>Geo. Wash. L. Rev.</i>	<i>George Washington Law Review</i>
<i>Geo. L. J.</i>	<i>Georgetown Law Journal</i>
<i>Harv. L. Rev.</i>	<i>Harvard Law Review</i>
<i>Hofstra L. Rev.</i>	<i>Hofstra Law Review</i>
<i>Hous. L. Rev.</i>	<i>Houston Law Review</i>
<i>Hum. Rts. Brief</i>	<i>Human Rights Brief</i>
<i>Ind. J. Global Legal Stud.</i>	<i>Indiana Journal of Global Legal Studies</i>
<i>Ind. L. J.</i>	<i>Indiana Law Journal</i>
<i>Int. Stud. Perspect.</i>	<i>International Studies Perspectives</i>
<i>J. Comp. Econ.</i>	<i>Journal of Comparative Economics</i>

<i>J. Am. Arb.</i>	<i>Journal of American Arbitration</i>
<i>J. Econ. Lit.</i>	<i>Journal of Economic Literature</i>
<i>J. Econ. Perspect.</i>	<i>Journal of Economic Perspectives</i>
<i>J. Financ. Econ.</i>	<i>Journal of Financial Economics</i>
<i>J. L. &amp; Health</i>	<i>Journal of Law and Health</i>
<i>J. L. Econ. &amp; Org.</i>	<i>Journal of Law, Economics and Organization</i>
<i>J. Pension. Benef.</i>	<i>Journal of Pension Benefits</i>
<i>J. Polit. Econ.</i>	<i>Journal of Political Economy</i>
<i>J. Pub. Admin. Res.Theor.</i>	<i>Journal of Public Administration Research and Theory</i>
<i>J. Hist. Ideas</i>	<i>Journal of the History of Ideas</i>
<i>L. Contemp. Prob.</i>	<i>Law and Contemporary Problems</i>
<i>N.U.Y. J. Legis. &amp; Pub. Pol'y</i>	<i>New York University Journal of Legislation and Public Policy</i>
<i>N.Y.U. L. Rev.</i>	<i>New York University Law Review</i>
<i>New Engl. J. Med.</i>	<i>New England Journal of Medicine</i>
<i>N.C. L. Rev.</i>	<i>North Carolina Law Review</i>
<i>Nw. U. L. Rev.</i>	<i>Northwestern University Law Review</i>
<i>Notre Dame L. Rev.</i>	<i>Notre Dame Law Review</i>
<i>Ohio St. L. J.</i>	<i>Ohio State Law Journal</i>
<i>Polit. Stud.</i>	<i>Political Studies</i>
<i>Pub. Admin. Rev.</i>	<i>Public Administration Review</i>
<i>Pub. Cont. L. J.</i>	<i>Public Contract Law Journal</i>
<i>Pub. Pol'y</i>	<i>Public Policy</i>
<i>Q. J. Econ</i>	<i>Quarterly Journal of Economics</i>
<i>Seattle U. L. Rev.</i>	<i>Seattle University Law Review</i>
<i>Southern Econ. J.</i>	<i>Southern Economic Journal</i>
<i>Stan. L. Rev.</i>	<i>Stanford Law Review</i>
<i>Syracuse L. Rev.</i>	<i>Syracuse Law Review</i>
<i>Tax Law.</i>	<i>Tax Lawyer</i>
<i>Temp. Pol. &amp; Civ. Rts. L. Rev.</i>	<i>Temple Political &amp; Civil Rights Law Review</i>
<i>Tenn. L. Rev.</i>	<i>Tennessee Law Review</i>
<i>Theor. &amp; Soc.</i>	<i>Theory and Society</i>
<i>U. Chi. L. Rev.</i>	<i>University of Chicago Law Review</i>
<i>U. Mich. J. L. Reform</i>	<i>University of Michigan Journal of Law Reform</i>
<i>U. Penn. L. Rev.</i>	<i>University of Pennsylvania Law Review</i>
<i>UCLA L. Rev.</i>	<i>UCLA Law Review</i>
<i>U. Ill. L. Rev.</i>	<i>University of Illinois Law Review</i>
<i>Utah L. Rev.</i>	<i>Utah Law Review</i>
<i>Vand. L. J.</i>	<i>Vanderbilt Law Journal</i>
<i>Washburn L. J.</i>	<i>Washburn Law Journal</i>
<i>Wash. U. L. Q.</i>	<i>Washington University Law Quarterly</i>

## **2) Autres**

AAI	Autorités administratives indépendantes
al.	alinéa
APA	<i>Administrative Procedure Act</i>
CE	Conseil d'État
CE, Ass.	Assemblée du Conseil d'État
CE, sect.	Section du contentieux du Conseil d'État
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
coll.	collection
dact.	dactylographiée
DC	Décision du Conseil constitutionnel
dir.	sous la direction de
EDCE	Études et documents du Conseil d'État
<i>et al.</i>	<i>et alii</i> (et les autres)
et s.	et suivant(e)s
GPRA	<i>Government Performance and Result Act</i>
<i>i.e.</i>	<i>id est</i> (c'est-à-dire)
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> (à l'endroit indiqué dans la précédente citation)
<i>in</i>	dans
<i>infra</i>	voir plus bas
JORF	Journal officiel de la République française
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LOLF	Loi organique relative aux lois de finances
MARC	Modes alternatifs de règlement des conflits
n°	numéro
not.	notamment
NPM	<i>New public management</i> (Nouveau management public)
NY	New York
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i> (ouvrage ou article précité)
p.	page (renvoi à une page précise)
pp.	page (renvoi à plusieurs pages)
préf.	préface
présent.	présentation
PUF	Presses Universitaires de France
PVD	Pays en voie de développement
Rec.	Recueil des décisions du Conseil d'État ou du Conseil constitutionnel

RGPP	Révision générale des politiques publiques
<i>supra</i>	voir plus haut
t.	tome
TA	Tribunal administratif
trad.	traduction
U.S.	United States Reports
v.	<i>versus</i>
v.	voir
vol.	volume
Washington DC	Washington, D.C. (District of Columbia)

## INTRODUCTION

« Bonne gouvernance », « gouvernance globale », « gouvernance d'entreprise »<sup>1</sup>, etc. La gouvernance est partout depuis la fin du XX<sup>e</sup> siècle, et elle connaît un succès indéniable dans le discours politique, notamment en France. L'ancien Premier ministre Jean-Pierre Raffarin s'en était fait le chantre<sup>2</sup>, et encore récemment la réforme universitaire a été estampillée de ce vocable censé marquer une rupture avec les pratiques antérieures<sup>3</sup>. Au niveau supranational aussi l'usage est allé grandissant, l'exemple du Livre blanc de la Commission sur la gouvernance dans l'Union européenne étant significatif<sup>4</sup>. C'est d'ailleurs une institution internationale du développement, la Banque mondiale, qui a été au centre de cet essor à travers la promotion de la « bonne gouvernance » pour les pays en voie de développement<sup>5</sup>.

Ce succès politique et médiatique du terme gouvernance n'a pourtant d'égal que le brouillage scientifique qu'il nourrit<sup>6</sup>. Terme polysémique, la gouvernance semble aujourd'hui insaisissable compte tenu de son utilisation plurielle dans la grande majorité des sciences sociales.

---

<sup>1</sup> Pour un exemple significatif et détaillé sur les acceptions de la gouvernance, v. Jean-Philippe Leresche, *Gouvernance et coordination des politiques publiques*, in J-P. Leresche (dir.), *Gouvernance locale, coopération et légitimité : le cas de la Suisse dans une perspective comparée*, Pedone, coll. Pouvoir local, 2001, pp. 29 – 66. De manière synthétique, v. également Philippe Moreau-Defarges, *La gouvernance*, PUF, coll. Que sais-je ?, 3<sup>e</sup> éd., 2008.

<sup>2</sup> Jean-Pierre Raffarin, *Pour une nouvelle gouvernance*, Archipel, 2002.

<sup>3</sup> V. le titre 2 de la loi n° 2007-1199 du 10 août 2007 relative aux libertés et responsabilités des universités, intitulé « La gouvernance des universités », JORF n° 185 du 11 août 2007, p. 13468. V. encore l'article 54 de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie, JORF n° 190 du 17 août 2004, pp. 14598 et s., à propos de la « gouvernance de la branche accidents du travail et maladies professionnelles ».

<sup>4</sup> Commission des Communautés européennes, *Gouvernance européenne, un livre blanc*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2001. De la même façon, le projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe faisait expressément mention dans son article 49 de la nécessaire « promotion de la bonne gouvernance ». V., pour une étude appliquée à l'Europe, Constantin Stephanou, *La nouvelle gouvernance européenne : bilan et perspectives*, CDE, n° 5 – 6, 2006, pp. 581 – 628.

<sup>5</sup> La « bonne gouvernance » est d'autant plus importante qu'elle permet de mieux comprendre le sens foncièrement différent de la logique de gouvernance publique aux États-Unis et en France. Elle sera à ce titre étudiée en détails *infra*, à partir des pp. 27 et s. (v. en particulier la note 1, p. 27).

<sup>6</sup> L'idée de Jean-Louis Autin selon laquelle « ce qu'un terme gagne en extension, il le perd en compréhension », s'applique parfaitement à la gouvernance ; Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public, in M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1995, pp. 43 – 55, ici p. 44. Jean-Pierre Gaudin parle à son sujet de « mot-valise », *Pourquoi la gouvernance ?*, Presses de Sciences Po, coll. La bibliothèque du citoyen, 2002, p. 9. Selon les auteurs, la gouvernance est tantôt une notion, tantôt un concept, preuve encore des difficultés qu'elle suscite.

Pour tenter de clarifier les choses, il s'agit dans cette recherche de se focaliser sur la sphère publique interne (I). Si la gouvernance y soulève une problématique analogue dans tous les systèmes juridiques, cela ne veut cependant pas dire que les changements induits dans son sillage puissent être ramenés à une expérience unique et uniforme. Certains ont pu relever qu'elle véhicule « un concept anglo-saxon, actuellement étranger au droit positif français »<sup>7</sup>. L'analyse des définitions et des discussions qu'elle génère des deux côtés de l'Atlantique confirme ces divergences (II). Pour expliquer ces dissemblances, il convient de montrer comment la gouvernance renvoie à la question de la réalisation de l'intérêt public en tant que mode d'expression de la chose publique, la *res publica* issue des Romains. C'est à Rome que sont nées les caractéristiques du droit public dont la gouvernance est indissociable (III), de sorte que la diversité des chemins pris ultérieurement par le droit public oblige à recourir à la méthode comparative pour replacer la gouvernance dans des contextes nationaux foncièrement distincts. Les deux contextes retenus dans ce travail sont les États-Unis et la France (IV).

#### I) Le domaine du sujet : la gouvernance publique interne

Dans une approche très générale, la gouvernance peut être définie comme « action de gouverner, manière de gérer, d'administrer »<sup>8</sup> ; la gouvernance, c'est l'art de gouverner.

Dans ce cadre, le plus petit dénominateur commun semble être une évolution qui affecte l'exercice de l'autorité et du pouvoir, quels que soient le niveau (international, national et même local) et les organisations considérés (en particulier les entreprises et l'État). Avec la multiplication des « travaux mettant la gouvernance au centre de leurs analyses relatives à l'évolution du rôle de l'État »<sup>9</sup>, les réflexions sur ce dernier sont placées en première ligne. La gouvernance caractérise ainsi une évolution dans la manière d'être de l'État, et donc dans la

---

<sup>7</sup> Gérard Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique* (ci-après *Vocabulaire juridique*), PUF, Quadrige, 8<sup>e</sup> éd., 2007, p. 444.

<sup>8</sup> *Le Petit Larousse illustré*, éd. 2009, p. 475. *Le Nouveau Petit Robert* adopte une définition plus large, qui recoupe toutefois dans son dernier point la définition précitée : « Baillages de l'Artois et de la Flandre ; au Sénégal, ensemble des services administratifs d'une région (...) ; manière de gouverner, exercice du pouvoir pour gérer les affaires nationales », éd. 2009, p. 1171.

<sup>9</sup> Jacques Chevallier, La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ?, *RFAP*, n° 105-106, 2003, pp. 203 – 217, ici p. 203. Jon Pierre retient la même idée en soulignant que « Le rôle de l'État dans la gouvernance est peut-être la plus importante question (...), compte tenu de la prédominance historique de l'État comme titulaire incontesté de l'intérêt public », Conclusions: Governance beyond State Strength, in J. Pierre (dir.), *Debating Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 241 – 246, ici p. 242. Un des ouvrages pionnier, au titre évocateur, est l'œuvre de James Rosenau et Ernst-Otto Czempiel (dir.), *Governance without Government. Order and Change in World Politics*, Cambridge University Press, 1992.

façon de gouverner la société<sup>10</sup>. Les interrogations se sont inscrites au cours des dernières décennies dans un contexte marqué, d'une part, par les transformations des sociétés internes et internationales autour des questionnements sur leur « gouvernabilité »<sup>11</sup> et, d'autre part, par le triomphe du modèle démocratique occidental, notamment avec la chute du communisme.

Consacré à la gouvernance publique et non privée<sup>12</sup>, ce travail est centré sur l'espace interne. La gouvernance publique internationale est laissée hors du champ de recherche qui met l'accent sur les mutations de la manière de gouverner dans la sphère nationale<sup>13</sup>.

Or, en la matière, les États-Unis et la France font face à une situation qui, si elle trouve des points communs, n'en révèle pas moins en même temps des divergences tangibles.

## II) La gouvernance publique interne, approche doctrinale comparée

Le recours en France à la loi ou à la jurisprudence pour définir la gouvernance n'est pas d'un grand intérêt<sup>14</sup>. C'est vers la doctrine qu'il faut se diriger (1). Dans la continuité, il convient de faire état des discussions qui animent ce thème (2). Surtout, un éclairage comparé à chacune de ces deux étapes révèle des éléments distinctifs enrichissants.

---

<sup>10</sup> Pour un exemple traditionnel de traitement de la question en France, v. Jacques Fournier, *Le travail gouvernemental*, Presses de Sciences Po et Dalloz, coll. Amphithéâtre, 1987.

<sup>11</sup> Pour Jacques Chevallier, elle « évoque l'aptitude des groupes à être gouvernés mais aussi les techniques de gouvernement à mettre en œuvre pour y parvenir », Présentation, in CURAPP, *La gouvernabilité*, PUF, 1996, pp. 5 – 14, ici p. 5. Sur ce thème, v. les premiers travaux menés par Michel Crozier, Samuel Huntington et Jaji Watanuki, *The Crisis of Democracy: Report on the Governability of Democracies to the Trilateral Commission*, NY, NY University Press, 1975.

<sup>12</sup> Sont donc exclues de cette étude les discussions concernant la gouvernance d'entreprise, qui regarde avant tout le droit des sociétés et l'économie. Il est toutefois essentiel de souligner que le thème de la gouvernance est justement apparu d'abord dans le monde de l'entreprise, suite notamment aux travaux de Ronald Coase. Autrement dit, les débats sont historiquement partis de la gouvernance privée pour s'étendre à la gouvernance publique. Comme il sera étudié ultérieurement, *infra*, pp. 81 et s., il y a là un élément essentiel pour comprendre la rationalité de cette dernière (v. en synthèse *infra*, note 88 p. 87).

<sup>13</sup> Et ce même si la problématique est assez proche au niveau international en termes de coordination. V. Mireille Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit*, t. 3, *La refondation des pouvoirs*, Le Seuil, coll. La couleur des idées, 2007, en synthèse pp. 37 – 39. Par analogie, il ne sera pas traité en priorité de l'importante question de la gouvernance en Europe, quoique certains passages y seront consacrés. V., par exemple, Barbara Delcourt, Olivier Paye et Pierre Vercauteren (dir.), *La gouvernance européenne. Un nouvel art de gouverner ?*, Bruxelles, Bruylant – Acadamia, coll. Science politique, 2007.

<sup>14</sup> Les dispositifs législatifs mentionnés *supra*, note 3, utilisent le terme sans le définir. Il en va de même en jurisprudence. Pour le Conseil constitutionnel, v. la Décision n° 2005-528 DC du 15 décembre 2005, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006*, consid. 8. Pour le Conseil d'État, v. 1<sup>o</sup> et 6<sup>e</sup> sous-sections réunies, 29 octobre 2008, *LEEM*, n° 306449, inédit au recueil Lebon (il faut remarquer que ces deux décisions concernent la loi du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie citée elle aussi *supra*, note 3).

## 1) Les définitions

Les auteurs en France (a) et aux États-Unis (b) font preuve d'une proximité réelle.

### (a) En France

Les définitions proposées sont assez proches les unes des autres. Quelques exemples attestent de ces ressemblances<sup>15</sup>. Selon certains, la gouvernance « nourrit une réflexion en vogue sur une (...) façon de prendre les décisions et d'harmoniser les intérêts, moyennant un renforcement de la concertation entre partenaires sociaux et, pour le bien commun, de la transparence et du contrôle »<sup>16</sup>. Pour Jacques Commaille, elle peut se définir comme « le processus de coordination d'acteurs, de groupes sociaux, d'institutions (publiques ou non) pour atteindre des buts propres discutés et définis collectivement dans des environnements fragmentés et incertains »<sup>17</sup>. Plus spécifiquement concernant l'État, pour Jean Leca, elle « consiste dans l'interaction d'une pluralité d'acteurs gouvernants qui ne sont pas tous étatiques ni même publics »<sup>18</sup>. Luc Rouban utilise la même définition lorsqu'il reconnaît qu'elle « renvoie à la multiplication des acteurs sociaux qui se partagent la conception et la mise en œuvre de l'action publique »<sup>19</sup>. Selon Jack Hayward, elle élargit « la manière de concevoir le gouvernement en y adjoignant des acteurs non étatiques »<sup>20</sup>. Ainsi, la gouvernance vient se distinguer du gouvernement « en ce qu'elle caractérise les relations

---

<sup>15</sup> Il faut noter au préalable que l'entrée « gouvernance » n'apparaît ni dans le *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), PUF, Quadrige, 2003 (ci-après *Dictionnaire de la culture juridique*) ; ni dans le *Dictionnaire de philosophie politique*, Philippe Raynaud et Stéphane Rials (dir.), PUF, Quadrige, 3<sup>e</sup> éd., 2003 (ci-après *Dictionnaire de philosophie politique*).

<sup>16</sup> Gérard Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 444.

<sup>17</sup> Jacques Commaille, La régulation des temporalités juridiques par le social et le politique, in F. Ost et M. Van Hoecke (dir.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 317 – 337, ici p. 335.

<sup>18</sup> Jean Leca, La « gouvernance » de la France sous la Cinquième République. Une perspective de sociologie comparative, in F. D'Arcy et L. Rouban (dir.), *De la V<sup>e</sup> République à l'Europe : hommage à Jean-Louis Quermonne*, Presses de Sciences Po, 1996, p. 329 – 365, ici p. 339.

<sup>19</sup> Luc Rouban, L'État et les transformations de l'action publique : des politiques de réforme aux nouvelles théories politiques, in A. Sedjari (dir.), *Quel État pour le 21<sup>e</sup> siècle ?*, L'Harmattan, coll. Espace et territoires, 2001, pp. 91 – 107, ici p. 106.

<sup>20</sup> Jack Hayward, préface à *Être gouverné : études en l'honneur de Jean Leca*, Presses de Sciences Po, 2003, p. 16.

entre un ensemble d'institutions et d'acteurs, publics et privés, plus que l'activité d'un organe centralisant l'autorité exécutive »<sup>21</sup>.

Jacques Chevallier résume le sujet en soulignant que la gouvernance relève « d'une approche pluraliste et interactive de l'action collective »<sup>22</sup>. Concernant l'État, elle « implique deux inflexions essentielles. D'une part, elle signifie que des acteurs divers vont être associés aux processus décisionnels. (...) D'autre part, elle signifie que les solutions consensuelles, reposant sur l'accord des différents acteurs, vont être systématiquement préférées aux formules de type autoritaire »<sup>23</sup>.

Sans multiplier les citations, il convient tout d'abord de retenir que, comme dit précédemment, la gouvernance publique renvoie globalement à la problématique de la manière de gouverner. Il ne faut toutefois pas s'arrêter à cet aspect général et neutre, car cette façon de gouverner est orientée en ce qu'elle implique, sous diverses formes, la participation accrue à l'action publique d'acteurs qui n'y étaient traditionnellement pas associés<sup>24</sup>, caractérisant en synthèse une évolution de l'unilatéralisme vers le pluralisme et le consensualisme. En termes de science administrative, l'utilisation par Jacques Chevallier de la référence à une « action collective »<sup>25</sup> démontre l'évolution sous-jacente concernant le rôle de l'État. Le paradigme de cette science a pu auparavant évoluer de l'organisation aux politiques publiques puis, étant donné la perspective encore « étato-centrique »<sup>26</sup> de ce dernier critère, « qui fait de l'État la clef de voûte des équilibres sociaux »<sup>27</sup>, vers celui de l'action publique, entendue comme « l'ensemble des mécanismes visant à encadrer et à réguler la vie sociale »<sup>28</sup>. Le recours à une approche en termes d'« action collective » affine encore cette

---

<sup>21</sup> Richard Balme et Didier Chabanet, Action collective et gouvernance de l'Union européenne, in R. Balme, D. Chabanet et V. Wright (dir.), *L'action collective en Europe. Collective Action in Europe*, Presses de Sciences Po, 2002, pp. 21 – 120.

<sup>22</sup> Jacques Chevallier, La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ?, *op. cit.*, p. 207. L'expression « action collective » a été développée pour expliquer comment les individus s'organisent pour réaliser un objectif commun. L'ouvrage central est celui de Mancur Olson, *The Logic of Collective Action*, Cambridge, Harvard University Press, 1965.

<sup>23</sup> Jacques Chevallier, La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ?, *op. cit.*, p. 207.

<sup>24</sup> Tout en s'arrêtant dans cette étude au droit interne, la définition semble adaptée au droit supranational. V., par exemple, Charles-Albert Morand, soutenant que « L'action de l'État s'apparente ainsi à la gouvernance qui vise à inclure dans les programmes internationaux tous les acteurs d'une politique publique », Régulation, complexité et pluralisme juridiques, in *Mélanges en l'honneur de Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 615 – 630, ici p. 619.

<sup>25</sup> V. *supra*, note 22.

<sup>26</sup> Jacques Chevallier, La science administrative et le paradigme de l'action publique, in *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 267 – 292, ici p. 274.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> Jacques Chevallier, Droit et action publique, in *Le droit figure du politique. Études offertes au professeur Michel Miaille*, 2 vols., Faculté de droit de Montpellier, 2008, vol. 2, pp. 421 – 433, ici p. 422.

recherche, en mettant l'accent sur son aspect productif et intégré au sein d'un ensemble dans lequel l'État n'est plus dans une position de supériorité ou de centralité<sup>29</sup>.

En touchant la question du rôle et de la place de l'État dans la société, notamment en France compte tenu des mutations des rapports entre les entités publiques<sup>30</sup>, c'est non seulement la nature de l'action publique qui évolue, mais aussi « l'architecture étatique elle-même »<sup>31</sup>.

## (b) Aux États-Unis

Les caractéristiques associées en France à la gouvernance publique interne se retrouvent outre-Atlantique.

Tout d'abord, Donald Kettl retient que « le gouvernement renvoie à la structure et à la fonction des institutions publiques. La gouvernance est la manière dont le gouvernement accomplit son travail »<sup>32</sup>. Dans un ouvrage connu outre-Atlantique, David Osborne et Ted Gaebler retiennent de la même façon que « la gouvernance est le processus par lequel nous résolvons nos problèmes et satisfaisons collectivement les besoins de notre société. Le gouvernement est l'instrument que nous utilisons »<sup>33</sup>. L'accent est ici mis sur le fait que gouvernement et gouvernance existent de façon différenciée : le premier renvoie à l'institution, la seconde favorise une étude sur la manière de gouverner.

Par ailleurs, l'implication de nouveaux acteurs dans l'action publique va également être remarquée. Donald Kettl ajoute à sa précédente définition les éléments suivants, qui marquent bien l'évolution historique, en soulignant qu'aujourd'hui « le gouvernement compte

---

<sup>29</sup> L'État devenant un « stratège », Jacques Chevallier, L'État stratège, in *Le temps de l'État : mélanges en l'honneur de Pierre Birnbaum*, Fayard, 2007, pp. 372 – 385. Pour l'auteur, « le thème de l'État stratège est indissociable de ceux de *régulation* et de *gouvernance* » (l'auteur souligne), p. 374.

<sup>30</sup> Le thème de la gouvernance y est en effet entouré par des questions concernant l'évolution du rôle de l'État par rapport aux autres personnes publiques, notamment eu égard à l'approfondissement de la décentralisation. La situation se présente de façon relativement différente sur ce point aux États-Unis. V. *infra*, note 37.

<sup>31</sup> Jacques Chevallier, La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ?, *op. cit.*, p. 214. En mettant l'accent sur l'évolution des rapports entre État et société, la gouvernance est fondamentalement liée à la transformation de la structure et de la gestion internes de l'État. À ce titre, Daniel Mockle souligne qu'il y a « deux composantes de la gouvernance publique, la gestion publique (dimension interne de la réforme) et les politiques publiques (transformation de l'action publique) », et qu'elles « ne sont pas généralement abordées comme un tout cohérent », *La gouvernance, le droit et l'État*, Bruxelles, Bruylant, coll. Mondialisation et droit international, 2007, p. 208. Si c'est avant tout le second aspect qui sera mis en exergue dans cette recherche, il est évident que ces dimensions doivent être liées à l'heure d'interroger globalement la gouvernance. La référence à « l'action publique » dans ce travail prend donc une acception large.

<sup>32</sup> Donald Kettl, *The Transformation of Governance. Public Administration for the Twenty-First Century America*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2002, p. xi.

<sup>33</sup> David Osborne et Ted Gaebler, *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*, Reading, Addison-Wesley, 1992, p. 24.

de plus en plus sur des partenaires non gouvernementaux pour accomplir son travail »<sup>34</sup>. Pour Lester Salamon, « l'utilisation du terme 'gouvernance' plutôt que celui de 'gouvernement' met l'accent sur (...) un aspect collaboratif, une dépendance envers un large spectre de tierces personnes en plus du gouvernement pour traiter et résoudre les problèmes collectifs »<sup>35</sup>. Pour Dan Guttman, enfin, la gouvernance correspond à « la réalisation des buts collectifs par un mélange d'acteurs relevant du gouvernement, du marché et de la société civile »<sup>36</sup>.

En résumé et à l'instar de la France, parler de gouvernance publique interne outre-Atlantique renvoie à deux choses. Il s'agit, d'une part et en général, d'aborder la question de la façon de gouverner la société et, d'autre part et plus précisément, de relever que l'époque contemporaine est marquée par une évolution importante de l'action publique à travers l'implication toujours croissante de nouveaux acteurs, particulièrement des personnes privées<sup>37</sup>.

L'appréhension de la gouvernance comme relevant d'une « approche pluraliste et interactive de l'action collective »<sup>38</sup>, modifiant le rôle de l'État et l'action publique, semble donc partagée des deux côtés de l'Atlantique<sup>39</sup>. Les points communs s'arrêtent cependant là.

## 2) Les débats concernant la portée de la gouvernance

Bien que définie semblablement entre les deux rives de l'Atlantique, la gouvernance révèle une dissimilitude profonde lorsqu'il s'agit d'appréhender les débats qu'elle soulève dans la doctrine sur ses effets concrets. Il est possible d'opposer le scepticisme français (a) au pragmatisme américain (b).

---

<sup>34</sup> Donald Kettl, *The Transformation of Governance*, *op. cit.*, p. xi.

<sup>35</sup> Lester Salamon, *The New Governance and the Tools of Public Action: An Introduction*, in L. Salamon (dir.), *The Tools of Government. A Guide to the New Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 1 – 47, ici p. 8.

<sup>36</sup> Daniel Guttman, *Governance by Contract: Constitutional Visions; Time for Reflection and Choice*, *Pub. Cont. L. J.*, vol. 33, 2004, pp. 321 – 360, ici p. 323.

<sup>37</sup> V. en comparaison *supra*, note 30.

<sup>38</sup> Jacques Chevallier, *La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ?*, *op. cit.*, p. 207.

<sup>39</sup> Ceci est aussi vrai au niveau de l'Union européenne. Ainsi, le Livre blanc de la Commission européenne retient que « La notion de 'gouvernance' désigne les règles, les processus et les comportements qui influent sur l'exercice des pouvoirs au niveau européen, particulièrement du point de vue de l'ouverture, de la participation, de la responsabilité, de l'efficacité et de la cohérence », *op. cit.*, p. 9.

### (a) Le scepticisme français

La doctrine française reflète une méfiance qui s'exprime tant en sciences politique que juridique. Jacques Chevallier affirme à propos des rapports entre la gouvernance et la science juridique qu'elle « reste l'une des rares sciences sociales dans lesquelles la notion n'a pas vraiment droit de cité »<sup>40</sup>. Un regard dans les ouvrages de droit public, qu'ils soient généraux<sup>41</sup> ou concernant plus spécifiquement tant les contrats administratifs<sup>42</sup> que le droit public de l'économie<sup>43</sup>, en atteste<sup>44</sup>.

Ce rapport éloigné du droit à la gouvernance paraît notamment avoir pour origine le fait que cette dernière a d'abord aux yeux des auteurs une rationalité politique<sup>45</sup>. Or, d'une part, la science politique française est elle-même souvent dubitative à son propos<sup>46</sup> et, d'autre part, la division traditionnellement stricte en France entre droit et science politique limite les approches transdisciplinaires.

Cette perplexité généralisée prend très vraisemblablement source dans la difficulté de circonscrire et d'évaluer un phénomène dont la doctrine dans son ensemble a du mal à appréhender la finalité. John Crowley résume peut-être le mieux la tendance lorsqu'il relève que « l'une des raisons de l'accueil mitigé fait en France à la 'gouvernance' est le soupçon

---

<sup>40</sup> Jacques Chevallier, La gouvernance et le droit, in *Mélanges en l'honneur de Paul Amserek*, op. cit., pp. 189 – 207, ici p. 190. De même, Claude Blumann et Louis Dubois soutiennent qu'elle est « en marge du ou à la marge du droit », *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Manuel Litec, 3<sup>e</sup> éd., 2007, p. 164.

<sup>41</sup> Elle n'apparaît pas dans les index ou les tables des matières d'ouvrages sur le droit administratif ou le droit constitutionnel. Pour les premiers, v. par exemple Jean Waline, *Droit administratif*, Précis Dalloz, 22<sup>e</sup> éd., 2008 ; Yves Gaudemet, *Droit administratif*, Manuel L.G.D.J., 18<sup>e</sup> éd., 2005 ; Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, coll. Domat droit public, 5<sup>e</sup> éd., 2008 ; ou encore René Chapus, *Droit administratif général*, 2 t., Montchrestien, coll. Domat droit public, 15<sup>e</sup> éd., 2001. Pour les seconds, v. par exemple Louis Favoreu (et al.), *Droit constitutionnel*, Précis Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2006 ; Francis Hamon et Michel Troper, *Droit constitutionnel*, Manuel L.G.D.J., 30<sup>e</sup> éd., 2007.

<sup>42</sup> V. Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, Manuel L.G.D.J., 6<sup>e</sup> éd., 2008 ; ou Christophe Guettier, *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. Thémis, 2<sup>e</sup> éd., 2008.

<sup>43</sup> Il en va ainsi des ouvrages de Richard Moulin et Pierre Brunet, *Droit public des interventions économiques*, L.G.D.J., coll. droit des affaires, 2007 ; Didier Linotte et Raphaël Romi, *Droit public économique*, Manuel Litec, 6<sup>e</sup> éd., 2006 ; Pierre Delvolvé, *Droit public de l'économie*, Précis Dalloz, 1998 ; ou encore Jean-Yves Chérot, *Droit public économique*, Economica, 2<sup>e</sup> éd., 2007.

<sup>44</sup> *A contrario*, mais de façon très limitée, v. Bertrand du Marais, *Droit public de la régulation économique*, (préf. R. Denoix de Saint Marc), Presses de Sciences Po et Dalloz, coll. Amphithéâtre, 2004, p. 33 et p. 504 ; ou encore Michel de Villiers (dir.), *Droit public général. Institutions politiques, administratives et communautaires*, *Droit administratif – Finances publiques*, Manuel Litec, 3<sup>e</sup> éd., 2006, p. 152.

<sup>45</sup> Constantin Stephanou, La nouvelle gouvernance européenne, op. cit., p. 582.

<sup>46</sup> Elle apparaît avec parcimonie et prudence dans les ouvrages français de science politique. Sur ces carences, v. Olivier Paye, La gouvernance. D'une notion polysémique à un concept politologique, *Revue Études internationales*, vol. 36, 2005, pp. 13 – 41, surtout p. 14. En science administrative, l'index et la table des matières de l'ouvrage de Jacques Chevallier, *Science administrative*, PUF, coll. Thémis, 4<sup>e</sup> éd., 2007, n'y font pas référence.

qu'elle est analytiquement oiseuse (...) et normativement néfaste »<sup>47</sup>. Il faut confirmer que les questions découlant des relations entre la gouvernance et l'État<sup>48</sup> sont fréquemment présentées à travers le rejet des approches normatives<sup>49</sup>, en particulier de la « bonne gouvernance » valorisée aujourd'hui par les organisations internationales<sup>50</sup>. Dès lors, lorsque la gouvernance est utilisée dans la sphère publique interne, c'est essentiellement comme référent descriptif, c'est-à-dire qu'il s'agit de rendre compte d'une manière de gouverner qui s'ouvre à d'autres acteurs que ceux traditionnellement impliqués dans l'action publique<sup>51</sup>. Sa signification va rarement plus loin<sup>52</sup>. La circonspection générale entourant ce thème explique notamment qu'un de ses domaines de prédilection en France concerne non pas l'État mais, à la suite des mouvements de décentralisation, la politique de la ville. La gouvernance est alors estampillée du qualificatif « urbaine »<sup>53</sup>.

En synthèse, force est de constater que l'acceptation du vocable et sa portée sont limitées, voire franchement rejetées<sup>54</sup>. Jacques Caillosse résume cette approche française en

---

<sup>47</sup> John Crowley, Usages de la gouvernance et de la gouvernementalité, *Critiques internationales*, n° 21, 2003, pp. 52 – 61, ici p. 56.

<sup>48</sup> Comme le gouvernement est inséparable de la conception française de l'État, les discussions soulèvent la problématique des rapports et surtout des différences entre la gouvernance et le gouvernement. En synthèse, v. Jacques Chevallier, La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ?, *op. cit.*, pp. 206 – 208.

<sup>49</sup> V., par exemple, Jean-Philippe Leresche, Gouvernance et coordination des politiques publiques, *op. cit.*, p. 34.

<sup>50</sup> Pour Patrick Le Galès, la gouvernance est alors « pensée contre le gouvernement », in L. Bousaguet, S. Jacquot et P. Ravinet (dir.) (préf. P. Muller), *Dictionnaire des politiques publiques*, Presses de Sciences Po, coll. Références, 2<sup>e</sup> éd., 2006 (ci-après *Dictionnaire des politiques publiques*), pp. 242 – 250, ici p. 245. Vincent Simoulin relève le flou des usages concernant la gouvernance, « et en particulier de la 'bonne gouvernance', celle qui est prônée par les organisations internationales et qui sert à celles-ci à masquer une intervention politique pour laquelle elles n'ont aucune légitimité », La gouvernance territoriale : dynamiques discursives, stratégiques et organisationnelles, in R. Pasquier, V. Simoulin et J. Weisbein (dir.), *La gouvernance territoriale. Pratiques, discours et théories*, L.G.D.J., coll. Droit et Société série politique, t. 44, 2007, pp. 15 – 32, ici p. 19.

<sup>51</sup> Par exemple, pour Jean-Pierre Gaudin, « La gouvernance, en somme, décrit des pratiques émergentes, elle cerne des régularités nouvelles dans les modes de faire, elle désigne ce qu'on appelle un 'style' particulier de gouvernement et de négociation de l'action publique », *L'action publique, sociologie et politique*, Presses de Sciences Po, coll. Amphithéâtre, 2004, pp. 213 – 214.

<sup>52</sup> L'auteur ajoutant : « Mais ces apports s'arrêtent vite là », *ibid.*, p. 214.

<sup>53</sup> Patrick Le Galès, Du gouvernement des villes à la gouvernance urbaine, *RFSP*, vol. 45, n° 1, 1995, pp. 57 – 95. V. aussi *supra*, note 30.

<sup>54</sup> Pour le Conseil d'État, « L'État contemporain recherche l'adhésion des acteurs de préférence à l'action unilatérale, ce que les spécialistes de la gouvernance publique désignent de manière quelque peu euphorique comme la 'coproduction' ou la 'coconstruction' de la norme publique et de l'action publique », Rapport public 2008, vol. 1 : *Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives* ; vol. 2 : *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes* (ci-après EDCE, *Le contrat*) ; Études et documents, La Documentation française, n° 59, 2008 ; ici vol. 2, p. 15. Selon Frédéric Saulnier, appliquée à l'État, la gouvernance correspond à « une idéologie dissolvante », Essai sur la gouvernance et les transformations actuelles du droit public, *RRJ*, n° 1, 2007, pp. 305 – 322, ici p. 308. Pour Étienne Le Roy, « le terme est d'autant plus prisé qu'il est polysémique et nébuleux, donc qu'il ne désigne rien de bien particulier », *Le jeu des lois : une anthropologie dynamique du droit, avec des consignes et des conseils au jeune joueur juriste*, L.G.D.J., coll. Droit et Société série anthropologique, t. 28, 1999, p. 294. Pour Jean-Gustave Padioleau, « Le volapuk de la gouvernance bruxello-hexagonale, concentré de langue de bois (...), prône le mixage égalitariste d'intérêts publics, marchands, caritatifs (...). L'autorité du gouvernement républicain, libéral, délibératif et représentatif est

parlant « de la fatale et absorbante gouvernance »<sup>55</sup>, qui ne constitue pas un concept susceptible de fédérer la recherche concernant le mouvement de transformation que connaissent l'État et l'action publique. Conformément à ce qui a été dit, cette tendance est marquée chez les juristes<sup>56</sup>.

Ce rejet doit toutefois être bien compris à ce stade. En effet, cela ne veut pas dire que les juristes ne sont pas attentifs aux évolutions de la technique juridique<sup>57</sup>, tout comme d'ailleurs cela ne signifie pas que la doctrine politiste n'est pas attentive aux changements en termes de politiques publiques<sup>58</sup>. Cela évoque plutôt que la gouvernance n'est pas ou peu utilisée comme référent dans ces interrogations<sup>59</sup>, et qu'elle a du mal à rapprocher perspectives politique et juridique sur l'action publique. En ce qui concerne cette dernière science, c'est le plus souvent l'idée de contractualisation qui est utilisée pour synthétiser les mouvements contemporains<sup>60</sup>. Ce terme, qui est « employé pour rendre compte de l'intrusion et du rôle croissant du contrat (...) dans des domaines de la vie sociale qui étaient traditionnellement regardés comme échappant au libre jeu des volontés privées pour être soumis à des règles impératives, et/ou pour relever de décisions unilatérales de la puissance

---

marginalisée. L'État et le politique se décomposent dans et par la gouvernance », Une piété française. La réforme de l'État, *Le Débat*, n° 119, 2002, pp. 20 – 34, ici p. 27. Pour Xavier Delcourt, enfin, « Une hypothèse troublante court dans de nombreux travaux de science politique et chez certains juristes réservés : la gouvernance n'est rien, ou presque rien », La raison de la gouvernance, in D. Georgakakis et M. de Lassalle (dir.), *La « nouvelle gouvernance européenne ». Genèses et usages politiques d'un livre blanc*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2008, pp. 91 – 116, ici p. 93.

<sup>55</sup> Jacques Caillosse, Interrogation méthodologique sur le « tournant » contractuel de l'action publique, in *Contrats publics : mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, 2 vols., Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, vol. 2, pp. 469 – 492, ici p. 474.

<sup>56</sup> Pour quelques ouvertures récentes en droit public, v. Arnaud Cabanes, *Essai sur la gouvernance publique : un constat sans concession... quelques solutions sans idéologie* (préf. J. Monod), Gualino éd., coll. Fidécitea, 2004 ; Frédéric Saulnier, *Essai sur la gouvernance*, *op. cit.* ; ou encore, plus globalement, Daniel Mockle, *La gouvernance, le droit et l'État*, *op. cit.*

<sup>57</sup> Un des articles fondateurs est l'œuvre de Paul Amselek, L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales, *RDP*, 1982, n° 2, pp. 273 – 294. V., parmi de nombreuses études, Jacques Chevallier, *La gouvernance et le droit*, *op. cit.* ; Jean Clam et Gilles Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Droit et Société, Recherches et Travaux, vol. 5, L.G.D.J., 1999 ; François Ost et Michel van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2000.

<sup>58</sup> Pour des illustrations récentes, v. Jean-Pierre Gaudin, *Gouverner par contrat*, Presses de sciences Po, 2<sup>e</sup> éd., 2007 ; Olivier Borraz et Virginie Guiraudon (dir.), *Politiques publiques* ; t. 1, *La France dans la gouvernance européenne*, Presses de Sciences Po, 2008 ; et, en synthèse, Pierre Muller, *Les politiques publiques*, PUF, coll. Que sais-je ?, 7<sup>e</sup> éd., 2008.

<sup>59</sup> Pour Vincent Simoulin, « le débat ne porte pas tant sur le fait de savoir si l'action publique évolue que sur le point auquel il est avisé d'employer le terme de gouvernance pour en rendre compte », *La gouvernance territoriale*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>60</sup> Comme le démontre par exemple la position du Conseil d'État, *Le contrat*, *op. cit.* Pour d'autres exemples récents, v. Sandrine Chassagnard-Pinet et David Hiez (dir.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, coll. Institut de droit des affaires, 2007 ; et, des mêmes auteurs, *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008.

publique ne supposant pas l'accord des personnes intéressées »<sup>61</sup>, paraît inhérent à la gouvernance en ce qu'il vient matérialiser sa logique pluraliste et interactive. Toutefois, même sous ce vocable, la portée des mutations actuelles n'en reste pas moins interrogée<sup>62</sup>. C'est par conséquent à la fois comme thème mais aussi comme référentiel scientifique que la gouvernance laisse la doctrine juridique dubitative.

Voilà en quelque sorte une photographie de la position française. Confrontée à la perplexité qu'elle suscite, la gouvernance doit être étudiée tant elle paraît porteuse d'une réflexion significative sur la place et le rôle du droit public. Pour ce faire, il pourrait être envisagé d'approfondir les recherches en y portant un regard purement français. Pourtant, cela ne ferait qu'ajouter une pierre à un édifice que Marc Hufty résumait en soutenant que « Tout ouvrage sur la 'gouvernance' débute par une tentative de définition, un historique de l'utilisation du terme, une liste des usages courants, une justification de son intérêt et une discussion de sa pertinence »<sup>63</sup>. Seul un contre-pied théorique semble capable de faire avancer les débats de façon significative. Autrement dit, il faut sortir d'une réflexion française, ou plutôt y revenir après avoir utilisé un miroir déformant. Comme énoncé précédemment, c'est ce que certains auteurs incitent à faire en soulignant que la gouvernance véhicule « un concept anglo-saxon »<sup>64</sup>. Un bref regard dans la doctrine américaine confirme la pertinence de ces propos.

---

<sup>61</sup> Pascal Ancel, in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, pp. 231 – 236, ici p. 231. Pour les auteurs, la contractualisation concerne tant les sphères privée (relations entre personnes privées) que publique (relations dans lesquelles au moins une personne publique est présente). Il est nécessaire d'adopter une approche permettant de comprendre toutes ces évolutions dans un cadre unitaire. V. *infra*, p. 20.

<sup>62</sup> Le rapport précité du Conseil d'État cité les mots de celui qui était alors son vice-président, Renaud Denoix de Saint-Marc. À ses yeux, « on ne saurait (...) élever l'administration contractuelle au rang de panacée. On ne peut gouverner par contrat. Il y a et il doit toujours y avoir une part de commandement qui s'exprime par l'ordre de la loi ou du règlement, le cas échéant, sous la menace de peines applicables en cas de manquement », La question de l'administration contractuelle, *AJDA*, n° 19, 19 mai 2003, pp. 970 – 971, ici p. 971. Pour une approche générale, v. Sandrine Chassagnard-Pinet et David Hiez (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, L.G.D.J., coll. Droit et Société, Recherche et travaux, t. 16, 2007. Des mêmes auteurs, v. Le système juridique français à l'ère de la contractualisation, in *La contractualisation de la production normative*, *op. cit.*, pp. 3 – 76, not. pp. 9 – 10.

<sup>63</sup> Marc Hufty, L'objet « gouvernance », in M. Hufty (*et al.*), *Jeux de gouvernance : regards et réflexions sur un concept*, Karthala, coll. Développements, 2007, pp. 13 – 28, ici p. 13. Comme Laurence Calandri peut le noter à propos de la régulation, il s'agit pour la gouvernance publique d'opérer de la même façon en rejetant l'approche lexicale consistant à « élaborer un florilège rassemblant l'ensemble des opinions doctrinales et des consécutions du droit positif », *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français* (préf. S. Regourd), L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, t. 259, 2009, p. 32.

<sup>64</sup> Gérard Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 444.

## (b) Le pragmatisme américain

Dans la mesure où la gouvernance implique des deux bords de l'Atlantique des recherches menées autour des changements de l'action publique, il pourrait sembler logique que les discussions doctrinales concernant sa portée soient analogues. En réalité, il faut dépasser cet *a priori* car, contrairement cette fois à la France, les auteurs américains font preuve d'un pragmatisme certain. La différence entre approches descriptive et normative y paraît beaucoup moins prégnante, tout comme celle entre les analyses en science juridique ou dans les autres sciences sociales. Les bouleversements constatés, eux aussi fréquemment regroupés sous la bannière de la contractualisation<sup>65</sup>, ne sont pas contestés comme en France, ou ils le sont du moins d'un point de vue distinct. Ainsi, la doctrine juridique américaine interroge surtout les conséquences des nouveaux instruments sur les droits des citoyens et les principes démocratiques<sup>66</sup>.

Parler de gouvernance publique aux États-Unis revient presque simplement, bien que ses effets soient fondamentalement complexes, à poser la question de l'action publique quotidienne et pratique. Diverses expressions évocatrices sont utilisées depuis les années 1980 pour décrire ces transformations, comme celles de « gouvernement par tierces personnes »<sup>67</sup> (*Third-party government*), de « gouvernement par procuration »<sup>68</sup> (*Government by proxy*), ou encore dernièrement de « gouvernement par contrat » (*Government by contract*)<sup>69</sup>, aboutissant à un « État en creux »<sup>70</sup> (*Hollow state*).

Tout en restant dans des considérations encore générales, ce regard comparatif permet de faire une première synthèse. Les définitions doctrinales de la gouvernance sont proches entre la France et les États-Unis, avec cependant la question de la nature juridique des nouveaux acteurs associés à l'action publique qui se pose un peu différemment<sup>71</sup>, mais l'appréhension scientifique de sa portée l'est beaucoup moins. Il semble même que ces

---

<sup>65</sup> Pour un exemple, v. Jody Freeman, *The Contracting State*, *Fla. St. U. L. Rev.*, vol. 28, 2000, pp. 155 – 214.

<sup>66</sup> Sur ces questions, v. *infra*, pp. 334 et s.

<sup>67</sup> Donald Kettl, *Government by Proxy: (Mis?) Managing Federal Programs*, NY, CQ Press, 1988.

<sup>68</sup> Lester Salamon, *Rethinking Public Management: Third-Party Government and the Changing Forms of Government Action*, *Pub. Pol'y*, vol. 29, 1981, pp. 255 – 275.

<sup>69</sup> Jody Freeman et Martha Minow (dir.), *Government by Contract. Outsourcing and American Democracy*, Cambridge, Harvard University Press, 2009.

<sup>70</sup> H. Brinton Milward et Keith Provan, *Governing the Hollow State*, *J. Pub. Admin. Res. Theor.*, vol. 10, 2000, pp. 359 – 380.

<sup>71</sup> V. *supra*, notes 30 et 37.

dissemblances renvoient à quelque chose de plus profond, tant on en trouve des traces en droit des sociétés avec la traduction de la notion de *corporate governance*<sup>72</sup>, ou plus généralement encore dans l'utilisation quotidienne du vocable de gouvernance<sup>73</sup>. Comment le comprendre ? Par ailleurs, n'est-il finalement pas possible de soutenir que, nonobstant l'emploi ou le rejet du terme de « gouvernance », ce sont des pratiques similaires qui apparaissent dans les deux pays<sup>74</sup> ?

Ces interrogations constituent le point de départ d'un travail qui nécessite d'installer la gouvernance au centre des préoccupations concernant le droit public.

### III) La problématique et les perspectives de la recherche en droit public comparé

Les traits de ce qui apparaît comme un paradoxe peuvent être résumés ainsi : pourquoi les auteurs dans les deux pays appréhendent différemment la portée de la gouvernance alors que, d'une part, ils la définissent de manière très proche et, d'autre part, ils s'avèrent confrontés à des pratiques semblables ?

Pour ce faire, il convient de lier la gouvernance à la façon de concevoir la régulation sociale et l'intérêt public eu égard à une certaine représentation de la chose publique, ce qui renvoie irrémédiablement à des préoccupations sur le droit public entendu comme le droit de cette chose publique (1). Cette hypothèse paraît fructueuse en introduisant aux divergences comparées (2).

#### 1) Cadre théorique pour penser la gouvernance

En modifiant l'action publique, la gouvernance renvoie à la question de la manière de gouverner qui ne peut être envisagée de façon autonome. Cette problématique est en effet

---

<sup>72</sup> Les auteurs français utilisent tantôt la notion de « gouvernance d'entreprise », traduction littérale, tantôt celle de « gouvernement d'entreprise », sorte de francisation. Pour un exemple symptomatique, v. Jean-Jacques Caussain, *Le gouvernement d'entreprise : le pouvoir rendu aux actionnaires*, Creda et Litec, 2005.

<sup>73</sup> Il faut souligner que l'idée selon laquelle la gouvernance renvoie à quelque chose de profondément dissemblable entre les deux rives de l'Atlantique se retrouve de manière symptomatique dans les dictionnaires de la langue française et anglaise, où l'entrée « gouvernance » apparaît plus tardivement en France dans sa référence à la question de la façon de gouverner. C'est le cas par exemple du *Petit Robert*, dans lequel le terme est introduit entre les éditions de 2002 et de 2003 (p. 1201 à chaque fois), alors qu'elle est déjà présente en langue anglaise bien avant, par exemple dans *The Random House Dictionary of the English Language*, Random House Inc., 2<sup>nd</sup> ed., 1987, p. 826. Même aujourd'hui encore, Le Dictionnaire de l'Académie française ne fait pas référence à l'aspect qui intéresse cette recherche, 9<sup>e</sup> éd., 2000 (disponible sur le site Internet de l'institution).

<sup>74</sup> Jean-Marc Sauvé note qu'en France, « De quelque côté que l'on se tourne, le procédé contractuel est donc à l'œuvre », éditorial à EDCE, *Le contrat, op. cit.*, pp. 7 – 10, ici p. 7.

indissociable d'une interrogation plus vaste qui en définit les contours et les aspects, celle du but poursuivi. La gouvernance apparaît alors comme une méthode pour atteindre un objectif, qui consiste au minimum dans toutes les sociétés humaines à assurer la coexistence entre les individus ; elle est de ce fait inséparable de la manière de penser la vie en société.

C'est sur ce point qu'il faut progresser. Les deux voies susceptibles d'être empruntées, celles de l'intérêt public et de la régulation sociale, aboutissent au même résultat (a), et impliquent de rattacher la gouvernance à des préoccupations sur le droit public (b).

#### (a) Gouvernance, intérêt public et régulation sociale

Historiquement, ce sont les Grecs mais surtout les Romains qui ont les premiers conceptualisé que les hommes avaient certains intérêts communs. La notion de *res publica*<sup>75</sup>, littéralement la chose publique, est apparue<sup>76</sup>. Il s'agit de l'idée qu'existent entre la diversité des hommes certains liens, qui forment « la raison d'être de leur volonté de vivre ensemble »<sup>77</sup>, et que « le bonheur du citoyen est lié à celui de la *res publica*, et chacun est prêt à subordonner son intérêt particulier (*res privata*) à celui de la communauté (*res publica*) »<sup>78</sup>.

Il ne faut pas s'arrêter à la seule caractérisation de ce patrimoine commun, et comprendre que va se constituer à partir de là la nécessité de le favoriser. C'est à ce titre que vont apparaître comme ses modes d'expression les notions de bien commun, de bien ou d'intérêt public, ou encore d'intérêt général tel qu'utilisé postérieurement en France mais avec un contenu propre à son expérience<sup>79</sup>. Toutes vont profondément bouleverser les façons de gouverner qui sont au cœur des débats sur la gouvernance car, comme le relève le Conseil

---

<sup>75</sup> Pour une étude détaillée sur la *res publica* romaine, v. Jacques Ellul, *Histoire des institutions*. T. 1, *L'Antiquité*, PUF, Quadrige, 1999, pp. 272 et s., et en synthèse pp. 380 – 381.

<sup>76</sup> Pour Cicéron, « la République, c'est la chose du peuple » (*res publica, res populi*), *De Republica*, I, XXV, 39. Comme le relevait Jean Gaudemet, « la *res publica* souligne la cohésion du peuple », *Les gouvernants à Rome : essais de droit public romain*, diff. De Boccard, coll. Antiqua, 1985, p. 5.

<sup>77</sup> Elisabeth Zoller, *Introduction au droit public*, Précis Dalloz, 2006, p. 3.

<sup>78</sup> Jean Gaudemet, *Les gouvernants à Rome, op. cit.*, p. 5.

<sup>79</sup> En effet, en France, l'intérêt général implique traditionnellement un contenu qui transcende la somme des intérêts individuels. Cette charge « idéologique » [v., sur ce point, François Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général* (préf. G. Vedel), Economica, coll. Politique comparée, 1986] incite par conséquent à une utilisation parcimonieuse, notamment car elle n'a pas la même portée outre-Atlantique. Dès lors, les termes alternatifs d'« intérêt public », de « bien public », ou encore de « bien collectif » seront le plus souvent utilisés compte tenu de leur portée idéologique moindre ; la référence à « l'intérêt général » sera essentiellement réservée au modèle français. Dans le cadre de ces importantes précisions terminologiques, il faut ici aussi rejeter l'utilisation de la notion de « bien commun ». Pour le Conseil d'État, il faut « distinguer ce qui est communément confondu, le bien commun et l'intérêt général. Le bien commun est une notion centrale de la philosophie ancienne, plus morale que juridique. L'intérêt général est une notion plus récente, inséparable de la constitution de l'État moderne », Conseil d'État, Rapport public 1999, *Jurisprudence et avis de 1998, L'intérêt général*, Études et documents, La Documentation française, n° 50, 1999 (ci-après EDCE, *L'intérêt général*), p. 247.

d'État à propos de l'intérêt général, il s'agit de « la pierre angulaire de l'action publique, dont il détermine la finalité et fonde la légitimité »<sup>80</sup>.

La conception de l'intérêt public, qui est de l'ordre de la finalité, est donc fondamentale en ce que la gouvernance, qui est du registre de la méthode, va venir la réaliser.

Une autre manière d'aborder ces questions consiste à présenter les choses à partir d'un terme proche de la gouvernance, celui de régulation, qui est apparu en France de façon à peu près concomitante<sup>81</sup>. Ce thème a vu le jour pour connaître un succès dans toutes les disciplines, tant est si bien qu'il est aussi souvent difficile d'en appréhender l'unité<sup>82</sup>. Jacques Chevallier évoque sa diffusion et sa constitution en tant que véritable « paradigme majeur des sciences sociales »<sup>83</sup>. Et, contrairement cette fois à la gouvernance, la régulation a fait l'objet de nombreuses études en science juridique<sup>84</sup>.

Il convient toutefois d'être prudent dans l'utilisation de cette thématique compte tenu des significations très diverses qui y sont associées. En effet, même en restant cantonné au champ juridique, il est difficile d'y voir un critère réellement unificateur étant donné ses nombreuses acceptions. Gérard Timsit synthétise ces difficultés autour de l'idée d'« une extraordinaire diversité, une hétérogénéité, une prolifération qui donnerait facilement à penser qu'un grand désordre règne et ferait volontiers conclure à l'impossibilité de donner une vision unifiée des phénomènes ainsi recensés »<sup>85</sup>.

Il est d'autant plus difficile d'envisager par le biais de la régulation un éclairage pour la gouvernance qu'elle est utilisée dans un sens distinct outre-Atlantique<sup>86</sup>. La *regulation* américaine, apparue à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle dans un contexte propre<sup>87</sup>, est un faux ami, car elle ne recoupe que partiellement les problématiques françaises. C'est une « notion

---

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 245.

<sup>81</sup> Martine Lombard (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 12. Ce lien classique est aussi fait par Franck Moderne, Les usages de la notion de « régulation » dans le droit positif et la doctrine juridique, in G. Marcou et F. Moderne (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Comparaisons et commentaires*, 2 t., L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2005, t. 1, pp. 71 – 85, ici p. 72.

<sup>82</sup> Jacques Chevallier, De quelques usages du concept de régulation, in M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, *op. cit.*, pp. 71 – 93.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 71

<sup>84</sup> Sur les différentes conceptions juridiques de la régulation, v. Gérard Marcou, La notion juridique de régulation, *AJDA*, n° 7, 20 février 2006, pp. 347 – 353, not. p. 347. Pour une étude approfondie, v. Laurence Calandri, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*

<sup>85</sup> Gérard Timsit, La régulation. La notion et le phénomène, *RFAP*, n° 109, 2004, pp. 5 – 11, ici pp. 5 – 6.

<sup>86</sup> C'est ce que souligne Jean-Bernard Auby, Régulations et droit administratif, in *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, *op. cit.*, pp. 209 – 234, not. p. 210.

<sup>87</sup> V. en détails *infra*, pp. 223 et s.

polysémique »<sup>88</sup>, qui « exprime tout à la fois une fonction étatique et un acte juridique produit par des institutions étatiques »<sup>89</sup>. Bertrand du Marais souligne qu'elle renvoie à « un instrument – que l'on appellerait, en français, la réglementation<sup>90</sup> – et une politique publique bien particulière »<sup>91</sup>. À ce dernier titre, elle signifie d'abord et au sens strict « le contrôle par la puissance publique des opérateurs qui évoluent sur certains marchés, en général de services collectifs (*Public Utility*) »<sup>92</sup>, mais aussi la prise en charge « d'objectifs sociaux dans toutes les branches d'activités »<sup>93</sup>. En synthèse, si les discussions sur la régulation des deux côtés de l'Atlantique peuvent trouver certains liens<sup>94</sup>, ils ne sont pas résumables à une seule et même expérience<sup>95</sup>, surtout d'un point de vue historique.

Est-ce dire alors que la régulation n'est d'aucune utilité pour éclairer la gouvernance ? Tel n'est pas le cas, mais cela nécessite d'opérer des précisions préalables. Sa thématique redevient pertinente, notamment d'un point de vue comparé, lorsque l'on quitte ses aspects pratiques et pluriels pour en conceptualiser l'unité. Dans un cadre général concernant la société dans son ensemble, la régulation a ouvert dans les années 1970 la question des « mérites respectifs de la régulation par l'État et de la régulation par le marché »<sup>96</sup>. En somme, elle a posé au niveau de la société la question centrale de sa cohésion, c'est-à-dire la façon de penser l'organisation de la vie sociale<sup>97</sup>.

---

<sup>88</sup> Dominique Custos, La notion américaine de régulation, in G. Marcou et F. Moderne (dir.), *Droit de la régulation*, op. cit., t. 1, pp. 145 – 165, ici p. 145.

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> Encore faut-il préciser que le terme de « réglementation » a plusieurs acceptions. Il faut distinguer entre la réglementation comme « ensemble de règles (même autres que réglementaires) qui gouvernent une matière », où il s'agit alors concrètement du « droit relatif à une question » ; et l'activité réglementaire dont sont issus les règlements au sens propre du terme, i.e. juridiquement bien distincts des lois et tels que prévus dans la Constitution française de 1958 aux articles 34 et 37. Sur ces définitions et les approches *stricto* et *lato sensu*, v. Gérard Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 791. C'est le premier sens qui sera globalement utilisé dans cette étude, sauf mention contraire lorsqu'il s'agira de traiter *stricto sensu* du pouvoir réglementaire.

<sup>91</sup> Bertrand du Marais, Régulation, service public et démocratie : une décennie de mutations, in M. Lombard, *Régulation économique et démocratie*, op. cit., p. 41 – 49, ici p. 41. À ses yeux, la régulation est un « concept ambigu », *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 482. L'auteur souligne les trois différentes acceptions du terme en France : la définition technique, la définition en termes de politique économique, et celle selon la sociologie juridique, pp. 483 – 484.

<sup>92</sup> Dominique Custos, La notion américaine de régulation, op. cit., p. 147.

<sup>93</sup> *Ibid.*

<sup>94</sup> Depuis les transformations françaises à partir de la fin des années 1980 dans le domaine économique avec le développement des Autorités administratives indépendantes (AAI). V. *infra*, pp. 232 et s.

<sup>95</sup> C'est ce qui pousse par exemple Laurence Calandri à circonscrire son étude au droit français, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, op. cit., pp. 26 – 27.

<sup>96</sup> Jacques Chevallier, De quelques usages du concept de régulation, op. cit., p. 90.

<sup>97</sup> Pour une même argumentation récente, v. Jacques Chevallier, Contractualisation et régulation, in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *La contractualisation de la production normative*, op. cit., pp. 83 – 93.

C'est sous cet aspect unitaire qu'il faut appréhender aujourd'hui les différents domaines où la régulation s'applique<sup>98</sup>, notamment dans le domaine économique, mais aussi ce faisant les questions concernant la gouvernance publique. En effet, « si l'idée de régulation renvoie à une certaine fonction à remplir, à certains objectifs à atteindre, à savoir le maintien d'un équilibre d'ensemble, sa mise en œuvre concrète implique le recours à des nouveaux modes d'exercice du pouvoir ; la régulation présuppose la gouvernance, avec laquelle elle forme un couple indissociable »<sup>99</sup>. Ceci fait apparaître l'idée essentielle selon laquelle régulation et gouvernance sont liées, mais surtout que les caractéristiques de cette dernière vont dépendre de la conception de la régulation sociale, autrement dit de la manière de penser la vie en société. Pour reprendre les termes de la citation qui précède et pour recouper ce qui a été énoncé à propos de l'intérêt public, les traits de la gouvernance en tant que méthode vont dépendre de la matrice de « l'équilibre d'ensemble », qui est de l'ordre de la finalité.

Les mutations consubstantielles à la gouvernance sont donc indissociables du bien public et la régulation sociale, de sorte qu'elles sont inséparables du droit qui y correspond, le droit public entendu comme droit de la chose publique.

#### (b) Gouvernance et droit public

Les deux angles d'étude ci-dessus esquissés aboutissent à la même conclusion : c'est en fonction d'une approche téléologique que la gouvernance publique doit être interrogée. Elle vient réaliser une représentation de la chose publique inhérente à la question de la régulation sociale, dont l'intérêt public est le mode d'expression. Or, ce dernier est « au cœur du droit public, au même titre que l'autonomie des volontés est au fondement du droit privé »<sup>100</sup>, ce que n'a pas manqué de souligner la doctrine<sup>101</sup>.

---

<sup>98</sup> C'est ce à quoi invite Gérard Timsit autour d'une réflexion sur les formes de « normativité sociale », anciennes et nouvelles ; La régulation. La notion et le phénomène, *op. cit.*, not. p. 6. Seront utilisées de manière identique dans ce travail pour unifier les débats les expressions de « coordination sociale », de « cohésion sociale » ou, *in fine*, de « régulation sociale ». En ce qui concerne plus spécifiquement les questions sur la régulation économique et la *regulation* américaine, v. les remarques *supra*, note 94.

<sup>99</sup> Jacques Chevalier, La gouvernance et le droit, *op. cit.*, pp. 190 – 191.

<sup>100</sup> EDCE, *L'intérêt général*, *op. cit.*, p. 271. Le Conseil d'État fait référence à l'intérêt général. Toutefois, compte tenu de ce qui a été précisé plus haut, *supra* note 79, il est fait volontairement référence à l'intérêt public pour permettre une étude comparée des visions française mais aussi américaine.

<sup>101</sup> Sur les liens entre l'intérêt général et le droit public, v. les références citées par Guylain Clamour, *Intérêt général et concurrence : essai sur la pérennité du droit public en économie de marché* (préf. J-L. Autin), Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 51, 2006, p. 16.

Il est là encore nécessaire de faire appel à l'histoire, et en premier lieu aux Romains, qui ne se sont pas contentés de penser la chose publique. Ils ont également réfléchi à sa protection par des règles juridiques particulières qui constituent les fondements du droit public moderne. Le Digeste, vaste compilation de toutes les sources anciennes du droit romain entreprise sous l'empereur Justinien au 6<sup>e</sup> siècle après J.C., soulignait déjà la distinction entre deux droits, le droit public (*Jus publicum*) et le droit privé (*Jus privatum*), dans les termes suivants : « Le droit public s'occupe de ce qui touche à l'organisation du gouvernement de Rome ; le droit privé concerne ce qui relève de l'intérêt des particuliers ; parce qu'il y a certaines choses qui sont utiles à tous, et d'autres qui concernent l'intérêt des personnes privées »<sup>102</sup>.

Le droit public, qui apparaît dès ses fondements romains comme le droit de la chose publique<sup>103</sup>, est essentiel dans le cadre d'une étude juridique sur la gouvernance puisqu'il encadre l'organisation, le fonctionnement et le contrôle de l'action publique<sup>104</sup>. Schématiquement<sup>105</sup>, il enserme l'action publique et donc la gouvernance de deux façons indissociables. D'une part, au niveau des finalités, en fixant le cadre général de ses objectifs ; d'autre part et dans une perspective d'application instrumentale, en lui donnant des moyens particuliers. Il faut dès lors souligner avec Jacques Caillosse que, avec le droit des politiques publiques, « il n'est ici ni plus ni moins question que du système d'organisation et de représentation de l'action publique, c'est-à-dire, en d'autres termes, de la constitution et de la mise en scène juridiques de l'État »<sup>106</sup>.

---

<sup>102</sup> Trad. reprise in Élisabeth Zoller, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 4.

<sup>103</sup> Sur l'approche du droit public entendu comme droit de la chose publique, *ibid.*, not. pp. 1 – 19. Pour Michel de Villiers et Armel Le Divellec, la chose publique correspond à « toutes les responsabilités, celles qualifiées de régaliennes et les autres, qu'assume la puissance publique. Et c'est ce service de la puissance publique – ce qui est de l'ordre de la finalité – qui justifie que, sur le plan des moyens, la puissance publique dispose de prérogatives 'exorbitantes du droit commun' », *Dictionnaire du droit constitutionnel* (ci-après *Dictionnaire du droit constitutionnel*), Sirey, 6<sup>e</sup> éd., 2007, p. 38. Si cette définition reste traditionnelle d'un point de vue français dans la mesure où il est fait référence à une « puissance publique » qui serait au cœur de la chose publique, elle démontre surtout la nécessité de coupler une étude sur les finalités de la société politique et sur les moyens juridiques mis en œuvre à cet effet.

<sup>104</sup> Pour Gilles Massardier, « avec le droit public, les politiques publiques se définissent comme un système de normes formelles qui encadrent l'action des acteurs, publics ou non, des politiques publiques », *Politiques et action publiques*, Armand Colin, coll. U. sciences politiques, 2003, p. 23.

<sup>105</sup> V. not. *supra*, note 103.

<sup>106</sup> Jacques Caillosse, Questions sur l'identité juridique de la gouvernance, in R. Pasquier, V. Simoulin et J. Weisbein (dir.), *La gouvernance territoriale*, op. cit., pp. 35 – 64, ici p. 36. Il s'agit par conséquent de se placer dans le cadre de cette réflexion, tout en élargissant la référence à l'État par le recours à une certaine conception du droit public qui y est liée. Pour une étude transdisciplinaire, v. Charles-Albert Morand, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, L.G.D.J., coll. Droit et Société, t. 26, 1999.

En plaçant la gouvernance dans le prolongement des préoccupations sur la chose publique et sur le droit public qui en est inséparable, il est possible d'envisager le cadre général des débats comparés.

## 2) Portée comparée : les modèles en présence

Il existe schématiquement deux façons de penser la coordination sociale<sup>107</sup>, c'est-à-dire d'envisager le bien public, le droit public, et donc la gouvernance.

Les deux modèles de régulation peuvent être résumés ainsi. Le premier est public et repose sur l'unilatéralité ; il envisage la chose publique matériellement, et sous-entend pour la faire triompher la nécessité de donner certains moyens à une entité indépendante de la société, l'État. Le second, *a contrario*, est privé et passe par le contrat ; il conteste l'existence d'une chose publique comme réalité autonome et susceptible de s'imposer aux individus, et substitue le marché à l'État comme régulateur des relations sociales.

De manière similaire, le Conseil d'État a souligné l'existence historique de deux conceptions de l'intérêt général<sup>108</sup>, qui recourent directement la distinction qui vient d'être effectuée. La première est d'essence républicaine et volontariste, puisque « l'intérêt général ne saurait être obtenu, ni les liens sociaux subsister, sans que l'intérêt personnel ne s'efface devant la loi, expression de la volonté générale, et sans que l'État ne régule la société civile pour garantir la réalisation des fins sur lesquelles cette volonté s'est prononcée »<sup>109</sup>. À l'opposé, « dans sa version utilitariste et libérale, la notion d'intérêt général permet de penser l'organisation de la vie sociale sur le modèle de l'activité économique, sans qu'il soit besoin de faire intervenir un pouvoir politique régulateur des relations entre les individus »<sup>110</sup>.

---

<sup>107</sup> À tout le moins dans le monde occidental. En synthèse sur ces deux modèles théoriques, v. Jacques Chevallier, *Contractualisation et régulation*, *op. cit.*, p. 88 ; et, en détails, Élisabeth Zoller, *Introduction au droit public*, *op. cit.*

<sup>108</sup> Compte tenu de ce qui a été précisé *supra*, note 79, il semble que la qualification orientée « d'intérêt général » concerne la vision « volontariste » dont parle le Conseil d'État. Pour la vision libérale ou utilitariste, il faut plus justement parler d'intérêt public afin de bien faire comprendre toutes les particularités associées au modèle français lorsqu'il est fait référence à l'intérêt général.

<sup>109</sup> EDCE, *L'intérêt général*, *op. cit.*, p. 249.

<sup>110</sup> *Ibid.*, pp. 248 – 249.

De façon indissociable, en revenant sur l'idée énoncée plus haut selon laquelle l'intérêt public est la « notion-mère »<sup>111</sup> du droit public, il ne faut pas aborder ce droit de manière uniforme. Jean-Bernard Auby souligne que « tout le droit administratif, le nôtre comme les autres, est l'expression d'une certaine vision du pouvoir, de l'État, du rapport entre le pouvoir, l'État et la société »<sup>112</sup>. C'est tout le droit public qui obéit à cette logique de différenciation compte tenu du but qui lui est assigné dans la recherche du bien public.

Il existe dès lors deux archétypes de droit public sur lesquels va s'appuyer la rationalité de la gouvernance. L'un fait de ce droit un instrument actif au service d'une action publique qui veut assurer le respect et le succès de l'intérêt général volontariste. L'autre, au contraire, ne conçoit pas la nécessité et donc la possibilité de donner aux autorités publiques les moyens d'atteindre un intérêt public transcendant la somme des intérêts particuliers.

Plus généralement, l'approche du droit public comme droit de la chose publique<sup>113</sup> implique de ne pas rester à l'étude des changements à l'intérieur de la sphère publique<sup>114</sup>. En effet, la conception de l'intérêt public indissociable d'une certaine vision des rapports sociaux influence aussi l'action publique sur les relations privées. Il est donc nécessaire d'étudier sous la même bannière les transformations concernant les sphères publique et privée<sup>115</sup>.

---

<sup>111</sup> Marcel Waline, cité par Didier Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, (préf. J. Boulouis), L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, t. 125, 1977, p. 55. V. *supra*, notes 100 et 101. Pour Renaud Denoix de Saint-Marc, l'intérêt général est « considéré comme la fin ultime de l'action publique », Éditorial à EDCE, *L'intérêt général*, *op. cit.*, pp. 7 – 13, ici p. 12.

<sup>112</sup> Jean-Bernard Auby, *Droit administratif et démocratie*, in M. Lombard (dir.), *Régulation économique et démocratie*, *op. cit.*, pp. 13 – 28, ici p. 13.

<sup>113</sup> Cette acception vient reformuler la distinction traditionnellement faite en France entre droit privé et droit public autour d'un critère formel, à savoir que le premier régirait les rapports juridiques entre personnes privées, pendant que le second concernerait les rapports dans lesquels au moins une personne publique serait présente. Cette distinction est depuis longtemps interrogée dans son rôle et dans sa signification par la doctrine hexagonale, et n'existe pas de cette façon outre-Atlantique. Sur ces débats, v. par exemple Charles Eisenmann, *Droit public, Droit privé* (En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIX<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle), *RDP*, 1952, pp. 903 – 979 ; Mark Freedland et Jean-Bernard Auby (dir.), *La distinction du droit public et du droit privé. Regards français et britanniques : une entente assez cordiale ?*, éd. Panthéon-Assas, coll. Colloques, 2004 ; ou encore, en synthèse, Eric Desmons in *Dictionnaire de culture juridique*, *op. cit.*, pp. 520 – 525. Au long de l'étude apparaîtront le sens et la portée de cette approche du droit public comme droit de la chose publique, qui a des accents foncièrement matériels et non plus formels en ce qu'il est tourné vers la réalisation du bien public.

<sup>114</sup> V. *supra*, note 61.

<sup>115</sup> Il ne s'agit pas tant de décrire comment ces sphères se contractualisent que de replacer cette question au sein d'une problématique unitaire plus générale liée à la question de la réalisation de l'intérêt public. Voilà comment il est schématiquement possible de résumer la situation. Si c'est une vision libérale qui prévaut, la contractualisation sera globale. Elle limitera au profit de la régulation privée le domaine de l'action publique, tout en faisant des intérêts privés la matrice de cette dernière. Si, *a contrario*, c'est une vision républicaine qui prédomine, la contractualisation sera plus limitée. Le principe de régulation sociale tournera autour de l'intervention publique, et cette dernière tempèrera l'implication des intérêts privés toujours susceptibles de faire échec au succès de l'intérêt général. Sur l'acception large de « l'action publique », *i.e.* la nécessité de tenir aussi compte de l'évolution des principes d'organisation de l'État, v. aussi *supra*, note 31.

Sans entrer dans une opposition absolue et immuable<sup>116</sup>, il y a visiblement deux grands référentiels pour considérer l'intérêt public. Le premier sur le modèle du marché ; le second sur celui de l'État<sup>117</sup>. Si la gouvernance était appréhendée de manière neutre, c'est-à-dire comme relevant d'une approche non orientée de l'action collective, il y aurait dans la continuité deux modèles de gouvernance, et donc deux façons de concevoir l'action publique. C'est ce que retient Jon Pierre en relevant qu'il existe une dualité en la matière. D'une part, une vision « centrée sur l'État » (*State-centric*), pour laquelle la question centrale est de savoir « dans quelle mesure l'État a la capacité politique et institutionnelle de 'diriger', et quels rapports il entretient avec les intérêts des autres acteurs influents »<sup>118</sup>. D'autre part, une approche qui est plus « centrée sur la société » (*Society-centered*) en ce qu'elle est focalisée sur la « coordination et la gouvernance par les acteurs eux-mêmes ('l'auto-gouvernance'), qui se manifeste dans différents types de réseaux et de partenariats »<sup>119</sup>.

Toutefois, dès l'instant où, se démarquant du gouvernement et du contenu directif qu'il implique, la gouvernance charrie une approche pluraliste et interactive de l'action collective, elle paraît véhiculer un contenu idéologique impliquant de la rapprocher du référent libéral qui fait de l'intérêt public la somme totale des intérêts privés<sup>120</sup>. Ici la gouvernance s'oppose à « l'*imperium* »<sup>121</sup>, en rejetant l'idée d'une domination de l'État. L'intervention publique, qui ne peut être pensée en termes de méthodes unilatérales, ne fait pas office de principe de régulation sociale. Il s'agit clairement du modèle véhiculé par la Banque mondiale à travers le concept de « bonne gouvernance »<sup>122</sup>.

---

<sup>116</sup> L'idée n'est pas de caricaturer ces différences, ni d'en nier les évolutions, mais de partir dans cette introduction d'idées générales et synthétiques permettant de cadrer la recherche.

<sup>117</sup> Cette distinction au cœur de la recherche tire ses fondements de visions très différentes de l'homme en société. Il y a, d'un côté, les descendants de la vision rationaliste kantienne, comme Jean-Jacques Rousseau et, de l'autre, les héritiers de la tradition empiriste anglaise inspirée en particulier par David Hume, tel Benjamin Constant. Pour illustration, ce dernier affirmait « qu'est-ce que l'intérêt général sinon la transaction qui s'opère entre les intérêts particuliers ? », *Cours de politique constitutionnelle ou collection des ouvrages publiés sous le gouvernement représentatif*, t. 1, Guillaumin, 1861, p. 44. Cette distinction entre deux visions possibles de la société, l'une constructiviste, l'autre libérale, est synthétisée par Pascal Salin, *Libéralisme*, Odile Jacob, 2000, not. pp. 21 – 31 (chapitre intitulé Libéralisme contre constructivisme). Il faudra revenir sur cette distinction *infra*, pp. 140 et s.

<sup>118</sup> Jon Pierre, Introduction, in J. Pierre (dir.), *Debating Governance, op. cit.*, p. 3.

<sup>119</sup> *Ibid.*

<sup>120</sup> V. *supra*, p. 19. Ce qui pose, ce faisant, la question de la compatibilité du modèle public avec cette logique orientée de la gouvernance.

<sup>121</sup> V. Patrick Le Galès in *Dictionnaire des politiques publiques, op. cit.*, p. 245.

<sup>122</sup> Comme dit précédemment, *supra* note 5, la « bonne gouvernance » va servir d'ouverture aux divergences sur la gouvernance publique dans les pays développés. V. aussi *infra* note 1 p. 27 pour le sens de cette approche.

Ces éléments, menant à différencier deux modèles pour appréhender le droit public et la gouvernance, permettent d'introduire aux divergences transatlantiques évoquées précédemment et à la thèse qui sera soutenue dans cette étude.

#### IV) Thèse soutenue, questions méthodologiques, et plan de l'étude

L'énoncé de la thèse défendue (1) et de la méthode utilisée à cet effet (2) conduisent à l'exposé du plan de la recherche (3).

##### 1) Thèse soutenue

L'examen du bien public et du droit public correspondant est un préalable indispensable à la compréhension de la gouvernance. Dans ce cadre, la thèse soutenue souhaite démontrer que l'étude des systèmes américain et français met à jour deux conceptions largement divergentes du droit public entendu comme le droit de la chose publique, ce qui place dans le prolongement les débats sur la gouvernance dans des contextes foncièrement distincts<sup>123</sup>.

*In fine*, c'est la question des transformations des modèles juridiques en leur sein et l'un par rapport à l'autre qui devra être abordée<sup>124</sup>, notamment en France eu égard à l'influence européenne<sup>125</sup>. En effet, s'il est prouvé qu'il existe deux référentiels de réalisation du bien public à partir desquels il faut raisonner sur les problématiques juridiques concernant la gouvernance<sup>126</sup>, alors se posera la question des interactions entre ces deux modèles, avec en

---

<sup>123</sup> Expliquant les traits de ce qui a pu apparaître précédemment dans cette introduction comme un paradoxe, *supra*, en synthèse p. 13.

<sup>124</sup> Sur cette différence et ses conséquences, Bertrand du Marais souligne que « Le modèle français, fondé sur l'*imperium* de la volonté politique, censée incarner l'intérêt général, et sur la souveraineté des institutions politiques qui représentent le peuple (...), apparaît très différent de l'approche institutionnelle développée par les sociétés anglo-saxonnes », *Droit public de la régulation économique, op. cit.*, p. 34. L'auteur continue d'une manière qui est tout à fait applicable à cette recherche lorsqu'il relève que « Nous allons voir, tout au long de cet ouvrage, combien cette opposition, de nature philosophique, va rendre difficile l'application en France d'un modèle de relations entre l'État et le secteur privé largement inspiré de l'expérience anglo-saxonne », même page.

<sup>125</sup> La construction européenne, avant tout conçue historiquement comme un marché commun et de ce fait plus proche du système américain, a été et est de manière incontestable un puissant vecteur de transformation du modèle français.

<sup>126</sup> Cette démonstration nécessite non seulement d'étudier les modèles historiques en évitant de les opposer frontalement, mais aussi de tenir compte de leurs évolutions.

toile de fond le dilemme de leur conciliation<sup>127</sup>. Cela renvoie du côté français au thème connu depuis quelques années maintenant de la possible « américanisation du droit »<sup>128</sup>.

## 2) Questions méthodologiques

Dans la mesure où la gouvernance publique paraît appréhendée avec méfiance en France, il est intéressant de se pencher sur un système juridique qui, au contraire, lui paraît consubstantiel. Voilà pourquoi il convient d'instruire d'abord le cas américain dans le cadre d'une méthode de droit comparé. Il est effectivement possible par ce biais d'éclairer la gouvernance en sortant du référent français, c'est-à-dire en ne réfléchissant plus directement en termes d'État-puissance<sup>129</sup> et de commandement, mais plutôt de pouvoir non étatique et d'influence<sup>130</sup>. C'est ce que relève Patrick Le Galès lorsqu'il souligne qu'en Europe continentale, et notamment en France, « tout ce qui concerne la chose publique est associée à l'État, ce qui n'est pas le cas dans les pays anglo-saxons »<sup>131</sup>.

---

<sup>127</sup> Cette question est d'autant plus intéressante compte tenu du contexte lié à la crise économique et financière depuis le milieu de l'année 2008. V. *infra*, pp. 427 et s.

<sup>128</sup> V., en synthèse, *APD*, L'américanisation du droit, Dalloz, t. 45, 2001.

<sup>129</sup> L'État n'est alors plus vu comme seul référent de la cohésion sociale, mais comme *un* référent. La réflexion menée par Jacques Chevallier dans l'ouvrage *L'État post-moderne*, L.G.D.J., coll. Droit et Société série politique, t. 35, 3<sup>e</sup> éd., 2008, est à ce titre intéressante. Il étudie les transformations qui intéressent globalement la gouvernance, mais en partant de l'État, ce qui semble moins valable pour l'exemple américain, ou en tous les cas selon une conception du rôle de « l'État » dans la société différente de l'exemple européen. D'ailleurs, l'auteur souligne en introduction que son hypothèse de travail est basée sur l'Europe (v. pp. 9 – 18, not. p. 10 : « L'hypothèse avancée ici partira du constat de l'historicité d'un modèle étatique qui a été construit en Europe occidentale »). Il aborde ce faisant d'abord la « reconfiguration des appareils d'État » (chapitre 1) puis, dans la continuité, les changements ayant affecté le droit qui y correspond (chapitre 2), là encore dans une conception dans laquelle le droit découle de l'État selon une représentation « moniste » (p. 123), « exprimant la transcendance étatique » (p. 138). À ses yeux, « Si tant est que la puissance souveraine de l'État s'exprimait par le canal juridique, la reconfiguration des appareils d'État se double inévitablement d'une transformation en profondeur du droit » (p. 97). Si, en amont, l'hypothèse de départ est modifiée en considérant que le modèle européen dont parle l'auteur n'est pas unitairement applicable dans tout l'Occident, et plus particulièrement dans les pays anglo-saxons, alors la réflexion évolue. Il relève d'ailleurs que le cas américain n'est pas réductible à l'expérience européenne (p. 22). Voilà l'hypothèse qu'il faut approfondir, non pas seulement pour elle-même mais parce qu'elle est susceptible d'éclairer les bouleversements français.

<sup>130</sup> Comme Étienne Picard le mentionne, « le comparatisme français accuse traditionnellement de très grandes difficultés à intégrer l'idée qu'il existe un droit fondamentalement différent des droits continentaux : le *common law* », L'état du droit comparé en France, en 1999, *RIDC*, vol. 51, n° 4, 1999, pp. 885 – 915, ici p. 900. L'auteur détaille les conséquences des études françaises axées sur le modèle romano-germanique en soulignant qu'elles mettent l'accent sur « un droit centré sur le texte exprimant la volonté du souverain législateur, un droit irrémédiablement pyramidal, vertical, légi-centré, écrit, logico-déductif, dogmatique, entièrement dominé par les figures de la loi, de l'État, de sa puissance publique, elle-même fortement théorisée sur la base soit de certains dogmes politiques ou idéologiques, soit de certaines réalités historiques propres à ce continent ... Or on a là, précisément, tout le contraire du *common law* », même page.

<sup>131</sup> Patrick Le Galès, *Du gouvernement des villes à la gouvernance urbaine*, *op. cit.*, p. 59.

L'étude du système américain permet de mettre en lumière un modèle de réalisation de l'intérêt public et donc de gouvernance dans lequel la cohésion sociale ne se pense pas par le prisme de l'action transcendante de l'État au moyen d'un droit public actif et substantiel<sup>132</sup>. Cela ouvre des avancées scientifiques en France car, sans négliger l'intérêt de la science politique et même en y recourant parfois pour les besoins de la recherche<sup>133</sup>, un schéma de lecture de l'action publique à partir du droit public y apparaît en amont<sup>134</sup>. De cette grille de lecture découlera des pratiques juridiques diverses<sup>135</sup>, notamment en ce qui concerne la contractualisation au centre de nombreux questionnements actuels<sup>136</sup>. Si Jacques Caillosse peut relever qu'« il n'est pas absurde d'affirmer que la forte singularité du droit de l'administration peut contribuer à la construction d'un 'style français d'action publique' »<sup>137</sup>,

---

<sup>132</sup> Ce qui implique de repenser des concepts qui apparaissent comme évidents en droit français. Ainsi en va-t-il de l'État (v. *supra*, note 129) qui n'a pas le même sens aux États-Unis, où il renvoie principalement à l'État fédéré. Concernant le niveau fédéral, les Américains parlent du « gouvernement fédéral » et pas d'« État fédéral », ou alors seulement en droit international. Il y a là une dissemblance transatlantique symptomatique.

<sup>133</sup> La science politique permet de compléter l'analyse juridique basée sur l'importance des textes. Sans entrer dans les débats doctrinaux concernant ces questions, Georges Burdeau pouvait faire mention du lien entre les deux approches en retenant que la première « n'a pas un objet propre ; elle est seulement une méthode pour une plus fructueuse étude du droit constitutionnel, un angle de vision élargi où s'inscrivent les problèmes traditionnels du droit public », *Traité de science politique*, t. 1, *Présentation de l'univers politique*, vol. 1, Société, politique et droit, L.G.D.J., 3<sup>e</sup> éd., 1980, p. 4.

<sup>134</sup> Il faudra, d'abord, étudier les fondements conceptuels de la gouvernance et leurs liens avec le droit public (en particulier avec le droit constitutionnel) et, ensuite, en tirer les conséquences sur les façons dont ce droit public (en particulier le droit administratif) organise l'action publique de manière très concrète.

<sup>135</sup> Concernant la question des relations entre la technique juridique et la gouvernance [v., not., Jacques Chevallier, *La gouvernance et le droit*, *op. cit.*, autrement dit est-ce que la gouvernance ou même la régulation implique le passage à un « autre droit » (un droit de régulation, un droit de gouvernance, marqué par la réflexivité, la pluralité, etc.)], le modèle américain présente un schéma différent de l'esprit moniste européen, dans lequel le droit n'est pas uniquement l'apanage de l'État en tant qu'expression unilatérale de son pouvoir sur la société. Sur cette idée liée au système américain, v. Laurent Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'État : sur la démocratie en France et en Amérique* (préf. S. Hoffmann), PUF, Quadrige, 2<sup>e</sup> éd., 2007. Comme le remarque Didier Renard, la question est posée en France, et en cela l'exemple américain est utile, « de la diffusion d'un autre droit, dont la sensibilité à l'inspiration anglo-saxonne comme le rôle des acteurs privés dans sa création tranche avec la conception française du droit fait droit par l'État », L'analyse des politiques publiques aux prises avec le droit, brèves remarques sur un débat, in D. Renard, J. Caillosse, D. de Béchillon (dir.), *L'analyse des politiques publiques au prise avec le droit*, L.G.D.J., coll. Droit et Société série politique, t. 30, 2000, pp. 9 – 23, ici pp. 12 – 13. Si les questions liées à l'évolution de la rationalité et de la technique juridiques sont importantes, elles ne seront toutefois pas traitées en priorité au profit d'une approche comparative plus générale sur le droit public entendu comme droit de la chose publique, qui implique notamment d'étendre la recherche aux instruments financiers d'action publique.

<sup>136</sup> Pour Jacques Chevallier, la contractualisation doit « être inscrite dans une réflexion plus générale sur l'évolution des formes de régulation dans les sociétés contemporaines », *Contractualisation et régulation*, *op. cit.*, p. 84. Il apparaît clairement que, « Pour le situer dans une perspective élargie, le mouvement de contractualisation correspondrait à un changement dans la conception de la place de l'État », S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Introduction in Approche critique de la contractualisation*, *op. cit.*, pp. 9 – 17, ici p. 9. La gouvernance constitue le cadre qui permet d'appréhender globalement les évolutions de l'action publique et de replacer la contractualisation comme une de ses composantes, quels que soient les domaines concernés.

<sup>137</sup> Jacques Caillosse, *Questions sur l'identité juridique de la gouvernance*, *op. cit.*, pp. 44 – 45. Cela permet d'envisager une étude des « approches nationales des politiques publiques » non pas tellement sous l'angle de la science politique (v. le titre éponyme de la *RFSP*, n° 1, 2002), mais surtout du droit public.

le révélateur américain permet même de soutenir que cette contribution est décisive eu égard à la forte singularité du droit public français.

Dans ce cadre, s'il va s'agir d'instruire d'abord le droit américain pour mieux comprendre la gouvernance en France<sup>138</sup>, la recherche doit respecter les différentes étapes de la méthode comparative<sup>139</sup>. Il conviendra ainsi d'approfondir l'étude en replaçant les droits publics américain et français dans leur contexte juridique mais aussi extra-juridique propre<sup>140</sup>. Toutefois, encore faut-il préciser que la comparaison ne prétend pas être exhaustive ; elle introduit plutôt à partir des États-Unis<sup>141</sup> au cadre général permettant d'interroger les rapports entre les modèles de droit public et leurs conséquences pour la gouvernance.

Si la méthode doit être comparée pour déterminer le cœur des discussions sur la gouvernance en droit public<sup>142</sup>, autrement dit pour effectuer « la description d'un mouvement d'ensemble et de son incidence sur le système juridique au sein duquel il se manifeste »<sup>143</sup>, la démonstration doit également éviter l'écueil d'une approche trop théorique<sup>144</sup>. En bouleversant l'action publique et la structure étatique sur laquelle cette dernière repose, la gouvernance est pratique dans ses manifestations, de sorte qu'il ne faudra pas en rester à des questionnements abstraits mais adopter une perspective complémentaire et concrète sur la gouvernance en actes. Cette méthode avait été développée par Michel Foucault autour du

---

<sup>138</sup> Cela explique l'intitulé du titre et du sous-titre de cette thèse. Comme le soulignait Léontin-Jean Constantinesco, la méthode comparative permet, entre autre, une « meilleure connaissance de son propre droit », *Traité de droit comparé*, t. 2, *La méthode comparative*, L.G.D.J., 1974, p. 290.

<sup>139</sup> Léontin-Jean Constantinesco retenait que la méthodologie du droit comparé consiste schématiquement en trois phases successives : « connaître, comprendre, comparer », *ibid.*, p. 122.

<sup>140</sup> C'est pourquoi, comme l'auteur le rappelait encore, « une collection de traités de droits nationaux n'est pas un traité de droit comparé. Pour réaliser sa fin, un tel ouvrage doit rapprocher et comparer les principaux systèmes juridiques en prenant pour objet de cette comparaison leur origine historique, leurs sources, leur évolution, la forme, le style, la technique, le mode d'application de leurs lois, les solutions qu'elles donnent aux questions que pose la vie sociale et économiques, puis en coordonnant et en systématisant ces résultats dans un esprit critique et en portant des jugements de valeurs », *ibid.*, p. 239.

<sup>141</sup> C'est pourquoi le droit public français sera régulièrement utilisé comme contrepoint.

<sup>142</sup> Pour reprendre les mots de Jacques Caillosse, l'étude ici menée est « une sorte de contribution à l'étude du 'style français' d'action publique, laquelle trouve dans son rapport spécifique au droit public et à ses 'grands récits' (service public, puissance publique, domaine public, travaux publics, fonction publique...) certains de ses traits les plus marquants », *Le « public » du droit administratif. Une catégorie juridique pour l'action publique*, in *Terres du droit : mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009, pp. 383 – 407, ici p. 385.

<sup>143</sup> Pour Geneviève Viney, « Parmi les thèses de doctorat, il en est qui se donnent pour objet l'analyse d'un mécanisme juridique ou d'une institution particulière et d'autres qui s'intéressent à la description d'un mouvement d'ensemble et de son incidence sur le système juridique au sein duquel il se manifeste », avant-propos in Anne Guégan-Lécuyer, *Dommages de masse et responsabilité civile* (préf. P. Jourdain), Thèse de doctorat reproduite dans L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 472, 2006.

<sup>144</sup> Comme le relevait Laurence Calandri à propos de la régulation, « En tant que phénomène juridique largement indéterminé », l'étude de la gouvernance « suppose l'adoption d'une démarche à la fois pratique et théorique », *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 32. Il faut ajouter que certains développements d'économie politique sont indispensables dans ce but. V. *infra*, pp. 30 et s.

concept de « gouvernementalité »<sup>145</sup>. Il soutenait qu' « au lieu de partir des universaux pour déduire des phénomènes concrets, ou plutôt que de partir des universaux comme grille d'intelligibilité obligatoire (...), je voudrais partir de ces pratiques concrètes et passer en quelque sorte les universaux à la grille de ces pratiques »<sup>146</sup>. Cet éclairage instrumental est décisif à l'heure de poser de manière renouvelée la question des mutations de l'action publique. Cela permet d'introduire un élément essentiel : il ne faut pas seulement réfléchir à un schéma de réalisation de l'intérêt public et au droit qui y correspond, le droit public, mais aussi à la façon pratique et multiple dont ce modèle est mis en œuvre et évolue.

### 3) Plan

Les éléments qui précèdent, menant à une différenciation nette des expériences en termes de gouvernance publique entre les deux bords de l'Atlantique, conduisent à mener une démonstration qui s'articule autour de deux axes successifs.

Il s'agira, d'abord, de comprendre la gouvernance comme la réactivation de débats théoriques anciens concernant la réalisation de l'intérêt public compte tenu d'une certaine vision de la chose publique, auxquels les États-Unis et la France ont donné des réponses largement divergentes. De ce côté de l'Atlantique, c'est l'État qui a été placé au cœur de la régulation sociale alors que, de l'autre, ce sont les règles du marché qui assurent cette fonction **(PARTIE I : Des fondements théoriques réactivés)**.

Passé cet examen qui est source de dissemblances profondes et irréconciliables concernant la place et le rôle du droit public, une autre grande question se découvre dans la continuité, celle de savoir comment les différences issues des traditions des deux pays imprègnent les pratiques contemporaines liées à la gouvernance publique. Cette mise en œuvre, si elle confirme logiquement les dissimilitudes conceptuelles entre les rives de l'Atlantique, laisse néanmoins entrevoir des évolutions significatives et plurielles dans les deux systèmes. Cela démontre que le thème de cette recherche est au centre d'une problématique juridique renouvelée **(PARTIE II : Une mise en œuvre renouvelée)**.

---

<sup>145</sup> Cette méthode qu'il appliquera à l'État est résumée par Michel SÉNELLART dans sa présentation des cours de M. Foucault au Collège de France de 1977 – 1978, *Sécurité, Territoire, Population* ; et 1978 – 1979, *Naissance de la Biopolitique*, Gallimard, Le Seuil, coll. Hautes études, 2004 (v. surtout, dans ce dernier, pp. 397 – 398).

<sup>146</sup> Michel Foucault, *Naissance de la Biopolitique*, *op. cit.*, pp. 4 – 5. Il soulignait à propos de l'État qu'il ne faut pas l'ériger en « une réalité transcendante dont l'histoire pourrait être faite à partir d'elle-même », *Sécurité, Territoire, Population*, *op. cit.*, p. 366. Comme dit Jacques CAILLOSSE à propos de M. Foucault, sa méthode implique de « faire l'économie d'une théorie générale de l'État là où il est question d'analyse de l'action publique », *Questions sur l'identité juridique de la gouvernance*, *op. cit.*, p. 42.

## **PARTIE I : DES FONDEMENTS THÉORIQUES RÉACTIVÉS**

La gouvernance publique se comprend comme une méthode pour réaliser le bien public. Or, cette réalisation fait traditionnellement l'objet de deux expériences largement différentes aux États-Unis et en France, ce qui fonde les divergences importantes concernant l'appréhension et les traits de la gouvernance.

La « bonne gouvernance », développée à la fin des années 1980 par la Banque mondiale, permet de pénétrer au cœur de ces deux schémas<sup>1</sup>. Ce concept, bien que pensé pour les pays en voie de développement (PVD), est central dans la diffusion internationale de la problématique de la gouvernance comme manière de gouverner dans la sphère publique interne. Il mérite de ce fait une étude détaillée, d'autant plus qu'il n'a souvent pas bonne presse en France<sup>2</sup>. Toutefois, les discussions à son sujet ne rendent pas toujours compte des tenants et des aboutissants en la matière. C'est pour cela qu'il est nécessaire d'en présenter une étude aussi exhaustive que possible. Les liens avec les idées libérales sont à ce titre évidents, mais le terme de « libéralisme » constitue en France un butoir qui empêche une appréhension objective et complète du sujet. L'association « libéralisme = disparition de l'État » cache la finesse du propos libéral et les différences d'interprétation en son sein. Il est important de comprendre que la « bonne gouvernance » pensée par la Banque mondiale n'implique pas tellement cette disparition, mais plutôt la (re)fondation d'un certain type d'État. Pour être plus précis, elle promeut une forme d'État compatible avec une représentation libérale de l'intérêt public pensé comme somme algébrique des intérêts privés<sup>3</sup>, en réaction contre un État actif et interventionniste comme il a pu prendre forme durant le XX<sup>e</sup> siècle sous le trait des États-providence occidentaux<sup>4</sup>. Il s'agit donc, à travers la

---

<sup>1</sup> La centralité de ce concept comme « porte-ouverte » à la compréhension des modèles américain et français de gouvernance est placée comme une hypothèse à confirmer, notamment afin d'éviter d'entrer dans les questions évoquées en introduction à propos de la polysémie de la gouvernance. Il ne s'agit donc pas de résumer la gouvernance dans toutes ses acceptions à la vision de la Banque mondiale, mais de démontrer que cette dernière permet de comprendre les débats des deux côtés de l'Atlantique sur la manière de penser l'intérêt public dans la sphère publique interne. Enfin, il faut souligner que la référence à la « bonne gouvernance » concernera dans cette étude le concept de la Banque mondiale qu'elle a théorisé avec d'autres institutions internationales, mais comme précurseur et avec plus de « profondeur » (v. notamment *infra*, note 155 p. 104).

<sup>2</sup> V. *supra*, note 50 p. 9.

<sup>3</sup> Sur cette conception, v. *supra*, p. 19.

<sup>4</sup> Il faut toutefois souligner que l'État-providence mis en place dans cette période n'a pas du tout eu les mêmes traits selon les pays, en particulier entre la France et les États-Unis. Ceci vient illustrer une idée déjà évoquée en introduction et qui sera développée tout au long de cette étude, à savoir que les expériences nationales ne peuvent être résumées à un seul et même schéma.

promotion de la « bonne gouvernance », du retour d'une idée ancienne concernant tous les pays, pas seulement ceux en développement. Ce faisant, la gouvernance publique qui intéresse ce travail paraît indissociable du modèle de régulation sociale lié globalement à ce concept. Il est cependant évident que la situation contemporaine des pays développés implique un contexte spécifique de changements<sup>5</sup>. C'est là le cœur du débat actuel lié à la gouvernance.

Comme abordé en introduction, la question qui va se poser tout au long de ce travail, et particulièrement de cette première partie, tantôt de manière bien apparente, tantôt de façon sous-jacente<sup>6</sup>, est celle de savoir comment penser la régulation sociale, autrement dit la réalisation du bien public dans des sociétés dans lesquelles les intérêts individuels sont prépondérants. S'agit-il de privilégier une vision utilitariste sur le modèle du marché, liée à une régulation sociale privée et caractérisée par le contrat et la négociation ou, au contraire, une représentation volontariste et républicaine, indissociable d'une régulation publique marquée par l'unilatéralité d'un pouvoir politique autonome ? Tel le mouvement d'un balancier, les réponses ont évolué au cours du temps<sup>7</sup>.

Dans ce cadre et avec en point de mire la volonté de mieux comprendre les conceptions américaine et française du droit public qui sont inhérentes à ces débats<sup>8</sup>, il faut dans un premier temps analyser les origines modernes de la gouvernance publique, et pour cela étudier la genèse de la « bonne gouvernance » telle qu'apparue formellement en 1989 dans le discours de la Banque mondiale (titre I). Dans un second temps, il s'agira de replacer cette gouvernance publique dans l'histoire plus ancienne des idées politiques et économiques pour en interroger et en mesurer une nouveauté qui s'avèrera relative<sup>9</sup> (titre II).

---

<sup>5</sup> S'il s'agit du retour d'idées libérales contraires au principe de l'intervention de l'État, encore faut-il souligner que ce retour doit forcément tenir compte des événements qui l'ont précédé, et donc globalement de la mise en place des États-providence au sortir de la Seconde guerre mondiale. Jacques Chevallier note ainsi qu'« entre le libéralisme traditionnel et le néo-libéralisme s'intercale en effet l'État-providence ; et la remise en cause de celui-ci entraîne dès lors une dimension différente », préf. in Vincent Valentin, *Les conceptions néo-libérales du droit*, Economica, coll. Corpus Essais, 2002, pp. 1 – 4, ici p. 3. L'ancienneté des fins de la gouvernance publique n'implique donc pas l'absence de nouveautés sur les moyens employés. V. *infra*, Partie II, pp. 206 et s.

<sup>6</sup> Ceci est important pour introduire à certains développements d'économie politique qui suivent. S'il ne s'agit pas de faire de longs développements en la matière, il est indispensable d'en synthétiser la substance en ce qu'elle intéresse la question centrale liée à la gouvernance, à savoir la quête du bien public. La compréhension de la gouvernance nécessite une approche pluridisciplinaire. V. *supra*, pp. 23 – 26.

<sup>7</sup> Il se pourrait que la crise financière ouverte en 2008 et l'élection de Barack Obama à la présidence américaine marquent une nouvelle étape dans un avenir plus ou moins proche. Il est toutefois trop tôt pour envisager avec le recul suffisant les changements éventuels qui sont à l'heure actuelle encore flous. Sur cette question, v. *infra* la conclusion générale de cette recherche, pp. 427 et s.

<sup>8</sup> Dans le prolongement du cadre théorique posé en introduction, il va s'agir dans cette première partie d'aborder principalement cette question à travers le rôle de l'État.

<sup>9</sup> En utilisant une méthode régressive, la recherche commence par l'analyse des fondements modernes puisqu'il s'agit d'abord de comprendre ce que la gouvernance publique implique concernant la manière de réaliser le bien collectif. Comme ce travail le démontre, cette distinction historique n'est cependant pas un absolu.

## TITRE I) La modernité de la gouvernance

L'étude de la « bonne gouvernance » conceptualisée par la Banque mondiale permet d'ouvrir au sens de la gouvernance publique.

L'institution internationale a formellement utilisé pour la première fois ce concept à la toute fin des années 1980 à propos d'un rapport sur l'Afrique subsaharienne<sup>1</sup>. Elle a pour cela exploité des fondements scientifiques particuliers, issus d'une réflexion apparemment nouvelle sur le rôle et la place de l'État dans ses rapports avec la société civile. Pour en déceler les conséquences sur la place du droit public et sur les débats afférents concernant la gouvernance, il est nécessaire de sortir d'une étude circonstanciée ou partielle pour adopter un point de vue général. Il faut donc étudier non seulement la filiation de la « bonne gouvernance », mais aussi ses conditions de formation et de développement, c'est-à-dire croiser généalogie et genèse.

Pour ces raisons, il est pertinent de présenter, d'abord, le contexte idéologique qui permettra par la suite l'apparition du concept ; contexte marqué par le déclin de la régulation par l'État pour réaliser l'intérêt public (chapitre 1). Ce reflux a constitué à la fois le préalable et le corollaire indispensables à l'extension croissante d'une régulation par le marché, qui croit en l'harmonie naturelle des intérêts individuels et dont sont directement issues les réflexions de la Banque mondiale (chapitre 2).

---

<sup>1</sup> Banque mondiale, *Sub-Saharan Africa: From Crisis to Sustainable Growth. A Long-Term Perspective Study*, Washington DC, The World Bank, 1989, not. p. 60.

## Chapitre 1 : Le déclin de la régulation par l'État

Les circonstances ayant précédé l'apparition de la gouvernance sont marquées par une remise en cause des théories ayant permis à l'État, au cours du XX<sup>e</sup> siècle, d'intervenir non seulement sur l'économie, mais aussi sur la société en général. Ces théories, cristallisées dans l'œuvre de John Maynard Keynes<sup>1</sup>, ont révolutionné l'action de l'État autour de la Seconde guerre mondiale (section 1). Bien que ces idées impliquant un renversement des conceptions libérales du bien public aient fait à l'époque l'objet d'un consensus assez général<sup>2</sup>, l'adhésion n'a toutefois jamais été totale, et certaines circonstances historiques mettront un coup de projecteur sur une contestation qui s'est beaucoup développée depuis (section 2).

### Section 1) Les fondements de la régulation par l'État

Il convient à ce stade d'étudier en synthèse les principes qui ont permis à l'État d'imposer certaines solutions considérées comme d'intérêt public au détriment de l'harmonie réputée naturelle du marché. Il s'agit, au niveau national, de la mise en place des États interventionnistes dans le prolongement des théories keynésiennes, bien que la pratique ait pu précéder la théorisation (§1). Mais il s'agit aussi, au sortir de la Seconde guerre mondiale, de la volonté de contrôler le jeu international, notamment au niveau des échanges économiques, suite à certaines dérives ayant précipité le déclenchement du conflit (§2).

#### §1. Au niveau national : l'œuvre de John M. Keynes

Si l'œuvre de Keynes est immense tant au niveau de son volume que de la littérature qu'elle a inspirée, elle est aussi très complexe. Il n'est évidemment pas question d'en proposer une lecture économique précise car ce travail a des finalités juridiques, mais plutôt d'essayer

---

<sup>1</sup> Il faut souligner que si Keynes est en quelque sorte un porte-drapeau des doctrines interventionnistes, ces dernières ne peuvent se résumer à lui et ont connu avant et après sa mort en 1946 de très nombreux développements.

<sup>2</sup> Pour une critique moins économique mais tout aussi importante à la même époque du principe auto-régulateur du marché, v. Karl Polanyi, *La grande transformation : aux origines politiques et économiques de notre temps*, (trad. C. Malamoud et M. Angeno, préf. L. Dumont ; l'ouvrage en anglais date de 1944), Gallimard, coll. Bibliothèque des sciences humaines, 1983.

de trouver la substance de l'argumentation concernant les relations entre le marché et l'État dans la réalisation de l'intérêt public. Ainsi, face aux problèmes rencontrés et en contestant le cœur des analyses de son temps marquées par le « laissez-faire » (A), Keynes élaborait une théorie nouvelle justifiant l'intervention de celui-ci sur celui-là (B).

#### A. La déconstruction du « laissez-faire »

L'auteur anglais a révolutionné l'économie politique en contredisant les paradigmes de son époque, tant de manière globale (1) que de façon technique (2).

##### 1) La contestation du principe autorégulateur de l'école classique

Keynes a critiqué la théorie économique dominante à son époque<sup>3</sup>, le paradigme classique<sup>4</sup>, qui mettait l'accent, grâce à la loi de Say et à la théorie quantitative de la monnaie<sup>5</sup>, sur la promotion générale du « laissez-faire »<sup>6</sup>. L'école classique débouchait sur une situation d'équilibre puisque l'offre était conçue comme créant sa propre demande, c'est-à-dire que les revenus étaient réinjectés dans l'économie dans leur totalité. Cet ajustement permanent et naturel à partir de l'offre était considéré comme présent tant au niveau de la

---

<sup>3</sup> Son plus célèbre ouvrage date de 1936. Il s'agit de *La Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie* (trad. J. de Largentaye), la Bibliothèque scientifique Payot, 1996.

<sup>4</sup> À ce stade de l'étude, il faut apporter des précisions terminologiques pour bien cadrer la recherche. Habituellement, l'école classique fait référence à la tradition qui a commencé avec Adam Smith et s'est développée au début du XIX<sup>e</sup> avec des auteurs comme David Ricardo ou Jean-Baptiste Say. L'école néoclassique fait quant à elle référence aux auteurs qui ont suivi les premiers jusqu'à aujourd'hui. Pour des détails, v. in C. Jessua, C. Labrousse et D. Vitry (dir.), *Dictionnaire des sciences économiques*, PUF, 2001 (ci-après *Dictionnaire des sciences économiques*), les contributions de Walter Eltis pour les Classiques, pp. 141 – 148, et de Bertrand Munier pour les Néoclassiques, pp. 631 – 634. C'est finalement sous le terme de « libéralisme » que sont souvent regroupées ces théories, et c'est pourquoi une recherche historique en la matière est nécessaire pour y voir plus clair. À ce stade de l'étude, les termes d'écoles classique et néoclassique seront privilégiés, et ceux de « libéralisme » puis de « néolibéralisme » ne seront que très peu utilisés avant d'être étudiés avec soin.

<sup>5</sup> La première, dite aussi « loi des débouchés », date du début du XIX<sup>e</sup> siècle, et dispose en synthèse que l'offre crée sa propre demande, de telle sorte qu'il ne peut y avoir de crise de surproduction. À son sujet, v. la contribution d'Evert Schoorl in *Dictionnaire de sciences économiques, op. cit.*, pp. 257 – 259. La seconde, qui sera qualifiée ainsi par la suite, place la monnaie comme un simple intermédiaire dans les échanges. Comme elle n'est pas demandée pour elle-même mais uniquement pour un motif de transaction, elle n'est pas thésaurisée, ce qui permet de ne pas entraver la loi de Say. V. les développements de Damien Gaumont in *Dictionnaire de sciences économiques, op. cit.*, pp. 601 – 606, surtout p. 602.

<sup>6</sup> Formule ancienne utilisée par les auteurs physiocrates français au XVIII<sup>e</sup> siècle, notamment par Vincent de Gournay et Turgot. V. la contribution de Jacques Gareilo in *Dictionnaire de sciences économiques, op. cit.*, pp. 511 – 512.

production (loi de Say *stricto sensu*) que du marché du crédit ou du travail<sup>7</sup>. De ce fait, les crises économiques étaient impossibles dans ces contextes de libre fonctionnement des marchés. Le cœur de la théorie peut être succinctement résumé de la façon suivante : puisque les marchés sont réputés naturellement équilibrés par le jeu de la concurrence, l'intervention publique est exclue. Il fallait donc, selon la célèbre maxime précitée, « laissez-faire » le marché, c'est-à-dire ne pas entraver le jeu des intérêts privés qui s'y expriment et qui aboutit forcément à l'optimum social, c'est-à-dire au bien public, sans intervention de l'État susceptible de le modifier.

Keynes a construit sa théorie en prenant le contre-pied de ces idées, et la crise de 1929 conforta et accéléra sa réflexion. Il rejeta le principe autorégulateur du marché en soulignant avec force que « Le monde n'est pas ainsi fait, les forces divines qui le mènent ne veillent pas à ce que l'intérêt particulier coïncide toujours avec l'intérêt général. Les forces humaines qui y règnent n'assurent pas davantage que ces intérêts coïncident toujours en pratique et on ne peut déduire avec raison d'aucun des principes d'économie politique que l'intérêt privé, même lorsqu'il est bien compris, assure toujours l'intérêt général »<sup>8</sup>. Il faut aussi, dès cet instant, écarter l'idée que le rejet par Keynes de l'harmonie spontanée du marché impliquait des tendances à la promotion du communisme. Il en était même un farouche opposant<sup>9</sup>. Ce rejet est essentiel et doit être bien assimilé afin d'envisager positivement le sens de sa recherche. L'important consiste à reconnaître qu'il chercha avant tout à contrer les dilemmes de son temps. S'il critiquait la théorie libérale classique, il n'en restait pas moins attaché à une logique de marché. En somme, il voulait amender cette théorie pour la rendre pérenne<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Selon les auteurs classiques, le marché du travail, comme tous les marchés, s'équilibre grâce à la flexibilité des prix, en l'espèce le salaire. Comment, dès lors, expliquer le chômage ? S'il y en a, c'est qu'il s'agit de chômage volontaire. De plus, une situation de sous-emploi durable ne peut s'expliquer que par des entraves à la flexibilité du salaire, ce qui implique la négation de l'intervention de l'État ou des syndicats. La seule conséquence constatée d'une politique visant à soutenir l'emploi par l'action monétaire serait une augmentation générale des prix, *i.e.* l'inflation.

<sup>8</sup> John M. Keynes, La fin du « laissez-faire », in *Essais de persuasion* (trad. H. Jacoby ; l'ouvrage en anglais date de 1931), Gallimard, 2<sup>e</sup> éd., 1933, pp. 145 – 150, ici p. 145. Cet ouvrage, qui regroupe divers articles de l'auteur, est disponible sur Internet à partir de l'adresse suivante <http://classiques.uqac.ca/classiques> ; la référence aux numéros de page en est issue. Il existe une autre traduction plus souvent citée, celle de Michel Panoff, *Essais sur la monnaie et l'économie. Les cris de Cassandra*, éd. Payot, 1990. Toutefois, ce dernier livre ne contient pas l'ensemble des articles du premier et a donc été écarté.

<sup>9</sup> L'auteur est ainsi très clair quand il reconnaît au sein d'une critique beaucoup plus globale que, « d'un point de vue économique, je ne vois pas ce que le communisme a apporté qui présente un intérêt intellectuel ou une valeur scientifique », Aperçu sur la Russie, in *Essais de persuasion, op. cit.*, pp. 136 – 144, ici p. 141.

<sup>10</sup> Il synthétisa le sens de cette recherche de la façon suivante : « Le problème politique de l'humanité doit concilier trois choses : un meilleur rendement économique, la justice sociale et la liberté individuelle », Libéralisme et socialisme, in *Essais de persuasion, op. cit.*, pp. 160 – 163, ici p. 163.

## 2) L'explication technique des erreurs de la théorie classique

Pour des raisons historiques<sup>11</sup>, Keynes s'attaque d'abord à la théorie de l'école classique sur le terrain de l'emploi. Il souhaite expliquer la situation à laquelle la Grande-Bretagne et tous les pays occidentaux sont confrontés, celle d'un chômage de masse qui perdure. Pour apporter un nouvel éclairage, il commence par renverser les analyses traditionnelles afin de démontrer qu'il peut exister un équilibre de sous-emploi. Il casse le lien réputé automatique entre offre et demande, en raisonnant avant tout sur cette demande considérée par l'auteur comme la variable fondamentale de l'activité économique<sup>12</sup>. Cette dernière doit être selon lui appréhendée de manière réelle et concrète, et il crée pour cela la notion de demande effective, aléatoire car dépendante des spéculations sur l'avenir que font les acteurs économiques<sup>13</sup>. Il abandonne ce faisant une théorie de l'équilibre général des échanges pour adopter une théorie des variations de la production et de l'emploi, prouvant que le plein emploi des facteurs n'est pas réalisé spontanément de façon courante.

Les déséquilibres des fonctions de la demande effective ont des conséquences essentielles car ils expliquent un sous-emploi chronique que rien ne semble pouvoir faire évoluer<sup>14</sup>. La relation de l'école classique selon laquelle l'offre appelle la demande et qui,

---

<sup>11</sup> Il écrivit principalement autour de la grande crise économique qui débuta à la fin des années 1920.

<sup>12</sup> Il note : « Dans l'économie Ricardienne, qui est à la base de tout ce qui a été enseigné depuis plus d'un siècle, l'idée qu'on a le droit de négliger la fonction de la demande globale est fondamentale », *La Théorie générale*, op. cit., p. 58. « Ce sont la propension à consommer et le montant de l'investissement nouveau qui déterminent conjointement le volume de l'emploi et c'est le volume de l'emploi qui détermine de façon unique le niveau des salaires réels – et non l'inverse », p. 57.

<sup>13</sup> À cette fin, il va décomposer les facteurs qui déterminent la demande effective. Il distingue une fonction de consommation, la propension à consommer, et une fonction d'investissement. Pour la première, l'idée est avancée que lorsque le revenu croît, la consommation croît aussi, mais dans une moindre mesure. Dès lors, lorsque la production augmente, ainsi donc que les emplois, les producteurs ne peuvent espérer en récupérer qu'une part décroissante. Pour que la demande effective soit en mesure d'absorber la totalité de la production, il faudrait que la dépense d'investissement, seconde fonction de la demande effective, vienne combler l'écart entre l'offre globale et la dépense de consommation. Or cela n'est pas souvent le cas. En effet, la décision d'investir repose elle-même sur une comparaison entre le taux d'intérêt et l'efficacité marginale du capital. Cette dernière résulte d'un calcul qui fait intervenir la série des revenus attendus de l'investissement pendant toute sa durée de vie. Le taux d'intérêt quant à lui dépend très largement de la préférence pour la liquidité dont l'existence même est liée à l'incertitude sur les taux futurs. On retrouve ici une autre idée fondamentale de Keynes, celle concernant le rôle de la monnaie. À ses yeux, elle n'est pas seulement demandée pour des motifs de transaction, mais également pour des motifs de précaution du fait de l'incertitude pesant sur l'avenir, ainsi que de spéculation, puisque la liquidité peut être épargnée et affectée à l'achat d'obligations lorsque des opportunités se présenteront. Dès lors et puisque la monnaie devient désirable pour elle-même, son niveau importe et le marché de la monnaie est susceptible de se trouver en déséquilibre. Cette déperdition met à mal la croyance selon laquelle l'offre créerait sa propre demande, et l'existence d'une thésaurisation rend probables des déséquilibres entre l'offre et la demande et avec eux des crises de sous-consommation.

<sup>14</sup> Il arrive à la conclusion que « Si la propension à consommer et le montant de l'investissement nouveau engendrent une demande effective insuffisante, le volume effectif de l'emploi sera inférieur à l'offre de travail qui existe », *La Théorie générale*, op. cit., p. 57.

appliquée au marché du travail, implique que telle quantité de main-d'œuvre engendrera tel volume de production, est inversée. Keynes marque par là le passage d'une économie de l'offre à une économie de la demande. C'est maintenant le volume de production qui requiert telle quantité de main d'œuvre, et aucun automatisme correcteur n'est en mesure de provoquer un changement dans le taux de chômage. De lui-même, le système ne corrige pas les déséquilibres, et le chômage persiste tant que l'État n'intervient pas.

## B. La reconstruction d'une nouvelle régulation par l'État

La synthèse keynésienne (1) est importante pour la gouvernance en ce qu'elle éclaire de manière nouvelle la question déterminante de la réalisation du bien public (2).

### 1) Synthèse keynésienne

Dans la mesure où le sous-emploi est dû, aux yeux de Keynes, à une insuffisance de la demande globale par rapport à l'offre correspondant au plein emploi, le rôle de la politique économique et donc globalement de l'État est d'augmenter la première de façon à ce qu'elle s'établisse au niveau de la seconde<sup>15</sup>. De telles politiques visant à relancer la demande effective peuvent agir soit par la consommation, soit par l'investissement, et l'État dispose de deux leviers : la politique budgétaire et la politique monétaire. Pour cette dernière, le fondement de l'efficacité d'une politique interventionniste est lié à la non neutralité de la monnaie<sup>16</sup>. Il s'agit en pratique de procéder par un accroissement de la quantité de monnaie en circulation pour augmenter le volume de l'investissement et de la production. Toutefois, cette politique peut rencontrer des limites dues à l'insensibilité de l'investissement au taux d'intérêt comme à l'existence d'un plancher à la baisse de ce taux. Keynes préconise alors l'emploi du second levier, l'utilisation en parallèle de la politique budgétaire pour accroître les dépenses publiques ou diminuer les recettes fiscales afin d'augmenter le volume de la consommation et de la production.

---

<sup>15</sup> Il faut souligner que si c'est l'aspect d'accélérateur qui est le plus souvent retenu au titre des politiques keynésiennes, l'État peut aussi se voir reconnaître le droit d'intervenir dans l'économie dans les périodes de « surchauffe » (inflationniste) dans un sens inverse, *i.e.* pour ralentir l'activité.

<sup>16</sup> V. *supra*, note 13.

Des recherches ultérieures approfondiront ce modèle en proposant diverses formalisations<sup>17</sup>, spécialement au travers de la courbe de Philipps<sup>18</sup>, permettant de créer une véritable « boîte à outils du conseiller en politique économique »<sup>19</sup>. En d'autres termes, la macroéconomie keynésienne prend tout son sens<sup>20</sup>.

Le keynésianisme s'est opposé à l'orthodoxie classique en fournissant un fondement solide à l'interventionnisme public. En pratique, Keynes admit ouvertement que son œuvre théorique en économie devait servir à atteindre des objectifs politiques. Dans son cas, il s'agissait de justifier l'intervention de l'État face aux dérives inhérentes au jeu du marché. L'État a cessé d'être un arbitre pour devenir un véritable acteur, au-delà d'ailleurs du seul domaine économique.

## 2) Portée : l'État acteur essentiel de l'intérêt public

Les changements pratiques qui ont eu lieu au nom de Keynes ont été très divers. Si les politiques menées au tournant de la Seconde guerre mondiale ont eu pour objet de jouer sur la politique économique pour remettre les pays en marche, d'autres buts ont aussi été poursuivis au même titre et en quelque sorte sous la bannière de l'auteur anglais. Il s'agira de « l'élargissement et de l'amélioration de la protection sociale, du logement, de la santé, de l'éducation, l'élévation du niveau de vie, bref la croissance »<sup>21</sup>. Si la mise en place de ces nouveaux programmes sera adaptée aux traditions de chaque pays<sup>22</sup>, l'essentiel est que partout

---

<sup>17</sup> Notamment le principe du multiplicateur d'investissement repris d'un autre auteur, Richard Kahn. Ce mécanisme implique que le gonflement des dépenses publiques a des effets induits sur la consommation, ce qui engendre une nouvelle demande, et ainsi de suite par un effet « boule de neige » permettant de toujours mieux contrecarrer les méfaits d'une demande jugée trop basse. Sur ce sujet, v. R. Kahn, *The Relation of Home Investment to Unemployment*, *Econ. J.*, vol. 41, 1931, pp. 173 – 198.

<sup>18</sup> Cette courbe de Philipps permet de synthétiser la problématique de l'arbitrage entre l'inflation et le chômage à laquelle les politiques keynésiennes sont confrontées. Cet auteur a mis en forme une relation inverse entre ces deux variables : on peut diminuer le chômage en accentuant l'inflation, tout comme il faut s'attendre à trouver du chômage si on diminue l'inflation. V. les développements de Jean-Marie Le Page in *Dictionnaire des sciences économiques*, *op. cit.*, pp. 677 – 680, et plus spéc. la modélisation de la courbe, p. 677. À l'origine neutre, les keynésiens purent y voir une confirmation de leur théorie dans le sens où il fallait opérer un arbitrage.

<sup>19</sup> Michel Beaud et Gilles Dostaler, *La pensée économique depuis Keynes : historique et dictionnaire des principaux auteurs*, Le Seuil, 1993, p. 490.

<sup>20</sup> V. *infra*, pp. 68 et s., à propos du sens de l'évolution entre microéconomie et macroéconomie concernant la réalisation de l'intérêt public. En synthèse, pour Pierre Demeulenaere, « Keynes entreprend un coup de force théorique à l'importance considérable pour la tradition économique : la technicisation de l'économie conçue comme système manipulable en tant que système, ce qui, là encore, représente une idée reçue de l'inconscient dans la perception de la réalité économique », *Homo oeconomicus, enquête sur la constitution d'un paradigme*, PUF, Quadrige, 2003, p. 25

<sup>21</sup> Michel Beaud et Gilles Dostaler, *La pensée économique depuis Keynes*, *op. cit.*, p. 78.

<sup>22</sup> *Ibid.*

sera mise en avant la volonté de soumettre l'économie aux décisions politiques, dans un mouvement constituant les fondations de l'État-providence moderne<sup>23</sup>. Dit simplement, « enfin on pense maîtriser l'activité économique »<sup>24</sup>.

L'exemple le plus caractéristique est constitué par les États-Unis. Les théories classiques y ont globalement régné sans conteste jusqu'à la fin des années 1920. Autrement dit, la régulation sociale n'était pas assurée par l'État mais bien par le marché, c'est-à-dire par les interactions réputées spontanément harmonieuses des intérêts privés. La politique menée par le président Franklin Roosevelt à partir des années 1930 va profondément modifier la donne, le gouvernement fédéral ayant en effet pris une importance décisive pour redresser le pays. Ce retournement a marqué pour la première fois l'avancée significative outre-Atlantique du principe que le bien public ne pouvait être réalisé sans une intervention gouvernementale active<sup>25</sup>.

C'est en synthèse le message principal de Keynes qu'il faut retenir, quoique souvent réduit à sa simple expression, à savoir que l'État se doit d'intervenir au nom du bien de la collectivité pour pallier les déficiences du marché<sup>26</sup>, et qu'il peut le faire en fonction de conséquences connues par avance. L'économie pouvait et devait être instrumentalisée dans un but presque utopique<sup>27</sup>, celui de mettre fin à ce que Keynes qualifiait de « problème économique »<sup>28</sup>. Le résultat a été une autonomisation de la décision politique ; en d'autres termes l'État a pu jouer au rôle actif dans la coordination de l'économie et, au-delà, de l'ensemble social. Il ne s'est plus cantonné à faciliter le cours naturel des activités privées et est devenu l'acteur central de la réalisation de l'intérêt public. Placé au centre de la société,

---

<sup>23</sup> William Henry Beveridge est important dans la mesure où il proposa dans un rapport de 1942 les bases de réflexion à l'instauration du *Welfare State* par le gouvernement britannique.

<sup>24</sup> Michel Beaud et Gilles Dostaler, *La pensée économique depuis Keynes*, op. cit., p. 81.

<sup>25</sup> Pour une mise en perspective concernant cette histoire, v. *infra*, not. p. 183.

<sup>26</sup> L'auteur disait : « J'estime que dans l'avenir, le gouvernement se trouvera dans l'obligation d'assumer de nombreux devoirs qu'il a négligés jusqu'à maintenant. Ni les ministres, ni le Parlement ne pourront y suffire. Aussi devons-nous procéder à des décentralisations et à une nouvelle distribution de l'autorité ; il conviendra également de créer des organismes administratifs et des corporations à demi indépendantes, chargés de remplir des fonctions d'ordre gouvernemental, selon la conception ancienne et nouvelle de gouvernement », Suis-je un radical ?, in *Essais de persuasion*, op. cit., p. 155.

<sup>27</sup> Ce pilotage correspond aux politiques dites de « *stop and go* ».

<sup>28</sup> Il dira à ce propos qu'« en admettant qu'il n'y ait pas d'ici là de grande guerre ou un accroissement considérable de population, le problème économique peut être résolu, ou du moins en bonne voie de solution d'ici cent ans. Cela signifie que le problème économique n'est pas – si l'on considère l'avenir – le problème éternel de l'humanité », Perspectives économiques pour nos petits-enfants, in *Essais de persuasion*, op. cit., pp. 170 – 178, ici p. 174.

l'État devient le défenseur et le promoteur de la chose publique. Pour assurer cette mission, le droit public prend dans ces circonstances une place importante.

Cette période est d'autant plus déterminante qu'à la même époque, une idée proche a vu le jour au niveau international. Il s'agissait là encore d'une volonté des États d'encadrer le marché, et notamment le marché économique et financier. Comme le résume Anne-Marie Burley, « les problèmes privés nécessitaient une intervention publique institutionnalisée aux plans national et international »<sup>29</sup>.

## §2. Au niveau international : le système institutionnel après 1945

La nécessité de l'intervention des États pour favoriser la réalisation du bien public a dépassé le seul échelon national pour s'étendre au niveau international. Nonobstant les contextes évidemment différents, il convient de voir dans ce double mouvement les deux faces d'une même pièce, celle de l'affirmation d'un volontarisme politique en fonction d'objectifs définis *a priori*<sup>30</sup>. Comme au niveau interne, la réaction à des dysfonctionnements passés liés au « laissez-faire » dans le domaine international (A) a impliqué la reconstruction d'après-guerre (B).

### A. La déconstruction du « laissez-faire »

Pour appréhender la réaction du milieu des années 1940, il est nécessaire d'introduire à la problématique plus générale de la régulation de la société internationale avant cette date (1). C'est dans le domaine économique et monétaire que les principes de l'école classique s'appliquèrent aussi jusqu'au début du XX<sup>e</sup> siècle au niveau mondial, limitant d'autant les possibilités d'intervention des États (2).

#### 1) La régulation au niveau international jusqu'en 1945

Pour comprendre la philosophie du système mis en place après la Seconde guerre mondiale, il faut d'abord préciser les débats qui renvoient aux mêmes questions qu'au niveau

---

<sup>29</sup> Anne-Marie Burley, *Regulating the World: Multilateralism, International Law and the Projection of the New Deal Regulatory State*, in J. Ruggie (dir.), *Multilateralism Matters, The Theory and Praxis of an Institutional Form*, NY, Columbia University Press, coll. *New Directions in World Politics*, 1993, pp. 125 – 156, ici p. 126.

<sup>30</sup> C'est logiquement dans cette optique similaire que Keynes joua aussi un rôle décisif à la fin de sa vie lors de la signature des accords de Bretton Woods en 1944.

national. La problématique est celle de la régulation de la société internationale autour d'intérêts partagés ; l'alternative pour la résoudre consiste schématiquement à croire, soit en la nécessité de créer des institutions favorisant cette recherche, c'est-à-dire des organisations internationales, soit au contraire à laisser faire les choses selon une représentation réputée naturellement harmonieuse.

À l'époque moderne, la première branche de l'alternative a connu une relative structuration après la Grande guerre sous les traits de la Société des Nations (SDN)<sup>31</sup>. Il s'agissait, après 1918, de mettre fin à l'idée traditionnellement répandue que la guerre était la continuation presque normale de la politique, bien que sous une autre forme, en institutionnalisant la coopération internationale en faveur d'une paix durable.

Mise en place en 1919, la SDN a toutefois rapidement montré des défauts importants. Tout d'abord, des acteurs essentiels des équilibres mondiaux n'en étaient pas membres, notamment les États-Unis dès le départ, puis l'URSS après son exclusion. Ensuite, elle concernait un nombre assez limité de pays. Enfin, elle n'avait finalement que peu de pouvoirs. Le sentiment que certains intérêts communs au niveau international méritaient une véritable concertation susceptible d'en garantir le respect était de ce fait encore largement absent. En d'autres termes, la rupture avec le principe que ces intérêts étaient produits et garantis de façon plus efficace par un jeu naturel sur le modèle du marché n'était pas consommée.

Suivant le cheminement idéologique au niveau interne, c'est seulement au début des années 1940 que les véritables réflexions menant à la création d'une organisation internationale dotée de pouvoirs plus significatifs verront le jour. Il aura fallu un second conflit planétaire pour aboutir, tout comme au niveau national les graves événements économiques des années 1930 furent un détonateur. Ce parallélisme est essentiel car, toutes choses égales par ailleurs, le système de l'Organisation des Nations Unies (ONU) doit être pensé comme le pendant de la volonté de Keynes d'encadrer le libre jeu des intérêts privés dans les différents pays.

Si l'époque de la SDN ne semble avoir constitué qu'une timide avancée, c'est notamment parce que la coordination dans le domaine économique et monétaire était absente.

---

<sup>31</sup> En détails, v. Pierre Gerbet (avec la participation de V. Y. Ghébali et M-R. Mouton), *Le rêve d'un ordre mondial : de la SDN à l'ONU*, Imprimerie nationale éd., coll. Notre siècle, 1996, pp. 11 – 128.

## 2) L'exemple dans le domaine monétaire

De manière synthétique, il faut d'abord relever que la problématique de tout système monétaire international se pose dans la mesure où il est nécessaire d'organiser les relations monétaires entre les pays qui naissent de leurs relations commerciales<sup>32</sup>. Les taux de change sont essentiels dans ce cadre<sup>33</sup>. Un tel système a deux fonctions : « permettre la circulation internationale des biens, des services et des capitaux, et assurer la coordination des politiques intérieures »<sup>34</sup>. La plus difficile et la plus intéressante pour la recherche est la seconde<sup>35</sup>, puisqu'il s'agit d'interroger la nature de cette coordination. Celle-ci peut alternativement reposer soit sur les marchés, soit sur des règles institutionnalisées, autrement dit sur un accord politique entre États<sup>36</sup>.

Sans refaire toute l'histoire du système monétaire international<sup>37</sup>, il convient de relever que, dans la plus pure tradition classique de l'époque<sup>38</sup>, le modèle de l'étalon-or a fonctionné de manière plutôt efficace pendant toute la période allant du XIX<sup>e</sup> siècle jusqu'en 1914<sup>39</sup>. Le

---

<sup>32</sup> Toutes ces relations étant formellement retranscrites dans la balance des paiements de chaque pays.

<sup>33</sup> L'existence d'une référence internationale, d'un étalon, se révèle indispensable pour le commerce international. Il peut s'agir soit d'une monnaie internationale marchandise, l'or le plus souvent, et c'est alors un système d'étalon-or qui est applicable ; soit d'une ou plusieurs monnaies d'un pays qui remplaceraient l'or comme instrument de réserve, et il s'agit alors d'un système d'étalon de change-or (ou étalon-devise) ; soit enfin d'une monnaie émise indépendamment de celle des pays. Dans ce cadre, les rapports entre les différentes monnaies sont organisés autour des taux de change, qui correspondent au prix d'une devise par rapport à une autre. Si la demande est plus forte que l'offre, le taux va augmenter, et inversement. Le régime de change, *i.e.* la manière dont sont définis les taux, est soit fixe, soit flottant.

<sup>34</sup> Jean-Marc Siroën, *Le désordre monétaire international*, Hatier, coll. J. Brémond, 1991, p. 38.

<sup>35</sup> L'essentiel est d'éviter les désajustements durables créateurs d'instabilité.

<sup>36</sup> C'est la question de la détermination des taux de change qui, sans être la seule, est centrale. Il est essentiel de souligner que dans tous les cas c'est le marché qui détermine le taux de change entre les monnaies, *i.e.* que l'offre et la demande de monnaie jouent de manière libre. Comme le rappelle Kenneth Dam « Les gens peu familiers des marchés des changes se méprennent parfois sur l'expression 'taux fixes'. Tous les taux de change sont déterminés, sur le marché, par la confrontation des offres d'achat et des propositions de vente (...). Mais, dans le cadre d'un régime de changes fixes, les autorités monétaires nationales interviennent sur le marché, soit pour acheter, soit pour vendre, afin que le cours du marché reste étroitement lié au taux officiellement adopté. (...). En dehors de toute obligation d'intervenir, on dit alors que les taux de change flottent, et que l'on est dans un système de taux de change flottants », Kenneth Dam, *Le système monétaire international, les règles du jeu* (trad. P-E. Sauzat ; l'ouvrage en anglais date de 1982), PUF, coll. Economie d'aujourd'hui, 1985, pp. 25 – 26. Il faut également souligner que lorsqu'il est fait mention d'une coordination, celle-ci n'implique pas la présence d'une instance ayant une volonté particulière qui serait imposée au système. Le marché est en lui-même un lieu de coordination.

<sup>37</sup> Pour une histoire précise, *ibid.*, pp. 33 – 65 pour ce qui concerne la période avant 1914 ; et pp. 67 – 102 pour celle de l'entre-deux-guerres.

<sup>38</sup> Jean-Marc Siroën, *Le désordre monétaire international, op. cit.*, pp. 70 – 84, surtout pp. 82 – 84.

<sup>39</sup> Pour Kenneth Dam, la période de l'étalon-or est marquée par « la stabilité et l'harmonie relative », *Le système monétaire international, op. cit.*, p. 65.

marché assurait alors la coordination<sup>40</sup>, sans intervention ou concertation des États. Or, la période qui suivit la Première guerre mondiale remit en cause le précédent équilibre, essentiellement compte tenu des changements des réalités économiques<sup>41</sup>. Comme l'écrit Kenneth Dam, « un étalon-or autorégulateur était incompatible avec l'intervention croissante de l'État dans l'économie intérieure et le commerce international »<sup>42</sup>. Il fallait innover en la matière. Comme au niveau politique avec la SDN, la période suivante fut justement l'objet de la première tentative d'organisation institutionnelle par la Conférence de Gênes en 1922, qui tenta de résoudre le problème de la rareté de l'or en faisant évoluer le système vers l'étalon de change-or<sup>43</sup>. Tout en restant dans un système de taux fixes, et puisque la stabilité de ces derniers ne pouvait plus être assurée automatiquement par le mécanisme de l'or, cela sous-entendait *de facto* l'intervention coordonnée des banques centrales nationales. Étant donné les nombreuses politiques nationales déflationnistes consécutives aux problèmes économiques dans les années 1920 qui généraient toujours plus d'instabilité, un tel système ne pouvait fonctionner. En pratique, quand la crise survenait dans les pays, c'était le chacun pour soi qui l'emportait<sup>44</sup>. De tels comportements étaient doublés de tensions nationalistes, et il est évident qu'il y eut là un facteur aggravant des maux ayant mené à la Seconde guerre mondiale.

C'est à la suite du déclenchement de ce conflit que la nécessité d'encadrer efficacement le jeu des échanges internationaux pour éviter ces conduites nationalistes créatrices d'instabilité fut comprise par tous<sup>45</sup>. Kenneth Dam résume les convictions

---

<sup>40</sup> Tous les billets étaient garantis par de l'or matériel, d'autant plus que le système était certifié par la force unificatrice de la livre sterling qui servait de seconde garantie de l'ensemble. Le dispositif reposait sur des taux de change fixes par rapport à l'or. Toutefois, comme dit précédemment, une telle fixité n'est pas en elle-même la preuve d'une coordination par des règles politiques. À cette période, la coordination était effectuée automatiquement par les marchés, et c'était même là sa caractéristique première dans la logique de théories classiques correspondantes. L'avantage majeur de l'étalon-or était l'impossibilité d'une manipulation gouvernementale puisque l'or intervenait comme un stabilisateur automatique. Ainsi, toute diminution d'or impliquait la réduction de l'émission de monnaie qui lui était strictement proportionnée ; une baisse des prix et une réduction des importations se produisaient alors, ce qui tendait à favoriser la compétitivité et donc à ramener l'ancien équilibre.

<sup>41</sup> En effet, la guerre a créé des besoins financiers importants, eux-mêmes générateurs d'une inflation énorme. Mais l'étalon-or, surtout lorsqu'il n'est pas compensé par l'hégémonie d'une monnaie nationale pouvant servir de réserve avec / ou à la place du métal jaune, sous-entend un système assez rigide puisque la convertibilité doit être strictement assurée, *i.e.* qu'il est par principe impossible de lutter contre les crises par la relance monétaire sans remettre tout le système en cause ... sauf à trouver plus d'or.

<sup>42</sup> Kenneth Dam, *Le système monétaire international*, *op. cit.*, p. 67.

<sup>43</sup> V. *supra*, note 33, sur cette notion.

<sup>44</sup> De nombreuses politiques de déflation ont été mises en place dans l'entre-deux-guerres au nom de la conquête de marchés extérieurs. Les ventes (exportations) du pays considéré étaient facilitées et ses achats (importations) limités, résorbant temporairement le problème du chômage. Mais la contrepartie était une tendance générale des pays à abuser de ces pratiques ce qui, au final, rendaient tous les pays perdants à un moment ou à un autre.

<sup>45</sup> Notamment au sein de l'administration américaine. C'est ce qu'explique en détails Kenneth Dam, *Le système monétaire international*, *op. cit.*, pp. 103 – 104.

communes des auteurs influents au tournant des années 1940 par les deux grandes données suivantes. D'une part, « la fixité des taux de change était un aspect bénéfique de l'étalon-or »<sup>46</sup> ; d'autre part, « la dépréciation compétitive est le premier fléau à éviter »<sup>47</sup>. À ce titre, la confiance dans la coordination réputée harmonieuse du marché était rejetée<sup>48</sup>. Comme le soulignent Michel Aglietta et Sandra Moatti, il fallait favoriser la coopération internationale entre pays avec l'espoir « d'une maîtrise collective des problèmes monétaires »<sup>49</sup>. Il y a là les raisons de la mise en place d'un système faisant pour la première fois la place à une véritable coordination institutionnelle entre les États. En d'autres termes, certains impératifs devaient s'imposer au marché dans le but d'atteindre une meilleure harmonie économique et sociale. Il reste à en déterminer les modalités concrètes dans le cadre plus général du modèle de régulation internationale mis en place en 1945 autour de l'ONU.

## B. La reconstruction d'une nouvelle régulation par les États

Pour Maurice Bertrand, l'échec de la SDN démontre que « l'entente entre les grands ne pouvait être éternelle ; que la sécurité collective ne fonctionnait pas dès qu'il s'agissait de désaccords entre les grands (...) ; que la coopération économique et sociale telle qu'elle était pratiquée ne pouvait suffire à créer un climat de paix »<sup>50</sup>. La création de l'ONU tente d'apporter des solutions à ces problèmes<sup>51</sup>, tant de façon générale à travers son système fonctionnaliste (1) que, justement, en matière économique et monétaire avec les accords de Bretton Woods (2).

---

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 93.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>48</sup> Il était en effet difficilement envisageable de la mettre en œuvre à travers des changes flottants, tout comme les ajustements automatiques de l'étalon-or autour des taux de change fixes paraissaient constituer un carcan inadapté aux nouveaux besoins interventionnistes des États. Ces ajustements étaient nécessaires, mais leur automaticité était considérée comme trop brutale.

<sup>49</sup> Michel Aglietta et Sandra Moatti, *Le FMI. De l'ordre monétaire aux désordres financiers*, Economica, 2000, p. 3. Et ils poursuivent : « On ne pouvait en 1944 faire revivre le libre échange sans innover dans le domaine monétaire. La gestion décentralisée des ajustements, à travers les mécanismes automatiques imposés par la règle de la convertibilité-or, ne convenait plus. La nouveauté consistait à y substituer un forum de concertation et des principes d'action collective pour guider les ajustements des pays adhérents au système », pp. 7 – 8.

<sup>50</sup> Maurice Bertrand, *L'ONU, La découverte*, coll. Repères, 2006, p. 16.

<sup>51</sup> Maurice Bertrand retient que l'ONU marque finalement un progrès faible parce que les réflexions sur les questions de sécurité ont été isolées de leur contexte économique et social, *ibid.*, p. 19. Il ne s'agit pas pour nous d'entrer dans ces débats.

## 1) La nouvelle régulation globale du système de l'ONU

La mise en place de l'ONU marque une réelle évolution<sup>52</sup>. La concertation entre les pays va d'abord être accentuée et élargie, mais elle va aussi relever d'une vision nouvelle, l'approche fonctionnaliste. Il s'agissait d'associer les États non pas globalement mais par problème spécifique dans des agences fonctionnelles, permettant de tisser des liens de coopération politique pour assurer « la croissance pacifique de la société internationale »<sup>53</sup>. Les problèmes à résoudre qui dépassaient les frontières d'un État entraînaient mécaniquement la création d'institutions internationales appropriées. La clé pour l'intégration était le bien-être social, qui était supposé être assuré plus efficacement par de telles organisations supranationales.

Il faut remettre cette volonté dans son contexte et constater qu'il ne s'agissait pas pour les États de perdre leur souveraineté, mais plutôt de trouver un moyen de favoriser la concertation internationale, notamment en s'accordant pour atteindre certains résultats qui paraissaient collectivement utiles. De la même façon qu'au niveau national, et en cela l'influence américaine de la période du *New Deal* est directe, il s'est agi d'avoir recours à un système organisé autour d'agences indépendantes regroupées sous la bannière de l'ONU. Sans avoir des pouvoirs aussi importants qu'au niveau national, ces agences se sont vu confier la tâche de mettre en place les règles susceptibles de permettre, dans leurs domaines de compétence (social, économique, culturel, etc.), un développement le plus harmonieux possible. Surtout, puisque ces agences incarnaient certains intérêts communs de la société internationale, elles avaient autorité pour imposer ces règles à leurs destinataires sans leur accord direct. C'est en cela qu'il y a avait un progrès par rapport à la période précédente, même s'il ne faut pas raisonner de façon identique aux échelons national et international. Le plus important consiste à relever que, dans les deux cas, c'est la même idée qui a triomphé, à savoir qu'il était indispensable de ne pas seulement s'en remettre au jeu du marché, car certains objectifs impérieux nécessitaient le recours à des formes de contraintes. En synthèse, le « laissez-faire » était rejeté et supplanté par la croyance dans la nécessité d'une intervention publique<sup>54</sup>.

Un exemple de cette philosophie peut être trouvé à l'époque en ce qui concerne l'important domaine du commerce international. Ainsi, le système de la Charte de la Havane,

---

<sup>52</sup> En détails, v. Pierre Gerbet, *Le rêve d'un ordre mondial*, *op. cit.*, pp. 129 – 166.

<sup>53</sup> Maurice Bertrand, *L'ONU*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>54</sup> Anne-Marie Burley, *Regulating the World*, *op. cit.*

conçu à la fin des années 1940 sous l'égide de l'ONU<sup>55</sup>, faisait mention d'objectifs à long terme qui s'imposaient aux logiques économiques de court terme<sup>56</sup>. La réalisation de ces buts définis *a priori* par les États comme d'intérêt public passait en priorité sur la logique de la concurrence : le marché n'était plus le régulateur tout puissant du commerce international.

Cette philosophie fut également au cœur des accords de Bretton Woods, qui ont permis d'approfondir le cadre général ici défini dans le domaine monétaire.

## 2) L'exemple du système monétaire international de Bretton Woods

Les accords de Bretton Woods de 1944 sont « la première et, à ce jour, (l') unique tentative d'imposer un ordre monétaire international reposant sur des règles institutionnelles écrites »<sup>57</sup>. Si les principaux acteurs partageaient la volonté de coordonner leurs politiques monétaires et, par conséquent, tant d'encadrer le jeu des marchés que de limiter les mesures unilatérales des États, il faut se garder de penser que les solutions concrètes à adopter faisaient l'objet d'un compromis clair. Il est nécessaire de mettre tout angélisme de côté, car ce sont des motifs nationaux qui se cachaient derrière la réforme envisagée<sup>58</sup>. Si le système mis en place en 1944 fait globalement la part belle aux positions américaines (a), il n'en reste pas moins à évaluer son influence sur la problématique qui nous intéresse directement, celle de la réalisation du bien public (b).

---

<sup>55</sup> Et jamais entré en vigueur.

<sup>56</sup> Il était fait mention de la nécessité d'atteindre le plein-emploi, ce qui nécessitait l'intervention publique, mais également de la possibilité pour les États de limiter les mouvements de capitaux, d'aider certains secteurs économiques, etc.

<sup>57</sup> Jean-Marc Siroën, *Le désordre monétaire international international*, op. cit., p. 110.

<sup>58</sup> Les accords de Bretton Woods ont été adoptés par une conférence internationale réunie à partir de juillet 1944. Il faut retenir que le texte adopté a été l'objet d'un certain compromis entre les deux grandes superpuissances économiques occidentales d'alors, la première en déclin, la Grande-Bretagne, l'autre à l'orée de sa domination, les États-Unis (l'URSS, bien que présente, ne signera pas le texte). Le premier plan, pensé par Keynes lui-même, impliquait une coordination institutionnelle de très haut niveau puisqu'elle entraînait la soumission des politiques économiques nationales au profit d'une banque centrale à créer, ce qui constituait un abandon de souveraineté intolérable pour beaucoup d'États, au premier rang desquels se trouvaient les États-Unis. Comme le dit Kenneth Dam, « Bien que l'administration Roosevelt fut plus interventionniste que toutes ses devancières, ces vues n'étaient absolument pas partagées par le Trésor américain et sûrement pas non plus par une majorité des membres du Congrès. L'accord sur les détails de l'organisation monétaire internationale d'après-guerre fut donc compliqué par un conflit d'ordre idéologique sur les fonctions de la politique économique et le rôle du gouvernement dans la vie économique », *Le système monétaire international*, op. cit., p. 109. Si les Américains souhaitaient un certain encadrement politique du système monétaire, celui-ci était relatif et consistait plus en un fonds de stabilisation qu'en un véritable système global tel qu'imaginé par Keynes. Il n'y avait pas dans le plan américain de création d'une Banque mondiale au sens de Keynes, ni de clause pour faire partager une partie du poids de l'ajustement sur les pays excédentaires, ni une volonté claire de contrôler les mouvements de capitaux. L'objectif principal était d'assurer un bon fonctionnement du mécanisme de change en affirmant la prépondérance du dollar dans les échanges mondiaux, mais sans adopter une réelle coordination du processus monétaire international.

(a) Le dispositif mis en place

C'est à travers les statuts du Fonds monétaire international (FMI) créé que peut s'apprécier l'ampleur des missions du nouveau système<sup>59</sup>. Cette institution est d'abord et avant tout le gardien d'un ensemble de règles, à commencer par celles relatives aux changements de parité des monnaies, établie par rapport à l'or ou au dollar<sup>60</sup>. Les accords mettaient en place un système de taux fixes mais ajustables de façon concertée, le rôle du Fonds étant justement de faciliter l'entente entre les pays afin d'éviter les comportements unilatéraux. Chacun s'engageait à assurer la convertibilité de sa monnaie et à défendre la parité de sa propre devise sur le marché des changes. Dès lors, les banques centrales nationales avaient pour mission d'intervenir, par achat ou par vente de leur propre devise, pour limiter les fluctuations des taux de change de manière qu'ils ne s'écartent pas de la parité officielle de plus ou de moins de 1 %<sup>61</sup>. Le Fonds disposait de quotes-parts versées par les pays pour assurer sa mission et permettre une relative coordination, le plus souvent sous la forme de prêts aux pays qui se seraient trouvés dans une situation économique difficile. Le FMI a donc été conçu comme le garant d'un code de bonne conduite tout en étant un vaste forum de concertation.

Une autre disposition, dite « clause d'exemption », est fondamentale. Elle permettait aux pays qui acceptaient la convertibilité en or de leur monnaie d'être dispensés d'intervenir sur le marché des changes pour soutenir le cours de cette dernière<sup>62</sup>. Étant donné la situation économique à l'époque, seuls les États-Unis ont bénéficié de cette clause, tous les autres pays ayant indexé leurs monnaies sur le dollar. En pratique, un écart trop important entre, par exemple, le franc et le dollar, impliquerait dorénavant la seule intervention de la Banque de France. Le billet vert se transforma en monnaie pivot sur laquelle les autres s'ajustèrent, et les États-Unis devinrent les garants de la pérennité du système<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> Une conséquence fondamentale des accords est la création de deux institutions internationales, la Banque mondiale et le FMI, qui auront pour mission d'assurer l'application des règles. Pour des détails sur leurs fonctions, v. Michel Aglietta et Sandra Moatti, *Le FMI, op. cit.*, pp. 25 et s.

<sup>60</sup> Mais le rapport à l'or est différent de l'étalon-or puisque rien n'imposait sa convertibilité officielle, sauf exception liée à la clause d'exemption.

<sup>61</sup> Par ailleurs, les réajustements monétaires supérieurs à 10 %, jugés exceptionnels, devaient obtenir l'accord préalable du FMI.

<sup>62</sup> Pour Jean-Pierre Delas, « Qui peut le plus peut le moins pensait-on à l'époque, une telle clause ne concernant qu'une devise forte, la convertibilité-or paraissait une contrainte assez lourde en elle-même », *Économie contemporaine, Faits, concepts, théories*, t. 4, *Monnaie, crise des années 70 – 80*, Ellipses-Marketing, 1992, p. 131. Il y a ainsi le rétablissement de l'étalon de change-or.

<sup>63</sup> V. *infra*, pp. 49 et s. pour une explication des défauts intrinsèques des accords eu égard à ce rôle du dollar.

## (b) La portée pour la régulation

Même si cette portée peut être diversement interprétée<sup>64</sup>, ces accords caractérisent bien une volonté d'encadrer le libre jeu du marché<sup>65</sup>, notamment en considérant la situation précédente. Les accords de Bretton Woods mettent effectivement en place un système dans lequel il s'agissait<sup>66</sup>, afin de favoriser le commerce et d'éviter les travers de l'entre-deux-guerres, d'enserrer les pratiques internationales dans certains contrôles politiques compte tenu d'objectifs considérés comme d'intérêt public.

Pour comprendre ce point, mais aussi pour introduire aux dérèglements financiers ultérieurs, il est important de présenter les travaux d'un auteur, Mundell, qu'il synthétisa à l'aide de la théorie dite du « triangle des incompatibilités ». Il démontra au début des années 1960 que la fixité des taux de change, l'autonomie des politiques monétaires nationales, et la liberté des mouvements internationaux de capitaux, sont compatibles deux à deux, mais à condition d'exclure le troisième<sup>67</sup>. Tout est en fait question de degré, c'est-à-dire que le rapprochement d'une caractéristique, quelle qu'elle soit, implique l'éloignement corrélatif d'au moins un autre critère. Cette théorisation est intéressante à l'heure d'évaluer la question de la coordination du système monétaire, puisque chaque régime peut se définir par un point à l'intérieur du triangle. Ainsi, avec l'étalon-or jusqu'en 1914 se trouvait caractérisée une coordination par le marché avec le choix fait pour une fixité des taux allié à la liberté de mouvement des capitaux<sup>68</sup>, et ce au détriment des agissements par les pays sur la politique monétaire. *A contrario*, le système mis en place en 1944 sacrifie la liberté des capitaux à la fixité des changes et à l'indépendance des politiques monétaires nationales. Les accords favorisent l'autonomie des politiques monétaires et donc économiques des États. Autrement

---

<sup>64</sup> Il est possible d'interpréter le dispositif de manière différente, en fonction de l'endroit à partir duquel le jugement est effectué. Ainsi, en adoptant une position keynésienne, la solution mise en place fait pâle figure. Gilles Dostaler note à propos des accords que « Keynes en est l'artisan principal, des origines à la fin. Mais, en même temps, dans sa forme finale, cet accord est très éloigné des intentions exprimées par Keynes dans ses premières ébauches de construction d'un nouvel ordre monétaire international, destiné à favoriser le plein-emploi et la croissance, et à préparer un monde sans guerre », Keynes et Bretton Woods, *Interventions économiques*, n° 26, 1994-1995, pp. 53 – 78. Disponible à partir de l'adresse suivante : <http://classiques.uqac.ca/contemporains/> La référence concerne cette édition électronique, p. 23.

<sup>65</sup> Et c'est en ce sens une victoire de Keynes.

<sup>66</sup> D'une manière générale, Michel Aglietta et Sandra Moatti parlent d'un « système mixte », *Le FMI, op. cit.*, p. 30. En effet, les taux de change sont fixes mais ajustables, les politiques des pays restent autonomes mais sont plus ou moins coordonnées dans le cadre du Fonds monétaire international.

<sup>67</sup> V., par exemple, Gérard Lafay, *Introduction à l'économie internationale*, Economica, 2004, pp. 93 et s. Cette théorie est importante dans la mesure où elle sera construite pour expliquer les tensions puis l'échec du système mis en place à Bretton Woods.

<sup>68</sup> Même si, jusqu'en 1914, ces mouvements n'avaient rien à voir avec ce qui se passe depuis les années 1970-1980.

dit, dans la tradition keynésienne de l'époque, on considère que les États peuvent et doivent intervenir sur le marché en fonction d'impératifs essentiels, et que c'est ce dernier qui doit en quelque sorte s'adapter puisqu'il n'est pas capable d'assurer seul le bien public. Compte tenu de la fixité des taux de change, cela n'est possible qu'à la condition de contrôler les mouvements des capitaux, ce qui était expressément prévu<sup>69</sup>. C'est là un aspect essentiel dans la mesure où les accords de 1944 matérialisent, au-delà du seul aspect monétaire, une volonté d'encadrement global de l'économie mondiale. Par la coordination institutionnelle mise en place, ces accords démontrent que, « De 1945 à 1975, les problèmes monétaires prennent le pas sur les problèmes financiers »<sup>70</sup>. La recherche est axée sur l'emploi et l'accent est mis pour ce faire sur la nécessité de coordonner les politiques afin de stabiliser les échanges et d'éviter les dévaluations. C'est en cela que ces accords sont le pendant, au niveau international, de la volonté des États d'encadrer le jeu du marché et donc le « laissez-faire » au niveau interne<sup>71</sup>. Ce sont les deux faces d'une même pièce, marquée par l'affirmation du rôle actif des États dans la promotion du bien public, même si la face internationale peut paraître moins bien dessinée que la face nationale.

L'immédiat après-guerre a été marqué par le succès des idées interventionnistes. L'État a été placé au centre de la société nationale et internationale pour garantir le bien collectif. Cependant, au tournant des années 1970, certains événements ont semblé montrer l'inadaptation de ces solutions. C'est alors le principe de la régulation par l'État qui sera remis en question, tant au niveau interne qu'à l'échelon international. Les thèses de l'école classique ont dès lors refait surface dans le cadre de ce qui a sommairement été décrit comme le triomphe des idées néolibérales, et qu'il s'agira avec plus de pertinence à ce niveau de qualifier d'idées néoclassiques pour en montrer la continuité historique<sup>72</sup>. L'étude de ce

---

<sup>69</sup> Une distinction fondamentale avait en effet été établie entre les transactions courantes et les mouvements de capitaux. L'obligation de convertibilité était limitée aux seules transactions courantes. Il s'agit, pour Kenneth Dam, d'« une distinction fondamentale », car ainsi les contrôles étaient « permis, et même encouragés dans certaines circonstances, pour les mouvements de capitaux. Cette distinction jette une lumière considérable sur les buts de l'Accord de Bretton Woods », *Le système monétaire international*, *op. cit.*, p. 136. V. aussi pp. 138 – 139 sur les moyens mis en œuvre dans ce cadre. Ce point est important pour comprendre les changements futurs liés à la libéralisation des marchés de capitaux.

<sup>70</sup> Jean-Pierre Faugère et Colette Voisin, *Le système financier et monétaire international. Crises et mutation*, Armand Colin, coll. Circa, 5<sup>e</sup> éd., 2005, p. 7.

<sup>71</sup> Les auteurs ajoutent que, de 1945 à 1975, les préoccupations sont « principalement commerciales et monétaires : la priorité est donnée au libre échange et à la stabilité des monnaies, la libre circulation des capitaux constituant un objectif secondaire », *ibid*, p. 9.

<sup>72</sup> Bertrand Munier retient que, « Dans la vulgate journalistique, le terme 'néoclassique' a souvent été utilisé à tort comme synonyme de 'libéral' », *Dictionnaire des sciences économiques*, *op. cit.*, ici p. 631. V. à ce propos la remarque faite plus haut sur l'emploi pour l'instant évité du terme « libéral », *supra* note 4.

mouvement et des circonstances dans lesquelles il s'insère est nécessaire à la compréhension de la gouvernance, et ce dans le sillage du retour en force du précepte de la régulation sociale par le marché au détriment de l'État.

## Section 2) La remise en cause de la régulation par l'État

Il serait faux de soutenir que les politiques d'inspiration keynésienne ont fait l'objet d'un accord unanime, même pendant leurs heures de gloire. Toutefois, devant ce que la grande majorité des auteurs considérait comme des succès, les contestations n'avaient pas pu faire réellement entendre leurs voix. Ce sont des circonstances économiques et financières concrètes qui vont mettre à mal les solutions anciennes (§1), et justement révéler ces critiques scientifiques (§2).

### §1. La crise économique comme catalyseur de limites pratiques

Il convient d'abord de se pencher sur les causes de cette crise (A), pour mieux comprendre en quoi elle a été le facteur déclencheur du retour sur le devant de la scène d'idées rompant avec l'œuvre keynésienne au sens large du terme (B).

#### A. Les causes de la crise

La crise énergétique liée à la brusque augmentation des prix du pétrole à partir de 1973 est fréquemment présentée comme le point de départ des difficultés des pays industrialisés et du développement du couple inflation / chômage. Il faut tempérer cette présentation trop rapide car il s'agit plus vraisemblablement d'un facteur conjoncturel, même s'il reste déterminant comme déclencheur d'une crise latente<sup>73</sup> (2). En effet, c'est plus sûrement dans des fondements endémiques aux caractéristiques du développement de ces pays que se trouvent les racines des problèmes (1).

---

<sup>73</sup> Denis Clerc, Alain Lipietz et Joël Satre-Buisson résumant le problème lorsqu'ils disent que « Le 'choc pétrolier' de 1973 – 1974 se produit ainsi sur un capitalisme affaibli : un fordisme grippé, apparemment à son zénith, en pleine crise monétaire », *La crise*, éd. Syros, coll. Alternatives économiques, 1983, p. 83.

## 1) Les facteurs endémiques liés à la prospérité d'après-guerre

Si les facteurs du retournement sont liés entre eux, il reste possible de distinguer, d'une part, des causes liées aux caractéristiques de la croissance des pays développés au sortir du second conflit mondial (a) et, d'autre part, des fondements attachés aux conséquences du rôle du dollar comme stabilisateur supposé de l'économie internationale (b).

### (a) Les caractéristiques nationales

La période qualifiée de « Trente glorieuses » par Jean Fourastié a incontestablement été marquée par une croissance forte<sup>74</sup>. Elle n'a pas non plus manqué d'entraîner des conséquences majeures qui ont bouleversé l'ensemble de la société : « Ce n'est pas seulement le niveau de vie qui a changé, mais le mode de vie »<sup>75</sup>.

Quels en sont les grands traits ? D'une façon générale, c'est l'avènement d'une société de consommation et de son pendant, l'économie de masse. Chaque ménage a souhaité acquérir des biens matériels jugés nécessaires au confort de vie moderne : voiture, télévision, etc. La reconstruction des pays européens après les événements de la guerre a aussi nécessité des travaux colossaux, le prix assez bas de l'énergie et une main d'œuvre abondante permettant de financer tout ce processus à moindres frais. Tous ces éléments ont fortement dopé l'économie et le rôle actif de l'État. Il faut également souligner l'importance des modifications ayant affecté le processus productif, c'est-à-dire qu'il a été permis de produire plus, plus vite, et à moindre coût. Dans ce cadre, l'organisation scientifique du travail inspirée de Taylor a joué un rôle important, avec le contrôle des temps et la division du travail<sup>76</sup>. Mais c'est peut-être encore plus le fordisme qui a été décisif. Non seulement Henry Ford poursuivit la rationalisation du taylorisme, mais il comprit un principe tout simple, à savoir que produire plus n'était pas suffisant pour favoriser la croissance, encore fallait-il qu'existent des débouchés. Dès lors, les bouleversements des modes de production ont été accompagnés par l'augmentation des salaires. Il y eut un effet d'entraînement entre tous les facteurs : l'approfondissement de techniques de production permit des gains de productivité dont une

---

<sup>74</sup> Jean Fourastié, *Les Trente glorieuses ou la révolution invisible de 1946 à 1975*, éd. Fayard, coll. Essais, 1979.

<sup>75</sup> Denis Clerc, Alain Lipietz et Joël Satre-Buisson, *La crise*, op. cit., p. 12.

<sup>76</sup> V., par exemple, l'ouvrage de Benjamin Coriat, *L'atelier et le chronomètre. Essai sur le taylorisme, le fordisme et la production de masse*, Christian Bourgois éditeur, 3<sup>e</sup> éd., 1994.

partie put être utilisée en augmentation de salaires ; dans la continuité, ces augmentations ont favorisé l'écoulement des marchandises.

Si Jean-Pierre Delas fait référence au « cercle vertueux du fordisme »<sup>77</sup>, l'ampleur des changements introduisait toutefois les graines des difficultés futures, notamment l'apparition du problème de l'inflation, qui fut accepté en tant que mal nécessaire en application des politiques keynésiennes<sup>78</sup>. Il y avait là les prémices d'une « surchauffe » générale, en même temps source d'une déstabilisation latente des équilibres internationaux.

#### (b) Les caractéristiques internationales liées au rôle du dollar

C'est d'abord au niveau monétaire que les changements vont avoir des répercussions importantes. Le système mis en place à Bretton Woods avait un caractère fondamentalement hiérarchique, en faisant du dollar la monnaie mondiale de référence. D'une part, les parités étaient établies en or ou en billets verts et, d'autre part, les États-Unis se trouvaient dispensés d'intervenir sur les marchés pour rétablir ses éventuels déficits monétaires. En pratique, ils étaient les banquiers du monde.

Ces mécanismes portaient néanmoins en eux-mêmes le germe de la chute du système. Le premier à avoir théorisé ce vice dès la fin des années 1950 est l'économiste Robert Triffin, en mettant à jour ce qui sera connu comme le dilemme portant son nom<sup>79</sup>. Selon lui, « soit les États-Unis luttent contre leur déficit des paiements et induisent une rareté du dollar, source de pressions déflationnistes pour l'économie mondiale ; soit ils tolèrent ce déficit en poursuivant leurs objectifs internes de politique économique, mais ils minent à terme la confiance dans la parité-or du dollar »<sup>80</sup>. En résumé, le système de convertibilité de Bretton Woods, fondé sur la monnaie d'un pays particulier, conduisait celui-ci à se voir exonérer de toute obligation d'équilibre de sa balance des paiements dans la mesure où le dollar était accepté en règlement de ses dettes par les pays créanciers. Les besoins importants de l'économie mondiale en une devise fiable, le dollar, contribuèrent alors paradoxalement à la

---

<sup>77</sup> Jean-Pierre Delas, *Économie contemporaine*, op. cit., p. 158.

<sup>78</sup> V. la formalisation de l'arbitrage entre inflation et chômage par la courbe de Philipps, *supra* note 18. Les critiques adressées aux politiques keynésiennes tournent beaucoup autour de leur effet inflationniste. Or, Keynes ne semble pas avoir soutenu qu'il fallait sacrifier à l'inflation au profit du plein-emploi. V. son ouvrage *Comment payer la guerre, un programme radical pour le chancelier de l'Échiquier* (trad. J-J. Quiles et C. Fils ; l'ouvrage en anglais date de 1940), L'Harmattan, coll. Logiques économiques, 1997, écrit justement dans le but de limiter l'inflation.

<sup>79</sup> Robert Triffin, *L'or et la crise du dollar* (trad. sous la dir. de J. R. Boudeville ; l'ouvrage en anglais date de 1960), PUF, coll. Théoria, 1962.

<sup>80</sup> Michel Aglietta et Sandra Moatti, *Le FMI*, op. cit., p. 41.

perte de confiance en la fiabilité de cette monnaie. Triffin voyait dans ce paradoxe un dilemme insurmontable, qualifié par les autorités françaises de « privilège exorbitant des États-Unis »<sup>81</sup>, et source d'un système ici aussi foncièrement inflationniste.

Ce sont des événements conjoncturels qui vont aggraver ces causes endémiques issues des Trente glorieuses, et ouvrir une ère nouvelle concernant la régulation sociale.

## 2) L'aggravation des déséquilibres par des facteurs conjoncturels

Différentes circonstances vont aggraver les vices énoncés précédemment (a), la crise énergétique servant en quelque sorte de détonateur final (b).

### (a) L'amplification croissante des déséquilibres

Les tendances inflationnistes structurelles des politiques keynésiennes vont perdurer et s'accroître tout au long des années 1960, l'emploi et l'activité économique étant les priorités. Chaque pays va mener des politiques interventionnistes, essentiellement en utilisant l'arme budgétaire, afin de maintenir un niveau d'activité élevé, au risque d'une surchauffe nationale mais aussi internationale.

En tant que banquier du monde, les États-Unis ont été en première ligne, car leurs problèmes internes ont aussi engendré par ricochet des problèmes pour tous les autres pays. Or, la situation de la balance des paiements américaine ne cessa de se dégrader durant les années 1950 sous l'effet de diverses causes : aide à l'étranger, croissance des investissements américains dans le reste du monde et notamment en Europe, etc. Les problèmes inflationnistes furent aggravés dans les années 1960 par certains nouveaux programmes, notamment sociaux, ainsi que par le coût croissant de la guerre du Vietnam. Les États-Unis perdirent alors petit à petit leur hégémonie. Comme le dit Jean-Pierre Delas : « Jusqu'au début des années 1960, le déficit américain convenait aux autres pays car l'afflux des dollars était synonyme d'enrichissement »<sup>82</sup>. Mais un changement apparaît quand « le déficit met en danger la stabilité du dollar, donc son rôle dans l'enrichissement »<sup>83</sup>. Puisque le privilège du dollar

---

<sup>81</sup> En détails, v. dans l'ouvrage de Gérard Marie Henry, *Dollar : la monnaie internationale. Histoire, mécanismes et enjeux*, Levallois-Perret, Studyrama, coll. Principes, 2004, p. 52.

<sup>82</sup> Jean-Pierre Delas, *Économie contemporaine*, op. cit., p. 134.

<sup>83</sup> *Ibid.*

empêchait toute contrainte automatique sur les États-Unis, le monde connut des crises successives de surchauffe du fait de la profusion de la monnaie américaine. D'une façon générale, au tournant des années 1970 et comme le dilemme de Triffin l'avait prédit, « Au lieu de servir de frein aux inflations nationales, le système monétaire était devenu l'un des principaux moteurs de ces inflations »<sup>84</sup>. La situation de suractivité devint alors très préoccupante. La crise énergétique porta l'estocade.

#### (b) La crise énergétique

Le premier choc pétrolier, c'est-à-dire un choc économique combinant hausse du prix du pétrole et baisse de sa production provoqué par une modification brutale de l'offre<sup>85</sup>, eut lieu en 1973 lors de la guerre du Kippour. Il sera suivi d'un second choc en 1979. S'il n'est pas nécessaire de revenir sur ces circonstances historiques, il convient de souligner que le prix du baril va connaître une importante flambée puisqu'il quadruple en quelques mois à la fin de l'année 1973 pour se maintenir à ce niveau jusqu'en 1978, date à laquelle il commence de nouveau à augmenter pour encore tripler jusqu'au début de l'année 1980<sup>86</sup>. Le prix de cette énergie qui a accompagné le développement de l'Occident depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle devint tout à coup beaucoup plus onéreux, et posa la question de la pérennité des politiques économiques menées.

Ces événements eurent deux conséquences. D'une part, il se matérialisa une accélération de l'inflation consécutive à la hausse des prix du pétrole ; d'autre part et en sens inverse, ces chocs créèrent un effet déflationniste puisque le coût de la vie augmenta, ce qui entraîna un investissement et une consommation moindre des ménages et des entreprises. Ce double mouvement contradictoire révéla les dysfonctionnements des fondements des économies occidentales sur lesquels ces dernières s'étaient construites au tournant du second conflit mondial.

---

<sup>84</sup> Robert Triffin, *Le nouveau système monétaire et financier international : ordre ou désordre*, Genève, Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, coll. 'conférences', n° 13, 1977, pp. 7 – 8.

<sup>85</sup> Pour Antoine Ayoub, il s'agit d' « une hausse brutale et d'une ampleur exceptionnelle des prix du pétrole brut, entraînant des perturbations graves dans les économies des pays importateurs, ainsi que dans l'ensemble des relations économiques internationales », in *Dictionnaire des sciences économiques, op. cit.*, pp. 132 – 134, ici p. 132).

<sup>86</sup> *Ibid.*

## B. Les conséquences de la crise

Les crises des années 1970 ont mis à mal les solutions issues des compromis d'après-guerre, tant au niveau des politiques keynésiennes nationales (1) que du système international (2).

### 1) Les transformations au niveau national

Les mutations sont consécutives à l'échec des politiques keynésiennes qui permettaient à l'État d'orienter l'économie (a). Partant de là, la question d'un changement de paradigme concernant la réalisation du bien public s'est posée (b).

#### (a) L'inefficacité de la régulation par l'État

Dans le cadre de l'emballement inflationniste des années 1960 – 1970 et des problèmes économiques afférents, les pays développés ont tenté d'appliquer des recettes d'inspiration keynésiennes telles que formalisées et simplifiées par la courbe de Phillips<sup>87</sup>. Le choix majeur qui s'offrait était un arbitrage de la relation inverse entre le chômage et l'inflation : on pouvait accepter la hausse de l'inflation due à l'application de politiques monétaires et / ou budgétaires s'il fallait relancer la croissance pour faire face à des problèmes d'emploi. En sens inverse, il était aussi parfois indispensable de limiter l'inflation par les mêmes mécanismes, ce qui avait pour conséquence directe d'augmenter le chômage. C'était là l'application des politiques dites de *stop and go*, caractéristiques de la prédominance des choix politiques sur les conséquences économiques prévisibles qui en découlaient.

Le contexte du tournant des années 1970 offrait une situation caractéristique d'arbitrage nécessaire entre inflation et chômage. L'idée était d'abord à la fin des années 1960 de maîtriser la hausse de l'inflation par un ralentissement de la croissance. Or, la situation s'aggrava au début des années 1970 lorsque, avec le premier choc pétrolier, l'inflation continua à s'accélérer et qu'en outre les économies occidentales furent frappées par la récession. En pratique, devant un taux de chômage en constante hausse, les pays industrialisés acceptèrent une hausse de l'inflation. Mais ces politiques échouèrent pour deux raisons principales. D'une part, l'augmentation de l'activité nationale avait très souvent pour effet de

---

<sup>87</sup> V. *supra*, note 18.

gonfler les importations, ce qui n'avait pas d'effet sur l'emploi au sein des pays concernés. D'autre part et surtout, l'inflation devint un mal insupportable pour les économies. La politique économique dut alors faire face à une situation nouvelle, appelée stagflation<sup>88</sup>, caractérisée à la fois par l'inflation et le chômage, et devant laquelle elle restait désemparée, puisque les politiques interventionnistes étaient censées pouvoir combattre alternativement, soit l'un, soit l'autre, mais non les deux en même temps. Contrairement à la situation connue dans les années 1930, marquée par la nécessité de soutenir massivement l'activité économique, les années 1970 ont mis à jour une situation originale dans laquelle la capacité d'absorption par l'économie était épuisée, ce qui explique en grande partie les échecs keynésiens et les changements qui allaient s'imposer.

#### (b) La marche vers un nouveau paradigme : l'État arbitre du bien public

Face aux difficultés économiques et à l'inefficacité des solutions issues des principes keynésiens, la question d'une révolution de la pensée économique se trouva posée. Puisque Keynes ne « marchait » plus, certains ont soutenu qu'il fallait revenir à des solutions moins interventionnistes, ce qui correspondait au retour du paradigme classique du « laissez-faire » en vertu duquel le pilotage de l'économie n'est ni possible, ni souhaitable.

C'est la lutte contre l'inflation qui fut alors placée en tête des priorités. Il fut question de revenir à une stricte rigueur budgétaire et monétaire liée à une réforme plus ou moins importante des États-providence. C'est sur un tel programme que Margaret Thatcher en Grande-Bretagne et Ronald Reagan aux États-Unis gagnèrent les élections au tournant des années 1980, et c'est une politique similaire, dite « monétariste »<sup>89</sup>, qui fut adoptée à partir de 1979 par le nouveau président de la Banque centrale américaine, Paul Volcker<sup>90</sup>. L'ensemble des pays occidentaux adhéra progressivement à ces théories. La France a fait un temps figure d'exception en ce qu'elle tenta aux débuts des années 1980 de relancer la croissance par une politique keynésienne, ce qui s'acheva par un retour à l'austérité en 1983.

Au-delà du domaine strictement économique, il y a dans ces changements une contestation de la nécessité de l'intervention des pouvoirs publics dans la quête du bien

---

<sup>88</sup> Mot construit à partir de la contraction entre la stagnation (économique) et l'inflation.

<sup>89</sup> V. *infra*, pp. 58 et s., les développements sur cette école liée à Milton Friedman.

<sup>90</sup> Jean-Pierre Delas souligne que cette nomination marque un tournant important, *Économie contemporaine, op. cit.*, p. 171.

public. La période marque une cassure en la matière, en remettant la régulation par le marché au centre du jeu. Les mêmes causes auront des effets similaires au niveau international.

## 2) Les transformations au niveau international

La chute du système de Bretton Woods (a) débouche sur une situation nouvelle, marquée par le libre jeu des marchés internationaux et la prépondérance du monde de la finance sur la coordination institutionnelle par les États (b).

### (a) L'inefficacité de la régulation par les États : l'échec de Bretton Woods

Les événements décrits plus haut ont avant tout concerné les économies nationales. Néanmoins, l'ensemble des déséquilibres accumulés, lié surtout aux problèmes américains, ont aussi entraîné la chute du système monétaire international mis en place à Bretton Woods<sup>91</sup>. En effet, toutes les politiques interventionnistes américaines avaient impliqué une forte augmentation des dollars et, en 1971, le stock d'or de la Banque centrale américaine était de 10 milliards de dollars pour 50 milliards d'engagements, mettant gravement en cause la convertibilité et donc la stabilité de l'ensemble. Le système ne pouvant plus tenir, le président Nixon, parmi d'autres mesures, suspendit unilatéralement le 15 août 1971 la convertibilité du billet vert, qui sera ensuite dévalué par deux fois. Comme un auteur le résume, « En définitive, le SMI de Bretton Woods était stable tant que le dollar était rare et les États-Unis hégémoniques, mais le besoin de financement était tel que pour favoriser la course générale à la prospérité par l'abondance monétaire (optique keynésienne) et pour permettre aux États-Unis d'assumer leur rôle de leader (*Pax Americana*), les autorités américaines ont systématiquement fourni le marché en liquidités nouvelles par le biais du déficit de la balance des paiements »<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> Sur l'histoire plus précise de cette chute, v. Kenneth Dam, *Le système monétaire international*, op. cit. Jacques Rueff la résumait ainsi : « La politique de plein-emploi a d'abord été pratiquée systématiquement par l'organisation de grands travaux, puis par l'acceptation et la création volontaire de déficits budgétaires. Mais à partir de la fin des années 1950, par une tragique coïncidence, les gouvernements ont été dispensés du soin de créer eux-mêmes l'inflation génératrice d'abord de plein emploi, puis de suremplei. Le dérèglement du SMI, dû à la pratique généralisée de l'étalon de change-or, a engendré, dans tout l'Occident, des balances dollar génératrices d'inflation. Cette inflation est restée modérée jusqu'au 17 mars 1968 (...) mais lorsque, à cette date, le dollar est devenu en fait inconvertible, avant de le devenir en droit temporairement le 15 août 1971, le processus inflationniste s'est spontanément accéléré pour devenir, le 15 mars 1973, galopant », Les voies du retour au plein emploi, *Le Monde*, 20 et 21 février 1976.

<sup>92</sup> Jean-Pierre. Delas, *Économie contemporaine*, op. cit., p. 137.

Bien que la déclaration américaine de 1971 portait un grave coup au système mis en place en 1944, elle n'en constituait pourtant pas forcément la mort. Toutes les options étaient théoriquement ouvertes. Toutefois, les tentatives de réforme aboutiront à un échec<sup>93</sup>, et l'année 1973 marque la fin concrète des accords de 1944 et, au-delà, de l'inspiration globale de la régulation internationale par la coopération institutionnelle.

(b) La marche vers un nouveau paradigme : le marché comme régulateur

Comme au niveau national, cette chute marque la fin de l'encadrement relatif des marchés par les États au niveau du commerce international. La logique de coordination change, et certains auteurs ont clairement énoncé qu'il y a eu là un « passage d'un système dirigé par les gouvernements à un système mû par les capitaux privés »<sup>94</sup>.

Il faut comprendre cette évolution dans le cadre global du commerce mondial, et notamment s'attarder sur l'explosion concomitante des marchés financiers, car la fin des années 1960 et surtout les années 1970 a vu s'ajouter au marché des changes le besoin de financement du déficit américain, puis de ceux des autres pays. Ces déficits avaient pour conséquence non seulement de vicier la convertibilité des monnaies, mais aussi d'entraîner un accroissement indispensable des mouvements de capitaux, favorisés au-delà par le développement toujours plus important du commerce international mais opérant, à terme, un décrochage entre l'activité réelle et l'activité financière virtuelle. Pour faciliter ces ajustements, l'ensemble des pays a petit à petit déréglementé son système financier<sup>95</sup>. C'est pourquoi « Le développement de la finance internationale peut être considérée comme l'évolution structurelle et institutionnelle la plus importante de l'économie mondiale des années (19)70 et (19)80 »<sup>96</sup>.

---

<sup>93</sup> Pour Jean-Marc Siroën, ce sont les accords de la Jamaïque en 1976 qui marquent définitivement l'« institutionnalisation du flottement », *Le désordre monétaire international, op. cit.*, p. 149. Les auteurs influents ont tantôt proposé de revenir à l'or, tantôt de passer plus directement à un système qui rappelle la volonté de Keynes de créer une monnaie internationale en plus de l'or et du dollar. C'est aussi à partir de cette date que va se mettre en place une coordination économique et monétaire au sein de l'Europe, qui commencera dès 1972 avec le serpent monétaire. De là découlera ensuite le système monétaire européen et, *in fine*, l'euro.

<sup>94</sup> Michel Aglietta et Sandra Moatti, *Le FMI, op. cit.*, p. 55.

<sup>95</sup> Les États-Unis libéralisent leurs marchés de capitaux à partir de 1974, ce qui, pour Jean-Marc Siroën, « annonçait (...) le ralliement des pays industriels à la libéralisation des mouvements de capitaux », *L'économie mondiale, contraintes et perspectives*, t. 2, Armand Colin, coll. Cursus, 1994, p. 53. Une des mesures phares a été de contourner à partir des années 1970, puis finalement d'abroger en novembre 1999, le *Glass-Steagall Act* de 1933 qui interdisait aux établissements de cumuler les fonctions de banques de dépôt et d'investissement.

<sup>96</sup> Jean-Marc Siroën, *Finances internationales*, Armand Colin, coll. U, 1993, p. 5.

Cette évolution doit être appréhendée au travers du triangle des incompatibilités de Mundell évoqué plus haut<sup>97</sup>. Dorénavant, c'était la liberté de mouvement des capitaux qui devait être favorisée, et il fallait de ce fait sacrifier un des sommets du triangle. Les pays préférant garder la maîtrise de leurs politiques économiques, c'est la fixité des changes qui a été abandonnée au profit d'un système de change flottant. C'est donc une croyance dans les vertus autorégulatrices du marché financier international qui a été substituée. La conséquence fondamentale qui en a découlé a été que les marges de manœuvre des gouvernements ont été largement encadrées par le jeu des marchés financiers<sup>98</sup>, qui ont aujourd'hui pris une telle ampleur que les taux de change sont bien plus déterminés par les flux spéculatifs que par ceux, réels, des échanges de marchandises. Ce faisant, il n'a plus été question de coordination institutionnelle du système monétaire international<sup>99</sup>, et encore moins de système financier international<sup>100</sup>, nonobstant les nombreux effets destabilisateurs engendrés<sup>101</sup> dont la crise financière ouverte en 2008 est une manifestation caractérisée<sup>102</sup>.

Cette philosophie, faisant du marché, non des États, le régulateur du commerce international, ne s'est logiquement pas arrêtée au système monétaire. Elle a par exemple aussi eu pour conséquence d'aboutir après plusieurs négociations internationales à la création en 1995 de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Le libre échange, c'est-à-dire la

---

<sup>97</sup> V. *supra*, p. 45.

<sup>98</sup> V. Henri Bourguinat, *La tyrannie des marchés. Essai sur l'économie virtuelle*, Economica, 1995.

<sup>99</sup> Hormis à des échelons plus petits comme en Europe.

<sup>100</sup> Pour Michel Aglietta et Sandra Moatti, « le système financier privé se substitue au FMI dans l'arbitrage entre les deux issues possibles à un déséquilibre extérieur : le financement des déficits ou l'ajustement des parités », *Le FMI, op. cit.*, p. 57.

<sup>101</sup> Nombre d'auteurs émettent des critiques sur les conséquences globales de ces changements compte tenu des mouvements de capitaux engendrés, qui n'obéissent qu'à une logique économique de court terme souvent déconnectée d'une opération de financement d'une activité réelle. Ainsi, pour Jean-Marc Siroën, après Bretton Woods, « L'illusion du régime des taux flottants qui lui succèdera aura été de croire que l'on pouvait confier à la main invisible des marchés financiers internationaux le soin d'imposer c(d)es ajustements », *Le désordre monétaire international, op. cit.*, p. 12. Anton Brender parle lui pour décrire ce mouvement d'un « bricolage relativement spontané de la sphère financière privée laissée à elle-même », *Marchés financiers, gouvernance et croissance mondiale*, in T. de Montbrial (dir.), *Observation et théorie des relations internationales*, t. 2, IFRI, coll. Travaux et recherches de l'Ifri, 2001, pp. 53 – 78, ici p. 63. Selon l'auteur, « La différence entre ce que fait le bricoleur et ce que fait l'ingénieur, c'est que pour ce dernier, il existe un projet en fonction duquel sont conçus des matériaux susceptibles de résister aux différentes tensions auxquelles le système est soumis. En revanche, quand on bricole, on utilise ce qu'on a sous la main et on ne se pose pas trop la question de savoir à quel type de pression tout cela pourra résister », même page. Sur les crises financières internationales récentes, v. l'ouvrage d'Anton Brender et Florence Pisane, *Les déséquilibres financiers internationaux*, La Découverte, coll. Repères, 2007.

<sup>102</sup> Si le domaine monétaire a été écarté lors de la réunion du G 20 le 2 avril 2009, différentes déclarations ont été adoptées autour du couple relance/régulation. Au titre de cette dernière, les partenaires ont affirmé leur volonté d'encadrer les marchés financiers internationaux au cœur de la dérégulation depuis les années 1970, en particulier les *hedge funds* (fonds spéculatifs), les banques d'affaires, mais aussi les paradis fiscaux. Il reste maintenant à attendre les résultats concrets au-delà des déclarations d'intention. Sur cette crise, v. en synthèse Michel Aglietta, *La crise. Comment en est-on arrivé là ? Comment en sortir ?*, Michalon, 2008, particulièrement pp. 99 – 108 sur les réformes nécessaires du monde de la finance. V. *infra*, la conclusion générale pp. 427 et s.

concurrence, est la matrice du dispositif. De façon similaire, cette influence transforma également la rationalité fonctionnaliste de l'ONU, qui fit une place croissante aux règles venant non plus « d'en-haut » mais bien « d'en-bas », autrement dit favorisant l'auto-régulation de la société au détriment d'une régulation plus globale en fonction d'objectifs définis *a priori*.

D'une façon générale, l'ensemble de ces événements fait apparaître que l'équilibre issu de l'époque keynésienne a montré ses limites, tant au plan interne qu'au niveau international. Les rapports entre le marché et l'État vont de ce fait s'inverser ; c'est en filigrane la contestation d'une vision active du droit public en tant que droit d'un bien public dont la réalisation revient entre les mains du marché. Certains auteurs vont théoriser ce changement de paradigme.

## §2. La crise économique comme révélateur d'une critique scientifique

Bien que plurielle, cette critique peut être schématiquement présentée de deux façons différentes, qui n'en conservent pas moins des points communs liés au sens large au rejet de l'interventionnisme public sur le libre jeu des intérêts privés réputé naturellement harmonieux<sup>103</sup>. D'une part, il s'est agi de mettre en doute ce rôle actif de l'État, en démontrant concrètement ses effets pervers. Cette critique, avant tout économique et pratique, sera celle de l'école monétariste, avec à sa tête Milton Friedman (A). D'autre part et en parallèle, il s'est également agi d'interroger le principe même de l'action de l'État. C'est ici une contestation plus théorique et politique, presque même philosophique, œuvre de l'école autrichienne et de Friedrich Hayek à sa tête<sup>104</sup> (B).

---

<sup>103</sup> Il est important de justifier cette présentation afin qu'elle soit bien comprise. En effet, d'un côté, il est clair que Friedman et Hayek ont développé des théories différentes, notamment sur la monnaie, et c'est pour cette raison qu'il paraît judicieux de les distinguer. Sur cette controverse, v. Mark Skousen, *Vienna & Chicago, Friends or Foes? A Tale of Two Schools of Free*, Washington DC, Capital Press, 2005, not. l'introduction pp. 1 – 13. Toutefois, il faut avoir à l'esprit que si leurs théories sont différentes, il n'en va pas de même de leur but. Ainsi partagent-ils tous les deux le principe fondamental de la pensée libérale classique, à savoir la maxime du laissez-faire et de l'harmonie des intérêts. Comme le dit Jean-Guy Prévost « si Hayek remonte, pourrait-on dire, en amont de l'ordre spontané, Friedman se laisse pour sa part porter en aval de celui-ci », Milton Friedman, pensée politique et propagande, in M. Lavoie et M. Seccareccia (dir.), *Milton Friedman et son œuvre*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, coll. Politique et économie, 1993, pp. 35 – 48, ici p. 38.

<sup>104</sup> Il faut souligner que l'étude se focalisera sur l'exemple hayékien, mais que d'autres auteurs œuvreront à cette même critique politique de l'interventionnisme public, même si c'est de manière moins radicale. V., par exemple, l'œuvre de Raymond Aron, et not. *Essai sur les libertés* (préf. P. Raynaud), Hachette littératures, coll. Pluriel, 1998.

## A. La critique économique par Milton Friedman

Dans le cadre des problèmes inflationnistes auxquels la théorie keynésienne ne semblait pas donner de réponses satisfaisantes, l'école monétariste va à la fois apporter des explications à travers le rôle de la monnaie (1), puis proposer des remèdes directement liés à la façon de penser le bien public (2).

### 1) Le fondement : le rôle de la monnaie

Keynes avait critiqué la théorie de l'école classique, notamment à travers son approche de la monnaie<sup>105</sup>, mais sans en faire une donnée fondamentale de son étude. Les monétaristes vont à leur tour attaquer les théories keynésiennes, en souhaitant redonner à cette dernière toute son importance. À leurs yeux, « les conflits proprement économiques tournent essentiellement autour du rôle de la monnaie »<sup>106</sup>. En perfectionnant la théorie quantitative à l'aide de recherches précises<sup>107</sup>, ils vont soutenir que la monnaie représente la variable déterminante à long terme des cycles économiques majeurs.

Selon Friedman, les politiques keynésiennes ne produisent un effet positif sur l'emploi qu'à court terme. Dès le moyen terme, le niveau de chômage antérieur réapparaît, rapidement aggravé d'un taux supérieur à celui de l'ancienne situation. Cette démonstration est menée en contestant tant l'interventionnisme monétaire<sup>108</sup> que budgétaire<sup>109</sup>, prouvant au final que la

---

<sup>105</sup> V. *supra*, note 13.

<sup>106</sup> Milton Friedman, *Inflation et systèmes monétaires* (avant-propos de C. Schmidt, trad. D. Carroll ; l'ouvrage en anglais date de 1968), Calman-Levy, coll. Perspectives de l'économie, économie contemporaine, 1976, p. 52.

<sup>107</sup> V. Damien Gaumont in *Dictionnaire des sciences économiques, op. cit.*, pp. 601 – 606, surtout p. 602. Un des ouvrages fondamentaux est l'œuvre de Milton Friedman et Anna Jacobson Schwartz, *A Monetary History of the United States, 1867-1960*, Princeton, Princeton University Press, 1963, qui marque en quelque sorte le retour, à l'aide de différents exemples, de l'idée que la monnaie compte. Ces idées sont reprises de manière simple dans Milton et Rose Friedman, *La liberté du choix* (trad. G. Casaril ; l'ouvrage en anglais date de 1980), éd. Pierre Belfond, 1980, pp. 89 – 110.

<sup>108</sup> En ce qui concerne la politique monétaire, sa théorie s'articule autour de la notion d'anticipations adaptatives. Adaptatives car les agents anticipent et s'ajustent en se basant sur les données du passé. Par exemple, si le taux d'inflation des années précédentes a été, en moyenne, de 3 %, les acteurs économiques prévoient pour l'année à venir une hausse d'environ 3 %. Les autorités publiques pourraient alors profiter de ce regard tourné vers le passé et non vers le présent pour tenter de relancer l'économie à l'aide d'une politique monétaire expansionniste. Celle-ci va jouer sur l'effet de surprise, mais de façon limitée. Autrement dit, cette politique interventionniste ne peut réduire le chômage qu'à court terme et au prix d'une accélération de l'inflation. En revanche, à long terme, elle est sans influence sur le taux de chômage qui reste fixé à son niveau d'équilibre de long terme, le taux de chômage naturel. Pour Friedman, puisqu'un tel taux existe, la volonté de Keynes de réaliser le plein-emploi est impossible. On retrouve là une contestation de la courbe de Philipps telle qu'énoncée *supra*, note 18. Sa relation est peut-être vraie à court terme pour les monétaristes, mais pas à long terme.

<sup>109</sup> Concernant cette fois la politique budgétaire, Friedman va examiner le multiplicateur keynésien, qui repose sur l'idée des vagues d'augmentation successives de la consommation provoquées par une hausse de revenu

politique expansionniste s'avère inefficace car créatrice d'inflation. Keynes avait démontré les limites du jeu naturel du marché et la nécessité d'une intervention de l'État. Friedman réfute cette conclusion, avançant l'idée que ce sont au contraire les politiques discrétionnaires des gouvernements qui sont les véritables sources d'instabilité. Les solutions qu'il préconise sont dès lors radicalement différentes<sup>110</sup>.

## 2) Les conséquences pour l'intérêt public

Deux éléments tels qu'ils résultent des principes monétaristes doivent être combinés. D'une part, la difficulté qu'il y a à mener une politique monétaire souple ; d'autre part et corrélativement, les risques engendrés par l'inflation<sup>111</sup>. Cela amène ce courant à mettre l'accent sur la stabilité monétaire<sup>112</sup>. L'État ne doit mener d'actions en cette matière que si elles favorisent la stabilité des anticipations des agents économiques. Cette dernière passe elle-même par une stabilité des prix et donc un contrôle strict de la masse monétaire, qui permet une disparition de l'arbitrage entre inflation et chômage. Ce faisant, le taux de chômage qui prévaudra dans l'économie sera le taux naturel. Friedman propose une règle très simple, à savoir que la masse monétaire doit varier à un taux constant, égal au taux de croissance à long terme de la production nationale<sup>113</sup>. Dans le prolongement, les monétaristes pensent que la meilleure solution pour assurer une telle politique consiste à la confier à une banque centrale indépendante du pouvoir politique.

---

initial. Au cœur de ce mécanisme se situe la propension marginale à consommer, considérée par Keynes comme étant stable, *i.e.* que les agents étaient censés toujours réagir favorablement en matière de dépenses à une élévation de leur revenu courant. Friedman souhaite remettre en cause cette stabilité, et il va pour cela introduire l'idée de revenu permanent. Selon lui, les ménages vont adapter leur niveau de consommation non pas au revenu courant, car il observe que les agents ont une sensibilité faible et imprévisible à un accroissement de ce revenu, mais au revenu permanent. Ce qui fait que même si leur revenu courant augmente ou baisse, les agents conservent un volume de dépenses stable dans le temps. Friedman en conclut que les économies modernes sont plus stables que ne le pensent les Keynésiens. Il confirme dès lors sa conclusion générale selon laquelle les politiques correspondantes « n'ont pas réussi à produire le plein-emploi, mais elles ont produit l'inflation », Milton et Rose Friedman, *La liberté du choix, op. cit.*, p. 262.

<sup>110</sup> Pour un débat concernant les différences entre les monétaristes et les keynésiens, v. Milton Friedman et Walter Heller, *Politique monétaire ou politique fiscale* (trad. R. Abramowicz ; l'ouvrage en anglais date de 1969), Tours, Mame, 1969, où les deux auteurs discutent de chacune des deux possibilités (le premier avec l'article N'est-on pas en train d'exagérer l'importance de la politique fiscale ? ; le second avec l'article N'est-on pas en train d'exagérer l'importance de la politique monétaire ?).

<sup>111</sup> V. la synthèse dans Milton et Rose Friedman, *La liberté du choix, op. cit.*, not. le chapitre viii intitulé « guérir l'inflation », pp. 243 – 281.

<sup>112</sup> Pour les auteurs, « De même que l'accroissement excessif du volume monétaire est la seule et unique cause majeure de l'inflation, de même la réduction du taux de croissance monétaire est le seul et unique remède de l'inflation », *ibid.*, p. 266.

<sup>113</sup> En synthèse, v. Milton Friedman, *Inflation et systèmes monétaires, op. cit.*, pp. 259 – 295.

Il est intéressant de souligner qu'en plus de préconiser un contrôle strict de la création monétaire au niveau national, Friedman était aussi un partisan d'un système de changes flottants au niveau des échanges internationaux. À ce propos, il soutenait que « Le problème de la balance des paiements n'est qu'un autre exemple des répercussions lointaines de la fixation de prix par le gouvernement »<sup>114</sup>. Par conséquent, « Il existe une solution satisfaisante, et c'est la seule : il faut abolir la fixation des prix par le gouvernement, laisser les taux devenir des prix de marché libre et, d'une manière générale, maintenir tout simplement le gouvernement à l'écart de la scène »<sup>115</sup>.

En définitive, pour Friedman, l'action de l'État est source de déséquilibres. Ce dernier n'a pas à encadrer ou réglementer le jeu des marchés. Il devient même une sorte d'instrument du marché en devant garantir une création régulière et mesurée de monnaie. Pour dire les choses clairement concernant l'intérêt public, Friedman affirmait qu'avec Keynes, « L'idée que le rôle du gouvernement est de servir d'arbitre pour empêcher les individus de s'opprimer mutuellement a été remplacée par le concept d'un gouvernement 'père des citoyens' qui a le devoir de contraindre certains d'entre-eux à en aider d'autres »<sup>116</sup>. Il préconisait une réaction inverse. En interrogeant le sens de l'approche de l'école monétariste, Franco Modigliani résumait les choses de la façon suivante. À ses yeux, le conflit « n'est pas le monétarisme, mais plutôt le rôle qu'on devrait probablement assigner aux politiques de stabilisation. Les non-monétaristes acceptent ce que je considère être comme le principal message d'ordre pratique de la Théorie Générale : qu'une économie d'entreprise privée utilisant une monnaie intangible a besoin d'être stabilisée, peut être stabilisée, et dès lors devrait être stabilisée par des politiques monétaires et fiscales appropriées. Au contraire, les monétaristes considèrent qu'il n'y a pas de besoin sérieux de stabiliser l'économie ; que même si cela était nécessaire, ce ne pourrait être fait, car les politiques de stabilisation sont plus susceptibles d'accroître que de diminuer l'instabilité ; et je crois que certains monétaristes iraient jusqu'à soutenir que, advenant même le cas peu probable où les politiques de stabilisation s'avéraient au total bénéfiques, le gouvernement ne devrait pas se voir confier le pouvoir nécessaire pour les mettre en œuvre »<sup>117</sup>.

---

<sup>114</sup> Milton Friedman et Robert Roosa, *The Balance of Payments: Free versus Fixed Exchange Rates. Rational Debate Seminar*. Washington DC, American Enterprise Institute, 1967, p. 341.

<sup>115</sup> *Ibid.*

<sup>116</sup> Milton et Rose Friedman, *La liberté du choix*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>117</sup> Cité par Michel Beaud et Gilles Dostaler, *La pensée économique depuis Keynes*, *op. cit.*, p. 166 ; tiré de F. Modigliani, *The Monetarist Controversy, or Should we Forsake Stabilization Policies?*, *American Economic Rev.*, vol. 67, 1977, pp. 1 – 19, ici p. 1.

C'est dans cette contestation de l'intervention étatique, au cœur de l'œuvre de Keynes, que l'école monétariste a marqué l'économie moderne de son empreinte<sup>118</sup>. Au final, cette remise en cause a impliqué le retour au principe de la régulation par le marché, autrement dit de la réalisation du bien public par le libre jeu des intérêts privés.

Si le courant monétariste a été décisif dans cette renaissance, il faut pareillement consacrer une place de choix à l'école autrichienne, et surtout à son chef de file, Friedrich Hayek<sup>119</sup>. Les moyens diffèrent, mais la finalité est identique.

## B. La critique politique par Friedrich Hayek

Il convient de partir de la conception hayékienne du marché (1) pour comprendre le sens presque philosophique de sa critique (2).

### 1) Le fondement : la conception du marché

La référence à une approche philosophique de Hayek ne doit pas induire en erreur. Ainsi l'auteur a-t-il été un farouche contradicteur des théories économiques de Keynes. Cela a même correspondu à la première période de son travail<sup>120</sup>, celle ayant précédé la Seconde guerre mondiale. Néanmoins, il ne s'agit là que d'un aspect ancien de sa pensée<sup>121</sup>. Le cœur de sa controverse correspond à une phase postérieure et se situe sur des versants philosophiques<sup>122</sup>, c'est-à-dire qu'il interroge le sens profond de l'action étatique, se plaçant en quelque sorte en amont de la réflexion monétariste. Plus qu'un approfondissement des

---

<sup>118</sup> C'est d'autant plus vrai que les thèses monétaristes ont été largement mises en œuvre face à l'inflation. La nomination déjà mentionnée en 1979 de Paul Volcker à la tête de la Banque centrale américaine sera le signe de leur succès, comme d'ailleurs les positions régulièrement suivies par la Banque centrale européenne.

<sup>119</sup> Hayek fait partie au sens large de l'école autrichienne. Il est utile de noter que ladite école regroupe des auteurs dont les conceptions peuvent singulièrement varier, particulièrement avec Murray Rothbard et les libertariens. Sur ces derniers, v. la contribution de Bertrand Lemennicier in *Dictionnaire des sciences économiques, op. cit.*, pp. 517 – 520. Pour Stéphane Longuet, malgré des similitudes certaines, « L'image d'un courant autrichien contemporain fondamentalement uni et homogène ne résiste pas à l'analyse », *Hayek et l'école autrichienne*, Nathan, coll. Circa, 1998, p. 183.

<sup>120</sup> Hayek était même critique sur les compétences économiques de Keynes. V. son article *Personal Recollections of Keynes and the Keynesian Revolution*, in B. Caldwell (dir.), *Contra Keynes and Cambridge: Essays and Correspondence*, vol. 9, *The Collected Works of Friedrich August Hayek*, Chicago, University of Chicago Press, 1995, pp. 240 – 246, not. p. 242.

<sup>121</sup> Sa critique « économique » est finalement assez classique, puisqu'elle concerne avant tout l'inflation qui serait inhérente aux politiques keynésiennes.

<sup>122</sup> Comme relève Gilles Dostaler, c'est à partir du début des années 1940 qu'Hayek quitte l'économie pure et qu'il « commence à associer les errements théoriques de Keynes à des défaillances sur le plan éthique », *Le libéralisme de Hayek*, La Découverte, coll. Repères, 2001, p. 69.

théories économiques susceptibles de contrer l'approche keynésienne, l'intérêt du travail de Hayek est de permettre de questionner le sens de l'intervention gouvernementale sur la société<sup>123</sup>. Pour cela, il fallait revenir aux fondements du marché comme modèle théorique.

Pour Hayek, le point de départ est individualiste ; les phénomènes ne peuvent s'expliquer qu'à partir des actions individuelles. Il n'y avait là rien de révolutionnaire, car c'était finalement reprendre l'idée de l'école classique que le marché est un lieu de rencontre entre une offre et une demande qui aboutit à la formation d'un prix, source d'un échange bénéfique et naturellement harmonieux pour les deux parties. Mais les choses sont plus subtiles. Pour l'auteur, l'homme est foncièrement complexe et les comportements individuels qui cherchent à atteindre leurs buts dans un contexte de rareté doivent prendre en compte une double contrainte de passage du temps et d'incertitude (expérience passée, perspectives d'avenir, etc.). Aucun cerveau ne peut dès lors embrasser la totalité des connaissances à un moment donné. De plus, les individus apprennent par leur expérience, mais ils n'apprennent pas tous la même chose à partir d'expériences similaires.

Partant de ces deux points, Hayek va se démarquer d'une analyse du marché en termes foncièrement économiques pour tenter de l'aborder sous un angle beaucoup plus large. Selon lui, le marché n'est pas seulement un lieu anonyme où s'échangent des biens et de services. C'est surtout un lieu de mobilisation, de production et de diffusion d'informations et de connaissances entre consommateurs et producteurs, qui est vital à l'harmonie des sociétés complexes. Les prix deviennent un mécanisme de transmission de l'information. Ils sont le vecteur de la communication entre les hommes, les seuls moyens qui leur permettent d'améliorer leur connaissance et de diminuer leur incertitude.

La définition du marché qui découle des doctrines hayékiennes est celle d'un ordre spontané, une sorte d'évidence, ce qu'il appelle la « catallaxie »<sup>124</sup>. Cette conception ne peut qu'avoir des répercussions négatives sur l'idée même d'interventionnisme étatique puisque la catallaxie constitue, en synthèse, un lien social harmonieux à part entière.

---

<sup>123</sup> Il fut en particulier un farouche opposant du communisme. En général, v. Friedrich Hayek, *La route de la servitude* (trad. G. Blumberg ; l'ouvrage en anglais date de 1944), PUF, Quadrige, 4<sup>e</sup> éd., 2005.

<sup>124</sup> V. Friedrich Hayek, *Droit, législation et liberté* (trad. R. Audouin, présent. P. Némó ; les ouvrages en anglais datent de 1973, 1976 et 1979), PUF, Quadrige, 2007, pp. 545 et s.

## 2) Les conséquences pour l'intérêt public

La conception hayékienne du marché a pour résultat de nier tout effet à l'action étatique et, pire encore, à toute planification des actions humaines<sup>125</sup>. Il était évident pour l'auteur qu'aucune instance ou personne ne peut détenir la connaissance suffisante, celle-ci étant par définition constamment évolutive, incertaine et mouvante<sup>126</sup>. Toute tentative de modifier l'ordre spontané issu du marché est par nature inefficace, même au nom d'un principe de « justice sociale » qui est souvent invoqué et que Hayek réfutait catégoriquement<sup>127</sup>. Pis, cela peut directement mener à ses yeux au totalitarisme<sup>128</sup>. C'est pourquoi l'État-providence matérialisant l'interventionnisme keynésien est « fatalement conduit à glisser vers un socialisme aux méthodes coercitives et essentiellement arbitraire »<sup>129</sup>. La nature du marché coupe tout rapport avec une quelconque idée d'action étatique visant le bien collectif<sup>130</sup>. Comme le dit Bernard Manin, il existe une « impossibilité d'un accord sur les fins qui, seul, pourrait fonder une justice distributive attribuant concrètement à chacun la 'part juste' »<sup>131</sup>. En effet, toutes les personnes sont des fins en elles-mêmes, et c'est individuellement que la société se réalise, c'est-à-dire que la responsabilité pèse « sur chacun d'assurer son propre bien-être »<sup>132</sup>. Le principe fondamental réside dans la possibilité absolue pour chaque individu de suivre sa liberté. Hayek poursuit en soutenant que « c'est bien l'égalité devant les règles générales du droit et du comportement qui demeure la seule sorte d'égalité menant à la liberté, et la seule que nous puissions assurer sans détruire la

---

<sup>125</sup> Son discours lors de la réception du prix Nobel d'économie en 1974 est symptomatique. Il est reproduit dans Friedrich Hayek, *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, London, Routledge, 1978, pp. 23 – 34.

<sup>126</sup> Pour une critique de la planification, v. l'article intitulé Peut-on planifier une économie de marché ?, in Henri Lepage, *Demain le libéralisme*, Le livre de Poche, coll. Pluriel, 1980, pp. 496 et s., qui montre dans la lignée de Hayek qu'il y a une antinomie fondamentale dans les termes.

<sup>127</sup> Il en parlera comme d'« un mirage », v. *Droit, législation et liberté*, op. cit., p. 321. Selon lui, « Étant donné qu'il s'agit là d'assigner à des gens déterminés des ressources particulières, cela implique une discrimination et un traitement inégal des individus ; ce qui est inconciliable avec une société libre », *La constitution de la liberté* (trad. R. Audouin et J. Garello, avec la collab. de G. Millière, préf. P. Némó ; l'ouvrage en anglais date de 1960), Litec, coll. Liberalia, 1994, p. 259.

<sup>128</sup> Il disait que « Peu de gens sont prêts à reconnaître que l'ascension du fascisme et du nazisme a été non pas une réaction contre les tendances socialistes de la période antérieure, mais un résultat inévitable de ces tendances », *La route de la servitude*, op. cit., p. 11.

<sup>129</sup> *Ibid.*

<sup>130</sup> Pour Bernard Manin, « Le marché dispense d'un accord sur les fins, l'interventionnisme rouvre le conflit sur les fins (...) la politique du bien-être ne peut ouvrir que sur les conflits et l'arbitraire, car le bien-être est sans principe », Hayek et la question du libéralisme, *RFSP*, vol. 33, n° 1, 1983, pp. 41 – 64, ici p. 62.

<sup>131</sup> *Ibid.*

<sup>132</sup> Friedrich Hayek, *La constitution de la liberté*, op. cit., p. 77

liberté. Non seulement la liberté n'a absolument rien à faire avec tout autre sorte d'égalité, mais elle est nécessairement source d'inégalité à de nombreux égards »<sup>133</sup>.

En définitive, s'il semblait se placer en amont de la critique monétariste en démontrant que le principe même de l'interventionnisme public est une hérésie, Hayek défendait de la même façon une vision foncièrement libérale de l'intérêt public. Il soutenait que la réalisation de ce dernier est purement immanente à la société, et implique de faciliter « la poursuite d'une grande diversité d'intentions individuelles »<sup>134</sup>.

L'auteur était-il alors, dit sommairement, contre l'État ? C'est là un aspect important qui permet d'introduire à la rationalité de la gouvernance. La critique hayékienne de l'État-providence de type keynésien n'impliquait pas un rejet catégorique de l'État comme il serait possible de le croire *a priori*. C'est sa forme interventionniste qu'il contesta, autrement dit l'idée que la réalisation de l'intérêt public passe par une intervention transcendante des intérêts privés, plus que l'institution étatique elle-même. Sa théorie comportait donc deux aspects qui sont les deux faces d'une même pièce, l'une en constituant le versant négatif, la remise en cause du rôle de l'État en tant qu'acteur indispensable du jeu social, l'autre le versant normatif. Dans ce dernier cadre sur lequel il faudra revenir<sup>135</sup>, l'auteur proposa la mise en place de ce qu'il considéra comme un État de droit susceptible de garantir l'ordre spontané issu du marché<sup>136</sup>. Cela montre qu'il n'existe pas un seul archétype d'État à partir duquel une réflexion unitaire peut être menée. De la même manière, il est possible de penser la cohésion sociale en dehors du rôle de coordinateur central et unique de l'État. Ces préceptes vont être approfondis par la suite.

---

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 83.

<sup>134</sup> Friedrich Hayek, *Droit, législation, liberté, op. cit.*, p. 331. V., plus généralement, pp. 324 – 331.

<sup>135</sup> Les trois tomes de son ouvrage des années 1970, *Droit, législation et liberté, op. cit.*, seront une sorte d'aboutissement des œuvres précédentes, et permettent pour la première fois à l'auteur d'envisager de manière normative l'institution étatique. V. *infra*, pp. 142 et s.

<sup>136</sup> À ce sujet, Gilles Dostaler distingue ces deux aspects à propos de Hayek : « sa remise en question de l'État n'était pas aussi radicale qu'on le pense. Mais en même temps, sa critique de l'interventionnisme est radicale. Il est donc indéniable que son argumentation a servi d'appui à des décisions, prises un peu partout dans le monde, de démanteler un système mis en place depuis la révolution keynésienne », *Hayek et sa reconstruction du libéralisme, op. cit.*, p. 20.

## Conclusion chapitre 1

L'histoire esquissée dans ce chapitre a fait apparaître un élément décisif concernant la problématique de la réalisation de l'intérêt public au cœur de la gouvernance. La fin des années 1970 a en effet marqué le passage d'une « régulation par l'État à une régulation par le marché »<sup>137</sup>. La coordination spontanée des intérêts individuels sur le marché, autrement dit l'organisation de la vie sociale sur le schéma de l'activité économique, a été réhabilitée en tant que susceptible de bénéficier au plus grand nombre. Corrélativement, le volontarisme politique au nom duquel l'État intervenait sur la société sous la forme de l'imposition d'une domination fut vivement contesté. Dans ce schéma où la société définit le bien public avec ses propres règles et sans action extérieure, le droit public en tant que droit de la chose publique n'a pas de raison d'être.

Ce retournement a été une condition essentielle aux développements postérieurs, quelle que soit leur diversité, car il a ouvert la porte à l'hégémonie du raisonnement économique dont Hayek et Friedman, avec d'autres, ont été les précurseurs. Deux conséquences majeures peuvent être tirées de ces évolutions. D'une part, c'est le strict bornage de l'État par le marché qui a dorénavant été considéré comme la règle à suivre. D'autre part et dans la continuité, des réflexions commencèrent à émerger sur la question de savoir comment l'État pourrait faciliter le fonctionnement réputé autorégulateur du marché. C'est à partir de là qu'il faut raisonner pour comprendre le concept de « bonne gouvernance » et ses répercussions actuelles dans les pays développés en termes de gouvernance publique, et c'est en cela que l'histoire en la matière débute avec la réaction aux politiques interventionnistes inspirées par l'œuvre keynésienne.

---

<sup>137</sup> Michel Bouvier, *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt*, L.G.D.J., coll. Systèmes, 8<sup>e</sup> éd., 2007, p. 206.

## Chapitre 2 : L'hégémonie de la régulation par le marché

Le chapitre précédent a introduit au mouvement de balancier entre l'affirmation à partir des années 1930, puis la contestation à partir des années 1970, des théories visant à justifier l'intervention étatique active pour garantir le bien public, tant aux niveaux national qu'international. La remise en cause des fondements de ce rôle a logiquement entraîné le retour en force du principe que c'est, au contraire, de la libre concurrence des intérêts privés que résultera automatiquement la prospérité générale.

S'il y a dans ce basculement les racines profondes du concept de « bonne gouvernance » tel que développé par la Banque mondiale, il faut voir plus loin. La question se pose plus précisément de savoir ce qu'il y a « derrière » cette critique. S'agit-il de revenir au stade précédant les années 1930, marqué par le principe général du « laissez-faire », autrement dit le retour pur et simple des idées de l'école classique et d'un État « veilleur de nuit » ? Si cette vision n'est pas entièrement infondée<sup>1</sup>, elle masque toutefois l'essentiel. En effet, le concept de « bonne gouvernance » ne tend pas, dit sommairement, à supprimer l'État, et ses racines ne sont pas réellement à rechercher dans une confrontation entre ce dernier et le marché. Il y a derrière quelque chose de plus subtil, de moins direct.

Afin de le comprendre et d'introduire aux détails de la gouvernance, il convient d'aborder en premier lieu certaines théories développées dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle. Elles ont eu pour point commun non pas tellement de remettre en cause les théories de Keynes, ce point étant presque considéré comme acquis<sup>2</sup>, mais bien plus de proposer une nouvelle vision économique de la société et surtout de l'État, marquant le triomphe de la régulation par le marché dans la réalisation du bien public (section 1). La « bonne gouvernance » doit être placée dans le prolongement, c'est-à-dire comme une conceptualisation du rôle de l'État compatible avec ce nouveau paradigme (section 2).

---

<sup>1</sup> Il existe en effet un courant de pensée qui prêche directement et simplement la suppression de l'État et son remplacement par une anarchie de marché. Ses principaux auteurs sont David Friedman et Murray Rothbard. Toutefois, sans en nier l'importance, il n'en reste pas moins assez marginal. Pour une étude détaillée, v. Vincent Valentin, *Les conceptions néo-libérales du droit*, Economica, coll. Corpus Essais, 2002, not. pp. 339 et s.

<sup>2</sup> En cela les contributions de Friedman et de Hayek sont fondamentales. La division effectuée dans le plan ne doit donc pas faire perdre de vue qu'il existe une continuité entre ces théories.

## Section 1) L'extension du raisonnement économique à l'État

À travers les évolutions concernant la réalisation du bien public, ce travail n'interroge et n'utilise l'économie que pour permettre de porter un regard sur la gouvernance en droit public. En pratique, il apparaît que la science économique a proposé dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle diverses théories nouvelles intéressant directement cette problématique. Contrairement aux préceptes de Friedman ou de Hayek, il ne s'est pas agi que d'une contestation abrupte du modèle d'État interventionniste. La remise en cause a souvent été plus détournée, tout en approfondissant la première<sup>3</sup>. Il faut appréhender quel est le point commun de ces divers préceptes (§1) qui touchent au rôle de l'État dans la recherche de l'intérêt public de manière plus (§2) ou moins (§3) directe.

### §1. Les fondements communs

L'approfondissement des thèses de l'école classique à travers les développements de la microéconomie, et notamment de la théorie des choix rationnels (A), permet de mieux comprendre la portée de l'hégémonie du raisonnement économique qui est au cœur de cette évolution (B).

#### A. Le triomphe de la microéconomie néoclassique

Si la microéconomie s'est considérablement perfectionnée dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle (2), son essor a par la suite été largement facilité par le déclin progressif de la macroéconomie keynésienne. Afin de pénétrer ce mouvement de balancier historique, il est nécessaire de revenir en synthèse sur ces deux approches (1).

---

<sup>3</sup> Jacques Chevallier résume les choses de la manière suivante : « Même si les auteurs qui peuvent être rangés dans ce courant sont divers et si leurs analyses sont, sur bien des points, divergentes, ils se retrouvent autour de quelques idées-forces – un individualisme radical, la valorisation de la raison économique au détriment de la raison politique, la primauté de l'ordre de marché », préf. in Vincent Valentin, *Les conceptions néo-libérales du droit*, op. cit., p. 1.

## 1) Microéconomie, macroéconomie, et intérêt public

La macroéconomie s'intéresse au comportement de l'économie dans son ensemble, mesuré par des agrégats (le niveau de la production, des prix, de l'emploi, etc.), sans s'appuyer sur une théorie particulière des comportements individuels. Au contraire, la microéconomie part de l'étude des conduites des unités économiques individuelles isolées (les consommateurs, les entreprises, les industries, etc.) et de leurs interactions<sup>4</sup>.

Il serait erroné d'opposer frontalement ces perspectives car elles visent toutes deux à expliquer l'économie dans son ensemble. C'est en fait leur approche qui est divergente. Deux auteurs résument ce point en soulignant que « La théorie de l'équilibre général en microéconomie cherche donc à résoudre les mêmes problèmes fondamentaux que la théorie macroéconomique : étant donné divers environnements économiques, quels biens seront produits, comment le seront-ils, qui les obtiendra ? Mais, là où la macro donne des réponses en termes d'agrégats, la théorie de l'équilibre général donne des réponses en termes de consommateurs, de producteurs et de biens »<sup>5</sup>.

C'est justement à travers cette notion d'équilibre général qu'il est possible de mieux comprendre les débats, afin notamment de montrer comment les rapports entre ces deux approches ont pu évoluer compte tenu des succès puis des échecs des théories keynésiennes. D'un point de vue historique, la microéconomie moderne a précédé la macroéconomie. Elle trouve ses racines dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle chez des auteurs comme Stanley Jevons et surtout Léon Walras<sup>6</sup>. Comme le dit Claude Mouchot, « Walras est le fondateur, universellement reconnu, de la théorie de l'équilibre général »<sup>7</sup>. Il a ainsi cherché à démontrer à partir des comportements individuels l'optimalité de l'équilibre général de concurrence, qui signifie le plein emploi de tous les facteurs de production : toute la population active serait occupée et tous les capitaux seraient utilisés. Ce qui est important est évidemment que cette recherche constitue le perfectionnement des théories classiques justifiant le « laissez-faire »

---

<sup>4</sup> Pour des détails sur ces questions, v. les contributions de Patrick Artus sur la macroéconomie et de Gilles Rotillon sur la microéconomie in *Dictionnaire des sciences économiques*, op. cit., respectivement pp. 529 – 531 et 571 – 574.

<sup>5</sup> James Quirk et Rubin Saposnik, *Théorie de l'équilibre général et économie du bien-être* (trad. J-J. Laffont et G. Laroque ; l'ouvrage en anglais date de 1968), PUF, 1974, p. 1. Pour Gilbert Ambraham-Frois, « Par opposition à la microéconomie qui étudie l'affectation des ressources, la macroéconomie est l'étude du niveau de l'activité économique », *Keynes et la macroéconomie contemporaine*, Economica, 1993, pp. ix – x.

<sup>6</sup> Pour Claude Ménard, « Alfred Marshall, qu'on peut considérer comme le fondateur, avec Antoine Augustin Cournot et Léon Walras, de la microéconomie », *L'économie des organisations*, La découverte, coll. Repères, 1995, p. 11.

<sup>7</sup> Claude Mouchot in *Dictionnaire des sciences économiques*, op. cit., pp. 984 – 985, ici p. 984.

décrites précédemment, et notamment de la loi de Say<sup>8</sup>. C'est au nom de Vilfredo Pareto que cette optimalité est habituellement associée. Un optimum de Pareto est un état dans lequel on ne peut pas améliorer le bien-être d'un individu sans détériorer celui d'un autre<sup>9</sup>. Dit autrement, on ne peut faire mieux sans léser personne. Il s'agit d'un concept fondamental, car en découle l'idée que l'intervention publique n'est envisageable que si et seulement si cet optimum se trouve respecté. Or, c'est en pratique rarement le cas, ce qui permet de rejeter par principe une telle action<sup>10</sup>.

À travers sa démonstration de l'équilibre de sous-emploi, l'œuvre keynésienne précédemment décrite a contesté l'idée d'un équilibre général au fondement microéconomique parfait ou quasi parfait au profit d'une vision macroéconomique<sup>11</sup>. Cet essor a aussi été lié au progrès de la statistique et de la comptabilité nationale. Il est important de souligner qu'il en résulte une autre idée de l'optimum social, beaucoup plus large que celle issue des travaux de Pareto, appelé l'optimum de Kaldor-Hicks. Cette fois, l'intervention publique est efficiente dès l'instant où, *in fine*, un avantage additionné pour la société a été trouvé qui dépasse les pertes<sup>12</sup>. Cette analyse globale permet par conséquent de justifier beaucoup plus facilement l'action de l'État.

La remise en cause des préceptes keynésiens eut pour conséquence le retour sur le devant de la scène des thèses microéconomiques. C'est dans ce cadre que la contestation d'auteurs comme Friedman et surtout Hayek est capitale, mais il faut comprendre dans un contexte plus général comment ce retour a été possible sur un plan plus technique.

---

<sup>8</sup> V. *supra*, p. 31.

<sup>9</sup> Après avoir affirmé le caractère maximisateur de la libre concurrence, Pareto ajoute que, « si l'on veut changer arbitrairement la distribution de la richesse, il convient de le faire en enlevant directement aux uns pour donner aux autres », *Cours d'économie politique*, 1897, réédition Genève, Droz, 2 t., 1964, t. 2, p. 99.

<sup>10</sup> Pour Bernard Guerrien, un tel critère est effectivement « très conservateur, dans le sens où il n'admet pas que l'on puisse modifier la répartition en prenant à quelques-uns pour donner à d'autres », *L'économie néo-classique*, La découverte, coll. Repères, 1989, p. 47.

<sup>11</sup> En pratique, le modèle macroéconomique correspondant aux politiques keynésiennes et permettant un pilotage de l'économie est le modèle IS-LM formalisé par John Hicks, lui-même souvent complété par la courbe de Philipps précédemment évoquée, puis par la prise en compte de relations avec l'extérieur, généralement dans le cadre d'un modèle Mundell-Fleming (sur ce point, v. Gilbert Abraham-Frois in *Dictionnaire des sciences économiques*, *op. cit.*, pp. 532 – 536, surtout p. 532).

<sup>12</sup> Comme le dit Xavier Greffe, « Tout projet pourra être considéré comme bon si son gain net est positif », *Économie des politiques publiques*, Précis Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 1997, p. 311.

## 2) L'extension de la microéconomie par la théorie des choix rationnels

Poursuivant les travaux de Walras et Pareto, de nombreux auteurs au XX<sup>e</sup> siècle vont approfondir les recherches en microéconomie. Pour Michel Beaud et Gilles Dostaler, ce renouveau « s'enracine dans certains aspects de l'économie classique, mais a été engendré par la révolution marginaliste, privilégie l'*homo oeconomicus*, et donc une rationalité générale portant sur quelques choix élémentaires, le marché, l'équilibre, l'optimum »<sup>13</sup>. Ces économistes, qualifiés généralement de néoclassiques, vont concevoir la société comme un ensemble d'individus libres et égaux agissant de manière bien particulière, c'est-à-dire sous le postulat de l'individualisme méthodologique, qui conduit à raisonner au niveau microéconomique à partir d'hypothèses sur le comportement des agents et sur le fonctionnement des marchés où ces agents se rencontrent<sup>14</sup>. Le cœur du modèle est le paradigme de l'*homo oeconomicus*<sup>15</sup>, c'est-à-dire la théorie du choix rationnel qui peut se résumer ainsi : la Terre étant peuplée d'individus rationnels, motivés par leurs intérêts personnels, les comportements sont déterminés par un calcul des valeurs et une évaluation des risques. L'hypothèse est que ces individus sont déterminés par des décisions calculées, qu'ils sont capables d'avoir une conscience claire de leurs préférences, et qu'ils maximisent toujours leurs avantages. Partant de là, la rationalité de chaque personne entraîne celle de l'ensemble et donc l'harmonie sociale. Il n'est alors pas ou plus besoin d'un régulateur étatique qui garantirait le triomphe d'un bien public que ces interactions individuelles seraient à elles seules incapables d'atteindre dans de nombreux cas ; d'une telle hégémonie du raisonnement microéconomique découle l'impossibilité de penser la régulation sociale à travers l'imposition d'une tutelle sur la diversité sociale.

Bien que contestée<sup>16</sup>, la théorie des choix rationnels va ouvrir la voie à des avancées majeures du raisonnement économique<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> Michel Beaud et Gilles Dostaler, *La pensée économique depuis Keynes : historique et dictionnaire des principaux auteurs*, Le Seuil, 1993, p. 129. De la même manière, Pierre Picard retient que « l'analyse microéconomique repose sur le postulat audacieux de rationalité des agents », *Éléments de microéconomie*, t. 1, *Théorie et applications*, Montchrestien, coll. Précis Domat, 7<sup>e</sup> éd., 2007, p. iii.

<sup>14</sup> Pour Robert Boyer, « L'individualisme méthodologique postule que l'individu est l'acteur fondamental de la société. Tout collectif n'est qu'une agrégation d'individus et ne peut être analysé que comme le résultat de l'interaction entre individus », *Le tournant des sciences sociales, L'économie politique*, n° 6, avril 2000, pp. 12 – 38, ici p. 13.

<sup>15</sup> V. Pierre Demeulenaere, *Homo oeconomicus, enquête sur la constitution d'un paradigme*, PUF, Quadrige, 2003.

<sup>16</sup> Sur la critique de l'*homo oeconomicus*, v. Tony Andréani, *Un être de raison : critique de l'homo oeconomicus*, Syllepses, 2000. Pour une contestation de cette approche économique appliquée spécifiquement à l'analyse

## B. La portée

Les précisions précédentes sont importantes car elles permettent d'y voir plus clair dans l'évolution des idées d'économie politique. L'essor de la microéconomie néoclassique va avoir deux conséquences principales. D'une part, il va s'agir d'affiner la critique du modèle keynésien<sup>18</sup> (1). D'autre part et surtout, un champ théorique très fécond va être ouvert, qui permettra schématiquement de justifier l'hégémonie du raisonnement économique sur d'autres sciences (2).

### 1) L'approfondissement de la critique keynésienne

L'hégémonie du raisonnement économique issue de l'école néoclassique doit être d'abord replacée comme un approfondissement des contestations de Hayek (a) et de Friedman (b).

#### (a) L'approfondissement des théories de Friedrich Hayek

Hayek contestait l'interventionnisme public en se fondant sur une appréhension particulière du marché. Si ses idées ont à ce titre nourri l'hégémonie du raisonnement économique, il convient d'opérer une distinction importante. En effet, la conception hayékienne du marché se démarque singulièrement du concept d'*homo oeconomicus* tel que développé par l'école néoclassique. Si Hayek retient lui aussi une approche individuelle des comportements, il met l'accent sur le subjectivisme, ce qui signifie que les actions humaines ne peuvent être appréciées qu'à partir tant des connaissances des individus rationnels que de leurs croyances, perceptions et espérances. Dès lors, il réfute l'idée d'un individu disposant d'une information parfaite, agissant mécaniquement et répondant toujours de la même

---

économique du droit, v. Robert Ellickson, *Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors: A Critique of Classical Law and Economics*, *Chi.-Kent L. Rev.*, vol. 65, 1989, pp. 23 – 55.

<sup>17</sup> L'évolution par rapport à Walras et Pareto est importante, quoique la notion d'équilibre général soit une constante. Chez ces derniers, la microéconomie ne retenait qu'un seul cadre de référence, le marché de concurrence pure et parfaite. Celui-ci était présenté dans une optique normative comme le modèle idéal. La microéconomie contemporaine a dépassé ce stade et pris conscience de la complexité des mécanismes qui permettent une coordination satisfaisante des décisions individuelles. Elle s'efforce donc d'analyser les situations de conflit et elle prend en considération les imperfections de l'information.

<sup>18</sup> Il faut préciser que cet approfondissement n'implique pas que Hayek et Friedman puissent être compris dans l'école néoclassique au sens strict du terme, surtout Hayek. V., pour rappel, Bertrand Munier in *Dictionnaire des sciences économiques*, *op. cit.*, surtout p. 631.

manière à un stimulus donné. La modélisation des comportements est à ses yeux impossible puisque les individus sont des êtres complexes. En cela, l'école autrichienne se démarque sensiblement de la rationalité défendue par l'école néoclassique<sup>19</sup>.

#### (b) L'approfondissement des théories de Milton Friedman

Friedman et l'école monétariste sont des sources importantes pour comprendre le retournement favorable aux idées néoclassiques. Mais, comme Hayek, il semble que l'hégémonie du raisonnement économique ait dépassé leurs recherches<sup>20</sup>. Pour le comprendre, il faut notamment se focaliser sur le concept des anticipations rationnelles, qui vient prolonger l'hypothèse du consommateur rationnel néoclassique et dépasser la supposition monétariste des anticipations adaptatives permettant d'expliquer les conséquences inflationnistes des politiques keynésiennes<sup>21</sup>. Partant du principe que la collecte d'informations et la formation des anticipations relèvent de la procédure des choix rationnels<sup>22</sup>, certains auteurs ont formulé l'idée que ces anticipations sont rationnellement fondées sur des informations économiques pertinentes : « Cela ne signifie pas que les agents ne se trompent pas, mais simplement que l'espérance mathématique de se tromper est nulle en moyenne »<sup>23</sup>.

Les conséquences sont importantes car, en perfectionnant les théories monétaristes, les anticipations rationnelles permettent d'approfondir encore un peu plus la critique de Keynes. Ainsi, « les politiques économiques préconisées par les keynésiens n'ont plus leurs effets

---

<sup>19</sup> Pour Stéphane Longuet, « La singularité des Autrichiens réside dans leur volonté de ne pas concevoir l'individu uniquement comme un pur calculateur rationnel, maximisant des fonctions objectifs ainsi qu'il apparaît dans la théorie néo-classique. Ils s'attachent au contraire à penser le caractère actif et créatif du comportement individuel », *Hayek et l'école autrichienne, op. cit.*, p. 15.

<sup>20</sup> Le monétarisme a été vivement critiqué, notamment par les post-keynésiens. Mais, pour Michel Beaud et Gilles Dostaler, « Une autre attaque (...) viendra d'un tout autre camp, et prendra une allure très différente. Elle est le fait d'économistes qui partagent la vision politique des monétaristes, et sont même plus radicaux dans la remise en question de l'interventionnisme économique de l'État (...). Il s'agit des théoriciens de la nouvelle macroéconomie classique », *La pensée économique depuis Keynes, op. cit.*, p. 167. Cette théorie débute en 1961 avec la parution de l'article de John Muth, Rational Expectations and the Price Movements, *Econometrica*, vol. 29, 1961, pp. 315 – 335. Elle connaîtra son heure de gloire avec son application par Robert Lucas. Sur ce dernier, v. Gilbert Abraham-Frois et Françoise Larbre, *La macro après Lucas, textes choisis*, Economica, 1998.

<sup>21</sup> Pour rappel, selon les anticipations adaptatives, l'erreur de prévision future est directement proportionnelle aux erreurs des prévisions passées. V. *supra*, note 108 p. 58.

<sup>22</sup> « Les anticipations rationnelles sont une application du principe de comportement rationnel à l'acquisition et au traitement de l'information et à la formation des anticipations », Rodney Maddock et Michael Carter, Rational Expectations, *J. of Economic Literature*, vol. 20, 1982, reproduit et traduit dans l'article Un guide à l'usage des enfants sur les anticipations rationnelles, in Gilbert Abraham-Frois et Françoise Larbre, *La macro après Lucas, textes choisis, op. cit.*, pp. 65 – 87, ici p. 68.

<sup>23</sup> Damien Gaumont in *Dictionnaire des sciences économiques, op. cit.*, ici p. 604.

attendus dès lors qu'elles sont parfaitement anticipées par les agents économiques »<sup>24</sup>. Mais, surtout, de là découle l'idée que la meilleure politique économique, c'est l'absence complète de politique économique.

Au-delà de ces approfondissements qui ont pu faire dire que Hayek et Friedman restaient dans un cadre de réflexion traditionnel<sup>25</sup>, les développements microéconomiques ont ouvert des champs de recherche fertiles.

## 2) L'ouverture de nouveaux champs de recherche

C'est dans le contexte global précédemment défini que les théories néoclassiques vont triompher à partir des années 1960-1970, et que le principe maximisateur de l'agent économique rationnel va prendre toute sa place. Il est fondamental de noter que son champ d'application va très rapidement dépasser le seul secteur économique pour toucher tous les domaines de la vie sociale<sup>26</sup> car, si ce principe fonctionne en économie, pourquoi ne fonctionnerait-il pas ailleurs ? « Au total, la microéconomie est aujourd'hui sortie de son lit naturel, le domaine des prix, pour s'imposer comme la science de la société »<sup>27</sup>. En conséquence, comme le dit Robert Boyer, « le principe de division des sciences sociales est moins clair que jamais, à une époque toute entière marquée par la victoire de l'individualisme méthodologique et l'exportation de nombre de méthodes de l'économiste (théorie des choix rationnels, théorie des jeux, méthodes statistiques et économétriques, etc.) à d'autres champs (sociologie, science politique, histoire) »<sup>28</sup>.

De façon synthétique, le point commun de ces théories consiste à analyser tous les phénomènes sociaux, notamment le phénomène étatique, par le prisme du raisonnement économique maximisateur découlant de la vision de l'*homo oeconomicus*<sup>29</sup>. La question va

---

<sup>24</sup> Hervé Defalvard, *Fondements de la microéconomie*, vol. 1, *Les choix individuels* (préf. R. Guesnerie), Bruxelles, De Boeck, coll. Questions d'économie et de gestion, 2003, p. 29.

<sup>25</sup> Pour Mark Olssen, John Codd et Anne-Marie O'Neill, « Bien que Friedman et Hayek soient des influences importantes dans l'éveil du néolibéralisme, parce qu'ils sont les partisans d'un État minimal, leurs propres positions relèvent techniquement du libéralisme classique », *Education Policy: Globalization, Citizenship and Democracy*, London, Sage Publication, 2004, p. 160.

<sup>26</sup> Sur le triomphe général du raisonnement économique, v. Edward Lazear, *Economic Imperialism*, *Q. J. Econ.*, vol. 115, 2000, pp. 99 – 146.

<sup>27</sup> Hervé Defalvard, *Fondements de la microéconomie*, *op. cit.*, p. 29.

<sup>28</sup> Robert Boyer, *Le tournant des sciences sociales*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>29</sup> Gary Becker est un auteur important à ce titre. Pour Gilles Dostaler et Michel Beaud « On peut considérer l'ensemble de son œuvre comme découlant d'un programme de recherche visant à expliquer l'ensemble des comportements humains au moyen des principes de base de l'analyse néoclassique, fondés sur l'hypothèse de la

alors être celle de savoir comment analyser économiquement l'État, et surtout comment il pourrait être possible face aux défaillances qui lui sont imputées de le penser en fonction de la même théorie économique, c'est-à-dire de concevoir un État compatible avec les principes de l'agent économique rationnel. Cela marque une évolution décisive car, comme le dit Claude Meidinger, « il serait erroné de croire que la nouvelle économie libérale se limite à n'être qu'une contre-révolution keynésienne »<sup>30</sup>. Il s'agit de poser les bases d'une analyse concrète de l'État. Le changement est essentiel car il laisse apparaître l'idée que l'État peut et doit en quelque sorte servir le marché<sup>31</sup>, ce qui rejaillit sur la nécessité de l'encadrer strictement. Ces avancées témoignent notamment d'une prise de conscience souvent occultée auparavant par l'analyse économique de ce que les règles et les institutions sont une variable centrale de l'activité économique<sup>32</sup>.

En définitive, il n'est plus question de penser le succès de l'intérêt public par le biais d'une intervention publique transcendant les intérêts privés. Pour détailler ce point, il faut partir de l'étude de l'école des choix publics (*Public choice*)<sup>33</sup>, qui a en quelque sorte ouvert la voie en appliquant directement le raisonnement économique à l'État<sup>34</sup>, marquant une étape importante dans la consécration de la régulation sociale par le marché.

## §2. L'extension directe par les théories des choix publics (*Public choice*)

L'école des choix publics trouve une unité à partir de fondements communs centrés autour d'une analyse économique de la politique et du bien public (A), de sorte que ses

---

rationalité des individus », *La pensée économique depuis Keynes, op. cit.*, p. 239. Sur l'œuvre de Gary Becker, v. *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago, University of Chicago Press, 1976.

<sup>30</sup> Claude Meidinger (dir.), *La nouvelle économie libérale*, Presses de Sciences Po, 1983, p. 13.

<sup>31</sup> Si le changement est fondamental, il reste important de souligner que les auteurs partent évidemment du principe que la critique keynésienne est acquise et qu'il faut en quelque sorte reconstruire à partir de là. À ce sujet, un auteur comme James Buchanan, auteur connu de thèses du *Public choice*, n'en reste pas moins un farouche opposant de Keynes. V. James Buchanan et Robert Wagner, *Democracy in Deficit: The Political Legacy of Lord Keynes*, NY, Academic Press, Harcourt Brace Jovanovich, 1977.

<sup>32</sup> En cela, la différence est établie avec Friedman et Hayek, quoique ce dernier arrivera dans ses derniers ouvrages à réfléchir à la mise en place d'un État compatible avec la logique réputée naturellement harmonieuse du marché.

<sup>33</sup> Il sera tantôt fait référence à l'un, tantôt à l'autre, dans un sens identique.

<sup>34</sup> Les développements liés à Ronald Coase mènent, quant à eux, une approche plus indirecte, quoique les théories soutenues et les résultats obtenus soient au final assez proches, au moins en ce qui concerne la question cruciale de la réalisation de l'intérêt public et du droit qui y correspond, le droit public.

développements pluriels ont des conséquences essentielles pour les questions au cœur de cette thèse<sup>35</sup> (B).

#### A. Les fondements : l'analyse économique de l'intérêt public

Il s'agit de contester la vision traditionnelle de l'intérêt public et du jeu démocratique au sens large du terme (1) à partir d'une extension du raisonnement économique (2).

##### 1) Une réaction à une conception traditionnelle

Le point de départ de cette école consiste à relever que, pendant longtemps, l'analyse économique a été marquée par une conception particulière de l'État et de la politique, à savoir que les décideurs étaient supposés avoir des objectifs correspondants à ceux de l'intérêt de la collectivité. Ainsi, dans le domaine de la politique économique, ces buts pouvaient être l'emploi ou encore la lutte contre l'inflation. Dans tous les cas, il s'agissait globalement d'améliorer la vie des citoyens. Selon les théoriciens du *Public choice*, cela met à jour une sorte de division artificielle selon que l'analyse traite de l'économie publique ou de l'économie privée. Cette dernière voit à l'œuvre des individus menés par leurs intérêts égoïstes. Pour éviter les conséquences néfastes de ces comportements pour la société, il conviendrait d'intervenir par un encadrement incarnant l'intérêt public. La première, au contraire, présente l'État comme le reflet des intérêts de la collectivité, animé par des hommes politiques et des fonctionnaires dévoués à la société.

La perspective keynésienne a mis sur le devant de la scène cette différence. En effet, la mise à jour des défaillances supposées du marché et la nécessité corrélative de faire agir l'État pour y remédier tiennent du même raisonnement. Il s'agit en filigrane de l'idée que seul l'État est capable de garantir le bien public, c'est-à-dire le développement le plus harmonieux de la société face à des comportements individuels susceptibles de mener à de graves dysfonctionnements en l'absence de correctifs adaptés.

La remise en cause de cette perspective va permettre une avancée théorique importante. Les tenants de cette école des choix publics ont en quelque sorte voulu inverser la

---

<sup>35</sup> Les travaux de cette école sont souvent présentés à partir de l'ouvrage fondateur de James Buchanan et Gordon Tullock, *The Calculus of Consent: Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1965. Il est toutefois essentiel de noter que sous la bannière unificatrice de cette école peut être regroupé un ensemble de théories diverses.

présomption en faveur de l'intervention publique telle que résumée ci-dessus. À leurs yeux, plutôt que de partir du postulat que cette dernière est légitime dès l'instant où des déficiences du marché ont été inventoriées, il est d'abord indispensable de s'assurer que les propres défauts de l'État ne sont pas supérieurs aux anomalies auxquelles on cherche à remédier. Ils rejettent donc ce qu'ils considèrent comme une interprétation simplificatrice de la vie politique. La théorie devient celle de la mise à jour des défaillances de l'État et, au-delà, de tout le processus démocratique. La colonne vertébrale de la controverse est une extension sans précédent de l'analyse économique.

## 2) La nouvelle vision économique

Pour présenter une telle critique des institutions publiques et du processus démocratique, les auteurs vont leur appliquer un raisonnement économique. James Buchanan, considéré comme le grand inspirateur de cette école, résume la recherche lorsqu'il soutient que le *Public choice* est « une vision de la politique construite à partir d'une application extensive des méthodes et instruments de l'économiste aux prises de décisions collectives ou non marchandes »<sup>36</sup>. L'objet d'analyse devient dès lors le même que celui de la science politique : le comportement des votants, la politique des partis, le théorie de l'État, la bureaucratie, etc. ; mais la méthode change. Le postulat de comportement de l'analyse des décisions publiques, qui contribue à renforcer la validité scientifique du paradigme de l'*homo oeconomicus*, est que l'homme est égoïste, rationnel, et qu'il maximise son utilité<sup>37</sup>.

La portée de cette théorie se résume dans l'idée que l'homme politique et le fonctionnaire sont des individus ni plus ni moins altruistes que leurs concitoyens. Ils sont représentés comme agissant de la même façon dans la sphère publique et privée. Gordon Tullock résume cette pensée de la façon suivante : « tous les agents de l'État ont pour principal but de satisfaire leur propre utilité, c'est-à-dire servir leurs intérêts personnels »<sup>38</sup>. Mais la critique est tout aussi applicable aux citoyens, c'est-à-dire que si les hommes politiques et les fonctionnaires formulent des offres, les membres de la société en sont les

---

<sup>36</sup> James Buchanan, *The Public Choice Perspective*, *J. of Public Finance and Public Choice*, vol. 1, 1983, pp. 7 – 15, reproduit in C. Rowley (dir.), *Public Choice Theory*. Vol. III: *The Separation of Powers and Constitutional Political Economy*, Brookfield, E. Elgar Publishing, 1993, pp. 534 – 542, ici p. 534.

<sup>37</sup> V. Dennis Mueller, *Analyse des décisions publiques* (présent. X. Greffe, trad. P. de Lavergne ; l'ouvrage en anglais date de 1980), *Economica*, coll. Cambridge Surveys of Economic Literature, 1982, p. 1.

<sup>38</sup> Gordon Tullock, *Le Marché politique, analyse économique des processus politiques* (l'ouvrage en anglais date de 1976), *Economica*, 1978, p. 10.

demandeurs. Gordon Tullock peut ainsi ajouter que « Électeurs et consommateurs sont essentiellement les mêmes personnes »<sup>39</sup>. Dès lors, l'idée d'un État bienveillant est abandonnée. À sa place, l'école du *Public choice* propose un modèle dans lequel les hommes politiques et les partis essaient d'obtenir le maximum de votes, afin de gagner des positions de pouvoir ou des avantages financiers grâce aux budgets publics<sup>40</sup>. Tout ceci se résume dans le concept central de « marché politique »<sup>41</sup>, qui est une façon de représenter le fonctionnement de l'État et de la démocratie comme un vaste marchandage, et dans lequel les élections consistent à échanger des promesses d'intervention gouvernementale contre des votes.

Du fait des dérives qu'ils constatent, la faveur de ces auteurs est très claire. Ils préfèrent « le marché, même imparfait, aux dérives de l'action politique qui masque les préférences individuelles sous le prétexte de l'intérêt général »<sup>42</sup>. Ce faisant, la politique perd toute vertu désintéressée, et la recherche de l'intérêt public par l'intervention gouvernementale devient une pure fiction<sup>43</sup>.

## B. Les développements

La nouvelle approche a des conséquences importantes sur l'appréhension des fondements de la démocratie et de l'État. En étudiant les effets pervers mis à jour, la question devient celle des règles à mettre en place pour justement éviter, ou au moins pour limiter au maximum, ces conséquences néfastes. La critique du *Public choice* se distingue donc par deux aspects interdépendants, l'un positif (1), l'autre normatif (2).

### 1) Approche positive

La contestation se révèle schématiquement dans deux temps de la vie de l'État démocratique que sont, d'une part et en général, l'élection et le processus politique (a) et, d'autre part et de manière plus spécifique, l'action des fonctionnaires (b).

---

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>40</sup> C'est la notion de recherche de rentes (*rent-seeking*) qui est utilisée par les auteurs.

<sup>41</sup> Comme le dit Henri Lepage dans sa préface à la traduction française de James Buchanan, *Les limites de la liberté : entre l'anarchie et le Léviathan* (trad. G. Millière et P. Lemieux ; l'ouvrage en anglais date de 1975), Litec, coll. Libéralia, 1992, J. Buchanan est bien « l'inventeur du 'marché politique' », p. xxiii.

<sup>42</sup> Yves Crozet, *Analyse économique de l'État*, Armand Colin, coll. Cursus, 1997, p. 57.

<sup>43</sup> Pour Gordon Tullock, « l'analyse de la tactique choisie par l'homme politique indique qu'il s'efforce d'être réélu à son poste, et non qu'il tente de maximiser l'intérêt général », *Le marché politique, op. cit.*, p. 32.

### (a) La critique économique de la démocratie et du processus électoral

Les premières recherches datent des années 1950. Anthony Downs proposa notamment une vision économique de la démocratie dans laquelle le gouvernement et les partis politiques développent une stratégie rationnelle de conquête et par la suite de maintien au pouvoir<sup>44</sup>. Un concept clé qui sera développé est celui de « *logrolling* », défini par Gordon Tullock comme une procédure par laquelle « j'accepte de voter en faveur de quelque chose que vous voulez si, en échange, vous acceptez de voter pour une chose que je souhaite »<sup>45</sup>. Cela met à jour les marchandages parlementaires et politiques, et permet selon l'auteur à un grand nombre de groupes de pression minoritaires d'être en mesure de faire adopter des politiques qui imposent à la collectivité une somme de coûts supérieure aux gains réalisés. Mancur Olson soulignera aussi l'importance des groupes d'intérêts car, selon lui, une loi ne peut être votée que si elle draine des profits particuliers pour ceux qui contribuent à son élaboration<sup>46</sup>, et dans ce cadre général l'accent est mis sur la nécessité de viser l'électeur médian<sup>47</sup>. Kenneth Arrow démontrera quant à lui l'impossibilité de choix démocratiques cohérents à travers un théorème qui portera son nom<sup>48</sup>.

En définitive, la démarche du *Public choice* en arrive à une contestation saisissante de la démocratie. De cette approche découle une vision des plus négatives des comportements politiques, visant à favoriser les intérêts de quelques-uns au détriment de ceux de la grande majorité silencieuse. C'est d'autant plus vrai que la controverse ne s'arrête pas là.

### (b) La critique économique de la fonction publique

Cette critique doit être comprise dans la continuité directe des principes énoncés précédemment. Comme le dit Jacques Généreux à propos de l'auteur central en la matière, « L'intérêt majeur de l'approche développée par Niskanen consiste précisément à intégrer,

---

<sup>44</sup> Anthony Down, *An Economic Theory of Democracy*, NY, Harper and Row, 1957. À ce sujet, il semble que cet ouvrage soit le véritable point de départ de l'école du *Public choice*. Pour Vincent Valentin, Downs est « le père de l'analyse économique des institutions », *Les conceptions néo-libérales du droit*, *op. cit.*, p. 159.

<sup>45</sup> Gordon Tullock, *Le marché politique*, *op. cit.*, p. 48.

<sup>46</sup> Mancur Olson, *The Logic of Collective Action*, Cambridge, Harvard University Press, 1965.

<sup>47</sup> C'est ici le théorème du vote médian de Duncan Black pour qui, dans les systèmes électoraux de type majoritaire, la politique choisie est celle qui correspond aux préférences de l'électeur médian, ce qui conduit à des solutions non optimales pour la société. V. Vincent Valentin, *Les conceptions néo-libérales du droit*, *op. cit.*, pp. 167 – 168.

<sup>48</sup> Kenneth Arrow, *Social Choice and Individual Values*, London, Chapman & Hall, 1951. Il emprunte en cela à Condorcet.

dans un même modèle des choix publics, la maximisation des votes par les élus et la maximisation des objectifs des bureaucrates »<sup>49</sup>. Renversant ici aussi la présomption d'intérêt commun attachée au travail du fonctionnaire, James Buchanan dira à son propos qu' « On ne peut guère s'attendre à ce qu'il serve un vague 'intérêt général', sauf si celui-ci est compatible avec ce qu'il perçoit comme son intérêt personnel »<sup>50</sup>. Pour Gordon Tullock, « Les bureaucrates (...) prendront la majorité de leurs décisions en fonction de ce qui les avantage personnellement, et non en considérant le bénéfice qu'en retirera la société dans son ensemble »<sup>51</sup>.

Le résultat de ces principes consiste dans la recherche par les fonctionnaires d'une augmentation de la taille de leurs services, afin d'accroître leur influence. Plusieurs facteurs font que la demande de bureaucratie se trouve accentuée. Tout d'abord, le fait que ce sont souvent les bureaucrates qui se constituent en groupes de pression dans ce but ; ensuite, que ces mêmes personnes sont aussi électeurs ; enfin, qu'elles résistent à la diminution de leur budget grâce à des informations supérieures sur leurs services. Tout cela aboutit au fait que le phénomène bureaucratique serait à la fois contre productif pour la société et difficilement réformable.

La mise à jour de toutes ces défaillances mène les auteurs à s'interroger sur la nature des règles qui seraient susceptibles de contrer les problèmes mis à jour.

## 2) Approche normative

Les auteurs de l'école du *Public choice* ont réfléchi aux fondements d'un État qui serait compatible avec leurs doctrines. C'est le programme dit de la Nouvelle économie constitutionnelle (*New constitutional economy*), qui est la branche normative du *Public choice*. En d'autres termes, ce n'est alors plus aux comportements des individus dans des règles données que s'intéressent les auteurs, mais au choix même de ces règles<sup>52</sup>. Le point de départ est évident. Puisque les hommes politiques et les fonctionnaires sont amenés à abuser

---

<sup>49</sup> Jacques Généreux, *L'économie politique. Analyse économique des choix publics et de la vie politique*, Larousse, coll. Textes essentiels, 1996, p. 419. Le terme de « bureaucrate » employé est d'ailleurs significatif de la vision péjorative qui y est liée.

<sup>50</sup> James Buchanan, *Les limites de la liberté*, op. cit., p. 183.

<sup>51</sup> Gordon Tullock, *Le marché politique*, op. cit., p. 34.

<sup>52</sup> V. James Buchanan et Geoffrey Brennan, *The Reason of Rules. Constitutional Political Economy*, Cambridge University Press, 1985.

de leur pouvoir, alors il faut mettre en place un État qui soit à la fois limité et contrôlable<sup>53</sup>. Point donc de conception supérieure de l'État. Ainsi faut-il avoir à l'esprit que les réformes proposées ne tendent pas à améliorer l'architecture étatique traditionnelle ou le fonctionnement de la démocratie, mais bien à mettre en place un modèle directement issu d'une approche économique, ce qui n'est singulièrement pas la même chose.

Les solutions préconisées consistent à réformer la Constitution pour limiter tant bien que mal les dérives de la politique et de la bureaucratie<sup>54</sup>. À ce titre, les auteurs insistent sur la nécessité d'établir de bonnes « règles du jeu »<sup>55</sup>. Certains proposent même directement des projets constitutionnels « clés-en main », dans lesquels les pouvoirs de l'État sont enserrés dans des limites extrêmement strictes<sup>56</sup>. Les prescriptions tendent toutes à encadrer ce dernier de l'intérieur et de l'extérieur pour mieux diviser et diminuer son pouvoir et son influence<sup>57</sup>. Une des règles fondamentales défendue est celle de l'équilibre budgétaire<sup>58</sup>. On peut aussi par exemple trouver des propositions tendant à l'instauration d'une compétition entre le législateur public et des législateurs privés<sup>59</sup>.

En synthèse, l'État devient une sorte d'instance procédurale permettant l'expression de tous les intérêts privés, non l'instrument de réalisation de fins définies au préalable par une volonté politique susceptible de transcender ces intérêts pour le bien collectif. Puisque c'est l'optimum de Pareto qui est placé au centre du système, l'action publique est structurellement limitée. Ceci ne se cantonne d'ailleurs pas au *Public choice stricto sensu*. En effet, il faut prendre en compte le fait que cette théorie « a ouvert la voie à l'introduction en économie publique de la plupart des apports de la théorie économique moderne : théorie des organisations et des coûts de transaction (à la North-Williamson), théorie des jeux, théorie de l'information imparfaite (problèmes d'agence et d'incitations), etc. »<sup>60</sup>. C'est donc une lame

---

<sup>53</sup> « Notre approche est basée sur l'idée que, dans la mesure où cette poursuite de l'intérêt personnel est réelle, elle devrait être prise en compte dans l'organisation de la constitution politique », *ibid*, p. 305.

<sup>54</sup> Ainsi, James Buchanan pouvait-il dire que « L'une des thèses centrales de ce livre est qu'une réforme constitutionnelle fondamentale, voire une révolution, est sans doute nécessaire », *Les limites de la liberté*, *op. cit.*, p. 193.

<sup>55</sup> Pour James Buchanan et Geoffrey Brennan, « Un bon jeu repose davantage sur de bonnes règles plutôt que sur de bons joueurs », *The Reason of Rules*, *op. cit.*, p. 150.

<sup>56</sup> V., à ce sujet, les propositions de Martin Bailey, *Toward a New Constitution for a Future Country*, in C. Rowley (dir.), *Constitutional Political Economy in a Public Choice Perspective*, London, Kluwer Academic Publishers, 1997, pp. 73 – 115, et plus précisément pp. 83 – 103 pour un projet écrit.

<sup>57</sup> Pour étude détaillée, v. Dennis Mueller, *Public Choice III*, Cambridge University Press, 2003, pp. 563 – 654.

<sup>58</sup> James Buchanan, *The Balanced Budget Amendment: Clarifying the Arguments*, in C. Rowley (dir.), *Constitutional Political Economy in a Public Choice Perspective*, *op. cit.*, pp. 117 – 138.

<sup>59</sup> Martin Bailey, *Toward a New Constitution for a Future Country*, *op. cit.*, pp. 80 – 81.

<sup>60</sup> Christian Aubin et Jean-Dominique Lafay in *Dictionnaire des sciences économiques*, *op. cit.*, pp. 334 – 341, ici p. 336.

de fond qui a cherché à proposer une nouvelle appréhension économique de l'État. Il faut à ce titre poursuivre la prospection dans un domaine connexe au *Public choice*, en partant des analyses élaborées à partir des travaux de Ronald Coase.

### §3. L'extension indirecte par les théories coasiennes

Les thèses du *Public choice* ont eu pour objet de mettre à jour une critique directe de l'État et des processus démocratiques. Ce dont il est maintenant question aborde les mêmes points, mais par des voies plus détournées<sup>61</sup>. Pour y voir clair, il convient de repartir des fondements. En ce domaine, c'est une notion qui est primordiale, celle de coûts de transaction, et un auteur qui est central, Ronald H. Coase. Ses travaux vont être l'occasion d'approfondissements importants. Le plus visible concerne la question de l'analyse économique du droit (A), mais il existe un autre aspect tout aussi décisif, qui touche à la problématique des organisations et des institutions qui encadrent le jeu du marché (B).

#### A. Ronald Coase et l'origine de l'analyse économique du droit

Ce point est le plus connu des juristes. Pour expliquer de manière synthétique de quoi il s'agit et ses conséquences pour le bien public, il faut revenir à ce qui a été qualifié peut-être à tort de « théorème de Coase » (1) et dont découlent les recherches en analyse économique du droit (2).

##### 1) Les fondements : le « théorème de Coase »

Ce théorème, issu d'un article fondateur paru en 1960, part d'une critique de Ronald Coase concernant les externalités<sup>62</sup>. Une externalité se définit habituellement pour un agent

---

<sup>61</sup> Il existe des liens indéniables entre ces domaines, mais il paraît important de les dissocier pour l'étude. C'est pour cela que nous considérerons la nouvelle économie institutionnelle comme l'école née en grande partie avec les travaux de Ronald Coase, que d'autres auteurs ont par la suite développé, particulièrement Oliver Williamson et Douglas North. Mais cela explique aussi que certains ouvrages traitent en même temps de ces différents courants qui, bien que distincts, n'en restent pas moins unis par le principe que l'État reste globalement contesté et questionné économiquement. V., par exemple, Ejan Mackaay (2000), *L'analyse économique du droit*, vol. 1 – *Fondements*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 25 ; ou encore Bertrand Lemennicier, *Économie du droit*, éd. Cujas, coll. Théories économiques, 1991.

<sup>62</sup> Ronald Coase, *The Problem of the Social Cost*, *J. of Law and Economics*, vol. 3, 1960, pp. 1 – 44. Texte repris in Ronald Coase, *Le coût du droit* (trad. et présent. Y-M. Morissette ; l'ouvrage réunit plusieurs textes de l'auteur), PUF, coll. Droit, éthique, société, 2000, pp. 23 – 76.

économique qui en est le récepteur comme « l'effet subi (...), et non compensé dans le cadre d'un échange ou d'un marché, d'une action, soit de production, soit de consommation, d'un agent économique (l'émetteur de l'externalité) »<sup>63</sup>, cet effet pouvant être positif ou négatif. Il s'agit en pratique de l'effet du jeu des mécanismes de marché, c'est-à-dire de l'exercice par les individus de leurs droits de propriété et, en ce qui concerne les externalités négatives, de ce qui peut être considéré comme des défaillances du marché. Dit autrement, la question posée est celle de l'attitude à adopter lorsque le comportement d'un acteur économique crée un préjudice à un autre acteur. Il est traditionnellement considéré que l'État doit intervenir pour remédier aux externalités négatives en réglementant les comportements correspondants, c'est-à-dire en imposant une sanction juridique ou financière<sup>64</sup>. L'auteur central en la matière est Arthur Pigou, pour qui une intervention gouvernementale est nécessaire pour contenir les comportements qui ont des effets nuisibles pour autrui. C'est une justification forte au rôle de l'État qui est ici mise à jour, dans la mesure où se trouve légitimée la réglementation mise en place, considérée comme nécessaire pour assurer une optimisation des comportements sociaux.

Ronald Coase a souhaité mettre à jour les défauts de cette théorie. Son analyse a utilisé une notion fondamentale, celle des « coûts de transaction », c'est-à-dire les coûts attachés à l'échange économique sur le marché (recherche de partenaires, d'informations, etc.). En partant de là, il a formulé l'idée qui sera retenue sous le nom de « théorème de Coase », selon laquelle et en synthèse, « dans des conditions de concurrence parfaite, les coûts privé et social sont égaux »<sup>65</sup>. En d'autres termes, « dans un régime où les coûts de transaction, conformément à un postulat de la théorie économique normale, sont nuls, les négociations entre des parties mèneront à la conclusion d'accords qui maximiseront la richesse quelle que soit la répartition initiale de droits patrimoniaux »<sup>66</sup>. Même si cette hypothèse n'est jamais réalisée car il existe toujours des coûts de transaction dans le monde réel comme le relevait lui-même l'auteur<sup>67</sup>, la formulation de ce théorème<sup>68</sup> est fondamentale quant à ses

---

<sup>63</sup> Jean-Baptiste Lesourd in *Dictionnaire des sciences économiques, op. cit.*, pp. 406 – 409, ici p. 406.

<sup>64</sup> L'État peut également agir pour favoriser les externalités positives, le plus souvent en subventionnant ces activités.

<sup>65</sup> Ronald Coase, *Le coût du droit, op. cit.*, pp. 8 – 9. Ici est reprise la formulation qui en a été donnée ultérieurement par George Stigler.

<sup>66</sup> Ronald Coase, discours pour la réception du prix Nobel d'économie, retranscrit in *Le coût du droit, op. cit.*, pp. 107 – 119, ici p. 115.

<sup>67</sup> Coase s'est, ce faisant, quelque peu démarqué du théorème qui lui a été attribué par Stigler, parlant « du tristement célèbre théorème de Coase », *ibid.* Et il ajoute : « On a souvent désigné l'univers où les coûts de transaction sont nuls comme un univers coasien. Rien n'est plus éloigné de la vérité », p. 94. C'est pourquoi il

conséquences sur le droit, car elle introduit le raisonnement économique dans un domaine qui est traditionnellement au cœur de la souveraineté étatique.

## 2) Les conséquences pour l'intérêt public

Ronald Coase a contesté le principe des interventions étatiques visant à corriger les externalités négatives liées à l'exercice des droits de propriété. S'il ne nie pas l'existence de l'État, il faut toutefois repenser selon lui la conclusion traditionnelle qui fait de son action un principe obligatoire et indiscutable, puisque l'optimisation des comportements des individus en société découle le plus souvent de l'échange des droits sur le marché. Une telle réflexion, associée à d'autres<sup>69</sup>, va ouvrir la voie à une nouvelle interprétation de la règle juridique, participant à la pénétration du raisonnement économique au-delà de son champ habituel d'analyse. C'est ce que l'on appellera l'analyse économique du droit<sup>70</sup>, domaine « dans lequel les outils économiques sont utilisés pour appréhender et analyser les phénomènes juridiques »<sup>71</sup>. Ce programme interroge le sens de la règle de droit car, « dans un monde où les conditions idéales d'une économie de marché sont toutes réunies, le droit est neutre, il n'a plus d'importance : les sujets de droit, qui sont aussi des agents économiques, négocient naturellement entre eux tous les marchés qui maximisent la valeur de production »<sup>72</sup>. Les considérations d'autres ordres comme l'éthique ou la morale, sont globalement évacuées. Le droit devient un système de prix dont il faut comprendre le fonctionnement pour en fixer les montants au niveau optimal pour atteindre l'efficacité globale du système<sup>73</sup>. Le postulat est

---

est peut-être plus juste de parler comme le soutient Jean-Baptiste Lesourd de « parabole de Coase », *Dictionnaire des sciences économiques, op. cit.*, p. 406.

<sup>68</sup> Ce théorème est toujours discuté et utilisé actuellement. Glen Whitman l'utilise par exemple pour contester les théories visant à justifier l'intervention étatique non plus tellement sur les externalités mais sur les internalités liées aux comportements humains individuels. Selon lui, la critique faite par Coase leur est tout aussi applicable. V. Against the New Paternalism. Internalities and the Economics of Self-Control, *Policy Analysis*, n° 563, 2006 (disponible sur le site Internet [www.cato.org](http://www.cato.org)).

<sup>69</sup> V., not., l'article de Guido Calabresi, Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, *Yale L. J.*, vol. 70, 1961, pp. 499 – 553.

<sup>70</sup> *Law and Economics* en anglais. Ce courant est influent outre-Atlantique.

<sup>71</sup> Sophie Harnay et Alain Marciano, *Richard A. Posner : l'analyse économique du droit*, éd. Michalon, coll. Le bien commun, 2003, p. 7.

<sup>72</sup> Ronald Coase, *Le coût du droit, op. cit.*, p. 10.

<sup>73</sup> Pour Michael Faure et Anthony Ogus, « alors que les juristes ne voient souvent dans les règles juridiques que des moyens de résoudre les conflits *ex post*, la vision économique souligne que leur fonction consiste avant tout à orienter *ex ante* la conduite des individus dans une direction ou une autre. Le droit peut alors être considéré comme le prix implicite de l'adoption d'un comportement : le prix du comportement varie en fonction de l'obligation légale. Une telle perspective nous éloigne de l'aspect moral du droit », *Économie du droit : le cas français*, éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 20.

alors double. D'une part, les agents économiques sont considérés comme adoptant un comportement maximisateur tendant à leurs satisfactions dans toutes leurs décisions ; d'autre part, les règles de droit reviennent à imposer un prix à ces décisions<sup>74</sup>.

Bertrand Lemennicier relève qu'une telle analyse du droit intervient à différentes fins. Tout d'abord critiques, c'est-à-dire « pour prédire quels seront les effets non attendus d'une loi »<sup>75</sup>, ensuite normatives « pour déterminer quelle législation devrait être adoptée »<sup>76</sup>, et enfin prédictives « pour prédire quelle législation sera adoptée »<sup>77</sup>. Les effets de cette théorie doivent particulièrement être étudiés à un double niveau. D'abord, celui de l'opportunité de l'intervention de l'État, ensuite celui du contenu de la règle de droit. Globalement, l'intervention étatique sous forme coercitive est contestée par le principe autorégulateur du marché. Poussée à l'extrême, l'État pourrait même disparaître car seul le marché, par son fonctionnement par hypothèse efficace, conduit à la meilleure allocation des ressources possibles, c'est-à-dire concrètement à l'intérêt public. Sans forcément aller aussi loin, il n'en reste pas moins que l'édiction de règles juridiques ne peut se justifier que si les coûts de transaction créés sont eux-mêmes inférieurs aux coûts de transaction engendrés par les autres solutions n'impliquant pas l'intervention de l'État, ce qui est rarement le cas. Dans la continuité, le droit doit permettre le libre jeu du marché considéré comme assurant l'optimalité sociale. On touche ici à l'aspect normatif de la matière<sup>78</sup>, qui vise à produire des recommandations quant à l'élaboration de règles juridiques seulement considérées comme l'assise du calcul de l'utilité. Dans ces conditions, le droit « se bornera (...) à recréer des conditions de nature à neutraliser les coûts de transaction qui viennent, dans le monde réel, en

---

<sup>74</sup> Richard Posner a joué un rôle important dans ce cadre. Pour Sophie Harnay et Alain Marciano, « De façon générale, les agents réagissent à un système incitatif dans lequel les règles de droit influencent le bénéfice et le coût des différentes actions », *Richard A. Posner, op. cit.*, p. 62. De plus, « Si l'hypothèse de rationalité des comportements est retenue comme la base de la représentation des comportements individuels, elle implique que les individus réagissent aux variations de prix : toute augmentation des prix provoque une baisse de la demande des consommateurs et incite les producteurs à accroître leur offre. Dès lors, les règles de droit peuvent être considérées comme les prix des différentes activités des individus. De la même façon que le prix des biens incite les consommateurs et les producteurs à respectivement demander et produire plus ou moins, les règles de droit influencent et orientent les comportements individuels en matière de demande ou de respect et d'offre de règles », p. 55.

<sup>75</sup> Bertrand Lemennicier, *Économie du droit, op. cit.*, p. 15.

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> *Ibid.*

<sup>78</sup> Cet aspect est essentiel. L'analyse économique du droit cherche « à simuler ce qu'aurait fait la procédure d'échange volontaire et à développer des règles procédurales pour une variété de problèmes de ce type qui permettent d'approximer un résultat qui maximise les gains à l'échange », *ibid.*, p. 30.

entraver le libre fonctionnement »<sup>79</sup>. Son rôle est de faciliter l'efficacité économique, ou au moins de ne pas l'entraver, ce qui passe par les mesures suivantes. Du côté du droit privé, les droits doivent être assignés aux personnes pour lesquelles ils ont le plus de valeur ou, sinon, pouvoir leur être transférés aisément par l'échange<sup>80</sup>. Du côté du droit pénal, une sanction efficace fera payer au criminel la valeur des dommages qu'il a causés afin d'exercer un effet dissuasif et de dédommager la victime.

Cette étude du droit fait la part belle à la négociation, en éloignant la nécessité d'une intervention publique pour garantir la promotion d'un bien public conçu politiquement en fonction d'impératifs d'autres natures qu'une recherche d'efficacité économique. C'est le contrat, par opposition à la contrainte, autrement dit à la loi ou au règlement, qui prend une place décisive. D'autres auteurs vont mener en parallèle une recherche aux fondements proches, mais avec une méthode différente car plus large. Il va s'agir de partir de l'idée que les échanges se font à l'intérieur de règles dont il faut tenir compte : c'est poser la question des institutions qui encadrent et englobent ces relations.

## B. Ronald Coase et l'origine de la nouvelle économie institutionnelle

C'est en traitant du cas particulier de l'entreprise que Ronald Coase introduisit dès 1937 le fameux concept de coûts de transaction qu'il reprendra en 1960 (1). À partir de là, certaines théories de la nouvelle économie institutionnelle vont être développées<sup>81</sup> (2).

---

<sup>79</sup> Horatia Muir-Watt, Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil, in B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil* (préf. G. Canivet), éd. Cujas, 2002, pp. 37 – 45, ici p. 39.

<sup>80</sup> Pour Ronald Coase, « Il est évidemment souhaitable que ces droits soient dévolus à ceux qui peuvent en faire l'usage le plus productif, dans des conditions qui les incitent à le faire, de même qu'il est souhaitable que, pour découvrir et perpétuer une telle répartition des droits, les coûts relatifs à leur transfert soient faibles à cause de la clarté du droit et parce qu'on a rendu moins onéreuses les exigences juridiques applicables à de tels transferts », *Le coût du droit*, *op. cit.*, p. 116.

<sup>81</sup> Il faut noter que les études concernant les institutions sont plurielles et anciennes. À ce titre, d'autres auteurs ont été décisifs dans le renouveau institutionnel, au premier rang desquels il faut citer Herbert Simon. Il élabore l'idée d'une rationalité limitée qui se présente comme une alternative à la rationalité néoclassique assimilée au comportement maximisateur de l'*homo oeconomicus* (V. H. Simon, *Administrative Behavior*, NY, Mac Millan, 1947). R. Coase et H. Simon représentent deux façons d'aborder les institutions. Le premier a ouvert la voie d'une recherche axée sur la rationalité économique individuelle, dans laquelle l'institution est vue en termes de réduction des coûts de transaction, alors que le second est précurseur d'une recherche dans laquelle l'institution est appréhendée dans un sens plus politique, comme moyen d'action collectif d'un groupe. Comme le mentionne Claude Ménard, l'approche de Coase est celle qui « propose à ce jour la caractérisation la plus 'forte' des organisations, pensées comme 'structures de gouvernance' pilotant les transactions selon des modalités différentes des structures alternatives que sont les marchés et les formes hybrides », in *Dictionnaire de sciences économiques*, *op. cit.*, p. 654. Pour une étude détaillée des courants institutionnalistes en sciences sociales et notamment politiques, v. la synthèse de B. Guy Peters, *Institutional Theory in Political Science: The New Institutionalism*, 2<sup>nd</sup> ed., London, Continuum, 2005.

## 1) Les fondements

La multiplication des thèses sur les organisations au sens large est partie d'une réflexion initiale effectuée par Ronald Coase dans les années 1930<sup>82</sup>. Au départ, l'analyse de l'auteur concerne les entreprises, et plus précisément leur rôle et leur place dans une économie de marché. Il cherche ainsi à se démarquer de l'exposé habituel qui tend à décrire l'entreprise comme un simple savoir technique ou comme une « boîte noire »<sup>83</sup>, car il constate en réalité que l'échange se fait tantôt en son sein, tantôt au sein du marché<sup>84</sup>. Il en vient donc à s'interroger en général sur le caractère substituable de l'un à l'autre. Le problème est alors posé du choix entre les deux structures, c'est-à-dire que l'une ou l'autre serait parfois plus avantageuse, parfois moins ; le déterminant posé dans cette alternative étant bien sûr celui des coûts de transaction. Dès lors, l'entreprise n'existerait que parce qu'elle permet d'effectuer des gains sur ces coûts par une substitution au marché<sup>85</sup>.

Cette réflexion est essentielle car elle va engendrer par la suite une recherche plurielle sur l'efficacité des entreprises et des organisations. Dans un sens large tout d'abord, certains auteurs vont quelque peu se départir de l'axe initialement ouvert. Il s'agira d'importer les hypothèses de l'économie quant aux comportements rationnels sur le territoire de l'entreprise, qui sera alors présentée comme un nœud de contrats<sup>86</sup>, ouvrant notamment la voie au développement de la théorie des jeux et surtout de l'agence<sup>87</sup>. Cette dernière développe l'idée qu'il existe dans l'entreprise une relation particulière entre différents intérêts ; d'un côté ceux des commettants (les actionnaires), de l'autre ceux de leurs agents (les dirigeants), et qu'il est indispensable de favoriser au maximum leur congruence. C'est de ces théories que sont issues

---

<sup>82</sup> Ronald Coase, *The Nature of the Firm*, *Economica*, vol. 4, 1937, pp. 386 – 405, reproduit in R. Coase, *L'entreprise, le marché et le droit* (trad. et présent. B. Aliouat), éd. d'Organisation, 2005, pp. 51 – 73.

<sup>83</sup> Ronald Coase, *Le coût du droit*, *op. cit.*, p. 110.

<sup>84</sup> Voilà comment il énonce simplement la question posée au début des années 1930 : « Comment concilier, d'une part, le point de vue exprimé par les économistes sur le rôle du mécanisme des prix et sur l'impossibilité d'une planification économique centralisée avec, d'autre part, l'existence de la gestion et de ces sociétés apparemment planifiées, les entreprises, qui fonctionnaient au sein de notre propre économie ? », Ronald Coase, *Le coût du droit*, *op. cit.*, p. 112.

<sup>85</sup> « J'ai soutenu dans 'la nature de la firme' que l'existence de coûts de transaction explique l'émergence de l'entreprise », *ibid.*, p. 113.

<sup>86</sup> Ici interviennent de nombreux auteurs qui, reprenant certaines interrogations et pistes dues à Coase, vont approfondir la question de la structure de l'entreprise et de sa dimension contractuelle. V. not. Armen Alchian et Harold Demsetz, *Production, Information Costs, and Economic Organization*, *Am. Econ. Rev.*, vol. 62, 1972, p. 777 – 795.

<sup>87</sup> Poursuivant l'intuition de Gardiner Means et Adolph Berle, *The Modern Corporation and Private Property*, NY, Commerce Clearing House, 1932. Concernant la théorie de l'agence, il faut mentionner la contribution de Michael Jensen et William Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure*, *J. Financ. Econ.*, vol. 3, 1976, pp. 305 – 360.

les recherches sur la gouvernance d'entreprise<sup>88</sup>. D'autres auteurs, en premier lieu Oliver Williamson, vont de leur côté plus se rapprocher de la problématique coasienne initiale en cherchant à l'approfondir<sup>89</sup>. À la question originale posée par Ronald Coase de savoir pourquoi certaines transactions sont-elles soustraites au marché pour être réalisées au sein d'entreprises, Oliver Williamson élargit les débats en se demandant quelle sera, pour telle ou telle transaction, la meilleure organisation ? Et il en vient à interroger tous les agencements de la société, ce qu'il appelle les « structures de gouvernance »<sup>90</sup>, c'est-à-dire les formes optimales susceptibles de minimiser les coûts de transaction. Dans ce cadre, il traite à la fois du marché, des entreprises, mais aussi des formes hybrides comme la sous-traitance ou les partenariats et, de façon incidente, de l'État. À ce titre, l'approche ne lui apparaît pas hostile au premier abord. Pour l'auteur, en effet, toutes les organisations sont en quelque sorte au départ sur la même ligne dans une perspective coasienne de diminution des coûts de transaction, puisqu'il part du principe que chacune a potentiellement sa place<sup>91</sup>, quoiqu'elles présentent toutes des inconvénients<sup>92</sup>.

La recherche ne va néanmoins pas s'arrêter là, et un champ d'étude considérable va se développer concernant non pas seulement les entreprises et les organisations mais, plus généralement, les institutions dans lesquelles ces dernières s'insèrent.

## 2) Les développements institutionnels

Ces avancées ont été construites sur des fondements particuliers qu'il est nécessaire de présenter (a) pour en comprendre les répercussions sur la représentation du bien public (b).

---

<sup>88</sup> La gouvernance d'entreprise (*corporate governance*) est importante pour le développement du thème de la gouvernance publique. La problématique va ainsi passer du secteur privé au secteur public, autrement dit à la question de la manière de gouverner la société dans son ensemble, *i.e.* d'y concevoir la réalisation du bien public. V. *supra*, note 12 p. 3.

<sup>89</sup> Oliver Williamson retient le terme « d'économie des coûts de transaction », et relève que cette dernière « soutient l'hypothèse réfutable que la variété organisationnelle émerge essentiellement pour réaliser des économies de coûts de transaction », *Les institutions de l'économie* (trad. R. Coeurderoy et E. Maincent, dir. M. Gherman ; l'ouvrage en anglais date de 1985), Interéditions, 1994, p. 349. L'auteur vient de recevoir le prix Nobel d'économie pour l'année 2009.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 20. L'utilisation du vocable « gouvernance » est ici également essentielle pour les développements ultérieurs concernant la gouvernance publique.

<sup>91</sup> « J'en conclus qu'il existe un espace que pourrait occuper efficacement la bureaucratie. Toutefois, tous les modes de gouvernance (par les marchés, les formes hybrides, les entreprises, la réglementation) dont la bureaucratie fait partie doivent être maintenus à leur place », Oliver Williamson, *Public and Private Bureaucracies: A Transaction Cost Economics Perspective*, *J. L. Econ. & Org.*, vol. 15, 1999, pp. 306 – 342, ici p 306.

<sup>92</sup> Dans un autre article, Oliver Williamson pouvait retenir que « toutes les formes d'organisations – le gouvernement y compris – sont défailtantes », *The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead*, *J. Econ. Lit.*, vol. 38, 2005, pp. 595 – 613, ici p. 601.

### (a) Les approfondissements

La réflexion institutionnelle est vaste, mais c'est sa substance qu'il faut comprendre pour les débats sur la gouvernance. Le champ d'investigation exploré a eu pour point de départ la constatation qu'il n'était pas possible d'en rester à la question des organisations et des coûts de transaction, même si cela représentait déjà une extension par rapport à Ronald Coase. L'étude a évolué pour adopter un cadre plus large, celui des institutions dans lesquelles ces organisations fonctionnent. À ce titre, « si les coûts de transaction jouent un rôle déterminant dans l'efficacité comparée des structures de gouvernance, et donc des organisations, alors les facteurs institutionnels qui encadrent et agissent sur ces coûts vont peser lourdement sur l'arbitrage à la fois entre structures de gouvernance et sur les choix internes que fait l'organisation pour piloter ses transactions »<sup>93</sup>. L'étude passe donc à une réflexion plus globale sur le cadre institutionnel dans lequel les organisations interagissent et sur les règles qui en sont issues en tant qu'elles encadrent les coûts de transaction<sup>94</sup>.

Schématiquement, la recherche présente deux grands niveaux. D'un côté, l'environnement institutionnel, et notamment le système juridique, sont présentés comme les « règles du jeu » ; de l'autre, les « structures de gouvernance », incorporées dans l'analyse et envisagées comme un niveau d'un schéma plus général, sont considérées comme jouant le jeu au sein de ces règles<sup>95</sup>. Évidemment, l'idée apparaît rapidement que les institutions dont il est ici question doivent faciliter la diminution des coûts de transaction. Dit autrement, elles doivent permettre le jeu le plus harmonieux possible du marché, le plus Pareto-optimal. Par conséquent, nonobstant la diversité de ces théories, il ne faut pas perdre de vue qu'elles tendent à confirmer la pénétration de l'État par le raisonnement économique, avec des résultats qu'il convient d'interpréter de façon unitaire.

### (b) Les conséquences pour l'intérêt public

À travers les théories institutionnelles, la réflexion va être menée sur l'action de l'État, c'est-à-dire sur ses rapports avec les règles du jeu qui devraient être mises en place pour permettre d'atteindre l'efficacité du marché. C'est interroger les institutions que l'État doit favoriser pour assurer le jeu réputé harmonieux du marché. Si Oliver Williamson n'a adopté

---

<sup>93</sup> Claude Ménard in *Dictionnaire des sciences économiques, op. cit.*, pp. 653 – 655, ici p. 655.

<sup>94</sup> Le lien avec l'analyse économique du droit est alors d'autant plus apparent.

<sup>95</sup> Oliver Williamson, *The New Institutional Economics, op. cit.*, p. 597.

que tardivement cette approche, Douglas North l'a fait de manière plus précoce dans une perspective historique<sup>96</sup>, en étudiant notamment l'histoire du développement de l'Europe dans la période monarchique<sup>97</sup>. En synthèse, son œuvre interroge les institutions susceptibles de favoriser le développement<sup>98</sup>.

D'une manière générale, le programme institutionnel a permis de renouveler en profondeur le champ d'étude de la science économique<sup>99</sup>, en prenant schématiquement deux directions en ce qui concerne le gouvernement. Ce dernier a sa place, mais à titre d'organisation comme une autre, pas plus, pas moins, et selon un calcul d'efficacité qui lui est très souvent défavorable. Ainsi, Oliver Williamson retient que « l'administration publique peut être pensée comme la forme d'organisation retenue en dernier ressort. Essayez les marchés (...), essayez les contrats (...), essayez l'entreprise, essayez la réglementation, et réservez le recours à l'administration publique quand tout le reste aura échoué »<sup>100</sup>. La réflexion porte ensuite sur les institutions qui encadrent les coûts de transaction, et la recherche devient celle des meilleures institutions possibles, des meilleures règles du jeu, entendons par là des règles qui permettraient le meilleur fonctionnement des structures de gouvernance, et donc qui tendent à diminuer ces coûts. Ce sont inévitablement les droits de propriété qui sont mis en avant comme devant absolument être favorisés et protégés.

Cette réflexion est féconde en ce qu'elle sous-entend l'idée que le rôle de l'État est de mettre en place les meilleures institutions de marché<sup>101</sup>, ce qui implique en amont de le

---

<sup>96</sup> Concernant Douglas North, Claude Ménard relève que ses premiers travaux s'interrogeaient essentiellement sur la question du 'comment' permettre le développement : « quelles institutions ont quel impact sur l'activité économique, expliquant croissance et déclin ? Sa réponse prenait appui sur le concept coasien de 'coûts de transaction' : l'émergence d'institutions capables de réduire ces coûts favorise le développement des échanges et permet de tirer pleinement parti de la spécialisation et de la division du travail, tandis que les bifurcations vers des institutions trop rigides, trop bureaucratiques ou trop instables, conduisent inévitablement à la régression économique et sociale », présent. à la trad. de M. Le Seac'h d'un ouvrage de D. North sous le titre *Le processus du développement économique* (l'ouvrage en anglais date de 2005), éd. d'Organisation, 2005, pp. 7 – 8.

<sup>97</sup> Douglas North et Robert Thomas, *L'essor du monde occidental* (trad. J-M. Denis ; l'ouvrage en anglais date de 1973), Flammarion, 1980. Ils disent « qu'en dépit de leurs cours et de leurs ambitions démesurées, la France et l'Espagne ne purent soutenir le rythme imposé par les Pays-Bas et l'Angleterre. Monarchies absolues rattrapées dans cette course pour la suprématie politique, ces deux premiers pays ne parvinrent pas à créer un dispositif de droits de propriété capables de stimuler la productivité économique. Il en résulta une stagnation », p. 167.

<sup>98</sup> À ce titre, Douglas North soutient clairement que « Les institutions forment les structures incitatives d'une société. Par conséquent, la performance économique d'un pays procède de ses institutions politiques et économiques », Discours pour le prix Nobel, disponible à l'adresse [http://nobelprize.org/nobel\\_prizes/economics/laureates/1993/north-lecture.html](http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1993/north-lecture.html) (au début du texte, document non paginé). V. aussi son ouvrage *Le processus du développement économique*, *op. cit.*, dans lequel il résume ses théories.

<sup>99</sup> V. Simeon Djankov (*et al.*), *The New Comparative Economics*, *J. Comp. Econ.*, vol. 31, 2003, pp. 595 – 619.

<sup>100</sup> Oliver Williamson, *The New Institutional Economics*, *op. cit.*, p. 603.

<sup>101</sup> V., par exemple, Barry Weingast, *The Economic Role of Political Institutions: Market-Preserving Federalism and Economic Development*, *J. L. Econ. & Org.*, vol. 11, 1995, pp. 1 – 31.

reformer pour éviter toute dérive, et spécialement la corruption<sup>102</sup>. En cela apparaissent les liens substantiels qui unissent entre elles les théories microéconomiques décrites dans cette section, notamment la nouvelle économie institutionnelle et le *Public choice*<sup>103</sup>, ce qui confirme, *in fine*, le sens profondément unitaire de la recherche concernant la façon de penser le bien public en société. En effet, bien que diverses, l'ensemble des théories économiques décrites après Keynes doit être appréhendé dans un cadre commun<sup>104</sup>. Il s'agit de la critique du rôle de l'État en tant qu'intervenant sur le libre jeu des intérêts individuels au nom du bien collectif, au profit du principe que la coordination de la vie sociale sur le modèle de l'activité économique aboutit à l'optimum, sans intervention extérieure du pouvoir politique.

Pour synthétiser à ce stade de l'étude cette idée centrale, il faut retenir que la contestation de la régulation sociale par l'État a été menée en deux temps. Tout d'abord, de manière directe, en réfutant les fondements keynésiens de l'encadrement du marché, puis de façon plus indirecte, en appréhendant l'État de manière économique. Ce second mouvement, qui doit se penser dans le prolongement du premier tout en étant bien distinct, permet une avancée significative puisqu'il ne s'agit alors plus simplement de contester l'intervention de l'État, et donc sa place. En d'autres termes, la recherche sur la coordination de la vie sociale passe d'une opposition entre l'État et le marché à une réflexion sur la nouvelle place que l'État pourrait prendre dans une coordination sociale de marché. La différence peut paraître ténue, elle n'en est pas moins essentielle pour deux raisons. D'une part, elle éloigne le débat théorique et généralement improductif sur le rôle de l'État d'une critique méthodique ou de

---

<sup>102</sup> Douglas North relève que « la nouvelle approche institutionnelle (...) modèle le processus politique comme un facteur décisif dans la performance de l'économie, comme la source de la diversité de performance des économies, et comme la cause des 'marchés inefficaces' », *The New Institutional Economics and Development*, 1992, p. 2 (article disponible sur Internet à l'adresse suivante : <http://www.econ.iastate.edu/tesfatsi/NewInstE.North.pdf>). De même et par ailleurs, il soutient qu'« Un régime politique viable, qui mette en place les institutions économiques nécessaires et fera efficacement respecter les règles, est une condition nécessaire de l'amélioration des performances », *Le processus du développement économique*, *op. cit.*, p. 209. V., par exemple, Hernando De Soto, pour qui une condition primordiale de fonctionnement du capitalisme est un système de droits de propriété clairement garantis par l'État, *Le Mystère du capital : pourquoi le capitalisme triomphe en Occident et échoue partout ailleurs* (trad. M. Le Séac'h ; l'ouvrage en anglais date de 2000), Flammarion, 2005.

<sup>103</sup> Le lien se fait particulièrement à travers la *Constitutional economy* dont les fondements associent le *Public choice* mais aussi l'analyse économique du droit. V. en synthèse Dennis Mueller, *The Public Choice Approach to Politics*, Brookfield, E. Elgar Publishing, 1993, p. xiii. Dans un autre ouvrage, les recherches de Coase sont aussi intégrées dans le cadre du *Public choice* ; v. Dennis Mueller, *Public Choice III*, *op. cit.*, pp. 27 – 43. Les auteurs historiques de ce courant viendront d'ailleurs par la suite interroger les mêmes règles du jeu nécessaires au développement du marché. V. l'ouvrage de James Buchanan et Geoffrey Brennan, *The Reason of Rules*, *op. cit.*

<sup>104</sup> V. Jacques Chevallier dans sa préface à l'ouvrage de Vincent Valentin, *Les conceptions néo-libérales du droit*, *op. cit.*, p. 1.

l'apologie de l'intervention publique. D'autre part et de manière corrélative, cela permet d'orienter la recherche vers le problème de la qualité de l'action gouvernementale, tout en restant dans le cadre de la promotion d'une régulation sociale autour du libre jeu réputé harmonieux des intérêts privés.

*In fine*, ce schéma d'ensemble peut être résumé autour de l'idée d'un État « organisant l'auto-organisation de la société »<sup>105</sup> ; il n'impose pas une domination sur la société, et le droit public comme droit de la chose publique est très limité. C'est ce raisonnement qu'il faut avoir à l'esprit à l'heure d'étudier le concept de « bonne gouvernance », théorisé initialement par la Banque mondiale pour les PVD mais qui, à l'étude, est indissociable des débats actuels sur la gouvernance publique dans les pays développés.

## Section 2) L'extension du raisonnement économique à l'État par la « bonne gouvernance »

Les développements qui précèdent vont permettre de mieux comprendre le modèle de régulation sociale promu par la « bonne gouvernance » et la conception du droit public sous-jacente. Pour ce faire, il convient de partir de l'étude de ce concept théorisé à propos des PVD pour tenter d'en discerner le contenu (§1). Il sera alors possible, dans un second temps, d'éclairer les débats sur la gouvernance publique dans les pays développés (§2).

### **§1.** La « bonne gouvernance » dans les pays en voie de développement

La compréhension de ce concept passe d'abord par l'étude de l'importance que la doctrine de marché a pu prendre dans le discours de la Banque mondiale<sup>106</sup> (A). À partir de ce contexte général, il sera possible de mieux déchiffrer et de confirmer par une étude détaillée qu'il s'agit là de la promotion d'une théorie du développement axée sur une régulation sociale par le marché au détriment de l'État (B).

---

<sup>105</sup> Expression empruntée à Danielle Bütschi et Sandro Cattacin, L'État incitateur : nouvelles pratiques de la subsidiarité dans le système du bien-être suisse, *Annuaire suisse de science politique*, vol. 33, 1993, pp. 143 – 162, ici p. 143. Cette formule sera réutilisée car elle permet de synthétiser ce qui est au cœur de la « bonne gouvernance », à savoir l'idée que l'État n'est pas un acteur mais un arbitre du bien public, qui doit mettre en place puis faire respecter certaines règles du jeu nécessaires au triomphe d'une conception libérale de l'intérêt public.

<sup>106</sup> Pour une synthèse, v. Jolle Demmers (*et al.*), *Good Governance in the Era of Global Neoliberalism*, London, Routledge, 2004, not. l'introduction pp. 1 – 37.

## A. Un cadre idéologique favorable à une régulation par le marché

Le thème de la « bonne gouvernance » est formellement apparu dans le discours de la Banque mondiale en 1989<sup>107</sup>. Pour bien assimiler que cette idée tend non pas à rompre avec l'ancienne théorie, mais bien à la confirmer en l'adaptant, il faut partir de la situation qui l'a précédée, et notamment des positions de la Banque vis-à-vis de la théorie néoclassique qui a connu un succès avec la promotion du « consensus de Washington » (1), puis un semblant de remise en cause (2).

### 1) Le succès du « consensus de Washington »

Qu'elles concernent les pays riches ou les PVD, les théories économiques ont en commun de suivre à peu près le même courant d'idées. Ainsi, durant la période de décolonisation, c'est l'État qui était pensé comme l'instrument principal du décollage économique. La remise en cause des théories keynésiennes à partir des années 1970 dans les pays développés ne pouvait rester lettre morte, et c'est pourquoi ces années ont marqué un revirement parallèle concernant les PVD. Le discours de la Banque mondiale a été décisif dans ces évolutions, et il est clair que durant cette décennie, la doctrine de l'institution internationale commença à évoluer vers le paradigme néoclassique.

Le début de la décennie suivante sera marqué par une accentuation de cette tendance, faisant non plus de l'interventionnisme de l'État mais de l'harmonie naturelle du marché le cœur du développement. En pratique, il s'agira alors pour la Banque de réformer de manière drastique le premier, et corrélativement de promouvoir le second. Par exemple, dans un rapport paru en 1981 sur l'Afrique australe, et puisque c'est justement sur ce domaine géographique que le concept qui intéresse cette recherche sera par la suite élaboré, la Banque soutenait clairement qu'il faut privilégier deux axes : « Les gouvernements africains ne devraient pas seulement examiner les manières de rendre plus efficace la gestion des organisations du secteur public, mais devraient également examiner la possibilité de faire plus fréquemment appel au secteur privé »<sup>108</sup>. Ce mouvement de fond a été accompagné par un

---

<sup>107</sup> Banque mondiale, *Sub-Saharan Africa: From Crisis to Sustainable Growth. A Long-Term Perspective Study*, Washington DC, The World Bank, 1989, p. 60. Il est utile de souligner que tous les documents de la Banque qui seront cités sont disponibles sur son site Internet, notamment les Rapports sur le développement dans le Monde (*World Development Reports*).

<sup>108</sup> Banque mondiale, *Accelerated Development in Sub-Saharan Africa: An Agenda for Action*, Washington DC, The World Bank, 1981, p. v. L'idée de la défiance envers l'État et de sa nécessaire réforme se retrouve encore

renouvellement du corpus doctrinal<sup>109</sup>. Il suffit pour s'en rendre compte de regarder les titres évocateurs de tout un ensemble de documents publiés durant les années 1980 par des auteurs affiliés à la Banque, qui reprennent des idées hostiles à l'intervention publique<sup>110</sup>. Les théories des choix publics sont notamment mises en avant, c'est-à-dire qu'il s'agit de montrer d'abord et avant tout que l'État est un acteur le plus souvent malveillant en ce qu'il est composé d'hommes et de femmes qui cherchent à maximiser leurs profits au détriment de la population, empêchant dès lors le développement.

C'est dans ce contexte schématiquement présenté que des réformes tant économiques que politiques vont être synthétisées par la Banque autour de la promotion du consensus de Washington, qui est un cadre de référence d'inspiration néoclassique et monétariste<sup>111</sup>. En résumé, il va s'agir de libéraliser l'activité économique à l'aide de mesures drastiques, et dans le même temps de réformer un État qui n'est plus pensé comme un acteur central du bien public<sup>112</sup>. Sont mises en avant la discipline budgétaire, la privatisation, la libéralisation des marchés financiers et des entraves à l'activité économique, tant aux niveaux national qu'international, la déréglementation, etc.

## 2) La contestation apparente du « consensus de Washington »

Si les programmes issus du consensus de Washington ont été appliqués à partir des années 1980, leurs résultats vont rapidement prêter à discussion. Face à ces controverses nombreuses et croissantes, la Banque s'est d'abord défendue en estimant que l'échec était relatif et dans tous les cas causé par une mauvaise application. Une telle réponse n'a pas diminué le flot des critiques selon lesquelles l'institution ne tenait pas compte des

---

plus clairement affirmée quelques pages après quand il est dit qu' « Il est maintenant largement évident que le secteur public est trop important », p. 5.

<sup>109</sup> La nomination d'Anne Krueger au poste d'économiste en chef au début des années 1980 est importante dans ce cadre. V. son article *The Political Economy of the Rent-Seeking Society*, *Am. Econ. Rev.*, vol. 64, 1974, pp. 291 – 303. Comme il a été dit, ce terme de « recherche de rentes » (*rent-seeking*) est caractéristique d'une recherche issue de l'école du *Public choice*, v. *supra*, note 40 p. 77. V. Dennis Mueller, *Public choice III*, *op. cit.*, pp. 333 et s.

<sup>110</sup> Parmi de très nombreux documents, v. Arvind Virmani, *The Microeconomics of a Corrupt Tax Bureaucracy*, Washington DC, The World Bank, Development Research Department, n° 54, 1983 ; Deepak Lal, *The Political Economy of the Predatory State*, Washington DC, The World Bank, Development Research Department, Discussion Paper 105, 1984 ; ou encore Stanislaw Wellisz et Ronald Findlay, *The State and the Invisible Hand*, *World Bank Research Observer*, vol. 3, n° 1, 1988, pp. 59 – 80.

<sup>111</sup> John Williamson, *What Washington Means by Policy Reform*, in John Williamson (dir.), *Latin American Readjustment: How Much has Happened*, Washington DC, Institute for International Economics, 1990, chap. 2.

<sup>112</sup> Pour Hakim Ben Hammouda, « le consensus de Washington va remettre en cause toute forme d'interventionnisme étatique et proclamer la suprématie du marché dans l'allocation des ressources », *L'économie politique du post-ajustement*, éd. Karthala, coll. Économie et développement, 1999, p. 75.

particularités de chaque pays, et encore moins du cadre général dans lequel ces derniers étaient placés. Il était soutenu que les réformes préconisées étaient par définition mauvaises car conçues pour des sociétés de marché déjà entièrement ou en grande partie constituées. Or, les PVD se trouvaient face à une situation particulière, liée à l'importance prise par l'État lors de la décolonisation, le faible nombre d'entreprises, une structuration sociale propre, etc.

Deux attitudes pouvaient être envisagées face à cette contestation. Il pouvait s'agir, soit de prendre la voie qui menait à rompre avec l'orthodoxie du consensus de Washington, ce qui nécessitait de changer à nouveau de paradigme du développement, soit de suivre une autre route qui menait à une modification tempérée de la doctrine existante, c'est-à-dire à l'adapter sans modifier la croyance fondamentale en la régulation de la société par le marché et sans l'interférence de l'État. C'est la seconde branche de l'alternative qui a été privilégiée, et il est intéressant de noter que des auteurs proches de la Banque avaient déjà ouvert dans les années 1980 une réflexion un peu décalée par rapport au consensus de Washington *stricto sensu*, en mettant l'accent sur le cadre institutionnel nécessaire avant toutes les autres réformes<sup>113</sup>. Il s'agissait de « situer la problématique du développement africain dans son contexte historique propre, de prendre conscience que les structures indispensables au développement macroéconomique font défaut dans la plupart des pays africains et doivent au préalable être mises en place de manière effective »<sup>114</sup>. Un auteur pouvait résumer ces théories en retenant qu' « Il est maintenant généralement reconnu qu'une des missions essentielles du gouvernement, négligée dans les premiers modèles de planification économique, consiste à mettre en place les 'bonnes' incitations pour stimuler et guider les différents acteurs de l'économie »<sup>115</sup>.

En mettant l'accent sur l'importance du cadre institutionnel, ce mouvement tendait, *a priori*, à dépasser la promotion d'une logique néoclassique parfaite, puisque l'État se voyait reconnaître un rôle central dans cette mise en place. Il y a là ce qui paraît ressembler à une tentative de compromis entre l'État et le marché. En effet, le débat théorique sur la place de l'État tend à s'éloigner de la critique systématique ou de la glorification de son intervention, pour s'orienter vers la question de la qualité de cette action. Toutefois, en approfondissant un

---

<sup>113</sup> Le document de Shahid Javed Burki et Guillermo Perry, *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*, Washington DC, The World Bank, 1998, traite de cette histoire.

<sup>114</sup> Goran Hyden, *No Shortcuts to Progress: African Development Management in Perspective*, Berkeley, University of California Press, 1983, p. 213. V. aussi Arturo Israel, *Institutional Development. Incentives to Performance*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1987.

<sup>115</sup> Brian Van Arkadie, *The Role of Institutions in Development*, Washington DC, The World Bank, Proceedings of the First Annual World Conference on Development Economics, 1990, p. 161.

peu les choses, il est possible de se rendre compte que si la forme change, le fond, lui, n'a pas réellement évolué. C'est toujours une cohésion de la société sur le modèle économique, c'est-à-dire au détriment d'un volontarisme politique, qui se cache derrière le concept de « bonne gouvernance », et qui implique de la voir dans la continuité du consensus de Washington. Le hasard faisant bien les choses, cette dernière apparaît formellement l'année où le communisme signe son arrêt de mort<sup>116</sup>, 1989. Il y a là d'autant plus un triomphe de la rationalité économique à analyser pour en appréhender les tenants et les aboutissants sur la représentation du droit public.

## B. Des fondements techniques confirmant une régulation par le marché

La « bonne gouvernance » vient approfondir l'idée d'une régulation sociale par le marché. C'est dans le prolongement des thèses utilisées par la Banque (1) qu'il faut comprendre son fort aspect normatif (2).

### 1) Approche positive

L'apparition du concept est l'occasion pour la Banque de poser les premiers jalons d'une véritable doctrine (a), qui sera par la suite approfondie de manière indissociable des théories, notamment institutionnelles, analysées précédemment (b).

#### (a) L'apparition

En gestation à partir du milieu des années 1980, la naissance de la « bonne gouvernance » est fixée à 1989. À cette date, la Banque commence par définir la gouvernance comme « l'exercice du pouvoir politique pour gérer les affaires de la nation »<sup>117</sup>, mettant donc l'accent sur la manière de gouverner<sup>118</sup>. Puis, en y adjoignant une connotation qualitative, elle porte une appréciation claire quant à la façon dont, à ses yeux, cette gouvernance est très

---

<sup>116</sup> Si le marxisme critiquait aussi l'intérêt public transcendant comme masquant les conflits et permettant le contrôle par la bourgeoisie, le communisme pratiqué en U.R.S.S. a représenté un degré très important de domination de l'État sur la société civile.

<sup>117</sup> Banque mondiale, *Sub-Saharan Africa, op. cit.*, p. 60. Les termes s'élargissent et se précisent après 1989.

<sup>118</sup> En 1992, la gouvernance est définie comme « la manière par laquelle le pouvoir est exercé dans la gestion des ressources économiques et sociales d'un pays pour son développement », *Governance and Development*, Washington DC, The World Bank, 1992, p. 52.

souvent menée dans les PVD. Elle déclare qu' « une cause essentielle des faibles performances économiques dans le passé a été l'échec des institutions publiques. Si les initiatives privées et les mécanismes de marché sont importants, ils sont indissociables d'une bonne gouvernance – des services publics efficaces, un système judiciaire dans lequel les justiciables puissent avoir confiance, et une administration responsable devant ses administrés »<sup>119</sup>.

Cette perspective est poursuivie par la suite. En 1994, le point de vue est certes un peu plus large, mais il reflète la même idée axée sur la nécessaire réforme de l'État. En effet, il est dit que « La bonne gouvernance se caractérise par un processus d'élaboration des politiques publiques qui soit prévisible, ouvert et éclairé (c'est-à-dire un processus transparent) ; par une bureaucratie dotée d'un *ethos* professionnel ; par un gouvernement responsable de ses actes ; et par une société civile puissante qui participe aux affaires publiques ; tous étant soumis à la prééminence du droit »<sup>120</sup>. Il est par ce biais reconnu que les échecs des politiques de développement sont essentiellement dus à des problèmes de gouvernance, c'est-à-dire que les institutions publiques ont été déficientes<sup>121</sup>. Dès lors, les mesures à prendre doivent tendre à réformer ces institutions<sup>122</sup>.

Cela étant, il faut approfondir ce discours pour déceler ce qui se trouve en filigrane. À bien regarder, les différents documents édités à propos de la « bonne gouvernance » permettent dès le départ à la Banque de mettre l'accent sur deux idées qui participent de la continuation de l'enserrement de l'État par la tradition néoclassique<sup>123</sup>. Un important rapport de 1992 en est un bon exemple. Tout d'abord, l'organisation internationale promeut une

---

<sup>119</sup> Banque mondiale, *Sub-Saharan Africa, op. cit.*, p. xii.

<sup>120</sup> Banque mondiale, *Governance, The World Bank's Experience*, Washington DC, The World Bank, 1994, p. 7. La « prééminence du droit » traduit le concept anglo-saxon de *Rule of law*.

<sup>121</sup> En 1992, la Banque relevait que les changements historiques au cours du passage des années 1980 aux années 1990 « ont été accompagnés par des transformations dans le rôle de l'État, reflétant une attention croissante concernant la création d'un environnement incitatif qui faciliterait le développement, la mise en place de responsabilités accrues pour le secteur privé, la diminution des interventions directes de l'État dans les activités productives et commerciales, et le transfert du pouvoir du centre aux niveaux inférieurs du gouvernement », *Governance and Development, op. cit.*, p. 5. L'approfondissement continue par la suite.

<sup>122</sup> La Banque insiste sur le fait que la gestion du secteur public est centrale car, soutient-elle, il y a une « conviction croissante qu'un gouvernement efficace est une condition *sine qua non* d'une croissance économique durable », *Governance, The World Bank's Experience, op. cit.*, p. viii.

<sup>123</sup> Pour Béatrice Hibou « La Banque fait appel à trois courants idéologiques appartenant à l'économie politique libérale – la 'nouvelle économie politique', l'analyse néo-institutionnelle, les théories de la société civile – qui ont en commun de vider le politique de sa substance : les acteurs politiques sont analysés comme des acteurs économiques ; l'individualisme méthodologique et le postulat individualiste sont étendus à toute forme d'organisation ou d'institution, et notamment à l'État », *Économie politique du discours de la Banque mondiale, Études du CERI*, 1998, p. 12. Comme le dit Hakim Ben Hammouda, « la Nouvelle économie institutionnelle dans le champ du développement est une extension de la théorie néoclassique dans la mesure où elle cherche à expliquer les institutions par le comportement microéconomique des agents », *L'économie politique du post-ajustement, op. cit.*, pp. 219 – 220.

logique qui fait du marché le cœur du développement, au détriment d'un État étudié le plus fréquemment à travers une réflexion liée au *Public choice*<sup>124</sup>. Ensuite et dans la continuité, elle mène une réflexion dans laquelle cet État est conçu comme devant mettre en place les institutions susceptibles de faire fonctionner efficacement le marché<sup>125</sup>. Ainsi, en utilisant l'idée des coûts de transaction, la Banque soutient que les institutions, définies comme « les règles du jeu »<sup>126</sup>, sont essentielles dans la performance des économies en ce qu'elles doivent diminuer ces coûts, essentiellement dans le but de créer et de favoriser la protection des droits de propriété définis le plus largement possible<sup>127</sup>.

Ces deux grands axes, qui rappellent des données déjà étudiées, constituent le cœur de la doctrine de la « bonne gouvernance ».

### (b) Les approfondissements

L'approche esquissée ci-dessus sera approfondie dans la seconde moitié des années 1990<sup>128</sup>, notamment par la valorisation de l'idée qu'il faut partout et toujours voir mises en place de bonnes « règles du jeu »<sup>129</sup>. Pour bien le comprendre, il convient de réaliser que la recherche liée au concept généralise une coloration institutionnelle présente auparavant selon la double perspective déjà esquissée.

---

<sup>124</sup> Ainsi, « L'État peut agir comme un prédateur ou peut poursuivre des stratégies qui portent atteinte aux droits de propriété. Ses agents peuvent agir de manière opportuniste et céder à la recherche de rentes », *Governance and Development, op. cit.*, p. 7. L'utilisation des théories des choix publics est une constante pour la Banque, qui lui fait envisager des études orientées idéologiquement dans cette direction.

<sup>125</sup> Il est intéressant à ce titre de noter que l'approche institutionnelle qui est reprise n'est pas celle qui découle des travaux de H. Simon, mais celle en termes de coûts de transaction dans la lignée de R. Coase. V. *supra*, note 81 p. 85.

<sup>126</sup> Banque mondiale, *Governance and Development, op. cit.*, p. 14.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 7. Elle ajoute : « Sans les institutions et le cadre structurel incitant l'État à élaborer des règles et à les faire respecter, à établir l'ordre et la justice, et à protéger les droits de propriété, la production et les investissements seront vouées à l'échec et le développement sera freiné, et ce parce que les coûts de transaction inhiberont ces activités », p. 6.

<sup>128</sup> Le rapport mondial sur le développement de 1997 est à ce titre intéressant, en posant le principe d'un « État efficace » (*Effective State*), en tant qu'il est « essentiel à la fourniture des biens et services – et des règles et institutions – qui permettent au marché de s'accroître et aux populations de mener une vie saine et heureuse », *World Development Report 1997. The State in a Changing World*, Washington DC, The World Bank, 1997, p. 1.

<sup>129</sup> L'approche institutionnelle est approfondie dans le rapport *Reforming Public Institutions and Strengthening Governance, A World Bank Strategy*, Washington DC, The World Bank, Public Sector Group, 2000 (mis à jour en 2003), not. p. 8 pour une synthèse. On retrouve de façon plus nette encore l'approche en termes de coûts de transaction en 2001 : « Qu'est-ce qui limite le bon fonctionnement du marché ? Les coûts de transaction causés par des informations inadéquates et par une définition ainsi qu'une protection incomplète des droits de propriété (...). Qu'est ce qui au contraire accentue son bon fonctionnement ? Des institutions qui augmentent les avantages de l'échange marchand, qui réduisent les risques et qui accroissent l'efficacité », *World Development Report 2002. Building Institutions for Markets*, Washington DC, The World Bank, 2001, p. 3.

Il s'agit, d'abord, de voir se développer ces bonnes règles du jeu, entendues comme les institutions susceptibles de permettre un développement harmonieux et non entravé des mécanismes de marché. Or, l'État joue un rôle fondamental en la matière. Cet aspect est rappelé de manière très claire par la Banque mondiale dans un rapport de 2002, dans lequel elle soutient que « La plupart des institutions sur lesquelles reposent les marchés est fournie par l'État. (...) La mise en place réussie de ces institutions est souvent qualifiée de 'bonne gouvernance' »<sup>130</sup>. Ce concept prend ici tout son sens puisqu'il fait dorénavant référence de manière explicite à « la capacité de l'État à fournir ces institutions »<sup>131</sup>. En revenant au sens initial du concept lié à « l'exercice du pouvoir politique pour gérer les affaires de la nation »<sup>132</sup>, il apparaît que l'action de l'État est avant tout orientée dans une logique de diminution des coûts de transaction qui entravent le fonctionnement du marché<sup>133</sup>.

Mais il n'est pas possible de s'arrêter là, c'est-à-dire que la « bonne gouvernance » ne peut se résumer à la mise en place par l'État de bonnes institutions de marché, ou plutôt cette mise en place est aux yeux de la Banque empêchée par la nature inlassablement « prédatrice » de l'État. Il va donc s'agir, en amont, de procéder de telle façon que soient évités les abus supposés qui nuiraient aux résultats escomptés. Ceci constitue en quelque sorte la condition de la « bonne gouvernance », et nécessite un encadrement de l'action étatique. C'est toujours l'aspect institutionnel qui est valorisé, puisque « la manière dont les institutions politiques parviennent à limiter l'arbitraire du gouvernement est essentielle pour les résultats des politiques entreprises »<sup>134</sup>. Cependant, la recherche consiste ici à concevoir en interne, c'est-à-dire dans la structure de l'État, des règles susceptibles de restreindre les comportements assimilés à des dérives, permettant ensuite et par ricochet à ce dernier de promouvoir la mise en place d'institutions favorables à une régulation sociale par le marché.

Le cœur de la « bonne gouvernance » est qu'il faut croire en la libre concurrence des intérêts privés comme source de prospérité générale, ce qui passe par la mise en place d'institutions qui vont rendre une telle matrice du développement à la fois possible et efficace. Cette double approche se couple avec un versant normatif dont elle est indissociable.

---

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 99.

<sup>131</sup> V. Banque mondiale, *The State in a Changing World*, *op. cit.*, tableau 2.1, p. 30 ; ou encore *Building Institutions for Markets*, *op. cit.*, p. 98, qui se fonde d'ailleurs sur le premier.

<sup>132</sup> Banque mondiale, *Sub-Saharan Africa*, *op. cit.*, p. 60.

<sup>133</sup> Si les premiers rapports sur la gouvernance à partir de 1989 utilisaient déjà cette notion de « coûts de transaction », les documents ultérieurs (Banque mondiale, *The State in a Changing World*, *op. cit.* ; *Building Institutions for Markets*, *op. cit.*, etc.) font une place prépondérante aux descendants de R. Coase (O. Williamson, D. North, etc.).

<sup>134</sup> Banque mondiale, *Building Institutions for Markets*, *op. cit.*, p. 102.

## 2) Approche normative

Du programme de recherche bicéphale lié à la « bonne gouvernance » émane un double bornage de l'État, à la fois en son sein, autrement dit en interne (a), mais aussi dans son action, c'est-à-dire en externe<sup>135</sup> (b). Ces deux aspects sont intrinsèquement liés, mais doivent être distingués afin d'en mesurer la portée.

### (a) L'État limité comme condition de la « bonne gouvernance »

La Banque mondiale développe plusieurs idées pratiques pour limiter les dérives naturelles qu'elle impute à l'État<sup>136</sup>, la notion de concurrence étant centrale<sup>137</sup>. Il faut à ses yeux « limiter l'arbitraire de l'action étatique et plus généralement la corruption »<sup>138</sup>.

Concrètement, elle insiste dans la tradition du *Public choice* sur le fait que le personnel politique et la fonction publique doivent être encadrés par des règles précises. Cela implique « d'instaurer des limites budgétaires strictes, de se conformer aux budgets et aux autres politiques préalablement approuvées, de rendre les recettes prévisibles, de mettre en place des mécanismes de responsabilité liés à l'utilisation des ressources financières, et enfin de lutter contre le favoritisme politique »<sup>139</sup>. La Banque approfondit cette perspective en réfléchissant aux autres moyens susceptibles d'encadrer l'État. Elle met en avant « des mécanismes formels de poids et de contrepoids (*checks & balances*) qui doivent être intégrés à la structure gouvernementale, comprenant un pouvoir judiciaire indépendant et une séparation des pouvoirs »<sup>140</sup>. Enfin, dans la même optique, l'organisation internationale insiste sur la nécessité de favoriser l'expression et la prise en compte des intérêts de la société civile, ce qu'elle appelle « rapprocher l'État du peuple »<sup>141</sup>.

---

<sup>135</sup> Les rapports de 1997, *The State in a Changing World*, *op. cit.*, et 2002, *Building Institutions for Markets*, *op. cit.*, sont les plus significatifs à ces sujets.

<sup>136</sup> V. Banque mondiale, *The State in a Changing World*, *op. cit.*, partie III « Reinvigorating institutional capability », pp. 77 et s.

<sup>137</sup> Elle soutient qu'« une telle pression peut à la fois inciter à la performance mais aussi constituer un instrument de surveillance des abus du monopole de l'État dans l'élaboration des politiques publiques et la fourniture de services. De même, les recrutements et les évolutions de carrière des agents publics doivent impérativement reposer sur une logique compétitive ou être basés sur le mérite », *ibid.*, p. 78.

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 99.

<sup>139</sup> *Ibid.*, p. 97.

<sup>140</sup> *Ibid.*

<sup>141</sup> *Ibid.*, pp. 110 et s., ici p. 110. « Ce chapitre examine un large spectre de mécanismes visant à s'assurer que les politiques publiques et les programmes d'action publiques reflètent davantage l'intégralité des intérêts de la société », même page.

Ce bornage interne est omniprésent dans le discours de la Banque. Il tend à atomiser le potentiel d'action étatique, ou plutôt ce qu'elle considère comme sa capacité de nuisance. À partir de là, elle soutient que la « bonne gouvernance » pourra se développer.

(b) La « bonne gouvernance » ou la mise en place par un État limité d'institutions favorisant le marché

L'idée synthétique qui prévaut est celle de la nécessité pour l'État de « revenir à l'essentiel »<sup>142</sup>, c'est-à-dire de garantir la mise en place des fameuses bonnes « règles du jeu » susceptibles de permettre un fonctionnement efficace du marché. La Banque aborde alors les institutions issues d'une « bonne gouvernance » susceptibles de favoriser cette mission.

La plus importante concerne « la création, la protection et l'application des droits de propriété, sans lesquels l'étendue des transactions de marché est limitée »<sup>143</sup>. Il faut de la même façon assurer « l'établissement d'un régime réglementaire qui épouse le marché pour promouvoir la concurrence »<sup>144</sup>, ainsi que « mettre en place des politiques macroéconomiques saines qui créent un environnement stable pour les activités de marché »<sup>145</sup>. De manière plus particulière, la Banque reconnaît encore l'importance dans les PVD de l'adoption de règles claires concernant les agriculteurs, la gouvernance d'entreprise, ou encore le système financier<sup>146</sup>.

À l'issue de ces développements sur les différents aspects de la « bonne gouvernance », il apparaît que ce concept ne nie pas l'existence de l'État mais remet en cause son rôle actif dans la régulation sociale. C'est à partir de l'approfondissement de ce constat, qui peut sembler à première vue paradoxal, qu'il est possible de mieux comprendre les débats sur la gouvernance publique interne dans les pays développés.

---

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 39. V., d'une manière générale, pp. 39 et s. pour des détails en la matière, que le rapport de 2002, Banque mondiale, *Building Institutions for Markets*, *op. cit.*, reprend et actualise.

<sup>143</sup> *Ibid.*, p. 99.

<sup>144</sup> *Ibid.*

<sup>145</sup> *Ibid.*

<sup>146</sup> *Ibid.*, respectivement pp. 31 et s., pp. 55 et s., et pp. 75 et s.

## §2. L'application de la « bonne gouvernance » aux pays développés

Les recherches effectuées permettent d'appréhender le modèle de coordination des relations sociales véhiculé par le concept de « bonne gouvernance » et le rôle de l'État en son sein (A), faisant apparaître que sa problématique ne s'arrête pas aux frontières des PVD (B).

### A. Une application liée au modèle de réalisation de l'intérêt public

En dépassant une vision trop simple des choses (1), les développements ci-dessus sont matière à synthétiser la question de la réalisation du bien public liée à la « bonne gouvernance » (2).

#### 1) Les écueils à dépasser

Un *a priori* consiste à considérer que la « bonne gouvernance » ne peut ouvrir de façon pertinente aux débats vers les pays développés, puisque les contextes d'application ne sont pas semblables. Effectivement, la problématique ne paraît pas similaire entre les deux catégories de pays. D'un côté, les PVD sont essentiellement confrontés aux nécessités de la mise en place des structures, tant publiques que privées, susceptibles de leur permettre un décollage économique et social. De l'autre, les pays développés font face à un contexte distinct, puisque l'économie de marché et l'État de droit y sont beaucoup plus effectifs. De même et nonobstant des dissemblances certaines, l'État dans ces derniers pays a globalement pris à l'époque moderne la forme d'un État-providence interventionniste, c'est-à-dire qu'ont été mis en place au cours du XX<sup>e</sup> siècle divers mécanismes d'assistance et d'assurance pour couvrir les citoyens contre certains risques sociaux liés à la perte d'emploi, la vieillesse, ou encore la maladie. Ceci n'est pas le cas pour les PVD. Il semble dès lors difficile de tirer des enseignements d'une comparaison entre les différentes expériences, et la problématique liée à la « bonne gouvernance » dans les PVD paraît spécifique à ces derniers.

Ce brouillage est nourri par le fait que certains voient dans ce concept un potentiel retour aux préoccupations sur l'État, autrement dit le signe dans les années 1990 d'une « entreprise de re-légitimisation, visant à restaurer les certitudes entourant l'État »<sup>147</sup>. La

---

<sup>147</sup> Jacques Chevallier, La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ?, *RFAP*, n° 105-106, 2003, pp. 203 – 217, ici p. 213.

Banque mondiale a elle-même utilisé le terme « d'État efficace »<sup>148</sup> pour décrire le sens de sa recherche, terme qui pourrait faire penser qu'elle a souhaité modifier sa perception des choses en refaisant de ce dernier un acteur à part entière du développement, susceptible de ce fait d'imposer parfois une certaine direction à la société.

Pour y voir plus clair et dépasser ces écueils, il est nécessaire de revenir à ce qui ressort des théories utilisées par la Banque. L'essentiel consiste à ne pas simplement conclure que, puisqu'elle fait une place à l'État, elle a rompu avec, en résumé, les prescriptions du consensus de Washington. Il faut prendre en compte une perspective qui a déjà été évoquée et qui intéresse tous les pays, à savoir que la question n'est pas celle de la présence ou non de l'État, mais plutôt celle du rôle qui lui est imparti concernant le bien public. Et force est de constater que ce rôle est partout et toujours instrumentalisé dans un sens spécifique.

## 2) Un retour orienté par et pour une coordination sociale de marché

À l'étude, la « bonne gouvernance » laisse entrevoir une idée bien particulière de l'État<sup>149</sup>, dans laquelle il est instrumentalisé et encadré par une réflexion de marché. Ainsi apparaît le principe essentiel qu'il n'a pas en charge la recherche du bien collectif, qui impliquerait une détermination substantielle sur les fins du pouvoir. Il ne lui est pas reconnu la possibilité d'agir quand nécessaire au bénéfice de la société en vertu d'un intérêt public qui transcenderait les intérêts individuels. Son rôle consiste à mettre en place les bonnes règles du jeu, et bien évidemment ce jeu est celui des intérêts privés, seuls à même aux yeux de la Banque de garantir la prospérité et donc le développement<sup>150</sup>. C'est la protection des droits de

---

<sup>148</sup> Utilisé dans Banque mondiale, *The State in a Changing World*, op. cit. V., plus précisément, le résumé disponible en français intitulé *L'État dans un monde en mutation*, dans lequel l'expression apparaît plusieurs fois, not. p. 10 et p. 16.

<sup>149</sup> Elle « relève d'une 'définition minimaliste, fonctionnaliste, technique et instrumentaliste de l'État' dont la finalité première est de permettre le bon fonctionnement du marché », Haut conseil de la coopération internationale, *Les non-dits de la bonne gouvernance*, Karthala, coll. Coopération internationale, 2001, p. 69. De manière proche, Philippe Arondel retient que ce qui est véhiculé « est moins l'apologie d'un modèle réformiste visant à refaire du politique le producteur du Bien commun que l'exaltation d'un État minimum au service du marché, le tout sur fond de sacralisation de la règle de droit comme accoucheuse de l'ordre marchand » ; « Bonne gouvernance » : l'art du double langage ?, *Cité*, n° 41 (Du jacobinisme à la gouvernance), 2003, pp. 51 – 57, p. 53. Il semble que les traductions des documents de la Banque mondiale en français proposées par cette dernière puissent induire en erreur en édulcorant quelque peu les propos de l'institution.

<sup>150</sup> L'État ne doit évidemment pas intervenir sur le marché. Il a « un rôle à jouer dans l'élaboration de meilleures institutions de marché. Toutefois, il ne s'agit pas de créer des organismes étatiques, ces dernières ayant été clairement incapables de mettre en balance des intérêts publics conflictuels (...). L'État peut plutôt faciliter les institutions de marché », Banque mondiale, *Building Institutions for Markets*, op. cit., p. 33.

propriété qui est mise en avant afin de diminuer les coûts de transaction et de permettre une optimisation au sens de Pareto<sup>151</sup>.

Cette vérité se révèle distinctement lorsque la Banque elle-même utilise ce terme « d'État efficace » pour décrire le sens de sa recherche. Dans cette vision, la décision politique se réduit à des considérations d'efficacité portant sur l'utilisation de moyens, non à définir des fins que le marché permettrait parfois d'atteindre. En d'autres termes, la « bonne gouvernance » conteste l'autonomie de la volonté politique puisque l'État n'a pas de finalités propres. Il y a certes besoin d'un État, mais d'un État qui mette en œuvre les moyens d'une autogestion de la société par les interactions spontanées des intérêts individuels sur le modèle économique. L'autonomie du politique doit être évitée car le bien public passe au contraire par la sauvegarde des intérêts privés. Il est d'ailleurs intéressant de souligner que même lorsque la Banque paraît reconnaître un rôle actif à l'État, comme par exemple dans la protection des populations vulnérables ou la promotion de certains services collectifs comme l'éducation, elle s'empresse aussitôt de souligner que le secteur privé doit tantôt être associé de très près à ces mesures, tantôt pallier complètement les carences de l'intervention publique<sup>152</sup>.

La réflexion s'articule donc autour de l'idée centrale que les interactions des individus sont nécessaires et surtout suffisantes à la régulation de l'ensemble social. Comme elles constituent un mécanisme de « pilotage automatique », l'État ne doit pas interférer. Voilà la vraie entreprise derrière la « bonne gouvernance ». Son but n'est pas de « tuer » l'État, mais une certaine idée de l'État comme instance représentant la *res publica*<sup>153</sup>, et titulaire pour ce faire d'un intérêt public qui dépasse la simple addition des intérêts particuliers.

En filigrane, il faut bien appréhender le fait qu'à ce rejet est liée une idée très étroite du droit public compris comme droit de la chose publique. Cela se traduit, comme évoqué jusqu'ici, par un rôle d'arbitre pour l'État. Mais cela se matérialise également, dans le prolongement, de nombreuses autres manières, et particulièrement par la place limitée de la loi puisque les interactions individuelles sont considérées comme capables d'elles-mêmes d'assurer l'harmonie sociale.

---

<sup>151</sup> V. *supra*, p. 69.

<sup>152</sup> Banque mondiale, *Building Institutions for Markets*, *op. cit.*, pp. 54 – 60, surtout pp. 59 – 60.

<sup>153</sup> D'une manière générale, c'est le terme d'État libéral qui semble *a priori* plus à même de définir l'État de la « bonne gouvernance ». Toutefois, il faut bien faire attention à l'utilisation de ce qualificatif et aux différences d'interprétation qu'il suscite, notamment dans un cadre comparatif. Par exemple, il y a peu de points communs entre l'État libéral ici défini et celui conçu par Georges Burdeau concernant essentiellement la France (*Traité de science politique*, t. 6, *L'État libéral et les techniques politiques de la démocratie gouvernée*, L.G.D.J., 3<sup>e</sup> éd., 1987). C'est pourquoi, pour l'instant, ce qualificatif sera écarté.

Pour ces raisons, le concept de « bonne gouvernance », bien que formulé spécifiquement pour le développement, concerne tous les pays et est indispensable pour envisager la gouvernance publique dans les pays développés<sup>154</sup>.

## B. Le cadre d'application

Derrière une lutte légitime contre certains problèmes majeurs touchant les PVD, notamment la corruption, la Banque mondiale a en quelque sorte « habillé » le concept de « bonne gouvernance » pour favoriser un certain modèle<sup>155</sup>. La participation de l'institution à l'extension de ce référent (1) en démontre l'importance à l'heure de penser la gouvernance publique dans les pays développés (2).

### 1) Le rôle de la Banque mondiale dans l'extension

L'application générale des préceptes de la « bonne gouvernance » aux pays développés peut être décelée avec intérêt dans les écrits de la Banque à deux niveaux, c'est-à-dire de manière plus (a) ou moins (b) directe<sup>156</sup>.

#### (a) Les rapports sur les « problèmes de gouvernance » (*Governance Matters*)

Nonobstant son mandat limité, la Banque étend aujourd'hui ses études et surtout ses prescriptions à tous les pays. À ce titre, un ensemble de recherches menées depuis 1999 et regroupées sous le nom de « *Governance Matters* » est important<sup>157</sup>. Reprenant une définition

---

<sup>154</sup> Il y a là, pour Yvon Pesqueux, la marque générale du « passage de la légitimité du *Welfare State* à celle de l'État organisateur », *Gouvernance et privatisation*, PUF, coll. Politique élatée, 2007, p. 214. La même philosophie ne se décline néanmoins pas de la même façon, compte tenu de la prise en compte de situations elles-mêmes fondamentalement différentes.

<sup>155</sup> Étant ici souligné que les autres institutions internationales ont défendu une conception proche. Pour le Fonds monétaire international, v. George Abed et Sanjeev Gupta, *Governance, Corruption, and Economic Performance*, International Monetary Fund, 2002. Le mouvement lié à la « bonne gouvernance » est également généralisé depuis 1999 par les Nations Unies au sein du *Global Forum on Reinventing Government*.

<sup>156</sup> Un groupe particulier a été récemment constitué en son sein, sous le nom de *Public sector governance*. Ses missions se justifient par le fait qu'aux yeux de la Banque, elle doit « davantage concentrer ses efforts sur l'élaboration d'institutions publiques responsables et efficaces – plutôt que de simplement fournir des conseils sur les politiques ». C'est dans ce cadre que sont organisées les recherches extensives sur la gouvernance.

<sup>157</sup> Ces études sont menées sous la direction de Daniel Kaufmann et Aart Kraay. La dernière mise à jour date de 2008 (*Governance Matters VII: Aggregate and Individual Governance Indicators 1996 – 2007*). Les données sont disponibles en détails à partir du site Internet de la Banque mondiale.

institutionnelle classique de la gouvernance<sup>158</sup>, les auteurs veulent démontrer à partir d'indicateurs qu'une meilleure gouvernance mène à de meilleurs résultats pour le développement. Ces critères sont au nombre de six : l'écoute et l'imputabilité, la stabilité politique et l'absence de violence, l'efficacité du gouvernement, la qualité de la réglementation, l'État de droit, et enfin la maîtrise de la corruption<sup>159</sup>.

Sans entrer dans le détail, on retrouve ici la double approche de la Banque mondiale en termes d'institutions de « bonne gouvernance ». Il s'agit toujours d'encadrer l'État (contrôler ses dérives, mesurer son efficacité, notamment celle de sa fonction publique, etc.), pour aboutir à la mise en place de bonnes institutions susceptibles de permettre l'expansion du marché (accent mis sur la qualité du système judiciaire, sur la nécessité d'une « bonne » réglementation<sup>160</sup>, etc.).

Chaque pays est passé au crible, et un classement de la « meilleure gouvernance » est établi. Au-delà des résultats précis, pourtant en eux-mêmes intéressants<sup>161</sup>, l'important réside dans une comparaison à l'échelle mondiale des situations de gouvernance. Cette tendance est d'autant plus réelle que l'œuvre comparative ne s'arrête pas là ; elle est également menée par le biais des rapports « *Doing Business* » bien connus en France.

#### (b) Les rapports sur la « pratique des affaires » (*Doing Business*)

Ces rapports ont fait grand bruit en France dans la mesure où l'efficacité du système juridique des pays de tradition civiliste y était directement contestée<sup>162</sup>. Si les réponses

---

<sup>158</sup> « Nous avons retenu une définition large de la gouvernance comme se référant aux traditions et aux institutions par lesquelles l'autorité est exercée dans un pays », *Governance Matters*, octobre 1999, p. 1.

<sup>159</sup> La traduction vient de Marc Hufty, L'objet gouvernance, in M. Hufty (et al.), *Jeux de gouvernance, regards et réflexions sur un concept*, Karthala, coll. Développements, 2007, pp. 13 – 28, ici p. 18. Il faut souligner qu'il pourrait être plus juste de traduire *Rule of law* par « prééminence du droit » et non « État de droit », tout comme *Regulation* ne correspond pas entièrement à « réglementation » en français. Il ne s'agit toutefois pas ici de rentrer dans ces questions.

<sup>160</sup> Il est à ce titre intéressant de noter que dans les critères initialement posés, seul le numéro 4, intitulé « Le poids de la réglementation », évolue pour devenir « La qualité de la réglementation ». Il s'agit là de mesurer « la capacité du gouvernement à élaborer et à appliquer des politiques et des réglementations saines qui permettent de promouvoir le développement du secteur privé », *Governance Matters VI*, 2007, p. 4. C'est une précision importante pour démontrer le but de la gouvernance, et plus particulièrement de la « bonne gouvernance », à savoir favoriser le marché.

<sup>161</sup> Comme dans le cadre des rapports *Doing Business*, n'est pas favorisée dans ces classements, au contraire des pays anglo-saxons.

<sup>162</sup> Inaugurés en 2004 (*Doing Business in 2004. Understanding Regulation* ; v. sur <http://www.doingbusiness.org/>), les rapports *Doing Business* étudient les systèmes juridiques quant à leurs effets sur le développement et l'activité économique en utilisant différents critères de classement. Initialement au nombre de cinq (créer une entreprise, embaucher et licencier des salariés, faire respecter les contrats, obtenir un crédit, et liquider une entreprise), deux autres ont été ajoutés en 2005 (l'enregistrement d'un titre de propriété et

françaises n'ont pas tardé à se faire entendre<sup>163</sup>, il faut surtout comprendre ces écrits dans la continuité de la doctrine de la Banque concernant l'État et le bien public telle que véhiculée par la « bonne gouvernance ». La proposition centrale qui émane de ces rapports est en effet clairement la supériorité du marché sur l'intervention de l'État<sup>164</sup>.

À ce titre, les premiers documents n'ont fait que reprendre des études qui existaient déjà et qui émanaient d'auteurs proches des courants néoclassiques<sup>165</sup>, dont les présupposés scientifiques quant au rôle du gouvernement étaient très clairs et désormais habituels dans cette étude, à savoir que ce dernier devait « définir et protéger les droits de propriété »<sup>166</sup>. En se plaçant dans le prolongement de la contestation des thèses de Pigou justifiant l'interventionnisme de l'État<sup>167</sup>, les auteurs en arrivent à défendre les principes d'une réglementation obéissant à deux idées : « Premièrement, ne réglementer que lorsque les règles ou le contentieux privés ne peuvent, à eux seuls, induire de bons comportements. Deuxièmement, ne réglementer que lorsqu'il existe les possibilités de faire respecter efficacement les règles »<sup>168</sup>. L'aspect orienté de ces conseils est encore plus évident lorsque les rapports parlent directement d'une « bonne réglementation » (*good regulation*), dont la parenté avec la « bonne gouvernance » paraît claire. Yvon Pesqueux note que « c'est au nom de l'efficacité attendue du droit dans sa capacité à développer les affaires que, dans le droit fil de l'État minimal, la Banque mondiale fonde l'injonction à la simplification à la fois des procédures et du droit »<sup>169</sup>.

Ce cadre d'extension aux pays développés des thèses liées à la « bonne gouvernance » permet de voir la logique de cette dernière, autant que la finalité à partir de laquelle vont se penser les mutations liées à la gouvernance publique.

---

la protection des investisseurs). Dans le rapport de 2008 sur la « facilité de faire des affaires », la France gagne une place par rapport à 2007 pour se classer 31<sup>e</sup>, alors qu'elle était initialement au 44<sup>e</sup> rang. Dans les pays de l'OCDE, la France n'est toutefois classée qu'au 19<sup>e</sup> rang (sur 24), loin derrière la Nouvelle-Zélande ou les États-Unis.

<sup>163</sup> Association Henri Capitant, *Les droits de tradition civiliste en question. À propos des rapports Doing Business de la Banque mondiale*, 2 t., Société de législation comparée, 2006.

<sup>164</sup> *Ibid.*, p. 22. C'est de là que découle l'idée que la réglementation issue du droit français est moins efficace que celle issue de la *common law*.

<sup>165</sup> V. Simeon Djankov (*et al.*), *The New Comparative Economics*, *op. cit.*

<sup>166</sup> Banque mondiale, *Doing Business in 2004. Understanding regulation*, *op. cit.*, p. xi.

<sup>167</sup> *V. supra*, p. 82.

<sup>168</sup> *Ibid.*, p. 92.

<sup>169</sup> Yvon Pesqueux, *Gouvernance et privatisation*, *op. cit.*, p. 60.

## 2) Les conséquences de l'extension pour la gouvernance publique

C'est à partir de la matérialisation concrète de la problématique de la « bonne gouvernance » aux pays développés par certaines théories (a) qu'il est possible de progresser sur la question de la gouvernance publique (b).

### (a) La pratique de la « bonne gouvernance » dans les pays développés

Il faut présenter le mouvement d'ensemble qui a accompagné la réforme de l'État et donc de l'action publique dans ces pays depuis presque trois décennies (α) pour déterminer comment se matérialise l'idée de « bonne gouvernance » dans les pays développés (β).

#### (α) Les théories visant à réformer l'État dans les pays développés

La théorisation d'ensemble de la réforme de l'État et de son administration est connue sous le nom de Nouveau management public (*New public management, NPM*), souvent utilisée comme référent global des changements contemporains<sup>170</sup>. Il s'agit de modifier la gestion administrative et, plus globalement, l'État, en incorporant une logique d'efficacité issue du secteur privé<sup>171</sup>. En synthèse, pour Donald Kettl, cette réforme « prescrit comment améliorer la pratique administrative – substituer les marchés et la concurrence à l'autorité et la hiérarchie »<sup>172</sup>.

Le Nouveau management public charrie une évolution significative de la façon de penser l'État et de mener l'action publique. C'est d'ailleurs dans sa continuité directe que des recherches ont été menées sur l'évolution globale du rôle du gouvernement. Pour en rendre compte, certaines expressions ont été utilisées aux États-Unis<sup>173</sup>, comme « gouvernement par tierces personnes » (*Third-party government*) ou « gouvernement par procuration »

---

<sup>170</sup> Cette expression apparaît à partir de la fin des années 1980 (v., not., Christopher Hood, *Public Administration and Public Policy: Intellectual Challenges for the 1990s*, *Aust. J. Pub. Admin.*, vol. 48, 1989, pp. 346 – 358. En synthèse, v. la contribution de B. Guy Peters in *Dictionnaire des politiques publiques*, *op. cit.*, pp. 306 – 311). Pour une application aux États-Unis, v. le livre de David Osborne et Ted Gaebler, *Reinventing Government*, Reading, Addison-Wesley, 1992.

<sup>171</sup> Pour Yvon Pesqueux, il s'agit « d'insuffler 'l'esprit d'entreprise' dans l'appareil d'État en introduisant des logiques de marché dans son fonctionnement », *Gouvernance et privatisation*, *op. cit.*, p. 138. Pour une approche historique et détaillée du mouvement, v. Laurence Lynn, *Public Management: Old and New*, NY & London, Routledge, 2006, pp. 104 et s.

<sup>172</sup> Donald Kettl, *The Transformation of Governance*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2002, p. 95.

<sup>173</sup> V., *supra*, p. 12.

(*Government by proxy*). En pratique, un ensemble d'instruments proches mais extrêmement divers est lié à ces théories, et démontre la pénétration d'une réflexion de marché. Le citoyen se trouve transformé en consommateur de services publics et, s'il s'agit d'améliorer l'administration et l'action publique (mieux évaluer les politiques publiques, les rendre plus proches des citoyens, etc.), c'est surtout le secteur privé qui est favorisé<sup>174</sup> (privatisations, déréglementation, etc.).

### (β) Les liens avec la « bonne gouvernance »

La « bonne gouvernance » et les réformes liées aux théories précédemment évoquées sont contiguës puisqu'il s'agit de travailler et de transformer le rôle de l'État dans et par une logique de marché. Malgré des formes multiples, leur finalité est proche et consiste, comme un auteur a pu le dire à propos du Nouveau management public, « à la désinstitutionnalisation de l'État »<sup>175</sup>.

Il suffit d'ailleurs de peu de recherches sur la genèse de ces théories pour confirmer ces liens substantiels<sup>176</sup>. Ce sont tout d'abord les mêmes circonstances historiques qui les ont engendrés à partir des années 1970, mais elles partagent surtout des fondements scientifiques similaires. Les liens entre le Nouveau management public et l'ensemble des théories liées à l'école néoclassique sont à ce titre évidents<sup>177</sup>. D'ailleurs, il faut se rappeler que la Banque mondiale citait en 1994 quatre axes de réformes pour favoriser le développement au nom de la « bonne gouvernance ». Le plus important concernait la gestion du secteur public<sup>178</sup>, dont la dénomination fait sentir les rapports indéniables qui existent avec le Nouveau management public. Soutenir que ce dernier et la « bonne gouvernance » sont des synonymes représente un raccourci trop direct, spécialement parce que cette dernière paraît relever de préoccupations plus larges. Néanmoins, force est de constater les liens substantiels qui les unissent<sup>179</sup>. Voilà

---

<sup>174</sup> C'est ici une vision très large de ces idées. Malgré la diversité des approches entre les pays, B. Guy Peters souligne toutefois que « le changement le plus fondamental de la gestion publique après l'adoption des réformes du NPM a consisté en une plus grande utilisation d'idées importées du secteur privé », in *Dictionnaire des politiques publiques*, op. cit., p. 307.

<sup>175</sup> Yvon Pesqueux, *Gouvernance et privatisation*, op. cit., p. 168.

<sup>176</sup> L'auteur montre les liens étroits entre tout le mouvement lié à la « bonne gouvernance » et le NPM, *ibid.*, pp. 134 – 169. V. aussi Linda Kaboolian, *The New Public Management: Challenging the Boundaries of the Management vs. Administration Debate*, *Pub. Admin. Rev.*, vol. 58, 1998, pp. 189 – 193.

<sup>177</sup> Martin Minogue, Charles Polidano, et David Hulme (dir.), *Beyond New Public Management: Changing Ideas and Practices in Governance*, Northampton, E. Elgar, 1998, p. 3.

<sup>178</sup> Banque mondiale, *Governance, The World Bank's Experience*, op. cit., p. viii.

<sup>179</sup> V. George Larbi, *The New Public Management Approach and Crisis States*, United Nations research institute for social development, Discussion paper n° 112, septembre 1999, not. p. 10. Sur les liens entre le NPM et la

pourquoi, si Daniel Mockle fait le constat que « Le nouveau management public correspond à un champ spécialisé qui peut paraître éloigné de la logique instrumentaire des outils de la gouvernance », il ajoute consécutivement qu' « En dépit de la disparité des moyens, l'accent mis sur la prestation des services et la rationalisation des ressources ainsi que l'évaluation des politiques et des instruments montrent l'influence considérable du nouveau management public »<sup>180</sup>. Les différences doivent de ce fait être comprises non comme une atténuation de ce lien, mais plutôt comme une mise en place circonstanciée.

(b) La gouvernance dans la continuité de la « bonne gouvernance »

Il faut dépasser des liens assez évidents ( $\alpha$ ) pour comprendre en quoi la « bonne gouvernance » ouvre des discussions qui doivent être approfondies compte tenu des diverses expériences nationales ( $\beta$ ).

( $\alpha$ ) Un prolongement logique

Le concept de « bonne gouvernance » ouvre la voie à une compréhension de la gouvernance publique dans les pays développés en éclairant singulièrement les débats<sup>181</sup>. Avec cette dernière, c'est une régulation sociale par le marché qui triomphe à travers le recours généralisé à une action publique pluraliste et à ses méthodes consensuelles, c'est-à-dire l'idée que toute action collective ne peut se concevoir qu'à partir d'un consensus entre intérêts individuels. C'est pour cela que l'on souhaite faire participer de façon toujours plus importante les personnes privées à une action publique qui est elle-même, à la base, foncièrement limitée dans son étendue. Il faut d'ailleurs souligner que le qualificatif « publique » est presque obsolète puisque l'État, qui voit également ses principes d'organisation singulièrement évoluer, n'est pas ou plus dans une position de supériorité ou de centralité et que la société se pilote automatiquement avec ses propres règles.

Dès lors, ce mouvement d'ensemble tend foncièrement au même but : revenir sur le modèle qui fait de l'État le défenseur de la chose publique, titulaire d'un véritable intérêt

---

gouvernance, v. aussi, B. Guy Peters et J. Pierre, *Governance Without Government? Rethinking Public Administration*, *J. Pub. Admin. Res.Theor.*, vol. 8, 1998, pp. 223 – 243, ici p. 227.

<sup>180</sup> Daniel Mockle, *La gouvernance, le droit et l'État*, Bruxelles, Bruylant, coll. Mondialisation et droit international, 2007, p. 208.

<sup>181</sup> La Banque mondiale prêche directement des mesures proches des prescriptions du *NPM* : privatisation, participation de la société civile, etc.

général devant s'imposer aux intérêts particuliers au sein d'un droit public actif, et faire à l'inverse de la coordination par le marché le principe cardinal de la cohésion sociale et de l'action publique.

Ce propos est essentiel mais reste encore à approfondir.

### (β) Un prolongement à préciser

Deux axes doivent être ici suivis. D'une part, le constat précédent ne dit pas encore grand chose des pratiques concrètes liées à la gouvernance dans des pays développés dans lesquels le rôle de l'État à l'époque moderne est une réalité certes variable, mais partout tangible. D'autre part, ce constat laisse ouverte la problématique des potentielles dissemblances entre ces pays.

Tout d'abord, il faut quelque peu creuser le modèle de la « bonne gouvernance » pour ne pas se tromper sur sa portée exacte. En pratique, il n'implique pas forcément et seulement de revenir à de « pures » solutions de marché, et donc au retrait total de la régulation publique. Il peut aussi s'agir de faire du marché la matrice de l'action publique<sup>182</sup>, l'État faisant appel aux intérêts particuliers pour aller à l'intérêt collectif<sup>183</sup>, tout autant qu'il peut déléguer certaines de ses compétences à d'autres entités publiques. Évidemment, dans cette logique, ce n'est pas *a priori* un intérêt public substantiel, c'est-à-dire défini de manière transcendante en dépassant la somme des intérêts privés, qui est visé. Il s'agit surtout de laisser faire l'harmonie naturelle de ces intérêts, l'État venant aménager l'auto-organisation de la société<sup>184</sup>.

Ensuite, la compréhension des phénomènes de gouvernance publique dans le prolongement du modèle de la « bonne gouvernance » pourrait laisser sous-entendre l'unicité des expériences. La gouvernance ne pourrait alors être comprise que comme la réalisation du triomphe d'une régulation sociale privée par le marché. Or, il est fondamental de voir plus loin et de considérer que ce lien, même s'il est naturel, ne peut tout résumer. En effet, il laisse posée la question des conséquences sur l'existence et la nature de la gouvernance d'un

---

<sup>182</sup> V. Peter Self, *Government by the Market? – The Politics of Public Choice*, San Francisco, Westview Press, 1993.

<sup>183</sup> À ce titre, l'idée de fond est de permettre aux individus de faire leurs propres choix. Cela peut se faire soit directement, soit indirectement en passant par des structures intermédiaires. V. Richard Neuhaus, Peter Berger et Michael Novak (dir.), *To Empower People. From State to Civil Society*, Washington DC, AEI Press, 2<sup>nd</sup> ed., 1996.

<sup>184</sup> Sur cette idée importante déjà évoquée, v. *supra*, note 105.

système national qui serait hostile aux fondements de la « bonne gouvernance ». Par conséquent, si ce concept est un révélateur indispensable des débats sur la gouvernance publique dans les pays développés, il ne les clôt pas. Il est le moyen de les ouvrir dans une perspective comparative.

## Conclusion chapitre 2 et Titre I

Au terme de ces développements, il apparaît que la réflexion sur la gouvernance publique dans les pays développés doit être menée dans le prolongement de la « bonne gouvernance »<sup>185</sup>. En effet, les mutations d'une action publique qui devient pluraliste et interactive s'inscrivent naturellement dans la continuité du rôle de l'État dans la coordination sociale mis à jour par ce concept théorisé par la Banque mondiale, à savoir un État qui n'impose pas de domination unilatérale sur la société.

De chaque histoire nationale résulte un modèle qui correspond ou non à celui de la « bonne gouvernance ». Dès lors, si les phénomènes de gouvernance qui peuvent s'y développer doivent être appréhendés dans la continuité de ce concept, ils ne peuvent pour autant être résumés à une expérience unique. L'approche par la « bonne gouvernance » est nécessaire mais non suffisante. C'est une porte ouverte pour comprendre de façon téléologique et pratique la gouvernance publique.

Il faut maintenant approfondir la prospection et étudier plus en détails ce modèle que met à jour l'analyse de la Banque mondiale. Pour cela et conformément au cœur de cette recherche, il va s'agir de se focaliser sur l'intérêt public et d'étudier plus en profondeur d'où provient la conception inhérente à la régulation sociale par le marché qui est au fondement de la « bonne gouvernance ». C'est à cette condition qu'il sera possible de faire un parallèle avec des expériences nationales et d'avancer dans l'étude.

---

<sup>185</sup> Il y a là la confirmation de l'hypothèse émise au début de cette Partie I, *supra* note 1 p. 27, à savoir que la « bonne gouvernance » est centrale pour comprendre les débats sur la gouvernance comme manière de gouverner dans la sphère publique interne. Ceci étant, il faut rappeler qu'il ne s'agit pas de résumer à ce seul schéma la gouvernance dans l'ensemble des sciences sociales.

## TITRE II) L'ancienneté de la gouvernance

Par une approche pluridisciplinaire, les développements précédents ont permis d'introduire au sens et à la portée de la gouvernance en droit public à travers le rôle limité de l'État dans la cohésion sociale tel qu'il découle des préceptes de la « bonne gouvernance ».

La question qui se pose maintenant est de savoir s'il n'est pas possible de trouver des origines plus anciennes susceptibles d'éclairer les discussions. À ce titre, l'hypothèse consiste à soutenir que ce modèle n'est pas nouveau en ce qu'il se rapproche du système américain. Il serait alors possible en partant de ce dernier de mieux comprendre les tenants et les aboutissants des questions sur la gouvernance publique, notamment en France.

Pour confirmer cette supposition, il est nécessaire de replacer l'idée au cœur du titre précédent dans un cadre historique. Il faut approfondir le principe cardinal selon lequel la régulation sociale optimale est celle qui résulte de la libre concurrence des intérêts privés, ce qui tend à écarter le volontarisme politique pour réaliser l'intérêt public.

Pour ce faire, deux axes doivent être envisagés. D'abord, lorsque les rapports entre l'État et le marché sont abordés d'un point de vue historique, la figure centrale que constitue Adam Smith avec sa théorie de la « main invisible » ne paraît pas pouvoir être ignorée. C'est la substance de la théorie libérale telle qu'elle s'est développée jusqu'à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle qu'il convient d'interroger (chapitre 1). Il s'agira, ensuite, d'aborder l'étude du système américain afin de déterminer comment les États-Unis sont historiquement beaucoup plus proches que la France des préceptes développés jusqu'ici (chapitre 2).

## Chapitre 1 : La théorie libérale

Pour Philippe Raynaud, l'essence du libéralisme est qu'il « considère la distinction entre l'État et la société comme une donnée naturelle et indépassable »<sup>1</sup>. Les débats concernent par conséquent la dialectique entre les individus et l'État, c'est-à-dire entre l'individuel et le collectif.

Ces rapports ont singulièrement évolué dans l'histoire à travers l'affirmation croissante d'un vaste mouvement en faveur de la liberté contre le pouvoir. C'est cette transformation qui, à terme, donnera naissance aux théories d'Adam Smith dans la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle (section 1). Partant de là, il sera possible autour de la question de la conception de l'intérêt public en société de mieux déchiffrer les liens entretenus avec les débats actuels sur la gouvernance publique dans les pays développés (section 2).

### Section 1) L'évolution jusqu'à Adam Smith

Le combat historique pour les libertés individuelles eut pour but de limiter le pouvoir. Cette contestation posa la question de la constitution du lien social à partir des multiples individualités, question qui elle-même rejallit sur la forme du pouvoir et sur l'acceptation de ses nouveaux traits<sup>2</sup>. De façon schématique, il y a là les fondements de la distinction classique entre, d'une part, le libéralisme politique et, d'autre part, le libéralisme économique<sup>3</sup>. Le premier a consisté à limiter les excès de gouvernement, les excès de pouvoir : c'est une limitation par le droit, une limitation d'ordre externe à l'État, car n'est pas contesté le principe

---

<sup>1</sup> Philippe Raynaud in *Dictionnaire de philosophie politique*, op. cit., pp. 393 – 400, ici p. 395. Pour Georges Burdeau, plus généralement, « Le libéralisme est une attitude d'esprit commandée par la croyance aux bienfaits de la liberté », *Traité de science politique*, t. 6, *L'État libéral et les techniques politiques de la démocratie gouvernée*, L.G.D.J., 3<sup>e</sup> éd., 1987, p. 117.

<sup>2</sup> Pour Philippe Raynaud, la question centrale est bien de savoir « comment établir des relations entre les individus sans s'en remettre à la force coercitive de l'État et sans recréer les liens arbitraires créés par les anciennes formes de coopération ? », in *Dictionnaire de philosophie politique*, op. cit., p. 396. Pour l'auteur, il y a trois réponses possibles : une théorie du contrat social, une théorie de l'équilibre ou de la séparation des pouvoirs et une défense systématique de l'autonomie de la sphère économique.

<sup>3</sup> Ce terme de « libéralisme économique » est souvent utilisé (par exemple par Didier Deleule, *Hume et la naissance du libéralisme économique*, Aubier Montaigne, coll. Analyse et raisons, 1979). Il sera fait de même dans ce travail, au moins dans un premier temps, puisque cela permet de faire comprendre l'idée que c'est la sphère économique qui devient le régulateur des relations sociales. Toutefois, il sera nécessaire d'expliquer par la suite la critique à laquelle ce terme est exposé.

que la prospérité générale découle de son action. Le second, au contraire, a été une limitation plus subtile puisque concernant cette fois l'aspect interne à la raison gouvernementale. C'est une limitation qui vise non plus tellement les excès de l'État mais le principe même de son intervention, et ce au nom de la revendication d'une harmonie naturelle de la société civile dont dériverait le lien social. L'État est dans ce dernier cas contesté dans sa substance.

Si ces deux aspects du libéralisme doivent être distingués<sup>4</sup>, il faut toutefois comprendre que leur point de départ est identique, à savoir une même critique des souverainetés absolues de l'époque pré-républicaine<sup>5</sup> (§1). C'est à partir de là qu'il est possible d'appréhender la cassure postérieure liée au développement et à l'autonomisation de la critique de l'État par le libéralisme économique, qui correspondît à une rupture avec le principe même de la souveraineté et avec la conception correspondante du bien public<sup>6</sup> (§2).

### §1. Le libéralisme comme contestation des souverainetés absolues

Il ne s'agit pas ici de faire le détail de l'évolution des théories politiques depuis les époques grecque et romaine<sup>7</sup>, mais de fixer le cadre général sur lequel se construiront les fondements du libéralisme (B). Pour cela, il faut revenir sur la notion de souveraineté absolue qui façonnait les sociétés monarchiques<sup>8</sup> (A).

---

<sup>4</sup> À propos de distinction, il faut souligner que l'histoire qui est faite ici ne tient pas compte des particularismes nationaux, et notamment des différences fondamentales entre l'expérience anglaise (puis américaine) et française. Ces contextes seront abordés *infra*, pp. 157 et s.

<sup>5</sup> C'est pourquoi Pierre Rosanvallon retient que « Les idées de marché, de pluralisme politique, de tolérance religieuse et de liberté morale participent d'un même refus : celui d'accepter un certain mode d'institution de l'autorité sur les individus. Dans chacun de ces domaines, un même principe s'affirme : celui de l'autonomie individuelle fondée sur la dénégation de toutes les souverainetés absolues », *Le capitalisme utopique, critique de l'idéologie économique*, Le Seuil, coll. Sociologie politique, 1979, p. vi. L'ouvrage ayant été réédité et amendé plusieurs fois, c'est parfois la dernière édition de 1999 (sous le titre *Le capitalisme utopique, histoire de l'idée de marché*, Le Seuil, coll. Points Essais) qui sera citée compte tenu de certains développements.

<sup>6</sup> Pour une synthèse sur le concept de souveraineté, v. la contribution d'Éric Maulin in *Dictionnaire de culture juridique*, *op. cit.*, pp. 1434 – 1439. Sur sa genèse, v. Gérard Mairet, *Le principe de souveraineté. Histories et fondements du pouvoir moderne*, Gallimard, coll. Folio, 1997. L'auteur aborde avec intérêt les différences entre les conceptions européenne et surtout française de la souveraineté, d'une part, et l'idée américaine de souveraineté populaire, pierre angulaire du modèle américain, d'autre part.

<sup>7</sup> Sur ces questions, v. par exemple Jean Touchard, *Histoire des idées politiques*, 2 t., PUF, Quadrige, 2001.

<sup>8</sup> Pour Lucien Jaume, le libéralisme est bien, « en premier lieu, une critique de la *souveraineté*, dont le modèle, issu de la matrice politique et religieuse absolutiste, tendait à dénier à l'individu les moyens de protection que l'esprit libéral réclame » (l'auteur souligne), *La liberté et la loi. Les origines philosophiques du libéralisme*, Fayard, 2000, p. 13.

## A. Les souverainetés absolues

Pour Pierre Manent, il y a deux grands principes « contre lesquels le libéralisme originel s'était dressé : souveraineté absolue du roi et pouvoir semi-politique de l'Église »<sup>9</sup>. Pour saisir l'évolution, il faut par conséquent revenir aux rapports historiques entre ces deux autorités. Ces relations ont été marquées par l'importance initiale de l'Église, notamment dans le domaine temporel, puis par une contestation grandissante de ce pouvoir (1), ce qui donna naissance à la monarchie absolue (2).

### 1) Une souveraineté de l'Église en déclin

La remise en question de l'influence de l'Église consistera d'abord en un rejet de son emprise temporelle (a). C'est ici une critique externe, mais qui fut aussi et en même temps nourrie par une opposition interne et donc spirituelle issue de la Réforme et des guerres de religion (b).

#### (a) La contestation de la souveraineté temporelle de l'Église

La chute de l'Empire romain est importante pour les prémices de l'histoire du libéralisme en ce qu'elle a à la fois marqué la faillite du pouvoir temporel et, de façon corrélative, l'affirmation de la prédominance de l'Église en ce domaine. Cette dernière tendit alors à la théocratie, marquée par un cumul des souverainetés. En pratique et durant tout le Moyen Age, il y eut une subordination du pouvoir temporel des princes, « sinon directement à l'autorité spirituelle de l'Église, du moins à une finalité spirituelle définie par l'ecclésiologie chrétienne »<sup>10</sup>. Tous les pouvoirs exercés par des hommes étaient compris comme émanant d'une origine divine, exercés au nom d'un Dieu, et soumis en permanence au contrôle de ces puissances.

Cette origine supérieure posait néanmoins un problème puisque le souverain qui incarnait le sommet de la pyramide n'était, à proprement parler, ni suprême, ni souverain : il était lui-même hiérarchiquement subordonné à un pouvoir plus élevé, à l'une ou plusieurs puissances divines. Dans la mesure où le gouvernement temporel se trouvait donc absorbé par

---

<sup>9</sup> Pierre Manent, *Histoire intellectuelle du libéralisme : dix leçons*, Calmann-Lévy, coll. Pluriel, 1987, p. 174.

<sup>10</sup> Michel Sennellart, *Les arts de gouverner : du regimen médiéval au concept de gouvernement*, Le Seuil, coll. Des travaux, 1995, p. 22.

la sphère religieuse, les rois ont d'abord du se défaire de l'Église. C'est pourquoi « le développement politique de l'Europe n'est compréhensible que comme l'histoire des réponses aux problèmes posés par l'Église »<sup>11</sup>, ce que n'a pas manqué de révéler Marcel Gauchet<sup>12</sup>. Ce sera là le premier objectif de la puissance royale naissante, et il y aura plusieurs étapes dans cette quête d'émancipation. De Saint Thomas au XIII<sup>e</sup> siècle, qui soutint que le gouvernement est une forme positive, immanente à la communauté humaine et œuvrant à l'accomplissement de sa fin terrestre, opérant une sorte de naturalisation de l'idée de gouvernement ; à Marsile de Padoue au XIV<sup>e</sup>, qui affranchit pour la première fois le pouvoir politique de toute subordination à l'égard de l'autorité religieuse, différentes théories ont été avancées à cette fin. Il y eut là les germes des changements futurs et de l'affirmation de l'autorité royale. Ce mouvement va être conforté et nourri par la crise spirituelle de l'Église.

#### (b) La contestation de la souveraineté spirituelle de l'Église

Au-delà de l'influence religieuse sur le domaine temporel, il est évident que l'Église catholique occupait à l'époque une place essentielle dans le domaine spirituel. Tout comme les autorités religieuses encadraient le pouvoir temporel, elles avaient le même objectif à propos des comportements humains, ce que Michel Foucault qualifia de « pastorale chrétienne », c'est-à-dire l'invention, par le christianisme, d'un nouveau type de pouvoir prenant en charge les hommes pour les conduire individuellement vers leur salut<sup>13</sup>. Ce schéma fut cependant bouleversé par les épisodes de la Réforme protestante au début du XVI<sup>e</sup> siècle, et par les guerres de religion qui suivirent<sup>14</sup>. L'idée des contestataires était que la Bible ayant une autorité propre, ni le Pape, ni un concile ne saurait en donner une interprétation incontestable, ce qui avait pour conséquence de contester une vision hiérarchisée et organisée

---

<sup>11</sup> Pierre Manent, *Histoire du libéralisme*, op. cit., p. 19. Il parle à ce titre de « problème théologico-politique », p. 20. Sur une synthèse de cette question, v. la contribution de Jeannine Quillet in *Dictionnaire de philosophie politique*, op. cit., pp. 792 – 796.

<sup>12</sup> Il a analysé en détails ces mutations dans son ouvrage *Le désenchantement du monde : une histoire politique de la religion*, Gallimard, coll. Bibliothèque des sciences humaines, 1985. En synthèse, du même auteur, v. *La condition politique*, Gallimard, coll. Tel, 2005, pp. 11 – 18. Il y souligne que les sociétés européennes sont sorties progressivement de la croyance religieuse qui définissait le lien social.

<sup>13</sup> Michel Foucault, *Sécurité, territoire, population*, Gallimard, Le Seuil, coll. Hautes études, 2004, p. 169, et son résumé du cours pp. 373 et s., surtout pp. 373 – 374.

<sup>14</sup> Pour Alain Jenny, « la Réforme protestante est tout à la fois une révolution spirituelle déclenchée par une quête de l'essence de la religion chrétienne, découverte dans la gratuité de la Grâce et dans l'Écriture sainte, une critique subséquente de l'ecclésiologie catholique médiévale, une masse considérable d'écrits religieux et politiques, enfin un enchaînement complexe d'évènements affectant l'histoire de l'Occident à l'aube des Temps modernes », in *Dictionnaire de philosophie politique*, op. cit., pp. 623 – 629, ici p. 623. Le début de la Réforme est fixé au 31 octobre 1517, date de la publication des thèses sur « la vertu des indulgences » rédigées par Luther.

de la religion. La motivation profonde était le retour de la chrétienté à sa pureté primitive. L'autorité religieuse de l'Église catholique sur la société en Europe fut alors vivement critiquée.

Cette controverse aura des conséquences décisives<sup>15</sup>, notamment sur l'émancipation des individus des anciens carcans sociaux. Mais elle ouvre d'abord la voie à un nouveau mode d'existence politique, à une nouvelle souveraineté qui se voudra, elle aussi, absolue, marquant la naissance de l'État moderne.

## 2) L'affirmation corrélatrice de la souveraineté royale

Le pouvoir royal s'est construit à contresens des crises religieuses (a), et a mis à jour des nouveaux instruments pour gouverner la société (b).

### (a) Sa construction

La problématique de l'influence de l'Église sur les affaires temporelles va se résoudre à partir du XV<sup>e</sup> siècle, grâce à la mise en place progressive d'une nouvelle puissance politique indépendante sous les traits de l'État royal, puis de son perfectionnement sous la forme plus aboutie de la monarchie absolue<sup>16</sup>. Il a été possible par ce biais de dénouer le conflit entre le spirituel et le temporel : ce dernier devint indépendant mais il limita ses conflits avec l'Église en ne prétendant pas à la souveraineté universelle. Une sorte d'alliance découlera de ce nouveau rapport<sup>17</sup>. Ainsi le roi, représentant l'État naissant, va affirmer son autorité contre l'Église en se servant de la pratique ecclésiastique sur la souveraineté<sup>18</sup> ; toutefois, son but ultime n'est pas de s'opposer à l'Église, mais plutôt aux autres pouvoirs temporels locaux<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> Comme l'a démontré Max Weber, le protestantisme est fondamental dans la transformation du rapport à l'argent et, ce faisant, dans l'essor du capitalisme moderne. Max Weber, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Plon, coll. Recherches en sciences humaines, 2<sup>e</sup> éd., 1967. Le protestantisme aura une influence décisive aux États-Unis sur la conception du lien social.

<sup>16</sup> Pour Jean Terrel, « Le mouvement qui va de la souveraineté du pape à celle des rois semble donc incontestable », *Les théories du pacte social : droit naturel, souveraineté et contrat de Bodin à Rousseau*, Le Seuil, coll. Point série Essais, 2001, p. 47. Sur l'absolutisme qui s'applique principalement en France, v. Henri Moral in *Dictionnaire de philosophie politique*, *op. cit.*, pp. 1 – 8.

<sup>17</sup> Lucien Jaume parle à ce titre de « deux absolutismes à la fois concurrents et alliés », *La liberté et la loi*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>19</sup> Sur ce mouvement historique et sur l'affirmation progressive du roi de France face à la diversité française au Moyen Âge, v. Norbert Rouland, *L'État français et le pluralisme*, Odile Jacob, 1995.

La véritable rupture avec les enseignements de la théologie se trouve dans l'œuvre de Machiavel<sup>20</sup>, qui donna pour la première fois à l'État « sa signification de pouvoir central souverain légiférant et décidant sans partage pour la collectivité dans les affaires tant extérieures qu'intérieures »<sup>21</sup>. Par la suite et en synthétisant l'histoire, l'œuvre de Jean Bodin sera décisive dans la construction et l'affirmation de l'État comme puissance<sup>22</sup>. Le roi va pouvoir s'approprier l'État, et justifier l'agrégation de la société sous sa coupe. Cependant, les origines religieuses du gouvernement moderne vont profondément marquer ce dernier, qui va se trouver dorénavant en charge d'œuvrer au bien commun<sup>23</sup>. Cette mission va bouleverser la fonction gouvernementale.

#### (b) La nouvelle fonction gouvernementale

Désormais en charge d'œuvrer au bénéfice de la société, le roi voit son rôle et ses instruments évoluer. Michel Foucault parlera de la formation à partir de la fin du XV<sup>e</sup> siècle d'une « gouvernementalité »<sup>24</sup>, qui inscrit la conduite des individus dans l'exercice du pouvoir souverain.

À ce titre, il distinguait différents mécanismes par lesquels le pouvoir royal tenta d'imposer et d'étendre sa souveraineté. Il s'agissait, au niveau interne<sup>25</sup>, de la théorie mercantiliste et de la police<sup>26</sup>. Le mercantilisme est en substance une théorie économique selon laquelle le secret de la puissance est dans l'accumulation d'un trésor monétaire. Ce n'est toutefois pas que d'une simple conception de l'économie puisque, pour Michel Foucault, le mercantilisme est aussi et surtout « une forme de gouvernement »<sup>27</sup>. C'est une théorie soumettant l'activité économique aux besoins du roi, dans le cadre de l'accroissement de son pouvoir. En replaçant cette doctrine dans son contexte historique, on comprend que « le

---

<sup>20</sup> Nicolas Machiavel, *Le Prince* (trad. et préf. G. Luciani ; le texte initial date du début du XVI<sup>e</sup> siècle), Gallimard, 1995.

<sup>21</sup> Évelyne Pisier (et al.), *Histoire des idées politiques*, PUF, Quadrige, 2001, p. 35.

<sup>22</sup> Jean Bodin, *Les six livres de la République*, 1576 ; texte revu par C. Frémont, M-D. Couzinet et H. Rochais, Fayard, 1986.

<sup>23</sup> Il faut rappeler ici qu'il s'agit de l'ancêtre de la notion d'intérêt public. V. *supra*, note 79 p. 14.

<sup>24</sup> Sur ce concept, v. *supra*, p. 25.

<sup>25</sup> V. Michel Herland in *Dictionnaire des sciences économiques*, op. cit., pp. 570 – 571.

<sup>26</sup> Auxquelles il ajoute la balance européenne au niveau externe, *Naissance de la Biopolitique*, op. cit., p. 7. Pour des détails, v. *Sécurité, Territoire, Population*, op. cit., pp. 293 – 318.

<sup>27</sup> Michel Foucault, *Naissance de la Biopolitique*, Gallimard, Le Seuil, coll. Hautes études, 2004, p. 7. Et il poursuit « Le mercantilisme n'est pas une doctrine économique, c'est bien plus, c'est bien autre chose qu'une doctrine économique ». Il dira par la suite que le mercantilisme est « la première rationalisation de l'exercice du pouvoir comme pratique de gouvernement ; c'est bien la première fois que l'on commence à constituer un savoir de l'État qui puisse être utilisable pour les tactiques du gouvernement », p. 105.

développement du capitalisme et la naissance des États-nation appelaient en effet une science nouvelle, capable d'éclairer le souverain dans ses efforts pour favoriser la richesse de ses sujets »<sup>28</sup>. Le mercantilisme a donc une « structure étatique »<sup>29</sup>.

La seconde façon de conduire les individus dans l'exercice du pouvoir souverain a consisté à organiser une gestion intérieure de l'État, ce qui était appelé à l'époque la police<sup>30</sup>. Michel Foucault la définissait comme « l'ensemble des moyens par lesquels on peut faire croître les forces de l'État tout en maintenant le bon ordre de cet État »<sup>31</sup>. L'objectif était le même que pour le mercantilisme, c'est-à-dire « le contrôle et la prise en charge de l'activité des hommes en tant que cette activité peut constituer un élément différentiel dans le développement des forces de l'État »<sup>32</sup>.

Au final, ces éléments vont de concert pour concrétiser le pouvoir de la royauté dans le domaine temporel. Néanmoins, d'une manière générale, il faut dépasser le débat sur les rapports de balancier entre la religion et la monarchie en la matière, car l'élément central est qu'il s'agit toujours de maintenir une vision hiérarchique de la société axée sur la transcendance. C'est en réaction à cette conception unitaire et autosuffisante, marquée par des rapports de domination, qu'il convient de comprendre les évolutions liées au libéralisme.

## B. La réaction contre les souverainetés absolues

Afin de limiter l'arbitraire du pouvoir, le libéralisme a d'abord et avant tout permis une émancipation de l'individu des contraintes imposées par l'ordre hiérarchique de la période absolutiste (1). À partir de là, la réflexion a questionné le renouveau du lien social, autrement dit la conception correspondante de l'intérêt public, ce qui était alors appelé le bien commun (2).

### 1) Un principe commun d'émancipation individuelle

En réaction au principe hiérarchique découlant de la souveraineté (a), le libéralisme se développe par l'affirmation des droits naturels (b).

---

<sup>28</sup> Michel Herland in *Dictionnaire des sciences économiques*, op. cit., p. 570.

<sup>29</sup> Catherine Larrère, *L'invention de l'économie au XVIII<sup>e</sup> siècle : du droit naturel à la physiocratie*, PUF, coll. Léviathan, 1992, p. 13.

<sup>30</sup> Pour des détails, v. Michel Foucault, *Sécurité, Territoire, Population*, op. cit., pp. 319 – 340.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 321.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 330.

### (a) Le principe hiérarchique

Les évolutions rapidement rappelées ci-dessus sont connues et résumées de manière synthétique. Elles n'en sont pas moins décisives dans le sens où elles consistent à poser un même principe dans les domaines spirituel et temporel, à savoir que les hommes ne peuvent se guider eux-mêmes, qu'il ne peut « y avoir une autonomie de la conscience en recherche de la vérité »<sup>33</sup>. En effet, ce monde de souverainetés absolues était organisé autour de la notion de bien commun, qui était « indissociablement une règle morale, un impératif religieux et un principe politique »<sup>34</sup>. Il y avait soumission des intérêts individuels à la loi prise par les gouvernants parce qu'elle était conforme à ce bien commun et à la justice. Cela justifiait l'idée fondamentale de l'Ancien Régime consistant dans un principe de soumission hiérarchique<sup>35</sup> : c'était en raison de leur supériorité naturelle que les uns exerçaient des pouvoirs, et c'était en raison de leur infériorité naturelle que les autres étaient assujettis et obéissaient. Ces hiérarchies s'imposaient comme une sorte d'ordre spontané du monde, d'où l'idée d'une origine divine de l'autorité qui ne laissait entrevoir aucune source conventionnelle, puisqu'il n'y avait aucune décision ou volonté humaine préalable nécessaire. Tout étant en quelque sorte déjà inscrit dans la nature créée par Dieu ; le consentement n'était ni nécessaire, ni d'ailleurs envisagé. L'alliance du temporel et du spirituel fut essentielle car contester l'un revenait foncièrement à remettre en question l'autre. Le combat était donc bien unitaire en ce sens.

### (b) La réaction par l'affirmation des droits naturels

Le point de départ du libéralisme se trouve dans une même réaction contre le principe hiérarchique. L'idée est que chaque individu possède des droits inviolables et imprescriptibles qui proviennent de sa condition première d'être humain dans l'état de nature, d'où leur nom de droits naturels<sup>36</sup>, et sur lesquels aucun pouvoir ne peut intervenir<sup>37</sup>. Dès lors, la société, en

---

<sup>33</sup> Lucien Jaume, *La liberté et la loi, op. cit.*, p. 61 (mis à part pour le protestantisme).

<sup>34</sup> EDCE, *L'intérêt général, op. cit.*, p. 250.

<sup>35</sup> L'œuvre de Bossuet est importante dans ce cadre. Il est parti du domaine religieux dans lequel il a affirmé que puisque l'Église sait pour les hommes, ceux-ci doivent obéir sans contrepartie. Les mêmes principes ont été appliqués en matière civile.

<sup>36</sup> Ils sont traditionnellement identifiés à la sûreté, à la propriété et aux libertés d'opinion et de conscience.

<sup>37</sup> Jean Terrel note cinq conditions constitutives en matière de droit naturel : « les lois naturelles sont universelles et étrangères aux variations qui tiennent à la géographie, à l'époque et au régime politique (1) ; elles sont des commandements obligatoires (2) ; découlant de notre nature raisonnable et sociale telle qu'elle a été créée par

tant que constituée d'individus libres, doit posséder face au pouvoir royal un droit de jugement et de décision. L'obéissance ne peut être fondée que sur le consentement des individus : « le libéralisme se donne pour tâche première de penser l'émancipation de la société et de l'individu – une préoccupation qui le conduit à rechercher, hors du modèle de la souveraineté, une normativité non soupçonnable d'arbitraire »<sup>38</sup>. C'était là une opposition au concept de souveraineté conçu pour justifier l'obéissance absolue des individus à la puissance tutélaire royale, pendant temporel de la domination spirituelle de l'Église. La remise en cause de cette dernière par la Réforme, mais surtout l'affirmation dans le domaine politique des droits naturels, bouleversa la société d'Ancien Régime. La critique toucha particulièrement le roi et son supposé rôle de berger pouvant guider autoritairement son troupeau vers les buts fixés de son seul chef.

Toutefois, le fait de poser l'existence des droits naturels ne résout par toute la question. Dit simplement, que fait-on à partir de là ? Faut-il tout de même considérer qu'il est possible ou nécessaire de soumettre les individus à une forme de souveraineté ? Jean Fabien Spitz souligne à ce propos que « Le concept d'état de nature laisse les théoriciens avec un homme isolé : il s'agit maintenant d'expliquer comment il peut se grouper avec d'autres pour former des sociétés civiles »<sup>39</sup>. La problématique est alors double : il s'agit à la fois de limiter le pouvoir royal par l'affirmation de droits individuels, tout en assurant le lien social à partir de ces mêmes droits.

## 2) Les conséquences pour l'intérêt public

L'affirmation des droits naturels dont dispose chaque être humain, peu importe son origine ou son statut social, est le point de départ pour penser la distinction au cœur du libéralisme entre l'État et la société civile, et donc pour limiter les abus de pouvoir. Il a néanmoins fallu expliquer comment et pourquoi l'autorité du pouvoir politique constituée à partir des multiples volontés s'imposait à tous de manière légitime. C'est la théorie du contrat social qui prend tout son sens dans cette optique qui reste traditionnelle, puisqu'elle continue d'insister sur un principe qui reste transcendant, autrement dit qui ne rompt pas avec la

---

Dieu, elles peuvent être connues indépendamment de la Révélation et de l'enseignement des Églises (3) ; leur compétence ne s'étend pas aux animaux privés de raison (4) ; elles sont en dernier lieu des règles minimales permettant aux hommes de vivre en paix et d'honorer Dieu l'auteur de la Nature (5) », *Les théories du pacte social*, op. cit., pp. 41 – 42.

<sup>38</sup> V. Lucien Jaume, *La liberté et la loi*, op. cit., p. 14.

<sup>39</sup> Jean-Fabien Spitz in *Dictionnaire de philosophie politique*, op. cit., pp. 255 – 260, ici p. 257.

souveraineté (a). Dans un dessein proche, il faudra s'attarder sur la séparation des pouvoirs en ce qu'elle tend au même résultat<sup>40</sup> (b).

#### (a) Les théories du contrat social

La rhétorique du contrat social apparaît dans le but de résoudre la problématique de la constitution du corps social à partir des volontés individuelles. Le principe reste qu'une organisation sociale en surplomb de la société est nécessaire à sa bonne marche. Simplement, ce sont les volontés humaines qui vont en constituer le fondement. Dans ce cadre, l'origine de l'État est pensée dans une convention originaire entre les individus, par laquelle ils renoncent à une partie de leurs libertés, c'est-à-dire de leurs droits naturels, en échange de lois protégeant et garantissant la perpétuation du corps social.

Les théoriciens du contrat social et ses variations conceptuelles importantes sont bien connus, de Thomas Hobbes à Jean-Jacques Rousseau en passant par John Locke<sup>41</sup>. Pour Jean Terrel, c'est Hobbes qui a « inventé la doctrine moderne du contrat social »<sup>42</sup>, mais dans un sens particulier, celui où est associé « une théorie de l'état de nature, une théorie du contrat et une théorie de la souveraineté »<sup>43</sup>. Philippe Raynaud soutient quant à lui que « La philosophie politique de Locke passe pour l'expression classique de la théorie libérale du contrat social : elle déduit les limites du gouvernement civil des 'droits' des individus et des fins que ceux-ci ne peuvent pas ne pas rechercher »<sup>44</sup>. Il est ce faisant clair que « Locke est plus radicalement individualiste que Hobbes »<sup>45</sup>. Dans le raisonnement lockéen fondé sur l'importance du droit de propriété, si les hommes forment un contrat social, c'est parce qu'il existe une insécurité croissante dans la jouissance de ce droit. Le gouvernement ainsi créé a donc une fin bien précise, celle de préserver et protéger ce droit. Ses pouvoirs, contrairement à Hobbes ou Rousseau, sont limités par les circonstances mêmes qui ont motivé sa naissance. C'est pourquoi Locke prévoit l'existence d'un droit de résistance à l'oppression si un tyran menace de détruire les libertés. Avec Locke, les limites du contrat social sont atteintes, car les individus conservent le droit et même l'obligation de parfois renverser le gouvernement. C'est

---

<sup>40</sup> Philippe Raynaud in *Dictionnaire de philosophie politique*, *op. cit.*, p. 395.

<sup>41</sup> Pour une synthèse, notamment des différences entre les auteurs, v. Jean – Fabien Spitz in *Dictionnaire de philosophie politique*, *op. cit.* L'étude s'arrête au tout début du XVIII<sup>e</sup> siècle et exclut donc Rousseau. À son sujet, v. Évelyne Pisier (*et al.*), *Histoire des idées politiques*, *op. cit.*, pp. 75 – 82.

<sup>42</sup> Jean Terrel, *Les théories du pacte social*, *op. cit.*, p. 133.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 216. À ce titre, l'auteur ne manque pas de souligner la filiation avec Rousseau.

<sup>44</sup> Philippe Raynaud in *Dictionnaire de philosophie politique*, *op. cit.*, p. 395.

<sup>45</sup> *Ibid.*

pourquoi certains ont pu considérer que l'auteur « s'efforce de construire une philosophie politique qui fait l'économie de la souveraineté »<sup>46</sup>. Il semble toutefois que l'État reste « le principe souverain et unifiant l'existence sociale »<sup>47</sup>, car ses théories cherchent toujours à légitimer le pouvoir à partir des individus, tout en encadrant son exercice.

Un autre axe de recherche sera suivi dans une perspective voisine. Il s'agit toujours d'assurer le gouvernement de la liberté, mais cette fois l'étude porte sur la limitation des abus du pouvoir à partir d'une séparation de ce dernier.

#### (b) L'apport de la séparation des pouvoirs

Bien qu'elle soit plus ancienne, cette théorie reste indissolublement attachée au nom de Montesquieu<sup>48</sup>, et a connu des développements importants<sup>49</sup>. L'essentiel ici consiste à interroger l'objectif de la doctrine. Il s'est agi en pratique de formaliser une théorie juridique susceptible d'être tout le temps valable afin de limiter les éventuels abus de pouvoir, pour encore et toujours garantir la liberté individuelle. Le principe de la séparation est de ce fait uni avec les théories du contrat social, car leur but est identique puisque l'on reste dans une recherche qui travaille la souveraineté sans rompre avec elle. Comme le souligne Philippe Raynaud, « Si maintenant on examine le rapport de la doctrine de la 'séparation des pouvoirs' ou des '*checks and balances*' avec la théorie libérale du 'contrat social', on voit aussi qu'elle n'en fait l'économie apparente que pour mieux réaliser les fins qui en faisaient le sens »<sup>50</sup>.

Il s'agit donc de limiter le pouvoir politique au nom des droits naturels. On reste néanmoins encore dans le cadre d'une limitation externe de la raison gouvernementale, puisque c'est le droit qui intervient comme instrument de cette limitation, ce qui n'a pas pour conséquence de sortir d'une réflexion fondée sur la croyance que la réalisation de l'intérêt public, c'est-à-dire à l'époque du bien commun, doit être prise en charge par le gouvernement civil. Dit autrement, il est considéré comme nécessaire d'encadrer politiquement une société « où le pouvoir exercé en commun est ce qui commande l'existence collective »<sup>51</sup>.

---

<sup>46</sup> Jean Terrel, *Les théories du pacte social*, op. cit., pp. 287 – 288.

<sup>47</sup> Évelyne Pisier (et al.), *Histoire des idées politiques*, op. cit., pp. 63 – 64.

<sup>48</sup> Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748 ; éd. établie par L. Versini, 2 vols., Gallimard, 1995. Il développa l'idée non pas d'une séparation créant un antagonisme entre les pouvoirs, mais bien plus d'une collaboration. V. les développements de Marc Lahmer in *Dictionnaire de culture juridique*, op. cit., pp. 1406 – 1411. V. aussi *infra*, pp. 170 et s.

<sup>49</sup> Elle présentait à ce titre au XVIII<sup>e</sup> siècle « deux modes opératoires très différents », *ibid.*, p. 1406.

<sup>50</sup> Philippe Raynaud in *Dictionnaire de philosophie politique*, op. cit., p. 396.

<sup>51</sup> Marcel Gauchet, *La condition politique*, op. cit., p. 22.

Cependant, il y a là les germes du dépassement d'une limitation externe à une limitation interne. Ainsi, l'affirmation constante des droits individuels ouvre la porte à une autre idée, déjà en filigrane chez Locke, qui consiste à penser que les interactions privées seraient constitutives d'un lien social autonome susceptible de générer le bien collectif sans l'intervention d'un pouvoir politique. Par conséquent, « C'est du côté de l'économie politique, au XVIII<sup>e</sup> siècle, plutôt que de la théorie du droit public, qu'est née la réflexion, non plus sur les abus du pouvoir, mais sur l'excès de pouvoir »<sup>52</sup>. La remise en cause des conceptions traditionnelles sur le bien public sera profonde.

## §2. Le libéralisme économique comme rupture avec la souveraineté

En s'opposant aux souverainetés de l'époque absolutiste, le libéralisme consiste bien dans une idée commune, celle d'assurer le gouvernement de la liberté. Toutefois, cette unité ne va pas tarder à se fissurer, puisque sur les fondements communs précédemment évoqués va se développer une branche autonome aux conséquences décisives pour la réalisation du bien public (A). Dans ce cadre, l'œuvre d'Adam Smith constitue plus une consécration qu'une véritable révolution<sup>53</sup> (B).

### A. Les prémices

Si c'est Adam Smith qui est passé à la postérité grâce à la synthèse des thèses liées au libéralisme dit « économique », les fondements théoriques existaient avant lui et doivent être étudiés dans la continuité des problématiques soulevées précédemment (2). Pour cela, il faut au préalable comprendre l'évolution significative que marque l'apparition d'une nouvelle notion, l'intérêt (1).

---

<sup>52</sup> Michel Sénellart in *Dictionnaire de culture juridique*, *op. cit.*, pp. 768 – 771, ici pp. 770 – 771.

<sup>53</sup> Smith n'a pas révolutionné l'économie politique en 1776, il l'a synthétisée. Sur l'importance d'autres auteurs, Didier Deleule soulignait que « Hume pas plus que Quesnay, Hume pas moins que Quesnay », *Hume et la naissance du libéralisme économique*, *op. cit.*, p. 402. Lucien Jaume intitule d'ailleurs le chapitre qu'il consacre au libéralisme économique « le renversement empiriste de Hume. Vers le libéralisme économique », *La liberté et la loi*, *op. cit.*, pp. 205 – 255.

## 1) L'évolution par la notion d'intérêt

Le particularisme de Locke a été mentionné à propos de sa conception du contrat social, dans laquelle il tente de concilier deux principes *a priori* opposés : d'un côté, la nécessité d'obéir à la loi commune issue du contrat social ; de l'autre, l'importance des droits individuels, et surtout du droit de propriété. C'est dans ce cadre que les individus sont titulaires d'un droit de résistance en cas d'abus de pouvoir. S'il s'agit d'une théorie qui reste dans une vision hiérarchique puisque l'individu doit obéissance à la loi qui le constitue comme tel, l'auteur anglais est essentiel en ce qu'il tend à mettre en place non plus seulement un sujet d'obligations, mais un sujet d'intérêts.

Jusque là<sup>54</sup>, c'était le bien commun et la vertu politique qui étaient regardés comme les valeurs suprêmes<sup>55</sup>, et qui justifiaient l'obéissance et les sacrifices personnels. L'idée centrale était alors que l'homme étant un être de passions et la société conflictuelle, la structure étatique était indispensable pour faire régner l'ordre social. Or, avec l'intérêt, ces constructions sont bouleversées, puisque la société passe d'une appréhension conflictuelle à une conception naturellement harmonieuse, changeant complètement la question du rôle de l'État dans la régulation sociale. Michel Foucault relevait à ce sujet que, « ce qui apparaît en gros avec Locke »<sup>56</sup>, « c'est un sujet qui n'est pas tellement défini ni par sa liberté, ni par l'opposition de l'âme et du corps, ni par la présence d'un foyer ou noyau de concupiscence plus ou moins marqué par la chute ou le péché, mais un sujet qui apparaît comme sujet de choix individuels à la fois irréductibles et intransmissibles »<sup>57</sup>. Et ce principe de choix n'est autre que ce que « l'on appelle l'intérêt »<sup>58</sup>. Pour Denis Lacorne, « La vertu, pour Locke, perd toute valeur sacrificielle. Il ne s'agit plus de faire passer l'intérêt de la société devant le sien propre au nom d'un quelconque idéal antique. Seuls comptent l'effort individuel, le travail productif, l'esprit d'entreprise, en vue d'un seul et unique but : l'intérêt ou le profit

---

<sup>54</sup> V. Albert Hirschman, *Les passions et les intérêts. Justifications politiques du capitalisme avant son apogée* (trad. P. Andler ; l'ouvrage en anglais date de 1970), PUF, Quadrige, 1977.

<sup>55</sup> Pour des détails sur la vertu politique, v. les développements de Jean-Louis Labarrière in *Dictionnaire de philosophie politique*, *op. cit.*, pp. 839 – 844.

<sup>56</sup> Michel Foucault, *Naissance de la biopolitique*, *op. cit.*, p. 275. C'est dans l'affirmation d'un droit absolu de propriété que certains auteurs ont vu chez Locke les prémices du libéralisme économique, mais on peut aussi trouver certains fondements chez Montesquieu qui parlait de « doux commerce ». Cela démontre qu'il paraît difficile de différencier de manière absolue libéralismes politique et économique.

<sup>57</sup> *Ibid.*, pp. 275 – 276.

<sup>58</sup> *Ibid.*, pp. 276 – 277.

personnel »<sup>59</sup>. La recherche du bien public se démarque de la thématique collective de la vertu pour aborder celle beaucoup plus égoïste de l'intérêt.

Ces évolutions vont bouleverser la théorie politique. Bernard Mandeville, qui s'interrogea au début du XVIII<sup>e</sup> siècle sur l'ordre social impliqué par l'essor du commerce, ne manquera pas de s'insérer dans la brèche en déclarant que les actions des hommes ne peuvent pas être séparées en actions nobles et en actions viles, les premières devant être promues et les autres combattues<sup>60</sup>. Il ira jusqu'à soutenir qu'une société ne peut avoir en même temps morale et prospérité et que le vice, entendu en tant que recherche de son intérêt propre, est la condition de la prospérité. De façon très réaliste, voire cynique, l'auteur énonce que les actions égoïstes contribuent au bien de la société autant que des actions altruistes peuvent en réalité lui nuire, ce qui ne manque pas d'avoir des conséquences déterminantes sur la conception de l'intérêt public qui en découle.

## 2) Les conséquences

L'apparition et le développement de la notion d'intérêt constituent une évolution fondamentale<sup>61</sup>. En partant de là va se constituer progressivement une autre réponse à la question centrale du libéralisme relative à la constitution du lien social à partir des volontés individuelles<sup>62</sup>. Il ne s'est plus agi de réprimander les actions individuelles menées au nom de son intérêt personnel et non au titre de la vertu, mais au contraire de faire de la poursuite des intérêts individuels le centre de l'action collective.

Dans ce cadre, David Hume eut avant Adam Smith un rôle décisif en opérant la rupture définitive que l'œuvre de Locke avait esquissée. Il expulsa toute « possibilité de surplomb attachée à la loi naturelle (...). Hume a l'ambition de restituer par une genèse purement immanente la fabrication des lois par la société »<sup>63</sup>. Il partit du principe que l'homme est guidé par son intérêt personnel, mais la nouveauté a résidé dans le fait qu'il a donné à cet intérêt une signification économique et qu'il n'a pas cherché à le combattre dans

---

<sup>59</sup> Denis Lacorne, *L'invention de la République, le modèle américain*, Hachette, 1991, p. 238.

<sup>60</sup> Bernard Mandeville, *La fable des abeilles* (trad., index et notes par L. et P. Carrive ; l'ouvrage en anglais date de 1714), Librairie Philosophique J. Vrin, 1998.

<sup>61</sup> Pour Michel Foucault, il s'agit d' « une des mutations, une des transformations théoriques les plus importantes qu'il y ait eu dans la pensée occidentale depuis le Moyen Âge », *Naissance de la biopolitique, op. cit.*, p. 275.

<sup>62</sup> Il faut souligner qu'ici la notion d'intérêt est prise dans un sens déjà orienté. Or, son apparition n'ouvre pas seulement la voie au libéralisme économique. Elle est en effet à la base des deux conceptions de l'intérêt public déjà abordées, v. EDCE, *L'intérêt général, op. cit.*, not. pp. 248 – 249.

<sup>63</sup> Lucien Jaume, *La liberté et la loi, op. cit.*, p. 206.

le domaine politique. Dès lors, « Le vrai sujet de la liberté est donc selon Hume le corps social conçu comme jeu d'interactions permanentes, qui se régule indépendamment de l'État par une logique à la fois naturelle et artificielle, l'artifice n'étant qu'un prolongement de la nature et non ce qui s'en sépare »<sup>64</sup>. Michel Foucault a résumé l'évolution en la matière par rapport aux précédentes conceptions politiques du corps social, issues notamment du contrat social : « On a donc, avec le sujet d'intérêt tel que les économistes le font fonctionner, une mécanique tout à fait différente de cette dialectique du sujet de droit, puisque c'est une mécanique égoïste (...). On est au plus loin de ce qui est la dialectique de la renonciation, de la transcendance et du lien volontaire que l'on trouve dans la théorie juridique du contrat. Le marché et le contrat fonctionnent exactement à l'inverse l'un de l'autre, et on a en fait deux structures hétérogènes l'une à l'autre »<sup>65</sup>. Louis Dumont présentait aussi clairement les effets de cette évolution lorsqu'il écrivait que « L'aspect le plus révélateur peut-être de cette configuration, c'est que l'économique n'y est pas simplement juxtaposé au politique, mais lui est hiérarchiquement supérieur (...) cette hiérarchie est commandée par la contrainte idéologique de la transition du holisme (primauté des relations entre hommes) à l'individualisme (primauté de la relation de l'homme aux choses, soit de la propriété dans le cas présent) »<sup>66</sup>. Georges Burdeau, quant à lui, notait de façon semblable que « Le libéralisme économique implique la primauté du social, c'est-à-dire que les forces dirigeantes de l'activité collective ou des attitudes individuelles émanent spontanément du milieu social »<sup>67</sup>.

C'est sur ces fondements déjà mûrs que la « main invisible » d'Adam Smith intervient, en coupant définitivement le libéralisme économique de ses racines morales et politiques.

## B. La consécration par la « main invisible » d'Adam Smith

Comme Montesquieu a théorisé sans inventer la séparation des pouvoirs, Adam Smith va synthétiser les évolutions précédemment évoquées grâce à la métaphore de la main invisible. Le marché devient le modèle de réalisation du bien public (1), ce qui se matérialise par un rejet de la souveraineté (2).

---

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 209.

<sup>65</sup> Michel Foucault, *Naissance de la biopolitique*, *op. cit.*, p. 279. Il y a là les prémices de l'*homo oeconomicus*, que Foucault opposait de façon intéressante à « l'homo juridicus » des droits naturels, v. not. dans l'ouvrage ici cité, pp. 286 – 287.

<sup>66</sup> Louis Dumont, *Homo aequalis*, 2 t. *Genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, t. 1, Gallimard, coll. Bibliothèque des sciences humaines, vol. 1, 1985, p. 82. Et il continuait en disant que « de même que la religion avait donné naissance au politique, le politique à son tour va donner naissance à l'économique », p. 25.

<sup>67</sup> Georges Burdeau, *L'État libéral*, *op. cit.*, ici p. 119.

## 1) La « main invisible » source de réalisation du bien public

L'œuvre d'Adam Smith a été très commentée<sup>68</sup>. Plus qu'à son originalité<sup>69</sup>, l'importance de son travail est liée à la synthèse de la plupart des idées de son temps, et c'est évidemment la théorie de la main invisible qui est fondamentale. Sa formulation est connue, mais il reste indispensable d'en faire mention. Il soutint ainsi que « Ce n'est pas de la bienveillance du boucher, du brasseur ou du boulanger que nous attendons notre dîner, mais de l'attention qu'ils portent à leur propre intérêt. Nous nous adressons non à leur humanité mais à leur amour d'eux-mêmes, et nous ne leur parlons jamais de nos propres besoins mais de leur avantage »<sup>70</sup>.

La problématique essentielle à laquelle l'auteur écossais répond est celle de la potentielle conciliation des multiples actions humaines autonomes. De manière simple, il énonce qu'en œuvrant pour son propre intérêt, l'individu œuvre aussi pour le bien de la société. Le jeu des intérêts qui se déroule sur un marché suffit à harmoniser l'ensemble : le marché est un processus susceptible de permettre l'allocation optimum des ressources sans intervention extérieure<sup>71</sup>. L'évolution esquissée plus haut est alors complètement réalisée et assumée puisque « le lien social s'identifie à l'échange économique »<sup>72</sup>. Dans cette conception, le marché, et non le contrat social, devient le régulateur des relations sociales<sup>73</sup>. Le jeu naturel des intérêts privés des individus confère à la société « la prééminence au titre de moteur de l'invention collective »<sup>74</sup>.

---

<sup>68</sup> Pour une synthèse, v. la contribution de Daniel Diatkine in *Dictionnaire des sciences économiques*, op. cit., pp. 853 – 855, not. p. 853.

<sup>69</sup> Ainsi les auteurs précédemment mentionnés comme prémisses de Smith sont importants, comme peuvent l'être aussi Turgot, Quesnay ou encore de Boisguilbert. Sur ce dernier, v. Gilbert Faccarello, *Aux origines de l'économie politique libérale : Pierre de Boisguilbert*, Anthropos, 1989.

<sup>70</sup> Adam Smith, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations* (trad. en trois tomes, sous la direction de J-M. Servet ; l'ouvrage en anglais date de 1776), Economica, à partir de l'année 2000. La citation est tirée du livre I, chapitre 2, reproduit au t. 1, 2000, p. 20.

<sup>71</sup> À ce titre, Smith paraît directement emprunter à Mandeville. Néanmoins et contrairement à ce dernier pour qui c'est l'égoïsme et le vice privé qui poussent l'individu à avantager les autres, et qui voyait dans le résultat d'ensemble un paradoxe, les Écossais pensent plutôt que c'est l'intérêt personnel qui porte l'individu à se mettre à la place des autres pour trouver les bases d'un échange profitable à tous. C'est en cela que *la Richesse des nations* doit être appréhendée dans un cadre philosophique plus général avec l'autre ouvrage majeur de Smith qui le précède, la *Théorie des sentiments moraux* (trad. et intro. M. Bizou, C. Gautier et J-F. Pradeau ; l'ouvrage en anglais date de 1758), PUF, Quadrige, 2003.

<sup>72</sup> EDCE, *L'intérêt général*, op. cit., p. 254.

<sup>73</sup> En général, v. Pierre Rosanvallon, *Le capitalisme utopique*, op. cit.

<sup>74</sup> Marcel Gauchet, *La condition politique*, op. cit., p. 23.

Il y a par là une modification essentielle des fondements des analyses politiques classiques en termes de contrat social ou de vertu<sup>75</sup>. Ce n'est plus la liberté en tant que telle qui est au cœur de la recherche, mais une idée complémentaire. Précédemment, la liberté entendue comme recherche de l'intérêt individuel était encadrée par un principe hiérarchique, dans la mesure où elle paraissait s'opposer à l'ordre social incarné par l'Église et l'État royal. Désormais, il est considéré qu'elle fait émerger partout un ordre spontané, ce qui ne manque pas d'interroger le rôle du politique et donc de l'État.

## 2) Les conséquences

L'identification du lien social à l'échange économique implique un dépassement des cadres traditionnels de réflexion puisque, dans ce schéma, la décision politique en fonction d'un intérêt public incarné par l'État à une place résiduelle. L'œuvre smithienne tend donc à rompre à la fois avec la souveraineté économique (a) mais aussi et surtout avec la souveraineté politique (b).

### (a) La rupture avec la souveraineté économique

Smith rompt avec les théories économiques de son époque, tant le mercantilisme que la physiocratie, qui cherchaient justement, à des degrés divers, à assurer une prédominance de l'État royal sur l'économie, c'est-à-dire à lui imprimer une certaine marque.

Il est aisé de comprendre que les positions de l'auteur écossais constituent un dépassement des thèses mercantilistes, lesquelles impliquaient une soumission totale de l'économie à l'État. La problématique apparaît *a contrario* moins évidente en ce qui concerne la physiocratie, théorie économique qui a précédé l'œuvre de Smith mais qui lui semble liée<sup>76</sup>. Elle a cherché la première à émanciper l'économie des interventions politiques, et c'est d'elle que la célèbre maxime « laissez-faire, laissez-passer » provient. Toutefois, il apparaît que les

---

<sup>75</sup> Pour Christian Laval « la révolution Smithienne (...) revient à éliminer de façon radicale le point de départ moral et juridique dans l'analyse des relations sociales et économiques et à le remplacer par un principe pratique, que l'on peut tirer de l'observation du sujet moral comme il le fait dans la *Théorie des sentiments moraux* ou de celle du sujet économique dans la *Richesse des nations*. (...). Les deux principes ont ceci de commun qu'ils permettent de façon homologue d'éliminer entièrement toute préexistence d'un point de vue normatif, tout surplomb d'une transcendance qui imposerait sa loi et dicterait ses commandements aux individus. Smith décapite l'ordre social en éliminant toute transcendance », *L'homme économique. Essai sur les racines du néolibéralisme*, Gallimard, coll. NRF essais, 2007, p. 219.

<sup>76</sup> V. la contribution de Claude Jessua in *Dictionnaire des sciences économiques*, *op. cit.*, pp. 680 – 684.

physiocrates avaient une attitude « très paradoxale »<sup>77</sup>, car ils justifiaient aussi la nécessité d'un despotisme légal, ce qui d'ailleurs les différenciaient des approches juridiques qui souhaitaient au contraire encadrer le gouvernement. Jean Touchard disait à ce sujet que « La doctrine des physiocrates est un mélange de libéralisme économique et de despotisme éclairé »<sup>78</sup> alors que, pour Pierre Rosanvallon, les physiocrates défendent « le marché dans la planification »<sup>79</sup>. La physiocratie ne rompait donc pas totalement avec la tradition politique comme le fera le courant écossais lié à Adam Smith.

#### (b) La rupture avec la souveraineté politique

La théorie peut être résumée par l'exclusion de « tout volontarisme politique, en défendant l'idée d'une régulation spontanée à l'intérieur de la société civile »<sup>80</sup>. Le caractère invisible de la doctrine smithienne est important car, s'il implique par principe qu'aucun agent économique ne doit ni ne peut chercher volontairement le bien collectif, il sous-entend spécialement qu'aucun agent politique, autrement dit l'État, n'a cette faculté : « La main invisible qui combine spontanément les intérêts interdit, en même temps, toute type d'intervention, bien mieux, toute forme de regard en surplomb qui permettrait de totaliser le processus économique »<sup>81</sup>. Si « la 'société' sait, veut et peut »<sup>82</sup>, c'est « sans ingénieur ou architecte »<sup>83</sup>. Pour parvenir à l'intérêt public, il n'est donc plus besoin « d'un Législateur supérieur qui saurait pour son peuple où se trouve le bien (...). Il n'est pas besoin non plus d'une problématique de la volonté générale à la façon de Rousseau où, finalement, la réduction coactive à l'Un doit inévitablement s'opérer, avec ce paradoxe que si l'individu résiste, 'on le forcera à être libre'. Pour Smith, il suffit d'un mécanisme immanent à la société elle-même »<sup>84</sup>. Le rôle de l'État devient résiduel, et le droit public tel qu'entendu dans cette recherche voit là sa raison d'être rejetée.

---

<sup>77</sup> Michel Foucault, *Naissance de la biopolitique*, *op. cit.*, p. 288.

<sup>78</sup> Jean Touchard, *Histoire des idées politiques*, *op. cit.*, p. 411.

<sup>79</sup> Pierre Rosanvallon, *Le capitalisme utopique*, *op. cit.*, éd. 1999, p. 84. Évelyne Pisier (*et al.*) met l'accent sur la « dualité » des physiocrates, *Histoire des idées politiques*, *op. cit.*, pp. 72 – 73.

<sup>80</sup> EDCE, *L'intérêt général*, *op. cit.*, p. 255.

<sup>81</sup> Michel Foucault, *Naissance de la biopolitique*, *op. cit.*, p. 284.

<sup>82</sup> Lucien Jaume in *Dictionnaire de culture juridique*, pp. 937 – 940, ici p. 939.

<sup>83</sup> *Ibid.*

<sup>84</sup> Lucien Jaume, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Fayard, 1997, p. 524. Et il ajoute dans un autre ouvrage que, « Non seulement la problématique de la souveraineté est bien loin, mais également celle de la puissance publique comme instance centrale de référence et de prévoyance », *La liberté et la loi*, *op. cit.*, p.

En définitive, l'influence de Smith est essentielle en ce qu'elle donne à voir un modèle de cohésion sociale alternatif au modèle politique traditionnellement orchestré autour de la défense par l'État d'un intérêt public devant s'imposer aux interactions des intérêts individuels. Pour revenir sur ce qui a déjà été énoncé, deux conceptions du bien public vont clairement s'opposer à partir de là : la première est libérale, l'autre est volontariste<sup>85</sup>. C'est au regard de cette dualité issue de l'évolution de la théorie libérale jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle que les relations avec la gouvernance doivent être interrogées.

## Section 2) Les racines libérales de la gouvernance publique

L'idée majeure tirée de l'œuvre smithienne, celle d'une autorégulation de la société par le libre jeu des intérêts individuels, permet de faire un parallèle logique avec les théories développées dans le titre précédent qui sont à la base de la genèse moderne du concept de « bonne gouvernance » et, ce faisant, de la gouvernance publique (§2). Si ces liens peuvent apparaître comme évidents au premier regard, encore faut-il précisément les évaluer afin d'en déterminer la portée pour les pays développés. Pour cela, il faut d'abord revenir sur certaines leçons du libéralisme, surtout dans sa « branche » économique, et interroger leur continuité potentielle avec les idées néoclassiques qu'il est maintenant possible de qualifier de « néolibérales »<sup>86</sup> (§1).

### §1. Du libéralisme au néolibéralisme

Bien que cela puisse sembler étrange à première vue, les liens entre libéralisme et néolibéralisme paraissent limités lorsque l'étude utilise une interprétation autonome ou quelque peu radicale du libéralisme économique tendant à opposer État et marché (A). Il faut

---

210. Ces théories sont en particulier en opposition avec les principes posés ultérieurement par Hegel. V. not. *Principes de la philosophie du droit* (trad. J-F. Kervégan ; l'ouvrage en allemand date de 1820), PUF, 1998.

<sup>85</sup> V. *infra*, en synthèse pp. 19 – 20.

<sup>86</sup> Il a été dit précédemment comme l'utilisation du terme « néolibéralisme » semblait à la fois peu précise et hasardeuse au stade correspondant de l'étude, *supra* note 4 p. 31. C'est pour cela que l'utilisation du terme « néoclassique » avait alors été préférée. À ce niveau de l'étude, il est maintenant possible de changer quelque peu les choses, non pas sur le fond, mais sur la sémantique, et donc de considérer que le contexte d'apparition du concept de « bonne gouvernance » est avant tout marqué par le « néolibéralisme », ce qui permet de faire un pont avec le libéralisme développé au XVIII<sup>e</sup> siècle.

dépasser cette antinomie première pour adopter un point de vue plus général qui se révélera beaucoup plus fructueux pour la recherche. Cela nécessitera d'adopter une approche téléologique liée à la conception de l'intérêt public (B).

#### A. Une recherche infructueuse par l'opposition entre État et marché

Le premier réflexe pour interroger la portée du libéralisme sur le néolibéralisme consiste à voir dans la branche économique du premier une négation de principe du rôle de l'État. Adam Smith paraît être passé à la postérité pour avoir démontré la naturalité du marché en tant que lien social et pour avoir justifié la limitation drastique de l'État, voire sa disparition. Or, ce point de départ est au final peu fertile (3), notamment parce qu'il ne correspond pas aux thèses néolibérales (1), mais également parce que Smith lui-même n'avait finalement pas une position aussi tranchée (2).

##### 1) Les incohérences entre libéralisme économique et néolibéralisme

Si Smith est considéré par beaucoup comme le père de l'économie moderne, la postérité de ses théories ne fait pas l'objet d'une interprétation unique, tant au niveau du concept de main invisible (a) que de son effet supposé sur l'État (b).

##### (a) La postérité de la « main invisible »

Un rapide tour d'horizon sur l'interprétation de la main invisible au XX<sup>e</sup> siècle est quelque peu déconcertant car, si tous les auteurs reconnaissent unanimement son caractère central, elle reste sujette à des interprétations divergentes.

En développant l'idée d'un ordre spontané, Friedrich Hayek peut être placé en tête de liste de la descendance intellectuelle de Smith<sup>87</sup>, et à ce titre toute l'école autrichienne est liée à l'auteur écossais<sup>88</sup>. De la même façon, Milton Friedman présentait Smith comme « le père des sciences économiques modernes »<sup>89</sup> car, selon lui, son intuition « fut de comprendre que

---

<sup>87</sup> V. Friedrich Hayek, *Adam Smith's Message in Today's Language*, reproduit in F. Hayek, *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, London, Routledge, 1978, p. 269.

<sup>88</sup> Pour Jacques Gareilo, « la main invisible participe d'une philosophie sociale qui nous ramène (...) aux économistes autrichiens contemporains », in *Dictionnaire de la science économique, op. cit.*, pp. 536 – 537, ici p. 536.

<sup>89</sup> Milton et Rose Friedman, *La liberté du choix*, éd. Pierre Belfond, 1980, p. 13.

les deux parties en présence tirent profit d'un échange, et que – pour autant que la coopération reste strictement volontaire – aucun échange ne peut avoir lieu à moins que les deux parties n'en tirent profit. Aucune force extérieure, aucune contrainte, aucune violation de la liberté n'est nécessaire à l'établissement d'une coopération entre des individus qui peuvent tous profiter de cette coopération »<sup>90</sup>. *A contrario*, « Keynes ne croit pas, et n'a jamais cru, à la parabole de la main invisible d'Adam Smith »<sup>91</sup>. À ce sujet, le rejet par Keynes des préceptes de l'école classique tels qu'étudiés précédemment confirme directement cette dernière idée<sup>92</sup>.

Sans entrer dans une litanie<sup>93</sup>, ces éléments confirment une intuition logique qui consiste à placer l'œuvre de Smith comme la source historique du renouveau libéral au XX<sup>e</sup> siècle. Toutefois, lorsque le regard se porte un peu plus loin, cette vérité n'est plus tout à fait évidente, car la main invisible prête aussi à controverse. Il a été vu au chapitre précédent que le fondement premier de la doctrine néolibérale à travers l'école néoclassique au XX<sup>e</sup> siècle consistait en une opposition virulente aux théories keynésiennes. Or, certains auteurs soutiennent qu'il existe des liens importants entre Smith et Keynes. Pour Gilles Dostaler, « Smith préparerait ainsi la voie au libéralisme keynésien, lui-même étroitement imbriqué dans un système éthique et politique »<sup>94</sup>. Dans le même esprit, un nombre important de travaux, notamment de Jacob Viner<sup>95</sup>, ont démontré qu'il était difficile de faire de Smith le père d'un « laissez-faire » généralisé. Jacques Garello confirme ce point de vue en soutenant que les théories classique et surtout néoclassique en tant qu'elles insistent inlassablement à se référer à l'équilibre général du marché seraient en un sens « contraire(s) à la théorie de la main invisible »<sup>96</sup>. Ceci est un peu déstabilisant car de nombreux auteurs présentent justement l'équilibre général comme la traduction moderne et mathématique des écrits de Smith<sup>97</sup>.

Contrairement à ce qui paraissait évident, la main invisible ne représente pas incontestablement le lien direct avec le néolibéralisme. Il faut alors approfondir la recherche

---

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 14. En général, v. tout le chapitre premier, intitulé « le pouvoir du marché », pp. 21 – 52.

<sup>91</sup> Michel Beaud et Gilles Dostaler, *La pensée économique depuis Keynes : historique et dictionnaire des principaux auteurs*, Le Seuil, 1993, p. 36.

<sup>92</sup> En effet, les thèses classiques appliquées jusqu'au début du XX<sup>e</sup> siècle découlaient en résumé et nonobstant des approfondissements multiples de la théorie smithienne de la main invisible. Michel Beaud et Gilles Dostaler soulignent pour montrer le lien historique entre Walras, parmi d'autres, et le néolibéralisme, que Keynes croyait « encore moins à la formalisation mathématique qu'en a donnée Walras », *ibid.*

<sup>93</sup> Ronald Coase dira lui aussi poursuivre l'analyse de Smith.

<sup>94</sup> Gilles Dostaler, Néolibéralisme, keynésianisme et traditions libérales, *Cahiers d'épistémologie de l'Université du Québec à Montréal*, n° 9803, 1998, (v. <http://www.unites.uqam.ca/philo/pdf/9803.pdf>, p. 23).

<sup>95</sup> Jacob Viner, Adam Smith and Laissez Faire, *J. Polit. Econ.*, vol. 35, 1927, pp. 198 – 232, not. p. 232.

<sup>96</sup> Jacques Garello in *Dictionnaire des sciences économiques*, *op. cit.*, p. 536.

<sup>97</sup> Claude Vedel in *Dictionnaire des sciences économiques*, *op. cit.*, pp. 647 – 649, ici p. 649.

par le rôle très limité de l'État qui découle, *a priori*, des thèses smithiennes. Mais, là encore, le résultat attendu ne résiste pas longtemps à l'étude.

(b) La postérité corrélative de la limitation de l'État

Le lien direct entre Smith et les néolibéraux quant à la limitation drastique du rôle de l'État paraît à première vue logique. L'idée centrale exposée par Michel Foucault consisterait à dire à ce dernier : « à partir de telle limite, quand il s'agira de telle question et à partir des frontières de tel domaine, là tu n'interviendras plus »<sup>98</sup>. Or, il a été vu au chapitre précédent que présenter les développements liés à l'école néoclassique dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle d'une façon aussi catégorique était impossible. Même s'il s'agit là d'une vérité qui mérite des nuances<sup>99</sup>, nombre d'auteurs néoclassiques reconnaissent souvent à l'État un rôle certain dans le jeu du marché. Ceci est d'autant plus vrai dans le cadre de la construction de la réflexion sur la « bonne gouvernance » dont, faut-il le rappeler, l'État est présent bien qu'instrumentalisé. Il faut toutefois s'entendre sur les termes. Ces auteurs n'envisagent pas un interventionnisme correcteur ou redistributeur, mais plutôt l'idée d'un État devant mettre en place les conditions de son fonctionnement optimal.

De là résulte l'idée que le libéralisme de Smith et le néolibéralisme poursuivraient deux buts qui semblent distincts : celui-là chercherait à limiter par principe l'intervention de l'État au profit du marché, quand celui-ci impliquerait que l'État mette en place les institutions du marché et, éventuellement, puisse même aller jusqu'à s'en servir. À ce dernier titre, les idées smithiennes d'indépendance et d'autonomie du marché paraissent fondamentalement remises en cause. Michel Foucault notait d'ailleurs que « Le néolibéralisme, ce n'est pas Adam Smith »<sup>100</sup>. Autrement dit, « Le néolibéralisme ne va donc pas se placer sous le signe du laissez-faire, mais, au contraire, sous le signe d'une vigilance, d'une activité, d'une intervention permanente »<sup>101</sup>. Cela implique de « gouverner pour le marché, plutôt que gouverner à cause du marché. Et dans cette mesure-là, (...) le rapport défini par le libéralisme du XVIII<sup>e</sup> est entièrement inversé »<sup>102</sup>. De même, Hubert Kempf relève que « l'optique des néolibéraux est donc différente de celles des libéraux d'antan,

---

<sup>98</sup> Michel Foucault, *Naissance de la biopolitique*, *op. cit.*, p. 120.

<sup>99</sup> Notamment du côté des libertariens, v. Bertrand Lemennicier in *Dictionnaire des sciences économiques*, *op. cit.*, pp. 517 – 520.

<sup>100</sup> Michel Foucault, *Naissance de la biopolitique*, *op. cit.*, p. 136.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 137.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 125.

raisonneurs quasi métaphysiques pour qui toute intervention de l'État était condamnable »<sup>103</sup>. D'autres auteurs soulignent cette évolution importante. Par exemple, Mark Olssen, John Codd et Anne-Marie O'Neill retiennent que « Les néolibéraux au sens propre du terme apparaissent avec ces théories qui préconisent une extension des règles et des principes du marché aux réorganisations des secteurs public et privé »<sup>104</sup>. Et ils continuent en soutenant que les auteurs comme James Buchanan, Oliver Williamson ou encore Gary Becker « représentent l'État comme construisant positivement le marché. C'est dans ce sens que, de la perspective du libéralisme classique, le néolibéralisme est une forme positive de la puissance de l'État, (...) le rôle constructif de l'État dans le fonctionnement des marchés viole le critère normatif le plus central du raisonnement libéral classique »<sup>105</sup>.

Au final apparaît un dilemme qui consiste à ne pas comprendre les connexions entre Smith et le retour des idées libérales au XX<sup>e</sup> siècle. Bien évidemment les circonstances historiques sont un argument de poids pour justifier d'une telle différence. Il n'en reste pas moins qu'un scepticisme est palpable. Or, cette carence est préjudiciable à la recherche pour comprendre les débats actuels sur la gouvernance publique. Ce trouble est d'autant plus accentué dans la perspective de ce paragraphe lorsqu'il est constaté que Smith reconnaît des missions à l'État.

## 2) Les incohérences d'Adam Smith

À rebours de ce qui a pu être avancé jusqu'ici, Smith reconnaît un nombre non négligeable de missions à l'État (a). Cela ouvre à de potentielles incohérences dans son œuvre, et brouille encore un peu plus les cartes (b).

---

<sup>103</sup> Hubert Kempf, L'État est-il trop gros ?, in C. Meidinger (dir.), *La nouvelle économie libérale*, Presses de Sciences Po, 1983, pp. 191 – 226, ici p. 192. Il poursuit de la manière suivante « Mais s'il ne s'agit plus de dire que l'action de l'État dans le champ de l'économie est par essence un mal, les nouveaux théoriciens du libéralisme n'auront de cesse d'affirmer, démonstration à l'appui, qu'il est nécessaire de revenir à une gestion plus saine de l'économie, un recours plus grand au marché. Leurs analyses auront, en effet, abouti à la conclusion que l'État est trop gros. Si les voies sont différentes, le résultat est le même », pp. 192 – 193.

<sup>104</sup> Mark Olssen, John Codd et Anne-Marie O'Neill, *Education Policy: Globalization, Citizenship and Democracy*, London, Sage Publication, 2004, p. 153.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 160.

(a) La reconnaissance d'un rôle pour l'État

Les développements historiques précédents liés au libéralisme économique ont cherché à expliquer comment, à partir de la notion d'intérêt, s'était petit à petit développée l'idée que l'échange économique pouvait fonder le lien social, ce qui contestait en substance le rôle de l'État. C'est là la portée attribuée à la synthèse faite par Adam Smith.

Néanmoins, à mieux y regarder, l'auteur lui-même ne défendait pas le principe d'une limitation rigoureuse des missions étatiques. C'est notamment l'analyse du livre V de la *Richesse des nations* qui permet d'en prendre conscience<sup>106</sup>. Smith concède à l'État, tout d'abord, des fonctions afférentes à la défense de la société et à l'exercice des devoirs du souverain. L'auteur y joint ensuite les domaines de la justice, de l'éducation et, enfin, les ouvrages et établissements publics visant à faciliter le commerce de la société<sup>107</sup>. Plusieurs responsabilités importantes sont par conséquent reconnues à l'État, et Smith reconnaît la nécessité du prélèvement fiscal pour en assurer la réalisation<sup>108</sup>. Mais il ne s'arrête pas là. Au-delà de ce livre V, il reconnaît de temps à autre des missions particulières à l'État dans des domaines comme la détermination du taux d'intérêt légal, le contrôle de certains contrats, ou encore l'activité des banques<sup>109</sup>.

Sans aller plus loin et contrairement à ce qui pourrait paraître évident, Smith n'a pas été le partisan d'un État absent ou dont les tâches seraient très limitées par une application absolue de l'harmonie naturelle des intérêts issue de la main invisible. En plus de semer le trouble dans la recherche, ce constat ne manque de poser la question de la cohérence du propos de l'auteur écossais.

---

<sup>106</sup> Sur ce livre, v. *Richesse des nations*, *op. cit.*

<sup>107</sup> À ce dernier titre, Smith relevait que « Le troisième et dernier devoir (...) est celui d'ériger et d'entretenir les établissements et ouvrages publics qui, bien qu'ils puissent avantager au plus haut point une société développée, sont néanmoins d'une nature telle que les profits ne pourraient jamais rembourser les dépenses engagées par un individu ou un petit nombre d'individus ; on ne peut donc s'attendre à ce que l'un ou l'autre se lance dans une telle entreprise », *ibid.*, p. 748.

<sup>108</sup> *Ibid.*, pp. 840 – 841.

<sup>109</sup> Pour des détails sur ces autres missions, v. Alain Bruno, *Adam Smith : vie, œuvres, concepts*, Ellipses, coll. Les grands théoriciens, 2001, pp. 56 – 57.

## (b) Les contradictions apparentes

Pour expliquer ce qui ressemble à une incohérence majeure, certains auteurs reconnaissent que l'œuvre de Smith a peut-être été détournée de son sens, et qu'il faudrait tenir compte de ses deux écrits majeurs pour y voir plus clair<sup>110</sup>.

Pierre Rosanvallon a résumé cette vision. Il voit en effet dans l'œuvre de Smith un projet non abouti car insusceptible d'aboutissement pour l'époque<sup>111</sup>, parlant à son propos d'une « indétermination de son libéralisme »<sup>112</sup>. Smith aurait en fait inconsciemment juxtaposé le libéralisme économique, en d'autres termes la société de marché, avec le libéralisme politique, c'est-à-dire à l'époque la tradition constitutionnelle anglaise de l'État de droit, sans chercher à interroger leur caractère conciliable. Pierre Rosanvallon note à ce titre que l'auteur écossais « présuppose ainsi constamment la possibilité de leur juxtaposition, voire de leur unité, même s'il perd parfois conscience de la nature extrêmement fragile de ce lien »<sup>113</sup>. C'est donc pour cela que Smith, tout en affirmant avec force l'existence de la main invisible, continuerait à reconnaître des missions substantielles à l'État. Le dépassement de cette contradiction latente n'aurait été réalisé que plus tard, par des auteurs comme William Godwin qui affirmeront toute la force de la société de marché en faisant de l'État une relique presque inutile<sup>114</sup>. Smith ouvrirait donc seulement la porte aux changements futurs<sup>115</sup>, et c'est pourquoi « l'État libéral n'est donc pas celui du laissez-faire au sens le plus trivial. Il doit avant tout construire et préserver le marché »<sup>116</sup>.

Pierre Rosanvallon dépasse les contradictions apparentes de l'œuvre smithienne en soulignant la difficulté générale des rapports entre le libéralisme et l'État dans la doctrine

---

<sup>110</sup> C'est ce que retient Pierre Demeulenaere. Selon lui, il faut replacer l'œuvre de Smith dans un cadre plus général, et notamment interpréter *la Richesse des nations* avec *la Théorie des sentiments moraux*. De ce fait, le passage sur la main invisible « doit être également repris dans sa juste mesure contre les descriptions hâtives qui font de Smith la promoteur béat d'un ordre économique naturellement harmonieux et conciliateur des intérêts égoïstes », in *Dictionnaire de philosophie politique, op. cit.*, pp. 715 – 718, ici p. 717. C'est aussi ce que souligne André Gilles Latournald, *L'action économique de l'État dans la Richesse des nations. Analyse de la nature et du rôle de l'État dans l'œuvre de Smith*, Thèse, dact., Paris I, 2000, qui cherche à démontrer qu'il est possible de comprendre cette incohérence potentielle chez Smith en dépassant une approche par les fonctions de l'État afin de replacer son œuvre au croisement des deux ouvrages majeurs de l'auteur écossais.

<sup>111</sup> Pierre Rosanvallon, *Le capitalisme utopique, op. cit.*, éd. 1999, pp. 157 – 161.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 161.

<sup>113</sup> *Ibid.*

<sup>114</sup> *Ibid.*

<sup>115</sup> Pour Pierre Rosanvallon, si Smith est au carrefour de la modernité, c'est beaucoup plus profondément parce que « son œuvre constitue la matrice à partir de laquelle se développe le libéralisme utopique (*i.e.* la société de marché) », *ibid.*, p. 160. Le libéralisme utopique « n'est qu'une extension à la politique des principes d'Adam Smith. (...) Il est l'accomplissement politique de la représentation de la société comme marché », p. 159.

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 87.

libérale. Il pose la question de la façon suivante : « Pourquoi le libéralisme, qui fait de la critique de l'État le centre de son discours, s'avère-t-il incapable d'en penser clairement les limites ? Mon hypothèse est que ce paradoxe s'enracine au cœur de la doctrine libérale classique de l'État, ou plus exactement qu'il résulte de l'absence d'une véritable 'théorie' libérale de l'État dans cette 'doctrine' »<sup>117</sup>. Si Smith est l'exemple topique de ce malaise, l'auteur l'étend à ses successeurs : « Les tentatives de Smith, Bentham, Burke et Humboldt, avec leurs points communs et leurs différences, mènent ainsi toutes à une impasse. Elles s'avèrent difficilement capables de fonder une théorie libérale de l'État minimal »<sup>118</sup>.

Avant d'approfondir cette hypothèse féconde, il faut conclure sur les difficultés rencontrées dans les pages précédentes, qui incitent à s'interroger sur la méthode suivie.

### 3) Le dilemme

Faut-il conclure à ce stade à l'absence de liens entre libéralisme et néolibéralisme et, ce faisant, à l'impossibilité de construire un pont entre le libéralisme historique et la « bonne gouvernance » ? Il faut clairement répondre de façon négative à cette question, et pour cela dépasser les contradictions apparentes en modifiant les données de la discussion. Jusqu'ici, l'étude est partie de deux idées qui ont été réunies. Selon la première, c'est à partir d'un libéralisme économique indépendant du libéralisme politique qu'il est possible de comprendre les liens avec le néolibéralisme. Selon la seconde, ledit libéralisme économique tel que synthétisé par Smith suppose la limitation drastique du rôle de l'État, voire la négation de son existence. *A contrario*, le libéralisme politique consisterait à limiter la souveraineté de ce dernier au nom du respect des droits individuels, mais resterait dans les canons plus traditionnels en sous-entendant un rôle actif de l'État dans la promotion de l'intérêt collectif. Or, ces grandes idées paraissent incapables d'expliquer le cœur actuel de la « bonne gouvernance », à savoir l'idée succinctement énoncée que si le marché est le meilleur régulateur social, cela n'implique pas la négation de l'État.

Dès lors, afin de replacer dans un contexte historique l'idée fondamentale à la base de la grande majorité du renouveau du libéralisme au XX<sup>e</sup> siècle et de la « bonne gouvernance », il convient d'approfondir l'analyse pour déterminer comment l'œuvre de Smith pourrait

---

<sup>117</sup> Pierre Rosanvallon, *La crise de l'État-providence*, Le Seuil, coll. Points Essais, 3<sup>e</sup> éd., 1992, p. 64.

<sup>118</sup> *Ibid.*, pp. 77 – 78.

ouvrir la voie au rôle particulier que nombre d'auteurs reconnaissent à l'État et qui se retrouve dans le modèle dont parle la Banque mondiale.

## B. Une recherche fructueuse par la conception de l'intérêt public

En dépassant les dilemmes exposés ci-dessus, la nouvelle perspective axée sur la conception de l'intérêt public va permettre de déterminer la substance de l'idée libérale qui est susceptible de servir de pont avec le néolibéralisme du XX<sup>e</sup> siècle, et par la même avec la « bonne gouvernance » (1). Ce changement sera d'autant plus pertinent qu'il est confirmé par différents exemples scientifiques, dont celui de Hayek est le plus significatif (2).

### 1) Le déplacement de perspective nécessaire

Comment justifier la filiation libérale des théories du XX<sup>e</sup> siècle qui affirment un rôle pour l'État sur le marché alors que ce qui a été retenu de la théorie smithienne semble enseigner l'inverse ? La solution passe par un dépassement de l'opposition entre les visions « politique » et « économique » du libéralisme (a). Partant de là, l'étude retrouve une unité qui sera indispensable à l'heure d'appréhender la « bonne gouvernance » (b).

#### (a) La nature du déplacement

La clé du problème consiste à laisser de côté la distinction entre libéralismes politique et économique, ou plutôt à en réinterpréter la substance en partant des conceptions de la nature humaine au XVIII<sup>e</sup> siècle, afin d'opposer le rationalisme à l'empirisme<sup>119</sup>.

Pour les représentants du premier courant comme Descartes<sup>120</sup>, Hobbes, on encore Kant, c'est la raison qui est capitale. Ils postulent l'existence en elle de principes logiques, universels, innés, et donc indépendants de l'expérience. En découlerait la possibilité de pouvoir construire un ordre social sur ces bases définies *a priori*. Dans la droite ligne de cette perspective se trouve le principe qu'il est possible, voire indispensable, que se constitue à côté

---

<sup>119</sup> Le rationalisme est plutôt continental, l'empirisme anglais et écossais. Sur l'empirisme, v. Michel Malherbe in *Dictionnaire de philosophie politique*, op. cit., pp. 228 – 232. Cette distinction fondamentale est par exemple reprise par Pascal Salin qui distingue deux visions possibles de la société, une libérale et une constructiviste. V. *Libéralisme*, Odile Jacob, 2000, pp. 21 – 31 (chapitre intitulé « Libéralisme contre constructivisme »). Cette distinction importante a déjà été abordée en introduction, *supra* note 117 p. 21.

<sup>120</sup> Henri Lepage parle de manière symptomatique de « la faute à Descartes », *Demain le libéralisme*, Le livre de Poche, coll. Pluriel, 1980, p. 440.

des individus et de leurs intérêts personnels une entité distincte, l'État, qui se trouverait investie de la mission de mener la société vers certains objectifs définis par cette raison, c'est-à-dire à partir des intérêts individuels mais en dépassant leur simple agrégation naturelle.

Au contraire, pour les représentants du courant empiriste, et en premier lieu pour Smith mais surtout pour Hume<sup>121</sup>, il n'est pas possible d'envisager l'existence d'une entité distincte des individus qui composent cette société, susceptible d'imposer à cette dernière une certaine direction à suivre. En effet, le principe fondamental consiste à reconnaître le caractère hautement empirique d'une telle démarche qui ne peut être fondée sur une quelconque rationalité théorisée *a priori*<sup>122</sup>. Il faut comprendre l'enjeu du déplacement de perspective car, dans cette seconde hypothèse, le rôle de l'État n'est pas inconcevable. Au contraire, il est souvent jugé nécessaire pour remplir certaines missions compte tenu d'un état de nature dommageable aux hommes. Cela est décisif pour la recherche, et renvoie à la question de savoir si l'État est l'acteur central ou seulement un arbitre du bien public.

#### (b) Les effets du déplacement

Ce qui change par rapport à la première perspective infructueuse qui raisonnait en termes d'opposition concerne non pas l'existence ou l'absence d'État, mais son statut et son rôle eu égard aux intérêts privés. Pour dire les choses autrement, l'État existe dans tous les cas<sup>123</sup> ; cependant, dans l'approche rationaliste, il est distinct de la société et des intérêts privés qui la composent, auxquels il peut s'imposer pour réaliser les fins que la raison a dictées. Au contraire, dans le courant empiriste, l'État n'est que le reflet des intérêts privés de la société qu'il doit servir et dont il doit faciliter l'expression, mais qu'il ne peut ni ne veut transcender. C'est dans ce cadre qu'il faut replacer la centralité de la société civile et le rôle particulier du gouvernement politique<sup>124</sup>. La présence de l'État n'est donc pas en elle-même le

---

<sup>121</sup> V. dans l'ouvrage de Lucien Jaume, *La liberté et la loi*, *op. cit.*, le chapitre consacré au retournement empiriste de Hume, pp. 205 – 255.

<sup>122</sup> À ce titre, Henri Lepage oppose « Locke à Hobbes, puis Adam Smith et ses amis de l'école classique anglaise (surtout David Hume et Adam Ferguson) aux physiocrates français et aux benthamiens britanniques », *Demain le libéralisme*, *op. cit.*, p. 474.

<sup>123</sup> Ou presque eu égard aux théories libertariennes. V. la synthèse de Bertrand Lemennicier in *Dictionnaire des sciences économiques*, *op. cit.*, pp. 517 – 520.

<sup>124</sup> Michel Malherbe dit qu' « Il apparaît clairement que l'empirisme est ainsi plus soucieux de la société civile et du rapport qui s'établit en son sein entre les facteurs économique, moral et juridique, que de l'institution politique elle-même. Il peut même à la limite faire l'économie de toute rationalité spécifique à la question politique (la république, la souveraineté, le droit des peuples, etc.). (...) Il n'y a pas de forme politique qui serait rationnelle par soi et qui, de la sorte, serait la forme légitime », in *Dictionnaire de philosophie politique*, *op. cit.*, p. 232.

signe d'une entorse à la logique de la coordination décentralisée du marché, c'est-à-dire finalement à l'enseignement premier du libéralisme « économique ». Il s'avère même qu'elle est fréquemment indispensable pour garantir et favoriser ce jeu naturel.

Il est alors possible de comprendre que, si les théories développées à la suite de Smith ont pu mener à des thèses pour lesquelles l'État a été complètement absent<sup>125</sup>, c'est sûrement dans une direction moins radicale que l'étude est la plus féconde, surtout pour la « bonne gouvernance ». L'objectif a consisté à encadrer le fonctionnement de l'État afin d'éviter ses éventuelles dérives, notamment par une séparation des pouvoirs efficace, afin qu'il favorise le jeu autorégulateur du marché. C'est dans ce cadre que de très nombreux auteurs après Smith ne vont pas simplement chercher à limiter l'État par le marché, mais plutôt à définir un type d'État consubstantiel à la société de marché, c'est-à-dire valorisant partout et toujours les interactions individuelles dont la somme algébrique est réputée constituée à elle seule le bien collectif. Dès lors, « la revendication du 'moins d'État' implique bien plus pour la plupart des libéraux la volonté de libérer l'État de son tropisme despotique originel pour en faire un outil de la liberté que le désir de son dépérissement »<sup>126</sup>.

Ce changement éclaire les contradictions apparentes que l'étude des travaux de Smith semblait mettre à jour<sup>127</sup>, tout en rappelant les conclusions tirées de l'étude de la « bonne gouvernance », avec toujours en filigrane une conception restrictive de la chose publique et du droit qui y correspond. Avant d'envisager ces liens, il est intéressant de revenir sur l'œuvre hayékienne en ce qu'elle permet de démontrer comment le plus farouche opposant moderne à l'interventionnisme public au nom du respect de l'ordre spontané a pu, sans se renier<sup>128</sup>, théoriser une structure étatique immergée et soumise à une logique de marché, et surtout comment il l'a retranscrite dans des prescriptions normatives<sup>129</sup>.

---

<sup>125</sup> De Paine à Godwin, en passant à l'époque moderne par Robert Nozick, Murray Rothbard, et les libertariens.

<sup>126</sup> Alain Laurent, *Les grands courants du libéralisme*, Armand Colin, coll. synthèse, 1998, p. 88.

<sup>127</sup> Cela permet aussi de mieux comprendre l'évolution entre les physiocrates et l'école écossaise. Didier Deleule retenait à ce titre que « le naturalisme sceptique de Hume affronte le rationalisme dogmatique des Physiocrates », *Hume et la naissance du libéralisme économique*, op. cit., p. 401.

<sup>128</sup> Philippe Némou ne manque pas de souligner que cette volonté de Hayek de construire un modèle d'État a pu surprendre, présent. à Friedrich Hayek, *Droit, législation et liberté*, PUF, Quadrige, 2007, pp. 34 et s.

<sup>129</sup> Prescriptions qu'il faut elles-mêmes rattacher à celles issues des travaux du *Public choice* et de la *Constitutional economy* telles qu'étudiées *supra*, pp. 79 et s. Il y a un lien réel entre tous ces auteurs.

## 2) La portée pour les théories néolibérales : l'exemple de Friedrich Hayek

Si Hayek a été le premier auteur à avoir contesté les thèses de Keynes d'un point de vue économique mais surtout philosophique<sup>130</sup>, il faut dépasser l'écueil qui consisterait à le présenter comme un pur ennemi de l'État, partisan de sa disparition. C'est à la fin de sa vie scientifique que l'auteur en est venu à élaborer une sorte de théorie libérale de l'État<sup>131</sup>. Les conceptions de l'auteur (a) ouvrent inévitablement aux aspects normatifs (b) dont elle sont inséparables.

### (a) Les fondements conceptuels

À la base de la recherche de Hayek se trouve une conception empiriste de la société<sup>132</sup>. Dit autrement, il contestait toute volonté politique spécifique, et donc la souveraineté qu'il qualifiait de « superstition constructiviste »<sup>133</sup>. L'objectif avoué était par conséquent « Le bornage du pouvoir [qui] est le plus important des problèmes de l'ordre social. Le gouvernement n'est indispensable (...) que dans la mesure où il protège chacun contre la violence d'autrui. Mais au moment où, pour ce faire, le pouvoir politique revendique avec succès le monopole de la contrainte et de la violence, il devient aussi la plus grande menace contre la liberté individuelle »<sup>134</sup>. Dans la vision hayékienne de l'État de droit, le pouvoir politique est un pouvoir négatif. Sa tâche « est de créer un cadre dans lequel les individus et les groupes puissent fructueusement travailler à leurs objectifs propres »<sup>135</sup>. S'il est foncièrement un arbitre du jeu social, l'État ne doit toutefois pas forcément rester tout le temps en retrait, c'est-à-dire qu'il peut intervenir lorsqu'il s'agit de services bénéfiques à la société mais dont personne ne veut prendre la charge.

Hayek va en conséquence chercher à définir un modèle de constitution libérale d'un État limité, et à ce titre les aspects tant politiques qu'économiques du libéralisme sont traités en commun et ne doivent pas être artificiellement distingués.

---

<sup>130</sup> V. *supra*, pp. 61 et s.

<sup>131</sup> Cela arrive à la fin de *Droit, législation et liberté*, *op. cit.*, pp. 793 – 829. Il s'agit, évidemment, d'un État minimal.

<sup>132</sup> Sur la critique de l'approche constructiviste par l'auteur, v. *The Errors of Constructivism*, in F. Hayek, *New Studies in Philosophy*, *op. cit.*, pp. 3 – 22. Globalement, v. *The Counter-Revolution of Science. Studies on the Abuse of Reason*, Indianapolis, Liberty Press, 1979.

<sup>133</sup> Friedrich Hayek, *Droit, législation et liberté*, *op. cit.*, p. 674.

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 832.

<sup>135</sup> *Ibid.*, p. 851.

## (b) L'approche normative : le modèle d'État libéral minimal

Pour limiter les abus politiques, Hayek va défendre un prototype d'État à l'intérieur duquel le pouvoir, autrement dit la souveraineté, est atomisé et encadré au maximum. Il propose de commencer par une « clause fondamentale » qui permette l'épanouissement des individus en encadrant strictement l'intervention gouvernementale<sup>136</sup>. Il faut ensuite à ses yeux instaurer deux organismes représentatifs avec des rôles rigoureusement différenciés<sup>137</sup>. C'est l'idée de confier la tâche de formuler les règles générales de juste conduite à un corps représentatif, nommé « assemblée législative », distinct de celui chargé du rôle de les appliquer, nommé « assemblée gouvernementale ». À cela il ajoute la création d'une Cour constitutionnelle et la promotion du fédéralisme.

Ces mécanismes, et surtout la division du pouvoir entre les deux Chambres, devraient permettre à ses yeux de limiter l'augmentation incessante des prélèvements obligatoires constatée dans presque toutes les démocraties<sup>138</sup>. Sans entrer plus dans le détail, Hayek met en exergue un modèle dans lequel l'État n'a pas un rôle substantiel mais bien formel, caractérisé par ce qu'il appelle une « politique détronée »<sup>139</sup>. C'est une instance procédurale permettant la réalisation spontanée du bien public par l'expression la plus large possible de tous les intérêts individuels de la société, non l'instrument de réalisation de fins définies au préalable par une volonté politique susceptibles de transcender ces intérêts. Il suffit d'un pas pour atteindre la gouvernance.

## §2. Du libéralisme à la gouvernance publique

À partir du constat qui vient d'être fait sur la continuité entre le libéralisme du XVIII<sup>e</sup> siècle et le cœur des théories néolibérales<sup>140</sup>, il est maintenant possible d'approfondir les

---

<sup>136</sup> *Ibid.*, pp. 800 – 804.

<sup>137</sup> En détails, *ibid.*, pp. 804 et s.

<sup>138</sup> La Chambre législative vote seule la partie « recettes » de la loi de finances, puisque le prélèvement fiscal est une coercition et ne peut, comme telle, dans un État de droit, être exercée à l'encontre d'un citoyen qu'en vertu d'une règle générale. En revanche, c'est l'autre Chambre qui vote la partie « dépenses », puisque les affectations de crédits ne sont en aucune façon des règles, mais des mesures particulières. Ainsi, la majorité gouvernementale, ne pouvant changer à son gré le mode de répartition des charges, ne peut décider de dépenses nouvelles qui ne pèseraient que sur les électeurs de la minorité et dont ses propres électeurs n'auraient pas à pâtir, *ibid.*, pp. 826 – 829.

<sup>139</sup> *Ibid.*, p. 867.

<sup>140</sup> La rationalité et la dimension économique de l'action chez les Écossais représentent bien « une première approche de ce qui sera ultérieurement théorisée en termes d'homo oeconomicus », Pierre Demeulenaere, *Homo oeconomicus, enquête sur la constitution d'un paradigme*, PUF, Quadrige, 2003, p. 28.

débats sur la gouvernance (A). Il faut néanmoins se garder d'une seule discussion théorique. Puisque la gouvernance est substantiellement attachée à des transformations de l'action publique, il faudra en effet s'intéresser à la question des moyens de l'État (B). Si ces deux aspects sont indissociables, c'est dans le cadre plus précis du second que la gouvernance dans les pays développés prend toute sa signification.

## A. Le libéralisme et la gouvernance

Conçu dans le cadre de la lutte contre le sous-développement, le concept de « bonne gouvernance » et le modèle d'État dans la coordination sociale qu'il véhicule doivent être relus avec intérêt à travers un prisme libéral (1). À partir de là, il sera possible de synthétiser la recherche pour pouvoir en apprécier la portée pour le droit public et donc pour la gouvernance dans tous les pays (2).

### 1) Relecture libérale du rôle de l'État dans le sous-développement

Cette relecture doit être effectuée à partir des liens qu'entretient la « bonne gouvernance » tant avec le néolibéralisme qu'avec le libéralisme (a). Puisque ce concept a été forgé dans le cadre de la promotion du développement, il sera intéressant de se pencher rapidement sur les théories des auteurs de l'école classique concernant justement cette question, afin d'établir certaines comparaisons utiles (b).

#### (a) Les liens entre la « bonne gouvernance » et la théorie libérale

Pour rappel, la Banque mondiale véhicule par la « bonne gouvernance » l'idée d'un État qui n'est pas titulaire de l'intérêt public qu'il pourrait définir et imposer à la société. Il n'a pas à jouer le rôle d'un meneur susceptible d'entraîner la société et ses membres vers un destin que ces derniers seraient à eux seuls incapables d'exprimer ou d'atteindre. Dès lors, les liens qui unissent le concept de la Banque mondiale au libéralisme sont indiscutables<sup>141</sup>, et c'est par une approche téléologique de la régulation sociale dans son ensemble et du rôle de

---

<sup>141</sup> Pour une synthèse, v. Madeleine Arondel-Rohaut, *Gouvernance et libéralisme : une logique de pouvoir non démocratique*, *Cité*, n° 41 (Du jacobinisme à la gouvernance), 2003, pp. 31 – 38. L'auteur parle de de « libéralisme néo-lockien », p. 32.

l'État en son sein qu'il est possible de comprendre ce retour<sup>142</sup>. Ce qui revient, c'est l'idée de penser l'harmonie de la société et donc la recherche du bien collectif par le bas, c'est-à-dire à travers et par le jeu immanent des intérêts privés, et non par le haut dans le cadre d'une instance supérieure censée transcender les intérêts privés. C'est là toute la portée de la main invisible : le jeu des intérêts individuels est naturellement harmonieux, il est « Pareto efficient », ce qui rend inutile l'idée d'une intervention correctrice ou directrice de l'État. Si cela n'implique pas la disparition de ce dernier, son encadrement strict par la même logique est sous-entendu. La tâche du pouvoir n'est donc pas de « constituer la collectivité »<sup>143</sup>, mais « d'exprimer une société devenue distincte de lui »<sup>144</sup>. Puisque l'intérêt public n'est pas autre chose que l'addition de tous les intérêts privés, l'État devient un lieu de conciliation et non de direction de la société.

Dans ce cadre, la vision de la Banque mondiale apparaît sous son aspect historique, tout comme il est possible de voir l'intelligence de la réflexion menée autour d'un « art du double langage »<sup>145</sup>. C'est l'échec des politiques d'ajustement structurel qui constitue le point de départ à partir duquel il a fallu à la Banque modifier sa doctrine tout en continuant à faire du marché le vecteur du développement. L'introduction de la « bonne gouvernance » en est le résultat. C'est une sorte de raffinement de la théorie libérale, mais le but ultime ne change pas. L'État fait son retour dans le discours pour être instrumentalisé dans et par une réflexion de marché.

#### (b) Des liens confirmés par la théorie classique du sous-développement

La question du sous-développement n'est pas née avec les préoccupations de la Banque mondiale. Elle fut notamment abordée au sein de l'école classique au XIX<sup>e</sup> siècle par Robert Malthus et John Stuart Mill<sup>146</sup>, ce qui permet de démontrer certaines connexions historiques avec la « bonne gouvernance ».

---

<sup>142</sup> C'est ce que retiennent par exemple David Williams et Tom Young dans *Governance, The World Bank and Liberal Theory*, *Polit. Stud.*, vol. 42, 1994, pp. 84 – 100.

<sup>143</sup> Marcel Gauchet, *La condition politique*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>144</sup> *Ibid.*

<sup>145</sup> Philippe Arondel, « Bonne gouvernance » : l'art du double langage ?, *Cité*, n° 41, *op. cit.*, pp. 51 – 57. Avec la « bonne gouvernance », la Banque mondiale a pu subrepticement dépasser ses statuts qui lui interdisent par principe de faire des prescriptions en termes politiques.

<sup>146</sup> V. Jean-Philippe Platteau, *Les économistes classiques et le sous-développement*, t. 2, Presses Universitaires de Namur, 1978, not. p. 479.

En application de l'opposition entre visions politique et économique du libéralisme, il aurait pu être logique de penser que cette école prêchait l'absence d'État. Or, le dépassement précédemment effectué entre ces deux approches prend ici aussi son sens lorsqu'il apparaît à l'étude que les auteurs correspondants n'étaient pas des partisans d'un laissez-faire absolu et d'une limitation draconienne de l'État qui y correspondrait. Jean-Philippe Platteau démontre que, « Dans le schéma classique, (...) le développement économique n'est pas un processus spontané '*ex nihilo*' qui se déroule dans une sorte de vide institutionnel mais un mouvement qui ne peut s'amorcer et se poursuivre qu'à l'intérieur d'un cadre économique et légal adéquat »<sup>147</sup>. À ce titre, l'importance des défaillances institutionnelles des sociétés concernées par le sous-développement étaient fondamentales. Car, selon l'auteur, « les causes du retard accumulé par les nations pauvres ne doivent pas être recherchées d'abord dans les données exogènes à leur situation, mais bien plutôt dans des déficiences de leur propre société et de leurs propres institutions »<sup>148</sup>. Par conséquent, « la stratégie classique de développement est une stratégie indirecte : le gouvernement doit créer un climat, un milieu ambiant tel que les populations seront spontanément amenées à surmonter leur tendance naturelle »<sup>149</sup>. En pratique, il s'agit d'une stimulation par l'ouverture au commerce international et surtout d'une réforme du cadre institutionnel.

Ces quelques passages rappellent certains aspects du concept de « bonne gouvernance », et démontrent que l'éventualité d'une main invisible du développement justifiant l'absence d'État doit être, elle aussi, repoussée. Encore une fois les débats sont sensiblement ailleurs.

## 2) Portée pour le droit public et la gouvernance

Compte tenu des développements qui précèdent, il est possible d'y voir plus clair pour le droit public et la gouvernance en revenant sur cette notion « d'État efficace » dont parle la Banque mondiale à propos de la « bonne gouvernance » (b). Il s'agit, *a contrario*, de contester le modèle d'État actif liée à la souveraineté, autrement dit à la puissance d'État (a).

---

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. 441.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 415.

<sup>149</sup> *Ibid.*, p. 429.

### (a) La contestation de la puissance d'État

La recherche effectuée, d'une part, dans le discours de la Banque mondiale et, d'autre part, dans l'histoire du libéralisme, permet de mieux cerner la conséquence primordiale de la « bonne gouvernance » sur l'État. À travers le retour des fondements empiristes, ce concept critique la puissance de l'État<sup>150</sup>. Il s'attaque frontalement, non pas à l'État en tant que tel, mais à une conception liée à la souveraineté, dont la contestation est étroitement chevillée à l'histoire du libéralisme. Il nie le besoin d'un État régulateur de la société au titre d'un intérêt public transcendant, c'est-à-dire comme « instance préposée au maintien de la cohésion sociale »<sup>151</sup>. Ainsi, l'État conserve bien des missions, mais à chaque fois la logique autorégulatrice du marché se trouve en filigrane. Il est présent, mais il n'a ni à définir une vision pour la société civile ni à la mettre en œuvre. Celle-ci s'en charge avec ses propres règles, celles du marché.

Au final, la négation de la puissance par la « bonne gouvernance » implique le rejet farouche d'une vision « volontariste »<sup>152</sup> ou « républicaine »<sup>153</sup> de l'intérêt public et de l'État, au profit d'un modèle libéral.

### (b) La promotion de l'État libéral

Les débats sur la « bonne gouvernance » mettent à jour une réflexion sur une autre façon de penser l'État et le droit public, différente de celle liée à la souveraineté<sup>154</sup> qui, faut-il le rappeler, « n'est, dans l'histoire, qu'un moment de l'organisation politique »<sup>155</sup>. On en arrive à être tenté de remplacer l'« État efficace » de la « bonne gouvernance » tel qu'interprétée par la Banque mondiale par l'« État libéral »<sup>156</sup>, qui paraît plus à même

---

<sup>150</sup> Le terme de puissance est utilisé en référence à l'ouvrage d'Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, coll. Léviathan, 1994, qui est caractéristique de cette approche. Pour l'auteur, « l'étude du vocabulaire indique une étroite parenté entre souveraineté et puissance », in *Dictionnaire de philosophie politique*, op. cit., pp. 735 – 742, ici p. 735.

<sup>151</sup> Pour reprendre l'expression de Jacques Chevallier, L'État régulateur, *RFAP*, n° 111, 2004, pp. 473 – 482, ici p. 474.

<sup>152</sup> EDCE, *L'intérêt général*, op. cit., pp. 262 – 263.

<sup>153</sup> Élisabeth Zoller, *Introduction au droit public*, Précis Dalloz, 2006, pp. 207 – 218.

<sup>154</sup> Yvon Pesqueux relève que la gouvernance est « une manière de reléguer la question de la souveraineté pour se focaliser sur une rationalité gouvernementale qui tend finalement à constituer 'l'essence' de la privatisation », *Gouvernance et privatisation*, PUF, coll. Politique éclatée, 2007, p. 242.

<sup>155</sup> Éric Maulin in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., pp. 1434 – 1439, ici p. 1438.

<sup>156</sup> Élisabeth Zoller, *Introduction au droit public*, op. cit., pp. 164 – 170 ; v. aussi EDCE, *L'intérêt général*, op. cit., pp. 261 – 262.

d'expliciter quelle est la finalité de l'action publique, à savoir faire du modèle du marché le cœur de la coordination du corps social. La fonction de l'État est alors non pas celle d'un acteur de l'intérêt public mais d'un arbitre, puisqu'il se doit « d'offrir un cadre légal aux libertés pour garantir leur exercice »<sup>157</sup>. Dès lors, son action « est recentrée sur la mise en place des conditions de la confiance économique aussi bien que sociale »<sup>158</sup>. Il est également évident que dans ce schéma où les intérêts privés sont fondamentaux pour la marche de l'ensemble social, les institutions intermédiaires de la société civile deviennent indispensables en tant que moyens d'expression de la diversité sociale.

Dans cette hypothèse où l'idée d'une chose publique n'existe pas de manière substantielle, la logique du droit public est inversée, et en pratique la loi a un rôle limitée compte tenu de l'harmonie réputée naturelle des intérêts privés. Le droit public n'est pas un droit actif au service de l'État pour promouvoir un patrimoine commun, le plus souvent de manière unilatérale, mais au contraire un droit défensif au profit des individus leur permettant de participer à toutes les décisions, et en premier lieu à l'élaboration des lois.

La gouvernance comme « approche pluraliste et interactive de l'action collective »<sup>159</sup> est consubstantielle à ce schéma.

Arrivée à ce stade, la gouvernance a été en quelque sorte déconstruite en mettant à jour une certaine représentation du droit public liée à au rôle particulier de l'État dans la fonction de régulation de la société. Cela étant, il faut compléter cette étude par les moyens mis en œuvre à cet effet.

## B. La gouvernance et les instruments de l'État

Tout ce qui précède confirme l'idée selon laquelle il est pertinent de placer la gouvernance publique comme la matérialisation de l'État libéral de la « bonne gouvernance ». Il convient de passer au préalable par une approche instrumentale (1) pour introduire ce point qui méritera certaines nuances (2).

---

<sup>157</sup> EDCE, *L'intérêt général*, op. cit., p. 262.

<sup>158</sup> *Ibid.*

<sup>159</sup> Jacques Chevallier, La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ?, *RFAP*, n° 105-106, 2003, pp. 203 – 217, p. 207.

## 1) L'approche instrumentale

En venant repenser l'action publique, c'est-à-dire « l'ensemble des mécanismes visant à encadrer et à réguler la vie sociale »<sup>160</sup>, la gouvernance est liée à une logique instrumentale forte concrétisant une régulation sociale centrée sur une logique de marché, autrement dit une régulation privée. Il ne faut pas manquer de faire un lien important avec un aspect très proche bien que distinct, qui concerne la réforme des administrations publiques déjà abordée plus haut. C'est nécessairement le même raisonnement qui pousse à réformer tant l'architecture et la gestion des États que ses politiques publiques<sup>161</sup>. Si la gouvernance paraît concerner avant tout l'action publique et implique de privilégier cet aspect, il est difficile de discerner réellement ces branches qu'il ne faut pas diviser de façon artificielle.

Dans ce cadre, l'approche par les instruments de l'État n'est pas inconnue en France. Charles-Albert Morand a par exemple mené d'importantes recherches juridiques concernant l'État comme dispositif d'action sur la société<sup>162</sup>. Dans une perspective similaire mais axée sur la science politique, Patrick Le Galès et Pierre Lascombes ont utilisé un terme proche, celui « d'instrument d'action publique », qu'ils définissent comme « un dispositif à la fois technique et social qui organise des rapports sociaux spécifiques entre la puissance publique et ses destinataires en fonction des représentations et des significations dont il est porteur »<sup>163</sup>. Ils notent que l'approche instrumentale est une « théorisation politique implicite »<sup>164</sup>. En effet, « L'intérêt d'une approche en termes d'instruments est de compléter les regards classiques en termes d'organisation, de jeux d'acteurs et de représentations qui dominent aujourd'hui largement l'analyse de l'action publique. Elle permet de poser d'autres questions et d'intégrer de façon renouvelée les interrogations traditionnelles (...). Enfin, dans un contexte politique où prévalent les grands flous idéologiques et où la différenciation des discours et des programmes s'avère de plus en plus difficile, on peut considérer que c'est aujourd'hui par les instruments d'action publique que se stabilisent les représentations communes sur les enjeux

---

<sup>160</sup> Jacques Chevallier, Droit et action publique, in *Le droit figure du politique. Études offertes au professeur Michel Miaille*, 2 vols., Faculté de droit de Montpellier, 2008, vol. 2, pp. 421 – 433, ici p. 422.

<sup>161</sup> Certains ont fait de ces deux aspects interne et externe deux composantes de la gouvernance, v. Daniel Mockle, *La gouvernance, le droit et l'État*, Bruxelles, Bruylant, coll. Mondialisation et droit international, 2007.

<sup>162</sup> V. Charles-Albert Morand, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, L.G.D.J., coll. Droit et Société, t. 26, 1999 ; ainsi que Jacques Chevallier et Charles-Albert Morand (dir.), *L'État propulsif : contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Publisud, coll. Droit public et institutions politiques, 1991.

<sup>163</sup> Pierre Lascombes et Patrick Le Galès (dir.), *Gouverner par les instruments*, Presses de Sciences Po, coll. académique, 2004, p. 13.

<sup>164</sup> *Ibid.*, p. 27.

sociaux »<sup>165</sup>. Ces auteurs lient leurs réflexions à la pensée déjà évoquée de Michel Foucault sur la « gouvernementalité »<sup>166</sup>. Dans le cadre de sa recherche, ce dernier cherchait effectivement à se démarquer des approches trop classiques en termes de loi, de pouvoir ou d'État, ces « universaux » beaucoup trop vagues et théoriques à ses yeux, pour adopter un point de vue plus pratique.

Ces approches permettent d'affiner le propos et de ne pas s'arrêter à une vision théorique<sup>167</sup>. Pour utiliser une formule de Jean-Bernard Auby, il faut « ouvrir la boîte noire de l'intérêt général »<sup>168</sup>. Cela approfondit une recherche qui serait peut-être juste dans ses grandes lignes, mais trop partielle et peu adaptée à la réalité. À ce sujet, il faut rappeler et spécialement préciser un élément important qui permet de cadrer les recherches pratiques sur la gouvernance<sup>169</sup>. Cela concerne les rapports évidents entre la façon de concevoir la cohésion sociale et la place du droit public en son sein, d'une part, et les instruments d'action publique qui seront susceptibles d'exister, d'autre part. Trois idées importantes en découlent. Selon la première, la plus générale, l'intervention publique n'est potentiellement qu'un mode de régulation sociale parmi d'autres, même s'il peut sembler prédominant. Selon la deuxième, à l'intérieur de ce domaine d'action dont une seule personne publique, autrement dit un État centralisé, n'est pas forcément le seul acteur ou l'acteur central, différents moyens sont ouverts. Cela va, dans un ordre contraignant croissant, de l'incitation (notamment financière) à la gestion publique d'une activité, avec en position intermédiaire l'édiction de normes juridiques<sup>170</sup>. Selon la troisième, au sein de ces moyens, l'intervention publique n'exclut pas une participation plus ou moins importante des acteurs privés.

C'est à l'intérieur de cette problématique pratique et plurielle qu'il faut poser la question de la gouvernance publique et des instruments de l'État.

---

<sup>165</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>166</sup> Sur la méthode de Foucault qu'il appliquera à l'État, v. *supra*, p. 25

<sup>167</sup> Pour Luc Rouban, « À vrai dire, la question de l'État se présente souvent sous forme de clichés ou de prêt à penser (le nombre de fonctionnaires, le poids des impôts) ou bien de constructions savantes opérées par les universitaires et dont on ne sait pas trop quelle est l'utilité opérationnelle », *L'État et les transformations de l'action publique*, in A. Sedjari (dir.), *Quel État pour le 21<sup>e</sup> siècle ?*, L'Harmattan, coll. Espace et territoires, 2001, pp. 91 – 107, ici p. 92.

<sup>168</sup> Jean-Bernard Auby, *Régulations et droit administratif*, in *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 209 – 234, ici p. 234.

<sup>169</sup> V. not. *supra*, pp. 17 – 21. V. en synthèse Jacques Caillosse, *Le « public » du droit administratif. Une catégorie juridique pour l'action publique*, in *Terres du droit : mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009, pp. 383 – 407.

<sup>170</sup> Sur l'évolution des formes d'intervention publique lors du passage de l'État libéral à l'État-providence, v. Jacques Chevallier, *Science administrative*, PUF, coll. Thémis, 4<sup>e</sup> éd., 2007, pp. 178 – 190.

## 2) L'approche instrumentale de la gouvernance publique

Les instruments de gouvernance doivent être précisés compte tenu du but dans lequel ils sont mis en œuvre (a), et dans ce cadre une étude comparée doit être menée pour borner la recherche (b).

### (a) Approche téléologique des instruments de gouvernance

En bouleversant la problématique de l'action collective, la gouvernance questionne avant tout la mutation du rôle de l'État et de ses moyens d'action sur la société. Comment l'action publique évolue-t-elle ?

Pour y apporter un début de réponse, il faut déjà savoir quel est le point de départ, c'est-à-dire tenir compte du contexte particulier dans lequel cette question se pose, celui de l'évolution par rapport à un État-providence prenant en charge le développement économique et social<sup>171</sup>. S'il s'agit dorénavant de favoriser une régulation sociale par le marché, et de ce fait de privilégier le contrat à l'unilatéralité, il est toutefois difficile d'envisager un retour pur et simple à la situation précédente<sup>172</sup>. C'est pourquoi la nouvelle action publique va schématiquement pouvoir subir un double recadrage<sup>173</sup>.

Tout d'abord, en tant que bornage externe. L'utilisation de mesures de privatisation<sup>174</sup>, de déréglementation<sup>175</sup>, ou de diminution du taux global des prélèvements obligatoires<sup>176</sup>, vont alors pouvoir être utilisées comme un retour pur et simple au marché, c'est-à-dire aux choix privés. Il y a là diminution du domaine de la régulation publique. Mais, même dans ces hypothèses, l'augmentation apparente de la régulation privée n'est pas, en tant que telle, le

---

<sup>171</sup> Nonobstant des différences significatives selon les pays.

<sup>172</sup> Jacques Chevallier souligne à ce titre que la contestation de l'interventionnisme étatique « ne signifie pas pour autant le retour à l'État libéral du passé ou, *a fortiori*, l'avènement d'un 'État minimal' », *Science administrative, op. cit.*, p. 215. V. aussi, du même auteur, sa préface à Vincent Valentin, *Les conceptions néo-libérales du droit*, Economica, coll. Corpus Essais, 2002, dans laquelle il mentionne qu'« entre le libéralisme traditionnel et le néo-libéralisme s'intercale en effet l'État-providence ; et la remise en cause de celui-ci entraîne dès lors une dimension différente », p. 3.

<sup>173</sup> Étant précisé que, si sont essentiellement envisagés ici les rapports avec des personnes privées, les relations entre entités publiques évoluent également. Sur cette question, et surtout sur l'approche privilégiée dans cette étude, v. *infra*, note 2 pp. 204 – 205.

<sup>174</sup> Entendu comme le transfert du capital d'une entreprise publique au secteur privé.

<sup>175</sup> Entendu comme la diminution du « droit relatif à une question », Gérard Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 791.

<sup>176</sup> Il est important de souligner qu'avec la diminution des prélèvements fiscaux, c'est également le principe de l'intervention publique qui recule, et plus simplement sa mise en œuvre comme dans les hypothèses de délégations de la fourniture du service à des personnes privées. Sur cette distinction importante, v. John Donahue, *The Privatization Decision: Public Ends, Private Means*, NY, Basic Books 1989, p. 7.

signe d'une révolution. Comme le soulignait Jacques Chevallier à propos de la déréglementation, elle a certes pour conséquence de réduire « la densité des règles édictées par l'État »<sup>177</sup> et, partant, de « restaurer la fonction régulatrice du marché. Mais cette interprétation est trop simple : d'une part, parce que déréglementation et réglementation ne sont pas, contrairement aux apparences, incompatibles ; d'autre part, parce que déréglementation n'est pas nécessairement synonyme de dérégulation »<sup>178</sup>. C'est pourquoi ces phénomènes apparaissent « à beaucoup d'égards comme abritant davantage une transformation des modalités de l'intervention publique qu'une véritable régression de celle-ci »<sup>179</sup>. *In fine*, il peut s'agir pour l'État « d'obtenir que les particuliers, loin de s'opposer aux exigences de l'ordre public, se les approprient et organisent eux-mêmes leur soumission à ses prescriptions »<sup>180</sup>. Il y a là, pour Richard Moulin et Pierre Brunet, ce qui peut être qualifié de « *paradoxe du libéralisme* »<sup>181</sup>.

C'est donc aussi et surtout en tant que bornage interne que les évolutions les plus significatives paraissent devoir être interprétées, autrement dit plus comme changement qualitatif que recul quantitatif. La gouvernance semble surtout devoir bouleverser les moyens d'action de l'État en venant formaliser l'idée que ce dernier ne gouverne plus, ne commande plus. Ce qui change dans le contexte de la gouvernance, c'est qu'il va maintenant inciter, encadrer, motiver. Cela implique irrémédiablement des évolutions de ses moyens d'action dans le cadre général décrit ci-dessus<sup>182</sup>, et spécialement la promotion du pluralisme et de l'interactivité. C'est à ce titre que l'idée historique du gouvernement comme « meneur » de la société se dilue. Michel Foucault aura été visionnaire de ces évolutions dans ses études sur la gouvernementalité<sup>183</sup>.

---

<sup>177</sup> Jacques Chevallier, Les enjeux de la déréglementation, *RDP*, 1987, n° 2, pp. 281 – 319, ici p. 283.

<sup>178</sup> *Ibid.*

<sup>179</sup> Jean-Bernard Auby, La bataille de San Romano : Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif, *AJDA*, 20 novembre 2001, pp. 912 – 926, ici p. 914.

<sup>180</sup> Françoise Dekeuwer-Défossez, La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation, in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, L.G.D.J., coll. Droit et Société, Recherche et travaux, t. 16, 2007, pp. 167 – 178, ici p. 168.

<sup>181</sup> Richard Moulin et Pierre Brunet, *Droit public des interventions économiques*, L.G.D.J., coll. droit des affaires, 2007, p. 7 (ce sont les auteurs qui soulignent).

<sup>182</sup> C'est à ce titre qu'il y a une reformulation importante de la rationalité juridique dans sa forme traditionnelle de commandements unilatéraux. V. not. *supra*, note 57 p. 10, et notamment l'article de Paul Amselek, L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales, *RDP*, 1982, n° 2, pp. 273 – 294.

<sup>183</sup> Michel Foucault notait déjà le sens général de cette évolution dans ses études sur ce concept. Si l'économie entraîne *de facto* une limitation du domaine de l'intervention gouvernementale, il y a là les germes d'une autre évolution encore plus importante : « d'une part l'intervention de la gouvernementalité étatique devra être limitée, mais cette limite qui sera posée à la gouvernementalité ne sera pas simplement une sorte de borne négative. À l'intérieur du champ ainsi délimité va apparaître tout un domaine d'interventions, d'interventions possibles, d'intervention nécessaires, mais qui n'auront pas forcément, qui n'auront pas d'une façon générale et qui très

Ces évolutions sont la matérialisation de la gouvernance publique dans le prolongement des conceptions de la Banque mondiale. Elles mettent en œuvre l'idée d'un État qui agence l'auto-organisation de la société<sup>184</sup>. Il n'est pas ou il n'est plus le cœur de la cohésion sociale, ce qui rejette toute capacité d'entraîner la société. Il ne peut pas ou il ne peut plus, au nom de la recherche hypothétique du bien public, imposer sa volonté par des actes de puissance. Ce point essentiel doit être approfondi dans un cadre comparé.

#### (b) Approfondissements comparés

Il reste à creuser les deux points déjà mentionnés à la fin du titre précédent, et qui sont indispensables à une compréhension globale de la problématique de la gouvernance publique dans les pays développés.

Tout d'abord, quant à la finalité de cette action publique qui devient incitative et organisatrice. Dans le cadre de la gouvernance comprise dans la droite ligne de la Banque mondiale, il n'est pas en principe question d'inciter ou d'organiser dans le but d'imposer un intérêt public restant défini *a priori* de manière transcendante, mais bien de faire de l'action publique, tant au niveau de sa conception que de sa mise en œuvre, un vaste réseau dans lequel le jeu interactif des intérêts doit définir la marche à suivre et les résultats qui seront ou non atteints. L'action publique est toujours en mouvement et à définir, puisque l'État n'exerce pas de puissance au sens propre du terme, si ce n'est de mettre les individus en situation de faire leurs propres choix. La gouvernance telle qu'entendue ici consiste le plus souvent à mettre en œuvre les procédés pour faire que la société trouve en elle-même ses propres fins. Cependant, cette logique va également transformer la rationalité de l'action publique en permettant de substituer des moyens incitatifs aux moyens traditionnellement plus directifs<sup>185</sup>. Dans ces hypothèses, il y a approfondissement de la technique gouvernementale, puisqu'il va s'agir d'atteindre le même but que précédemment, mais avec des moyens moins coercitifs. La gouvernance est par conséquent plurielle et ne peut être ramenée à un principe unique.

---

souvent n'auront pas du tout la forme de l'intervention réglementaire. Il va falloir manipuler, il va falloir susciter, il va falloir faciliter, il va falloir laisser faire, il va falloir, autrement dit, gérer et non plus réglementer. Cette gestion aura essentiellement pour objectif, non pas tellement d'empêcher les choses, mais de faire en sorte que les régulations nécessaires et naturelles jouent, ou encore de faire des régulations qui permettront les régulations naturelles », *Sécurité, territoire, population, op. cit.*, pp. 360 – 361.

<sup>184</sup> Sur cette idée synthétique, v. *supra*, p. 91.

<sup>185</sup> Par exemple avec la création des marchés de pollution, démontrant que c'est par la concurrence, autrement dit par le marché, que l'on espère dorénavant aboutir au respect de certaines normes environnementales, et plus par des mesures coercitives, autrement dit strictement réglementaires. Il n'en reste pas moins que c'est toujours la réduction de la pollution qui est visée.

Si ce qui précède confirme la nécessité de compléter l'approche théorique par une vision pratique, cela pose aussi et surtout la question de savoir si la gouvernance publique dans les pays développés vue dans le prolongement de la « bonne gouvernance » peut résumer l'ensemble des expériences. Car, tout ce qui a été dit jusque là a consisté à partir d'un prototype particulier de coordination sociale, celui de la « bonne gouvernance », et à réfléchir en conséquence sur les modes d'exercice du pouvoir et leurs changements. Mais qu'advient-il des systèmes dont le modèle est, au départ, différent ? Est-ce qu'un État qui a une tradition opposée à ce paradigme foncièrement libéral n'est pas concerné par les phénomènes de gouvernance ? Cela semble difficilement soutenable en tant que tel, et démontre que le prisme de la « bonne gouvernance » ouvre vers d'autres débats. Si la gouvernance transforme partout l'action collective et donc les moyens d'intervention de l'État dans un sens pluraliste et interactif, elle le fait dans un contexte spécifique à chaque situation. De la sorte, une alternative apparaît, qui sera approfondie de manière plus pratique dans le chapitre suivant, mais qui peut être introduite ici de la façon suivante. Si, de l'étude d'un système déterminé résulte un modèle d'État libéral, alors ce dernier devrait tendre globalement à favoriser l'implication à l'action publique d'intérêts multiples, avec pour but ultime l'auto-organisation de la société, c'est-à-dire une cohésion sociale avant tout privée. *A contrario*, d'un État qui aurait une tradition volontariste de transcendance des intérêts privés devrait découler non pas tellement l'existence de moyens d'action spécifiques, mais surtout leur utilisation dans un but distinctif. C'est une régulation sociale publique qui serait ici l'objectif. Cela ne veut pas dire que l'approche véhiculée par la gouvernance soit complètement absente dans cette dernière hypothèse. Toutefois, les transformations de l'action publique devraient principalement se faire dans une optique républicaine. L'État serait toujours en charge de fixer une direction à la société en fonction d'un intérêt public qu'il continuerait à définir au-delà de la somme des intérêts individuels, autrement dit un véritable intérêt général.

## Conclusion chapitre 1

L'étude historique permet d'approfondir et de replacer la gouvernance publique dans un modèle particulier de coordination sociale. Ce travail est important pour démontrer qu'avec elle revient sur le devant de la scène une réflexion qui remonte au XVIII<sup>e</sup> siècle, selon laquelle la société peut fonctionner de manière harmonieuse autour d'une sorte de « pilotage automatique », c'est-à-dire sans intervention politique extérieure. Dans ce schéma où le droit public conçu comme droit de la chose publique n'a pas de raison d'être, l'État ne domine pas la société.

Toutefois, les débats ne sont pas clos pour autant, car il est essentiel à ce niveau de ne pas tirer des conclusions hâtives. Il faut éviter l'écueil qui consisterait à conclure à l'absence d'une logique de gouvernance dans les pays qui, par tradition, rejettent le modèle libéral d'État et de régulation sociale lié à la « bonne gouvernance ». Ces pays peuvent tout aussi bien voir leur action publique évoluer vers plus de pluralisme et d'interactivité. Néanmoins, il est logique de penser que les finalités poursuivies seront dissemblables, ce qui ne manquera pas de placer les instruments d'intervention publique correspondants dans un cadre distinct. C'est par conséquent vers des expériences nationales qu'il convient de se tourner.

## Chapitre 2 : Le modèle libéral américain

Le chapitre précédent a permis de mettre à jour les liens qui existent entre la « bonne gouvernance » telle qu'issue des travaux de la Banque mondiale et la tradition libérale. Dans la continuité, il a été possible de mieux comprendre le sens à donner aux mouvements très concrets liés à la gouvernance publique dans les pays développés.

Pour apporter un éclairage supplémentaire, il faut maintenant se demander si la conception correspondante du bien public qui en découle ne peut pas déjà avoir trouvée corps sous une forme ou une autre dans l'histoire. L'expérience américaine constitue justement un référent précieux. Ses fondements permettent en effet de mettre à jour un modèle singulier dans lequel les intérêts individuels ont un rôle déterminant dans la marche de la société (section 1). Cela fera apparaître des liens incontestables avec la « bonne gouvernance » qu'il faudra préciser pour en mesurer les conséquences sur la gouvernance publique (section 2).

### Section 1) Les fondements

Si Paul Magnette a pu relever avec justesse à propos des États-Unis que « l'émancipation de la tutelle britannique a nourri l'opposition à ses doctrines et à son modèle constitutionnel »<sup>1</sup>, le système américain représente au-delà une rupture avec l'ensemble de la théorie politique du XVIII<sup>e</sup> concernant la réalisation de l'intérêt public, qui s'est réalisée en deux temps. Le premier marque une cassure encore partielle et date de 1776 autour des événements de la Révolution (§1). Il va poser les fondations du déclenchement du second qui, avec l'adoption de la Constitution de 1787, va entraîner cette fois la mise en place d'un modèle original (§2).

---

<sup>1</sup> Paul Magnette, *La citoyenneté : une histoire de l'idée de participation civique* (préf. J. Dunn), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 168.

## §1. La rupture de 1776

Pour comprendre comment l'expérience de 1776 marque la première pierre d'une profonde transformation dans les conceptions politiques et constitutionnelles, il faut présenter le cadre général (A) à partir duquel la séparation avec la métropole se déroula (B).

### A. Le contexte

Afin de mettre à jour les bases du modèle américain, il convient au préalable d'étudier pourquoi l'expérience de ce qui n'étaient alors que les colonies britanniques d'Amérique du Nord (2) a constitué un cadre tout à fait nouveau par rapport aux schémas traditionnels de la science politique du XVIII<sup>e</sup> siècle, et plus particulièrement aux référents anglais à partir desquels il faut raisonner (1).

#### 1) La science politique anglaise au XVIII<sup>e</sup> siècle

Le particularisme de l'expérience américaine doit être présenté dans le prolongement des caractéristiques du modèle anglais des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles. Celui-ci était unique à l'Angleterre pour deux raisons. D'une part, compte tenu de la proclamation de la souveraineté parlementaire après la Glorieuse révolution de 1688-1689<sup>2</sup> et, d'autre part et en parallèle, grâce à l'adoption du *Bill of Rights* qui permit de limiter cette souveraineté en comparaison des monarchies continentales, autrement dit de favoriser la protection des droits et des libertés des individus. L'organisation constitutionnelle autour d'un équilibre entre les pouvoirs du roi, de la Chambre des Lords et de la Chambre des Communes, permettait de limiter efficacement les risques tyranniques. Le régime anglais marquait chez ses contemporains la réussite du gouvernement mixte qui, dans la science politique de l'époque, représentait l'idéal puisqu'il combinait les atouts des trois formes traditionnelles de gouvernement : la monarchie, la démocratie, et l'aristocratie. Il semble surtout que ce système ait pu être efficace à la limitation de la souveraineté dans la mesure où il permettait une expression de l'ensemble de la société anglaise de l'époque, à savoir une société d'ordres, l'idée étant que toutes les composantes sociales étaient représentées au Parlement.

---

<sup>2</sup> C'est ici la tradition du parti *whig* qui marquera son influence en contestant l'arbitraire et l'exercice discrétionnaire du pouvoir.

Si ces éléments sont distinctifs comparativement aux royautés européennes, et particulièrement à la France, il faut bien se garder de voir dans ces changements une rupture totale. Il restait ainsi bien ancré dans les esprits que les individus devaient obéir dans le domaine politique aux décisions prises par leurs représentants, dont la recherche du bien commun dans une tradition classique animée par la vertu et le désintéressement à la gestion de la chose publique était le seul but. Comme le souligne Gordon Wood, les auteurs du XVIII<sup>e</sup> siècle « cherchaient à interpréter la politique comme ils interprétaient toute la vie, en assujettissant la totalité et la complexité du monde à un idéal d'intégration d'ordre et d'immutabilité – un idéal qu'exprimaient parfaitement le concept de constitution mixte aussi bien que la hiérarchie sociale proportionnée sur laquelle il se fondait »<sup>3</sup>. Par conséquent, même si le titulaire de la souveraineté avait changé et si celle-ci s'exerçait avec moins de force puisque les droits des citoyens devaient être respectés, le système anglais restait attaché « à la conception médiévale d'une société divisée en états ou ordres, dans laquelle le peuple constituait un seul état à côté de la noblesse et de la couronne »<sup>4</sup>. Le Parlement parlait au profit de toute l'Angleterre en définissant l'intérêt de tous, pas de telle ou telle partie de celui-ci ou de tel ou tel groupe. Ce faisant, et nonobstant des évolutions réelles, la politique restait conçue « en fonction de la théorie classique du pouvoir »<sup>5</sup>. Dit autrement, la dialectique entre la liberté et le pouvoir n'impliquait pas la nécessité d'un consentement entendu comme une véritable participation active et permanente des individus aux lois. Le système restait fondé sur le principe hiérarchique, s'appuyant sur une tradition républicaine d'harmonisation artificielle des volontés, notamment marquée par l'importance du mécanisme de la représentation comme filtre des intérêts privés.

L'amour américain pour la liberté et son corollaire, la peur du pouvoir, ne pouvaient éternellement se contenter de ces théories.

## 2) Le particularisme américain lié à la colonisation britannique

Dans l'imagerie commune, les États-Unis sont le pays de la liberté. Ce trait distinctif est fondamental pour appréhender l'ensemble de son modèle. C'est en effet elle qui a servi de fil conducteur à son histoire politique et constitutionnelle. Pour comprendre ce point, il faut

---

<sup>3</sup> Gordon Wood, *La création de la République américaine : 1776 – 1787* (trad. F. Delastre, introd. C. Lefort ; l'ouvrage en anglais date de 1969), Belin, coll. Littérature et politique, 1991, p. 696.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>5</sup> *Ibid.*, pp. 52 et s. L'important était l'équilibre entre les trois ordres de la société, pas de faire du peuple l'acteur dominant.

remonter à la colonisation du continent nord-américain pour en étudier sa nature (a) et ses caractéristiques (b).

(a) La nature de la colonisation

Le point central consiste à relever que la colonisation anglaise en Amérique du Nord au tournant du XVII<sup>e</sup> siècle fut d'abord et avant tout l'objet d'initiatives privées, tant pour des motifs économiques que religieux<sup>6</sup>. La Couronne octroya le plus souvent des chartes à des commerçants, des négociants ou même des favoris, de telle sorte que la mère patrie ne fit aucun sacrifice pour créer ou maintenir les premiers établissements<sup>7</sup>.

C'est par une comparaison avec les deux autres schémas expansionnistes à la même époque que la singularité anglaise apparaît le mieux. Les colonisations française et espagnole furent au contraire l'objet d'une initiative centrale, d'une initiative d'État pourrait-on dire, qui finançait directement ces entreprises<sup>8</sup>. Il s'agit là d'un trait essentiel puisque, pour citer l'expérience française, là où les explorateurs et les colons français travaillaient pour le roi de France, les colons anglais travaillaient avant tout pour eux-mêmes, avec un projet personnel ou communautaire, qu'il soit économique ou religieux. La colonisation britannique se caractérisait par la dispersion et la division, là où la royauté française tentait d'organiser par le centre pour agréger.

Ces traits distinctifs sont importants car ils vont fonder certains principes cardinaux de la culture des États-Unis, tant d'un point de vue philosophique qu'institutionnel<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Bien que la colonisation ne puisse être unifiée derrière l'expérience britannique, il sera considéré par simplicité que tel est le cas dans cette étude. Pour des détails, v. André Kaspi (*et al.*), *La civilisation américaine*, PUF, Quadrige, 2004, pp. 8 – 9.

<sup>7</sup> V. Bernard Bailyn (*et al.*), *The Great Republic: A History of the American People*, Boston, Little Brown, 1977, pp. 5 et s.

<sup>8</sup> Sur la colonisation française, v. Gilles Havard et Cécile Vidal, *Histoire de l'Amérique française*, Flammarion, 2003.

<sup>9</sup> Comme le disait Émile Boutmy à propos des circonstances pratiques de la situation américaine (pas de guerre, pas d'ennemi direct, un très grand espace géographique, etc.), « Comment les institutions politiques ne se ressentiraient-elles pas profondément d'une différence si considérable ? », *Éléments d'une psychologie politique du peuple américain : la Nation, la Patrie, l'État, la Religion*, Armand Colin, 3<sup>e</sup> éd., 1911, p. 139.

## (b) Les caractéristiques de la colonisation

Les faits rapidement résumés ci-dessus sont primordiaux en tant qu'ils sont un terreau au développement, d'une part, de l'individualisme et de l'amour de la liberté et, d'autre part, du pluralisme. Les diverses expériences politiques et religieuses vont nourrir ces tendances.

Les colonies se sont politiquement organisées toutes seules. Ce sont là les bases du *self-government*, notion chère aux Américains. Sans entrer dans les détails, il existait en pratique différents types de colonies selon un rapport plus ou moins lâche avec la couronne britannique. Mais, dans tous les cas, le *self-government* existait, peut-être d'ailleurs plus au niveau des petites communautés que des colonies elles-mêmes<sup>10</sup>. En conséquence, les individus furent rapidement habitués à concevoir l'autorité d'un mauvais œil. Pour eux, l'important était la décision locale dont ils avaient connaissance et à laquelle ils avaient consenti ou participé. En pratique, les assemblées délibératives étaient fondamentales pour promouvoir cette implication, particulièrement en Nouvelle Angleterre. De plus, le rejet du pouvoir « central » entraîna que l'on commençait à mal accepter l'idée d'une représentation à l'anglaise censée parler au nom de l'ensemble des intérêts des groupes et des territoires. Pour les Américains, il n'y avait pas vraiment d'intérêt commun entre les groupes, car c'est avant tout localement qu'ils se situaient<sup>11</sup>.

Ce pluralisme fut accentué par les expériences religieuses. Elles ont aussi été très diverses car issues des courants protestants<sup>12</sup>, mais toutes marquées par la volonté de rompre avec les violations de la liberté de culte qui existaient alors en Grande-Bretagne au profit de la religion anglicane, seule reconnue officiellement. L'idée centrale était que le nouveau continent constituait la terre promise, seule susceptible de régénérer l'âme humaine corrompue en Europe.

---

<sup>10</sup> Pour Clinton Rossiter, « le pouvoir politique était exercé de façon prépondérante dans les villages, les paroisses, les comtés et les quartiers, et ces entités étaient même plus indépendantes de la colonie que la colonie elle-même envers la Couronne. Le *self-government* était doublement la règle dans l'Amérique coloniale », *Seedtime of the Republic: The Origin of the American Tradition of Political Liberty*, NY, Harcourt, Brace and Company, 1953, p. 16.

<sup>11</sup> V. Bernard Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge, Harvard University Press, 1967, p. 164.

<sup>12</sup> Sur la diversité religieuse dans les colonies américaines au XVIII<sup>e</sup> siècle, v. Marci Hamilton, Les origines religieuses de la clause américaine de non-établissement, in É. Zoller (dir.), *La conception américaine de la laïcité*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, pp. 71 – 88.

Au final, les traits de la colonisation, qu'ils soient d'origine politique, religieuse, ou même commerciale<sup>13</sup>, peuvent être synthétisés autour du principe commun que le Nouveau Monde était justement régi par des principes neufs, et en pratique par la liberté comme vertu cardinale. En découlait notamment l'impossibilité de penser la collectivité de façon unitaire et harmonisée comme en Europe<sup>14</sup>. La rupture avec la mère patrie, et plus tard avec les canons de la science politique européenne, semblait inéluctable.

## B. Les évolutions de 1776

La Déclaration d'indépendance de 1776 marque formellement la cassure avec la Grande-Bretagne. Si sa source se trouve dans la question de la représentation, il y a en germe une inadéquation plus générale (1), bien que l'expérience de 1776 ne rompe pas encore avec la science politique traditionnelle (2).

### 1) La remise en cause des principes constitutionnels traditionnels

Les circonstances matérielles de l'indépendance américaine sont bien connues. En synthèse, le conflit naquit véritablement à partir de 1763 de la volonté de Londres de réaffirmer son contrôle sur ses colonies outre-Atlantique. C'est plus précisément la querelle fiscale qui va être le facteur déclencheur, la Grande-Bretagne souhaitant reconstituer son trésor royal après la conquête de l'empire colonial français en Amérique du Nord au terme de la Guerre de Sept ans<sup>15</sup>. En pratique, la controverse naîtra du *Stamp Act* de 1765 qui souhaitait imposer une taxe dans ce but, mais que les colonies rejetèrent massivement, arguant qu'elles n'y avaient pas consenti. Malgré l'abrogation rapide de la loi, l'incident attisa les inquiétudes des colons au sujet des intentions du Parlement britannique.

---

<sup>13</sup> Sur l'importance des aspects religieux et commerciaux dans la formation de la culture juridique américaine, v. Andrew McLaughlin, *The Foundations of American Constitutionalism*, NY, NY University Press, 1932, plus particulièrement pp. 3 – 29 sur l'aspect religieux, et pp. 31 – 61 pour l'aspect économique.

<sup>14</sup> Samuel Beer porte l'accent sur l'évolution des idées en soulignant que « Lorsque les Américains firent leur choix audacieux, les fondements intellectuels des conceptions classiques et médiévales sur le gouvernement avaient été irrémédiablement amendées par de nouvelles visions de Dieu, de l'Homme, et de la nature », *To Make a Nation: The Rediscovery of America Federalism*, Cambridge, Harvard University Press, 1993, p. 139. Comme le relevait aussi Clinton Rossiter, « Finalement, tous ces facteurs ont joué pour donner de nouvelles forces et un nouveau contenu à l'héritage anglais du droit, de la liberté et du *self-government* », *Seedtime of the Republic*, *op. cit.*, p. 10. V. enfin et dans le même sens Bernard Bailyn, *The Ideological Origins*, *op. cit.*, pp. 19 – 20.

<sup>15</sup> La Louisiane, dont l'Espagne prendra le contrôle, sera restituée à la France par la suite puis vendue par Napoléon en 1803 aux États-Unis, marquant l'échec définitif de la colonisation française en Amérique du Nord.

Dans ce conflit, c'est le principe de la représentation qui fut l'objet premier de la controverse, autour du célèbre principe « pas d'impôt sans représentation » (*No taxation without representation*)<sup>16</sup>. Pour Londres, le Parlement avait le pouvoir de lever de telles taxes car, dans la tradition anglaise, les colonies y étaient représentées, même virtuellement. Une telle vision ne pouvait contenter les Américains pour qui ces raisonnements constituaient plus une vue théorique qu'une réalité juridiquement fondée. Ici se retrouve l'influence des diverses origines de la colonisation. Corollaire de l'affirmation de la liberté, il s'agissait du caractère volontaire, du caractère contractuel de ces initiatives. Les pratiques délibératives locales, les théories puritaines, et la nature corporative des compagnies s'occupant de la colonisation avaient eu pour effet d'habituer la théorie juridique américaine à l'idée que l'organisation politique possédait un aspect contractuel. Or, si le consentement exprès des individus est requis, alors qu'advient-il de la représentation à l'anglaise, puisque consentement et représentation sont liés ? Les Américains sont rapidement arrivés à soutenir le principe que pour qu'une représentation soit bonne et afin d'éviter les abus de pouvoir, encore fallait-il qu'elle soit explicite, concrète, et réelle. Ce faisant, le pas à franchir pour considérer les représentants comme des agents des électeurs, c'est-à-dire des intérêts individuels, et non plus comme des individus désintéressés recherchant le bien public au nom du peuple, s'est sensiblement réduit.

Ces doutes furent nourris par l'affermissement des droits naturels<sup>17</sup>. Il s'agit là de l'aspect le plus visible de la déclaration du 4 juillet 1776, qui affirme le droit pour tous les hommes à « la vie, la liberté et la recherche du bonheur ». C'est l'application de la théorie des droits naturels, et plus précisément l'influence directe de John Locke<sup>18</sup>. Partant de là, le type de contrat social en Amérique prend une forme particulière, puisque le respect des droits de l'individu tend à devenir la pierre angulaire du système. Clinton Rossiter pouvait résumer cette originalité en soulignant que « Quand les théoriciens révolutionnaires parlaient du 'contrat social', ils évoquaient un accord pour former le gouvernement, pas la société »<sup>19</sup>. De cela ressort l'idée que le bonheur de l'homme est avant tout une quête personnelle et

---

<sup>16</sup> V. Bernard Bailyn, *The Ideological Origins*, op. cit., pp. 161 – 175.

<sup>17</sup> *Ibid.*, pp. 175 et s.

<sup>18</sup> Pour Andrew McLaughlin, « Avant que le gouvernement soit institué, les hommes vivaient dans un état d'égalité ; après que le gouvernement est institué, ils ont renoncé à leur égalité et se sont soumis à une instance supérieure ; mais cette instance doit agir pour le bien collectif. C'est en synthèse et en substance la philosophie de Locke et de la Déclaration d'indépendance », *A Constitutional History of the United States*, NY, Appleton – Century Company, 1935, p. 104.

<sup>19</sup> Clinton Rossiter, *Seedtime of the Republic*, op. cit., p. 405.

individuelle<sup>20</sup>. Le gouvernement constitué, s'il est considéré comme nécessaire, n'en doit pas moins être strictement borné par le respect des droits de chacun. Dans la mesure où ces droits sont premiers, le pouvoir devient alors l'objet de suspicion, et le sens de la Constitution a aussi commencé à changer. Elle devint non plus, selon James Madison, une charte de la liberté octroyée par le pouvoir, mais une charte octroyée par la liberté pour définir et limiter le pouvoir<sup>21</sup>. L'idée principale est qu'on peut consentir à se soumettre au pouvoir, mais encore faut-il qu'il y ait un consentement préalable de la part des individus, et qu'il soit limité et contrôlé.

Il s'agit là d'un ensemble d'évolutions importantes par rapport aux traditions anglaises, dont il faut évaluer la portée.

## 2) Portée pour la conception de l'intérêt public

Comment interpréter la Révolution américaine par rapport à la science politique du XVIII<sup>e</sup> siècle ? Deux points de vue peuvent être soutenus. Le premier consiste à retenir qu'elle est modérée puisqu'elle se base sur le droit anglais pour limiter le pouvoir, c'est-à-dire qu'elle réinterprète ce droit pour arriver à cette fin. D'ailleurs, beaucoup d'auteurs Américains soutinrent alors que c'est la pratique anglaise du XVIII<sup>e</sup> siècle qui avait miné les grands principes posés par la Glorieuse révolution, et que les colonies n'avaient pas pour autre but que de réaffirmer cette tradition *whig*<sup>22</sup>. D'un autre côté, il semble que les développements précédemment exposés démontrent une inadéquation, au moins encore latente en 1776, entre les doctrines traditionnelles et les conceptions américaines. En effet, en fusionnant les thèmes de la représentation, du consentement et de la nature des constitutions, c'est la question ultime du titulaire de la souveraineté qui était posée<sup>23</sup>.

Pour avancer dans la recherche, il est essentiel de s'interroger sur les conséquences de ces événements à propos de la réalisation du bien public. Compte tenu de l'affirmation

---

<sup>20</sup> C'est l'idée qui se retrouve en filigrane de la Déclaration d'indépendance de 1776. La France se place dans un cadre différent, marqué par une recherche plus collective du bonheur.

<sup>21</sup> Cité par Bernard Bailyn, *The Ideological Origins, op. cit.*, p. 55.

<sup>22</sup> Au niveau théorique, de nombreux auteurs anglais avaient déjà synthétisé les limites du système britannique. Sans pouvoir revenir sur cette histoire, il faut citer John Milton ou James Harrington. En détails, v. Clinton Rossiter, *Seedtime of the Republic, op. cit.*

<sup>23</sup> Pour Bernard Bailyn, c'était poser la « question de la nature et du lieu du pouvoir ultime dans l'État », *The Ideological Origins, op. cit.*, p. 198. Pour Denis Lacorne, le principe fondamental que les Américains ont découvert « est sans doute l'origine populaire du pouvoir », *L'invention de la République, le modèle américain*, Hachette, 1991, p. 68.

croissante des fondements populaires de la représentation et de la souveraineté<sup>24</sup>, deux problématiques liées se posent. D'une part, que devient l'idée de vertu et de désintéressement dans la gestion de la chose publique et, d'autre part, peut-on toujours croire en des représentants et en un gouvernement censés atteindre un bien public aux traits transcendants ? En pratique, les théories de 1776 n'ont au départ pas été vues comme incompatibles avec la quête traditionnelle de l'intérêt public, c'est-à-dire qu'il semblait toujours possible de le réaliser en « menant » la société vers ce but. Gordon Wood explique cette idée par le fait que « Liberté individuelle et bien public se concilient aisément à l'époque, parce que la liberté principale pour l'idéologie whig, c'est la liberté publique ou politique. En 1776, la solution aux problèmes de la politique américaine semble moins résider dans la pleine affirmation des droits particuliers des individus, face à la volonté générale, que dans celle des droits publics de l'ensemble du peuple, face aux intérêts supposés privilégiés de ses gouvernants »<sup>25</sup>. Dit autrement, on considère que l'obéissance au gouvernement est nécessaire car ce dernier exprime la volonté populaire : libertés individuelles et gouvernement ne sont pas incompatibles. Ce dernier, débarrassé des pesanteurs de la représentation virtuelle, paraît même être l'agent de réalisation des volontés populaires en ce qu'il les représente directement. Ces idées se sont matérialisées par une mise en place particulière de la séparation des pouvoirs dans les Constitutions des États fédérés nouvellement indépendants, au terme de laquelle les assemblées législatives avaient une place prédominante par rapport à la branche exécutive.

Il n'y avait donc pas en 1776 de suspicion généralisée quant aux actes des gouvernants, car on pensait encore que la recherche traditionnelle du bien public au-delà d'un simple compromis entre intérêts privés était possible et surtout nécessaire<sup>26</sup>. Il était pour cela indispensable de sacrifier l'intérêt particulier au bien de la communauté, c'est-à-dire que la vertu restait la clé du système dans la tradition républicaine issue du *whiggisme*. La volonté traditionnelle de lutter contre les abus des gouvernants n'empêchait pas de rester dans un système compatible avec la tradition classique de prédominance de mécanismes d'harmonisation artificielle des volontés.

---

<sup>24</sup> Tocqueville relevait à ce propos que « lorsqu'on veut parler des lois politiques des États-Unis, c'est toujours par le dogme de la souveraineté du peuple qu'il faut commencer », *De la démocratie en Amérique*, 1835 ; réédition avec une préf. de F. Furet, Garnier-Flammarion, vol. 1, 1981, p. 117.

<sup>25</sup> Gordon Wood, *La création de la République américaine*, *op. cit.*, p. 96.

<sup>26</sup> Mais Gordon Wood note que, même en 1776, certains auteurs percevaient déjà « le conflit essentiel entre la liberté individuelle et la théorie républicaine traditionnelle », *ibid.*, p. 99.

C'est la pratique postérieure à la Révolution américaine qui accentuera les déséquilibres et constituera un pas décisif, ouvrant la voie au système de 1787. L'expérience de 1776 n'est pas celle de 1787.

## §2. La rupture de 1787

Il est impossible de comprendre le modèle américain mis en place par la Constitution de 1787 sans resituer au préalable le cadre historique dans lequel il est venu s'insérer<sup>27</sup>. À ce titre, analyser la rupture de 1776 et ses conséquences est important, car il serait erroné de penser que la Constitution de 1787 marque une pure continuité par rapport à la Déclaration d'indépendance, continuité qui serait caractérisée par l'application au niveau fédéral des principes appliqués précédemment au niveau fédéré. Au contraire, l'expérience de la décennie séparant ces deux documents fondamentaux va être l'occasion de mûrir et de mettre en place les bases d'un système nouveau. C'est à partir d'une réinterprétation de la dialectique entre le bien public et les intérêts privés telle qu'issue de la représentation populaire (A) que des solutions innovantes vont être conçues, avec la limitation du pouvoir comme vertu cardinale (B).

### A. La recherche du bien public après 1776

Compte tenu d'une problématique qui avait évolué depuis 1776 (1), les Pères fondateurs, et en premier lieu Madison<sup>28</sup>, ont repensé les dilemmes traditionnels de leur temps en rompant avec les théories anciennes (2).

#### 1) Une problématique renouvelée

Si les Américains ont d'abord été confrontés en 1776 à la question de la protection des citoyens contre les abus des gouvernants, l'expérience va rapidement démontrer que ce risque, s'il est réel, n'est pas le seul. Le point de départ de la réflexion est constitué par la Lettre X du

---

<sup>27</sup> Il faut mentionner l'importance des raisons fédérales dans la tenue de la convention de Philadelphie, puisque la Confédération créée pour faire face à la guerre avec la Grande-Bretagne a été incapable d'assurer un minimum d'organisation, étant dépourvue des moyens de contraindre les différents États.

<sup>28</sup> Secrétaire de la Convention de Philadelphie, auteur avec Alexander Hamilton et John Jay des *Federalist Papers*. Il est considéré comme un des inspirateurs principaux, voire l'inspirateur principal, du texte de 1787. L'étude se focalisera donc en grande partie sur ses écrits.

Fédéraliste<sup>29</sup>, dans laquelle Madison traite des factions, de leur nature, et de la façon de les limiter. Il les définit comme « un certain nombre de citoyens formant la majorité ou la minorité, unis et dirigés par un sentiment commun de passion ou d'intérêt, contraire aux droits des autres citoyens ou aux intérêts permanents et généraux de la communauté »<sup>30</sup>. Étant donné cet état de diversité inhérent aux sociétés et donc à la nature humaine, la question traditionnelle qui est posée est celle de savoir comment est-il malgré tout possible d'atteindre l'intérêt collectif de la société ?

Dans le prolongement de ce qui a été dit précédemment à son sujet, la science politique enseignait traditionnellement au XVIII<sup>e</sup> siècle qu'il était possible et surtout indispensable de combattre ces factions afin de préserver le bien public. Pour les auteurs de l'époque, sous fond de vertu et de désintéressement, la solution consistait à harmoniser les intérêts pour garantir la paix civile, et c'est pourquoi il s'agissait d'incorporer les forces sociales de la société dans le gouvernement dans le cadre de sociétés assez homogènes<sup>31</sup>. En cela, le gouvernement mixte anglais était la référence. Derrière cette volonté d'harmonisation se trouvait l'idée que le bien public s'imposait aux intérêts individuels pour le bien de la société, puisqu'il y avait une communauté d'intérêts entre le peuple et ses représentants. Si, en 1776, cette vision semblait toujours valable, les caractéristiques développées précédemment montrent que ces conceptions étaient tout de même ébranlées outre-Atlantique.

C'est l'incompatibilité croissante entre l'affirmation de la souveraineté et de la représentation populaires, d'une part, et les idées classiques en ces matières, d'autre part, qui va être la source d'une rupture plus profonde avec la tradition anglaise mais aussi républicaine. Ainsi, les doutes initiaux sur la représentation issus de la Révolution sont allés grandissants lorsque les citoyens ont considéré que les assemblées législatives, censées symboliser leurs intérêts, étaient susceptibles des mêmes critiques que celles issues de la controverse sur la représentation virtuelle anglaise. Ce n'était non pas le bien public qui ressortait des délibérations, mais au contraire la promotion des intérêts particuliers des plus forts ou des mieux organisés, sapant les croyances de 1776<sup>32</sup>. L'idée que des personnes, même

---

<sup>29</sup> Alexander Hamilton, John Jay et James Madison, *Le Fédéraliste* (trad. G. Jèze, préf. A. Tunc ; l'ouvrage en anglais date de 1788), Economica, Nouvelle éd. 1988.

<sup>30</sup> *Ibid.*, pp. 67 – 68.

<sup>31</sup> Les antifédéralistes, opposés au projet de Constitution fédérale, invoqueront justement ces arguments traditionnels. Sur ces théories, v. Murray Dry (dir.), *The Anti-Federalist: An Abridgment of the Complete Anti-Federalist* (with Commentary and Notes by Herbert J. Storing), Chicago, University of Chicago Press, 1985.

<sup>32</sup> Par ailleurs, les Américains se sont aussi rendu compte que la promotion active du bien public comme ils l'entendaient en 1776 nécessitait des ressources financières importantes. Or, dans la tradition libérale lockéenne,

élues, pouvaient du fait de leur fonction fixer un cadre d'action à la société, en son nom et pour son profit, commença à être sévèrement rejetée. C'était affirmer que la recherche traditionnelle du bien public sous une forme transcendante était finalement une quête hypothétique, presque mystique. Le gouvernement n'était plus considéré de sa simple existence comme le vecteur de la promotion de l'intérêt de la collectivité.

Le problème dans les années 1780 a donc consisté à penser un nouveau système pour réaliser le bien public, compte tenu de l'impossibilité de limiter des intérêts privés inhérents à une société américaine mettant l'accent sur la souveraineté et la représentation populaires<sup>33</sup>. L'évolution entre 1776 et 1787 démontre que la Constitution fédérale s'inscrit dans des circonstances particulières, qui amènent ses auteurs à élaborer un modèle tranchant cette fois directement avec la science politique de l'époque.

## 2) Une solution renouvelée

Pour résoudre la problématique du bien public étant donné les effets des factions, Madison commence par se demander s'il ne serait pas possible de tout simplement les supprimer. Cette solution préventive, qui tend à effacer la cause du problème, est toutefois inconcevable pour la simple raison que cela supposerait à ses yeux ou bien la destruction de la liberté, ou bien la transformation de la nature humaine<sup>34</sup>.

Puisqu'il n'est possible ni de supprimer les factions, ni surtout de croire simplement en leur harmonisation ou en la vertu du peuple, alors la recherche du bien public doit se baser sur le contrôle de leurs effets. De là procède la particularité d'un système dans lequel « les Américains ont fait de l'intérêt personnel le moteur du gouvernement moderne »<sup>35</sup>. Puisque les droits individuels sont vitaux, le seul moyen va être de composer avec les factions. La clé

---

le droit de propriété avait une vertu cardinale et s'opposait à une fiscalité trop importante. Sur ces aspects fiscaux, v. *infra*, pp. 388 et s.

<sup>33</sup> Pour Tocqueville, « il est évident que les opinions, les préjugés, les intérêts, et même les passions du peuple ne peuvent trouver d'obstacles durables qui les empêchent de se produire dans la direction journalière de la société », *De la démocratie en Amérique, op. cit.*, p. 255. Comme le dit par ailleurs Philippe Raynaud, « Tout en retenant contre les démocraties du passé l'essentiel des accusations qu'on leur adresse depuis Platon, *Le Fédéraliste* refuse toute solution aristocratique ou monarchique du problème politique : la République américaine doit avoir une base *populaire*. Mais ce projet est lui-même sous-tendu par une valorisation nouvelle de l'ethos propre à une République commerçante, qui s'appuie sur cette base naturelle qu'est la diversité des facultés et des intérêts pour multiplier et enrichir les relations entre les hommes », in *Dictionnaire de philosophie politique, op. cit.*, pp. 661 – 669, ici p. 666.

<sup>34</sup> Il notait que « la liberté est à la faction ce que l'air est au feu », *Le Fédéraliste, op. cit.*, p. 68 ; et que « c'est dans la nature humaine qu'il faut chercher les germes cachés des factions », p. 69. « La source des factions la plus commune et la plus durable, a toujours été l'inégale distribution de la richesse », même page.

<sup>35</sup> Élisabeth Zoller, *Introduction au droit public*, Précis Dalloz, 2006, p. 129.

théorisée par Madison consiste non pas à limiter les intérêts privés au nom du bien public, mais surtout à en neutraliser les effets pervers. Il va par conséquent inventer « un système qui supprime la nécessité de la vertu parce qu'il prive les intérêts personnels et égoïstes de la possibilité de parvenir à leurs fins »<sup>36</sup>. Gordon Wood résume ce point lorsqu'il dit que « Seul un certain agencement des institutions du gouvernement pouvait régir un peuple sans vertu. En effet, si l'on ne peut racheter les âmes des hommes, alors il faut adapter leurs gouvernements à leur nature pécheresse »<sup>37</sup>. Comme le dit aussi Philippe Raynaud, dans le modèle américain de 1787, « le problème est moins d'organiser un compromis entre des forces constituées que de créer une situation dynamique dont le principal effet doit être de protéger la liberté des individus »<sup>38</sup>. La Constitution devient alors « un instrument politique destiné à contrôler les forces sociales que la Révolution avait libérées »<sup>39</sup>.

Le bien public ne va dès lors plus tellement être réalisé en limitant et en dépassant les intérêts individuels par la voie d'une discussion entre représentants éclairés et désintéressés, même si ce remède reste présent dans l'esprit de Madison<sup>40</sup>. Il va l'être surtout parce que, au départ, lesdits intérêts vont être multiples et vont ce faisant protéger eux-mêmes ce bien<sup>41</sup>. C'est encore Madison qui a le mieux résumé ce point cardinal du nouveau système américain, soulignant la nécessité que « les intérêts privés de chaque individu soient une sentinelle pour les droits publics »<sup>42</sup>. De là va naître un système dans lequel si c'est toujours le bien public qui est recherché comme dans toute République, cela va se faire à partir de convictions moins optimistes de la nature humaine. On croit toujours à sa réalisation, mais à

---

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 137.

<sup>37</sup> Gordon Wood, *La création de la République américaine*, *op. cit.*, p. 495.

<sup>38</sup> Philippe Raynaud in *Dictionnaire de philosophie politique*, *op. cit.*, p. 667. C'est là une des différences fondamentales avec l'expérience de la Révolution française, où seront notamment supprimés les ordres et les privilèges pour établir une égalité entre citoyens. Pour une comparaison entre les deux révolutions, v. Philippe Raynaud, *Révolution française et révolution américaine*, in F. Furet (dir.), *L'héritage de la Révolution française*, Hachette, 1989, pp. 35 – 55.

<sup>39</sup> Gordon Wood, *La création de la République américaine*, *op. cit.*, p. 548.

<sup>40</sup> C'est en effet un des deux remèdes qu'il envisage. Le système conçu par Madison ne l'empêche donc pas de croire, *in fine*, aux vertus de la représentation, puisqu'il reconnaît une importance cardinale à la clairvoyance des représentants dans la quête du bien public. Ceci démontre qu'il paraît périlleux de regarder la Constitution de 1787 comme le résultat, pour dire simplement, d'un triomphe libéral, pour ne pas dire d'un triomphe du libéralisme économique. Comme l'a démontré Richard Sinopoli, l'histoire américaine des origines constitutionnelles n'implique pas un rejet du républicanisme à la base de la vertu civique. V., de l'auteur, *The Foundations of American Citizenship. Liberalism, the Constitution, and Civic Virtue*, Oxford, Oxford University Press, 1992. Sur cette question, v. *infra*, pp. 179 et s.

<sup>41</sup> Madison avance à ce titre l'idée que droits civils et religieux doivent être défendus de la même façon : « le moyen, c'est la multiplicité des intérêts dans un cas, et dans l'autre la multiplicité des sectes », Alexander Hamilton, John Jay et James Madison, Lettre LI, *Le Fédéraliste*, *op. cit.*, p. 433. « La nation elle-même sera divisée en un si grand nombre de parties, d'intérêts et de classes de citoyens, que les droits des individus ou de la minorité seront peu menacés par les combinaisons intéressées de la majorité », même page.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 431.

travers une vision pragmatique, car le gouvernement n'est plus considéré comme l'instance première susceptible d'en déterminer un contenu s'imposant naturellement à la diversité sociale. Il faut de ce fait « éviter que les intérêts sociaux variés ne s'incorporent trop durablement dans le gouvernement »<sup>43</sup>.

En synthèse, la recherche de 1787 n'a plus la prétention comme en 1776 de croire simplement dans des mécanismes d'harmonisation artificielle des volontés. L'important est de contrôler l'expression des multiples factions pour garantir absolument les libertés individuelles contre un pouvoir toujours oppresseur, qu'il provienne des gouvernants ou d'une partie de la société. Il reste à déterminer quels ont été les moyens mis en œuvre à cet effet.

## B. Les moyens mis en œuvre

Le respect des droits individuels, pierre angulaire du modèle américain, implique de protéger la société non seulement contre les gouvernants, mais également contre la poursuite au nom du bien public de certains intérêts privés au détriment d'autres. Pour ce faire, c'est-à-dire pour éviter la domination des factions, il va s'agir, en premier lieu, de diviser les pouvoirs de manière renouvelée<sup>44</sup> (1). En second lieu, il va être fait en sorte que, si ces factions se forment, elles soient rendues le plus inoffensif possible, et le principe fédéral vient ici en renfort (2).

### 1) La nouvelle théorie américaine de la séparation des pouvoirs

Comme il a déjà été dit, cette théorie ne date pas de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle ou de sa conceptualisation dans les écrits de Montesquieu<sup>45</sup>. Sans entrer dans un débat maintenant

---

<sup>43</sup> Gordon Wood, *La création de la République américaine*, op. cit., p. 695. C'est l'idée de « désincorporation » : « Le pouvoir du peuple en dehors du gouvernement demeurerait absolu et sans entraves ; celui de ses divers délégués dans le gouvernement ne pourrait jamais l'être », p. 452. Pour Émile Boutmy, « Si les constitutions et les lois ont partout et constamment tendu à rendre élective quelque fonction que ce soit et à raccourcir les termes des mandats, c'est sans doute pour se conformer au principe de la souveraineté populaire, mais c'est tout autant pour multiplier les parties qu'engagent entre eux les groupes politiques, renouveler perpétuellement les enjeux et raviver les émotions de la lutte », *Éléments d'une psychologie politique du peuple américain*, op. cit., p. 144.

<sup>44</sup> Pour Élisabeth Zoller, « Aucune idée n'est plus importante pour comprendre le modèle républicain américain que celle de pouvoir limité », *Introduction au droit public*, op. cit., p. 147. Pour Émile Boutmy, « nulle part n'a-t-on pris plus de peine pour détruire l'unité et l'effet de masse du pouvoir. On l'a sectionné selon tous les plans possibles ; on l'a morcelé en fragments d'une cassure nette, qui ne gardent entre eux qu'un petit nombre de points de contact ; on a organisé délibérément l'incohérence et l'anarchie au sein de l'autorité », *Éléments d'une psychologie politique du peuple américain*, op. cit., p. 160.

<sup>45</sup> D'ailleurs, il faut souligner que Montesquieu ne prononce pas le terme de « séparation ». Dès lors, derrière la séparation des pouvoirs, il faut surtout entendre comme l'écrivent Michel de Villiers et Armel Le Divellec une

ancien, il a été tiré deux grandes idées de son œuvre<sup>46</sup>. La première et la plus connue part de la constatation qu'il est le premier à avoir clairement posé qu'il existait trois fonctions dans l'État, trois « puissances » : celle de légiférer, celle d'exécuter, et celle de juger et, ce faisant, qu'il était fondamental pour garantir les libertés contre les atteintes du pouvoir qu'elles soient séparées et réparties entre plusieurs mains. Est ici posé le principe d'une séparation fonctionnelle des pouvoirs. Mais il lui est aussi attribué une seconde théorie, celle des freins et contrepoids (*checks and balances*), qui enseigne en substance que le pouvoir politique doit être réparti entre diverses instances, de telle sorte que chaque organe soit empêché par les autres d'abuser de son pouvoir. Cette seconde branche visée découle en fait d'une interprétation extensive par les Américains des conceptions du Baron de la Brède. Pour le comprendre suite aux échecs après 1776 (a), il faut revenir aux buts recherchés par les Constituants de 1787 (b).

#### (a) Retour sur la théorie classique

La question essentielle au tournant de l'indépendance était de se garantir contre les abus des gouvernants, si bien que c'est la séparation fonctionnelle qui a été appliquée. Si les pouvoirs ont effectivement été divisés dans les différentes constitutions des États fédérés mises en place après la cette date, deux points doivent être soulignés. D'une part, ces dernières faisaient toutes la part belle au pouvoir législatif, ce qui était au demeurant logique étant donné les traits populaires de cette Révolution. D'autre part, il s'agissait encore de croire en un bien public susceptible d'être imposé aux intérêts privés par un gouvernement aux assises populaires. Or, les faits postérieurs à 1776 seront l'occasion aux yeux des Fédéralistes de démontrer les dangers de ces théories<sup>47</sup>. Ils ont remarqué que le pouvoir, qu'il soit exercé par un seul homme ou par une assemblée au nom du peuple, était potentiellement sujet aux mêmes risques. La pratique leur a prouvé que certains intérêts particuliers avaient été promus au sein des assemblées au nom du bien public, tant est si bien qu'est rapidement apparue la nécessité de limiter le pouvoir législatif, comme il était indispensable auparavant de limiter le pouvoir exécutif. Les années 1780 ont par conséquent marqué aux yeux des Américains la nécessité de repenser la séparation des pouvoirs afin de réellement garantir le respect des

---

« expression traditionnelle dans le droit constitutionnel occidental pour désigner les enseignements dégagés de l'ouvrage de Montesquieu, 'De l'Esprit des Lois' », in *Dictionnaire du droit constitutionnel*, op. cit., pp. 220 – 223, ici p. 220.

<sup>46</sup> V. Marc Lahmer in *Dictionnaire de culture juridique*, op. cit., pp. 1406 – 1411.

<sup>47</sup> V. *supra*, pp. 167 – 168.

droits individuels. Si, précédemment, il fallait combiner « un certain attachement démocratique au pouvoir de la majorité avec le souci de limiter ce pouvoir »<sup>48</sup>, dorénavant, c'est le second point qui prenait le pas sur le premier.

Si le principe de la séparation du pouvoir a continué à être considéré comme cardinal dans l'organisation constitutionnelle, une nouvelle théorisation a vu le jour. Il ne s'agissait plus tellement de confier les fonctions gouvernementales à des organes distincts, il fallait trouver « autre chose », de telle manière que les abus seraient évités, quel qu'en soit l'auteur. La théorie fonctionnelle a été adaptée aux nécessités américaines, et c'est ce qu'explique Madison dans le *Fédéraliste*.

#### (b) Une séparation renforcée

Il s'est agi en 1787 de faire de la séparation des pouvoirs non seulement une garantie contre les gouvernants, mais aussi contre une éventuelle tyrannie d'une partie de la société sur l'ensemble de celle-ci. Il fallait non pas croire en un ordre naturel et harmonieux, mais créer une répartition des fonctions entre différentes mains pour limiter au maximum les abus<sup>49</sup>. En critiquant les Anti-fédéralistes qui voulaient en rester aux principes traditionnels, c'est-à-dire à une séparation fonctionnelle des pouvoirs, même améliorée, Madison et quelques autres ont souhaité adopter un système endogène, celui des *checks and balances*, selon les détails suivants.

Comme « tous les remèdes extérieurs se trouvent être impuissants, le vice doit être écarté en aménageant la structure extérieure (*sic*) du gouvernement, de telle sorte que ses diverses parties constituantes puissent, par leur rapport réciproque, servir à maintenir chacune des autres dans sa place légitime »<sup>50</sup>. Puisque c'est la rivalité des intérêts qui prévaut dans la réalité et non la vertu, le dispositif doit tendre « à diviser et à combiner les différentes fonctions, de manière que chacune soit un frein pour l'autre, et que les intérêts privés de

---

<sup>48</sup> Bernard Manin, Frontières, freins et contrepoids : la séparation des pouvoirs dans le débat constitutionnel américain de 1787, *RFSP*, vol. 44, n° 2, 1994, pp. 257 – 293, ici p. 270.

<sup>49</sup> Pour Alexander Hamilton, John Jay et James Madison, « une simple ligne de démarcation, tracée sur le papier pour fixer les limites constitutionnelles des différents départements, n'est pas une garantie suffisante contre ces usurpations qui aboutissent à une concentration tyrannique de tous les pouvoirs du gouvernement dans les mêmes mains », Lettre XXXXVIII, *Le Fédéraliste*, *op. cit.*, p. 415. Il fallait donc autre chose. Madison va s'évertuer dans les Lettres IL et L à rejeter deux solutions proposées par Thomas Jefferson, et qui consistaient à lutter contre les usurpations en faisant appel au peuple pour régler le conflit. Madison conclut sur ce point en disant que « des appels occasionnels au peuple ne seraient un moyen ni prudent ni efficace », Lettre IL, p. 422.

<sup>50</sup> Alexander Hamilton, John Jay et James Madison, Lettre LI, *Le Fédéraliste*, *op. cit.*, p. 428. Il faut souligner que la traduction semble contenir une erreur dommageable puisqu'elle fait référence à des limites « extérieures », alors qu'en anglais le texte original parle de « *interior* ». Il faut donc rectifier en conséquence.

chaque individu soient une sentinelle pour les droits publics »<sup>51</sup>. Les Pères fondateurs ont donc élaboré un équilibre entre les pouvoirs dans le but de les tempérer les uns les autres. Au final et comme le dit Élisabeth Zoller, les idées de Madison à ce sujet peuvent se résumer « à une seule : agencer la structure interne de tout gouvernement de telle sorte que ses différents organes soient contraints de se limiter à leurs attributions par le seul jeu de leurs relations mutuelles »<sup>52</sup>. Si, pour cela, la Constitution répartit les pouvoirs entre les organes, elle organise aussi des interactions entre eux pour éviter les dérives. C'est par exemple le cas avec la participation du pouvoir exécutif à la fonction législative par le droit de veto présidentiel ; à son tour, le pouvoir législatif participe à la fonction exécutive par la nécessité d'obtenir son accord pour la ratification des traités internationaux comme pour valider les nominations présidentielles aux hautes fonctions fédérales. Dans ce cadre, le pouvoir judiciaire « s'invitera » dans le jeu des freins et des contrepoids après la décision *Marbury v. Madison* en 1803 et la mise en place d'un véritable contrôle de constitutionnalité<sup>53</sup>.

La nouvelle théorisation de la séparation des pouvoirs cherche à empêcher qu'une majorité toujours dangereuse pour les droits individuels ne se forme et, si elle se forme, elle tend à la rendre la plus inoffensive et temporaire possible. Dans la même optique, le principe fédéral est adopté.

## 2) L'extension de la République

Cette extension trouve grâce aux yeux de Madison pour deux raisons qui sont liées. Il s'agit, d'une part, d'accentuer le morcellement du pouvoir en associant divisions horizontale et verticale (a) mais aussi, d'autre part, de favoriser la multiplication des intérêts susceptibles de se faire échec tout en permettant une représentation plus efficace (b).

### (a) L'appui à la séparation du pouvoir

Cette division permet de compléter la séparation horizontale, et est souvent moins connue en tant que telle. Elle est pourtant tout aussi primordiale dans la vision de Madison, puisque selon lui elle accentue la protection des droits des citoyens dans la mesure où « le

---

<sup>51</sup> *Ibid.*, pp. 430 – 431.

<sup>52</sup> Élisabeth Zoller, *Introduction au droit public, op. cit.*, p. 163.

<sup>53</sup> *Marbury v. Madison*, U.S. (1 Cranch) 137, reproduit et traduit in É. Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis* (ci-après *Grands arrêts*), PUF, coll. Droit fondamental, 2000, pp. 73 – 106.

pouvoir délégué par le peuple est tout d'abord partagé entre les deux gouvernements distincts ; et ensuite la portion assigné à chacun d'eux est subdivisée entre des départements distincts et séparés. De là résulte une double sécurité pour les droits du peuple »<sup>54</sup>. Cela renvoie à la répartition des compétences entre les différents niveaux de gouvernement dans la Constitution de 1787<sup>55</sup>.

Il faut noter que cette division est celle qui a probablement le moins résisté au temps<sup>56</sup>, dans la mesure où les domaines dans lesquels le gouvernement fédéral a été amené à légiférer ont été de plus en plus importants, quoique certains débats contemporains concernent un éventuel retour à un fédéralisme plus équilibré. En effet, certaines décisions de la Cour suprême ont cherché à tempérer les pouvoirs du Congrès en arguant de limites liées à la structure fédérale<sup>57</sup>. Bien que ces changements soient révélateurs du particularisme américain, il n'y a toutefois pas là retour aux équilibres de 1787.

(b) L'appui à la multiplication des factions et à la représentation

L'extension de la République permet également aux yeux de Madison de multiplier les intérêts et de limiter le jeu des factions. C'est ici une rupture essentielle avec les conceptions traditionnelles qui, il faut le rappeler, impliquait que la République ne pouvait être conçue que dans un petit périmètre géographique au travers d'une communauté d'intérêts entre les individus. Pour le futur président, le principe fédéral permet au contraire, pour la « cause républicaine », de porter le domaine de la République « jusqu'à une immense étendue, par une modification et une combinaison judicieuses du principe fédéral »<sup>58</sup>.

De plus, l'intérêt d'augmenter le territoire de la République permet de rendre plus effectif le principe de la représentation auquel Madison croit toujours. Plus les électeurs et les candidats seront nombreux, et plus la jeune République aura de chance d'avoir à sa tête des meneurs éclairés.

---

<sup>54</sup> Alexander Hamilton, John Jay et James Madison, Lettre LI, *Le Fédéraliste*, op. cit., p. 432.

<sup>55</sup> V. not. le X<sup>e</sup> amendement.

<sup>56</sup> Le *New Deal* du président Franklin Roosevelt à partir des années 1930 a eu en la matière des conséquences importantes.

<sup>57</sup> Le mouvement a débuté avec *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995), *Grands arrêts*, op. cit., pp. 1173 – 1189. V., aussi, *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997), *ibid.*, pp. 1271 – 1288.

<sup>58</sup> Alexander Hamilton, John Jay et James Madison, Lettre LI, *Le Fédéraliste*, op. cit., p. 432.

À ce stade apparaît l'importance aux yeux des constituants du principe de la représentation. Or, il s'agit là d'un aspect central de la tradition politique du XVIII<sup>e</sup> siècle. N'est-il pas alors étonnant de trouver cet élément dans un modèle qui, d'une manière générale, semble contrevenir au principe même du républicanisme, à savoir la recherche moniste du bien public par l'harmonisation artificielle des volontés ? Tel n'est pas le cas, car le schéma mis en place en 1787 emprunte à plusieurs théories et reste rebelle aux classifications pures. C'est pour cela qu'il était indispensable de le replacer dans le contexte de sa genèse. Ainsi, l'expérience de la colonisation et de l'indépendance a profondément marqué la culture politique américaine, l'obligeant à rompre avec les principes alors applicables en Europe. L'amour de la liberté, l'importance de la représentation populaire et de son corollaire, la souveraineté populaire, ont alimenté le feu d'un système qui a fait de l'intérêt privé sa pierre angulaire. Dans ce schéma, l'image d'un pouvoir fort qui s'exercerait sur la société afin de la mener vers le bien public était difficilement concevable. Néanmoins, il ne faut pas en tirer des conclusions trop manichéennes. Les Pères fondateurs en 1787 conservaient certains traits classiques, comme l'idée que la représentation devait favoriser la recherche de l'intérêt de la collectivité. Le modèle américain issu des deux ruptures successives de 1776 et de 1787 est en définitive particulier. C'est en l'approfondissant qu'il est possible de comprendre ses liens avec la gouvernance publique.

## Section 2) Les racines américaines de la gouvernance publique

Tout comme le libéralisme paraît intrinsèquement lié à la gouvernance, la même conclusion peut être tirée de l'étude du modèle américain de droit public tel qu'il émane de la pratique de la Constitution de 1787 (§2). L'intérêt public au cœur de cette étude, « regardé à bon droit comme la pierre angulaire de l'action publique, dont il détermine la finalité et fonde la légitimité »<sup>59</sup>, est le mieux à même d'ouvrir à cette démonstration qui utilisera une approche comparée elle-même replacée dans ses évolutions historiques (§1).

---

<sup>59</sup> EDCE, *L'intérêt général*, op. cit., p. 245.

## §1. Relecture historique et comparée de la conception américaine du bien public

Une mise en perspective préalable (A) permet de faciliter cette relecture des deux côtés de l'Atlantique (B).

### A. Mise en perspective

Les fondements des deux visions sont intrinsèquement liés à des circonstances historiques particulières des deux rives de l'Atlantique à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle (1). Il en découle que le point départ de la réflexion sur le sens à donner à l'association politique constituée est largement divergent<sup>60</sup> (2).

#### 1) Les circonstances

Compte tenu de l'homogénéité du milieu social américain, c'est-à-dire l'absence d'une classe dirigeante et de véritables classes sociales, mis à part les esclaves, deux objectifs étaient poursuivis en 1787. D'une part, pérenniser l'ordre social en encadrant strictement les potentielles dérives du pouvoir. En d'autres termes, la liberté devait borner le pouvoir. Les Américains partirent de leurs droits individuels et réfléchirent à la constitution d'un corps politique susceptible de les garantir. D'autre part, et cela provenait de l'expérience des dérives entre 1776 et 1787, il s'est avéré indispensable d'encadrer les risques de la tyrannie des gouvernants mais aussi d'une partie de la société sur celle-ci.

*A contrario*, la situation en 1789 en France se présentait autrement, car il s'agissait de sortir de l'absolutisme séculaire<sup>61</sup>. Les révolutionnaires cherchèrent avant tout à modifier profondément l'ordre social existant pour assurer non pas tellement la liberté mais l'égalité. La réflexion ne fut pas axée sur la liberté en tant que finalité, mais sur la liberté en tant que

---

<sup>60</sup> En synthèse, v. Philippe Raynaud, Révolution française et révolution américaine, *op. cit.*

<sup>61</sup> Puisque la controverse anglo-américaine est partie de la question sur la représentation, il faut commencer par ce point. La situation française aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles est foncièrement différente. Là où l'Angleterre a fait sa révolution au XVII<sup>e</sup> siècle et a reconnu la souveraineté parlementaire et les droits des individus, la monarchie française s'est de son côté développée pour devenir une monarchie dite absolue. Non pas que le roi détenait tous les pouvoirs, puisque existait aussi en France la répartition tripartite des ordres comme en Angleterre. Simplement, le monarque était considéré comme détenant seul la souveraineté. Il pouvait ainsi consulter, mais il ne devait jamais se soumettre à la volonté d'un autre corps pour prendre ses décisions. Dès lors et comme l'écrit Philippe Raynaud, la France connaît une problématique bien différente des États-Unis lors de la convocation des États généraux par Louis XVI en 1789 : « Il s'agissait de *créer* un régime représentatif, en donnant à l'assemblée issue des États généraux un statut de législateur et non plus de simple instance de consultation » (l'auteur souligne), *ibid.*, p. 39.

conséquence de l'égalité. François Furet soulignait qu'avec la Révolution, « il s'agit de reconstituer une origine 'vraie' à la nation, en donnant une date de naissance légitime à l'égalité : tout 1789 est là »<sup>62</sup>.

Le contraste entre les deux expériences est saisissant. Alors que, dans un cas, il faut garantir absolument les droits existants, dans l'autre, c'est leur mise en place qui est considérée comme primordiale. Le dilemme américain lié à la dialectique entre liberté et pouvoir est moins présent en France, ce qui fait que la peur des dérives supposées de la représentation y est beaucoup moins forte. Puisqu'il s'agit pour le Tiers-état de voir enfin le roi lui reconnaître une part de la souveraineté, les auteurs sont moins à même d'insister sur la protection des droits. Au contraire, il s'agit de reconnaître qu'il est indispensable d'affirmer dans toutes leurs forces des nouveaux droits au peuple. De ce fait, le pouvoir est venu octroyer la liberté.

Cette divergence profonde amène à réfléchir sur le sens de l'association politique créée lors des révolutions de chaque côté de l'Atlantique.

## 2) Les effets

Les circonstances précédemment décrites, en ce qu'elles fondent deux visions dissemblables de la dialectique entre l'individu et le collectif, entre la liberté et le pouvoir, ont des conséquences essentielles pour le corps politique créé. Tocqueville l'avait résumé en établissant une distinction entre l'Europe et les États-Unis dans les termes suivants : « Il y a deux états sociaux qui se conçoivent nettement : dans l'un, le peuple est assez éclairé et se trouve dans des circonstances telles qu'il peut se gouverner lui-même. Alors, la société agit sur elle-même. Dans l'autre, un pouvoir extérieur à la société agit sur elle et la force à marcher dans une certaine voie. Ces deux principes sont clairs et les conséquences s'en déduisent facilement et avec une rigueur logique. Mais il y a un troisième état social dans lequel la force est divisée, étant tout à la fois dans la société et extérieure à la société ; celui-là ne se comprend qu'avec peine en théorie, n'existe que péniblement et laborieusement en pratique. Les États-Unis ont le premier, l'Angleterre et surtout la France le troisième »<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> François Furet, *Penser la Révolution française*, Gallimard, coll. Bibliothèques des histoires, 1978, p. 15.

<sup>63</sup> Alexis de Tocqueville, *Œuvres complètes*, t. 5, vol. 1, Gallimard, 2<sup>e</sup> éd., 1957, pp. 258 – 259.

Dans une perspective similaire, Lucien Jaume oppose un libéralisme du sujet qui privilégie l'individu, à l'assujettissement de l'individu à un esprit de corps qui le discipline<sup>64</sup>. C'est à ce titre qu'il relève que « Le libéralisme français a très majoritairement adopté la seconde voie, celle d'un libéralisme par l'État, et non contre ou hors l'État »<sup>65</sup>. Cela semble logique compte tenu des circonstances de 1789. Face à l'immense tâche qui se présente à eux, la solution pour garantir l'émancipation de l'Ancien Régime passe aux yeux des révolutionnaires par la formation d'un corps politique autonome. Dès lors apparaît toute la spécificité française, qui va identifier la société civile à l'État, avec pour conséquence majeure que l'individu est davantage produit par la société représentée par l'État que l'inverse<sup>66</sup>. Les États-Unis mettent à jour une conception différente de la France<sup>67</sup>. À ce propos, François Furet relevait avec intérêt que « dans le premier cas, l'histoire a subordonné l'État à la société. Dans le second, elle livre la société à l'État »<sup>68</sup>. Le libéralisme aux États-Unis n'est pas seulement apparu comme un moyen de limiter l'État, comme un moyen de tempérer les souverainetés hiérarchiques qui s'exerçaient en Europe sur les hommes, mais encore plus directement comme le principe constitutif de la société et donc de l'État. C'est ce que Michel Foucault soulignait en affirmant que « C'est à titre de principe fondateur et légitimant de l'État que le libéralisme a été convoqué. Ce n'est pas l'État qui s'autolimite par le libéralisme, c'est l'exigence d'un libéralisme qui devient fondateur d'État »<sup>69</sup>. Par conséquent, « le libéralisme américain, ce n'est pas (...) simplement un choix économique et politique formé et formulé par les gouvernants ou dans le milieu gouvernemental. Le libéralisme, en

---

<sup>64</sup> Lucien Jaume, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Fayard, 1997, p. 11. V. aussi, sur la spécificité française, *Échec au libéralisme, les Jacobins et l'État*, éd. Kimé, coll. Histoire des idées, théorie politique et recherches en sciences sociales, 1990.

<sup>65</sup> Lucien Jaume, *L'individu effacé*, *op. cit.*, p. 11. De la même façon, Pierre Rosanvallon retient que, « Dans le cas de la France, le marché est donc en grande partie un produit de l'État. Ce mouvement ne se retrouve guère qu'en Espagne », *Le capitalisme utopique, histoire de l'idée de marché*, Le Seuil, coll. Points Essais, 1999, p. 121. Dans un cadre comparé, Louis Hartz notait que le libéralisme ne peut être le même des deux côtés de l'Atlantique, dans la mesure où il se présente en Europe comme une réaction à la féodalité, contrairement aux États-Unis. V. *The Liberal Tradition in America. An Interpretation of American Political Thought since the Revolution*, Harcourt, Brace, 1955.

<sup>66</sup> Sur cette question, v. Marcel Gauchet, *La condition politique*, Gallimard, coll. Tel, 2005, p. 400.

<sup>67</sup> Si l'opposition est profonde, Philippe Raynaud tempère une trop grande différenciation : « Il est sans doute vrai que, historiquement, l'égalité et la liberté sont nées dans la société anglaise puis américaine, alors que les 'révolutionnaires' français ont confié à l'État la tâche de les créer (...). Cela ne signifie pas pour autant que les rapports des deux Révolutions se laissent penser dans une opposition terme à terme entre l'intérêt et la vertu, l'ordre spontané et la volonté, le naturalisme et l'artificialisme. Ce qu'ont apporté les Français, ce n'est pas la priorité donnée à la vertu sur l'intérêt privé : c'est l'exigence d'une comparaison continue entre les 'droits de l'homme' et l'ordre social, et celle d'une domination actuelle de la volonté générale dans le corps politique, entendue comme synthèse entre le pouvoir et la liberté », *Révolution française et révolution américaine*, *op. cit.*, p. 50.

<sup>68</sup> François Furet, préf. in Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>69</sup> Michel Foucault, *Naissance de la biopolitique*, *op. cit.*, p. 223.

Amérique, c'est toute une manière d'être et de penser. C'est un type de rapport entre gouvernants et gouvernés beaucoup plus qu'une technique des gouvernants à l'égard des gouvernés »<sup>70</sup>.

La singularité américaine démontre que les principes libéraux ont très sensiblement marqué son expérience, et en particulier la croyance cardinale que tout doit partir des droits individuels et y revenir. Il en est évidemment ainsi en ce qui concerne le bien public.

## B. Les conséquences pour le bien public

Pour reprendre en l'adaptant un peu la distinction déjà énoncée<sup>71</sup>, il apparaît que les États-Unis relèvent historiquement d'une conception libérale – pluraliste de l'intérêt public (1), alors que la France valorise une vision volontariste autour d'un véritable intérêt général (2).

### 1) La conception libérale-pluraliste aux États-Unis

Cette conception, qui résulte de l'histoire américaine, mérite d'être précisée. Cela doit se faire à la fois dans une approche globale de l'expérience de 1787 (a), mais aussi postérieurement à cette date (b).

#### (a) Précisions concernant l'expérience de 1787

Des caractéristiques américaines de 1787 sur la représentation et la souveraineté mises à jour dans la précédente section émanent les fondements d'un système dans lequel il ne peut exister d'instance centrale, de référent politique susceptible d'imposer l'intérêt public au-dessus des intérêts particuliers. La marche de la société va se penser d'abord et avant tout de bas en haut, ce qu'avait déjà vu Tocqueville<sup>72</sup>. L'intérêt public tend donc à être considéré comme l'addition des intérêts individuels, ce qui caractérise une vision libérale ou utilitariste.

---

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 224.

<sup>71</sup> *V. supra*, p. 19.

<sup>72</sup> « Le peuple participe à la composition des lois par le choix des législateurs, à leur application par l'élection des agents du pouvoir exécutif ; on peut dire qu'il gouverne lui-même, tant la part laissée à l'administration est faible et restreinte, tant celle-ci se ressent de son origine populaire et obéit à la puissance dont elle émane. Le peuple règne sur le monde politique américain comme Dieu sur l'univers », *De la démocratie en Amérique*, *op. cit.*, p. 117.

Cette présentation doit cependant être précisée. En effet, une question qui s'est déjà posée doit être fouillée à ce stade, celle de savoir si, dès 1787, la recherche de l'intérêt public niait absolument un rôle politique susceptible d'harmoniser autoritairement les intérêts individuels au lieu de seulement en faciliter l'expression pluraliste ? Il ne paraît justement pas possible de le soutenir car, comme il a été dit<sup>73</sup>, aux yeux de Madison la République avait pour avantage par rapport à la démocratie de permettre le principe de la représentation. Un certain nombre d'hommes pouvaient émerger, permettant d'éclairer la population et d'éviter le jeu des factions. C'est dans ce cadre que le gouvernement fédéral était conçu comme un filtre indispensable pour éviter les dérives du peuple. Madison ne semblait pas croire que le bien public résulterait simplement du jeu antagoniste des intérêts privés. En d'autres termes, les Pères fondateurs n'excluaient visiblement pas que le modèle américain suive les traces de la démocratie électorale, et donne un rôle réel à la loi. Il est donc important de souligner que ce système ne doit pas être présenté comme purement libéral, car les Pères fondateurs n'ont pas simplement cru à l'harmonie supposée naturelle des intérêts d'Adam Smith.

Il est intéressant à ce titre d'étudier l'influence des œuvres de ce dernier sur Madison<sup>74</sup>. Certes, la nouvelle approche des factions constitue un élément décisif pour justifier l'importance du libéralisme « économique » outre-Atlantique. D'un point de vue historique, certains auteurs ont d'abord souligné les liens qui unissaient le pluralisme politique que préconisait Madison dans la Lettre X du Fédéraliste au pluralisme religieux qu'invoquait David Hume<sup>75</sup>. Les liens avec Adam Smith ont été approfondis pour démontrer que Madison, comme ce dernier, défendait l'idée que de la compétition des intérêts découlerait le bien public, qui était beaucoup mieux promu que par des hommes politiques censés être vertueux. Denis Lacorne note à ce propos que, « Comme les économistes de son temps, comme Adam Smith en particulier, Madison affirmerait l'adéquation des intérêts privés avec l'intérêt général de la société »<sup>76</sup>. Peut-on réellement conclure que Madison reconnaissait une main invisible en politique ? Est-ce que le seul jeu des intérêts des factions engendrerait l'intérêt public ? Il faut à nos yeux répondre par la négative, justement parce qu'il faisait de la représentation un vecteur important de promotion de l'intérêt public. Ainsi, pour Paul

---

<sup>73</sup> V. *supra*, pp. 174 – 175.

<sup>74</sup> D'une façon générale, v. Samuel Fleischacker, *Adam Smith's Reception Among the American Founders, 1776 – 1790*, *Wm. & Mary Q.*, vol. 59, 2002, pp. 897 – 924.

<sup>75</sup> V. Douglas Adair, *The Tenth Federalist Revisited*, *Wm. & Mary Q.*, vol. 8, 1951, pp. 48 – 67.

<sup>76</sup> Denis Lacorne, *L'invention de la République américaine*, *op. cit.*, p. 138. David Prindle soutient une même lecture, *The Invisible Hand of James Madison*, *Constit. Pol. Econ.*, vol. 15, 2004, pp. 223 – 237.

Magnette, « La démarche est résolument républicaine »<sup>77</sup>. Une preuve tangible peut être trouvée en 1837, lorsque la Cour suprême déclara que « l'objet et la fin de tout gouvernement est la promotion du bonheur et de la prospérité de la communauté qui l'a institué »<sup>78</sup>.

Dès lors, c'est une situation médiane qui paraît la plus à même de décrire l'expérience de 1787. En somme, la recherche est républicaine, tout en sachant que la seule croyance dans les bénéfices de la vertu civique traditionnelle n'est pas suffisante pour assurer la pérennité du système, et que la foi dans les vertus harmonisatrices de la loi est limitée. Les États-Unis n'ont par conséquent pas choisi en 1787 une pure conception économique de la société<sup>79</sup> ; l'influence est plurielle et mélange différents fondements<sup>80</sup>.

Comme la présentation du libéralisme historique par le prisme d'une opposition entre l'État et le marché s'était avérée peu fertile<sup>81</sup>, il n'est pas non plus pertinent d'opposer frontalement libéralisme et républicanisme en 1787 aux États-Unis. Il faut en réalité s'intéresser à certains approfondissements au XIX<sup>e</sup> siècle pour comprendre l'évolution des conceptions américaines.

#### (b) Une conception à approfondir par l'histoire postérieure

Au-delà des conflits théoriques, il est important de constater que le modèle américain de 1787 véhicule une appréhension de l'intérêt public qui tend à être libérale. C'est l'évolution au cours du XIX<sup>e</sup> siècle qui va concrétiser ces traits initiaux quant à la place faite aux intérêts privés. Plusieurs auteurs ont souligné ces faits importants, le plus connu étant Morton Horwitz. Il a démontré comment ces décennies ont profondément transformé le schéma de 1787 en un système marqué par la prédominance des intérêts économiques privés

---

<sup>77</sup> Paul Magnette, *La citoyenneté*, op. cit., p. 169.

<sup>78</sup> *Charles River Bridge v. Warren Bridge*, 36 U.S. 420 (1837), ici p. 547.

<sup>79</sup> Cette position est par exemple défendue par Richard Sinopoli, *The Foundations of American Citizenship*, op. cit.

<sup>80</sup> V. Cass Sunstein, *Interest Groups in American Law*, *Stan. L. Rev.*, vol. 38, nov. 1985, pp. 29 – 87, en synthèse p. 85. Alan Gibson, tout en reconnaissant la centralité de la tradition lockéenne, montre que la Constitution américaine peut finalement être interprétée de différentes manières, *Interpreting the Founding: Guide to the Enduring Debates over the Origins and Foundations of the American Republic*, Lawrence, University Press of Kansas, 2006. Denis Lacorne s'interroge sur le caractère de la révolution américaine : favorise-t-elle l'*homo civicus* ou l'*homo oeconomicus* ? En fait, elle marque à ses yeux à la fois le triomphe des idées économiques libérales et le retour à une certaine vertu civique : « Les révolutionnaires n'étaient ni des républicains classiques, ni des libéraux convaincus : ni des archaïques, ni des modernes. Ils étaient les deux à la fois et ils auraient été les premiers surpris si on leur avait demandé de choisir entre Harrington et Locke, Aristote et Smith. Il n'y avait pas, pour eux, de contradiction entre ces modes de pensée », *L'invention de la République américaine*, op. cit., pp. 250 – 251.

<sup>81</sup> V. *supra*, pp. 133 et s.

et l'impossibilité pour le gouvernement de leur imposer une certaine direction<sup>82</sup>. Cela vient confirmer que la conception américaine de l'intérêt public n'était pas complètement figée en 1787 dans le sens libéral. Ce sont des événements postérieurs qui vont définitivement lui donner cette coloration, elle-même favorisée par les traits initiaux. L'histoire américaine va donc faire des intérêts individuels la clé de l'intérêt public.

En abordant la conception de la représentation qui a été centrale dans la construction du modèle américain, Paul Magnette synthétise la situation actuelle en expliquant que, « Dans sa version anglo-saxonne, la représentation se comprend comme la reproduction des différences sociales, et les élus se croient investis de la mission d'agréger leurs intérêts particuliers en un compromis général »<sup>83</sup>. L'intérêt public découle par conséquent d'un compromis et, « quand le rituel gouvernemental approprié a été satisfait, les décisions qui en résultent sont réputées d'intérêt public »<sup>84</sup>. Cette citation met bien en exergue la conception formelle, c'est-à-dire procédurale, du bien public, qui n'est en rien une conception matérielle dont émanerait un intérêt général transcendant. Aux États-Unis, la situation se présente de telle sorte que, dès l'instant où tous les intérêts de la société ont pu se faire entendre, la décision qui découle de cette confrontation est considérée comme étant d'intérêt public. C'est pour cela qu'une vision très large de la liberté d'expression permet à chaque composante de la société de faire entendre sa voix<sup>85</sup>. La formule du « marché des idées » a été utilisée pour démontrer que le gouvernement ne devait pas limiter cette liberté<sup>86</sup>. C'est de l'expression, de

---

<sup>82</sup> Morton Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780 – 1860*, Cambridge, Harvard University Press, 1977. Il soutient en synthèse que, « Le droit, conçu auparavant comme protecteur, régulateur, paternaliste et, surtout, comme expression suprême du sens moral de la communauté, en était venu à être pensé comme facilitant les désirs individuels et comme reflétant simplement l'organisation existante du pouvoir économique et politique », p. 253.

<sup>83</sup> Paul Magnette, *La citoyenneté, op. cit.*, p. 277.

<sup>84</sup> Arthur Miller, *The Modern Corporate State: Private Governments and the American Constitution*, Westport, Greenwood Press, 1976, p. 162. Jean Mercier retient à ce sujet qu'« aux États-Unis, l'intérêt général se manifeste plus par le respect d'une série de procédures que par l'expression d'un contenu », *L'administration publique : de l'école classique au nouveau management public*, Québec, Les Presses Universitaires de Laval, 2002, p. 161.

<sup>85</sup> Premier amendement, Constitution des États-Unis d'Amérique : « Le Congrès ne fera aucune loi qui touche l'établissement ou interdise le libre exercice d'une religion, ni qui restreigne la liberté de la parole ou de la presse, ou le droit qu'a le peuple de s'assembler paisiblement et d'adresser des pétitions au gouvernement pour la réparation des torts dont il a à se plaindre ». Sur le sujet, v. É. Zoller, *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008.

<sup>86</sup> V. l'opinion dissidente du juge Holmes dans *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919). Bien que cette expression lui soit attribuée, il est intéressant de noter qu'il ne l'utilise pas. La Cour suprême y fit directement référence plus tard, dans sa décision *Keyishian v. Board of Regents*, 385 U.S. 589 (1967), pp. 605 – 606. Sur l'importance de la liberté d'expression, au sujet de laquelle il utilise le mot de « conversation », v. Stephen Breyer, *Pour une démocratie active*, Odile Jacob, 2007, pp. 67 et s. Dans sa présentation, Antoine Garapon note que « Le modèle de la conversation s'oppose à la représentation du droit comme volonté souveraine et définitive qui sous-tend le positivisme français », p. 19.

la discussion, et donc de la compétition de tous les points de vue et de tous les intérêts que pourra sortir la meilleure solution, ou pourrait-on même dire la moins mauvaise, celle qui se rapproche du bien collectif. C'est dans ce cadre qu'il faut comprendre la place formidable qu'ont pris les *lobbies* aux États-Unis dans l'élaboration des lois<sup>87</sup>.

Cette conception du bien public, qu'il ne faut pas prendre comme définitivement arrêtée en 1787, sert de toile de fond à toute l'histoire américaine depuis la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. S'il convient de souligner qu'elle ne résume pas à elle toute seule l'expérience de 1787, elle ne peut pas non plus servir pour synthétiser l'histoire postérieure<sup>88</sup>. Certaines circonstances joueront parfois en faveur d'une conception plus substantielle, autrement dit d'une prise en charge plus importante de la coordination sociale par le gouvernement, et surtout par le gouvernement fédéral<sup>89</sup>. Il en a été de la sorte du *New Deal* dans les années 1930<sup>90</sup> et, dans les années 1960, du projet de « Grande Société » (*Great Society*) du président Johnson, au point que certains aient pu parler alors d'un « intérêt public transcendant »<sup>91</sup>.

Il s'agit donc, *in fine*, de ne pas prendre les modèles historiques comme des systèmes immuables. Ceux-ci évoluent au gré des nécessités. C'est ainsi que les dernières décennies ayant accompagné l'apparition des débats sur la gouvernance publique ont été marquées par un retour en arrière au profit de la conception traditionnelle du bien collectif ci-dessus esquissée<sup>92</sup>. Quoi qu'il en soit, les évolutions passées mais aussi futures doivent s'interpréter par rapport à une image de fond qui, pour les États-Unis, est foncièrement libérale et

---

<sup>87</sup> André Tunc notait que, « ce qui étonne le plus l'Européen, c'est que le lobby soit habituellement considéré aux États-Unis comme un organe utile d'un gouvernement démocratique, un moyen parfaitement normal par lequel parviennent au Congrès les divers courants politiques et économiques qui agitent la nation et la documentation qui peut le renseigner », *Les États-Unis* (préf. G. Burdeau), L.G.D.J., 3<sup>e</sup> éd., 1973, p. 168. Laurent Cohen-Tanugi relève quant à lui qu'« Au sein du modèle américain, le *lobbying* exprime le dynamisme de la société civile et sa capacité d'initiative par rapport à l'action gouvernementale », *Le droit sans l'État*, PUF, Quadrige, 2<sup>e</sup> éd., 2007, p. 203. Pour une introduction à la réglementation du lobbying aux États-Unis, v. *infra*, pp. 219 et s.

<sup>88</sup> En détails sur l'histoire du droit américain au XX<sup>e</sup>, v. Lawrence Friedman, *American Law in the 20<sup>th</sup> Century*, New Haven and London, Yale University Press, 2002.

<sup>89</sup> À propos de l'évolution des rôles respectifs de la loi et du juge, v. Grant Gilmore, *The Ages of American Law*, New Haven, Yale University Press, 1977, not. sa synthèse historique p. 15.

<sup>90</sup> Sur les conséquences du *New Deal*, v. Cass Sunstein, *Constitutionalism after the New Deal*, *Harv. L. Rev.*, vol. 101, 1987, pp. 421 – 510. V. aussi Lawrence Friedman, *American Law in the 20<sup>th</sup> Century*, *op. cit.*, pp. 151 et s. V., *infra*, note 2 pp. 204 – 205. La présidence de Theodore Roosevelt, partisan d'un pouvoir fédéral fort, capable de réglementer l'activité économique, ne doit pas non plus être négligée au tout début du XX<sup>e</sup> siècle.

<sup>91</sup> Elliot Brownlee, *Federal Taxation in America: A Short History*, Cambridge University Press, 1996, p. 155 (à propos du *New Deal*).

<sup>92</sup> Paul Verkuil résume l'histoire américaine de la manière suivante : « quelque part, notre société est revenue à la case départ. Partie d'une époque lointaine où la société civile luttait pour émerger, évoluant d'abord vers une période où l'État libéral opérait une distinction nette entre ce qui relevait de la sphère publique et de la sphère privée, puis vers une autre époque où l'État devint quasiment indispensable, aujourd'hui la plupart des choses que l'État accomplit peut être confié au secteur privé », *Public Law Limitations on Privatization of Government Functions*, *N.C. L. Rev.*, vol. 84, 2005, pp. 397 – 469, ici p. 419.

pluraliste, sorte de miroir de la diversité sociale. L'exemple français permet de prendre un peu de distance avec le modèle américain pour mieux mettre en lumière ses caractéristiques.

## 2) La conception volontariste en France comme contre-exemple

En synthèse<sup>93</sup>, là où les Américains ont considéré qu'il était difficile d'arriver à ce que les hommes agissent dans un cadre collectif avec vertu et dans l'intérêt de la société, les révolutionnaires français ont tôt affirmé qu'il fallait favoriser les intérêts communs en les différenciant des intérêts particuliers. Des deux rives de l'Atlantique a été reconnue l'existence des factions, issues des différences sociales des individus, mais leur traitement a été très différent. Dans la droite ligne des conceptions de Jean-Jacques Rousseau dont sont issues une souveraineté et une représentation non plus populaires mais nationales<sup>94</sup>, la France révolutionnaire va considérer que les factions peuvent et doivent être neutralisées en les soumettant à la volonté générale de la Nation<sup>95</sup>, qui représente la synthèse des intérêts communs des individus<sup>96</sup>, à côté des intérêts particuliers de chacun. C'est pourquoi, dans sa version française, la représentation recouvre une autre logique que son homologue anglo-saxonne, puisqu'elle « prétend dépasser les différences sociales, censées s'abolir dans l'unité de la nation »<sup>97</sup>.

---

<sup>93</sup> Puisque, d'une part, cette recherche aborde en priorité le droit américain et que, d'autre part, le cas français est plus connu, les développements qui suivent concernant la France seront volontairement plus synthétiques.

<sup>94</sup> Face à l'intransigeance de la noblesse et d'une partie du clergé de se réunir en une seule assemblée, le Tiers-état sous l'influence de Sieyès va rapidement déclarer qu'il se constitue en assemblée nationale, et non pas seulement en assemblée populaire. Sur l'importance de Sieyès, et notamment de son ouvrage *Qu'est ce que le Tiers État*, v. Jean Denis Bredin, *Sieyès : la clé de la Révolution française*, de Fallois, 1988. Pour une histoire détaillée de la souveraineté en France, v. Pierre Rosanvallon, *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Gallimard, coll. Folio, 2003. Comme le résume Bernard Groethuysen à propos du système dont s'inspire la Révolution française, « nous devons partir des deux idées qui en constituent en quelque sorte le fondement théorique : celle d'un engagement réciproque et légal des citoyens entre eux, *i.e.* le contrat social, et celle de la volonté de la nation conçue comme la loi suprême, *i.e.* la nation souveraine », *Philosophie de la révolution française*, Gallimard, coll. Bibliothèque des idées, 1956, p. 272.

<sup>95</sup> V. la contribution de Laurent Robert-Wang in *Dictionnaire de culture juridique*, *op. cit.*, pp. 1531 – 1534.

<sup>96</sup> Pour Lucien Jaume, la souveraineté de la nation chez Sieyès est « la procuration qu'elle a donné à ses représentants, pour la faire s'exprimer d'une seule voie en vue de l'intérêt général », *Unité et pluralité : la souveraineté nationale*, in F. Hamon et J. Lelièvre (dir.), *L'héritage politique de la révolution française*, Presses Universitaires de Lille, 1993, pp. 55 – 72, ici p. 60. L'auteur relève sur les factions que « Rien n'est moins étranger à l'esprit des hommes de 1789 que l'éloge de la diversité des intérêts, des états, des opinions et même des sectes religieuses auquel se livre (...) Madison », p. 57. Dès lors, « la perspective des Constituants français fut de favoriser autant que possible, par des moyens institutionnels, la cohésion de la majorité (le Tiers-état) qui devait, dans son unité, incarner l'unité de volonté politique et l'unité du territoire », même page.

<sup>97</sup> Paul Magnette, *La citoyenneté*, *op. cit.*, pp. 277 – 278.

L'idée fondamentale, en tout cas telle qu'elle a évolué jusqu'au XX<sup>e</sup> siècle en France<sup>98</sup>, est qu'il faut souvent transcender les intérêts individuels, car il existe une chose publique à défendre et à valoriser au-dessus de la multiplicité sociale<sup>99</sup>. Comme l'exprime le Conseil d'État, « pour qu'une société existe, il faut que ses membres aient en vue un intérêt commun qui soit l'intérêt général et non leurs intérêts singuliers mis en commun »<sup>100</sup>. Cette conception transforme l'intérêt public en un véritable « intérêt général », marquant le système français d'un particularisme certain<sup>101</sup>.

Néanmoins, comme pour son homologue américain, cette vision doit être interrogée et quelque peu nuancée, car il ne faut pas tomber dans un « cloisonnement forcé des conceptions »<sup>102</sup>. Ainsi la doctrine française n'a-t-elle pas manqué de souligner la nécessité de tenir compte de mutations importantes<sup>103</sup>, notamment au niveau de la jurisprudence<sup>104</sup>, si bien que Jacques Caillosse a pu relever que « Les évolutions que subit l'intérêt général depuis une trentaine d'années sont édifiantes »<sup>105</sup>. Sans nier ces réalités, cette notion conserve en France une force idéologique et pratique qui sert de fondement pour mettre en perspective ses transformations récentes<sup>106</sup>, de sorte que la différenciation historique effectuée ci-dessus conserve sa pertinence.

---

<sup>98</sup> Pour une analyse de cette évolution et de ses contradictions, v. Pierre Rosanvallon, *Le modèle politique français : la société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, Le Seuil, coll. L'Univers historique, 2004.

<sup>99</sup> Il y a de ce fait traditionnellement en France certains domaines qui ont été retirés au marché pour assurer l'unité, la cohésion et la solidarité sociales.

<sup>100</sup> EDCE, *L'intérêt général*, op. cit., p. 257.

<sup>101</sup> V. *supra*, note 79 p. 14.

<sup>102</sup> Guylain Clamour, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, coll. Nouvelle bibli. des thèses, vol. 51, 2006, spéc. p. 179.

<sup>103</sup> Jean-Marie Pontier parlant par exemple d'un « sentiment d'effacement progressif », L'intérêt général existe-t-il encore ?, *D.*, 1998, pp. 327 – 333, ici p. 327. Pour une approche critique, v. Jacques Chevallier, Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général, in CURAPP, *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, PUF, 1978, pp. 11 et s.

<sup>104</sup> V., par exemple, l'arrêt du Conseil d'État, *Ville de Sochaux*, 20 juillet 1971, Rec. p. 561. Le Conseil a pu reconnaître que l'expropriation pour permettre la déviation d'une route bénéficiant directement à une entreprise privée, Peugeot en l'espèce, pouvait rester d'utilité publique, dès lors qu'il est conforme à l'intérêt général de satisfaire à la fois les besoins de la circulation publique et les exigences du développement d'un ensemble industriel qui joue un rôle important dans l'économie régionale.

<sup>105</sup> Jacques Caillosse, Le droit administratif contre la performance publique ?, *AJDA*, n° 3, 20 mars 1999, pp. 195 – 211, ici p. 205. À ce titre, les mouvements liés à la décentralisation, à la construction européenne, ou encore à la mondialisation, travaillent en profondeur le modèle français.

<sup>106</sup> Jean-Marie Pontier parlant d'une « impossible renonciation à l'intérêt général », L'intérêt général existe-t-il encore ?, op. cit., p. 331. V. François Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, coll. Politique comparée, 1986. V. encore Guillaume Merland, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel* (préf. D. Rousseau), L.G.D.J., coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 121, 2005, à propos du rôle parfois ambigu mais réel de l'intérêt général dans le contrôle de constitutionnalité. Sur les évolutions, v. en particulier Guylain Clamour, *Intérêt général et concurrence*, op. cit., spéc. pp. 161 – 245, et en synthèse pp. 242 – 245.

À partir de ces constatations historiques et comparées concernant l'intérêt public outre-Atlantique, des liens logiques peuvent être établis avec la « bonne gouvernance » et, ce faisant, avec les débats sur la gouvernance en droit public au cœur de ce travail.

## §2. Du modèle libéral américain à la gouvernance publique

La lecture du modèle américain de droit public à partir du bien public fait apparaître une conception particulière de l'ordre social, qui doit être confrontée aux débats sur la « bonne gouvernance » (A). Cela permet de pénétrer au cœur de la gouvernance publique américaine mais aussi française (B).

### A. Du modèle américain à la « bonne gouvernance »

Pour construire à ce stade du travail des passerelles entre les États-Unis et la « bonne gouvernance », il faut d'abord mettre ce modèle en perspectives (1), puis analyser comment ce dernier est étudié et considéré par la Banque mondiale (2).

#### 1) Le modèle en perspectives

Les théories américaines sur le bien public débouchent sur une représentation particulière de l'État (a) et, de manière corrélative et plus largement, du droit public en tant que droit de la chose publique<sup>107</sup> (b), qu'il est possible de contraster avec la situation en France.

##### (a) L'État et ses missions

L'idée de souveraineté telle qu'elle s'est construite depuis Bodin a donné en Europe continentale<sup>108</sup> sa légitimité à la conception moderne de l'État comme « préposé au maintien

---

<sup>107</sup> Le Conseil d'État souligne qu' « elle imprègne tout le droit public », EDCE, *L'intérêt général*, *op. cit.*, p. 272. Cela débouche aussi et très logiquement sur une vision spécifique de la citoyenneté. Celle-ci sera abordée plus en détails *infra*, pp. 332 et s.

<sup>108</sup> Si la conception américaine de l'État s'oppose à la conception française, il est possible de compléter cette vision dans un cadre européen, notamment en comparant les conceptions française et anglaise. V. Cécile Laborde, *The Concept of the State in British and French Political Thought*, *Pol. Stud.*, vol. 48, 2000, pp. 540 – 557.

de la cohésion sociale »<sup>109</sup>. Or, les éléments qui précèdent démontrent que le modèle américain tend à rejeter de telles analyses en termes de pouvoir unitaire<sup>110</sup>, au moins au niveau interne<sup>111</sup> puisque, comme le remarque Marcel Gauchet, « L'État-nation américain est projeté vers l'extérieur ; il n'organise pas la société à l'intérieur »<sup>112</sup>. À propos des États-Unis, Harold Laski résuma cette proposition en soutenant que « la théorie moniste de l'État, le rendant souverain et donc absolu, va à l'encontre de certaines des convictions les plus profondes que nous possédons »<sup>113</sup>. Hannah Arendt disait elle aussi que « la grande, et peut-être à long terme la plus grande innovation américaine en politique, c'est la ferme abolition de la souveraineté dans le corps politique de la République, l'intuition que, dans le domaine des affaires humaines, la souveraineté et la tyrannie sont la même chose »<sup>114</sup>. Dès lors, l'État américain voit son domaine d'action limité par les droits individuels<sup>115</sup> car, comme le résume Olivier Beaud, « le corollaire de cette défense des droits de l'homme est le recul de la souveraineté de l'État qui, bornée par ces droits, devient relative dans son étendue ou dans son domaine »<sup>116</sup>. Son rôle est « de protéger la liberté des individus »<sup>117</sup>.

Dans la même optique visant à limiter la puissance d'État, le fédéralisme outre-Atlantique échappe aux jumelles européennes<sup>118</sup>. C'est d'autant plus vrai dans la mesure où, au-delà des rapports entre le gouvernement fédéral et les États fédérés, il s'exprime par l'importance des pouvoirs locaux (villes et comtés) dans des domaines très importants de la vie quotidienne : maintien de l'ordre et exécution de la loi, éducation, etc. L'action publique est donc par définition pluraliste et exercée à de nombreux niveaux inférieurs avant de l'être à

---

<sup>109</sup> Jacques Chevallier, L'État régulateur, *RFAP*, n° 111, 2004, pp. 473 – 482, p. 474.

<sup>110</sup> Olivier Beaud souligne de façon symptomatique que « la langue politique anglaise s'avère rebelle au terme de *sovereignty*, dont la connotation absolutiste est incompatible avec la tradition politique », in *Dictionnaire de philosophie politique*, *op. cit.*, p. 735.

<sup>111</sup> En droit international, le gouvernement fédéral dispose de prérogatives qu'il exerce avec vigueur.

<sup>112</sup> Marcel Gauchet, « La démocratie du privé perturbe le collectif », *Libération*, mardi 28 avril 2009, pp. 6 et s., ici p. 7.

<sup>113</sup> Harold Laski, *Studies in the Problem of Sovereignty*, New Haven, Yale University Press, 1917, p. 21.

<sup>114</sup> Hannah Arendt, *On Revolution*, NY, Viking Press, 1965, p. 152, cité par Denis Lacorne, Aux origines du fédéralisme américain : l'impossibilité de l'État, in M-F. Toinet (dir.), *L'État en Amérique*, Presses de Sciences Po, 1989, pp. 38 – 53.

<sup>115</sup> Pour les conséquences en ce qui concerne la protection des droits fondamentaux de citoyens, v. *infra*, pp. 334 et s.

<sup>116</sup> Olivier Beaud in *Dictionnaire de philosophie politique*, *op. cit.*, p. 742.

<sup>117</sup> *Ibid.*

<sup>118</sup> Olivier Beaud pouvait relever sur ce sujet la nécessité de penser la Fédération comme distincte de l'État tel que conçu en Europe autour de la souveraineté, Fédéralisme et souveraineté : notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération, *RDP*, n°1, 1998, pp. 83 – 122, not. p. 122.

un échelon supérieur<sup>119</sup>. Selon l'expression du juge Brandeis, les États fédérés jouent le rôle expérimental de « laboratoires »<sup>120</sup> pour la mise en œuvre de telle ou telle décision qui pourra ensuite être étendue à un autre niveau. Le fédéralisme est primordial pour démontrer comment les Américains ont suivi une voie encore une fois dissemblable par rapport à l'archétype historique français.

Il est de tradition aux États-Unis de considérer que le meilleur gouvernement est celui qui gouverne le moins<sup>121</sup>. C'est pour cela que la théorie de la domination liée à la puissance de l'État n'est pas applicable aux États-Unis<sup>122</sup>, où l'on préfère l'idée d'un contrôle social pour expliquer les fondements de l'obéissance et de l'obligation sociale<sup>123</sup>. Il est impossible de réfléchir sur l'État dans une société américaine « où le pouvoir est segmenté »<sup>124</sup> par les canons européens. L'État libéral américain n'est pas l'État républicain français qui peut en quelque sorte prendre en charge la société et la diriger<sup>125</sup>. Philippe Lauvaux recouvre cette dissemblance par un autre biais, en différenciant les démocraties de compromis et celles de compétition<sup>126</sup>. Il y a là une distinction intéressante qui permet de démontrer que, dans la première catégorie dont relèvent les États-Unis, aucun organe gouvernemental, qu'il soit fédéral ou fédéré, n'est en charge de la réalisation du bien public, au contraire de la seconde catégorie, dont la France est la parfaite illustration. En effet, le gouvernement dans son aspect institutionnel et tel que représenté par le Conseil des ministres est au centre de la société<sup>127</sup>.

---

<sup>119</sup> Thierry Chopin note que, « si du point de vue du critère de la souveraineté, il est aisé de montrer que l'État doit se définir par l'existence d'un pouvoir souverain affranchi de toutes formes de limitation et de division de sa puissance, néanmoins il apparaît, à rebours, que la fédération se distingue précisément de l'État, et par là même qu'elle peut faire l'économie de la souveraineté », *La République « une et divisible » : les fondements de la fédération américaine* (préf. P. Rosanvallon), Plon, 2002, pp. 22 – 23.

<sup>120</sup> Opinion dissidente dans l'affaire *New State Ice Co. V. Liebmann*, 285 U.S. 262 (1932), ici p. 311.

<sup>121</sup> Selon Georges Burdeau, le principe est que « La légende de l'homme américain lui interdit de compter sur l'État, les facilités offertes par le milieu à son énergie créatrice lui en ôtent le désir, l'individu s'habitue à vivre sans l'État », *Traité de science politique*, t. 6, *L'État libéral et les techniques politiques de la démocratie gouvernée*, L.G.D.J., 3<sup>e</sup> éd., 1987, p. 245.

<sup>122</sup> Il ne s'agit toutefois pas de soutenir que cette tradition européenne de la puissance est inconnue aux États-Unis. V. Sylvia Fries, *Staatstheorie and the New American Science of Politics*, *J. Hist. Ideas*, vol. 34, 1973, pp. 391 – 404, montrant comment, jusqu'au début du XX<sup>e</sup> siècle, ladite tradition a été valorisée outre-Atlantique. Toutefois, l'auteur précise que le particularisme historique américain ne pouvait, *in fine*, que tendre au rejet de ces théories.

<sup>123</sup> V. Gary Hamilton, *Patriarchalism in Imperial China and Western Europe: A Revision of Weber's Sociology of Domination*, *Theor. & Soc.*, vol. 13, 1984, pp. 393 – 425. En détails, v. Elisabeth Zoller, *Introduction au droit public*, *op. cit.*, pp. 141 et s.

<sup>124</sup> Laurent Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'État*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>125</sup> Denis Lacorne, *Aux origines du fédéralisme américain*, *op. cit.*, pp. 38 – 53.

<sup>126</sup> Philippe Lauvaux, *Les grandes démocraties contemporaines* (avec la collab. de J-P. Lepetit), PUF, coll. Droit fondamental, 3<sup>e</sup> éd., 2004, en synthèse p. 252.

<sup>127</sup> Ce Conseil des ministres apparaît comme le centre d'impulsion d'une « gouvernance à la française », qui met l'accent sur la nécessité de déterminer de manière unitaire les grandes orientations nationales.

En définitive, l'État américain est avant tout une instance qui doit permettre l'expression de multiples intérêts et, *in fine*, leur conciliation la meilleure possible, ce qui le place en position « d'arbitre entre des intérêts particuliers »<sup>128</sup>. C'est pour cela que les associations et les groupes privés sont primordiaux<sup>129</sup>, ce qu'avait déjà vu Tocqueville<sup>130</sup>. Ceci est particulièrement vrai des organismes religieux, et c'est pourquoi, « Aux États-Unis, la religion prospère dans la société et elle est souvent mobilisée au service d'un intérêt général auquel l'État ne doit pas, ne peut pas et ne veut pas, s'intéresser au nom du devoir de neutralité qui pèse sur chacun de ses actes »<sup>131</sup>. N'étant pas une autorité extérieure à la société, l'État américain est, pour reprendre la clé de partage vue précédemment à propos du libéralisme, bien plus proche d'une perspective empiriste que constructiviste, arbitre et non acteur du bien public.

Les conséquences des divergences sur le bien public entre les visions française et américaine ne s'arrêtent pas au rôle de l'État. Ce n'est que la manifestation la plus visible d'une opposition concernant le droit public compris comme droit de la chose publique.

#### (b) La nature du droit public

Dans le cas français, le droit public est historiquement dans les mains de l'État un droit actif au service de la promotion de l'intérêt général, autrement dit un droit marqué du sceau de la puissance, qui permet de soustraire la chose publique aux lois du marché lorsque nécessaire.

---

<sup>128</sup> Bertrand du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences Po et Dalloz, coll. Amphithéâtre, 2004, p. 34.

<sup>129</sup> Ce qui les distingue singulièrement de la situation en France. Sur cette question, v. Lester Salamon (dir.), *Global Civil Society: Dimensions of the Nonprofit Sector*, Baltimore, Johns Hopkins Comparative Nonprofit Sector project, 1999. D'une manière générale, le secteur associatif est plus développé outre-Atlantique, notamment dans des domaines qui sont considérés en France comme liés à la chose publique (santé, etc.). De plus, ce secteur est beaucoup moins financé par l'État qu'en France. Dans le même ordre d'idées, il faut encore souligner le régime fiscal largement plus favorable aux États-Unis concernant la philanthropie, même si récemment certaines évolutions sont apparues en France.

<sup>130</sup> V. *De la démocratie en Amérique*, *op. cit.*, t. 2, pp. 137 – 141. Il remarquait que, « partout où, à la tête d'une entreprise nouvelle, vous voyez en France le gouvernement et en Angleterre un grand seigneur, comptez que vous apercevrez aux États-Unis une association », p. 137.

<sup>131</sup> V. Elisabeth Zoller, La laïcité aux États-Unis ou la séparation des Églises et de l'État dans la société pluraliste, in É. Zoller (dir.), *La conception américaine de la laïcité*, *op. cit.*, pp. 3 – 32, ici p. 31. Dès lors, il est essentiel de prendre en compte l'importance de la religion aux États-Unis comme lien social. V. Sébastien Fath, Protestantisme et lien social aux États-Unis, *ASSR*, 1999, vol. 108, 1999, pp. 5 – 24. Le Président George W. Bush pendant ses deux mandats a été un fervent partisan du financement public des organisations religieuses intervenant dans le domaine social (*Faith-Based Initiatives*).

Ce trait central se matérialise de nombreuses façons concrètes, et résume une grande partie de l'histoire juridique française. La plus significative concerne la place des lois, considérées dans sa tradition légicentriste comme « le ciment de la société »<sup>132</sup>. Placées au cœur du droit public français, elles sont historiquement l'instrument permettant à l'État de faire prévaloir des solutions collectives sur les intérêts particuliers. Procède également de ces représentations le rejet des corporations<sup>133</sup>, du lobbying<sup>134</sup>, du fédéralisme. En résulte pareillement la mise en place d'un droit particulier pour l'Administration et pour la fonction publique<sup>135</sup>, tout autant qu'une conception française de la séparation des pouvoirs aux antipodes des vues américaines, puisque centrée sur « un pouvoir plénier, un pouvoir d'État »<sup>136</sup>. Le rôle du juge est, pour les mêmes raisons, très différent des deux côtés de l'Atlantique. Dans sa rive française, il est historiquement une autorité, non un véritable contre-pouvoir susceptible de s'opposer aux deux autres. Ceci explique encore les difficultés historiques en France à mettre en place un contrôle de constitutionnalité efficace. Enfin et de manière quotidienne, c'est à travers l'existence de la dualité de juridictions que le particularisme du droit public français appréhendé comme droit de la chose publique apparaît de façon paroxystique. Ainsi, les litiges concernant une personne publique relèvent de juridictions spécifiques qui, lorsque la réalisation de l'intérêt général l'exige, appliquent des règles dérogatoires du droit commun, le droit administratif.

Dans le cas américain, *a contrario*, c'est par le respect de l'harmonie réputée naturelle des intérêts privée qu'est traditionnellement garanti le bien collectif. De ce fait, il n'y a pas outre-Atlantique de droit public entendu comme droit de la chose publique, et sa logique est alors inversée : c'est un droit défensif au profit des individus contre l'idée de puissance, qu'elle soit « publique (l'État), mais aussi privée (monopoles) »<sup>137</sup>.

---

<sup>132</sup> EDCE, *L'intérêt général*, op. cit., p. 263.

<sup>133</sup> V. la célèbre loi Le Chapelier du 17 juin 1791. Le Chapelier rapporte à la fois contre les corporations et contre les associations politiques.

<sup>134</sup> Pour Laurent Cohen-Tanugi, « Le lobbying est sans doute l'institution de la démocratie américaine la plus antipathique à l'idéologie publique française, la moins bien comprise également », *Le droit sans l'État*, op. cit., p. 202.

<sup>135</sup> La fonction publique est en effet régie par des dispositions dérogatoires au droit du travail applicable aux salariés dans les entreprises privées. V. Olivier Dord, *Droit de la fonction publique*, PUF, coll. Thémis, 2007.

<sup>136</sup> Elisabeth Zoller, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 197. Contrairement aux États-Unis, la tendance historique en France à été celle d'une hégémonie du pouvoir législatif en tant que titulaire de l'intérêt général.

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 146. À ce dernier titre, la lutte historique contre les monopoles privés est essentielle pour comprendre le cœur du droit public américain et l'importance de la concurrence dans la régulation du corps social. Le premier dispositif en la matière est le *Sherman Act* de 1890, adopté pour lutter contre l'empire de John D. Rockefeller.

Cela implique une limitation importante de l'emprise de la loi sur les intérêts privés<sup>138</sup>. De manière corrélative, le rôle du juge est essentiel, puisqu'il a en charge la protection des droits individuels. Comme le relève Alain Supiot et comme le remarquait déjà Tocqueville<sup>139</sup>, dans les pays de *common law*, « c'est le juge plutôt que l'État qui y incarne la figure du législateur »<sup>140</sup>. De la même façon, le droit administratif américain ne reconnaît pas à l'Administration des pouvoirs étendus et des moyens exorbitants du droit privé<sup>141</sup>, mais implique au contraire l'encadrement de son action, tout comme il rejette le principe au cœur du droit public français que les litiges de l'administration soient jugés par des juridictions spéciales<sup>142</sup>. De manière positive, puisque c'est une régulation privée fondée sur un « pilotage automatique » de la société qui prévaut, le respect de la concurrence prend une place centrale. C'est pourquoi, comme le souligne Bertrand du Marais, le droit de la concurrence « tient en quelque sorte le rôle que joue en France le droit administratif dans les relations entre l'État et la sphère productive »<sup>143</sup>.

---

<sup>138</sup> La décision de la Cour suprême la plus connue dans ce cadre est *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), *Grands arrêts, op. cit.*, pp. 323 – 344. Elle invalide au nom du respect de la liberté individuelle une loi de l'État de New York souhaitant limiter le volume quotidien d'heures de travail, en l'espèce des boulangers. Une autre décision de la Cour dans l'affaire *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1876) est souvent citée pour démontrer *a contrario* qu'elle a reconnu la possibilité pour un État fédéré de réglementer un secteur dans l'intérêt du public. Si cela est exact, encore peut-on remarquer que cette intervention a été ouverte dans l'hypothèse où l'activité économique privée correspondante concernait l'intérêt public. Il fallait donc apporter cette preuve pour justifier l'action publique, qui était en quelque sorte encore placée comme exception. La rigueur de cette jurisprudence, surtout *Lochner*, fut abandonnée à la fin des années 1930, mais elle démontre la place toujours limitée de la loi aux États-Unis compte tenu des conceptions du bien public. V. *infra*, pp. 335 et s.

<sup>139</sup> Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique, op. cit.*, pp. 167 – 172. Sur la place centrale des jurys, pp. 371 – 378.

<sup>140</sup> Alain Supiot, Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale, in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *Approche critique de la contractualisation*, L.G.D.J., coll. Droit et Société, Recherche et travaux, t. 16, 2007, pp. 19 – 44, ici p. 22.

<sup>141</sup> Ce qui implique qu'un droit particulier pour la fonction publique n'y est pas nécessaire. V. Olivier Dord, *Droit de la fonction publique, op. cit.*, pp. 72 – 77.

<sup>142</sup> Même s'il existe des *Administrative Law Judges* (ALJ). Toutefois, ces derniers travaillent au sein des agences, et ils ont un rôle bien moindre et très différent par rapport aux juridictions administratives françaises. Pour René Chapus, « contrairement à la tradition juridique anglo-saxonne, l'administration française relève, quand elle agit selon la gestion publique, tant du contrôle de juridictions spécifiques, les juridictions administratives, que d'un régime juridique spécifique, le droit administratif », *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. Domat droit public, t. 1, 15<sup>e</sup> éd., 2001, p. 3. Charles Debbasch a synthétisé les spécificités françaises en quatre points, qui sont autant de différences avec les États-Unis : « le statut des personnes morales publiques est différent de celui des personnes morales privées ; les agents de l'administration sont soumis au statut de la fonction publique et ne relèvent pas du droit du travail applicable aux entreprises privées ; le droit applicable à l'administration – le droit administratif – est spécifique. Il doit concilier la défense de l'intérêt général et le respect des libertés et des droits privés ; les procès de l'administration relèvent d'une juridiction particulière, la juridiction administrative », *Droit administratif*, Economica, 6<sup>e</sup> éd, 2002, p. 5.

<sup>143</sup> Bertrand du Marais, *Droit public de la régulation économique, op. cit.*, p. 35. Cette vision américaine implique qu'il est parfois difficile de savoir quel intérêt est défendu par l'action publique. Ce fut le cas en matière d'expropriation, où une décision récente de la Cour suprême dans une affaire *Kelo v. City of New London*, 545 U.S. 469 (2005), a fait couler beaucoup d'encre. Dominique Custos résume les dilemmes posés de la façon suivante : « En autorisant une expropriation qui, tout en visant à la réalisation d'un plan de revitalisation

Il y a là des dissimilitudes de fond dont les conséquences sont décisives pour la gouvernance publique. Il reste au préalable à prouver que les préceptes américains rappellent les développements consacrés précédemment à la « bonne gouvernance ».

## 2) Les liens avec la « bonne gouvernance »

Pour démontrer les liens entre modèle américain et « bonne gouvernance », il suffit de mettre en parallèle les développements qui précèdent avec ceux effectués à la fin du titre précédent concernant le concept de la Banque mondiale. Plutôt que d'effectuer cette répétition, il est intéressant de relever que les auteurs influents du néolibéralisme ont fait l'apologie du système mis en place en 1787 (a), et que la Banque mondiale elle-même n'est pas exempte d'emprunts (b).

### (a) Le néolibéralisme et l'expérience de 1787

Plusieurs exemples permettent d'illustrer ces liens. Le plus significatif concerne les auteurs liés au *Public choice*, mais d'autres cas pourront être envisagés.

C'est la branche normative du *Public choice*, la *Constitutional political economy*, qui est allée le plus loin dans ses rapports avec l'expérience américaine de 1787. Un auteur a pu poser le principe commun à ce courant que « Le Fédéraliste peut être pensé comme le premier chapitre de la théorie moderne des choix publics »<sup>144</sup>. James Buchanan disait à propos de l'ouvrage pionnier de 1965, *The Calculus of Consent*<sup>145</sup>, que « Gordon Tullock et moi-même laissons courir notre imagination et utilisons nos compétences professionnelles pour poser les fondements logiques d'une structure politique, constitutionnelle, et démocratique fort proche de celle envisagée par les 'Pères fondateurs' »<sup>146</sup>. Souhaitant approfondir les

---

urbaine, bénéficiait à des promoteurs immobiliers, nouveaux acquéreurs des biens expropriés, la Cour a été accusée de sacrifier le droit des petits propriétaires et des communautés locales et d'élever dangereusement l'intérêt privé des promoteurs immobiliers au rang d'intérêt public », Droits administratifs américain et français : sources et procédures, *RIDC*, vol. 59, n° 2, 2007, pp. 285 – 305, p. 292. S'il ne faut pas caricaturer cette décision, notamment dans la mesure où le Conseil d'État a aussi une conception parfois assez large de l'utilité publique susceptible de légitimer l'expropriation (v., en particulier, CE, *Ville de Sochaux*, 20 juillet 1971, précité), les conceptions américaines centrées sur l'intérêt privé mènent à des solutions différentes de leurs homologues françaises.

<sup>144</sup> Frank Easterbrook, *The State of Madison's Vision of the State: A Public choice Perspective*, *Harv. L. Rev.*, vol. 107, No. 6, 1328 – 1347, ici p. 1329 (Le Fédéraliste auquel il est fait référence concerne les *Federalist Papers* évoqués précédemment).

<sup>145</sup> V. *supra*, pp. 74 et s.

<sup>146</sup> James Buchanan, *Les limites de la liberté: entre l'anarchie et le Léviathan*, Litec, coll. Libéralia, 1992, p. 7.

recherches de 1787<sup>147</sup>, il en arrive à synthétiser sa pensée de la façon suivante : « Fruit des réflexions des philosophes du XVIII<sup>e</sup> siècle, la vision d'un ordre social ne requérant pas la manipulation centralisée des hommes par d'autres hommes demeure enthousiasmante. Des relations libres entre des hommes libres : dès lors qu'un contrat social bien renégocié établirait le *meum* et le *tuum* dans le cadre d'une structure redéfinie, et que le Léviathan qui nous menace se verrait astreint à de nouvelles limites »<sup>148</sup>.

D'autres auteurs liés au néolibéralisme ont porté leur attention sur le modèle de 1787. Par exemple, Douglas North souligne l'intérêt de l'existence « d'une vaste littérature qui reprend à un degré ou à un autre les idées de Madison dans ses *Federalist Papers* »<sup>149</sup>. De la même façon, pour Jean-Jacques Laffont, la séparation des pouvoirs et surtout le système américain des freins et contrepoids (*checks and balances*) était très bien conçu par Madison<sup>150</sup>. Travaillant sur son modèle de constitution d'une société libérale, Hayek soutenait pour sa part que sa recherche visait à « atteindre les objectifs que les Pères de la constitution des États-Unis essayèrent, il y a quelque deux cents ans, pour la première, fois de garantir par une construction délibérée »<sup>151</sup>, et il qualifiait la Constitution américaine d'« appareil à limiter le pouvoir »<sup>152</sup>. Dans le prolongement logique, il était assez critique vis-à-vis du modèle français qu'il taxait de constructivisme rationaliste<sup>153</sup>. Friedman, quoi que moins impliqué dans ces aspects de construction d'un cadre juridique et constitutionnel, n'en affirmait pas moins que les Pères fondateurs américains avaient « adopté des ordonnances de censure limitant les objectifs susceptibles d'être poursuivis par des voies politiques »<sup>154</sup>.

---

<sup>147</sup> « Les rédacteurs de la Constitution américaine, les Pères fondateurs, n'avaient pas prévu le besoin de contrôler, de manière spécifique en tout cas, la croissance de l'État démocratique, question qui a aussi été ignorée par le discours politique traditionnel. L'idée de limitation des pouvoirs étatiques n'a été abordée qu'en termes de maintien des procédures de la démocratie. On a assujéti les dirigeants à des lois de crainte qu'ils ne cèdent à la tentation d'enfreindre les procédures établies et d'étendre leur pouvoir au détriment des citoyens. Mais on a présumé d'une manière générale que tant que le processus démocratique fonctionne normalement, les limites sont superflues. On a rarement soutenu que le système de poids et de contrepoids, qui trouvait sa source chez Montesquieu, avait pour objectif de limiter la croissance de l'État (...) les années 70 présentent un défi tout à fait nouveau : l'homme actuel, le citoyen des démocraties occidentales, peut-il trouver ou inventer le moyen de contrôler sa destinée et d'imposer des contraintes à son propre État pour l'empêcher de se transformer en souverain hobbesien ? », *ibid.*, pp. 184 – 185.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 207.

<sup>149</sup> Douglas North, *Le processus du développement économique*, éd. d'Organisation, 2005, p. 210.

<sup>150</sup> Jean-Jacques Laffont, *Incentives and Political Economy*, Oxford, Oxford University Press, 2000, surtout pp. 73 – 76.

<sup>151</sup> Friedrich Hayek, *Droit, législation et liberté*, PUF, Quadrige, 2007, p. 793.

<sup>152</sup> Friedrich Hayek, *La constitution de la liberté*, Litec, coll. Liberalia, 1994, p. 176.

<sup>153</sup> V. *supra*, pp. 140 et s.

<sup>154</sup> Milton et Rose Friedman, *La liberté du choix*, éd. Pierre Belfond, 1980, p. 301. Selon les auteurs, « Pour Adam Smith et Thomas Jefferson, le rôle du gouvernement était celui d'un arbitre, non d'un participant », p. 17,

## (b) La Banque mondiale et l'expérience de 1787

Les développements précédents permettent de démontrer les rapports substantiels qui unissent l'idée néolibérale à l'expérience américaine. Les liens avec le concept de « bonne gouvernance » sont alors naturellement identifiables, et il est à ce titre intéressant de relever que la Banque mondiale utilise elle-même des éléments tirés du système américain lorsqu'elle développe son concept. Ainsi en est-il de l'importance de la place des juges ou de la séparation des pouvoirs. À ce dernier titre, Madison est directement invoqué comme une sorte d'oracle, preuve s'il en est besoin de l'importance du sujet<sup>155</sup>. *A contrario*, la Banque n'est pas aveugle aux substantielles différences que met à jour le modèle français<sup>156</sup>.

Dès lors, il faut assurément retenir que l'« argumentaire de la gouvernance devient un moyen très utile de promouvoir l'hégémonie américaine »<sup>157</sup>.

Sans entrer dans une litanie, l'important est de souligner que les institutions mises en place en 1787 sont en adéquation avec le modèle de droit public au cœur de la « bonne gouvernance », à savoir un État qui n'est pas en charge de définir les fins qui doivent être atteintes par la société avec pour moyens des instruments dérogeant au droit commun. Il reste à partir de là à ouvrir sur les questions concernant la gouvernance publique.

### B. Conséquences pour la gouvernance

La « bonne gouvernance » permet une meilleure compréhension des débats sur la gouvernance publique dans les pays développés (1). Toutefois, il ne s'agit là que d'une ouverture, et il faudra ensuite avancer sur la route tracée (2).

---

de sorte que l'on aurait « besoin de l'équivalent du Premier amendement pour limiter le pouvoir du gouvernement dans le domaine économique et social », p. 302.

<sup>155</sup> Banque mondiale, *Building Institutions for Markets*, Washington DC, The World Bank, 2001, p. 99.

<sup>156</sup> V., sur son site Internet, les développements qu'elle consacre à la tradition administrative française (*French Administrative Tradition*), dans la rubrique *Public Sector and Governance*.

<sup>157</sup> Yves Dezalay et Bryant Garth, *La mondialisation des guerres de palais : la restructuration du pouvoir d'État en Amérique latine, entre notables du droit et « Chicago boys »* (trad. L. Devillairs et S. Dezalay ; l'ouvrage en anglais date de 2002), Le Seuil, coll. Liber, 2002, p. 288.

## 1) De la « bonne gouvernance » à la gouvernance

Compte tenu de ce qui précède, il est possible de distinguer deux approches en matière de gouvernance publique. La première est américaine (a), la seconde française (b).

### (a) Approche américaine de la gouvernance

Nonobstant le rapprochement entre le modèle américain et la « bonne gouvernance », les contextes sont sensiblement différents. Cela ne pose cependant pas de problèmes pour la démonstration. En effet, ce qui est fondamentalement lié, c'est l'idée que l'État n'a pas par principe à intervenir dans les relations entre les individus, car c'est de leurs interactions que se réalise spontanément le bien public. La volonté politique en tant qu'expression d'un intérêt général, et la loi en tant que son instrument de réalisation, n'ont pas ici vraiment voix au chapitre. L'État américain et l'État promu par la Banque mondiale ne mènent pas la société vers un but déterminé en application d'un intérêt public transcendant, mais se posent comme arbitres de la coexistence réputée harmonieuse des acteurs privés<sup>158</sup>. La vision d'une société qui aurait moins besoin d'une direction imposée « d'en haut », par une institution unitaire et centralisée telle que conçue en France, constitue pour un Américain la seule référence pour penser la marche de la société. Voilà pourquoi, en définitive, il n'y a pas d'opposition entre gouvernement et gouvernance outre-Atlantique<sup>159</sup>. Il n'est alors pas question d'un droit public conçu comme droit de la chose publique, sauf à considérer que cette chose publique consiste en fait à favoriser et à protéger les droits individuels au maximum.

Cette conception particulière du bien public et de la régulation sociale, qui peut être synthétisée autour de l'idée de « 'société contractuelle', c'est-à-dire une société multipolaire où le pouvoir est segmenté et dont le lien est par essence le contrat »<sup>160</sup>, débouche sur deux idées essentielles concernant l'intervention publique. D'une part, elle ne fait pas office de principe de régulation sociale sur un schéma de domination de la société, sachant qu'elle s'exerce par définition à plusieurs niveaux du fait du fédéralisme. D'autre part et de manière

---

<sup>158</sup> L'idée déjà évoquée *supra*, p. 91, d'un État venant organiser l'auto-organisation de la société, est éclairante.

<sup>159</sup> Pour Patrick Le Galès, « Si, le plus souvent, le concept de gouvernance est différent de celui de gouvernement, compte tenu du rôle de l'État et de la sphère publique, il n'en est pas de même aux États-Unis où les deux termes sont souvent utilisés de manière équivalente », Régulation, gouvernance et territoire in J. Commaille et B. Jobert (dir.), *Les métamorphoses de la régulation politique*, L.G.D.J., coll. Droit et Société, t. 24, 1999, pp. 203 – 240, ici p. 225.

<sup>160</sup> Laurent Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'État*, *op. cit.*, p. 27.

concomitante, elle fait participer tous les intérêts de la société, qui ont une place centrale tant dans sa conception que dans sa mise en œuvre. La division traditionnelle de la souveraineté, issue de la structure fédérale, explique aussi que le thème de la gouvernance aux États-Unis soulève aujourd'hui surtout des questions concernant les rapports des entités publiques avec des personnes privées, et moins entre entités publiques<sup>161</sup>.

En résumé, la gouvernance comme « approche pluraliste et interactive de l'action collective »<sup>162</sup> est en adéquation directe avec le modèle américain<sup>163</sup>.

#### (b) Approche française de la gouvernance

À l'opposé du cas américain, la substance libérale de la « bonne gouvernance » est en opposition avec les fondements de l'État français, dans lequel celui-ci est titulaire de l'intérêt général au sens plein du terme, afin que soit « garanti(e) la souveraineté de la volonté collective »<sup>164</sup>.

L'État n'étant pas un gestionnaire ou un arbitre des conflits d'intérêts traversant la société, le principe d'une gouvernance sans gouvernement passe mal<sup>165</sup>. Cela s'explique dans la mesure où le gouvernement « paraît consubstantiel à l'État »<sup>166</sup>. En termes d'art de gouverner, le gouvernement fusionne en France les aspects institutionnel et fonctionnel que le thème de la gouvernance vient justement dissocier, en mettant l'accent sur une nouvelle manière de concevoir l'aspect fonctionnel dans laquelle l'État n'est plus le centre d'impulsion de l'ensemble social. Cette différence de fond entre gouvernement et gouvernance n'est pas propre à la France. Ainsi, par tradition en Europe continentale<sup>167</sup>, « l'État, et plus précisément une partie spécialisée, le gouvernement central, était chargé, d'une part, de la direction de la

---

<sup>161</sup> Comme souligné en synthèse *supra*, p. 12. Sur les conséquences, v. *infra*, note 2 pp. 204 – 205.

<sup>162</sup> Jacques Chevallier, La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ?, *RFAP*, n° 105-106, 2003, pp. 203 – 217, p. 207.

<sup>163</sup> *In fine*, la gestion administrative est tournée vers une rationalité privée liée à une logique de rentabilité. Comme dit précédemment (*supra*, note 31 p. 6), ce sont les deux faces d'une même pièce. V. Daniel Mockle, *La gouvernance, le droit et l'État*, Bruxelles, Bruylant, coll. Mondialisation et droit international, 2007. Ainsi, la pénétration des thèses du *New public management* aux États-Unis a été importante. V. l'emblématique *Government Performance and Result Act (GPRA)* de 1993, *infra* note 3 p. 205.

<sup>164</sup> EDCE, *L'intérêt général*, *op. cit.*, p. 262.

<sup>165</sup> Didier Renard souligne qu'en France, il y a une croyance traditionnelle dans l'État, surtout chez les juristes. V. L'analyse des politiques publiques aux prises avec le droit, brèves remarques sur un débat, in D. Renard, J. Caillosse, D. de Béchillon (dir.), *L'analyse des politiques publiques au prise avec le droit*, L.G.D.J., coll. Droit et Société série politique, t. 30, 2000, pp. 9 – 23, en particulier p. 19.

<sup>166</sup> Jacques Chevallier, La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ?, *op. cit.*, p. 206.

<sup>167</sup> Le cas de la Grande-Bretagne étant un peu à part, ce que les racines anglaises du modèle américain laissent deviner.

société et, d'autre part, de l'agrégation des différents intérêts par la définition de l'intérêt général »<sup>168</sup>. Pierre Rosanvallon résume cette représentation lorsqu'il soutient qu'il est indispensable de rechercher un « lieu central dans lequel puisse s'exprimer et prendre forme une volonté commune efficace, conjurant le péril d'une 'gouvernance sans gouvernement' »<sup>169</sup>. C'est dans ce contexte qu'il faut comprendre les remarques faites par le Conseil d'État dans un récent rapport, soulignant qu'« Un État arbitre des conflits internes, et d'abord soucieux de *concordia*, risque de laisser s'affadir son *imperium* et le sens de l'intérêt général qu'il lui appartient toujours de promouvoir »<sup>170</sup>.

Il existe en France une conception substantielle de la chose publique, qu'un État puissant a historiquement dû protéger et encourager contre les invasions des intérêts privés grâce à un droit conçu à cet effet, le droit public. Dès lors, l'action publique découle traditionnellement d'une représentation unitaire et transcendante<sup>171</sup>, de sorte qu'elle est bien moins encline à limiter son domaine d'intervention tout autant qu'à s'ouvrir au pluralisme et à l'interactivité. Le Conseil d'État a résumé la vision sous-jacente du droit public en relevant qu'il repose « tout entier sur l'idée d'une prééminence de l'acte unilatéral, expression d'une volonté générale davantage valorisée que la volonté particulière exprimée dans le contrat. Et le droit administratif relaie cette conception en reconnaissant dans l'acte unilatéral l'expression privilégiée de l'intérêt général »<sup>172</sup>. Si, dans ce cadre, il est difficile de donner un pouvoir autonome aux intérêts privés, c'est la même raison qui explique pourquoi, en rupture avec la tradition centraliste française, les débats actuels sur la gouvernance tournent également beaucoup autour des mutations des relations entre entités publiques<sup>173</sup>.

En résumé, la gouvernance comme « approche pluraliste et interactive de l'action collective »<sup>174</sup> est en opposition avec le modèle français<sup>175</sup>.

---

<sup>168</sup> Patrick Le Galès in *Dictionnaire des politiques publiques*, *op. cit.*, pp. 242 – 250, ici p. 243.

<sup>169</sup> Pierre Rosanvallon, *Le modèle politique français*, *op. cit.*, p. 9.

<sup>170</sup> EDCE, *Le contrat*, *op. cit.*, p. 216.

<sup>171</sup> Il en va de même pour le droit. V. Jacques Chevallier, *L'État post-moderne*, L.G.D.J., coll. Droit et Société série politique, t. 35, 3<sup>e</sup> éd., 2008, p. 123. C'est à ce titre qu'il y a avec la logique de la gouvernance une reformulation importante de la rationalité juridique dans sa forme traditionnelle de commandements unilatéraux. V. not. *supra*, note 57 p. 10.

<sup>172</sup> EDCE, *Le contrat*, *op. cit.*, p. 91.

<sup>173</sup> V. *supra*, en synthèse p. 12.

<sup>174</sup> Jacques Chevallier, La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ?, *op. cit.*, p. 207.

<sup>175</sup> De la même façon, la tradition de l'administration publique française est plus réfractaire aux enseignements du Nouveau management public (v. *supra*, note 163). Pour Christopher Pollitt, l'expérience de la France « diverge de façon significative du modèle du Nouveau management public », *Convergence or Divergence: What Has Been Happening in Europe*, in C. Pollitt, S. van Thiel et V. Homburg, *New Public Management in Europe: Adaptation and Alternatives*, Palgrave Macmillan, 2007, pp. 11 – 25, p. 13. Pour des détails historiques, v. not. Philippe Bezes, *Réinventer l'État. Les réformes de l'Administration française (1962 – 2008)*, PUF, 2009.

Ces grandes idées sur la régulation sociale<sup>176</sup>, différenciant un modèle américain privé passant par le contrat et un modèle français public reposant sur l'unilatéralité, constituent la toile de fond des débats sur la gouvernance. Il est toutefois indispensable, d'une part, de ne pas présenter cette opposition de façon absolue<sup>177</sup> et, d'autre part et surtout, de l'approfondir. Il faut en particulier quitter la perspective simpliste et trop générale de la présence ou de l'absence d'État pour développer les questions concrètes liées aux pratiques de gouvernance.

## 2) Approfondissements comparés

La distinction faite ci-dessus ne doit pas faire oublier qu'il convient de réfléchir aux moyens utilisés et au droit public qui les encadre. C'est une approche instrumentale qui démontre comment les différences mises à jour se trouvent matérialisées en termes d'instruments d'action publique, autant aux États-Unis (a) qu'en France (b).

### (a) Précisions sur la gouvernance aux États-Unis

À propos de la nécessité de dépasser une vision théorique sur l'État, Marie-France Toinet disait sur un ton un peu provocateur : « il n'y a pas moins d'État aux États-Unis que dans les autres nations occidentales ; peut-être faut-il même oser dire qu'il y en a plus. Mais cet État a des modes d'organisation et d'intervention originaux »<sup>178</sup>. Et elle poursuivait : « Pour mieux appréhender l'État américain, nous avons voulu non pas seulement étudier ce qu'il fait, mais aussi comment il le fait, persuadés que c'est dans les spécificités de son action que réside la raison de l'aveuglement quasi-général qu'il engendre »<sup>179</sup>. Il y a là une idée importante. En effet, saisir la gouvernance consiste à interroger l'évolution de l'action publique au sein du droit public qui l'encadre dans ses multiples formes ainsi que dans son contexte propre. À ce sujet, il ne faut pas oublier le cadre particulier dans lequel s'insèrent les débats sur la gouvernance, notamment aux États-Unis mais aussi dans tous les pays

---

<sup>176</sup> Jacques Chevallier, Contractualisation et régulation, in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008, pp. 83 – 93, ici p. 88.

<sup>177</sup> Jacques Chevallier souligne que cette antinomie, au demeurant pratique et nécessaire pour cadrer les débats, « doit être relativisée », *ibid.* Il ne s'agit absolument pas de soutenir que les modèles américain et français sont en quelque sorte « purs ».

<sup>178</sup> Marie-France Toinet, Hubert Kempf et Denis Lacorne, *Le libéralisme à l'américaine. L'État et le marché*, Economica, 1989, p. 5.

<sup>179</sup> *Ibid.*, p. 290.

développés, à savoir en réaction à des modèles d'États-providence interventionnistes, nonobstant une pratique disparate.

Pour synthétiser les évolutions contemporaines liées à la gouvernance, les auteurs américains font référence aux expressions évocatrices déjà mentionnées en introduction de « gouvernement par tierces personnes »<sup>180</sup> (*Third-party government*), de « gouvernement par procuration »<sup>181</sup> (*Government by proxy*), de « gouverner par réseaux »<sup>182</sup> (*Governing by network*), ou encore dernièrement de « gouvernement par contrat »<sup>183</sup> (*Government by contract*). Contrairement au terme générique de « privatisation », elles permettent de mieux faire comprendre l'idée d'un gouvernement qui ne fait pas forcément moins, mais qui fait ou fait faire en tout cas différemment<sup>184</sup>. Au final, l'État ne commande pas, n'impose pas, mais va le plus souvent encadrer, inciter, organiser la régulation sociale par le marché. À partir de la société et plus seulement du gouvernement, les expressions de « responsabilisation des personnes »<sup>185</sup> (*Empower people*) ou de « société de propriété »<sup>186</sup> (*Ownership society*) résument des idées qui ont globalement été mises en place par les administrations américaines depuis la fin des années 1970.

Ceci étant, l'essentiel est de constater que l'action publique et l'organisation de l'État sur laquelle elle repose sont traditionnellement marquées aux États-Unis par une prédominance du pluralisme et de l'interactivité<sup>187</sup>. Le fait que les Américains ne croient historiquement pas en la nécessité d'avoir des règles de droit public susceptibles de s'imposer aux intérêts privés semble avoir deux conséquences connexes, qui sont au cœur du modèle

---

<sup>180</sup> Lester Salamon, *Rethinking Public Management: Third-Party Government and the Changing Forms of Government Action*, *Pub. Pol'y*, vol. 29, 1981, pp. 255 – 275.

<sup>181</sup> Donald Kettl, *Government by Proxy: (Mis?) Managing Federal Programs*, NY, CQ Press, 1988.

<sup>182</sup> Stephen Goldsmith and William Eggers, *Governing by Network: The New Shape of the Public Sector*, Washington DC, Brookings Institution Press, 2004.

<sup>183</sup> Jody Freeman et Martha Minow (dir.), *Government by Contract. Outsourcing and American Democracy*, Cambridge, Harvard University Press, 2009.

<sup>184</sup> Frederick Mosher énonçait déjà clairement ces idées il y a trente ans, en parlant des nouveaux instruments, spécialement des dépenses fiscales. V. *The Changing Responsibilities and Tactics of the Federal Government*, *Pub. Admin. Rev.*, vol. 40, 1980, pp. 541 – 547.

<sup>185</sup> Richard Neuhaus, Peter Berger et Michael Novak (dir.), *To Empower People. From State to Civil Society*, Washington DC, AEI Press, 2<sup>nd</sup> ed., 1996. V. aussi Charles Schultze, *The Public Use of Private Interest*, Brookings Institution Press, 1977.

<sup>186</sup> Cette expression était employée par George W. Bush pour qualifier le type de société qu'il souhaitait voir triompher.

<sup>187</sup> Ce qui, ce faisant, implique aussi une modification des équilibres liés au fédéralisme. Sur cette question et ses évolutions depuis les années 1960 (*i.e.* un certain renouveau du droit des États dans le discours politique mais aussi dans la jurisprudence de la Cour suprême), v. François Vergnolle de Chantal, *Le fédéralisme américain en question : de 1964 à nos jours* (préf. D. Lacorne), Dijon, éd. Universitaires de Dijon, coll. Sociétés, 2006. V., aussi, Alfred Aman, *The Democracy Deficit. Taming Globalization Through Law Reform*, NY, NY University Press, 2004, pp. 51 – 86. Cet aspect sera toutefois moins étudié en détails au profit d'une recherche axée sur l'implication croissante des intérêts privés dans l'action publique. V. *infra*, note 2 pp. 204 – 205.

américain de gouvernance. D'une part, aucune limite ne paraît pouvoir être opposée à l'implication de ces intérêts à une intervention publique qui est elle-même bornée dans son étendue. D'autre part, cette participation ne devrait être encadrée dans son exercice que de façon très réduite par des règles juridiques spécifiques et précises, autrement dit par des dispositions prises en vue de promouvoir activement la chose publique<sup>188</sup>.

#### (b) Précisions sur la gouvernance en France

Il faut reprendre la contradiction effectuée précédemment entre la tradition française et la logique de la gouvernance et s'interroger sur sa portée, car un dilemme peut *a priori* apparaître. Pour prendre un exemple significatif, le Conseil d'État relevait il y a déjà dix ans les mutations touchant l'intérêt général<sup>189</sup>, avec par exemple au niveau de sa formulation « le développement de la dimension territoriale de l'action administrative, le recours croissant au procédé contractuel, la recherche toujours accrue de participation et de consultation dans la prise de décision administrative et l'apparition d'organes de régulation d'un nouveau type »<sup>190</sup>. De même, il vient de soutenir dans son rapport annuel de 2008 que « le développement du contrat public n'appelle évidemment pas en soi de critique »<sup>191</sup> ? N'est-ce pas là la marque de bouleversements significatifs qui tendent à contredire le principe d'opposition qui vient d'être énoncé ?

Pour répondre par la négative à cette question, il faut replacer les débats dans leur contexte. Ce qui vient d'être dit n'est pas en tant que tel un problème, car le constat des différences des deux côtés de l'Atlantique découle d'une appréhension de la gouvernance dans la droite ligne de la « bonne gouvernance » et de son modèle de régulation sociale. Or, l'évolution de l'action publique et de l'organisation étatique correspondante en France peut à la fois être réelle mais aussi non contradictoire avec son schéma historique si on comprend que la « bonne gouvernance » ouvre au référent américain. En d'autres termes, la France est aussi concernée dans une certaine mesure par la logique de la gouvernance, mais compte tenu de son idéal dans lequel l'État est placé au centre de la cohésion sociale. La tradition hexagonale implique par conséquent d'adapter cette gouvernance à une finalité dissemblable

---

<sup>188</sup> V. *infra*, note 195, sur les conséquences de ces caractéristiques pour le travail pratique tel qu'il sera mené *infra*, pp. 206 et s.

<sup>189</sup> EDCE, *L'intérêt général*, *op. cit.*, p. 321.

<sup>190</sup> *Ibid.*

<sup>191</sup> EDCE, *Le contrat*, dossier de presse, *op. cit.*, p. 2.

de celle analysée jusqu'ici. C'est pourquoi le Conseil d'État, poursuivant le constat du développement du contrat en droit public, s'empresse d'ajouter que, « parce qu'il peut conduire à un affaiblissement de l'intérêt général, il suppose d'être utilisé à bon escient »<sup>192</sup>, relevant selon une formule qui renvoie au cœur de cette recherche que, s'il « permet de 'faire faire', il ne saurait en aucun cas être assimilable au 'laissez-faire' »<sup>193</sup>. Une des questions posée alors, *in fine*, reste celle de savoir s'il est possible de recouvrer ces adaptations françaises sous le thème de la « gouvernance »<sup>194</sup> ?

En définitive, il est indispensable de reprendre le constat fait précédemment de l'opposition *a priori* entre la France et la gouvernance comme un point de départ qu'il convient d'approfondir. Il faut tenir compte à la fois du modèle initial décrit plus haut mais aussi de ses matérialisations formelles et de ses mutations au cours du temps, particulièrement depuis la fin des années 1970. Quoi qu'il en soit et à l'opposé de ce qui se passe pour les États-Unis, le droit public français fait de l'intervention publique et, en son sein, de l'intervention étatique, le principe cardinal de régulation sociale. Ensuite, il tend à limiter le domaine du pluralisme et du consensualisme à l'intérieur de cette action publique, tout autant qu'il encadre par certaines règles ces pratiques quand elles sont possibles<sup>195</sup>. Certes, l'État français peut lui aussi moins « commander » et prescrire unilatéralement et, par là, favoriser comme son homologue américain les pratiques incitatives et participatives. Toutefois, et contrairement cette fois aux États-Unis, leur finalité consistera en principe à garantir la vision française d'un intérêt général lié à une conception matérielle de la chose publique. Il y aura alors évolution, mais pas révolution. La similitude de la nature des instruments, c'est-à-dire des moyens utilisés, ne doit de ce fait pas cacher une finalité distincte.

---

<sup>192</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>193</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>194</sup> Il s'agit de ce qui a déjà été noté *supra*, note 120 p. 21, et qui dépend de savoir si la gouvernance est considérée globalement comme une forme neutre ou si, au contraire, elle est interprétée dans son sens historique qui est le plus souvent retenu, celui qui découle des conceptions de la Banque mondiale. Dans le premier cas, il pourrait être fait référence à une « gouvernance à la française », pas dans le second.

<sup>195</sup> Lorsque l'intervention publique est effective, la démonstration des différences entre la France et les États-Unis semble devoir être menée en prenant en compte deux éléments connexes. Tout d'abord, en étudiant le domaine de la participation des intérêts privés à cette intervention. Ensuite, si cette participation est permise, en détaillant les règles juridiques qui encadrent son exercice.

## Conclusion chapitre 2 et Titre 2

Dans la continuité des fondements libéraux étudiés dans le chapitre précédent, l'étude des visions américaine et française de l'intérêt public telles qu'elles découlent de l'histoire politique et constitutionnelle des deux pays a été effectuée. Elle a permis de mieux discerner les rapports qui pouvaient être faits avec le modèle mis à jour par l'étude du concept de « bonne gouvernance ». À partir de là, la gouvernance comme manière pluraliste et interactive de concevoir l'action collective s'insère schématiquement de façon différente aux États-Unis et en France. Dans le premier cas, elle fait office de principe ; dans le second, d'exception.

Il y a pourtant là des vues qui méritent d'être approfondies dans un cadre concret et comparé. En effet, il ne faut pas s'arrêter à l'alternative liée à la présence ou à l'absence de la gouvernance en tant que phénomène unitaire et théorique, mais réfléchir à des pratiques multiples venant mettre en œuvre de manières distinctes des modèles de droit public compris comme droit de la chose publique. Pour prendre un exemple, il ne faut pas déduire de ce qui précède que l'action publique se contractualise aux États-Unis et pas en France. Le problème n'est pas tant la multiplication de l'outil contractuel que le but poursuivi et les modalités mises en œuvre dans cette optique.

En définitive, cela permet de réaffirmer la pertinence d'une recherche axée sur le droit public comparé en soulignant deux points liés. Tout d'abord, qu'il est scientifiquement peu porteur de réfléchir selon un cadre unique. Ensuite, que le système français doit être conscient de ses spécificités à l'heure d'envisager certaines mutations.

## Conclusion PARTIE I

Au terme de cette première partie, il apparaît que la « bonne gouvernance » est un concept aux origines théoriques anciennes. Ces dernières ont été adaptées et modernisées dans le contexte singulier consécutif aux années 1970, marqué par un retournement dans les rapports entre État et marché pour réaliser l'intérêt public. La place et le rôle de l'État qui procèdent de ces mutations ont été replacés et compris dans le cadre, d'une part, des théories libérales du XVIII<sup>e</sup> siècle et, d'autre part, de leur mise en œuvre circonstanciée aux États-Unis. L'idée commune est qu'il n'est pas besoin de faire intervenir et de donner des moyens juridiques particuliers à un pouvoir politique régulateur unilatéral des relations entre les individus.

Ces connexions sont essentielles, car elles permettent de relier la gouvernance en tant qu'approche pluraliste et interactive de l'action collective au modèle de droit public inhérent à la « bonne gouvernance ». *In fine*, cela dévoile une alternative scientifiquement prometteuse entre les deux bords de l'Atlantique : les États-Unis se placent dans la continuité, la France en opposition. Si cette dualité démontre la difficulté de penser les expériences en termes d'uniformité tout en permettant de situer les débats, elle ne dit pourtant pas tout et doit être substantiellement approfondie pour évaluer les mutations en cours dans les deux pays.

Pour avancer dans cette recherche, compte tenu de la nature instrumentale de la gouvernance, il s'agit maintenant de dépasser les énoncés théoriques et historiques pour aborder la pratique contemporaine. Pour ce faire, il faut approfondir le système américain qui sert de référent, et démontrer que si le thème de la gouvernance publique est issu de théories anciennes, sa mise en œuvre à partir des années 1970 dans un contexte qui a évolué laisse place à de singulières innovations. En filigrane, les traits française seront aussi affinés, ce qui permettra d'évaluer plus précisément ses spécificités, mais également ses transformations.

## **PARTIE II : UNE MISE EN ŒUVRE RENOUVELÉE**

La gouvernance comme approche pluraliste et interactive de l'action collective sous-entend l'idée d'un État qui favorise la maximisation des préférences plurielles de la société, considérées comme seules à même de pourvoir à la conception et à la mise en œuvre du bien public par un jeu réputé naturellement harmonieux. Cela renvoie aux traits historiques du modèle américain, et ce dans un cadre comparatif avec son homologue français.

Pour aborder maintenant l'étude de la mise en pratique contemporaine de ces principes, il faut avant tout préciser deux points.

Tout d'abord, concernant la portée de la compatibilité entre la gouvernance et les États-Unis. Il ne s'agit pas de nier les évolutions dont la France est l'objet. Ce qui paraît différer, néanmoins, c'est la finalité de ces changements, qui implique à son tour des modalités de mises en œuvre propres à chaque modèle. Autrement dit, la mutation de l'action publique et du droit public qui l'encadre se fait en application d'une régulation sociale et du rôle de l'État en son sein qui se pense en des termes clairement distincts.

Ensuite, il est important de relever avant toute analyse précise que, si la gouvernance aux États-Unis ne paraît pas correspondre à une grande nouveauté, certaines circonstances concrètes impliquent des solutions plus nuancées. C'est l'accroissement à partir du début du XX<sup>e</sup> siècle de l'intervention publique, quoique d'une façon propre au modèle américain, qui doit servir de point de départ pour comprendre les changements depuis quelques dizaines d'années<sup>1</sup>. S'il faut par conséquent partir du postulat que l'idée même de gouvernance correspond à la tradition américaine, encore est-il nécessaire d'étudier comment elle a pu se mettre en place depuis les années 1970 dans un contexte nouveau et spécifique<sup>2</sup>. Cette

---

<sup>1</sup> C'est ce que retiennent par exemple Jody Freeman et Martha Minow (dir.), *Government by Contract. Outsourcing and American Democracy*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, p. 7.

<sup>2</sup> Cass Sunstein relève que le contexte américain a évolué dans trois domaines après le *New Deal* : l'équilibre des pouvoirs, la protection des droits individuels, et le fédéralisme ; *Constitutionalism after the New Deal*, *Harv. L. Rev.*, vol. 101, 1987, pp. 421 – 510. Il s'agit là des points de départ d'une étude pratique de la gouvernance. Ce sont principalement les deux premiers qui vont retenir l'attention. Concernant le troisième, les évolutions depuis la fin des années 1970 liées à la contestation de l'intervention publique ont aussi une dimension territoriale certaine. Ainsi, avec le retour aux États-Unis des solutions liées à la participation du secteur privé est également apparue une évolution des équilibres du fédéralisme. Certaines décisions de la Cour suprême ont représenté un relatif retour aux droits des États fédérés en interdisant une intervention trop importante du gouvernement de Washington, ou du moins en l'encadrant (v. *supra*, p. 199 note 187). De la même façon, les mutations du modèle français liées à la décentralisation ont aussi concerné cette dimension territoriale, en rupture avec sa tradition centraliste. Cet aspect, et au-delà les transformations des relations entre entités publiques ou en leur sein (réforme de la fonction publique ...), seront moins abordés dans ce travail pour deux raisons. Tout d'abord car ils s'expriment selon une rationalité très dissemblable des deux côtés de l'Atlantique. Aux États-Unis, les

exigence dépasse le cas américain et implique de procéder de la même manière des deux côtés de l'Atlantique. C'est en cela que, si l'arrière plan théorique des débats n'est pas neuf, la pratique dans la situation de la fin du XX<sup>e</sup> siècle mettra à jour des évolutions significatives<sup>3</sup>.

C'est une recherche centrée d'abord sur le droit américain qui va guider cette partie, tout en utilisant l'exemple français comme « miroir comparatif »<sup>4</sup>. L'hypothèse à confirmer est que chacun des pays matérialise la gouvernance à partir de deux visions très différentes du droit public entendu comme droit de la chose publique. Pour commencer cette démonstration, il convient d'aborder les évolutions des instruments de l'État, puisque ce dernier est au centre de la question de la régulation sociale (titre I). Toutefois, il serait préjudiciable de s'arrêter à une discussion sur l'État, fut-elle concrète. En effet, les bouleversements liés à la gouvernance touchent irrémédiablement les rapports entre les gouvernés et les gouvernants mais aussi, plus globalement, entre les individus et la collectivité. Il faudra donc déplacer la problématique et traiter d'un débat fréquemment négligé, celui des effets de la gouvernance sur la citoyenneté. À ce propos, il est logique de penser que le particularisme américain dans le traitement de la chose publique pose le problème en des termes originaux (titre II).

---

relations entre le gouvernement fédéral et les États fédérés sont placées sous le signe d'une souveraineté divisée et d'un partage des compétences, alors qu'en France l'État reste au cœur d'une souveraineté unitaire. Ensuite, c'est le point de vue américain qui reste l'angle d'étude de cette recherche. Or, c'est l'implication des personnes privées à l'action publique qui y est largement plus significative des mutations liées à la gouvernance. Sur cet aspect territorial pour le cas français, v. *infra*, note 246 pp. 330 – 331.

<sup>3</sup> Le mouvement lié à la gouvernance depuis une trentaine d'années a été globalement partagé par les différentes administrations américaines qui se sont succédées, alors qu'il est plus récent et controversé en France. Des réformes importantes de l'administration fédérale dans ce processus ont été l'œuvre de Bill Clinton, président démocrate, qui déclara très clairement dans son discours sur l'état de l'Union du 23 janvier 1996 que « l'ère du gouvernement omniprésent est terminée ». V. les initiatives de la *National Performance Review* (1993) et du *National Partnership for Reinventing Government* (1998), ainsi qu'une loi, le *Government Performance and Result Act (GPRA)* de 1993, qui ont réformé l'action du gouvernement fédéral (les objectifs étaient de réduire la réglementation, de le recentrer sur le cœur de ses missions, de remettre le « citoyen-consommateur » au cœur des préoccupations, etc.). Dans ce cadre, il faut insister sur le fait que les développements qui suivent mettent l'accent sur les évolutions de l'action publique. Mais, pour reprendre ce qui a été déjà mentionné (v. *supra*, note 31 p. 6), il n'est pas possible d'effectuer cette étude sans prendre en compte en parallèle l'évolution de l'organisation de l'État (cet aspect sera mis en avant lors des développements concernant les effets de la réforme budgétaire, v. *infra* pp. 310 et s.). Pour ces raisons, il faut bien comprendre les transformations qui vont suivre dans un cadre unitaire, qu'elles concernent les instruments juridiques ou financiers.

<sup>4</sup> L'inverse est évidemment vrai, *i.e.* que le cas américain est intéressant pour éclairer les changements récents et ceux dans lesquels la France pourrait s'engager. La recherche, qui utilise une méthode comparative, ne prétend pas proposer une étude exhaustive (v. *supra* pp. 23 – 25 sur le sens de la comparaison).

## TITRE I) La gouvernance et les transformations des instruments de l'État

Comment évoluent les instruments utilisés par l'État pour encadrer et réguler la vie en société<sup>1</sup> ? La véritable différence entre la gouvernance en France et aux États-Unis semble liée non pas à la présence de certains instruments, qui existeraient d'un côté de l'Atlantique et pas de l'autre, mais plutôt à la manière dont ils sont utilisés compte tenu d'une certaine finalité liée à la conception de la coordination sociale<sup>2</sup>.

Puisque les développements qui suivent vont en priorité s'attarder sur les évolutions à partir des années 1970, il est essentiel pour cadrer la recherche de faire un point synthétique sur les expériences précédentes. Celles-ci démontrent deux choses outre-Atlantique. Tout d'abord, que l'action publique s'est accentuée avec le *New Deal*, mais aussi qu'elle a reflété dès cette période des dissemblances entre les deux côtés de l'Atlantique, conformément à ce qui a été esquissé à la fin de la partie précédente. Aux États-Unis, l'intervention publique mise en œuvre à partir des années 1930 était en effet déjà marquée du sceau du particularisme américain. Comme le relève Laurent Cohen-Tanugi pour montrer qu'il convient de comprendre un modèle mais aussi ses évolutions dans son cadre propre, « les moments de centralité s'intègrent, aux États-Unis, dans leur forme même, au modèle autorégulé »<sup>3</sup>. Concrètement, cette intervention publique, elle-même plurielle eu égard à la structure fédérale, a tout d'abord été plus limitée qu'en France dans son domaine et, ensuite, largement indirecte en privilégiant la réglementation plutôt que la gestion publique<sup>4</sup>. *A contrario*, étant donné son modèle de promotion active de la chose publique par un État titulaire de l'intérêt général, la France est allée beaucoup plus dans le sens d'une action permanente et directe, notamment par la gestion publique de nombreuses activités<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> C'est une approche juridique et non politique qui sera utilisée. Concernant une théorisation en sciences politiques, v. Theodore Lowi, *Four Systems of Policy, Politics and Choice*, *Pub. Admin. Rev.*, vol. 39, 1972, pp. 314 – 325.

<sup>2</sup> Comme souligné *supra*, note 195 p. 201, la démonstration des différences lorsque l'intervention publique est effective semble devoir être menée en prenant en compte deux éléments connexes. Tout d'abord, en étudiant le domaine de la participation des intérêts privés à cette intervention. Ensuite, si cette participation est permise, en détaillant les règles juridiques qui encadrent son exercice.

<sup>3</sup> Laurent Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'État*, PUF, Quadrige, 2<sup>e</sup> éd., 2007, p. 27.

<sup>4</sup> V. Dominique Custos, *Droits administratifs américain et français : sources et procédures*, *RIDC*, vol. 59, n° 2, 2007, pp. 285 – 305, ici pp. 297 – 298. Sur ces grandes formes d'intervention de l'État sur la société abordées *supra*, pp. 149 et s., v. Jacques Chevallier, *Science administrative*, PUF, coll. Thémis, 4<sup>e</sup> éd., 2007, pp. 178 – 190.

<sup>5</sup> Pour une approche historique comparée, v. Bernard Schwartz, *Le droit administratif américain : notions générales* (préf. H. Puget), Sirey, 1952, pp. 22 – 27, surtout pp. 22 – 24.

Ne pas tenir compte de ces bases historiques singulièrement distinctes qui servent de toile de fond comparée aux bouleversements de la gouvernance brouillerait les débats. Par ailleurs, la réalité de l'action publique sous-entend que le mouvement contemporain n'a pas visé forcément et uniquement à faire reculer l'État, c'est-à-dire à diminuer son intervention sur la société au profit de dispositifs de régulations privées<sup>6</sup>. Comme il a déjà été remarqué<sup>7</sup>, les mutations ne marquent le plus souvent pas tant une régression de l'intervention publique qu'une transformation de ses modalités<sup>8</sup>.

Dans ce cadre, il reste à déterminer quelle classification instrumentale serait la meilleure pour rendre compte des dissemblances transatlantiques<sup>9</sup>. Le premier réflexe amène à considérer que c'est la bannière de la « contractualisation » qui permet de regrouper globalement les évolutions pratiques qui intéressent cette recherche. C'est un thème récurrent en France, comme le montre le rapport annuel du Conseil d'État pour l'année 2008<sup>10</sup>. Ce référent est d'autant plus pertinent qu'il est adaptable aux expériences américaines<sup>11</sup>.

Il faut encore à ce stade préciser plusieurs points pour affiner la recherche à partir du thème de la contractualisation. Tout d'abord, la référence au contrat doit être appréhendée de

---

<sup>6</sup> Sont cités comme exemple en France les domaines du droit de la famille ou encore du droit du travail. En synthèse, v. Sandrine Chassagnard-Pinet et David Hiez (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008, pp. 11 – 17.

<sup>7</sup> V. les remarques faites *supra*, pp. 152 – 153, à propos de la déréglementation, en particulier l'article de Jacques Chevallier, Les enjeux de la déréglementation, *RDP*, 1987, n° 2, pp. 281 – 319.

<sup>8</sup> Pour des exemples américains, v. Stephen Breyer, Analyzing Regulatory Failure: Mismatches, Less Restrictive Alternatives, and Reform, *Harv. L. Rev.*, vol. 92, 1979, pp. 547 – 609. En distinguant les fins du gouvernement de ses moyens, Matthew Diller soutient que le mouvement général lié depuis la fin des années 1970 à la gouvernance peut à la fois consister à contester les deux aspects ensemble, soit encore à garder une vision importante sur les fins tout en pensant que les moyens correspondants ne sont pas les meilleurs dans « l'État administratif » (*Administrative State*) classique, et donc qu'il faut faire une place plus grande aux choix privés. V. Redefining the Public Sector: Accountability and Democracy in the Era of Privatization, *Fordham Urb. L. J.*, vol. 28, 2001, pp. 1307 – 1316, ici pp. 1307 – 1308. Paul Light retient un argument proche, en remarquant que la diminution du nombre de « fonctionnaires » fédéraux ne veut pas forcément dire que le gouvernement fédéral fait moins, car il peut faire autant bien que différemment, autrement dit s'appuyer sur des contractants privés, *The True Size of Government*, Washington DC, Brooking Institution Press, 1999.

<sup>9</sup> Charles Eisenmann opposait au niveau des fins deux fonctions sociales de l'État ; l'une normative, l'autre prestative, *Cours de droit administratif*, t. 2, L.G.D.J., 1982, t. 1, pp. 15 – 30.

<sup>10</sup> EDCE, *Le contrat*, *op. cit.* Pour citer quelques exemples, le Conseil d'État distingue entre l'utilisation du contrat comme, d'une part, mode de production de normes et, d'autre part, procédé d'action publique, EDCE, *Le contrat*, *op. cit.* Jacques Chevallier oppose quant à lui l'utilisation du contrat au niveau tant de la prise en charge de l'action publique que de sa mise en œuvre, Loi et contrat dans l'action publique, *CCC*, n° 17, 2004, pp. 81 – 86. À titre comparatif, Jody Freeman souligne que les débats américains font état d'une contractualisation à deux niveaux principaux : « comme instrument de fourniture de biens et de services et comme instrument de réglementation », *The Contracting State*, *Fla. St. U. L. Rev.*, vol. 28, 2000, pp. 155 – 214. Cela démontre que les préoccupations sont semblables.

<sup>11</sup> Pour un exemple, v. Jody Freeman, *The Contracting State*, *op. cit.*, p. 212. C'est le terme de « *privatization* » qui est souvent utilisé outre-Atlantique dans ces situations, mais dans un sens bien différent de la définition française. Il faudra revenir sur ces difficultés terminologiques sources de confusions, *infra*, pp. 245 et s.

manière extensive pour couvrir tout un ensemble de procédés par lesquels l'action publique s'ouvre aux intérêts pluriels de la société, même si cela ne se matérialise pas formellement par un véritable contrat au sens juridique du terme<sup>12</sup>. Ensuite, puisque c'est le cas américain qui est l'objet principal de cette recherche, l'étude portera avant tout sur la contractualisation entre une personne publique et une ou plusieurs personnes privées. Puisqu'ils s'y expriment différemment, il sera moins mis l'accent sur les rapports entre entités publiques<sup>13</sup>. Enfin, les classifications liées à la contractualisation ont généralement un défaut, celui de laisser de côté une partie des problèmes soulevés. En effet, les études menées sur les évolutions oublient régulièrement les aspects financiers<sup>14</sup>. Ce défaut n'est pas dû à une carence française, car ces questions sont souvent spécifiques au système outre-Atlantique. Mais les auteurs américains eux-mêmes oublient fréquemment d'y faire référence, ou au moins de le faire de manière indépendante. Or, « ce serait une erreur de réduire simplement la privatisation à la dérégulation ou au retrait de l'État (...). Le droit fiscal doit être vu (...) comme un instrument essentiel pour créer et déréguler un ordre social fondé sur l'autonomie privée »<sup>15</sup>.

Compte tenu de ces précisions, l'hypothèse comparée à confirmer, à savoir que les instruments de l'État en France et surtout aux États-Unis reflètent un modèle particulier de régulation sociale et donc de droit public qui est approfondi et renouvelé dans le contexte actuel de la gouvernance, doit être étudiée en analysant ses instruments juridiques (chapitre 1) puis financiers<sup>16</sup> (chapitre 2).

---

<sup>12</sup> Ce qui implique, *in fine*, d'interroger l'utilisation de cette référence au « contrat » compte tenu des utilisations disparates. V., *infra*, p. 331.

<sup>13</sup> La première situation est la plus significative de l'évolution de l'action publique aux États-Unis. V. *supra*, note 2 pp. 204 – 205. Les débats aux États-Unis concernant les rapports entre entités publiques sont surtout liés aux aspects financiers du fédéralisme. V. *infra*, note 14 p. 278, et pp. 283 et s. concernant la jurisprudence *South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203 (1987). De la même manière, il ne sera pas traité en détails des questions concernant l'évolution du droit de la fonction publique. V., sur ce point en France, Didier Jean-Pierre, La privatisation du droit de la fonction publique, *JCP A*, n° 29, 15 juillet 2003, pp. 973 – 978.

<sup>14</sup> Pour un exemple récent, v. Jody Freeman et Martha Minow (dir.), *Government by Contract*, *op. cit.* Pour un rare contre-exemple, v. Lester Salamon (dir.), *The Tools of Government. A Guide to the New Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

<sup>15</sup> Lisa Philipps, Taxing the Market Citizen: Fiscal Policy and Inequality in an Age of Privatization, *L. Contemp. Prob.*, vol. 63, 2000, pp. 111 – 132, ici pp. 116 – 117.

<sup>16</sup> Sachant que ces instruments financiers passent aussi par le canal formel du droit.

## Chapitre 1 : Les instruments juridiques

Pour encadrer et réguler la vie en société, l'État adopte d'abord certaines décisions qui se traduisent par l'édiction de règles de portée générale. Il faut donc s'intéresser en premier lieu à l'activité normative, c'est-à-dire aux lois et aux règlements<sup>1</sup> (section 1). Ensuite, il faudra aborder les cas dans lesquels l'État prend en charge la gestion de certaines activités<sup>2</sup> (section 2). Il s'agira, ce faisant, de questionner comment et avec quelles conséquences le droit public encadrant l'action publique permet à cette dernière d'évoluer de façons multiples des deux côtés de l'Atlantique.

### Section 1) La production des normes législatives et réglementaires

En matière d'édiction de normes, la conception proprement américaine issue de l'importance historique de la représentation et de la souveraineté populaires a pour conséquence de faire des lois (§1) et des règlements (§2) le miroir de tous les intérêts de la société<sup>3</sup>. Si c'est leur processus d'élaboration qui fera particulièrement l'objet des recherches

---

<sup>1</sup> Étant entendu qu'il va s'agir de traiter par principe du pouvoir réglementaire général. C'est pour les règlements que le plus de questions se posent, essentiellement parce qu'il n'y a qu'un législateur, mais plusieurs titulaires du pouvoir réglementaire. Pour une approche globale des débats, v. Évelyne Serverin et Arnaud Berthoud, *La production des normes entre État et société civile : les figures de l'institution et de la norme entre États et sociétés civiles*, L'Harmattan, 2000.

<sup>2</sup> C'est là une reprise de la distinction entre les interventions par voie de direction et les interventions par voie de gestion. En détails, v. Pierre Delvolvé, *Droit public de l'économie*, Précis Dalloz, 1998, pp. 19 – 20. V. aussi *supra*, note 9 p. 207. La tentation est grande de parler d'activités de « services publics ». Néanmoins, les spécificités proprement françaises attachées à ce qualificatif obligent à ne pas en abuser. Il faut pareillement souligner que la frontière entre les deux domaines ici séparés n'est pas parfaite. Ainsi, l'exercice du pouvoir réglementaire en France peut être considéré comme l'exercice d'une mission de service public (par exemple pour les ordres professionnels). Néanmoins, il s'agit de situations très spéciales. Enfin, il faut mentionner que l'activité normative des tribunaux sera traitée en section 2 dans le cadre général des activités de justice, *i.e.* non pas en tant que conception de la norme générale, mais application particulière de celle-ci.

<sup>3</sup> Et ce notamment dans le cadre de la valorisation des mécanismes de démocratie participative. Pour Jean-Marie Denquin, celle-ci « cherche à promouvoir une représentation contraire », alors que la démocratie semi-directe vise « le contraire d'une représentation », *Démocratie participative et démocratie semi-directe*, CCC, n° 23, 2007, pp. 95 – 98, ici p. 97. Dans la dialectique entre démocraties représentative, (semi-)directe, et participative, le modèle français marqué par la souveraineté nationale met traditionnellement l'accent sur la première ; les États-Unis faisant la part belle à la seconde et la troisième, tout en ayant aussi promu la première. Il faut toutefois ne pas penser en termes d'exclusivité, comme l'exemple du Grenelle de l'environnement a semblé le démontrer. Sur ce dernier, v. Jacques Bourrinet, *Le Grenelle de l'environnement : une nouvelle approche des politiques environnementales ?*, LPA, n° 81, 22 avril 2008, pp. 81 – 90. Sur les débats concernant la remise en cause de la démocratie représentative traditionnelle, v. Rafaâ Ben Achour, Jean Gicquel et Slobodan Milacic

compte tenu de la nature pluraliste et interactive de la gouvernance, encore faut-il rappeler que la conception américaine du bien public implique une intervention plus limitée dans son étendue qu'en France. Ceci découle de l'importance historique du respect des intérêts privés<sup>4</sup>, dont procède la place centrale des juges dans les pays de *common law*<sup>5</sup>.

## §1. Les normes législatives

Les lois sont adoptées aux États-Unis à différents niveaux, c'est-à-dire tant fédéral, étatique que local<sup>6</sup>. En application des conceptions américaines de l'intérêt public, le peuple et à travers lui les intérêts privés pénètrent ce processus de toutes parts (B). Il est également intéressant de s'interroger plus en amont sur le cadre global dans lequel s'insère cette élaboration, à savoir le financement des campagnes législatives<sup>7</sup> qui, lui aussi, révèle la place prépondérante de ces intérêts<sup>8</sup> (A).

### A. En amont : le financement des campagnes législatives

S'il est important de relever que, sauf pour le Président, il n'existe pas aux États-Unis d'élections au suffrage universel indirect, c'est-à-dire que l'on cherche à rapprocher au maximum le peuple de ses représentants, ou encore que des mandats assez courts obéissent à la même logique, ce sont surtout les règles liées au financement des campagnes électorales qui sont révélatrices du cœur du modèle américaine. Par ce biais et en conformité avec les fondements de son droit public (1), les intérêts multiples de la société civile agissent en effet à

---

(dir.), *La démocratie représentative devant un défi historique*, Bruxelles, Bruylant, 2006. Pour une synthèse récente sur le cas français, v. *La participation des citoyens et l'action publique*, Centre d'analyse stratégique, n° 13, La Documentation française, 2008.

<sup>4</sup> Pour plus de détails sur ces questions, v. *infra*, pp. 334 et s. Il s'agira ici de traiter avant tout de la formation des règles générales, et en premier lieu des lois, et de démontrer comment le modèle américain organise la représentation de tous les intérêts concernés dans le cadre d'un intérêt public conçu comme la somme des intérêts individuels.

<sup>5</sup> V. les remarques sur les rapports historiques entre juge et législateur faites *infra*, pp. 190 – 191. V. Grant Gilmore, *The Ages of American Law*, New Haven, Yale University Press, 1977.

<sup>6</sup> Elles portent différents noms selon les législatures qui les adoptent. Il s'agit souvent de *statutes*, mais aussi de *laws*, ou encore de *resolutions*.

<sup>7</sup> Si ce sont les campagnes législatives qui sont ici concernées, il faut étudier ces dernières dans un cadre général englobant les élections présidentielles. Ce sont donc les « campagnes électorales » qui seront étudiées.

<sup>8</sup> Pour une étude détaillée et comparée des expériences nationales, tant sur le *lobbying* que sur le financement des campagnes électorales ou des partis politiques, v. Thomas Grant (dir.), *Lobbying, Government Relations and Campaign Finance Worldwide. Navigating the Laws, Regulations and Practices of National Regimes*, Oceana publications, Oxford University Press, 2005 (sur la France, pp. 113 – 123 ; sur les États-Unis, pp. 557 – 593).

la source des lois qui seront adoptées au nom du bien public. En restant à l'échelon fédéral<sup>9</sup>, il convient de le démontrer en étudiant comment les fonds privés financent réellement ces campagnes, contournant des règles limitatives souvent inadaptées et dépassées (2).

### 1) Les fondements du régime juridique

La question du financement des campagnes électorales et de son éventuelle réglementation se pose dans tous les pays et n'est pas véritablement nouvelle. Toutefois, les montants en cause aux États-Unis à partir du milieu du siècle dernier ont considérablement accru cette problématique. Il est d'ailleurs nécessaire, avant d'entrer dans le détail des règles applicables, de rappeler certains chiffres. Selon Armand Hage, les élections présidentielles de l'année 2000 ont donné lieu à des dépenses totales de 4 milliards de dollars, alors que celles en France en 2002 n'auraient pas mobilisé plus de 50 millions d'euros<sup>10</sup>. Comme il le remarque, « on s'aperçoit qu'un écart abyssal existe entre les deux pays, même compte tenu de la différence de population »<sup>11</sup>.

Ces données introduisent au fait que les conceptions américaines sur la liberté d'expression, ici appliquées au domaine des idées politiques, empêchent un encadrement efficace malgré les dérives qui sont parfois constatées. La décision de la Cour suprême dans l'affaire *Buckley v. Valeo* de 1976<sup>12</sup>, qui fit suite à la mise en place par une loi fédérale d'un certain encadrement des pratiques lors des campagnes électorales, illustre cette caractéristique. Une Cour largement divisée parvint à déclarer nulles nombre de dispositions, au motif que les limitations prévues étaient attentatoires à la liberté d'expression. Si la Cour a pu accepter les règles encadrant les contributions individuelles aux partis politiques ou celles permettant le financement public, elle a invalidé les mécanismes limitant non seulement les

---

<sup>9</sup> Il existe des règles spécifiques dans chaque État. Dans la mesure où cette étude concerne essentiellement le gouvernement fédéral, il s'agira de s'y intéresser en priorité.

<sup>10</sup> Armand Hage, *Les élections présidentielles américaines*, Ellipses, coll. Les essentiels de la civilisation anglo-saxonne, 2003, pp. 103 – 104. D'une manière générale, v. les développements pp. 65 – 104. Ces chiffres sont repris par Pascal Jan à propos du « coût financier des consultations 2004 », Élections américaines 2004 : système électoral en convalescence, *RDP*, 2005, n° 1, pp. 113 – 117, ici p. 115. Pour l'élection de Barack Obama, *Le Monde* fait état de 1,55 milliards de dollars si « l'on prend en compte l'ensemble des concurrents des primaires démocrates et républicains, puis les sommes recueillies par les deux candidats pour l'élection elle-même », article paru dans l'édition du 5 novembre 2008, p. 5 [même si cela ne met pas à mal la démonstration en termes comparatifs, l'explication de la différence entre les montants ci-dessus mentionnés reste ouverte ; c'est semble-t-il dans l'étendue des consultations populaires que la réponse se trouve. Ainsi, Pascal Jan et Armand Hage paraissent parler non pas seulement de l'élection présidentielle, mais des « consultations » organisées à tous les échelons gouvernementaux autour de ce scrutin national, ce qui augmente considérablement les sommes en jeu].

<sup>11</sup> Armand Hage, *Les élections américaines*, *op. cit.*, p. 104.

<sup>12</sup> 424 U.S. 1 (1976), *Grands arrêts*, *op. cit.*, pp. 841 – 874.

dépenses électorales et le plafonnement des dépenses individuelles en faveur d'un candidat, mais aussi les dépenses engagées par ce dernier sur ses fonds propres<sup>13</sup>.

Ces principes, qui dérivent de la place centrale du Premier amendement en matière politique, impliquent fondamentalement que c'est par la multiplication des possibilités de manifester ses opinions que la société américaine doit avancer, comme l'a parfaitement démontré le financement de la campagne de Barack Obama en 2008<sup>14</sup>. Dès lors apparaît l'idée que les dispositifs mis en place depuis une trentaine d'années pour limiter ces pratiques, tous rendus nécessaires compte tenu des sommes engagées et des risques réels de corruption et de dérives, n'en restent pas moins partiels et largement contournés dans un pays où l'expression, quelle qu'elle soit, est un vertu cardinale dans la réalisation du bien public.

Pour preuve du particularisme américain, il faut souligner à titre comparatif que les règles existantes sont largement en deçà de ce qui peut exister en France<sup>15</sup>, particulièrement concernant le mécanisme central de plafonnement des dépenses électorales<sup>16</sup>.

Cet élément central de différenciation concernant l'étendue de la réglementation ne s'arrête pas là, et nécessite des approfondissements.

## 2) Les conséquences

Il découle du modèle américain que les dispositions actuelles tendant à encadrer la participation des intérêts privés aux campagnes électorales, qui sont déjà moins importantes qu'en France (a), n'ont en plus qu'un effet pratique limité (b).

### (a) Les dispositifs théoriques limitant l'expression des intérêts privés

L'encadrement s'organise de deux façons. D'une part, par la mise en place de limites aux financements privés ( $\alpha$ ) et, d'autre part, par l'instauration d'un financement public ( $\beta$ ).

---

<sup>13</sup> La cour déclare en substance que « Le plafonnement des dépenses prévues par la loi impose des limitations directes et substantielles à l'ampleur de l'expression politique », *ibid.*, p. 848.

<sup>14</sup> L'importance des contributions financières individuelles à cette campagne, notamment grâce à Internet, illustre ce trait typiquement américain.

<sup>15</sup> De manière synthétique, il existe en France pour les élections à la fois un plafonnement des dépenses et une réglementation des moyens de financement. Pour des précisions, v. le rapport d'activité de la Commission nationale des comptes de campagnes et des financements politiques 2007, La Documentation française, 2008, ainsi que les développements de Michel Troper et Francis Hamon, *Droit constitutionnel*, Manuel L.G.D.J., 30<sup>e</sup> éd., 2007 (pp. 565 – 570 pour les élections législatives ; et pp. 586 – 590 pour les élections présidentielles).

<sup>16</sup> Décision n° 89-271 DC du 11 janvier 1990, *Limitation des dépenses électorales*.

### (α) Un encadrement croissant des financements privés

Les dispositions actuelles peuvent être résumées de la façon suivante. Tout d'abord et sous réserve de certaines formalités<sup>17</sup>, les candidats aux élections fédérales peuvent recevoir des dons dans certaines limites, eu égard notamment à la qualité des donateurs. Il peut s'agir soit de particuliers, soit de groupes d'action politique. Certaines dérives constatées récemment ont permis l'adoption en 2002 d'une loi portant sur le sujet, le *Bipartisan Campaign Reform Act*, déclarée constitutionnelle à une très courte majorité par la Cour suprême<sup>18</sup>. Cette loi, si elle favorise le financement de la campagne d'un candidat par les personnes privées, interdit au contraire ce financement par les entreprises, les groupes de pressions et les syndicats, ce qui s'appelle aux États-Unis la *soft money*. C'est pourquoi, en conséquence de cette interdiction générale, les plafonds des donations individuelles ont été augmentés. Une personne peut ainsi verser jusqu'à 2300 dollars. Ce montant est calculé par élection, ce qui veut dire qu'un individu peut faire deux fois don de 2300 dollars à un candidat : lors de sa campagne pour les primaires, et de nouveau pour la campagne concernant les élections générales<sup>19</sup>. Les dons en faveur des groupes d'action politique sont eux aussi encadrés.

Ces dispositions semblent *a priori* assez proches de ce qui se passe en France depuis les réformes des années 1980-1990, notamment en ce qui concerne l'interdiction faite aux entreprises et autres groupes d'intérêts qui sont les plus susceptibles d'influencer le législateur.

### (β) L'instauration d'un financement public

En 1971, le gouvernement fédéral créa un fonds de financement public à l'intention des candidats à la présidence, lequel est alimenté par un prélèvement volontaire sur une partie des impôts des contribuables. Ce financement est bicéphale en ce qu'il permet de soutenir les campagnes liées tant à la désignation du candidat lors des primaires dans un parti politique qu'à l'élection présidentielle elle-même. Par conséquent, les prétendants peuvent se prévaloir d'un système de financement dans le cadre duquel le gouvernement fournit des fonds aux campagnes qualifiées. Mais, fort logiquement, tout candidat qui accepte ces fonds publics

---

<sup>17</sup> Une commission spéciale a été créée à cet effet, la *Federal Election Commission (FEC)*.

<sup>18</sup> *McConnell v. Federal Election Commission*, 540 U.S. 92 (2003).

<sup>19</sup> Un couple marié peut verser deux fois le montant individuel maximum, soit 9200 dollars pour une élection.

s'engage à respecter un plafonnement de dépenses, et il lui est interdit de solliciter ou de dépenser des fonds privés une fois qu'il a reçu l'investiture de son parti.

En parallèle, la France a aussi mis en place un financement public mais pour toutes les élections, qui implique pareillement pour les candidats de respecter certaines obligations, rapprochant les expériences transatlantiques. Il s'agit toutefois d'une similitude de façade, comme d'ailleurs en ce qui concerne les points évoqués plus hauts, tant les règles outre-Atlantique sont théoriques et contournées de toutes parts.

#### (b) Un véritable financement par des fonds privés aux États-Unis

Le véritable visage du financement des campagnes électorales américaines, conformément à son modèle, réapparaît à deux niveaux. Tout d'abord, lorsque l'on se rend compte que les bornes ci-avant étudiées sont contournées ( $\alpha$ ) et, ensuite, quand il est constaté que la pratique entraîne pour les candidats de ne plus recourir au financement public, permettant aux sommes engagées dans les campagnes de ne pas connaître de plafonds ( $\beta$ ).

#### ( $\alpha$ ) Des limites contournées

L'interdiction du *soft money* issue de la loi de 2002, pourtant considérée dans un cadre bipartisan comme nécessaire pour éviter les dérives, semble être théorique puisque ces dispositions ont pu être contournées. En effet, les contributions en principe interdites peuvent tout de même être versées via des comités qui bénéficient d'une exonération fiscale au titre des organisations politiques. Ces groupes sont appelés « Associations 527 », en référence à l'article 527 du code fiscal américain. Il s'agit de groupements créés pour aider financièrement un candidat, et qui en pratique autorisent des groupes politiques indépendants à récolter des fonds sans les contraintes infligées aux candidats. Ainsi, elles peuvent recueillir des dons de particuliers mais aussi d'entreprises.

Ces groupes jouent un rôle essentiel car n'importe qui peut créer une association de ce type, avec n'importe quel fonds et dans n'importe quel but. Elles financent généralement des campagnes de dénigrement de l'adversaire en multipliant les spots de publicité. Leur rôle dans la campagne de 2004 contre le candidat démocrate John Kerry fut important, en ce qu'elles ont très largement tenté de contester le passé militaire du Sénateur. Ceci démontre encore une fois la difficulté aux États-Unis d'encadrer les élections politiques et donc, en filigrane, la liberté d'expression, tant est si bien que la loi de 2002 est inefficace pour beaucoup

d'auteurs<sup>20</sup>. La jurisprudence américaine précédemment évoquée, favorable à un certain encadrement de cette liberté en matière politique, a d'ailleurs été récemment amendée<sup>21</sup>.

Une autre preuve des spécificités américaines est donnée par le rejet croissant du financement public.

### (β) Un financement public délaissé

Jusqu'en l'an 2000, les candidats majeurs pour les élections présidentielles avaient utilisé le système de financement public, c'est-à-dire accepté les fonds du gouvernement contre la promesse de ne pas dépenser plus qu'un montant spécifié. Sans faire preuve de candeur compte tenu des financements privés parallèles, cette acceptation semblait tempérer certains excès.

Ce fragile équilibre est néanmoins remis en cause depuis quelques années. Les candidats se détournent peu à peu de ce mécanisme qu'ils jugent peu intéressant parce que le plafond imposé des dépenses est trop bas et très inférieur aux montants qu'ils peuvent mobiliser de sources privées. En l'an 2000, George W. Bush a renoncé au financement public pour les primaires de son parti. Quatre ans plus tard, le sénateur John Kerry et le gouverneur Howard Dean, tous deux candidats démocrates, ont rejoint le président candidat à sa réélection en choisissant de ne pas avoir recours au financement public pour les primaires. La campagne pour l'élection de novembre 2008 constitue un autre tournant important en la matière. Pour la première fois, celui qui n'était encore que le candidat démocrate à l'élection présidentielle, Barack Obama, a franchi un pas supplémentaire en annonçant qu'il n'utiliserait pas le financement public pour les élections générales, au contraire de John Mc Cain<sup>22</sup>. Son argumentation, basée notamment sur les problèmes qu'avaient connus John Kerry quatre ans plus tôt, a consisté à soutenir que l'acceptation du financement public, pourtant un thème initial de sa campagne, l'empêcherait de pouvoir répondre à l'action parallèle des associations 527 susceptibles de porter atteinte à son image. Il a souhaité garder les mains libres.

---

<sup>20</sup> Pour Armand Hage, « Dans la réalité, les rôles joués par les différents acteurs dans le financement des élections ne changeront pas fondamentalement », *Les élections américaines, op. cit.*, p. 97.

<sup>21</sup> Dans une décision *Election Commission v. Wisconsin Right to Life*, 551 U.S. \_ (2007), la Cour suprême a apporté de nouveau certaines limites à la constitutionnalité de la réglementation du financement des campagnes électorales, semblant marquer un retour à l'orthodoxie de la jurisprudence *Valeo*.

<sup>22</sup> Étant lui-même à la base de la réforme de 2002, il ne pouvait pas adopter la même attitude que son concurrent démocrate. La différence de ressources financières s'est matérialisée dans les derniers jours du scrutin, où le futur président a pu s'offrir sur les grandes chaînes de télévision américaine trente minutes de promotion, au prix d'un investissement financier très important.

Il s'agit là de la dernière preuve de la profonde difficulté aux États-Unis d'encadrer la participation des citoyens et, ce faisant, celle de tous les intérêts de la société, les plus désintéressés comme les plus partisans, aux campagnes électorales. En comparaison, la France se distingue notamment par l'existence d'une stricte réglementation des dépenses électorales, et les chiffres énoncés plus haut corroborent ces différences substantielles. Cela se comprend étant donné le cadre américain particulier dans lequel les multiples intérêts présents dans la société sont la matrice des décisions adoptées. Il n'est dès lors pas étonnant de voir qu'au-delà du financement des campagnes, ces intérêts participent ensuite directement au processus législatif lui-même. Ce sont les deux faces d'une même pièce représentant la façon de réaliser l'intérêt public<sup>23</sup>.

## B. Le processus d'élaboration des lois

Les intérêts privés infiltrent de manière très apparente tout le dispositif de formation de la loi outre-Atlantique ; cela constitue un contraste avec le cas français<sup>24</sup>, même s'il ne faut pas caricaturer les choses. Si c'est le lobbying qui en constitue l'exemple topique, il faut appréhender ce trait fondamental du droit américain d'une manière plus large. Il est utile de distinguer le succès grandissant que connaissent les techniques de démocratie directe ou semi-directe, d'une part (1), de cette tendance à la contractualisation au sein des mécanismes de la démocratie représentative, d'autre part (2).

### 1) Intérêts privés et démocratie directe ou semi-directe

Trois mécanismes permettent en synthèse au peuple de faire entendre sa voix et d'être associé au pouvoir législatif<sup>25</sup>. Tout d'abord, l'initiative populaire et le veto populaire. La première consiste à permettre aux citoyens de proposer l'adoption d'une loi sur un sujet

---

<sup>23</sup> Si la problématique est différente au niveau réglementaire car il n'y a pas d'élections, le système fonctionne sur les mêmes principes.

<sup>24</sup> Pour un exemple symptomatique du traitement de l'élaboration de la loi par la doctrine française, v. Roland Drago (*et al.*), *La confection de la loi*, PUF, coll. Cahier des sciences morales et politiques, 2005 ; Catherine Puigelier (dir. ; préf. J. Foyer), *La loi : bilan et perspectives*, Economica, coll. Études juridiques, vol. 22, 2005, spécial. pp. 7 – 71 concernant « l'élaboration de la loi » ; Pierre Avril et Jean Gicquel, *Droit parlementaire*, Montchrestien, coll. Domat droit public, 3<sup>e</sup> éd., 2004 ; ou encore Jean-Claude Bécane et Michel Couderc, *La loi*, Dalloz, coll. Méthode du droit, 1994. Dans tous ces ouvrages, les préoccupations sur les intérêts privés ou le lobbying sont lointaines. Pour une évolution, v. Sandrine Chassagnard-Pinet et David Hiez (dir.), *La contractualisation de la production normative*, *op. cit.*

<sup>25</sup> Le droit de pétition du Premier amendement pourrait être cité, même s'il n'a pas été souvent appliqué. Il faut aussi souligner que la démocratie semi-directe aux États-Unis concerne souvent le domaine constitutionnel.

déterminé, alors que le second permet, toujours à leur initiative, de bloquer une loi (avant ou après son entrée en vigueur). À ces techniques il faut ensuite ajouter le référendum *stricto sensu*, qui permet cette fois aux gouvernants de prendre l'initiative de consulter la population sur un texte.

Si ces procédés ne sont pas propres aux États-Unis<sup>26</sup>, ils y connaissent une ancienneté et une importance indéniables<sup>27</sup>, sauf au niveau fédéral<sup>28</sup>. Ainsi, de nombreux États fédérés, surtout à l'ouest et au sud du pays<sup>29</sup>, prévoient de telles possibilités<sup>30</sup>. Il faut de ce fait reconnaître « non seulement la vivacité de l'initiative et du référendum aux États-Unis, mais l'existence d'un véritable droit référendaire américain »<sup>31</sup>. D'une manière générale, selon Francis Hamon et Michel Troper, « ces procédures sont de plus en plus utilisées : en 2006, près de 200 mesures ont été soumises au référendum dans 32 États »<sup>32</sup>, sachant que ces mécanismes non plus au niveau des États mais au niveau local sont beaucoup plus importants encore<sup>33</sup>. La dernière élection présidentielle ne doit d'ailleurs pas masquer le fait que plus de 150 consultations infra-fédérales étaient organisées en parallèle, le plus souvent sur des questions de société comme l'avortement<sup>34</sup> ou le mariage homosexuel<sup>35</sup>.

---

<sup>26</sup> La Suisse est souvent citée comme un exemple. V. Michel Troper et Francis Hamon, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 132 – 133.

<sup>27</sup> Étant ici rappelé que les Pères fondateurs de la Constitution américaine avaient pourtant mis l'accent sur l'importance de la démocratie représentative. Les évolutions dans les États fédérés débutent à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle.

<sup>28</sup> Le référendum au niveau fédéral a été rejeté dès l'origine par Madison, et ce par crainte des conséquences du jeu des factions.

<sup>29</sup> Pour une étude détaillée en la matière, v. Didier Nedjar, Initiative et référendum aux États-Unis. Contribution à l'étude des normes d'origine populaire et du droit référendaire, *RDP*, 1993, n° 6, pp. 1585 – 1642 ; ainsi que Thomas Gliozzo, *L'état fédéré américain* (préf. O. Gohin), Bruxelles, Bruylant, coll. Bibliothèque européenne, Droit constitutionnel – Science politique, vol. 4, 2004, pp. 469 et s., spéc. le tableau pp. 476 – 477.

<sup>30</sup> La spécificité américaine apparaît encore plus lorsque l'on sait qu'existe également la possibilité de révoquer (*recall*) certains fonctionnaires par voie de référendum. Assez rare en réalité et bien que ne concernant pas la loi, cette pratique a néanmoins récemment permis d'obtenir la destitution de l'ancien gouverneur démocrate de Californie Gray Davis, dans un État qui passe pour un pionnier dans les pratiques référendaires. V. l'étude du Sénat, *Le référendum d'initiative populaire*, Les documents de travail du Sénat, Série législation comparée, n° 110, 2002, qui lui fait une large place.

<sup>31</sup> Didier Nedjar, Initiative et référendum aux États-Unis, *op. cit.*, p. 1641.

<sup>32</sup> Michel Troper et Francis Hamon, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 133.

<sup>33</sup> Didier Nedjar soutient que ces procédures sont « responsables chaque année de l'adoption de plusieurs centaines de normes constitutionnelles ou législatives dans les États américains, et de plusieurs milliers de décisions locales », Initiative et référendum aux États-Unis, *op. cit.*, p. 1641.

<sup>34</sup> Globalement, les tentatives de limiter le recours à l'avortement ont été rejetées, notamment dans le Dakota du Sud et le Colorado.

<sup>35</sup> L'Arizona, la Floride, mais surtout la Californie ont interdit ces unions. Dans ce dernier État, sa Cour suprême avait pourtant autorisé ces mariages quelques mois plus tôt, ce qui n'a pas manqué de créer un vide juridique pour les couples unis dans l'intervalle. Cette même Cour a reconnu le 26 mai 2009 la constitutionnalité dudit référendum, tout en déclarant valables les mariages proclamés entre temps.

Ces dispositions plurielles aux États-Unis démontrent l'importance de la participation de la diversité sociale à la production législative, notamment dans un cadre comparé avec la France. Cette dernière a connu des évolutions, tant en ce qui concerne le recours au référendum<sup>36</sup> qu'aux procédures d'initiatives populaires<sup>37</sup>, et ce encore récemment avec la révision constitutionnelle de l'été 2008<sup>38</sup>. Dans l'attente des premiers résultats, il faut cependant souligner qu'il y a un pas important à franchir entre l'insertion de telles dispositions dans le droit positif et leur application effective comme aux États-Unis.

## 2) Intérêts privés et démocratie représentative

Dans le prolongement de ce qui vient d'être évoqué, le peuple se voit également reconnaître aux États-Unis une place importante dans tout le travail qui contribue à l'élaboration de la loi dans les assemblées délibérantes, marquant l'importance des techniques de démocratie participative<sup>39</sup> (a). Une place particulière doit être consacrée au lobbying (b).

### (a) Cadre général

Alors qu'en France le gouvernement est à l'origine de la grande majorité des lois votées, ce qui implique que les projets de lois sont élaborés dans le cénacle des ministères de

---

<sup>36</sup> Mis à part les référendums constitutionnels, les référendums législatifs ont fait l'objet d'une innovation importante dans la Constitution de 1958, puisque son article 11 prévoyait pour la première fois cette possibilité. Toutefois, la pratique ne permit pas de lui donner, loin s'en faut, la valeur de principe qu'elle a outre-Atlantique. L'élargissement des cas de recours par la loi constitutionnelle du 4 août 1995 n'a pas changé les choses, et Francis Hamon et Michel Troper pouvaient à ce titre encore souligner il y a peu que « l'extension du domaine du référendum n'a encore donné lieu à aucune application », *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 609.

<sup>37</sup> Le référendum d'initiative populaire a été absent en France jusqu'à très récemment. Le Sénat notait à ce propos en 2002 qu'« En France, le référendum d'initiative populaire, *i.e.* le référendum organisé à l'initiative d'une fraction du corps électoral, n'est pas prévu par la Constitution », *Le Référendum d'initiative populaire, op. cit.*, p. 1. L'évolution eut lieu par la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003, qui a introduit à l'article 72-1 des dispositions prévoyant le principe du référendum décisionnel local et un droit de pétition des citoyens afin de demander (mais pas d'obtenir avec certitude comme le prévoyait le projet initial) l'inscription à l'ordre du jour d'une assemblée locale d'une question relevant de sa compétence. Ces possibilités ont été encadrées par la loi constitutionnelle du 1<sup>er</sup> août 2003.

<sup>38</sup> La réforme constitutionnelle adoptée prévoit la mise en place d'un véritable droit d'initiative populaire au niveau national et non plus seulement local (dispositif à l'initiative d'1/5<sup>e</sup> des membres du Parlement, soutenu par 1/10<sup>e</sup> des électeurs inscrits sur les listes électorales ; le texte ira d'abord devant le Parlement ; si la proposition n'est pas examinée dans le délai d'un an par les deux assemblées, le Président de la République soumet la question à référendum). Il faut attendre l'épreuve des faits pour apprécier la portée de ce dispositif.

<sup>39</sup> Ce concept relativement nouveau n'en reste pas moins encore « flou » pour certains. V. Slobodan Milacic, Propos introductifs, *in*. R. Ben Achour, J. Gicquel et S. Milacic (dir.), *La démocratie représentative devant un défi historique, op. cit.*, p. 30. Sur ces incertitudes, v. Jean-Marie Denquin, *Démocratie participative et démocratie semi-directe, op. cit.*

la République, aux États-Unis, la séparation des pouvoirs suppose que les assemblées législatives, et notamment le Congrès, ont un pouvoir beaucoup plus important en la matière. C'est en leur sein que la confection des lois a lieu, et plus précisément dans les multiples commissions et sous-commissions compétentes.

Ces dernières organisent très souvent des auditions (*hearings*), c'est-à-dire des « procédés par lesquels les législateurs ou leurs représentants reçoivent des témoignages concernant la législation qui pourrait être adoptée »<sup>40</sup>. Comme en France, les deux chambres du Congrès ne sont pas obligées de procéder à ces pratiques. Toutefois, contrairement à la situation française, l'usage entraîne un développement exponentiel de ces pratiques outre-Atlantique. De plus, là où en France ce sont des experts qui sont auditionnés pour leurs compétences, aux États-Unis, toute personne intéressée est susceptible d'être entendue, la procédure étant en principe obligatoirement ouverte au public. Il s'agit là d'un point qui n'est pas anecdotique, car il démontre que partout le droit américain prévoit des possibilités d'expression de tous les intérêts de la société sur tel ou tel point. À chaque fois l'originalité du modèle américain concernant la manière d'y penser le bien public est palpable. Il faut surtout s'intéresser à partir de là à la pratique du lobbying qui est la plus représentative.

#### (b) La question du lobbying

Le dispositif américain ( $\alpha$ ) peut être étudié avec intérêt en contraste avec un schéma français traditionnellement réfractaire<sup>41</sup> ( $\beta$ ).

#### ( $\alpha$ ) Le dispositif américain

Le lobbying, défini comme « L'acte de tenter de persuader un législateur – tel un sénateur ou un député dans les États fédérés, ou un membre du Congrès – d'introduire une proposition de loi ou de voter de façon particulière sur une loi en discussion »<sup>42</sup>, « n'est pas

---

<sup>40</sup> Bryan Garner (dir.), *Black's Law Dictionary* (ci-après *Black's Law Dictionary*), St Paul, West Group, 1999, 7<sup>th</sup> éd., p. 725.

<sup>41</sup> Pour une étude comparée, v. l'ouvrage dirigé par Jean Garrigues, *Les groupes de pression dans la vie politique contemporaine en France et aux États-Unis de 1820 à nos jours*, Presses Universitaire de Rennes, 2002. En détails, v. Grégory Houillon, *Le lobbying en droit public*, Thèse, dact., Paris V, 2008, surtout pp. 225 – 299.

<sup>42</sup> *The Guide to American Law: Everyone's Legal Encyclopedia*, St. Paul, West Group, 12 vols., 1983, ici vol. 7, p. 211.

interdit »<sup>43</sup>, nonobstant les dérives et les suspicions qu'il suscite<sup>44</sup>. Les États-Unis y voient l'expression indispensable des intérêts de la société<sup>45</sup>.

Toutefois, comme pour les campagnes électorales, le lobbying n'opère pas à l'époque moderne en dehors de tout cadre juridique. Une réglementation existe en effet, qui vise non pas à l'interdire mais à l'encadrer et à le rendre plus transparent. Son but a été résumé en 1992 par le Sénateur Carl Levin, lorsqu'il soutenait que « L'objectif de nos réglementations sur le lobbying est de dire au public qui est payé pour cette activité, combien, pour influencer qui, et avec quel dessein »<sup>46</sup>. Ceci est important pour bien comprendre les règles mises en place au niveau fédéral, qui sont nées autour de la Seconde guerre mondiale avec deux lois importantes : le *Foreign Agents Registration Act (FARA)* de 1938<sup>47</sup>, et surtout le *Federal Regulation of Lobbying Act (FRLA)* de 1946. Ces deux textes n'avaient pas pour objet de réglementer au fond le lobbying, mais plutôt d'en encadrer formellement l'exercice, notamment à partir d'un enregistrement des groupes intervenants. De plus, le *FRLA*, conçu comme étant la norme applicable, se révéla inadapté, essentiellement car son champ d'application était restreint. La jurisprudence tempéra aussi quelque peu les pouvoirs du Congrès, notamment dans sa décision *United States v. Harriss* de 1954<sup>48</sup>. Cette réglementation a encore été amendée en 1995 avec le *Lobbying Disclosure Act (LDA)*, puis de nouveau récemment<sup>49</sup>.

Malgré les dispositifs, la pratique fait toujours l'objet de dérives<sup>50</sup>. Il y a là un parallélisme avec ce qui se passe pour le financement des campagnes électorales. D'ailleurs, une éventuelle réforme de la législation applicable n'aurait pour but que de tenter de tempérer les abus en augmentant les garanties procédurales, pas de limiter en tant que tel ce symbole aux États-Unis de l'importance des intérêts privés dans la détermination de l'intérêt public<sup>51</sup>.

---

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> Le dernier scandale en date étant celui de l'affaire visant Jack Abramoff autour de la promotion des activités de jeu dans les casinos, afin que le Congrès adopte une législation favorable.

<sup>45</sup> Pour un cadre conceptuel, v. Laurent Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'État, op. cit.*, surtout pp. 202 – 213.

<sup>46</sup> Cité in *History of the Lobbying Disclosure Act*, disponible sur le site Internet [www.citizen.org](http://www.citizen.org), p. 1.

<sup>47</sup> Afin de limiter l'influence potentielle des agents étrangers et de leur propagande sur la politique américaine.

<sup>48</sup> 347 U.S. 612 (1954). Dans cette affaire, le *FLRA* fut contesté comme étant trop vague. La Cour suprême, bien que confirmant la constitutionnalité de cette loi, n'en déclara pas moins qu'elle devait être circonscrite à certains cas spécifiques, empêchant ses dispositions de trouver une application générale.

<sup>49</sup> *Honest Leadership and Open Government Act (HLOGA)* de 2007.

<sup>50</sup> L'affaire Abramoff précitée est postérieure aux législations évoquées. Sur les dérives, il faut remarquer qu'aux États-Unis un des plus puissants lobbies, celui des personnes âgées, regroupe plus de 30 millions de personnes. Sur cet exemple, v. Olivier Le Picard, Jean-Christophe Adler et Nicoles Bouvier, *Lobbying. Les règles du jeu*, éd. d'Organisation, 2000, pp. 197 – 198.

<sup>51</sup> Il existe aux États-Unis différents ouvrages répertoriant tous les lobbies et autres groupes de pression qui ont pignon sur rue (v. not. Immanuel Ness, *Encyclopedia of Interest Groups and Lobbyists in the United States*,

## (β) Les interrogations en France

La France est historiquement opposée à la reconnaissance du lobbying, et c'est une méthode de « concertation » qui lui a été en quelque sorte substituée<sup>52</sup>. La différence est essentielle, car « Le lobbying procède de la société en direction de l'État, la concertation, de l'État vers la société »<sup>53</sup>.

Il faut cependant sortir d'une vision trop simpliste consistant à soutenir que la France n'est ni concernée, ni interrogative quant à ces pratiques. Sur le premier point, différents événements récemment dénoncés ne paraissent être que le cœur émergé de l'iceberg<sup>54</sup>. En somme, ces pratiques existent et ne doivent pas être niées. Sur le second point, un bon exemple provient des réflexions récentes du Parlement lui-même, notamment d'un rapport d'information de la Commission des affaires économiques de l'Assemblée Nationale<sup>55</sup>. Ce document commence en disant que, « Pour être efficaces, les politiques doivent être humbles. Dans un monde de plus en plus complexe, comment réussir une politique sans associer à sa définition ceux qui la mettent en œuvre ? »<sup>56</sup>. Partant de là, le texte fait des propositions pour favoriser la pratique du lobbying en l'encadrant strictement. Ces débats sont alimentés par l'Union européenne, dans la mesure où les actes communautaires sont adoptés selon une procédure qui ressemble plus au modèle américain que français<sup>57</sup>.

C'est un code de bonne conduite qui a été adopté par le Bureau de l'Assemblée nationale le 2 juillet 2009, autour du principe de l'inscription des lobbyistes sur un registre. S'il ne faut pas, de ce simple fait, conclure à une révolution, c'est-à-dire à considérer dorénavant que l'intérêt général sera issu de la simple agrégation des intérêts privés exprimés, il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'une évolution historique tangible. Si certains diront qu'il

---

Armonk, Sharpe Reference, 2000), ou d'autres qui donnent les règles du jeu en la matière (v. John Zorack, *The Lobbying Handbook*, Washington DC, Beacham Pub., 1990).

<sup>52</sup> Laurent Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'État*, op. cit., p. 208.

<sup>53</sup> *Ibid.*, pp. 148 – 149.

<sup>54</sup> L'affaire Virgin est de celle-ci, dans laquelle l'entreprise avait voulu faire bénéficier aux parlementaires de certains avantages dans l'espoir de faire entendre ses intérêts. De manière générale, v. Hélène Constanty et Vincent Nouzille, *Députés sous influences. Le vrai pouvoir des lobbies à l'Assemblée Nationale*, Fayard, 2006.

<sup>55</sup> Publié en janvier 2008, présenté par le député Jean-Paul Charié, et intitulé « *Livre bleu du lobbying* », rapport n° 613.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>57</sup> La Commission exprimait la nécessité d'accroître la participation de la société civile aux politiques européennes dans son Livre blanc sur la gouvernance, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2001. Le Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe appuyait aussi dans ce sens. V. ses articles 45 à 49, qui cherchaient à coupler démocratie représentative et démocratie participative. Pour une histoire du lobbying en Europe, v. Daniel Guéguen, *Lobbying européen*, L.G.D.J., coll. Europolitique, 2007.

n'y a là qu'une confirmation de pratiques anciennes, cette reconnaissance explicite, non sous la forme d'une interdiction mais d'un encadrement, interroge<sup>58</sup>.

Il est possible de dégager des éléments qui précèdent l'idée qu'aux États-Unis, les intérêts privés se voient donner la possibilité de peser énormément dans tout le processus qui aboutit à l'édiction des lois, marquant ces dernières d'une empreinte plurielle et interactive. *A contrario*, la France met encore en exergue l'exemple d'une assez grande distance entre ces intérêts et le législateur, bien que certaines évolutions ne puissent être passées sous silence<sup>59</sup>. Il s'agit de la matérialisation des conceptions divergentes de l'intérêt public étudiées en première partie.

Il faut toutefois se garder d'en rester là et approfondir la recherche. En effet, le XX<sup>e</sup> siècle a été l'occasion du développement exceptionnel de l'appareil administratif et des fonctions de l'État. La question s'est alors posée de savoir si le pouvoir législatif pouvait déléguer une partie de ses attributions au pouvoir réglementaire. C'est dans ce cadre que l'implication des personnes privées à l'action publique s'est posée de manière renouvelée, mais avec un résultat similaire. Cela est d'autant plus important que c'est à ce sujet que la logique de la gouvernance a joué un rôle déterminant au cours des dernières décennies.

## §2. Les normes réglementaires

Face aux besoins des sociétés complexes, les États-Unis comme tous les pays démocratiques ont connu à l'époque moderne un mouvement tendant à déléguer une partie croissante de la fonction législative au sens matériel du terme. Il en a découlé outre-Atlantique une augmentation importante de l'intervention publique. Toutefois, le particularisme

---

<sup>58</sup> V. <http://www.assemblee-nationale.fr/representants-interets/index.asp> N'est-ce pas ouvrir une boîte de Pandore qui aboutirait à un système américain, dont Jean-Paul Charié dit que le lobbyiste y « est aussi un acheteur du monde politique, ce qu'il convient impérativement d'éviter », *Livre bleu du lobbying*, *op. cit.*, p. 83.

<sup>59</sup> Il serait faux d'opposer frontalement les États-Unis et la France. En effet, il est indéniable que le modèle français de production de normes est soumis à certaines évolutions. Il en va également de la volonté de limitation de son volume et de l'amélioration de sa qualité. V., à ce sujet, les critiques répétées du Conseil d'État, notamment dans son Rapport public 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, EDCE, n° 57, La Documentation française, 2006. La réforme de la Constitution française de juillet 2008 a, à ce sujet, instauré l'obligation de publication d'une étude d'impact sur les projets de lois (v. la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009, ainsi que la Décision n° 2009-579 DC du 9 avril 2009, *Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*). Il n'en reste pas moins que la France reste globalement éloignée des pratiques américaines. La dernière campagne présidentielle semble avoir confirmé cet état de fait. Ainsi, Ségolène Royal, qui avait fait de la démocratie participative un des thèmes de sa campagne, a échoué à en donner un contenu concret. Elle proposait surtout la mise en place de « jurys citoyens » compétents pour contrôler et évaluer les lois adoptées. Cela représentait une remise en cause du principe de la démocratie représentative, rapprochant le système français des procédures américaines de *recall* ci-dessus évoquées.

américain reprend ses droits lorsque deux éléments sont pris en compte. Le premier consiste à voir que cet apport est bien spécifique à son modèle, en plaçant des organes particuliers, les agences<sup>60</sup>, et plus spécifiquement une catégorie originale en leur sein, les agences indépendantes<sup>61</sup>, au centre de cette fonction réglementaire (A). Cette singularité apparaît par ailleurs avec éclat à la façon bien particulière dont est organisée l'élaboration formelle des règlements sur un modèle participatif très ouvert, copie de ce qui se passe pour la loi (B).

#### A. La fonction réglementaire au cœur de l'action publique américaine

Les agences sont aux États-Unis au cœur de l'interventionnisme public sur la société (1). Ce rôle a toutefois sensiblement évolué au cours des dernières décennies compte tenu d'un changement de paradigme en matière de régulation sociale, ouvrant des perspectives comparées intéressantes avec la France, notamment dans le domaine économique (2).

##### 1) L'importance traditionnelle des agences

Le rôle des agences, et surtout des agences indépendantes (a), découle des larges délégations législatives du Congrès (b).

##### (a) Le rôle historique des agences indépendantes

La création des premières agences date de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, d'abord dans le domaine économique<sup>62</sup> puis, bien après, dans le domaine social. C'est dans ce cadre que la

---

<sup>60</sup> Comme l'Administration en France, les agences américaines ont une double mission. D'une part, une fonction d'élaboration de normes, *i.e.* d'édiction de règlements (*rulemaking*) et, d'autre part, une fonction d'application de ces normes à des situations précises (*adjudication*). Dominique Custos résume ces tâches en disant qu'elles « peuvent être assimilées respectivement à l'adoption d'un acte réglementaire et d'un acte individuel », La notion américaine de régulation, *in* G. Marcou et F. Moderne (dir.), *Droit de la régulation*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2005, vol. 1, pp. 145 – 165, ici p. 160. Si ces deux aspects sont importants, le particularisme américain sur l'*adjudication* ne sera pas traité. Pour une présentation très détaillée en la matière, v. Alfred Aman, *Administrative Law and Process. Cases and Materials*, Lexisnexus/Matthew Bender, 2<sup>nd</sup> ed., 2006, pp. 209 et s.

<sup>61</sup> La notion « d'agences » recouvre en effet outre-Atlantique tout un ensemble d'autorités. Globalement, il existe d'une part des agences exécutives, qui correspondent en France aux services ministériels, et d'autre part les agences indépendantes. Sur cette distinction essentielle, v. *infra*, pp. 224 – 225.

<sup>62</sup> La première étant l'*Interstate Commerce Commission (ICC)*, créée par l'*Interstate Commerce Act* de 1887 pour l'activité des chemins de fer. La décision importante dans ce cadre est *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1876), précitée. Pour une histoire de la *regulation* fédérale aux États-Unis, v. Élisabeth Zoller, Droit et régulation, conférence prononcée le 27 octobre 2008 devant l'Académie des Sciences Morales et Politiques (disponible sur le site Internet de l'Académie, document non paginé) ; ainsi que Robert Rabin, Federal Regulation in Historical Perspective, *Stan. L. Rev.*, vol. 38, 1986, pp. 1189 – 1326. V., aussi, Stephen Wood, Don Fletcher et Richard

notion juridique particulière de *regulation* y est apparue, laquelle recouvre deux sens, à savoir une fonction et un acte<sup>63</sup>. En restant dans son aspect fonctionnel<sup>64</sup>, il est essentiel pour comprendre le rôle primordial des agences de relever que l'intervention étatique outre-Atlantique « est conçue essentiellement sous forme réglementaire »<sup>65</sup>, et qu'elle passe justement « par l'intermédiaire d'agences ou de Commissions indépendantes de l'exécutif »<sup>66</sup>. Par analogie, « l'interventionnisme américain ne revêt que très exceptionnellement la forme d'un entreprise publique »<sup>67</sup>. Ce rôle central illustre le particularisme américain en matière d'action publique, en démontrant qu'elle est tangible aux États-Unis depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>68</sup>, mais à travers un procédé propre. Par conséquent apparaît une différence historique essentielle déjà esquissée<sup>69</sup>. En France, c'est la voie de la gestion publique qui a souvent été privilégiée, particulièrement concernant les activités économiques (électricité, transports, etc.) dans le cadre de véritables politiques de planification d'ensemble<sup>70</sup>, alors qu'aux États-Unis c'est la réglementation de ces domaines qui a été privilégiée à travers une intervention indirecte sur des entreprises privées<sup>71</sup>.

Si les agences sont au cœur de la fonction réglementaire, et donc au cœur de l'intervention publique aux États-Unis, il ne faut néanmoins pas négliger le rôle du Congrès et du juge. En effet, c'est bien le pouvoir législatif qui vient créer ces organismes et encadrer leur rôle, et le pouvoir judiciaire ne manque évidemment pas aux États-Unis de jouer un rôle capital dans cet exercice.

La dissemblance américaine est d'autant plus remarquable qu'elle doit être comprise en évoquant la différenciation fondamentale concernant la nature des agences. Il existe, d'un côté, les agences exécutives intégrées dans un département ministériel, qui restent ce faisant

---

Holley, Regulation, Deregulation and Re-regulation: An American Perspective, *B.Y.U. L. Rev.*, 1987, pp. 381 – 465.

<sup>63</sup> C'est là une source déjà évoquée des difficultés françaises pour appréhender la « régulation », qui ne recouvre pas les mêmes phénomènes et surtout ne renvoie pas aux mêmes réalités des deux côtés de l'Atlantique. Sur ces questions, v. *supra*, pp. 15 – 16.

<sup>64</sup> La régulation-acte, *i.e.* concrètement l'élaboration des règlements, sera étudiée *infra*, pp. 235 et s.

<sup>65</sup> Jacques Chevallier, Les enjeux de la déréglementation, *RDP*, 1987, n° 2, pp. 281 – 319, ici p. 288.

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> Dominique Custos, La notion américaine de régulation, *op. cit.*, p. 155.

<sup>68</sup> Il faut souligner que les activités régaliennes font historiquement l'objet d'une gestion publique aux États-Unis et en France, au moins depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, même si des évolutions significatives apparaissent. V. *infra*, pp. 243 et s.

<sup>69</sup> V. les remarques générales faites *infra*, p. 206. À ce titre, l'Europe continentale est plus proche de la France que des États-Unis.

<sup>70</sup> V. Pierre Delvolvé, *Droit public de l'économie*, *op. cit.*, p. 322. Sur les planifications économiques dans le cadre de l'aménagement du territoire, pp. 322 – 425.

<sup>71</sup> Pour une présentation synthétique de ces dissimilitudes, v. Bertrand du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences Po et Dalloz, coll. Amphithéâtre, 2004, pp. 94 – 96.

sous le contrôle de l'exécutif et, de l'autre, les agences indépendantes, qui sont éloignées des influences présidentielles et politiques<sup>72</sup>. Le modèle de l'agence indépendante a été dégagé par la Cour suprême dans une décision *Humphrey's Executor v. United States*<sup>73</sup>. Dans cette affaire, le président Roosevelt avait démis de ses fonctions un membre d'une agence, le dénommé Humphrey, qui s'était opposé à la mesure. Dans une décision unanime, la Cour vint à juger que le Président avait outrepassé ses pouvoirs. Dans ce bras de fer, la Cour chercha à casser l'accroissement des pouvoirs du Président qui aurait découlé du contrôle par ce dernier de toutes les agences, notamment par le pouvoir de révocation. Cette consécration de l'indépendance de nombreuses agences américaines implique qu'elles sont traditionnellement libres de mener la politique réglementaire qu'elles souhaitent. Comme le remarque Dominique Custos, « C'est dans cette hypothèse que l'agence exprime l'originalité institutionnelle du système polycentrique américaine de régulation »<sup>74</sup>, système qui a été en quelque sorte la marque de fabrique de la période allant du *New Deal* à la fin des années 1960. Par la jurisprudence *Humphrey*, la Cour suprême a interdit au Président de penser l'intérêt public comme un intérêt général transcendant. Le pouvoir exécutif et plus globalement l'action fédérale ont été atomisés, c'est-à-dire pensés sans véritable unité, contrairement à l'Europe ou à la France<sup>75</sup>. L'augmentation de l'intervention publique a de la sorte été tempérée et encadrée dans la tradition américaine. Il s'agit d'une caractéristique proprement américaine, marquée par la nécessité de séparer au maximum les pouvoirs pour éviter les abus, quitte à priver l'ensemble de cohérence, voire à pouvoir considérer que ces agences indépendantes sont un quatrième pouvoir dans l'État<sup>76</sup>.

Au-delà des caractéristiques des agences ici évoquées, typiques du modèle américain, il faut interroger la rationalité de leur intervention à partir des rapports entre l'État et le marché. Comme l'écrit Gérard Marcou concernant le système développé à partir des années 1930 et jusque dans les années 1970, « la réglementation était une alternative à la concurrence, inexistante ou impuissante à garantir que l'intérêt public soit satisfait. La réglementation limitait ou même excluait la concurrence, par les droits exclusifs qu'elle

---

<sup>72</sup> Cette indépendance a été initialement pensée comme nécessaire compte tenu de la fonction d'*adjudication* des agences, *i.e.* la fonction qui implique que ces dernières statuent sur les droits individuels. Ce faisant, ce critère s'est aussi appliqué à la fonction réglementaire.

<sup>73</sup> 295 U.S. 602 (1935), *Grands arrêts*, *op. cit.*, pp. 435 – 442.

<sup>74</sup> Dominique Custos, La notion américaine de régulation, *op. cit.*, p. 152.

<sup>75</sup> Jacques Chevallier retient « qu'aux États-Unis le développement de l'administration fédérale s'est effectuée, à partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, non pas en suivant la logique de l'unitarisme bureaucratique, mais dans un cadre relativement souple et pluraliste », *Science administrative*, *op. cit.*, p. 337.

<sup>76</sup> À ce sujet, v. le célèbre rapport de la commission d'enquête présidée par Louis Brownlow en 1937, *Report of the Committee with Studies of Administrative Management in the Federal Government*.

permettait d'accorder »<sup>77</sup>. Il est ainsi essentiel de souligner que, pendant cette période et même si c'est de manière plus limitée qu'en France et selon un principe décentralisé, la régulation publique a fréquemment pris le pas sur le contrat qui découlait de la croyance dans l'harmonie spontanée du marché<sup>78</sup>.

Avant d'approfondir ce point compte tenu du retournement des dernières décennies, il est nécessaire de s'attarder sur les circonstances dans lesquelles les agences ont pu exercer une réelle influence sur la société.

#### (b) La constitutionnalité des délégations législatives aux agences

La possibilité pour le pouvoir législatif de déléguer une partie de ses fonctions aux agences, et en premier lieu le pouvoir d'édicter des normes<sup>79</sup>, est encadrée par la séparation des pouvoirs. Poser cette question revient à interroger ce que les Américains appellent la « doctrine de la non déléation » (*Non delegation doctrine*), qui interdit en théorie au Congrès de déléguer son pouvoir législatif à d'autres entités<sup>80</sup>. Confrontée à ces sujets, la Cour suprême a reconnu, notamment dans sa décision *J. W. Hampton, Jr. & Co. v. United States*<sup>81</sup>, la possibilité de ces attributions de compétences sous la double réserve qu'elles ne soient pas totales et qu'elles donnent un principe intelligible susceptible de guider l'action de l'agence dans sa mission. Si cette règle a parfois entraîné une déclaration d'inconstitutionnalité<sup>82</sup>, il faut reconnaître qu'il s'est agi d'exceptions circonstanciées. En effet, le principe est

---

<sup>77</sup> Gérard Marcou, Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé, in G. Marcou et F. Moderne (dir.), *Droit de la régulation*, op. cit., pp. 11 – 63, ici p. 20.

<sup>78</sup> V. Élisabeth Zoller, *Droit et régulation*, op. cit.

<sup>79</sup> Une question similaire s'est posée concernant la délégation à l'exécutif de la fonction judiciaire (art. III de la Constitution de 1787). Puisque l'étude porte sur le *rulemaking* et non l'*adjudication*, cette problématique ne sera pas analysée, bien qu'elle obéisse en synthèse à des solutions semblables à la délégation du pouvoir législatif. V. Alfred Aman, *Administrative Law and Process*, op. cit., pp. 576 et s.

<sup>80</sup> C'est « Le principe basé sur le concept de séparation des pouvoirs qui limite la possibilité pour le Congrès de transférer son pouvoir législatif à une autre branche du gouvernement, spécialement à la branche exécutive », *Black's Law Dictionary*, op. cit., p. 438. Cette doctrine paraît appliquée avec vigueur au niveau des États. V. Catherine Donnelly, *Delegation of Governmental Power to Private Parties. A Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 127 – 137. Il faut souligner que cette doctrine sera aussi appliquée pour interroger la validité des délégations de la gestion d'activités publiques à des personnes privées. Le point commun est qu'elle n'est pas d'un grand secours au niveau fédéral pour limiter ces intrusions du secteur privé.

<sup>81</sup> 276 U.S. 394 (1928).

<sup>82</sup> Pour la violation du premier critère, i.e. pour avoir donné des pouvoirs trop importants au Président, v. *Schechter Poultry Corp. et al. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935), *Grands arrêts*, op. cit., pp. 424 – 432. Pour la violation du second critère, i.e. l'absence de standards, v. la décision *Panama Refining Co. et al. v. Ryan et al.*, 293 U.S. 388 (1935), *ibid.*, pp. 410 – 422.

clairement acquis aujourd'hui que le Congrès dispose de très larges pouvoirs en la matière<sup>83</sup>, si bien que, depuis le milieu des années 1930, aucune loi n'a été sanctionnée dans ce cadre par la Cour suprême. La seule réserve découle du fait que l'agence bénéficiaire de la délégation doit s'y conformer strictement, ce qui reste assez vague, donc peu contraignant.

Il n'y a cependant là rien d'exceptionnel, car la France a aussi permis de tels transferts, qui ont même été constitutionnalisés<sup>84</sup>. La véritable problématique qui s'y est posée, dans la mesure où « le premier ministre édicte la quasi-totalité (de l'ordre de 95 %) des décrets réglementaires »<sup>85</sup>, a été de savoir si l'article 21 de la Constitution n'interdisait pas que le pouvoir réglementaire puisse être délégué par la loi à une autorité administrative autre que le Premier ministre. Dans ce cadre, le Conseil constitutionnel a accepté ces délégations tout en les encadrant<sup>86</sup>, de sorte que, si ces pratiques sont admises, notamment au profit de ministres, c'est à l'heure actuelle à propos des Autorités administratives indépendantes (AAI) que la doctrine ne manque pas de s'interroger<sup>87</sup>. Comparées aux agences américaines<sup>88</sup>, leur éventuel pouvoir réglementaire reste beaucoup plus limité<sup>89</sup>, tout en ayant des compétences plus ou moins importantes de sanctions, d'injonctions, voire de résolutions des différends.

Il ne faut pas en rester aux relations à l'intérieur du gouvernement. En effet, une autre question s'est posée outre-Atlantique, celle de savoir si la délégation législative pouvait bénéficier non plus aux agences mais directement à des personnes privées, et dès lors si ces

---

<sup>83</sup> Pour John Nowak et Ronald Rotunda, « Aujourd'hui, la Cour suprême permet au Congrès de partager son pouvoir législatif avec la branche exécutive en déléguant des aspects de ce pouvoir aux agences exécutives », *Constitutional Law*, 5<sup>th</sup> ed., St. Paul, West Group, 1995, p. 157.

<sup>84</sup> Avec le jeu des articles 34, 37 et 38 de la Constitution de 1958. Une différence fondamentale réside toutefois dans la compétence de principe du Congrès en matière d'édition de la réglementation. L'exécutif n'a un rôle en la matière que par délégations, contrairement à ce qui se passe en France depuis 1958.

<sup>85</sup> René Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. Domat droit public, t. 1, 15<sup>e</sup> éd., 2001, p. 653.

<sup>86</sup> Il a décidé que cet article confère « au Premier ministre, sous réserve des pouvoirs reconnus au Président de la République, l'exercice du pouvoir réglementaire à l'échelon national », Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, consid. 15. Si ces dispositions « ne font pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de l'État autre que le Premier ministre le soin de fixer des normes permettant de mettre en œuvre une loi, c'est à la condition que cette habilitation ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu », même consid.

<sup>87</sup> Arnaud Haquet, Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes. Réflexions sur son objet et sa légitimité, *RDP*, 2008, n° 2, pp. 395 – 420.

<sup>88</sup> Sur cette question et plus généralement sur la différenciation entre les agences et les AAI, v. *infra*, pp. 232 et s.

<sup>89</sup> Dominique Custos parle de « conditions draconiennes imposées aux AAI », Agences indépendantes de régulation américaines et autorités administratives indépendantes, *RPMP*, vol. 20, 2002, pp. 66 – 84, ici p. 76. Cela démontre les différences substantielles entre les AAI et les agences indépendantes aux USA. V. Conseil d'État, Rapport public 2001, *Jurisprudence et avis de 2000 ; Les Autorités Administratives Indépendantes*, La Documentation française, n° 52, 2001, p. 294. Peu d'AAI en France ont ce pouvoir réglementaire : v. le rapport présenté au Sénat par Patrice Gélard, *Les autorités administratives indépendantes*, Office parlementaire d'évaluation de la législation, 2006, pp. 53 – 54.

personnes pouvaient exercer un pouvoir réglementaire par habilitation législative. Aux États-Unis, de telles pratiques ont historiquement été regardées avec méfiance. Laurence Tribe a résumé cette idée en soulignant que l' « hostilité juridictionnelle à un pouvoir de réglementation privé représente un thème persistant dans le droit constitutionnel américain »<sup>90</sup>. La Cour Suprême a pris soin de noter la spécificité en la matière dans l'affaire *Carter v. Carter Coal Co.*<sup>91</sup>. Il s'agissait pour un groupe privé de charbon, en application d'une loi, de pouvoir adopter des normes applicables à l'ensemble d'un secteur, et donc potentiellement à des concurrents directs. La Cour a déclaré l'inconstitutionnalité, en retenant qu'il s'agissait d'une « délégation législative dans sa forme la plus désagréable »<sup>92</sup>, puisqu'elle ne bénéficiait pas à un organisme public mais privé.

Cette position de principe, réfractaire aux délégations législatives « privées », a pourtant été atténuée par la suite, ou plutôt faudrait-il dire qu'elle s'est moulée dans le système américain des agences. Comme cela avait été le cas pour les transferts bénéficiant à ces dernières après les deux décisions de 1935 mentionnées ci-dessus, la jurisprudence de la Cour suprême a reconnu la validité des tels transferts, notamment dans l'affaire *Sunshine Anthracite Coal Co v. Adkins*<sup>93</sup>, à partir du moment où une agence exerçait *in fine* un contrôle. C'est pourquoi la majorité de la doctrine tend à considérer aujourd'hui que ces pratiques sont finalement possibles<sup>94</sup>, en soulignant qu'il suffit pour ses auteurs de prévoir qu'une agence aura à intervenir à un moment ou à un autre du processus pour passer le contrôle de la Cour suprême<sup>95</sup>.

L'interdiction de principe des délégations législatives aux personnes privées est donc elle aussi nuancée en pratique. Cela permet de comprendre la spécificité des débats en cette matière. Puisque les agences doivent à peine de nullité toujours garder un rôle dans la participation des personnes privées, il peut être difficile d'évaluer réellement le rôle de ces dernières et l'ampleur de leur implication<sup>96</sup>. En comparaison<sup>97</sup>, il existe en France des

---

<sup>90</sup> Laurence Tribe, *American Constitutional Law*, vol. 1, NY, Foundation Press, 3<sup>d</sup> ed., 2000, p. 993.

<sup>91</sup> 298 U.S. 238 (1936), *Grands arrêts, op. cit.*, pp. 444 – 455.

<sup>92</sup> 298 U.S. 238 (1936), p. 311 de l'arrêt.

<sup>93</sup> 310 U.S. 381 (1940). V. aussi *Currin v. Wallace*, 306 U.S. 1 (1939).

<sup>94</sup> Par exemple, John Nowak et Ronald Rotunda notent de façon liminaire après de longs développements sur la délégation que « cette question ne constitue pas un problème majeur », *Constitutional Law, op. cit.*, p. 157. Dans le même sens, v. Donna Nagy, *Playing Peekaboo with Constitutional Law: The PCAOB and Its Public / Private Status*, *Notre Dame L. Rev.*, vol. 80, 2005, pp. 975 – 1071, not. p. 1059.

<sup>95</sup> Jody Freeman, *The Private Role in Public governance*, *N.Y.U. L. Rev.*, vol. 75, n°3, 2000, pp. 543 – 675, ici p. 586.

<sup>96</sup> C'est ce que relève Jody Freeman, *The Contracting State*, *Fla. St. U. L. Rev.*, vol. 28, 2000, pp. 155 – 214, p. 193.

frontières à la délégation du pouvoir réglementaire<sup>98</sup>, et ce dans la mesure où « sont nulles ou en tout cas sans effet les conventions relatives à l'exercice d'un pouvoir de décision unilatérale »<sup>99</sup>. Dès lors, il semble judicieux de déplacer les débats, car la spécificité américaine par excellence réside surtout dans la large possibilité ouverte aux personnes privées de participer à la procédure d'élaboration des règlements au sein des agences, ce qui matérialise une sorte de compromis entre l'existence de ces dernières et la conception américaine de la représentation et de la souveraineté populaires. Avant d'analyser ces procédures, il faut étudier l'évolution du rôle des agences à partir des années 1970.

## 2) Les transformations contemporaines

Les bases historiques qui viennent d'être présentées permettent de comprendre une grande partie des dissemblances qui ont dès le départ existé entre l'action publique en France et aux États-Unis. Le retournement de tendance des années 1970 lié au rejet croissant de l'intervention publique eut donc des conséquences distinctes selon que l'étude porte sur les États-Unis (a) ou sur la France (b).

---

<sup>97</sup> Il est intéressant à titre illustratif de faire un détour par le droit communautaire et de se reporter à la décision de la CJCE *Meroni et Cie c/ Haute autorité de la CECA*, aff. 9/56, 13 juin 1958. Elle a marqué l'inadéquation du cadre institutionnel communautaire à une large délégation de pouvoirs à des agences de régulation. En l'espèce, la délégation bénéficiait comme dans l'affaire précitée *Carter v. Carter Coal Co.* à des organismes privés. En détails, v. Jacqueline Dutheil de la Rochère, Les agences de régulation européenne : quels problèmes juridiques ?, in *Terres du droit : mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009, pp. 57 – 70, not. pp. 65 – 68. Pour une mise en perspective, v. Stéphane Rodrigues, Quelques considérations juridiques en faveur d'un statut pérenne des autorités européennes de régulation, *AJDA*, n° 22, 14 juin 2004, p. 1179 – 1182. Globalement, les agences européennes ont un pouvoir beaucoup moins important que leurs homologues américaines, notamment en ce qui concerne leur activité réglementaire.

<sup>98</sup> La France ne présente pas une situation qu'il est *a priori* possible d'opposer absolument. En effet, certaines personnes privées peuvent se voir déléguer un pouvoir réglementaire s'exerçant comme prérogative de puissance publique dans le cadre de la mission de service public qui peut elle-même leur être confiée. Ainsi en va-t-il pour les ordres professionnels. Néanmoins, en dehors de ces cas très particuliers, il reste en droit français un principe clair selon lequel le pouvoir réglementaire n'est pas sujet à contractualisation (v. René Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 500, et not. l'arrêt du Conseil d'État du 20 janvier 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole privé*, Rec. p. 22, concl. R. Denoix de Saint-Marc). En détails, v. Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, Manuel L.G.D.J., 5<sup>e</sup> éd., 2006, pp. 55 – 57. Plus globalement, v. André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, 2 t., L.G.D.J., 2<sup>e</sup> éd., 1983, t. 1, pp. 44 – 53 (les auteurs distinguent deux matières qui échappent au contrat : tout d'abord eu égard à leur nature, ensuite compte tenu de l'effet de la loi).

<sup>99</sup> Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 55. Pour l'interdiction concernant les compétences de police administrative, v. Jacques Moreau, De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel, *AJDA*, 20 janvier 1965, pp. 3 – 17.

(a) Les mutations américaines : de la *deregulation* à la crise financière

De par leur rôle central en la matière, la contestation aux États-Unis à partir de la fin des années 1960 de l'intervention publique a concerné avant tout les agences<sup>100</sup>, et surtout les agences indépendantes<sup>101</sup>. Elles ont été considérées, d'une part, comme ayant été capturées par les intérêts privés qu'elles étaient censées contrôler et, d'autre part, comme inefficaces compte tenu des avancées de la science économique, c'est-à-dire principalement du théorème de Coase<sup>102</sup>.

Cette remise en cause a interrogé le sens de la régulation américaine<sup>103</sup>, en contestant la régulation sociale par la loi et le règlement. L'évolution est résumée ainsi par Elisabeth Zoller : « La vieille régulation était extérieure au marché ; la nouvelle régulation s'est intériorisée à lui, elle s'est cousue dans sa logique en s'appropriant les règles de la main invisible et en se confondant avec les lois économiques »<sup>104</sup>. Il s'est alors opéré une profonde transformation puisque la *regulation* s'est transformée en un mouvement inverse de *deregulation*, mouvement d'autant plus important que lorsque les agences voient leur rôle remis en question, c'est bien le cœur de l'interventionnisme public américain qui est interrogé. En effet, la portée de ce mouvement est bien spécifique aux États-Unis, dans la mesure où « la diminution du nombre des règles ne traduit un recul de l'empire de l'État sur la vie sociale que là où, comme aux États-Unis, il s'agit de la forme privilégiée d'intervention étatique »<sup>105</sup>. En d'autres termes, ce mouvement a clairement matérialisé « une expérience décisive de désengagement de l'État »<sup>106</sup>. L'objectif majeur a été de croire non plus dans les vertus de l'intervention publique organisée par des experts désintéressés censés agir au mieux pour le bien public, mais bien de revenir aux vertus coordinatrices issues de l'harmonie naturelle du marché, autrement dit de promouvoir partout et toujours la concurrence. En

---

<sup>100</sup> Pour une synthèse de ce mouvement, v. Joseph Kearney et Thomas Merrill, *The Great Transformation of Regulated Industries Law*, *Colum. L. Rev.*, vol. 98, 1998, pp. 1323 – 1409.

<sup>101</sup> Il faut par ailleurs souligner qu'à partir des années 1970, la création de nouvelles agences a abandonné le critère de l'indépendance étant donné les problèmes rencontrés, à savoir l'impossibilité de contrôler leur action. Il en va ainsi dans le domaine de l'environnement avec l'*Environment Protection Agency (EPA)* en 1970.

<sup>102</sup> V. *supra*, pp. 81 et s.

<sup>103</sup> Pour une synthèse à la fin des années 1970 de la critique du travail des agences et des propositions de réforme, v. Stephen Breyer, *Analyzing Regulatory Failure: Mismatches, Less Restrictive Alternatives, and Reform*, *Harv. L. Rev.*, vol. 92, 1979, pp. 547 – 609. L'auteur y « suggère d'abandonner la vision simpliste selon laquelle des marchés libres 'imparfaits' nécessitent l'introduction d'une réglementation gouvernementale 'parfaite' », p. 609. Du même auteur, v. *Regulation and its Reform*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.

<sup>104</sup> Elisabeth Zoller, *Droit et régulation*, *op. cit.*

<sup>105</sup> Jacques Chevallier, *Les enjeux de la déréglementation*, *op. cit.*, p. 288.

<sup>106</sup> Luc Rouban, *Évaluation des politiques publiques et mouvement de dérégulation aux États-Unis*, *RFAP*, n° 29, 1984, pp. 85 – 115, ici p. 90.

somme, cette dérégulation aux États-Unis s'est présentée « comme une nouvelle philosophie de l'action gouvernementale, l'intervention étatique étant évaluée dans ses coûts et ses avantages au regard d'autres alternatives dont la logique s'articule autour de la restauration partielle ou totale au secteur privé de ses capacités régulatrices »<sup>107</sup>. Ce faisant, les agences n'ont plus pu intervenir que dans l'hypothèse où existait de manière caractérisée une défaillance du marché (*market failure*).

Les effets pratiques de ce retournement sur le volume et la rationalité des règlements des agences furent importants<sup>108</sup>, et ils ont connu des développements jusque sous l'administration de George W. Bush<sup>109</sup>. Ce phénomène eut pour conséquence la plus radicale un retour en arrière pur et simple au marché, c'est-à-dire l'abrogation de lois ayant créé certaines agences<sup>110</sup>, mais aussi la disparition des contrôles d'accès au marché et des limitations tarifaires, la promotion de l'autorégulation, etc.<sup>111</sup>. Ce mouvement a également abouti à l'utilisation du marché par certaines agences pour atteindre leurs objectifs. Le domaine traditionnellement visé est celui de l'environnement, dans lequel l'agence fédérale (*EPA*) a pu créer un marché de la pollution à la place des strictes obligations qui pesaient sur les pollueurs<sup>112</sup>. Il y a là substitution à une technique coercitive d'une autre technique qui fait appel à la coordination naturelle du marché. Cela n'implique pas un retrait de l'État mais

---

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 93.

<sup>108</sup> Dominique Custos retient quatre moyens poursuivis dans la recherche généralisée d'efficacité : la prise en compte de l'impact de la réglementation, la limitation de sa durée de vie, sa révision périodique et son absence d'application (la première étant la plus importante puisqu'elle est d'application générale) ; La notion américaine de régulation, *op. cit.*, p. 163. L'encadrement du rôle des agences par la rationalité économique depuis la fin des années 1970 a été accentué par les administrations successives, surtout grâce à l'intervention croissante de l'*Office of Management and Budget (OMB)* du Président américain, et en son sein de l'*Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA)*. Les agences ont été obligées de recourir avant chaque nouveau règlement à une évaluation « coûts – bénéfices ». Pour une synthèse sur ces dispositifs, v. EDCE, *Sécurité juridique et complexité du droit*, *op. cit.*, pp. 310 – 311. En détails, v. La simplification administrative aux États-Unis, in *Éliminer la paperasserie. La simplification administrative dans les pays de l'OCDE*, éd. OCDE, 2003, pp. 145 – 196.

<sup>109</sup> Le Président Bush a modifié en janvier 2007 l'*Executive Order* 12866 (devenant l'*Executive Order* 13422) pour accentuer l'influence de la rationalité économique dans le travail des agences. Ce décret présidentiel ne manque pas de poser des questions juridiques importantes dans le contexte américain de séparation des pouvoirs, notamment quant à la volonté affichée par le pouvoir exécutif d'affirmer son emprise sur les agences, et surtout sur les agences indépendantes. Sur ces débats, v. Michael Hissam, *The Impact of Executive Order 13422 on Presidential Oversight of Agency Administration*, *Geo. Wash. L. Rev.*, vol. 76, 2008, pp. 1292 – 1307.

<sup>110</sup> La plus citée concerne le transport aérien à travers l'adoption de l'*Airline Deregulation Act* de 1978, qui déboucha sur la disparition de l'agence correspondante. D'autres mesures proches seront adoptées par la suite dans les secteurs de l'audiovisuel, des télécommunications, et des banques. Elles sont détaillées par Jacques Chevallier, *Les enjeux de la dérégulation*, *op. cit.*, pp. 306 – 309. De la même façon, en 1995, un décret présidentiel mit fin à plus de 10 % des règlements applicables.

<sup>111</sup> Ceci a donc conduit, pour reprendre les mots de Gérard Marcou, « à engager une politique dont l'objet était de supprimer les réglementations qui faisaient obstacle au jeu de la concurrence », *Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>112</sup> V. la réforme du *Clean Air Act* en 1990. La mise en œuvre du Protocole de Kyoto obéit à une logique similaire, avec en Europe la création depuis 2005 d'un marché du CO<sub>2</sub>. Il s'agit ici d'une application des principes posés par Ronald Coase concernant les externalités telle qu'étudiée *supra*, pp. 81 et s.

plutôt une transformation de ses modes d'intervention, démontrant encore une fois que la gouvernance est protéiforme et qu'elle est loin d'être réductible à la seule diminution du domaine de la régulation publique<sup>113</sup>.

Au final, dans le contexte de crise financière apparue en 2008, la politique de dérégulation du monde de la finance engagée depuis les années 1980 et accentuée récemment par Christopher Cox, directeur de l'agence chargée aux États-Unis du contrôle des marchés boursiers (*Security and Exchange Commission, SEC*), a été vivement contestée<sup>114</sup>. Ce dernier n'a d'ailleurs pas manqué de relever les limites de ces mesures<sup>115</sup>. Plus généralement, les problèmes récents révèlent les risques de la promotion absolue de la concurrence<sup>116</sup>, ainsi que du rôle très libre des agences indépendantes dans un schéma américain décentralisé<sup>117</sup>.

Ces données sur le modèle américain impliquent d'interroger maintenant les évolutions françaises, et c'est la mise en place des AAI qui est ici significative.

#### (b) Les évolutions françaises : le rôle des AAI

C'est dans le contexte des transformations de l'État que s'est posée l'importante question de la compatibilité avec le modèle français des AAI mises en place à partir de la fin des années 1970<sup>118</sup>, principalement dans le domaine de l'économie bien qu'elle ne s'y réduise pas<sup>119</sup>. Il s'est agi d'interroger les transformations à partir d'un rôle historique dans ces secteurs de la gestion publique des activités correspondantes sous la forme des monopoles publics (l'électricité, le gaz, etc.). Le désengagement de cette gestion directe par la privatisation a posé la question de la coordination des nouveaux domaines et du rôle de l'État,

---

<sup>113</sup> En détails, v. Stephen Breyer, *Regulation and its Reform*, *op. cit.* V. *supra*, note 7 p. 207.

<sup>114</sup> John McCain ayant réclamé sa démission pendant la campagne pour l'élection présidentielle de 2008.

<sup>115</sup> Ainsi pouvait-il déclarer peu après le déclenchement de la crise financière que le programme mis en place par l'agence qu'il dirigeait et tendant à favoriser la mise en place d'une réglementation volontaire par les entreprises concernées par le domaine financier était abandonné, car cela ne marchait pas (v. le lien suivant : <http://www.sec.gov/news/press/2008/2008-230.htm>).

<sup>116</sup> Cette crise semble ouvrir une autre phase impliquant une croyance moins forte dans les vertus du marché. V. *infra*, conclusion générale pp. 427 et s.

<sup>117</sup> Et ce même si l'intervention croissante de l'OMB dans l'action des agences a pu quelque peu tempérer une indépendance qui n'est plus absolue.

<sup>118</sup> Pour le Conseil d'État, « trois justifications essentielles ont pu être avancées pour la création des autorités administratives indépendantes : offrir à l'opinion une garantie renforcée d'impartialité des interventions de l'État ; permettre une participation élargie de personnes d'origines et de compétences diverses, et notamment de professionnels, à la régulation d'un domaine d'activité ou au traitement d'un problème sensible ; assurer l'efficacité de l'intervention de l'État en termes de rapidité, d'adaptation à l'évolution des besoins et des marchés et de continuité dans l'action », EDCE, *Les AAI*, *op. cit.*, p. 275. En détails, pp. 275 et s.

<sup>119</sup> Ainsi les AAI interviennent dans de nombreux domaines. Pour l'essentiel, dans la régulation de l'économie mais aussi pour la protection des droits des citoyens. V. EDCE, *Les AAI*, *op. cit.*, not. pp. 307 – 308.

dans un cadre qui rompait avec la planification telle qu'entendue en France depuis la fin de la Seconde guerre mondiale<sup>120</sup>.

Cette problématique a été résolue par la création des AAI autour du thème de la « régulation »<sup>121</sup>, et ce sur un schéma qui se rapproche, à première vue, de celui des agences américaines, et qui reflète une mutation importante de l'intervention étatique française<sup>122</sup>. Ce faisant, la question qui s'est posée est celle de l'évolution d'un modèle qui fait traditionnellement de la production des normes une décision politique unitaire et non négociée. En effet, le propre des AAI est de produire des actes moins directifs et plus informels en associant les destinataires<sup>123</sup>.

Il s'agit à n'en pas douter d'un changement important<sup>124</sup>, et il est pertinent de poser avec Pierre Brunet et Richard Moulin la question de l'« influence d'une conception polycentrique de l'État »<sup>125</sup>. Néanmoins, cela ne semble pas impliquer une révolution, car le rôle des AAI a été rendu compatible avec le modèle hexagonal. Comme le remarque Jacques Chevallier, elles permettent de protéger des domaines sensibles « à la fois de la pression des groupes d'intérêts et de l'emprise du pouvoir politique »<sup>126</sup>. Dès lors, « Il n'y a pas là une victoire du privé sur le public, puisqu'il s'agit toujours de dispositifs contraignants, qui ne sont pas abandonnés aux acteurs et au contrat, mais expriment un interventionnisme par nature juridique »<sup>127</sup>, de sorte qu'« on ne peut guère parler d'un progrès du libéralisme, puisque la concurrence est régulée autoritairement »<sup>128</sup>. Les objectifs suivis par les AAI ne se résument de ce fait pas à faciliter partout et tout le temps la concurrence, mais également à

---

<sup>120</sup> V. Pierre Delvolvé, *Droit public de l'économie*, *op. cit.*, en détails pp. 323 et s.

<sup>121</sup> Marie-Anne Frison-Roche définit alors la régulation comme « un ensemble de techniques articulées entre elles pour organiser ou maintenir des équilibres économiques dans des secteurs qui n'ont pas, pour l'instant de par leur nature, la force et les ressources de les produire eux-mêmes », *La victoire du citoyen-client*, *Sociétal*, n° 30, 2000, pp. 49 – 54, ici p. 49. Sur la régulation, v. *supra*, pp. 15 – 16.

<sup>122</sup> V., en synthèse, EDCE, *L'intérêt général*, *op. cit.*, pp. 328 – 332.

<sup>123</sup> Laurence Calandri parle d'actes « invitatifs », *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, t. 259, 2008, pp. 213 et s., ici p. 213.

<sup>124</sup> Pour Jacques Chevallier, c'est « une conception nouvelle de l'État qui se profile à travers elles », *L'État post-moderne*, L.G.D.J., coll. Droit et Société série politique, t. 35, 3<sup>e</sup> éd., 2008, p. 87.

<sup>125</sup> Pierre Brunet et Richard Moulin, *Droit public des interventions économiques*, L.G.D.J., coll. droit des affaires, 2007, p. 153. Pour Jacques Chevallier, il y a là le « un risque de balkanisation progressive des structures et d'éclatement des politiques publiques » (l'auteur souligne), *Régulation et polycentrisme dans l'administration française*, *RA*, n° 301, 1998, pp. 43 – 53.

<sup>126</sup> Jacques Chevallier, *Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes*, *JCP-G*, 1986, n° 3254.

<sup>127</sup> Marie-Anne Frison-Roche, *La victoire du citoyen-client*, *op. cit.*, p. 52.

<sup>128</sup> *Ibid.*

favoriser des obligations d'intérêt général<sup>129</sup>. C'est pourquoi Guylain Clamour a pu retenir que, « Fondamentalement, la régulation sectorielle c'est la recherche d'une conciliation entre la concurrence et les missions de service public ainsi qu'entre la concurrence et les autres exigences d'intérêt général »<sup>130</sup>. Cela distingue par conséquent l'expérience française des évolutions ayant marqué les agences américaines depuis les années 1970 quant à la promotion généralisée de la compétition.

Cette différenciation paraît d'autant plus devoir être effectuée que les AAI ont également été intégrées dans un schéma administratif français qui garde les traits de l'unité. L'élément important dans ce cadre est la subordination de leur pouvoir réglementaire, car « Les nouveaux titulaires ne sont admis qu'à la condition d'une hiérarchisation, tranchant avec le schéma américain qui admet des titulaires concurrents, rivaux du Président »<sup>131</sup>. C'est notamment pourquoi, eu égard au système américain, il est pertinent de substituer avec une partie de la doctrine « l'autonomie » à la réelle « indépendance » comme caractéristique première des AAI<sup>132</sup>. Dans le schéma français, « c'est l'État qui a la responsabilité principale de la détermination des règles qu'il revient à l'autorité de régulation de faire appliquer »<sup>133</sup>. *A contrario*, dans la vision américaine, les agences indépendantes ont traditionnellement une mission beaucoup plus importante.

En définitive et nonobstant des transformations certaines, il perdure avec les AAI un principe d'unité dans le modèle normatif français autour de la conciliation entre concurrence et intérêt général. Il y a donc évolution, mais pas révolution dans les modalités de formulation

---

<sup>129</sup> V., par exemple, Philippe Terneyre, L'État régulateur. Qu'est-ce que la régulation économique des marchés ?, *CFPA*, n° 271, octobre 2007, pp. 5 – 8, not. p. 6 ; ou encore Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, coll. Domat droit public, 5<sup>e</sup> éd., 2008, pp. 239 – 242, citant les exemples de l'électricité et des télécommunications.

<sup>130</sup> Guylain Clamour, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, coll. Nouvelle bibli. des thèses, vol. 51, 2006, p. 659. En détails, pp. 658 – 712.

<sup>131</sup> Dominique Custos, La notion américaine de régulation, *op. cit.*, p. 83.

<sup>132</sup> V. Laurence Calandri, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*, pp. 453 – 469. À ce titre, l'indépendance des AAI en France doit être quelque peu tempérée eu égard à ce qui se passe outre-Atlantique. Cette indépendance concerne en fait leur composition et le statut de leurs membres. Concernant ce dernier point, le Conseil d'État a retenu la règle de l'irrévocabilité du mandat, nonobstant l'absence de texte, et il a même jugé que le gouvernement ne peut légalement mettre fin avant terme aux fonctions du président d'une autorité administrative indépendante en raison de son accession à la limite d'âge dans son corps d'origine (CE, Assemblée, 7 juillet 1989, *Ordonneau*, p. 161). V. aussi EDCE, *Les AAI*, *op. cit.*, p. 291.

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 280. Le Conseil d'État ajoutant qu'il est indispensable de mieux « clarifier la répartition des rôles entre gouvernement et AAI existantes quant à l'exercice du pouvoir réglementaire », appuyant pour une augmentation du pouvoir de ces dernières, pp. 339 et s., ici p. 339.

de l'intérêt général<sup>134</sup>. Aux États-Unis, *a contrario*, la promotion absolue de la compétition, couplée avec la participation des agences indépendantes à l'éclatement du pouvoir exécutif, sont décisives. Cela marque deux représentations divergentes de la coordination sociale<sup>135</sup>. Ces dissemblances sont d'autant plus réelles que l'importance des agences dans la production normative n'est pas le seul élément propre au système américain. Il faut y lier la procédure d'élaboration des actes juridiques qui en sont issus, à savoir les règlements. L'originalité est encore une fois bien réelle dans le sens où ce processus, miroir de ce qui se passe pour la loi, reflète historiquement l'idée d'une action publique pluraliste et interactive, et connaît des approfondissements à l'époque contemporaine.

## B. Le processus d'élaboration des règlements

L'augmentation du volume de la production réglementaire aux États-Unis, autrement dit de l'interventionnisme public, a été compensée par la mise en place de procédures d'élaboration particulières. En synthèse, toutes les agences ont été obligées de mettre scrupuleusement en œuvre une participation généralisée de tous les intérêts intéressés à l'édition de ces actes<sup>136</sup> (1). Le mouvement de contestation de la *regulation* mise en place après la Seconde guerre mondiale, menant aux mouvements de *deregulation* précédemment étudiés, a accentué ces phénomènes, pour parfois amener les règlements à la marge d'une contractualisation bien réelle<sup>137</sup> (2).

---

<sup>134</sup> V. Laurence Calandri, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*, pp. 484 – 509. L'auteur soutient que les AAI servent à assurer l'effectivité de la norme juridique dans des domaines sensibles et complexes, *not. pp.* 486 – 499.

<sup>135</sup> Pour une comparaison dans le secteur des Télécommunications entre les deux pays, v. Dominique Custos, La notion américaine de régulation, *op. cit.* En France, v. Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, pp. 129 – 242.

<sup>136</sup> Pour Dominique Custos, le pouvoir réglementaire des agences est encadré par des « exigences de participation et de transparence, d'impartialité et de responsabilité », Droits administratifs américain et français, *op. cit.*, p. 297. On retrouve ici les préceptes de la démocratie participative chère aux États-Unis. Il faut souligner que toutes les agences sont concernées par ces procédures, qu'elles soient exécutives ou indépendantes.

<sup>137</sup> Dans ces cas, l'hypothèse de contractualisation fait référence à un véritable contrat proche du droit commun, et non pas seulement à une approche cachant, *in fine*, une prédominance du « contractant » public comme il est souvent fait référence en France (v. Jacques Chevallier, Conclusion, *in* Y. Fortin (dir.), *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1999, pp. 397 – 414).

## 1) Le cœur du dispositif américain : la participation de tous les intérêts concernés

Ce principe général, qu'il convient de mettre en parallèle avec ce qui se passe à propos de l'élaboration de la loi (a), se matérialise dans des obligations que l'agence doit strictement respecter dans le cadre de la procédure administrative non contentieuse de droit commun, appelée *Informal rulemaking* (b).

### (a) Un principe général fondateur

La conception américaine de l'intérêt public pensé comme le miroir et la somme algébrique des intérêts individuels transparait dans la procédure non contentieuse au sein des agences, à rebours de ce qui se passe en France à ce sujet. Face à la prolifération des agences à partir des années 1930, il s'est agi pour le législateur de leur étendre les garanties constitutionnelles protectrices des droits et libertés des individus<sup>138</sup>. C'est pourquoi une loi, le *Administrative Procedure Act (APA)* de 1946, a codifié un ensemble de procédures spécifiques susceptibles de faire entrer les agences dans le schéma démocratique américain<sup>139</sup>. Concernant le *rulemaking*, il faut constater avec Dominique Custos que « la construction du pouvoir normatif général et impersonnel des agences tend à suivre de plus en plus près celle du pouvoir législatif du Congrès. L'exigence de démocratie administrative affleure ainsi aisément, comme un prolongement naturel de la démocratie politique »<sup>140</sup>. L'élaboration de la norme juridique, qu'elle soit le fait du législateur ou des agences, ne peut dès lors être que le résultat d'un vaste consensus négocié entre tous les intérêts pluriels de la société. C'est là le résultat du « compromis »<sup>141</sup> typiquement américain issu de l'insertion des agences dans la séparation des pouvoirs<sup>142</sup>. Ce parallélisme entre procédures législative et réglementaire se concrétise, d'abord, dans l'existence d'un droit de pétition dans les deux hypothèses<sup>143</sup>, mais

---

<sup>138</sup> Cela concerne tant le *rulemaking* que l'*adjudication*.

<sup>139</sup> Certaines obligations qui ont été codifiées en 1946 avaient déjà été imposées auparavant aux agences par les tribunaux.

<sup>140</sup> Dominique Custos, *Droits administratifs américain et français*, *op. cit.*, p. 300. Pour Élisabeth Zoller, « si les agences indépendantes exercent des pouvoirs réglementaires, quasi législatifs, qui relèveraient en principe de la seule compétence des élus du peuple, encore faut-il qu'elles 'légifèrent' avec des garanties similaires à celles qui entourent la confection des lois », *Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie*, *RFDA*, n° 4, 2004, pp. 757 – 771, ici p. 762

<sup>141</sup> Laurent Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'État*, *op. cit.*, p. 143.

<sup>142</sup> Sur ce compromis, v. Paul Verkuil, *The Emerging Concept of Administrative Procedure*, *Colum. L. Rev.*, vol. 78, 1978, pp. 258 – 329.

<sup>143</sup> Ce droit, reconnu dans le processus législatif, a aussi toute sa place dans le processus réglementaire. En effet, l'article 553 (e) du *APA* prévoit, à côté du cas général dans lequel c'est l'agence qui a l'initiative de la

ces similitudes dépassent ce symbole en étant beaucoup plus générales. Pour Gloria Capt, « La participation publique est la pierre angulaire de la procédure du rulemaking (...). En effet, le droit d'être entendu est une des armes les plus puissantes avec laquelle les administrés peuvent se défendre contre l'exercice du pouvoir réglementaire »<sup>144</sup>.

*A contrario* de ces mécanismes anciens qui font de la participation une condition *sine qua non* de la validité des règlements édictés par les agences, la France propose des solutions différentes concernant la procédure non contentieuse au sein des administrations mais aussi des AAI. Certes, le droit administratif français a prévu de manière croissante certaines exigences procédurales<sup>145</sup>. L'impression reste, malgré tout, que le concours des intérêts privés à cette phase est encore limité, ce que soulignait déjà Bénédicte Delaunay au début des années 1990<sup>146</sup>. Nonobstant certaines évolutions<sup>147</sup>, cette impression paraît d'autant plus forte si on la compare aux exigences américaines en la matière. Pour bien saisir les dissemblances, il faut distinguer entre, d'une part, la consultation d'experts dans certaines cas et, d'autre part, l'ouverture généralisée de procédés beaucoup plus larges susceptibles de permettre une véritable discussion de l'acte à adopter, voire sa véritable négociation. La consultation préalable d'experts est prévue en France, particulièrement au sein des AAI, qui ont d'ailleurs

---

réglementation, un cas particulier reconnaissant à toute personne intéressée un droit de pétition en vue de prendre, amender ou retirer un règlement, et ce même si, au final, l'agence reste maître des suites à donner.

<sup>144</sup> Gloria Capt, *Les procédures administratives en droit américain*, Thèse, Lausanne, Droz, 1989, p. 83.

<sup>145</sup> Qui étaient pendant longtemps issues principalement de la jurisprudence. Des textes sont entrés en vigueur sur ces questions, notamment le décret du 28 novembre 1983 ou la loi du 12 avril 2000. En synthèse, v. Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *Précis de droit administratif, op. cit.*, pp. 300 – 306. Par exemple, les enquêtes publiques permettent une consultation, même si elles restent axées sur le domaine de l'urbanisme et de l'environnement. Sur ces matières particulières, la transformation de la Commission nationale du débat public en AAI par la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité est un élément réel bien qu'il faille, semble-t-il, en tempérer la portée ; v. Marie-France Delhoste, *Démocratie participative : de l'échec de l'organisation étatique à l'avenir du projet citoyen*, AJDA, 2007, pp. 1061 – 1070. Le droit communautaire peut aussi être considéré comme une source éventuelle d'obligations ; v. Karine Michelet, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la procédure administrative non contentieuse*, AJDA, n° 14, 14 octobre 2002, pp. 949 – 955. V. not. les articles 41 et s. de la Charte.

<sup>146</sup> Bénédicte Delaunay, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945* (préf. C. Debouy), L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome 172, 1993. L'auteur arrivait en substance à une conclusion tranchée selon laquelle « la participation des administrés aux décisions administratives et l'institution d'autorités administratives indépendantes sont conçues moins comme un instrument de limitation des prérogatives de la puissance publique que comme un moyen de les maintenir et les renforcer, en renouvelant les méthodes de l'administration, en améliorant la qualité de ses décisions et facilitant leur acceptation, et en investissant de nouveaux domaines non encore explorés », p. 239. V., pour une position similaire au sein des AAI, Laurence Calandri, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français, op. cit.*, pp. 348 – 371, et en particulier pp. 354 – 363.

<sup>147</sup> Ce qui a permis à certains de retenir une position différente. V. Gilles Dumont, *La citoyenneté administrative*, Thèse, dact., Paris II, 2002, en détails pp. 215 – 370. Toutefois, l'auteur relève lui-même que le pouvoir des administrés « demeure strictement encadré, limité, surveillé ; ses implications juridiques concrètes sont faibles : l'objectif de la participation est le plus souvent de désamorcer les critiques dont le fonctionnement des administrations est l'objet, non de substituer une légitimation par les citoyens à celle que l'administration tire de sa subordination aux instances représentatives », p. 213. Il souligne par ailleurs que le « bilan de la participation est décevant », p. 218 ; et qu'un tel droit est « encore embryonnaire, expérimental et sectoriel », p. 505.

pour but « d’associer les professionnels à la détermination des règles applicables dans des matières techniques, détermination qui suppose, pour être crédible, de recevoir l’adhésion des acteurs économiques »<sup>148</sup>. Il n’en reste pas moins que le droit français reste encore très loin de son homologue américain<sup>149</sup>, qui permet la participation à l’élaboration des règlements d’ « Absolument tout le monde, sans aucune exception »<sup>150</sup>. Dès lors, « la pratique française des consultations publiques par les AAI et par certains ministères fait doublement pâle figure, bien qu’elle soit potentiellement une voie d’importation de la procédure américaine de publication et de commentaires. D’abord parce qu’elle est récente (...). Ensuite et surtout, parce qu’elle repose sur l’initiative des autorités concernées, elle est dépourvue de fondement juridique »<sup>151</sup>.

Comparativement aux solutions américaines, il faut retenir l’idée qu’en France, l’association réelle et générale des citoyens à la vie administrative est encore réduite au profit d’une promotion de la transparence administrative<sup>152</sup>, qui n’a évidemment pas les mêmes effets juridiques<sup>153</sup>. Il apparaît une différence essentielle entre les deux pays dans l’élaboration des règlements, dissimilitude qu’il est nécessaire de replacer dans les divergences concernant l’élaboration de la loi et donc, d’une façon plus générale, dans la manière de concevoir le bien public. Pour s’en rendre encore mieux compte, il faut pénétrer au sein de la procédure non contentieuse américaine.

---

<sup>148</sup> EDCE, *Les AAI, op. cit.*, p. 276. La vraie rupture serait une obligation de consultation de tous les intérêts potentiellement concernés lors de l’élaboration de chaque règlement, ce qui n’est pas le cas, et ce qui l’est encore moins compte tenu du domaine encore relativement limité de l’intervention réglementaire des AAI.

<sup>149</sup> Bertrand du Marais souligne à ce propos qu’avec les AAI, « on attendait l’entrée de la société civile dans le cercle de décision. Or, la composition de leur personnel est finalement relativement proche de celle des administrations classiques », Régulation, service public et démocratie : une décennie de mutations, in M. Lombard (dir.), Régulation économique et démocratie, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, pp. 41 – 49, ici p. 47.

<sup>150</sup> Gloria Capt, *Les procédures administratives en droit américain, op. cit.*, p. 85.

<sup>151</sup> Dominique Custos, Droits administratifs américain et français, *op. cit.*, p. 301.

<sup>152</sup> *In fine*, ceci semble d’autant plus vrai qu’existe clairement en France des limites à la contractualisation du pouvoir réglementaire. V. *supra*, pp. 228 – 229.

<sup>153</sup> La problématique est bien française car le Conseil d’État soulignait qu’il fallait surtout permettre « La participation d’une AAI à l’élaboration de normes relevant de la compétence du Gouvernement ou du Parlement », EDCE, *Les AAI, op. cit.*, p. 340. Le Conseil d’État plaidait donc non pour la consultation élargie du public par les AAI, mais pour la consultation par l’Administration et le Parlement des AAI pour l’édiction des normes que celles-ci seront amenées à faire appliquer. Ceci prouve le caractère non révolutionnaire de ces autorités qui sont surtout considérés en France comme des exécutantes et moins comme des décisionnaires en charge d’élaborer la norme première.

(b) Application à la procédure de droit commun : l'*Informal rulemaking*

Il existe trois procédures visant à l'adoption d'un acte réglementaire par une agence<sup>154</sup>. L'APA parle des deux premières, l'*Informal rulemaking* et le *Formal rulemaking*, mais le Congrès est parfois source de la création d'une troisième, le *Hybrid rulemaking*, qui reste exceptionnelle. Concernant les deux premières, c'est l'*Informal rulemaking* qui est de droit commun, la Cour suprême faisant une application assez stricte de cette disposition<sup>155</sup>. À son sujet, Cass Sunstein résume l'analogie évoquée précédemment en soulignant que « Les rédacteurs de l'APA voulurent que l'*Informal rulemaking* ressemble à la législation »<sup>156</sup>.

Il y a schématiquement trois étapes, qui s'articulent autour des deux notions centrales<sup>157</sup>. Celle qui oblige l'agence à publier, c'est-à-dire à informer le public (*notice*), tout d'abord. Cette obligation d'information préalable par un avis publié dans le Journal Officiel américain (*Federal Register*) est fondamentale, car il pose le cadre dans lequel l'agence souhaite agir<sup>158</sup>. Ce document doit comprendre des informations concernant les règles formelles qui seront suivies pour l'élaboration du règlement, quelles sont les bases juridiques utilisées, le contenu de la règle projetée, etc. À la suite à cette publication, l'agence doit permettre une large expression des commentaires de toutes les personnes intéressées ; c'est la seconde étape (*comment*). Considérée comme la « pierre angulaire » du dispositif<sup>159</sup>, il s'agit de laisser toute la société s'exprimer. Si l'agence n'est pas obligée de répondre à toutes les remarques, la jurisprudence a pu considérer qu'elle devait au moins répliquer aux objections essentielles<sup>160</sup>. Enfin, dernière étape, le règlement final est publié au *Federal Register* avec un exposé détaillé des motifs<sup>161</sup>.

Cette procédure ici synthétisée démontre comment le droit américain a en partie résolu le dilemme posé par la prolifération des agences : l'intervention publique croissante, quoique considérée comme nécessaire, a dû être le reflet de tous les intérêts de la société américaine. Cette approche pluraliste et interactive de l'élaboration des règlements a été approfondie et

---

<sup>154</sup> Gloria Capt, *Les procédures administratives en droit américain*, op. cit., en synthèse pp. 22 – 23.

<sup>155</sup> Sa jurisprudence démontre qu'une loi doit reprendre sa formule pour obliger l'agence à utiliser une procédure de *Formal rulemaking*. À défaut, c'est l'*Informal rulemaking* qui est applicable. Pour un exemple, v. *United States v. Allegheny – Ludlum Steel Corp*, 406 U.S. 742 (1972).

<sup>156</sup> Cass Sunstein, *Interest Groups in American Public Law*, *Stanford L. Rev.*, vol. 38, 1985, pp. 29 – 87, ici p. 60.

<sup>157</sup> Gloria Capt, *Les procédures administratives en droit américain*, op. cit., pp. 55 – 110, surtout pp. 72 et s.

<sup>158</sup> Cette information préalable « est l'élément principal de la procédure du *rulemaking*, car il déclenche la participation des administrés », *ibid.*, p. 73.

<sup>159</sup> *Ibid.*, p. 83.

<sup>160</sup> *United States v. Nova Scotia Food Products Corp.*, 568 F. 2d 240 (2d Cir. 1977).

<sup>161</sup> Un délai de 30 jours court avant son entrée en vigueur.

complétée en parallèle de la contestation du domaine de l'intervention publique à partir des années 1970.

## 2) Les évolutions vers une véritable contractualisation

Ces changements proviennent du même mouvement qui a contesté, à partir des années 1970, la régulation extérieure au marché par les agences du *New Deal*. Avec l'augmentation de l'obligation participative (a), c'est aujourd'hui la question de la véritable contractualisation des règlements qui se pose<sup>162</sup> (b).

### (a) L'augmentation croissante de la participation

Les dispositions du *APA* étaient initialement prévues pour permettre une représentation aussi large que possible de la diversité de la société américaine. Toutefois, les agences ont été relativement libres après 1946 de suivre ou non leurs obligations à la lettre. En somme, le contrôle des juges était relativement léger, dans la mesure où ces derniers étaient « plutôt enclins à s'en remettre au jugement des experts »<sup>163</sup>. Il s'agissait par là de croire que l'intérêt public pouvait être atteint en s'en remettant au jugement de personnes désintéressées censées transcender les intérêts privés.

Cette vision, contraire au cœur du modèle américain, a évolué de manière à faire en sorte que la participation de ces intérêts devienne réellement partout et tout le temps la norme<sup>164</sup>. Il s'est alors agi d'abord et avant tout de considérer que l'intérêt public ne pouvait être atteint qu'à la condition de « coller » aux désirs de la pluralité sociale. La jurisprudence a pour cela obligé les agences à travailler de façon plus ouverte, plus démocratique, pour que tout le monde sache concrètement ce qui s'y passe. Ainsi, « Les tribunaux ont exigé que les agences expliquent les fondements de leurs actes réglementaires bien plus précisément

---

<sup>162</sup> Sur ces questions, et notamment sur l'environnement comme exemple caractéristique, v. Jody Freeman, *The Private Role in Public Governance*, *op. cit.* Ce domaine paraît également spécifique en France, où certains mécanismes permettent aussi une négociabilité croissante des normes. V. Jérôme Valluy, *Le gouvernement partenarial. Étude de la prolifération des activités de gouvernement conventionnelles (AGC) dans deux configurations de politiques de l'environnement industriel en France*, Thèse, dact., Paris I, 1999.

<sup>163</sup> Élisabeth Zoller, *Les agences fédérales américaines*, *op. cit.*, p. 762.

<sup>164</sup> En détails sur cette évolution du droit administrative américain à cette période, v. Richard Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, *Harvard. L. Rev.*, vol. 88, 1975, pp. 1669 – 1813, not. p. 1712.

qu'elles ne le faisaient auparavant »<sup>165</sup>. Les juridictions ont contrôlé plus sévèrement le respect des formalités du *APA* évoquées plus haut, à peine de nullité des actes adoptés<sup>166</sup>.

Il faut par ailleurs souligner un autre élément important, plus large que ce qui vient d'être dit car ne concernant pas directement la procédure administrative non contentieuse, mais qui vient la compléter en permettant sa meilleure effectivité. La pénétration de la démocratie au sein des agences a été approfondie après le *APA* à l'ensemble de l'action administrative. Le *Freedom of Information Act (FOIA)* de 1966 est, par exemple, venu créer un droit d'accès aux informations détenues par les agences, tout comme le *Government in the Sunshine Act* de 1976 a ouvert au public les réunions tenues en leur sein<sup>167</sup>.

Au final, l'implication des personnes privées dans l'élaboration de la norme réglementaire a connu des développements importants, même s'il faut rappeler que l'encadrement ultime par les agences reste le principe obligatoire à respecter pour passer le couperet de la *Non delegation doctrine*<sup>168</sup>. De manière symptomatique, en augmentant l'obligation de consultation, le législateur américain en est venu à créer une procédure qui devient cette fois ouvertement négociée<sup>169</sup>. Elle a été consacrée par une loi de 1990, le *Negotiated Rulemaking Act*. Dans cette procédure spécifique, dite « *reg neg* »<sup>170</sup>, le cadre général reste le même, c'est-à-dire que l'agence est toujours, sur le papier, maîtresse du processus<sup>171</sup>. Si elle décide d'utiliser cette procédure, elle doit en informer le public, et le projet adopté par négociation sera lui aussi soumis aux traditionnelles obligations du *notice*

---

<sup>165</sup> Philip Harter, *Administrative Law in the United States*, in R. Seerden et F. Stroink (dir.), *Administrative Law of the European Union, its Members States and the United States, A Comparative Analysis*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, pp. 307 – 344, plus spéc. pp. 321 – 325, ici p. 325 (v. aussi le tableau récapitulatif à cette page).

<sup>166</sup> Ainsi l'arrêt *United States v. Nova Scotia Food Products Corp.*, précité, a obligé les agences à rendre publiques les méthodes et les données qu'elles utilisent pour élaborer leurs projets de règlements.

<sup>167</sup> Pour des détails, v. William Funk, Sidney Shapiro et Russell Weaver, *Administrative Procedure and Practice*, St. Paul, West Group, 2<sup>nd</sup> ed., 2001, pp. 623 – 684. Pour une étude comparée du droit à l'information aux États-Unis et en France, v. Guy Scoffoni, *Le droit à l'information administrative aux États-Unis : du modèle américain au système français de transparence* (préf. J-C. Vénézia), Economica, coll. Science et droit administratifs, 1992.

<sup>168</sup> V. *supra*, pp. 226 et s.

<sup>169</sup> Tout comme la question de la compatibilité des agences avec la démocratie a toujours posé problème, la procédure ainsi prévue n'en a pas moins été l'objet de contestations diverses, dans la mesure où le règlement adopté fait une place décisive aux intérêts privés qui ont su ou surtout pu s'exprimer avec le plus de force. Pour une critique, v. William Funk, *Bargaining toward the New Millennium: Regulatory Negotiation and the Subversion of the Public Interest*, *Duke L. J.*, vol. 46, 1997, pp. 1351 – 1388, ici p. 1356. En synthèse sur cette problématique de l'intérêt public, v. Jeff Goldfien, *Negotiated Rulemaking and the Public Interest*, *J. Am. Arb.*, vol. 5, 2006, pp. 81 – 95.

<sup>170</sup> Il est souvent considéré que le point de départ en la matière a été un article de Philip Harter, *Negotiating Regulations: A Cure for Malaise*, *Geo. L. J.*, vol. 71, 1982, pp. 1 – 113. Elle pourrait presque être considérée comme la formalisation de ce qui existait déjà dans la pratique depuis les transformations des années 1970-1980.

<sup>171</sup> Les agences restant en principe libres d'entrer dans cette procédure dérogatoire ou dans celle de droit commun.

*and comment.* Ce qui change fondamentalement concerne le rôle de l'agence, qui n'est alors qu'un intervenant parmi d'autres, même si elle est peut finalement décider de ne pas valider le consensus obtenu.

S'il y a là des exemples supplémentaires de la tendance américaine à faire de la norme l'objet d'une réelle négociation, il ne faut pas s'y arrêter.

#### (b) Les expériences de contractualisation

Le *reg neg* correspond à une propension véritable à la contractualisation<sup>172</sup>. Certes, l'agence reste en théorie maîtresse du processus, mais la pratique met à la marge l'idée d'un quelconque filtre et d'une transcendance des intérêts privés. Ceci permet d'introduire une autre avancée, qui semble quant à elle marquer une cassure complète dans le sens de cette contractualisation, puisqu'il s'agit alors de négocier non le contenu mais l'existence même de la norme. Le plus souvent, dans ces hypothèses, des groupes privés acceptent de prendre des engagements à la condition qu'aucune loi ou qu'aucun règlement ne modifie la situation juridique. Il s'agit des « contrats de réglementation » (*regulatory contracts*), qui peuvent être définis comme des « contrats entre une entité gouvernementale et des acteurs privés, sujets ou potentiellement sujets à une réglementation, par lesquels le gouvernement promet de maintenir (ou d'adopter et de maintenir) un régime juridique spécifique en échange soit d'argent, soit d'une action, de la partie privée »<sup>173</sup>.

À ce sujet, une décision de la Cour suprême dans une affaire *United States v. Winstar Corp.* doit être mentionnée<sup>174</sup>. Suite à la crise financière du début des années 1990, des banques avaient par écrit accepté en accord avec l'agence fédérale compétente de reprendre certaines de leurs anciennes concurrentes menacées de faillite. En contrepartie, l'agence s'engageait à leur faire bénéficier pendant une période de mesures financières avantageuses. Or, quelques années après, une loi fédérale est venue modifier le secteur, et a indirectement transformé les termes de l'accord passé précédemment. La question soulevée était celle de savoir si le gouvernement fédéral pouvait être responsable du changement de droit applicable, et condamné pour ne pas avoir respecté l'engagement pris par l'agence ? La Cour suprême a répondu par l'affirmative en déclarant que le gouvernement avait engagé sa responsabilité

---

<sup>172</sup> Pour des exemples précis quoique encore en phase de gestation, v. avec intérêt Jody Freeman, *The Private Role in Public Governance*, *op. cit.*, pp. 636 et s.

<sup>173</sup> David Dana et Susan Koniak, *Bargaining in the Shadow of Democracy*, *U. Penn. L. Rev.*, vol. 148, 1999, pp. 473 – 559, ici p. 480.

<sup>174</sup> 518 U.S. 839 (1996).

contractuelle. Il y a là clairement un « procédé à la limite de l'inconstitutionnalité »<sup>175</sup>, qui peut déboucher sur des situations étonnantes<sup>176</sup>. C'est encore un exemple significatif de la façon particulière dont les États-Unis conçoivent l'intérêt public. Point de vision matérielle de la chose publique, mais des considérations économiques qui supposent l'application au gouvernement du droit commun des contrats.

Sans nier certaines évolutions en France mais en les replaçant dans leur contexte, l'étude comparée de la production des lois et des règlements démontre que les États-Unis vont beaucoup plus loin en termes d'approche pluraliste et interactive<sup>177</sup>. Il en va de la même conclusion en ce qui concerne la prise en charge par les intérêts privés d'activités organisées traditionnellement autour d'une gestion publique.

## Section 2) La gestion d'activités

L'État assure traditionnellement dans tous les pays la gestion de certaines activités en se substituant à l'initiative privée. Après une tendance à l'augmentation de ces pratiques au cours du XX<sup>e</sup> siècle, les dernières décennies ont vu se développer, au contraire, un mouvement inverse mais aussi pluriel. Au-delà des spécificités liées aux bénéficiaires<sup>178</sup>, ce sont surtout les activités concernées par ces phénomènes qui retiennent l'attention dans un

---

<sup>175</sup> Mustapha Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé* (préf. J. Ghestin), L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 411, 2004, p. 671. Il faut souligner qu'en France ces pratiques paraissent impossibles, même si certains changements peuvent parfois ouvrir droit à indemnité pour une personne privée. Il s'agit des hypothèses particulières et exceptionnelles du fait du prince en droit administratif, lorsque des mesures prises par l'administration ont un impact sur un contrat auquel cette dernière est partie, en l'obligeant à indemniser son contractant. C'est malgré tout une hypothèse différente du cas *Winstar*, où il s'agissait d'un engagement à maintenir des règles sous peine pour le gouvernement d'engager sa responsabilité comme dans un contrat de droit privé.

<sup>176</sup> Par exemple la proposition faite par les industries du tabac de payer une grosse somme d'argent à certains États fédérés, sous réserve que ceux-ci s'engagent à édicter et maintenir une loi pendant 25 ans pour limiter les poursuites par les citoyens. Cité dans David Dana et Susan Koniak, *Bargaining in the Shadow of Democracy*, *op. cit.*, p. 474. V. aussi Roger Citron, *Lessons from the Damages Decision Following United States v. Winstar Corp.*, *Pub. Cont. L. J.*, 2002, pp. 1 – 38.

<sup>177</sup> Cette vérité ne doit néanmoins pas tromper le lecteur. En effet, la négociation n'est pas inconnue en France. Ainsi en va-t-il par exemple du droit du travail qui a de tout temps été un droit négocié. Sur cette question, v. EDCE, *Le contrat*, *op. cit.*, pp. 41 – 57. En général, toutefois, cette forme de contractualisation ne prend ni les mêmes traits ni, surtout, un caractère de principe comme aux États-Unis. La France paraît plus proche de la délibération de la norme, *i.e.* d'une certaine ouverture lorsque la recherche de l'intérêt général l'exige ; au contraire de la transaction entre intérêts particuliers telle que pratiquée constamment outre-Atlantique.

<sup>178</sup> Le nouveau gestionnaire peut être une organisation à but lucratif ou non et, dans ce dernier cas, l'importance du secteur associatif et religieux tel qu'il existe aux États-Unis est décisive.

contexte américain bien particulier. En effet, comme il a été dit précédemment<sup>179</sup>, l'intervention gouvernementale n'a traditionnellement pas été marquée par la prise en charge généralisée d'activités comme cela a pu être le cas en France, notamment dans le domaine économique. Il faut par conséquent présenter d'abord le cadre juridique qui permet de comprendre aujourd'hui les hypothèses qui font office de questions de principe outre-Atlantique, celles de la gestion déléguée au profit de personnes privées (§1). Cela introduit à des pratiques connaissant à l'heure actuelle un accroissement dans les deux pays, mais avec des dissimilitudes significatives qui reflètent encore une fois deux visions distinctes de la façon penser le droit public et de mener l'action publique (§2).

### **§1.** La gestion déléguée au profit de personnes privées

Il est nécessaire de clarifier cette notion dans une approche comparative (A) avant de présenter les règles juridiques qui encadrent différemment le domaine des activités susceptibles d'être déléguées des deux côtés de l'Atlantique (B).

#### **A.** La notion

Il faut partir de l'étude des spécificités d'un modèle américain qui ne correspond pas en toute simplicité aux classifications françaises. Deux axes doivent être suivis pour tenter de faire des parallèles. D'abord, *stricto sensu*, rechercher le cœur des pratiques américaines, et pour cela un rapprochement autour du thème français des délégations de la gestion de services publics est nécessaire (1). Il faudra ensuite, dans une approche cette fois *lato sensu*, étendre la recherche afin de bien mesurer la portée globale d'un phénomène lié à la participation des intérêts privés à des activités au cœur de la chose publique (2).

##### **1)** Approche *stricto sensu*

La perspective comparative permet en un rapide coup d'œil transatlantique de comprendre les difficultés, et c'est le terme de « privatisation » qui est ici symptomatique (a). Il faudra alors recentrer les débats autour de l'idée de délégation de services publics<sup>180</sup> (b).

---

<sup>179</sup> V. *supra*, p. 206.

<sup>180</sup> S'il faut techniquement lui préférer celle de « délégation de la gestion de services publics », l'expression « délégation de services publics » est plus souvent utilisée.

(a) Les dilemmes comparatistes de la « privatisation »

En France, la « privatisation » fait référence au mouvement de recul du secteur public entamé depuis 1986, qui a consisté en synthèse à transférer le capital d'entreprises publiques au secteur privé. Privatisation rime alors avec nationalisation ; elles sont les deux faces d'une même pièce. À ce sujet, les presque vingt-cinq dernières années ont vu proliférer ces mesures dans le domaine économique, mettant à l'ordre du jour la notion de régulation<sup>181</sup>. Les débats sur ces privatisations, très vifs dans les années 1980, sont aujourd'hui relativement apaisés, même si différents évènements d'actualité peuvent relancer les controverses<sup>182</sup>.

Aux États-Unis, par contraste, l'utilisation de cette notion est bien distincte et fait l'objet de deux spécificités. D'une part, elle est souvent employée comme référence à tous les transferts du public au privé<sup>183</sup>, couvrant tout un ensemble de pratiques extrêmement disparates<sup>184</sup>. D'autre part et surtout, dans une acception plus réduite et propre à l'expérience américaine, elle tend à rejeter l'approche française. Matthew Crenson et Benjamin Ginsberg soulignent à ce titre qu'« Aux États-Unis, privatisation signifie rarement la vente d'actifs publics à des acheteurs privés »<sup>185</sup>. Cela est tout à fait logique puisque les gouvernements ont très rarement pris directement en charge la gestion d'activités économiques sous la forme d'entreprises publiques comme en France, préférant passer par l'encadrement de ces domaines par la réglementation. La gestion publique n'a donc jamais réellement dépassé les activités régaliennes. De manière maintenant positive, les auteurs précités peuvent dire que, dans la plupart des cas, la « privatisation fait référence à l'utilisation d'organismes non gouvernementaux pour gérer des programmes gouvernementaux »<sup>186</sup>, c'est-à-dire qu'il s'agit de maintenir une prise en charge publique mais de déléguer sa mise en œuvre au secteur privé<sup>187</sup>. C'est par conséquent à ces pratiques que les Américains font fréquemment allusion lorsqu'ils parlent de « privatisation », ce qui rend difficile l'utilisation du terme pour une étude comparée. Il est donc nécessaire de trouver un autre référent. Sur ce thème, les

---

<sup>181</sup> V. *supra*, pp. 15 – 16 concernant ces débats.

<sup>182</sup> Le changement de statut de la Poste relève de cette actualité en juin 2009.

<sup>183</sup> La privatisation y est définie dans son acception la plus générale comme « le transfert d'une fonction, soit en totalité, soit en partie, du secteur public au secteur privé », Harvey Feigenbaum, Chris Hammett et Jeffrey Henig, *Shrinking the State: The Political Underpinnings of Privatization*, Cambridge University Press, 1999, p. 1.

<sup>184</sup> Jack Beermann distingue en détails quatre catégories, Privatization and Political Accountability, *Fordham Urb. L. J.*, vol. 28, 2001, pp. 1507 – 1557, ici p. 1519.

<sup>185</sup> Matthew Crenson et Benjamin Ginsberg, *Downsizing Democracy. How America Sidelined Its Citizens and Privatized Its Public*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2002, p. 202.

<sup>186</sup> *Ibid.*, pp. 202 – 203.

<sup>187</sup> Ceci est vrai aux niveaux des États fédérés mais aussi local.

Américains utilisent également l'expression de « *contracting-out* »<sup>188</sup>, qui est à même d'établir un point de comparaison avec l'expérience française.

(b) Le rapprochement par la notion de délégation de services publics

Le cœur des pratiques américaines consiste pour une personne publique à faire assurer par des personnes privées et par contrats certaines activités liées à la fourniture de prestations, tâches dont elle garde la maîtrise et la responsabilité. Autrement dit, c'est seulement l'exécution qui est déléguée.

Ce recentrage ouvre sur une comparaison intéressante. En termes de contrats, les deux pays distinguent traditionnellement entre, d'une part, ceux servant à fournir les besoins de l'administration et, d'autre part et surtout, ceux pour remplir des missions au nom de cette dernière mais au profit de la société en général<sup>189</sup>. Ce sont les seconds qui sont les plus significatifs du phénomène actuel. Ils permettent un rapprochement à partir de la notion française de délégation de la gestion de services publics, et en premier lieu des concessions<sup>190</sup>, opposées traditionnellement en France à la gestion directe par la collectivité publique. Il s'agit en substance de procédés contractuels par lesquels une personne, le plus souvent privée, va gérer une activité, moyennant une rémunération liée au service, pour le compte d'une personne publique qui en conserve la responsabilité<sup>191</sup>. C'est dans ce sens qu'une approche comparative peut être faite avec le plus d'intérêt, tout en gardant en mémoire que les débats français doivent être appréhendés d'une manière plus globale<sup>192</sup>.

Si cette notion de délégation permet de fédérer les recherches, il faut toutefois l'interpréter largement pour prendre en compte toutes les pratiques afférentes.

---

<sup>188</sup> Ou encore d'« *outsourcing* ». Le premier à l'avantage de faire comprendre de quoi il retourne sans traduction.

<sup>189</sup> Pour les États-Unis, v. Steven Kelman, *Contracting*, in L. Salamon (dir.), *The Tools of Government, A Guide to the New Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 282 – 318, ici p. 283. Cette distinction est proche de celle en droit français entre marchés publics et délégations de services publics. Sur les contrats de partenariats public-privé, v. *infra*, p. 253.

<sup>190</sup> Mais aussi l'affermage et la régie intéressée, ou encore le contrat de gérance. Il s'agit de formes très minoritaires.

<sup>191</sup> V. l'article 3 de la loi portant mesures d'urgence à caractère économique et financier du 11 décembre 2001.

<sup>192</sup> En effet, les solutions qui concernent les privatisations au sens français du terme et celles applicables aux délégations de services publics partagent l'idée commune que certaines activités ne sont pas susceptibles d'être transférées entièrement au secteur privé, ou même seulement gérées par lui, car elles touchent au cœur de la chose publique. V. *infra*, pp. 251 et s.

## 2) Approche *lato sensu*

Il faut préciser la recherche dans trois directions. Tout d'abord, l'attention doit être portée sur des fonctions qui correspondent au cœur de la chose publique<sup>193</sup>, et donc en premier lieu les activités régaliennes, mais aussi sur des activités non régaliennes qui n'en restent pas moins non commerciales, et l'on pense ici surtout au domaine éducatif et aux fonctions liées à l'État-providence.

Ensuite, à l'intérieur de ces secteurs, l'hypothèse de départ axée sur la recherche de liens contractuels entre personnes publique et privée doit être complétée. En effet, il est des situations dans lesquelles les personnes privées sont impliquées en dehors *stricto sensu* des délégations de services publics ou de liens contractuels identifiables<sup>194</sup>. Le point commun réside néanmoins dans la même idée de fond, celle d'une implication dans des activités qui sont au cœur de la cohésion sociale. Le secteur éducatif en France rend bien compte de ces hypothèses complexes. Il n'y existe pas de monopole public, c'est-à-dire que l'enseignement privé a été reconnu comme une liberté protégée par la Constitution<sup>195</sup>. Dans ces cas, l'école privée n'est pas considérée comme relevant d'une délégation de service public<sup>196</sup>. Comme il serait préjudiciable d'exclure ces situations, il faut avoir à l'esprit que, si l'étude sur les pratiques américaines concernera principalement ce qui correspond en France aux délégations de services publics, elle ne peut s'y réduire. Voilà pourquoi c'est la participation des personnes privées dans certains domaines chevillés au corps de la chose publique qui sera interrogée<sup>197</sup>. Il y a à chaque fois « délégation » au sens large du terme<sup>198</sup>, mais pas forcément

---

<sup>193</sup> Les questions concernant, par exemple, la délégation par des mairies de certaines fonctions annexes comme le ramassage des ordures sont moins intéressantes dans le cadre d'une interrogation sur les activités qui sont au cœur du « vivre ensemble » en société.

<sup>194</sup> Ainsi, en France, un service public peut être délégué à une personne privée par habilitation unilatérale, CE, 13 mai 1938, *Caisse primaire Aide et Protection*, Rec. p. 417. De la même façon, les activités de sécurité privée (gardiennage, vigiles, etc.) ont connu en France depuis les années 1980 une augmentation significative. Dans ces hypothèses, il n'y a pas forcément de délégation de services publics ou de contractualisation *stricto sensu*. Ainsi, pour Luc Moreau, « 'Partenariat' et 'coproduction' de la sécurité ne signifient pas pour autant contractualisation », *La contractualisation de l'exercice de la police administrative, in Contrats publics : mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, 2 vols., Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, vol. 2, pp. 171 – 190, ici p. 189.

<sup>195</sup> Décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1977, *Liberté d'enseignement et de conscience*. V. Louis Favoreu et Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 12<sup>e</sup> éd., 2003, pp. 341 – 355.

<sup>196</sup> V. Yves Gaudemet (*et al.*), *Les grands avis du Conseil d'État* (préf. M. Long), Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2002, pp. 327 – 341, surtout p. 339. Sur l'enseignement en particulier, v. Nicole Fontaine, *La Liberté d'enseignement : de la loi Debré à la loi Guermeur. Les contrats avec l'État, bilan de la législation scolaire depuis 1959 et guide pratique de l'application des contrats*, UNAPEC, 1978, pp. 102 – 103.

<sup>197</sup> Les expressions de « participation » ou « d'implication » des personnes privées seront utilisées à cette fin au long des développements pour rendre compte de cette appréhension de la gestion déléguée *lato sensu*.

délégation contractuelle de la gestion d'un service public au sens du droit administratif français.

Enfin, il ne faut pas conclure de la présentation faite en amont dont résulte la dichotomie entre instruments juridiques et financiers, que les domaines puissent être scindés aussi simplement. Il est indispensable dans de nombreuses situations de coupler les délégations avec des instruments financiers incitatifs qui viennent en appui<sup>199</sup>. Le phénomène est global et doit être compris comme tel.

Ces précisions ayant été faites quant aux fonctions et aux pratiques à instruire, il faut maintenant étudier comparativement comment les systèmes juridiques abordent ces questions.

## B. Le domaine

La problématique de l'étendue de l'implication des intérêts privés dépend de la manière dont chaque modèle pense la chose publique. La vision libérale américaine a beaucoup de mal à penser ces frontières (1). *A contrario*, une vision républicaine comme en France tend à proposer une réponse relativement limitative (2).

### 1) L'approche libérale américaine

La recherche de limites à la participation des personnes privées outre-Atlantique (a) débouche sur un échec (b).

#### (a) La recherche vaine de limites constitutionnelles

Cet examen est effectué en fonction de deux théories<sup>200</sup>. La première, déjà abordée, est celle de la *Non delegation doctrine*<sup>201</sup>. Il s'agit en réalité de son extension. En effet, cette

---

<sup>198</sup> C'est-à-dire en partant de la représentation française selon laquelle la chose publique est représentée par l'État.

<sup>199</sup> Ainsi qu'il sera démontré dans le chapitre sur ces instruments financiers. V. *infra*, pp. 294 et s. concernant l'éducation et l'État-providence.

<sup>200</sup> Il est aussi important de souligner qu'une autre doctrine est parfois invoquée, la *State action doctrine* (v. *infra*, pp. 351 et s.). Si elle interroge effectivement la question des fonctions publiques, il est essentiel de noter avec Paul Verkuil qu'elle « ne limite pas les activités que le gouvernement peut déléguer », *Public Law Limitations on Privatization of Government Functions*, *N.C. L. Rev.*, vol. 84, 2005, pp. 397 – 469, ici p. 431.

<sup>201</sup> V. *supra*, pp. 226 et s. Elle paraît appliquée avec beaucoup plus de vigueur au niveau des États fédérés compte tenu des Constitutions correspondantes. V. Catherine Donnelly, *Delegation of Governmental Power*, *op. cit.*, pp. 127 – 137.

méthode est en principe conçue dans un cadre spécifique, c'est-à-dire interdisant les délégations du pouvoir législatif. Or, en l'espèce, la situation dépasse ce cas puisqu'elle concerne la délégation d'activités au sens entendu précédemment. Les solutions sont toutefois les mêmes. Dès lors, dès l'instant où une agence ou une autre personne publique conserve un lien avec le délégataire privé, ce qui est par principe le cas puisqu'il existe le plus souvent une relation contractuelle et que le service est effectué pour le compte de la personne publique, la doctrine ne s'appliquera pas. Il s'agit donc d'une barrière peu opérationnelle car, comme en ce qui concerne les délégations législatives aux agences, elle est formelle et non substantielle<sup>202</sup>.

La seconde méthode intéresse plus spécifiquement une disposition de la Constitution concernant les nominations aux charges officielles, l'*Appointment clause*<sup>203</sup>. À en croire Jack Beermann, il s'agit du « meilleur candidat pour limiter constitutionnellement la délégation des activités du gouvernement fédéral »<sup>204</sup>. Cette théorie découle de l'article 2, section 2 de la Constitution de 1787<sup>205</sup>, qui prévoit des modalités spécifiques de nomination à certaines fonctions officielles. Cet article distingue selon leur importance deux catégories de personnes investies de telles charges, la principale nécessitant une proposition du Président et une confirmation du Sénat. La décision *Buckley v. Valeo* étudiée précédemment traitait de ces hypothèses<sup>206</sup>. Dans cette affaire, une Commission de contrôle du financement des campagnes électorales avait été mise en place, composée d'une majorité de membres nommés par le Congrès. La Cour suprême indiqua que ces mesures violaient la Constitution dans la mesure où celle-ci prévoyait les seules règles susceptibles de permettre valablement une telle nomination<sup>207</sup>. Partant de là, si les dispositions de l'article 2 de la Constitution sont applicables pour tout exercice d'une fonction officielle, n'est-il pas possible d'interdire les délégations sur cette base ? Si cette voie a été explorée par certains auteurs et qu'il s'agit

---

<sup>202</sup> Paul Verkuil, *Outsourcing Sovereignty. Why Privatization of Government Functions Threatens Democracy and What We Can Do About It*, Cambridge University Press, 2007, p. 121.

<sup>203</sup> Cette doctrine est d'ailleurs également applicable aux hypothèses normatives visées dans la section précédente.

<sup>204</sup> Jack Beermann, *Privatization and Political Accountability*, *op. cit.*, ici p. 1511.

<sup>205</sup> L'article dispose que « [Le Président] proposera, et nommera par et avec l'avis et le conseil du Sénat, les ambassadeurs, les autres ministres et consuls, les juges de la Cour suprême et toutes les autres personnes investies de charges officielles aux États-Unis dont la nomination n'est pas autrement prévue par la Constitution et qui sera établie par la loi ; mais le Congrès peut investir le Président, les cours de justice ou les chefs de départements du pouvoir de nomination de ces personnes investies de charges officielles inférieures, comme il le jugera opportun », trad. in *Grands arrêts*, *op. cit.*, p. 869.

<sup>206</sup> 424 U.S. 1 (1976), *Grands arrêts*, *op. cit.*, pp. 841 – 874.

<sup>207</sup> *Ibid.*, pp. 864 – 874.

d'une piste à ne pas négliger, encore faut-il préciser qu'à l'heure actuelle elle n'a pas été appliquée dans ce sens par les tribunaux<sup>208</sup>.

En définitive, si certaines théories pourraient en principe trouver à s'appliquer pour tempérer la participation des intérêts privés<sup>209</sup>, il faut constater en pratique que la Constitution américaine ne paraît être d'aucun recours concret.

## (b) Portée

Le bornage par la Constitution de l'implication des personnes privées, seul à même d'en garantir l'effectivité, est impossible, ce que ne manque pas de souligner la doctrine<sup>210</sup>. Le mouvement en faveur de ces pratiques est alors très largement favorisé, sachant qu'il est aussi encouragé à tous les niveaux du fédéralisme<sup>211</sup>. Toutefois, en la matière, les possibilités peuvent paraître plus limitées compte tenu de certaines constitutions fédérées. Catherine Donnelly ne manque pas de souligner qu'« en stricte opposition avec ce qui s'est passé au niveau fédéral, il existe au niveau des États fédérés une attitude beaucoup plus critique vis-à-vis des délégations »<sup>212</sup>.

Pour rester au niveau fédéral qui intéresse cette recherche, il convient également de tenir compte des éventuelles bornes législatives<sup>213</sup>. Il existe sur cette question une importante circulaire de l'*Office of Management and Budget (OMB)*, prise en application d'une loi de 1998<sup>214</sup>, qui est symptomatique des tendances récentes et qu'il faut comprendre avec ce qui se passe en parallèle concernant l'encadrement de la production réglementaire<sup>215</sup>. La circulaire interdit les délégations pour les « activités publiques par nature » (*inherently governmental*

---

<sup>208</sup> La question s'est surtout posée pour les *qui tam actions*, mais sans réel effet pratique.

<sup>209</sup> Pour le juge Scalia, une limite existe : « Nos membres du Congrès ne pourraient pas, même s'ils le souhaitent, voter une loi donnant tous les pouvoirs au Président et ajourner leur travaux sine die », opinion dissidente dans l'affaire *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361 (1989), ici p. 415. L'utilité reste très limitée pour la recherche.

<sup>210</sup> V., par exemple, Ronald Moe, Exploring the Limits of Privatization, *Pub. Admin. Rev.*, vol. 47, 1987, pp. 453 – 460. Pour Clayton Gillette et Paul Stephan III « il est difficile d'identifier une fonction qui, d'un point de vue constitutionnel, a été considérée comme intrinsèquement publique. En particulier, nous ne trouvons pas une seule décision qui déclare sans ambiguïté qu'une quelconque activité gouvernementale ne peut pas être déléguée à un fournisseur privé », Constitutional Limitations on Privatization, *Am. J. Comp. L.*, vol. 46, 1998, pp. 481 – 502, ici p. 482. V., encore, Jody Freeman, The Private Role in Public Governance, *op. cit.*, p. 581.

<sup>211</sup> Le plus simple pour avoir des détails consiste à se reporter aux sites Internet de chaque législature d'État.

<sup>212</sup> Catherine Donnelly, *Delegation of Governmental Power*, *op. cit.*, p. 127, et en détails pp. 127 – 137.

<sup>213</sup> V. Paul Verkuil, *Outsourcing Sovereignty*, *op. cit.*, pp. 121 – 132.

<sup>214</sup> Circulaire A-76, prise en application du *Federal Activities Inventory Reform Act* (1998), dite *FAIR Act*.

<sup>215</sup> Tel qu'issu en particulier de l'*Executive Order* 13422 de l'Administration Bush, janvier 2007, cité *supra*, note 109. Il s'agit ici encore d'insister sur le critère de performance de l'action de l'État.

*functions*), c'est-à-dire « une fonction qui est si intimement reliée à l'intérêt public que sa réalisation doit être placée sous l'autorité des employés du gouvernement »<sup>216</sup>. Ce dispositif permet donc un bornage. Toutefois, cela reste encore une fois assez théorique. D'une part, car la protection est infra constitutionnelle et donc susceptible de changer au gré des choix politiques. D'autre part, parce qu'il faut noter avec certains auteurs que l'application de ce dispositif est enserrée dans un modèle américain qui a toutes les peines du monde à envisager des barrières à ce mouvement<sup>217</sup>, quels que soient les domaines concernés.

L'identification de fonctions qui seraient par nature liées au cœur de la chose publique, et de ce fait obligatoirement gérées et exécutées par les personnes publiques, est une quête vaine outre-Atlantique<sup>218</sup>. Ceci n'étonne guère étant donné la croyance cardinale dans la vertu de la régulation sociale par le marché. Ces spécificités qui, il faut le souligner sans pour l'instant entrer dans le détail, ont aussi des conséquences déterminantes en ce qui concerne les règles juridiques qui sont applicables aux personnes privées impliquées dans ces missions<sup>219</sup>, doivent être présentées en comparaison avec leurs homologues françaises.

## 2) L'approche républicaine française

Cette conception, à contre-courant de l'exemple américain, permet de limiter le domaine de l'intervention des personnes privées dans les matières qui correspondent au cœur de la chose publique (b). C'est d'abord à propos des privatisations à partir de 1986 que le Conseil constitutionnel s'est prononcé (a).

---

<sup>216</sup> C'est la définition utilisée par la circulaire A-76 précitée.

<sup>217</sup> La présomption paraît être largement en défaveur de cette qualification, notamment parce que l'agence doit au préalable informer l'*OMB* de sa volonté de retenir la qualité d'« activités publiques par nature », alors que l'inverse n'est pas vrai. Par ailleurs, les possibilités de recours, tant à l'intérieur des agences que devant les tribunaux, sont différentes selon la qualification retenue. Dès lors, la dichotomie effectuée par le *FAIR Act* fait la part belle au secteur privé. C'est ce que soulignent par exemple Paul Verkuil, *Outsourcing Sovereignty*, *op. cit.*, pp. 127 – 129.

<sup>218</sup> Catherine Donnelly conclut sur la question en retenant que, « Face à la question des délégations aux personnes privées, la réponse du système juridique fédéral est très clairement faible », *Delegation of Governmental Power*, *op. cit.*, p. 391.

<sup>219</sup> En effet, tout doit être relié, *in fine*, à une certaine conception de la coordination sociale et au rôle de l'État en son sein. Ce régime juridique de la participation ne manque pas de poser des questions aux États-Unis concernant la protection des droits fondamentaux, et sera de ce fait traité ultérieurement, *infra*, pp. 334 et s. Sur la nécessité de mener une démonstration en tenant compte de deux éléments, V. *supra*, note 2 p. 206. V. aussi Manuel Tirard, *Privatization and Public Law Values: A View from France*, *Ind. J. Global Legal Stud.*, vol. 15, 2008, pp. 285 – 304. L'article est consacré aux délégations telles qu'entendues dans ce paragraphe, mais le propos est applicable plus généralement.

(a) L'existence de limites constitutionnelles

Le particularisme du modèle français a ses racines dans l'histoire. Tout en remontant dans une certaine mesure à la royauté, c'est surtout la période qui nous sépare de la Révolution qui mettra à la charge de l'État certaines obligations<sup>220</sup>. Dans ce cadre, la mise en place d'un vaste secteur public après 1945 a pris une ampleur particulière, notamment en application des principes posés par le Préambule de la Constitution de 1946<sup>221</sup>. C'est surtout son article 9, selon lequel « Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité », qui permettra de nombreuses nationalisations.

Si ce mouvement a pris fin pour une bonne part dans le secteur économique à partir du milieu des années 1980, les débats qu'il a générés ont été d'une ampleur particulière. C'est le Conseil constitutionnel qui a été amené à statuer en dernier ressort sur la question de savoir si certaines frontières devaient être posées aux privatisations, entendues ici dans un sens français en opposition aux nationalisations. Il a répondu positivement en posant le principe que, « si la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle, la détermination des autres activités qui doivent être érigées en service public national est laissée à l'appréciation du législateur ou de l'autorité réglementaire selon les cas ; qu'il suit de là que le fait qu'une activité ait été érigée en service public par le législateur sans que la Constitution l'ait exigé ne fait pas obstacle à ce que cette activité fasse, comme l'entreprise qui en est chargée, l'objet d'un transfert au secteur privé »<sup>222</sup>.

C'est dans ce cadre que la notion de « services publics constitutionnels » a été élaborée par une partie de la doctrine<sup>223</sup>, dont l'appellation introduit au caractère restrictif quant à la possibilité de privatiser ou de déléguer la fonction correspondante<sup>224</sup>.

---

<sup>220</sup> La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose par exemple dans son article 12 que « La garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée ».

<sup>221</sup> Le Préambule met à la charge de l'État des missions éducatives (article 13 : « La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État ») ou de protection sociale (article 11 : « Elle (la Nation) garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence »).

<sup>222</sup> Décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, *Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, consid. 53. V. Louis Favoreu et Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., pp. 661 – 684.

<sup>223</sup> V. Louis Favoreu, *Service public et Constitution*, *AJDA*, n° spécial, 20 juin 1997, p. 16 – 19. V. aussi Pierre Espuglas, *Conseil constitutionnel et service public* (préf. G. Vedel), L.G.D.J., coll. Bibliothèque constitutionnelle

## (b) Portée

Le Conseil constitutionnel a traité des cas de transferts de capital du public au privé, c'est-à-dire de privatisation au sens français du terme, mais aussi du caractère déléguable de la gestion de certaines activités<sup>225</sup>. Il a rappelé ces caractéristiques en 2003 à l'occasion de la mise en place des contrats de partenariats public-privé<sup>226</sup> (PPP).

Les mêmes principes sont appliqués par les juridictions administratives qui sont amenées à régler des questions relatives à l'étendue des délégations de services publics. Le Conseil d'État joue un rôle central<sup>227</sup>, comme il est venu récemment le rappeler<sup>228</sup>. Le principe qu'il a posé concerne tous les services publics, même s'il a visé les services publics administratifs pour lesquels le risque est plus important compte tenu des missions en cause<sup>229</sup> : « le caractère administratif d'un service public n'interdit pas à la collectivité

---

et de science politique, t. 80, 1994. Le particularisme de cette notion a pu être contesté par Ramu de Bellescize, *Les services publics constitutionnels* (préf. Y. Gaudemet), L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, t. 244, 2005. Contrairement à l'auteur, il nous semble qu'elle est porteuse d'une spécificité française affirmée et réelle, ce que le contre-exemple américain permet de révéler.

<sup>224</sup> À propos des développements récents sur cette question, v. Pierre-Antoine Molina, Le Conseil constitutionnel précise les conditions de privatisation des services publics, *RJEP*, 2007, pp. 41 – 52. Aujourd'hui, la portée de l'article 9 susceptible de limiter les privatisations semble, eu égard à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, « assez faible », Jean-Yves Chérot, *Droit public économique*, Economica, 2<sup>e</sup> éd., 2007, p. 29.

<sup>225</sup> Un cas où cette question s'est présentée devant lui a été celui des services fiscaux. Ce dernier a reconnu, dans sa Décision n° 90-285 DC du 28 décembre 1990, *Loi de finances pour 1991*, qu'une personne de droit privée pouvait assurer le recouvrement de la contribution sociale généralisée au nom de l'État, car ces organismes effectuent « une mission de service public et sont placés sous la tutelle de l'État ou sous son contrôle » (consid. 46). Il semble s'agir ici d'un cas particulier, mais aussi et surtout d'une illustration de ce qui sera étudié après, à savoir la nécessité de prendre aussi en compte le régime juridique qui s'applique. En effet, les personnes privées concernées sont sous le contrôle strict de l'État puisque le droit administratif est applicable à ces personnes morales de droit privé qui gèrent un service public administratif. V. *infra*, pp. 371 et s. concernant le régime des délégations de services publics.

<sup>226</sup> Le Conseil a effectivement rappelé « que l'article 6 ne saurait être entendu comme permettant de déléguer à une personne privée l'exercice d'une mission de souveraineté », Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, consid. 19. Le caractère d'urgence notamment utilisé à cet effet limitatif a permis au Conseil de souligner que ces contrats n'avaient pas vocation à devenir le cœur de la commande publique. Pour une application, v. TA Orléans, 29 avril 2008, *Lenoir*. Dans cette affaire, le juge a déclaré que l'urgence ne pouvait être retenue que si le fonctionnement du service public était gravement atteint, ce qui n'était pas le cas en l'espèce à ses yeux. Ces contrats ont été réformés par la loi n° 2008 – 735 du 28 juillet 2008 pour en augmenter les possibilités de recours (hypothèse dite du « bilan favorable »). Le Conseil, dans sa Décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*, a encore encadré ces cas tout en acceptant le principe de leur augmentation. En détails, v. Didier Linotte, Actualité du droit des contrats de partenariat ; note sous Conseil constitutionnel du 24 juillet 2008, *Gaz. Pal.*, n° 222, 9 août 2008, pp. 2 – 4.

<sup>227</sup> Son avis du 7 octobre 1986, section de l'intérieur, n° 340609, est essentiel. Il a été commenté in Y. Gaudemet (*et al.*), *Les grands avis du Conseil d'État*, Dalloz, 1<sup>ère</sup> éd., 1997, p. 261 (cette édition est ici citée car cet avis n'a pas été repris en l'état dans la deuxième édition mentionnée précédemment).

<sup>228</sup> Dans son rapport 2008, le Conseil d'État précise que les évolutions contractuelles ne peuvent à ses yeux « se développer dans les domaines correspondant aux fonctions de souveraineté telles que la sanction pénale et la police », EDCE, *Le contrat*, dossier de presse, *op. cit.*, p. 18.

<sup>229</sup> V. Patrick Péréon, La délégation des services publics administratifs, *AJDA*, n° 27, 19 juillet 2004, pp. 1449 – 1459.

territoriale compétente d'en confier l'exécution à des personnes privées, sous réserve toutefois que le service ne soit pas au nombre de ceux qui, par leurs nature ou par la volonté du législateur, ne peuvent être assurés que par la collectivité territoriale elle-même »<sup>230</sup>.

En application de ces principes et en synthèse, il faut retenir que certaines fonctions doivent par principe être gérées directement par une personne publique, et ne peuvent donc être déléguées à des personnes privées<sup>231</sup>. En pratique, sont citées comme exemples les interdictions concernant les activités de police, de justice ou encore de défense nationale, mais la liste n'est pas exhaustive<sup>232</sup>. D'autres domaines comme l'éducation ou la santé y sont souvent assimilés, quoiqu'ils obéissent à des règles un peu différentes puisque l'implication des personnes privées y est plus importante et s'organise de manières diverses<sup>233</sup>.

Avant d'explicitier ces différences significatives avec le modèle américain, et sans nier les évolutions en France, notamment eu égard à l'influence européenne<sup>234</sup>, il faut de surcroît relever que le bornage du domaine de la participation des intérêts privés n'est pas le seul trait du particularisme français. En effet, lorsque cette implication est possible, la conception républicaine de la chose publique permet aussi son encadrement par un régime juridique particulier<sup>235</sup>.

## **§2. L'expansion croissante des délégations**

Fidèle au modèle de réalisation d'un intérêt public libéral, la participation des personnes privées à la gestion d'activités semble ancrée dans l'histoire et dans le modèle américain, si bien qu'il est difficile de penser pouvoir la circonscrire. Si, de manière

---

<sup>230</sup> Avis du CE du 7 octobre de 1986, *op. cit.*

<sup>231</sup> Pour Jean Waline, ces prohibitions interdisent aussi à l'État, qui est le plus souvent concerné, de contracter dans ces domaines avec des collectivités territoriales, *Les contrats entre personnes publiques*, *RFDA*, n° 2, 2006, pp. 229 – 234, ici p. 231.

<sup>232</sup> V. Yves Gaudemet (*et al.*), *Les grands avis du Conseil d'État*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2002, surtout pp. 332 – 334 ; ou encore Jean-François Auby, *La délégation de service public, guide pratique* (préf. M. Long), Dalloz, 1997, pp. 30 – 35. V. *infra*, §2.

<sup>233</sup> V. *supra*, pp. 247 – 248 les remarques sur la « contractualisation » dans l'éducation.

<sup>234</sup> V. Benoît Delaunay, L'article 295 CE et la neutralité supposée à l'égard du régime de propriété dans les États membres, conférence donnée lors du colloque sur « La privatisation de l'État » à l'Université Paris Descartes, les lundi 18 et mardi 19 mai 2009 (à paraître).

<sup>235</sup> V. *supra*, note 2 p. 206. Les questions concernant ces règles ne seront pas directement abordées ici quoiqu'elles seront parfois mentionnées. En effet, puisque dans certaines situations le principe même de la délégation est interdit en France, la question de l'exercice de cette participation ne se pose pas. C'est lorsque cette participation est ouverte que ce régime vient jouer comme une sorte de seconde garantie (spécialement pour l'éducation et la santé en France). Il sera étudié en détails *infra*, pp. 371 et s., concernant les réponses françaises aux dilemmes américains en matière de protection des droits fondamentaux des citoyens.

significative, ce sont les domaines régaliens qui sont avant tout concernés (A), les fonctions non commerciales de l'État ne doivent pas être négligées (B).

### A. Les fonctions régaliennes

Ces activités sont au cœur de l'État et posent avec une acuité particulière la question de l'intervention des personnes privées. Sans prétendre à l'exhaustivité<sup>236</sup>, l'étude des fonctions liées à la sécurité, d'une part (1), et à la justice, d'autre part (2), sont les plus intéressantes d'un point de vue comparatif. Si les dissimilitudes entre les rives de l'Atlantique ne doivent pas être caricaturées, force est de constater qu'elles existent clairement.

#### 1) La sécurité

Il est possible de distinguer les hypothèses qui correspondent à l'implication des personnes privées dans les activités de sécurité extérieure (a) puis intérieure (b).

##### (a) La sécurité extérieure

Les rapports historiques étroits entre le gouvernement américain et les industries privées d'armement ont fait l'objet de mots célèbres du président Eisenhower, qui mettait en garde contre le « complexe militaro-industriel » et ses dérives. C'est aujourd'hui l'implication de ces entreprises dans la prise en charge de ces activités qui intrigue et inquiète<sup>237</sup>. Les déboires récents de l'entreprise *Blackwater*<sup>238</sup> en Irak ont mis sur le devant de la scène

---

<sup>236</sup> Il est difficile d'obtenir une vision générale des secteurs concernés. V., par exemple, Daniel Guttman, *Governance by Contract: Constitutional Visions; Time for Reflection and Choice*, *Pub. Cont. L. J.*, vol. 33, 2004, pp. 321 – 360, ici pp. 331 – 337. Sur le domaine de la fiscalité en France, v. Marie-Christine Esclassan, *La fiscalité entre institution et contrat*, in B. Basdevant-Gaudemet (dir.), *Contrat ou Institution : un enjeu de société*, L.G.D.J., coll. Systèmes – Droit, 2004, pp. 87 – 102. Pour Christophe de la Martinière, le fait que certains impôts comme la TVA soient collectés par les entreprises au profit de l'État est une sorte de privatisation. V. *La privatisation de l'impôt*, conférence donnée lors du colloque sur « La privatisation de l'État » à l'Université Paris Descartes, les lundi 18 et mardi 19 mai 2009 (à paraître).

<sup>237</sup> V., pour un panorama général, Martha Minow, *Outsourcing Power: How Privatizing Military Efforts Challenges Accountability, Professionalism, and Democracy*, *B. C. L. Rev.*, vol. 46, 2005, pp. 989 – 1026.

<sup>238</sup> Suite à une fusillade survenue en Irak au début de l'année 2007 ayant entraîné la mort de civils, cette société n'a pas vu son contrat renouvelé avec le gouvernement américain, et certains de ses employés impliqués ont été poursuivis devant les juridictions américaines.

l'ampleur des pratiques<sup>239</sup> dans ce secteur et les problèmes afférents qu'elles ne manquent pas de susciter dans le contexte américain<sup>240</sup>.

Il faut préciser de quoi il retourne en la matière. En restant à l'époque moderne, le fait que les activités militaires soient considérées comme relevant de la responsabilité des États n'implique pas qu'il s'agisse d'un monopole total excluant toute participation extérieure. Il s'agit en réalité de distinguer le sujet abordé<sup>241</sup>. Il faut comprendre la distinction entre la participation à des activités qui ne correspondent pas directement au cœur de la fonction militaire, pour lesquelles l'implication du secteur privé semble justifiable<sup>242</sup>, et celles qui concernent au contraire cette substance, à savoir les fonctions répressives liées au pouvoir de contrainte, voire de tuer. Ce sont ces dernières qui sont véritablement problématiques et qui marquent le trait dominant des deux dernières décennies aux États-Unis<sup>243</sup>.

La France est un contre-exemple intéressant. Ainsi fait-elle aussi appel au secteur privé dans le domaine de la défense nationale, comme la loi de programmation militaire de 2003 en faisait mention<sup>244</sup>. Toutefois, les délégations du cœur de ces activités sont proscrites<sup>245</sup>. Sans faire preuve de naïveté dans la mesure où le secteur privé gagne du terrain,

---

<sup>239</sup> Paul Verkuil souligne qu'en 2007, les contractants privés en Irak représentaient le 2<sup>e</sup> contingent après l'armée américaine, devant tous les autres contingents internationaux, *Outsourcing Sovereignty, op. cit.*, p. 27. Pour Déborah Avant, le rapport entre les contractants privés et les soldats « traditionnels » est passé de 1 pour 50 pendant la première guerre du Golfe, à 1 pour 10 en 2004, *The Privatization of Security and Change in the Control of Force, Int. Stud. Perspect.*, vol. 5, 2004, pp. 153 – 157, ici p. 153.

<sup>240</sup> Les mauvais traitements subis par les prisonniers irakiens à la prison d'Abou Ghraïb ont en partie été l'œuvre de salariés d'entreprises privées qui se retrouvent aujourd'hui poursuivis devant les tribunaux.

<sup>241</sup> Jon Michaels, *Beyond Accountability: The Constitutional, Democratic, and Strategic Problems with Privatizing War, Wash. U. L. Q.*, vol. 82, 2004, pp. 1001 – 1127, spéc. pp. 1016 – 1023.

<sup>242</sup> *Ibid.*, p. 1018, l'auteur soulignant que l'augmentation des contrats commerciaux avec les firmes privées, si elle peut être contestée d'un point de vue politique et éthique, n'en reste pas moins conforme à ce qui a toujours été pratiqué.

<sup>243</sup> *Ibid.*, pp. 1018 et s.

<sup>244</sup> V. l'annexe à la loi n° 2003-73 du 27 janvier 2003 relative à la programmation militaire pour les années 2003 à 2008, partie I, article 2.5.2 d) externalisation : « La politique engagée par le ministère en matière d'externalisation depuis plusieurs années sera poursuivie et accentuée. Afin de ne pas immobiliser indûment une partie de leurs effectifs, les forces armées peuvent alléger le poids des tâches ne revêtant pas un caractère opérationnel ou non essentiel en temps de crise, en contractant avec des personnes publiques ou privées. Pour les opérations, elles peuvent également recourir à l'externalisation de capacités qu'elles ne possèdent pas ou de manière limitée dans le cadre de la mise en place, du soutien et du désengagement des forces », JORF du 29 janvier 2003, page 1744.

<sup>245</sup> Pierre-André Lecocq résume les choses de la manière suivante : « le principe est qu'on ne peut externaliser des tâches qui sont au cœur de la mission de sécurité extérieure (par exemple, le combat ou l'interposition sur le terrain, les activités de contre-espionnage, etc.). On estime en revanche que la maintenance d'équipements, le transport des personnels, et même le ravitaillement en vol, l'entretien des réseaux de communication sont 'externalisables' », L'approche constitutionnelle et législative de la privatisation de la sécurité en France, in J.-J. Roche (dir.), *Insécurité publiques, sécurité privée ? Essais sur les nouveaux mercenaires*, Economica, coll. Défense, 2005, pp. 47 – 84, ici p. 74.

le modèle français y fait face selon des principes plus arrêtés qu'outre-Atlantique<sup>246</sup>. La même approche dissemblable entre les deux rives de l'Atlantique peut être constatée en ce qui concerne la sécurité intérieure.

(b) La sécurité intérieure

Dans le cadre d'une première approche, il est intéressant de citer quelques chiffres pour démontrer le fait que les « États-Unis sont le plus important marché mondial de la sécurité privée »<sup>247</sup>. Le rapport entre les missions de police assurées par le secteur public ou par le secteur privé y est d'un peu plus de 1 pour 2.5<sup>248</sup>, ce qui donne une première idée de l'ampleur du phénomène.

Comme pour l'activité militaire, il est nécessaire de différencier l'étendue de la situation, car ce qui est intéressant concerne la problématique de la délégation par des autorités publiques des fonctions de police, non de ses activités annexes<sup>249</sup> (cantine, etc.). Ainsi, les polices privées outre-Atlantique interviennent souvent dans le contrôle et la répression des infractions commises par les individus<sup>250</sup>. Un auteur faisait récemment mention du fait que 45 % de tous les gouvernements locaux utilisaient déjà de tels moyens à la fin des années 1990<sup>251</sup>. L'ampleur du phénomène peut encore être illustrée par l'exemple de la société *Blackwater* déjà mentionnée, mais cette fois dans un cadre tout à fait différent et qui ne manque pas de susciter de nouvelles interrogations. Les ravages de l'ouragan Katrina à la Nouvelle-Orléans en août 2005 ont laissé la région dans une situation particulièrement difficile. Pour faire face au désastre, des entreprises privées ont été recrutées pour assurer les fonctions de police et de maintien de l'ordre. Cela a mis à jour une situation surprenante, pour ne pas dire choquante, dans laquelle les carences publiques ont été compensées par le recours contractuel à des sociétés privées.

---

<sup>246</sup> La loi du 14 avril 2003 relative à la répression de l'activité de mercenaire est un exemple intéressant de la façon dont la France appréhende ces questions. V. l'article éponyme de Thierry Isler in J-J Roche, *Insécurités publiques, sécurité privée ?*, op. cit., pp. 85 – 115.

<sup>247</sup> Alain Bauer et Émile Pérez, *Les polices aux États-Unis*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2003, p. 34. Le site Internet du Département américain de la justice est une source précieuse d'informations, et permet de mesurer l'ampleur du phénomène (<http://www.usdoj.gov/>).

<sup>248</sup> Ce ratio découle des données disponibles sur les sites Internet officiels américains. Pour Elizabeth Joh, le rapport est même de 1 pour 3, *Conceptualizing the Private Police*, *Utah L. Rev.*, 2005, pp. 573 – 617, ici p. 578.

<sup>249</sup> Sur ces distinctions, *ibid.*, pp. 586 – 587, et le tableau p. 610.

<sup>250</sup> *Ibid.*, pp. 613 – 615.

<sup>251</sup> David Sklansky, *Private Police and Democracy*, *Am. Crim. L. Rev.*, vol. 43, 2006, pp. 89 – 106, ici p. 92.

Ces faits sont importants pour mieux comprendre l'expérience française en la matière. Il serait faux de soutenir que la France n'est pas concernée par des questions comparables, notamment liée à la nécessité affichée de faire face à une délinquance réputée croissante. Le secteur privé s'est vu impliqué de manière croissante depuis les années 1980, dans ce qui paraît correspondre à un « irrésistible développement de la sécurité privée »<sup>252</sup>. Toutefois, au-delà des chiffres, le particularisme français intervient pour en restreindre le domaine.

Depuis longtemps déjà, le Conseil d'État a posé des frontières aux délégations de services publics au secteur privé dans les activités touchant à la sécurité intérieure<sup>253</sup>. Par conséquent, si les deux pays sont engagés sur une même route, tous les feux sont au vert aux États-Unis pour que ces dispositifs soient encore et toujours approfondis, alors qu'en France des interdictions balisent cette voie<sup>254</sup>.

C'est une idée similaire qui procède de la participation des personnes privées aux activités liées à la justice<sup>255</sup>.

## 2) La justice

Comme il a déjà été dit, la place du juge dans les sociétés française et américaine est très différente<sup>256</sup>. Véritable pouvoir politique de l'autre côté de l'Atlantique, le juge est

---

<sup>252</sup> Pierre-André Lecocq mentionne les chiffres suivants pour 2006 : environ 200000 personnes interviennent dans la sécurité privée, pour 257000 fonctionnaires, L'approche constitutionnelle et législative de la privatisation de la sécurité en France, *op. cit.* pp. 59 et 61. Ces données sont à comparer au ratio américain. D'autres auteurs situent les effectifs privés plutôt autour de 150000.

<sup>253</sup> CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, Rec. p. 595 ; CE, 1<sup>er</sup> avril 1994, *Commune de Menton*, Rec. p. 176 ; CE, 29 décembre 1997, *Commune d'Ostricourt*, Rec. p. 170. En revanche, des opérations comme le secours en montagne sont déléguables, comme le souligne Renaud Denoix de Saint Marc, La question de l'administration contractuelle, *AJDA*, n° 19, 19 mai 2003, pp. 970 – 971, ici p. 971. Un domaine important de débats concerne la télésurveillance la vidéosurveillance, en principe déléguables au secteur privé si elles n'impliquent pas d'intervention sur la voie publique. V. CE, 20 mars 1998, *SEM de sécurité active et de télématique* ; ainsi que le rapport présenté au Sénat par Jean-Patrick Courtois et Charles Gautier, *La vidéosurveillance : pour un nouvel encadrement juridique*, n° 131, 10 décembre 2008.

<sup>254</sup> En France le monopole public sur les activités de sécurité n'est plus absolu depuis une vingtaine d'année, notamment depuis la loi n° 83-629 du 12 juillet 1983 réglementant les activités privées de surveillance, gardiennage et transports de fonds. Toutefois, dans ces cas, la réglementation est importante, *i.e.* que les obligations qui pèsent sur les personnes privées impliquées sont inspirées de la nécessité d'encadrer l'exercice d'activités qui touchent au sens large à la sécurité de la population, et ce en dehors des hypothèses de délégations de services publics *stricto sensu*. V. la loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure du 29 avril 2002, JORF 30 août 2002, pp. 1439 et s. ; et la loi sur la sécurité intérieure du 18 mars 2003, JORF 19 mars 2003, pp. 4761 et s. V. *infra*, pp. 371 et s.

<sup>255</sup> Loïc Cadiet replace les évolutions concernant la justice dans un cadre plus général, en soulignant qu' « il est certain (...) que le recul de la loi et le repli de l'État abandonnent à la volonté des acteurs sociaux de nouvelles plages de liberté, y compris celles d'assurer, en dehors des juridictions, la solution des litiges qui les opposent », avant-propos à l'ouvrage qu'il dirige, en collab. avec Thomas Clay et Emmanuel Jeuland, *Médiation et arbitrage : alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Litec, coll. Pratiques professionnelles, 2005, pp. 5 – 11, ici p. 7.

traditionnellement en France cantonné dans une fonction plus technique d'application de la loi. Ces dissemblances générales, issues des conceptions de l'intérêt public, se matérialisent aussi dans la place des intérêts privés dans les procès. En effet, contrairement à la conception inquisitoire du procès pénal en droit français, qui fait du juge l'acteur central, le système accusatoire américain fait traditionnellement une large place aux parties privées et à leurs avocats<sup>257</sup>. Ce faisant, la pénétration des intérêts particuliers dans la justice est plus largement admises dans le second que dans le premier.

Cette implication, qui dépasse là aussi parfois les hypothèses de délégation de services publics *stricto sensu*, se fait de plusieurs façons. D'abord, en diminuant le domaine des litiges à juger par les tribunaux, à travers des mécanismes regroupés sous la dénomination de modes alternatifs de règlement des conflits<sup>258</sup> (MARC) (a). Ensuite, par la possibilité laissée aux intérêts privés d'exercer eux-mêmes l'action publique (b). Enfin, au bout de la chaîne, dans l'application des sanctions les plus graves par la fonction carcérale (c).

#### (a) L'augmentation du recours aux MARC

Il faut aborder la question des MARC ( $\alpha$ ) dans laquelle s'insère l'arbitrage en matière administrative<sup>259</sup> ( $\beta$ ).

#### ( $\alpha$ ) Les MARC

Une comparaison historique permet de montrer que ces techniques ont toujours été favorisées par le droit américain, moins par le droit français<sup>260</sup>, et que leur retour sur le devant de la scène depuis quelques décennies est influencé par les États-Unis<sup>261</sup>.

---

<sup>256</sup> V. *supra*, pp. 190 – 191.

<sup>257</sup> Il faut rappeler le rôle central du jury comme expression de la souveraineté populaire, *i.e.*, pour reprendre les mots de Tocqueville, comme « institution politique », *De la démocratie en Amérique*, 1835 ; réédition avec une préf. de F. Furet, Garnier-Flammarion, vol. 1, 1981, p. 371. Pour Robert Kagan, « La procédure contradictoire à l'américaine est à la fois le résultat d'une forte demande d'action étatique et d'une faiblesse de l'État », L'Europe devrait-elle s'inquiéter d'un « légalisme contradictoire à l'américaine », *Droit et société*, n° 48, 2001, pp. 471 – 495, ici p. 486.

<sup>258</sup> Les anglo-saxons parlent d'*Alternative dispute resolution* (ADR).

<sup>259</sup> Sont traditionnellement distingués, d'une part, les règlements amiables, qui ont pour but de prévenir un litige avant l'intervention d'une juridiction et, d'autre part, les règlements juridictionnels, qui font trancher un conflit par une juridiction non étatique. Dans la première hypothèse sont concernées la médiation, la conciliation, et surtout la transaction ; l'arbitrage intervient dans la seconde. Pour une approche terminologique, v. Conseil d'État, Section du rapport et des études, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La Documentation française, 1993.

S'il est impossible dans le cadre de cette étude d'étudier toutes les matières, la procédure bien connue en droit pénal américain du « plaider coupable » (*plea bargaining*<sup>262</sup>) illustre à la fois le particularisme américain et la relative transformation française ? C'est d'autant plus vrai depuis la création en 2004 d'une procédure de « comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité »<sup>263</sup>, qui connaît à l'heure actuelle un engouement certain<sup>264</sup>. Toutefois, elle est loin d'avoir la portée du mécanisme américain, considéré par beaucoup comme la procédure de principe en matière pénale<sup>265</sup>.

Si la France connaît une évolution qui ne peut être niée<sup>266</sup>, il n'est pas possible de contester les différences de fond qui existent entre les deux systèmes. C'est pourquoi, lorsque certains auteurs s'interrogent sur l'existence d'un véritable droit au règlement amiable en France, ils en concluent qu'il n'existe pas à l'heure actuelle<sup>267</sup>, tout en reconnaissant que son évocation « n'est plus une hérésie juridique »<sup>268</sup>. À titre de comparaison, il semble bien qu'aux États-Unis un tel droit existe dans tous les domaines et pour tous les litiges, ce qui implique par exemple un traitement différent de l'arbitrage en matière administrative.

---

<sup>260</sup> V., pour les États-Unis, la synthèse d'Oscar Chase, ADR and the Culture of Litigation, the Example of the United States of America, in L. Cadiet (dir.), *Médiation et arbitrage*, op. cit., pp. 135 – 151, surtout pp. 139 – 141. Pour des détails, notamment comparés, v. Serge Guinchard (et al.), *Droit processuel : droit commun et droit comparé du procès équitable*, Précis Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2007, pp. 1079 et s.

<sup>261</sup> V. Marie-Claire Rivier in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, pp. 52 – 58, ici p. 52.

<sup>262</sup> Le *plea bargaining* permet à la fois aux États-Unis de « négocier les chefs d'inculpation (*charge bargaining*) et la peine (*sentence bargaining*) », EDCE, *Le contrat*, op. cit., p. 184. Sur cette pratique, v. S. Guinchard (et al.), *Droit processuel*, op. cit., pp. 1097 – 1099.

<sup>263</sup> Pour Jacques Chevallier, cette procédure, qui vient s'ajouter à certaines mesures prises à partir des années 1990 (introduction de la médiation pénale en 1993 et de la composition pénale en 1999), marque une évolution importante « de ce qui constitue bel et bien un pas vers le modèle anglo-saxon de 'justice négociée' », Loi et contrat dans l'action publique, CCC, n° 17, 2004, pp. 81 – 86, ici p. 85. Comme le soutient Brigitte Pereira, « la justice négociée n'est donc plus seulement la voie médiane entre le classement sans suite et le renvoi en jugement, elle comprend également le jugement », Justice négociée : efficacité répressive et droits de la défense ?, *D.*, 2005, pp. 2041 – 2049, ici p. 2041.

<sup>264</sup> Selon des statistiques récentes du Ministère de la Justice, elle a connu une augmentation de plus de 87 % en un an entre 2005 et 2006. V. [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/1\\_chiffrescles07.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_chiffrescles07.pdf), p.14.

<sup>265</sup> Jacqueline Ross soutient que, malgré l'importance du principe du jury en droit américain, la quasi totalité des litiges criminels est réglée par des procédures de plaider coupable, et ce tant au niveau des États fédérés que du gouvernement fédéral ; The Entrenched Position of Plea Bargaining in the United States Legal Practice, *Am. J. Comp. L.*, vol. 54, 2006, pp. 717 – 732, ici p. 717.

<sup>266</sup> Pour Loïc Cadiet, « Même les domaines fortement judiciarisés, comme le droit pénal et le droit administratif, hauts lieux traditionnels d'une conception purement juridictionnelle, voire inquisitoire du règlement des contentieux, ont fini par être touchés par cette aspiration contemporaine à la diversification des modes de solution des litiges », *Médiation et arbitrage*, op. cit., p. 7. Cette mutation paraît d'autant plus profonde compte tenu de réflexions visant à étendre le « plaider coupable » aux crimes.

<sup>267</sup> Serge Guinchard (et al.), *Droit processuel*, op. cit., p. 1104. Catherine Teitgen-Colly relève que l'encadrement par le juge en France est essentiel ; La contractualisation de la répression ?, in B. Basdevant-Gaudemet (dir.), op. cit., pp. 58 – 68.

<sup>268</sup> Serge Guinchard (et al.), *Droit processuel*, op. cit., p. 1104.

## (β) L'exemple de l'arbitrage en matière administrative

Les différences transatlantiques sont significatives en cette matière<sup>269</sup>. En synthèse, l'arbitrage « est une manière classique de résoudre les litiges entre personnes privées, mais il a été utilisé de manière croissante dans l'action administrative »<sup>270</sup>. Une loi de 1996, l'*Administrative Dispute Resolution Act*, est venue faciliter le recours à ces procédures au sein des agences américaines<sup>271</sup>. Si certaines limites existent encore<sup>272</sup>, ce procédé est aujourd'hui largement favorisé.

Pour mieux le comprendre, il est utile de comparer avec ce qui se passe en France, où existe toujours « le principe interdisant aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage »<sup>273</sup>. Certes le droit français prévoit quelques dérogations, qui sont facultatives ou obligatoires<sup>274</sup>. Certes la tendance semble être à un accroissement de la pratique, notamment avec l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les partenariats public-privé<sup>275</sup>. Mais il ne faut pas en conclure que le principe précédemment énoncé soit devenu l'exception, puisque « les dérogations (intéressant des contentieux contractuels) au principe en cause sont peu nombreuses (ainsi que sous-utilisées) »<sup>276</sup>. La doctrine plaide cependant souvent en sa faveur. Le dernier rapport en date établi à ce sujet proposait par exemple d'étendre l'arbitrage à toutes les personnes publiques et pour tous les litiges contractuels<sup>277</sup>. Sans présager de ses effets<sup>278</sup>,

---

<sup>269</sup> Sans parler des différences qui existent en ce qui concerne l'arbitrage dans les litiges civils et commerciaux. Pour une introduction à la comparaison des MARC entre les deux pays en droit administratif, v. Laurent Richer, Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif, *AJDA*, n° 1, 20 janvier 1997, pp. 3 – 9.

<sup>270</sup> Alfred Aman, *Administrative Law and Process*, op. cit., p. 477.

<sup>271</sup> Le Conseil d'État avait souligné le fait que « l'arbitre américain à qui est soumis un litige administratif, normalement de la compétence du juge administratif et de l'Agence fédérale, ne rend pas une décision définitive qui s'impose aux parties. Sa décision peut être, dans les trente jours, annulée par le directeur de l'Agence fédérale », *Régler autrement les conflits*, op. cit., 1993, p. 137. Cette disposition a été abrogée par la loi de 1996.

<sup>272</sup> V. le document élaboré en accord avec le Ministère américain de la justice sur cette question, Presidio Trust, *Guidance for the Use of Binding Arbitration Under the Administrative Dispute Resolution Act of 1996*, 2007 (<http://www.usdoj.gov/adr/PRESIDIO%20TRUST.pdf>).

<sup>273</sup> René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, coll. Domat droit public, 13<sup>e</sup> éd., 2008, pp. 268 – 277, ici p. 268.

<sup>274</sup> *Ibid.*, pp. 269 – 274.

<sup>275</sup> Telle que modifiée par la loi du 28 juillet 2008, et qui dispose en son article 11 que les contrats de partenariat doivent obligatoirement prévoir les modalités de prévention et règlement amiable des litiges, le cas échéant en recourant à l'arbitrage. V. Stéphane Braconnier, Arbitrage et contrats publics d'affaires, vers la consécration d'un principe d'arbitrabilité, in *Contrats publics : mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, op. cit., vol. 2, pp. 319 – 337.

<sup>276</sup> René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 270.

<sup>277</sup> Rapport public du groupe de travail sur l'arbitrage, réuni au Conseil d'État sous la présidence du président Daniel Labetoulle, remis au garde des Sceaux le 27 mars 2007. V. la présentation de Philippe Terneyre, L'arbitrage des litiges contractuels intéressant les personnes publiques, *BJCP*, n° 52, juin 2007, pp. 170 – 180.

<sup>278</sup> À l'heure actuelle, notamment suite à l'arbitrage contesté dans l'affaire Tapie, le rapport semble avoir été écarté.

la spécificité française resterait en partie marquée puisque, si le recours à ce mécanisme s'ouvrirait plus facilement, c'est le Conseil d'État qui serait placé comme gardien d'un système qui doit préserver l'intérêt général autour de l'application du droit administratif<sup>279</sup>, ce qui d'ailleurs n'a pas manqué d'être critiqué<sup>280</sup>. De plus et bien qu'importante<sup>281</sup>, seule la matière contractuelle serait ouverte.

Au final, le recours à l'arbitrage en matière administrative peut aujourd'hui être ainsi résumé : c'est un principe aux États-Unis, alors que c'est encore l'exception en France. Cette conclusion est globalement applicable aux MARC, et nécessite de dépasser les textes applicables pour avoir une idée réelle de la pratique. Comme le remarquaient Gérard Cornu et Jean Foyer, « Il paraît bien y avoir une liaison entre le développement de l'arbitrage dans un pays et son régime politique »<sup>282</sup>, autrement dit la façon de concevoir la réalisation de l'intérêt public. Cela paraît très juste, car le modèle américain favorise de façon presque philosophique l'arbitrage comme les autres dispositifs alternatifs. *A contrario*, malgré des avancées<sup>283</sup>, le droit français reste enserré dans une tradition qui tend à une certaine méfiance envers ces mécanismes<sup>284</sup>, notamment pour l'arbitrage des litiges des personnes publiques.

#### (b) L'exercice de l'action publique par des intérêts privés

C'est autour de la fonction de « procureur général privé » (*Private attorney general*) qu'il faut exposer cette autre caractéristique du système américain ( $\alpha$ ), permettant de présenter ensuite les différentes actions qui viennent mettre en place ce schéma ( $\beta$ ).

---

<sup>279</sup> C'est un des arguments de Philippe Terneyre et Célia Vérot pour justifier un dispositif qui doit « acclimater » l'arbitrage à la sphère publique ; Le projet de réforme de l'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques est tout à fait viable, *AJDA*, n° 17, 5 mai 2008, pp. 905 – 910, not. p. 910. Comme il apparaît à la lecture de la présentation du rapport Labetoulle par Philippe Terneyre (*L'arbitrage des litiges contractuels intéressant les personnes publiques*, *op. cit.*), il s'est agi de jouer à la fois sur l'étendue du recours à l'arbitrage et sur son régime juridique. Ce point est important car, comme le remarque Yves Gaudemet dans la préface à la thèse d'Apostolos Patrikios, « On ne peut (...) militer pour une plus large ouverture des litiges administratifs à l'arbitrage sans que soit en même temps et clairement abordée la question du régime juridique applicable à ceux-ci », *L'arbitrage en matière administrative*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, t. 189, 1997, p. xix.

<sup>280</sup> V. par exemple Thomas Clay, Arbitrage pour les personnes morales de droit public : le grand bazar !, *LPA*, n° 60-61, 25 mars 2008, pp. 3 – 5.

<sup>281</sup> Pour Anne Courrèges et Célia Verot, le rapport Labetoulle opère un « renversement du principe de prohibition de l'arbitrage », *L'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques : quelques éclairages sur un rapport récemment remis au Garde des Sceaux*, *RFDA*, n° 3, 2007, pp. 489 – 493, ici p. 490.

<sup>282</sup> Gérard Cornu et Jean Foyer, *Procédure civile*, coll. Thémis, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 1996, p. 77.

<sup>283</sup> Le Conseil d'État relève dans son rapport annuel pour 2008 qu'il faut « favoriser le règlement non juridictionnel des conflits », EDCE, *Le contrat*, dossier de presse, *op. cit.*, p. 18.

<sup>284</sup> Pour Jean-Marc Baudel, les différents dispositifs restent en pratique assez peu utilisés, *L'accès à la justice : la situation en France*, *RIDC*, vol. 58, n°2, 2006, pp. 477 – 491, ici p. 485.

## (α) Synthèse par la notion de « procureur général privé »

En France, c'est le Ministère public qui a par principe le monopole pour défendre les intérêts de la société devant les tribunaux. La situation se présente différemment outre-Atlantique, où il y a plutôt un « Procureur » chargé des intérêts de l'État concerné. Surtout, les États-Unis mettent à jour certains dispositifs particuliers qui attestent d'un modèle dans lequel les personnes privées sont légitimées comme des défenseurs à part entière du bien public. En effet, il n'y a pas aujourd'hui de monopole public de la poursuite des atteintes à l'intérêt public devant les juridictions américaines.

C'est à ce titre que la notion de « *Private attorney general* » a été élaborée au milieu du siècle dernier<sup>285</sup>, mais dans un sens négatif puisqu'il s'agissait alors de reconnaître des tendances naissantes pour mieux les combattre. Un auteur pouvait résumer l'idée de la façon suivante : « au lieu de confier aux seuls services publics qui, comme chacun sait, sont et resteront chroniquement trop faibles pour les tâches dont ils sont chargés, le soin d'assurer le respect de la loi, on s'efforce de faire peser une partie du fardeau sur le secteur privé »<sup>286</sup>. Il faut constater avec William Rubenstein que cette appellation et les procédés qui y sont associés ont connu d'importants développements à partir des années 1970<sup>287</sup>, notamment en droit de l'environnement<sup>288</sup>. Il s'agit d'une réalité qui corrobore l'idée que les dernières décennies ont marqué outre-Atlantique un approfondissement de la croyance que l'intérêt privé était le mieux à même dans de nombreuses situations de défendre et de promouvoir l'intérêt collectif.

## (β) Applications

Une illustration de ce particularisme américain est constituée par la procédure bien connue des « actions de groupes » (*class actions*)<sup>289</sup>, qui ne sont pas propres aux États-Unis<sup>290</sup>.

---

<sup>285</sup> Pour William Rubenstein, il faut remonter en 1943 à une opinion dissidente du juge Douglas dans l'affaire *FCC v. Nat'l Broad CO., Inc.*, 319 U.S. 239 (1943), p. 265 ; On What a « Private Attorney General » is – and Why it Matters, *Vand. L. Rev.*, vol. 57, 2004, pp. 2129 – 2173.

<sup>286</sup> Russel Stevenson, Le « procureur général privé » dans le droit des sociétés des États-Unis, *RIDC*, vol. 30, n° 3, 1978, p. 779 – 790, ici p. 784.

<sup>287</sup> William Rubenstein, On What a « Private Attorney General » is, *op. cit.*, pp. 2135 – 2136.

<sup>288</sup> Sur ce domaine, v. Barton Thompson, The Continuing Innovations of Citizen Enforcement, *U. Ill. L. Rev.*, 2000, pp. 185 – 236.

<sup>289</sup> Sur l'importance des *class actions*, v. Bruce Kobayashi et Larry Ribstein, Class Action Lawyers as Lawmakers, *Ariz. L. Rev.*, vol. 46, 2004, pp. 733 – 780. Elles existent depuis longtemps, mais ont connu des développements nombreux dans les années 1970. Pour une approche détaillée, à la fois comparée et prospective,

Elles permettent « à un membre d'un groupe d'engager une action en justice au nom de ce groupe, tout autre membre pouvant s'y joindre afin de profiter de la réparation accordée par le juge »<sup>291</sup>. Les questions de procédure mises à part<sup>292</sup>, le plus important consiste à voir dans ces actions une caractéristique importante aux États-Unis du rôle des intérêts privés dans la fonction juridictionnelle. Il s'agit de permettre à quelques personnes privées de défendre un intérêt partagé par une partie de la société, au détriment d'une action sous l'égide d'un Ministère public en principe compétent dans ces cas. Sur ce dernier point comme sur d'autres, le système américain n'est pas adapté aux spécificités françaises<sup>293</sup>, nonobstant les débats en la matière<sup>294</sup>. Cela est dû à une différence essentielle liée au rôle du juge qui n'est pas, en France, susceptible comme aux États-Unis de se placer en véritable contre-pouvoir politique.

Un autre exemple caractéristique de la tradition américaine est constitué par la *qui tam action*. Elle se définit comme une action « prévue par une loi, qui permet à une personne privée d'attaquer en justice pour obtenir une réparation financière, dont une partie sera perçue par le gouvernement ou une autre institution publique spécifique »<sup>295</sup>. Ces actions ont une longue histoire puisqu'elles proviennent du droit anglais du Moyen Age. Il s'agissait déjà à l'époque de permettre à une personne privée de faire appliquer les lois du royaume au nom du Souverain. Reprise ensuite en droit fédéral américain<sup>296</sup>, notamment dans le *False Claim Act (FCA)* sous la présidence d'Abraham Lincoln afin de lutter contre les fraudes envers le gouvernement de l'Union, elles ont connu un renouveau important à partir d'une grande réforme en 1986<sup>297</sup>. Aujourd'hui, des individus ou des groupes détenant des informations sur les fraudes contre le gouvernement sont autorisés à poursuivre les présumés coupables au nom de ce dernier, et pourront obtenir une part des éventuels dommages et intérêts versés si la demande aboutie<sup>298</sup>. Loin d'être anecdotiques, ces procédés sont assez répandus<sup>299</sup>.

---

v. Daniel Mainguy (dir.), L'introduction en droit français des *class actions*, *LPA*, n° 254, 22 décembre 2005, pp. 6 – 28.

<sup>290</sup> Pour une étude très complète dans les pays de *common law*, v. Rachael Mulheron, *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*, Hart, Oxford and Portland, 2004.

<sup>291</sup> Jacques Chevallier, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 113.

<sup>292</sup> En synthèse, v. Serge Guinchard (*et al.*), *Droit processuel*, *op. cit.*, pp. 587 – 593.

<sup>293</sup> V., par exemple, les différents articles parus dans « Les class actions américaines », *LPA*, n° 115, 10 juin 2005, particulièrement les contributions de Florence Laroche-Gisserot, pp. 7 – 10, sur le cas américain.

<sup>294</sup> V. les débats récurrents en France sur l'introduction en droit positif de ces actions.

<sup>295</sup> *Black's Law Dictionary*, *op. cit.*, p. 1262.

<sup>296</sup> Il existe des lois similaires dans des États fédérés.

<sup>297</sup> Leur constitutionnalité a été confortée dans la décision de la Cour suprême *Vermont Agency of Natural Resources v. United States ex rel. Stevens*, 529 U.S. 765 (2000).

<sup>298</sup> Le procureur de l'État concerné a le choix de reprendre l'affaire ou de laisser la personne privée agir en son nom.

Un dernier exemple, proche du précédent, doit être cité. Il s'agit des *citizen suits*, c'est-à-dire les « actions de citoyens »<sup>300</sup>. Définies comme des actions « prévues par une loi, qui donnent aux citoyens le droit de poursuivre en justice les contrevenants à ses dispositions et d'obtenir des mesures d'urgence et des amendes »<sup>301</sup>, elles sont très présentes en droit de l'environnement. En cette matière, le législateur a permis à partir des années 1970 à des personnes privées d'agir au nom du gouvernement fédéral pour faire respecter la réglementation applicable<sup>302</sup>.

Toutes les actions ici résumées, encore largement inconnues en tant que telles en France, sont une alternative aux solutions traditionnelles consistant à faire de l'État le seul titulaire de la défense de l'intérêt public et, ce faisant, le seul à même de le faire respecter devant les tribunaux<sup>303</sup>. Qu'en est-il maintenant des fonctions carcérales, dernier chaînon de l'activité juridictionnelle ?

### (c) Les activités carcérales

Le secteur pénitentiaire américain connaît depuis quelques dizaines d'années une implication croissante des intérêts privés<sup>304</sup>, et ce à tous les niveaux<sup>305</sup>. Sans connaître encore une ampleur majeure, les tendances récentes imposent de s'attarder sur ce cas qui révèle encore une fois des dissimilitudes symptomatiques entre les deux côtés de l'Atlantique.

Ce mouvement a connu une réelle augmentation aux États-Unis depuis ses premiers balbutiements dans les années 1960. Selon les statistiques, l'augmentation du nombre de détenus pris en charge par ce biais depuis les années 1990 est lente mais régulière<sup>306</sup>.

---

<sup>299</sup> V. Dayna Bowen Matthew, *The Moral Hazard Problem With Privatization of Public Enforcement: The Case of Pharmaceutical Fraud*, *U. Mich. J. L. Reform*, vol. 40, 2007, pp. 281 – 339, surtout p. 284.

<sup>300</sup> Pour une étude détaillée, v. Isabelle Romy, *Mise en œuvre de la protection de l'environnement, des citoyens suisses aux solutions suisses*, Fribourg, éd. Universitaires Fribourg Suisse, 1997, et plus spéc. pp. 85 – 215 pour des détails complets concernant le droit américain.

<sup>301</sup> *Black's Law Dictionary*, *op. cit.*, p. 237.

<sup>302</sup> V., par exemple, le *Clean Air Act* (1990), ou encore le *Clean Water Act* (1977).

<sup>303</sup> À propos des *citizen suits*, Isabelle Romy conclut qu'il s'agit d'un « moyen remarquable d'assurer l'application effective des lois et de suppléer à l'inaction du gouvernement dans les cas où les actions classiques demeurent insuffisantes », *Mise en œuvre de la protection de l'environnement, op. cit.*, p. 215.

<sup>304</sup> V. Alfred Aman, *Privatization, Prisons, Democracy, and Human Rights: The Need to Extend the Province of Administrative Law*, *Ind. J. Global Legal Stud.*, vol. 12, 2005, pp. 511 – 550.

<sup>305</sup> Ce sont surtout les États de l'ouest et du sud qui sont à la pointe de ces pratiques, le Texas étant le premier concerné. Ces dispositifs ne peuvent être étudiés en détails. Pour une synthèse, v. sur le site Internet du Département de la Justice : <http://www.ojp.gov/bjs/pub/pdf/pjim06.pdf>, not. p. 4.

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

Aujourd'hui, plus de 7 % des prisonniers sont incarcérés dans des établissements privés<sup>307</sup>. Ces chiffres nationaux ne doivent pas masquer que ces véritables « prisons privées » détiennent dans certains États plus du quart de la population carcérale<sup>308</sup>, tandis que ce pourcentage avoisine les 10 % dans le tiers des États américains (18 États, 19 si on ajoute le gouvernement fédéral). La pratique est donc importante et ne peut être niée<sup>309</sup>. Le point fondamental consiste à relever que la participation des personnes privées à la fonction carcérale est totale, c'est-à-dire que ces dernières se voient confier non seulement les fonctions accessoires telles que l'entretien ou la fourniture de la nourriture, mais bien plus encore le contrôle et la sanction des prisonniers, c'est-à-dire ce qui peut être considéré comme des activités touchant au cœur de la fonction carcérale<sup>310</sup>.

Il est intéressant de faire un parallèle avec la France où, depuis 1987<sup>311</sup>, un système de prisons dites « semi-privées » a été mis en place, dans lequel des entreprises commerciales accomplissent pour le compte de l'État des fonctions diverses comme la restauration ou le nettoyage. Il faut toutefois souligner que la volonté initiale qui tendait à permettre une délégation totale de l'activité sur le modèle américain a été rapidement abandonnée, étant donné la nature de l'activité pénitentiaire qui touche à une fonction régaliennne. C'est d'ailleurs sur ce mécanisme mixte que des projets carcéraux sont menés depuis quelques années déjà, et ont encore été favorisés récemment<sup>312</sup>.

Au final, s'il serait faux de présenter les différences entre les deux rives de l'Atlantique de façon antithétique<sup>313</sup>, d'autant plus compte tenu du contexte français qui peut

---

<sup>307</sup> *Ibid.*

<sup>308</sup> Il en va ainsi dans les États du Nouveau Mexique (43 %), du Wyoming (41 %), de Hawaï (31 %), de l'Alaska (28 %) et du Montana (26 %).

<sup>309</sup> Le fait que les États les plus peuplés (Californie, New York, et les États du nord-est) n'utilisent pas ou très peu les prisons privées peut altérer l'ampleur du phénomène.

<sup>310</sup> Pour Jody Freeman, la nouveauté est bien que « L'implication du secteur privé dans les activités carcérales dépasse les contrats pour la fourniture de nourriture et de services », *The Private Role in Public Governance*, *op. cit.*, p. 628.

<sup>311</sup> Pour une présentation synthétique, v. Philippe Lafarge (dir.), *Établissements pénitentiaires à gestion mixte*, A. Pédone, 1997.

<sup>312</sup> V. sur le site Internet du Ministère de la Justice français : <http://www.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10036&ssrubrique=10262&article=14148>

<sup>313</sup> Ainsi, le Conseil constitutionnel a validé une disposition législative qui permet aux entreprises privées de se voir déléguer les fonctions de surveillance électronique des détenus. V. Décision n° 2002-461 DC du 29 Août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*. Cette solution étonne étant donné la matière concernée. Il a également confirmé la constitutionnalité d'une loi qui prévoyait à titre expérimental la possibilité de contractualiser avec le secteur privé le transport des personnes retenues en centres de rétention ou maintenues en zones d'attente. V. Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, not. les consid. 89 et 90.

sembler favorable à certaines évolutions<sup>314</sup>, force est de constater que la participation des personnes privées aux activités régaliennes n'y a pas la même ampleur. Comme l'a relevé Dominique Custos concernant les prisons, mais qui est valable plus largement, « À la différence de l'expérience française de privatisation des entreprises publiques, la privatisation (*sic*) des prisons américaines ne consiste pas tant à réattribuer à l'entreprise privée le rôle ravi par l'État interventionniste que d'expulser l'État-gendarme de la gestion de son domaine propre »<sup>315</sup>. Cette conclusion vient corroborer l'hypothèse de départ faisant des États-Unis un terrain particulièrement propice à une vision pluraliste et interactive de l'intérêt public et, par conséquent, de l'action publique.

L'analyse des pratiques concernant les fonctions non commerciales de l'État sera à la fois une confirmation et un approfondissement de ce constat.

## B. Les fonctions non commerciales de l'État

Comme il ne s'agit pas d'activités régaliennes, la problématique se pose de manière distincte. Ainsi et quel que soit le pays considéré, l'implication des personnes privées est accrue tant en ce qui concerne l'éducation (1) qu'à propos des fonctions de l'État-providence (2). Toutefois, cela ne doit pas cacher le fait que les grands principes mis à jour précédemment restent valables, quoiqu'ils puissent se matérialiser autrement<sup>316</sup>. C'est toujours en fonction d'une conception particulière du droit public comme droit de la chose publique que les solutions se comprennent.

### 1) Les fonctions éducatives

Une rapide présentation du secteur éducatif américain (a) introduit efficacement aux mécanismes liés à la gouvernance en son sein (b).

---

<sup>314</sup> Sur le thème du rapport du comité dirigé par Philippe Léger pour réformer la justice pénale rendu en juillet 2009, v. en synthèse Olivia Dufour, « Le temps est venu de supprimer le juge d'instruction », *LPA*, n° 18, 26 janvier 2009, pp. 4 – 5. Sur le mouvement vers, à terme, un système qui se rapprocherait du système accusatoire américain, v. Jean Pradel, Tous les péchés du juge d'instruction méritent-ils sa mise à mort ?, *D.*, 2009, pp. 438 – 439. En général, v. Xavier Pin, La privatisation du procès pénal, *op. cit.*

<sup>315</sup> Dominique Custos, Droits administratifs américain et français, *op. cit.*, p. 298.

<sup>316</sup> Si l'implication privée est plus forte en France dans ces secteurs, le régime juridique qui est alors applicable va servir de seconde garantie pour assurer la conception française de la chose publique. V. *supra* les remarques note 235.

### (a) Présentation du secteur outre-Atlantique

De part la configuration fédérale, l'éducation aux États-Unis ne peut être envisagée dans un cadre unitaire, idée que Malie Montagutelli résume de la façon suivante : « il n'existe pas aux États-Unis de système national d'éducation placé sous l'égide d'une loi fédérale »<sup>317</sup>. Cela explique aussi que le gouvernement de Washington ne puisse pas agir directement mais doive se contenter d'influencer financièrement les grandes orientations<sup>318</sup>. En pratique, ce sont non seulement les différents États mais encore plus à l'intérieur de ces derniers l'ensemble des districts scolaires<sup>319</sup> (*school districts*) qui sont compétents pour les décisions concernant les programmes, les manuels, le montant et la répartition des crédits. Cette pluralité éducative s'oppose au rôle uniformisateur du Ministère français de l'Éducation Nationale, ce qui n'empêche pas que l'éducation publique représente la grande majorité de l'enseignement primaire et secondaire américain<sup>320</sup>, d'ailleurs plus qu'en France<sup>321</sup>.

Compte tenu de cette diversité, il est impossible de penser faire un point exhaustif sur les pratiques précises propres à chaque État américain. Certains traits communs peuvent toutefois être décelés en ce qu'ils permettent une association accrue des personnes privées. L'élément central concerne la façon dont cette participation s'effectue. Il ne s'agit plus d'imposer des solutions par une décision politique unique mise en place uniformément par une éducation publique, mais de laisser les choix privés décider eux-mêmes des orientations à suivre. C'est le recours au « choix scolaire » (*school choice*) qui devient la norme. Les décisions individuelles sont un mode de contractualisation de l'offre éducative dont les formes sont diverses<sup>322</sup>.

---

<sup>317</sup> Malie Montagutelli, *Histoire de l'enseignement aux États-Unis*, Belin, coll. Histoire de l'éducation, 2000, p. 7.

<sup>318</sup> Le « gouvernement fédéral a toujours été un partenaire subalterne quant au montant de sa participation financière à l'éducation », André Kaspi (*et al.*), *La civilisation américaine*, PUF, Quadrige, 2004, p. 391.

<sup>319</sup> Au nombre d'environ 15000 sur le territoire américain, *ibid.*, p. 390.

<sup>320</sup> Pour André Kaspi (*et al.*), « presque 90 % des élèves sont inscrits dans des écoles primaires et secondaires publiques », *ibid.*, p. 392.

<sup>321</sup> Les écoles privées y représentent environ 20 % des effectifs scolarisés (les sites Internet des ministères de l'éducation américain et français sont utiles pour obtenir des données).

<sup>322</sup> V. Henry Levin et Clive Belfield, *Families as Contractual Partners in Education*, *UCLA L. Rev.*, vol. 49, 2002, pp. 1799 – 1824. Comme dit précédemment, il s'agit d'une délégation *lato sensu*.

## (b) Les formes de délégations

La forme juridique principale qui permet d'introduire le choix privé dans l'éducation publique est « l'école à charte » (*charter school*)<sup>323</sup>. Il va s'agir pour toutes les personnes potentiellement intéressées, c'est-à-dire des enseignants, des parents, une fondation, ou même une entreprise privée, de proposer à un district scolaire la création d'une école qui, bien que restant publique et conservant de ce fait un financement public, ne bénéficiera pas moins d'un projet particulier dérogeant plus ou moins aux règles scolaires en principe applicables<sup>324</sup>. En contrepartie, l'école dont le projet est approuvé s'oblige à des résultats précis qui sont consignés dans un contrat de performance à durée déterminée. À défaut de respecter ses engagements, l'école peut se voir retirer son agrément, ce qui lui fait perdre son statut. Elle redevient alors une école traditionnelle du réseau public.

Au regard des dernières données disponibles<sup>325</sup>, une quarantaine d'États a mis en place ce dispositif au cours des dix dernières années, pour un total avoisinant le million d'élèves. Il s'agit de chiffres encore modestes. Toutefois, comme pour les phénomènes qui touchent aux prisons, il faut tenir compte de différents points. Il est notamment nécessaire de souligner que le mouvement est récent, qu'il devrait connaître des développements avec la nouvelle administration Obama<sup>326</sup>, mais surtout qu'il doit être pris dans son ensemble<sup>327</sup>, c'est-à-dire inclure aussi les instruments financiers qui sont utilisés pour favoriser le choix scolaire. Sans pour l'instant détailler ce point, les *charter schools* introduisent au fait que les États-Unis considèrent la société et donc les choix individuels décentralisés comme fréquemment mieux à même que le gouvernement de déterminer quelle éducation devra recevoir un enfant.

À ce stade, une comparaison profitable doit être menée avec la France, où la question de l'implication des personnes privées aux missions éducatives se pose différemment. Il faut rappeler que l'avis du Conseil d'État de 1986<sup>328</sup>, posant des limites aux délégations de

---

<sup>323</sup> De manière accessoire existent aussi les « écoles aimants » (*magnet schools*), qui obéissent à une logique identique en ce qu'elles souhaitent attirer des élèves en fonction d'une offre éducative dérogatoire.

<sup>324</sup> V. Barbara McCabe et Janet Vinzant, *Governance Lessons: The Case of Charter Schools*, *Admin. & Soc'y*, vol. 31, pp. 361 – 377, ici p. 363.

<sup>325</sup> V. le Site Internet du ministère américain de l'éducation, <http://www.ed.gov/index.jhtml>.

<sup>326</sup> Le candidat avait en effet déclaré son appui pour ces *charter schools*. Cela apparaît dans sa proposition de budget pour 2009 – 2010 (disponible sur Internet).

<sup>327</sup> Pour Barbara McCabe et Janet Vinzant, « bien que la plupart des États disposent de certaines formes de choix scolaires, les écoles à chartes sont un des mécanismes les plus novateurs et les plus utilisés pour augmenter le choix des étudiants et des parents dans l'éducation publique », *Governance Lessons*, *op. cit.*, p. 363.

<sup>328</sup> Avis du CE du 7 octobre de 1986, précité. V. Yves Gaudemet (*et al.*), *Les grands avis du Conseil d'État*, 1<sup>ère</sup> éd., 1997.

services publics en France, traitait justement des hypothèses dans le secteur éducatif. La Haute juridiction y déclara en substance que, si les communes peuvent charger des entreprises de la gestion des cantines scolaires, il n'en va pas de même concernant les missions relevant du service de l'enseignement public, et notamment de la surveillance des élèves. Il s'agit là d'une distinction finalement classique compte tenu de ce qui précède sur le modèle français. Cependant, il convient de souligner que les principes hexagonaux peuvent parfois s'appliquer différemment. En effet, le Conseil constitutionnel a assuré la pérennité des écoles privées étant donné la liberté d'enseignement<sup>329</sup>, et il n'y a pas juridiquement dans ces cas de délégations de services publics. Dès lors apparaît l'idée que la participation des personnes privées *lato sensu* est plus ouverte que pour les domaines régaliens. Le même constat peut être fait en ce qui concerne les missions de l'État-providence<sup>330</sup>.

## 2) Les fonctions de l'État-providence

Comme pour l'éducation, il est nécessaire de partir des spécificités du modèle américain concernant l'État-providence<sup>331</sup>, modèle qui a été mis en place à partir des années 1930 puis approfondi avec différents programmes d'assistance (a) et d'assurance<sup>332</sup> (b).

### (a) Le système d'assistance

Jusqu'au milieu des années 1990, le système d'assistance aux personnes en difficulté était organisé par le gouvernement fédéral dans le but de fournir certains revenus de substitution. Face aux carences invoquées, une grande réforme fut entreprise en 1996, qui aboutit à une loi baptisée *Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act*

---

<sup>329</sup> Décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1977, *Liberté d'enseignement et de conscience*, précitée.

<sup>330</sup> Comme il a déjà été souligné, la réponse à cette situation *a priori* étonnante eu égard au modèle français se trouve, *a posteriori*, dans la combinaison, en amont, du domaine de la participation des personnes privées avec, en aval, le régime juridique de son exercice. V. *supra* les remarques note 235.

<sup>331</sup> Pour une histoire de l'État-providence outre-Atlantique, v. Pierre Mélandri, *Le Welfare State en Amérique du Nord*, in P. Mélandri (dir.), *Le Welfare state en Amérique du Nord*, Société d'études nord-américaines, L'Harmattan, coll. L'Aire anglophone, 2001, pp. 13 – 35. Pour une synthèse complète, v. Michael Katz, *The Price of Citizenship: Redefining the American Welfare State*, NY, Owl Book, 2002.

<sup>332</sup> Le système d'assistance a été mis en place dans les années 1930, en même temps que les mesures concernant la retraite publique obligatoire. Les programmes d'assistance seront étendus dans les années 1960, en parallèle de l'approfondissement du système d'assurance concernant les plus pauvres et les personnes âgées.

(PRWORA). Le but était de mettre fin au système précédent en favorisant le retour au travail des personnes aidées<sup>333</sup>.

Pour ce faire et pour ce qui intéresse cette recherche, deux grands axes ont été suivis. Il s'est agi, d'une part, de transférer ces missions aux niveaux inférieurs du fédéralisme<sup>334</sup> et, d'autre part et consécutivement, d'autoriser les États désormais compétents à déléguer les fonctions à des personnes privées, notamment aux organisations religieuses<sup>335</sup>. Ce fut la promotion du programme dit du « choix » (*charitable choice*), qui doit être considérée, au-delà de la nature religieuse des délégataires, comme la continuité du mouvement général de délégation à l'œuvre depuis quelques décennies<sup>336</sup>. Sans pouvoir entrer dans le détail des dispositions propres à chaque État, il faut relever qu'aujourd'hui des fonctions essentielles « comme la détermination des conditions d'éligibilité »<sup>337</sup> pour bénéficier des programmes sont assurées par des personnes privées.

#### (b) Le système d'assurance

Les pays développés ont mis en place au XX<sup>e</sup> siècle différents mécanismes pour garantir les risques sociaux liés à la santé ou à la vieillesse. Si certains de ces risques ont été couverts par un système public, c'est de façon plus limitée qu'en Europe et en France en particulier<sup>338</sup>, ce qui caractérise encore une fois une croyance plus importante dans la régulation sociale par le marché.

---

<sup>333</sup> Anne Daguerre, La réforme de l'aide sociale aux États-Unis : modèle ou repoussoir ?, *RDSS*, n° 3, 2001, pp. 437 – 451.

<sup>334</sup> Grâce à des subventions financières octroyées aux États fédérés.

<sup>335</sup> Le président George W. Bush a été un grand partisan de l'utilisation des organisations religieuses pour remplir des fonctions sociales. Ces programmes n'ont pas manqué de poser des questions concernant leur compatibilité avec le Premier amendement, qui interdit par principe le financement public des œuvres religieuses. V. Martha Boden, Compassion Inaction: Why President Bush's Faith-Based Initiatives Violates the Establishment Clause, *Seattle U. L. Rev.*, vol. 29, 2006, pp. 991 – 1030.

<sup>336</sup> Sur la place importante des organisations religieuses dans le mouvement global de délégation, v. Sheila Kennedy, When is Private Public? State Action in the Era of Privatization and Public Private Partnership, *Geo. Mason U. Civ. Rts L. J.*, vol. 11, 2001, pp. 203 – 223.

<sup>337</sup> Alfred Aman, *The Democracy Deficit. Taming Globalization Through Law Reform*, NY, NY University Press, 2004, p. 89. Sur les conséquences de ces évolutions, v. Matthew Diller, The Revolution in Welfare Administration: Rules, Discretion, and Entrepreneurial Government, *N.Y.U. L. Rev.*, vol. 75, 2000, pp. 1121 – 1220.

<sup>338</sup> Sur ce modèle, v. Marc de Montalembert (dir.), *La protection sociale en France*, La Documentation française, 5<sup>e</sup> éd., 2008. Il existe en France une couverture maladie qui couvre toute la population. Pour l'Adecrici, « Le système de Sécurité sociale français est composé de deux piliers. Le premier fournit la couverture de base au travers des différents régimes obligatoires qui couvrent environ 75 % des dépenses de santé des ménages. Le second pilier est constitué par la couverture complémentaire optionnelle fournie par les mutuelles ou les assureurs privés », rapport de 2005, disponible sur le site Internet de l'association à l'adresse suivante, p. 18.

Pour en rester à l'exemple de la santé qui est le plus intéressant<sup>339</sup>, il faut au départ souligner qu'il n'existe pas, à l'heure actuelle<sup>340</sup>, de couverture publique généralisée, les risques étant le plus souvent pris en charge par des assurances privées auxquelles les individus peuvent recourir. Aux États-Unis, « la santé est depuis toujours un bien de consommation et non un bien social »<sup>341</sup>. L'évolution générale a consisté à obliger les médecins et les patients à rentrer dans des grandes structures permettant de limiter les frais<sup>342</sup>. C'est par exception que seules deux catégories de personnes sont couvertes par un programme gérés publiquement : le premier est le *Medicaid*, destiné aux personnes les plus pauvres, le second est le *Medicare*, qui concerne les personnes âgées.

Ceci étant, il faut interroger la façon dont les intérêts privés ont pu être sollicités à l'intérieur des deux programmes publics. L'élément fondamental consiste encore une fois à constater que partout ces intérêts gagnent du terrain, de sorte que, pour Gillian Metzger, « tant le *Medicare* que le *Medicaid* reposent de façon croissante sur le secteur privé »<sup>343</sup>. Il s'agit de calquer ces programmes sur le système privé, et en pratique de lui transférer la gestion et, ce faisant, ses méthodes. Pour Jody Freeman, « il n'y a pas de sujet plus brûlant en droit de la santé que l'évolution d'un système de paiement à la prestation vers celui de gestion globale des soins qui, parmi d'autres aspects, repose sur le principe d'un recours accru aux acteurs privés dans la fourniture des soins médicaux »<sup>344</sup>. Initialement, les États qui géraient avec l'aide financière du gouvernement fédéral remboursaient les prestataires de santé en fonction des actes accomplis. Maintenant, les gouvernements locaux délèguent cette gestion au secteur privé, le plus souvent à des entreprises privées, les *managed care organization (MCO)*<sup>345</sup>. Les bénéficiaires de ces programmes doivent s'incorporer au sein de ces organisations pour continuer à bénéficier des prestations, « à l'image des salariés du secteur privé ayant la possibilité de choisir parmi une palette de sociétés d'assurance santé privées offerte par leurs

---

<sup>339</sup> Concernant la retraite, v. *infra*, pp. 297 et s. à propos des instruments financiers.

<sup>340</sup> La discussion concernant la possible réforme voulue en la matière par Barack Obama est abordée *infra*, note 120 p. 301.

<sup>341</sup> Éveline Thévenard, La révolution par le marché : le *managed care*, bilan et perspectives, in P. Mélandri, *Le Welfare state en Amérique du Nord*, *op. cit.*, pp. 95 – 110, ici p. 110.

<sup>342</sup> Développements du *Managed care* et des *managed care organizations (MCO)* [on parle des *HMO (health maintenance organizations)* et des *PPO (preferred providers organizations)*]. Ces systèmes impliquent que les individus doivent, sous peine de pénalités, entrer dans ces circuits fermés, et les médecins sont invités à suivre une politique de soins définie non plus en fonction des besoins des patients, mais des obligations financières imposées par ces institutions privées.

<sup>343</sup> Gillian Metzger, Privatization as Delegation, *Colum. L. Rev.*, vol. 103, 2003, pp. 1367 – 1502, p. 1381. Pour une application concernant le *Medicare*, v. Eleanor Bhat Sorresso, A Philosophy of Privatization: Rationing Health Care through the Medicare Modernization Act of 2003, *J. L. & Health*, vol. 21, 2008, pp. 29 – 44.

<sup>344</sup> Jody Freeman, The Private Role in Public Governance, *op. cit.*, p. 615.

<sup>345</sup> *Ibid.*, p. 617. V. *supra*, note 342.

employeurs »<sup>346</sup>. Les choses ont d'autant plus changé que, dorénavant, les gouvernements donnent le plus souvent une enveloppe financière que les *MCO* sont libres d'administrer comme elles le souhaitent<sup>347</sup>.

Quelle est en comparaison la situation en France ? Comme pour l'éducation et dans des formes juridiques proches, la participation d'intervenants qui ne sont pas publics est réelle. S'agit-il, dans les deux cas, d'une entorse à l'idée que la promotion de la chose publique en France doit être assurée en dehors de la seule coordination de marché ? Il ne semble pas, car il est essentiel de souligner que ces deux grandes missions sont incorporées dans le modèle français de droit public non pas seulement en limitant le domaine de la participation privée, mais également en encadrant quand elle est possible le régime juridique de son exercice<sup>348</sup>.

---

<sup>346</sup> *Ibid.*

<sup>347</sup> Gillian Metzger, *Privatization as Delegation*, *op. cit.*, pp. 1380 – 1381.

<sup>348</sup> Encore une fois v. *supra*, les remarques note 235.

## Conclusion chapitre 1

Les développements de ce chapitre ont permis de présenter un panorama de l'évolution des instruments juridiques de l'État à partir du modèle américain. Il a par ce biais été démontré comment la tradition américaine d'une action publique aux accents pluralistes et interactifs a fait l'objet dans les dernières décennies d'approfondissements significatifs. L'absence de conception du droit public comme droit de la chose publique a empêché de borner ces pratiques.

*A contrario*, et même si cela n'empêche pas une certaine ouverture, le modèle de droit public français révèle des différences significatives. Ainsi, l'élaboration des lois et des règlements y représente la volonté générale, non comme outre-Atlantique la somme des desseins individuels. Par ailleurs, il est des missions de « service public » qui correspondent au cœur de la conception française de la *res publica*, et pour lesquelles le droit public limite l'intervention des personnes privées. La spécificité française ne s'arrête pas là. En effet, même lorsque l'implication privée est possible dans certaines activités de service public, celle-ci reste enserrée dans des règles juridiques particulières, protectrices de sa conception républicaine du bien public<sup>349</sup>.

Avant d'aborder cette question plus en détails, il convient encore d'approfondir la recherche à travers l'autre grande catégorie d'instruments de l'État, ses instruments financiers. Ce sera l'occasion de faire apparaître à nouveau des dissemblances importantes entre les deux bords de l'Atlantique.

---

<sup>349</sup> V. *infra*, pp. 371 et s.

## Chapitre 2 : Les instruments financiers

La question des instruments financiers est fréquemment omise des débats sur les transformations de l'action publique, ou elle est au moins reléguée à titre secondaire. Elle n'en est pourtant pas moins fondamentale dans la mesure où elle vient tantôt compléter, tantôt approfondir, les évolutions constatées au niveau des mécanismes proprement juridiques. C'est ce que soutient Lisa Philipps en soulignant que, « dans divers pays, la privatisation suscite un nouvel essor dans de nombreux domaines des politiques publiques. La restructuration de la politique fiscale pour favoriser un ordre économique et social plus privatisé est souvent négligé comme un vecteur de ce modèle »<sup>1</sup>. Il se pourrait même qu'il s'agisse d'un moteur essentiel du phénomène, car c'est le moins visible et le moins contraignant et, ce faisant, peut-être le plus efficace.

Il faut donc interroger avec intérêt l'évolution des mécanismes financiers de l'État et leur encadrement par le droit public. Si, dans ce cadre, ce sont les moyens incitatifs qui vont être décisifs (section 1), il serait préjudiciable d'en rester là et de ne pas étudier le budget. Il faudra y consacrer des développements autour du thème récurrent de la performance (section 2).

### Section 1) Les mécanismes incitatifs

Les dispositifs incitatifs sont une pièce maîtresse de la gouvernance aux États-Unis, qui vient compléter les tendances constatées à propos des instruments juridiques. Si ce phénomène mérite d'être illustré par les cas les plus significatifs (§2), il est nécessaire pour la clarté du propos d'exposer au préalable ses différents instruments, et notamment d'introduire en leur sein ceux qui sont révélateurs d'une réelle différence de fond entre les deux rives de l'Atlantique<sup>2</sup> (§1).

---

<sup>1</sup> Lisa Philipps, *Taxing the Market Citizen: Fiscal Policy and Inequality in an Age of Privatization*, *L. Contemp. Prob.*, vol. 63, 2000, pp. 111 – 132, ici p. 111.

<sup>2</sup> À ce titre, il sera par la suite fait référence aux « incitations financières » comme catégorie générique lorsque les distinctions en leur sein ne seront pas utiles pour la démonstration.

## §1. Les instruments d'incitation financière

Tous les mécanismes visés ont pour point commun d'être stimulants à un degré plus ou moins important (A), et obéissent à un régime juridique assez proche, marqué par la relative facilité de leur utilisation. Il faudra toutefois approfondir cette présentation trop large pour cibler la recherche sur un élément déterminant, celui du choix que ces dispositifs laissent aux intérêts privés, caractéristique d'une gouvernance américaine dans laquelle il s'agit de laisser largement la détermination du bien public au libre jeu de la pluralité sociale (B).

### A. Les notions

Pour présenter les choses, il est nécessaire de distinguer les dispositifs qui concernent d'abord les ressources (1) puis les charges publiques<sup>3</sup> (2) et, enfin, de faire mention d'un instrument hybride, les dépenses fiscales (3).

#### 1) Les mécanismes concernant les ressources publiques

Les ressources publiques sont des recettes qui permettent de financer les charges publiques. C'est habituellement le terme de prélèvements obligatoires qui est utilisé comme synonyme. Si ces deux notions ne se recouvrent pas complètement puisque cette dernière est plus large que celle de ressources, il faut mettre de côté ces questions techniques<sup>4</sup> pour adopter une perspective qui ouvre aux débats comparatifs. Pour cela, la référence au taux global de prélèvements obligatoires permet de déterminer la part de ces prélèvements au sein de la richesse nationale<sup>5</sup>. Ce taux sert très concrètement dans une société donnée d'« indicateur de la socialisation des besoins »<sup>6</sup>.

En pratique, la grande partie du XX<sup>e</sup> siècle a été marquée par une progression importante de ce taux dans les pays occidentaux<sup>7</sup>. Toutefois, les évolutions contemporaines, marquées par une contestation croissante de l'interventionnisme public, ont quelque peu

---

<sup>3</sup> On parle généralement de « dépenses publiques ».

<sup>4</sup> En détails, v. Gilbert Orsoni, *Science et législation financières. Budgets public et lois de finances*, Economica, coll. Corpus Droit public, 2005, pp. 64 – 91, surtout pp. 64 – 68.

<sup>5</sup> Ce taux correspond au rapport entre ces prélèvements et le Produit Intérieur Brut (PIB). Certains utilisent l'idée de « pression fiscale », qu'il faut techniquement rejeter pour Gilbert Orsoni (*ibid.*, pp. 68 – 69), mais à laquelle il sera fait parfois référence dans ce travail pour ses vertus pédagogiques.

<sup>6</sup> Annie Vallée, *Les systèmes fiscaux*, Le Seuil, coll. Points Economie, 2000, not. p. 22.

<sup>7</sup> Concernant la comparaison entre la France et les États-Unis, v. *infra*, pp. 388 et s.

modifié la donne. Ce mouvement de reflux s'est matérialisé par une volonté de diminution de ces prélèvements (*tax cuts* aux États-Unis). De tels programmes ont fleuri outre-Atlantique depuis les années Reagan, et ils ont également été utilisés sous les deux mandats de George W. Bush<sup>8</sup>. Il faut toutefois remarquer que la diminution a plus été une stabilisation qu'une réduction profonde.

Si l'intervention publique recule avec ces baisses d'impôts, puisque les sommes correspondantes sont réaffectées aux choix privés<sup>9</sup>, il ne faut pas en rester là. En effet, les mécanismes financiers incitatifs sont d'autant plus importants qu'ils concernent aussi les charges publiques.

## 2) Les mécanismes concernant les charges publiques

Les charges publiques désignent l'ensemble des dépenses, définitives ou temporaires, des personnes publiques<sup>10</sup>. Deux dispositifs sont ici importants en ce qui concerne la gouvernance. Le premier est traditionnel, surtout dans le cadre du fédéralisme américain, ce sont les subventions publiques (*grants*) (a) ; le second l'est moins, c'est le système des bons (*vouchers*) (b).

### (a) Les subventions publiques (*grants*)

Elles peuvent être définies de manière générale comme les « versements d'une somme d'argent de la part du gouvernement au profit d'une organisation destinataire (généralement publique ou associative). Plus spécifiquement, il s'agit de dons qui ont pour objet de stimuler ou de soutenir certains services ou activités que réalise le destinataire, qu'il s'agisse d'une activité nouvelle ou en cours »<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> V. le *Economic Growth and Tax Relief Reconciliation Act* de 2001 (*EGTRRA*), et le *Jobs and Growth Tax Relief Reconciliation Act* de 2003 (*JGTRRA*). Ces mesures expirent à la fin de l'année 2010, posant dans les prochains mois la question de leur éventuel renouvellement. Pour une réflexion concernant les positions de l'administration Obama, v. *infra*, note 157 p. 411.

<sup>9</sup> Il s'agit en quelque sorte du pendant financier des mécanismes juridiques déjà étudiés comme la privatisation (au sens français du terme) ou la déréglementation, quoi qu'il faille distinguer les expériences selon les pays et beaucoup atténuer l'idée d'un retour total au marché. Avec la diminution des prélèvements fiscaux, c'est le principe même de l'intervention publique qui recule, et plus simplement sa mise en œuvre comme dans les hypothèses de délégations.

<sup>10</sup> En détails, v. Gilbert Orsoni, *Science et législation financières*, *op. cit.*, pp. 45 – 64.

<sup>11</sup> David Beam et Timothy Colan, *Grants*, in L. Salamon (dir.), *The Tools of Government, A Guide to the New Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 340 – 380, ici p. 341.

L'utilisation des subventions est très large et elle concerne d'ailleurs tous les pays, et bien évidemment la France. Toutefois, le droit américain reste spécifique en la matière car beaucoup d'entre elles sont mises en œuvre dans le cadre des rapports entre le gouvernement fédéral et les États fédérés, ce que l'on appelle les subventions globales (*block grants*)<sup>12</sup>. En effet, le gouvernement fédéral ne peut ou ne veut pas directement intervenir sur certains secteurs, et il met alors à disposition des États fédérés des ressources financières susceptibles de les aider pour la réalisation de tel ou tel projet<sup>13</sup>. À ce titre, la mise à disposition est plus ou moins coercitive pour les États, c'est-à-dire qu'en principe les bénéficiaires ont toujours le choix d'opter ou non pour la mesure. Si les subventions sont des encouragements à aller vers un certain but, la tendance contemporaine s'oriente vers une coercition de plus en plus importante, et ce dans la mesure où les bénéficiaires n'ont d'autres choix pour fonctionner que de les accepter<sup>14</sup>.

(b) Les bons (*vouchers*)

Contrairement aux *grants* qui sont classiques et communs à tous les pays, le système des bons est plus novateur<sup>15</sup>. Il peut être défini comme « une subvention qui confère à un individu un pouvoir d'achat limité à différents types de biens et de services »<sup>16</sup>. Il faut insister sur le cœur du système : il ne s'agit pas d'une subvention publique traditionnelle puisque c'est directement le consommateur, autrement dit le citoyen, qui va se voir offrir une certaine somme d'argent qu'il va pouvoir attribuer à tel ou tel producteur, le plus souvent privé, au titre de la réalisation d'une mission publique (exécution d'une prestation de service ou livraison d'un bien). Comme le disent deux auteurs, « non seulement les bons entraînent un

---

<sup>12</sup> D'une manière générale, les ressources financières des gouvernements locaux depuis les années 1970 peuvent être réparties de la façon suivante : environ un tiers provient des subventions intergouvernementales, les deux autres tiers étant des ressources propres.

<sup>13</sup> V. la réforme issue du *PRWORA* de 1996 en matière sociale, *supra*, p. 271.

<sup>14</sup> Sur ces aspects, v. Jean-Pierre Lassalle, Le fédéralisme financier aux États-Unis, *RFFP*, n° 20, 1987, pp. 13 – 35. C'est dans ce cadre que se pose essentiellement la problématique qui correspond en France à la question de la contractualisation entre entités publiques. Ces subventions permettent souvent au gouvernement fédéral d'impulser un mouvement recherchant un semblant d'unité nationale. Toutefois, il y a là quelque chose de particulier au modèle américain et qu'il est difficile de comparer au système français puisque, dans ce dernier, il s'agit du mouvement inverse, *i.e.* de laisser plus de marges de manœuvre aux personnes publiques, et en particulier aux collectivités territoriales. V. *supra*, note 13 p. 208.

<sup>15</sup> On en trouve toutefois trace dans des écrits de Thomas Paine à propos de l'éducation ; idée qui sera reprise longtemps après par M. Friedman. Pour le premier, v. E. West, Tom Paine's Voucher Scheme for Public Education, *Southern Econ. J.*, vol. 33, 1967, pp. 375 – 382.

<sup>16</sup> C. Eugene Steuerle (*et al.*), *Vouchers and the Provision of Public Services*, Washington DC, Brookings Institution Press, 2000, p. 2.

changement dans le contrôle de la fourniture de services des agences gouvernementales vers les fournisseurs privés, mais ils opèrent en outre un transfert des fournisseurs aux consommateurs »<sup>17</sup>.

Ce mécanisme des bons n'est pas neuf aux États-Unis puisqu'il fonctionne dans certains domaines depuis plusieurs décennies<sup>18</sup>, et à tous les niveaux<sup>19</sup>. Il a néanmoins connu dans les dernières décennies des développements accrus dans des domaines liés au cœur des activités publiques, et en premier lieu dans le domaine de l'éducation, où il s'agit d'« une sorte de bon au porteur d'un montant déterminé que les parents peuvent retirer des budgets du district scolaire et utiliser pour permettre à leur enfant de fréquenter une autre école publique ou une école privée du district ou de l'État »<sup>20</sup>. Il ne faut cependant pas se focaliser sur l'éducation qui est en quelque sorte l'arbre qui cache la forêt.

Après avoir étudié séparément ce qui concerne les ressources et les charges publiques, il faut faire mention d'une catégorie hybride primordiale, les dépenses fiscales.

### 3) Les dépenses fiscales (*tax expenditures*), mécanisme hybride

La notion de dépenses fiscales (*tax expenditures*) est apparue à la fin des années 1960 avec les premiers travaux menés aux États-Unis<sup>21</sup>. Il s'agissait de soutenir que l'intervention de l'État, à côté des formes plus connues comme la réglementation, pouvait aussi être de nature fiscale<sup>22</sup>. Le concept s'est ensuite propagé à travers le monde, et a notamment été réceptionné en France<sup>23</sup>. Elles ont été définies au niveau fédéral américain comme « ces pertes

---

<sup>17</sup> C. Eugene Steuerle et Eric Tombly, Vouchers, in L. Salamon (dir.), *The Tools of Government*, op. cit., pp. 445 – 465, ici p. 446.

<sup>18</sup> V. le *Food Stamp* depuis le milieu du XX<sup>e</sup> siècle.

<sup>19</sup> V. C. Eugene Steuerle et Eric Tombly, *Vouchers*, op. cit., p. 451.

<sup>20</sup> Harlow Unger, *Encyclopedia of American Education*, 1996, p. 1049.

<sup>21</sup> L'ouvrage pionnier est l'œuvre de Stanley Surrey, *Pathways to Tax Reform: The Concept of Tax Expenditures*, Harvard University Press, 1973, même si la notion était utilisée dès la fin des années 1960. Pour des données précises sur cette notion, notamment dans un cadre historique et comparatif, v. Luc Godbout, *L'intervention gouvernementale par la politique fiscale, le rôle des dépenses fiscales. Étude comparée : Canada, États-Unis, France* (préf. P. Beltrame), Economica, 2006, surtout le titre 1, pp. 7 – 106.

<sup>22</sup> Ainsi, l'OCDE notait que « La notion de dépense fiscale est née du souci de reconnaître le fait que le système fiscal peut être utilisé pour atteindre des objectifs analogues à ceux des programmes de dépenses publiques, mais que la manière de rendre compte des coûts et des avantages des mesures fiscales est souvent moins rigoureuse et systématique qu'en ce qui concerne les dépenses directes », OCDE, *Dépenses fiscales : expériences récentes*, éd. OCDE, 1996, p. 7.

<sup>23</sup> V. Conseil des impôts, *4<sup>e</sup> rapport au Président de la République relatif à l'impôt sur le revenu*, 1979 ; ainsi que *La fiscalité dérogatoire – pour un réexamen des dépenses fiscales*, 21<sup>e</sup> Rapport au Président de la République, éd. des Journaux Officiels, 2003.

de revenus attribuables aux dispositions des lois fédérales fiscales qui permettent une exclusion spéciale, l'exemption, ou la déduction du revenu brut ou qui fournit un crédit spécial, un taux préférentiel d'impôt, ou un report du fardeau fiscal »<sup>24</sup>.

Il faut comprendre le sens de ces mécanismes à travers deux caractéristiques décisives. Tout d'abord, et cela justifie leur classification à part, une dépense fiscale « apparaît à la fois comme le symétrique de l'expression dépenses budgétaires et comme le négatif de l'expression recettes fiscales »<sup>25</sup>. Ensuite, derrière la perte de revenus qui les caractérise en tant que dépenses fiscales, ce sont surtout au niveau de la façon de penser l'action publique de véritables incitations fiscales (*tax incentives*) à faire ou à ne pas faire. Cet aspect stimulant démontre qu'il s'agit d'interventions publiques qui impliquent un rôle du gouvernement, contrairement aux mesures de diminution des prélèvements obligatoires évoquées ci-dessus<sup>26</sup>. Cet élément est d'autant plus important à l'époque contemporaine puisqu'il permet une intervention de l'État plus souple et donc moins visible<sup>27</sup>, ayant de ce fait les faveurs de nombreux hommes politiques dans tous les pays. Constituant « des instruments économiques, définis comme des signaux émis à l'attention des particuliers et des entreprises en vue d'influencer leurs comportements »<sup>28</sup>, ce sont des alternatives intéressantes à la réglementation qui, plus traditionnellement, crée « des interdictions, des obligations de respecter des normes, c'est-à-dire des contraintes juridiques assorties de sanctions »<sup>29</sup>.

---

<sup>24</sup> Trad. reprise de Luc Godbout, *L'intervention gouvernementale par la politique fiscale*, op. cit., p. 53, qui utilise la définition telle qu'elle découle d'une loi américaine datant de 1973. En France, le Conseil des impôts relève que peuvent être qualifiées de dépenses fiscales les « dispositions de la loi fiscale, qui vont des exonérations aux crédits d'impôts, en passant par divers mécanismes affectant le calcul de l'impôt, (et) concernent aussi bien la fiscalité des ménages que celle des entreprises », *La fiscalité dérogatoire*, op. cit., p. 7.

<sup>25</sup> Conseil des impôts, *4<sup>e</sup> rapport au Président de la République relatif à l'impôt sur le revenu*, op. cit., pp. 105 et s., ici p. 109. C'est aussi ce qui ressort de la définition proposée par Luc Godbout pour harmoniser les expériences internationales : « les dépenses fiscales constituent un sous-ensemble de mesures fiscales préférentielles offertes par l'administration publique pouvant être assimilées à des dépenses budgétaires en considérant que le manque à gagner, en terme de recettes fiscales, représente pour le trésor public l'équivalent de sommes engagées par l'intervention gouvernementale, lorsque celles-ci peuvent être remplacées par des programmes de dépenses directes », *L'intervention gouvernementale par la politique fiscale*, op. cit., p. 105. Le choix de faire mention de ces dépenses fiscales à part est justifié, *in fine*, par la nécessité de bien individualiser ces mécanismes.

<sup>26</sup> Sur l'importance de distinguer *tax cuts* et *tax incentives*, v. Mary L. Heen, Congress, Public Values, and the Financing of Private Choice, *Ohio St. L. J.*, vol. 65, 2004, pp. 853 – 912.

<sup>27</sup> Christopher Howard, *The Hidden Welfare State: Tax Expenditures and Social Policy in the United States*, Princeton, Princeton University Press, 1997. Il y démontre pourquoi les dépenses fiscales sont autant favorisées depuis quelque temps, not. p. 8. Pour prendre un exemple, « plutôt que de subventionner la création de crèches, l'État va préférer accorder une baisse d'impôts aux parents donnant à garder leurs jeunes enfants », Martin Collet, *Droit fiscal*, PUF, coll. Thémis, 2007, p. 196.

<sup>28</sup> Rapport du Conseil des Impôts, *Fiscalité et Environnement*, 23<sup>e</sup> Rapport au Président de la République, La Documentation française, 2005, p. 5.

<sup>29</sup> *Ibid.* Ici est soulevé le débat important de l'évolution de la technique juridique. V. not. *supra*, note 57 p. 10.

Comme l'avait vu Paul-Marie Gaudemet<sup>30</sup>, au-delà des similitudes internationales dans l'utilisation de ces mécanismes, il faut se garder de voir dans les pratiques nationales des expériences toujours comparables. Avant d'étudier ce point décisif, il convient de revenir sur les règles juridiques qui encadrent la mise en place de tous ces dispositifs.

## B. Le régime juridique

Il s'agit dans ces développements d'étudier comment le droit encadre les instruments incitatifs. Il faut, d'une manière générale, s'intéresser à l'exercice des pouvoirs financiers. En la matière, si ces pouvoirs aux États-Unis s'exercent de manière un peu particulière compte tenu de la structure fédérale (1), cela ne doit pas cacher qu'il est surtout nécessaire de s'intéresser des deux côtés de l'Atlantique aux aspects stimulants ou dissuasifs des dispositifs concernés (2). Il faudra synthétiser les débats pour mettre à jour des différences significatives qui ont une portée décisive en termes de gouvernance publique pour les deux modèles qui intéressent cette recherche (3).

### 1) Données financières générales aux États-Unis

En amont de l'étude *stricto sensu* du régime juridique des mécanismes incitatifs, le fédéralisme américain implique d'interroger les pouvoirs du Congrès eu égard en particulier à la souveraineté des États fédérés<sup>31</sup>. La Constitution fédérale distingue différentes prérogatives en ce domaine : le pouvoir de taxer (a), le pouvoir de dépenser (b), et le pouvoir d'emprunter<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Il introduisait il y a plus de vingt ans déjà aux différences entre les pays en la matière, en remarquant qu'à la « réglementation contraignante est généralement préférée dans les pays épris de liberté la méthode plus souple des interventions financières. À l'économie dirigée fait place une économie concertée où les incitations financières se substituent aux réglementations administratives », Un mode d'intervention économique : les dépenses fiscales, in *L'intervention économique de la puissance publique. Études en l'honneur du Doyen Georges Péquignot*, 2 t., CERAM, 1984, t. 1, pp. 321 – 339, ici p. 321.

<sup>31</sup> En comparaison, hormis les contraintes européennes relatives, la France n'est pas soumise à ce type de problématique. Sur les obligations juridiques en France en matière financière, il faut mentionner deux points. D'une part et en plus des conditions de présentation des lois de Finances, tous les principes budgétaires à respecter : l'unité, l'universalité, l'annualité, la sincérité, la spécialité et l'équilibre. En détails, v. Étienne Douat et Xavier Badin, *Finances publiques : finances communautaires, nationales, sociales et locales*, PUF, coll. Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2006, pp. 205 – 249. D'autre part, les principes constitutionnels concernant plus spécifiquement les prélèvements obligatoires. V. Martin Collet, Constitution et prélèvements obligatoires, *LPA*, n° 16, 22 janvier 2009, pp. 58 – 67.

<sup>32</sup> Ce dernier est le moins intéressant. Pour des détails, v. John Nowak et Ronald Rotunda, *Constitutional Law*, 5<sup>th</sup> ed., St. Paul, West Group, 1995, pp. 202 – 203.

### (a) Le pouvoir de taxer

La Constitution de 1787 pose le principe que « Le Congrès aura le pouvoir d'asseoir et de percevoir des taxes fiscales, droits [de douane], impôts [indirects] et excises, de payer les dettes et de pourvoir à la défense commune et au bien-être général des États-Unis »<sup>33</sup>.

Il existe quelques limites. La plus importante est incluse dans l'article cité, au terme duquel toutes les mesures « devront être uniformes sur tout le territoire des États-Unis »<sup>34</sup>. C'est ce critère d'uniformité qui a été débattu, posant notamment la question de savoir si l'article impliquait une proportionnalité de l'impôt plutôt que son éventuelle progressivité. En pratique, la Cour suprême a pris soin de préciser dans une décision *Knowlton v. Moore* qu'il s'agissait d'une uniformité géographique, et pas d'une uniformité entre les contribuables<sup>35</sup>. Dès lors, dès l'instant où il n'y a pas de discrimination entre les États, l'imposition est conforme à la Constitution.

Les autres limites spécifiques posées aux pouvoirs du Congrès ont-elles aussi fait l'objet par la Cour d'interprétations favorables à ce dernier<sup>36</sup>, si bien qu'aujourd'hui il est largement libre en la matière<sup>37</sup>. Un constat similaire peut être fait concernant cette fois le pouvoir de dépenser.

### (b) Le pouvoir de dépenser

La Cour suprême a pareillement reconnu au Congrès un large pouvoir en la matière, en tranchant un débat ancien entre deux conceptions qui renvoient elles-mêmes à deux visions du fédéralisme. Il s'agissait, d'un côté, de la vision de James Madison, qui tendait à borner le pouvoir fédéral de dépenser aux seuls pouvoirs énumérés par la Constitution et, de l'autre, de celle d'Alexander Hamilton, selon laquelle le Congrès pouvait agir au-delà des pouvoirs énumérés dès l'instant où le bien général était l'objectif. Dans sa décision *United States v.*

---

<sup>33</sup> Section 8, article 1 ; trad. in *Grands arrêts*, *op. cit.*, p. 1295.

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> 178 U.S. 41 (1900), pp. 106 – 109. Il faudra revenir par la suite sur cette question traditionnelle entre la progressivité et la proportionnalité de l'impôt, *infra* p. 385.

<sup>36</sup> Pour une étude détaillée de la question, v. Laurence Tribe, *American Constitutional Law*, vol. 1, NY, Foundation Press, 3<sup>d</sup> ed., 2000, pp. 841 – 843.

<sup>37</sup> V. Boris Bittker, *Constitutional Limits on the Taxing Power of the Federal Government*, *Tax Law.*, vol. 41, 1987, pp. 3 – 12.

*Butler*<sup>38</sup>, la Cour suprême a tranché en faveur du second<sup>39</sup>, et la pratique a été largement confirmée et étendue par la suite<sup>40</sup>.

Le cas qui résume le mieux la problématique à l'époque moderne a été rendu par la Cour suprême en 1987 dans l'affaire *South Dakota v. Dole*<sup>41</sup>. Le Congrès avait adopté une loi selon laquelle l'octroi de subventions aux États fédérés pour la réfection des autoroutes était conditionné à l'augmentation par ces derniers de la limite d'âge pour consommer de l'alcool. L'État du Dakota du Sud a attaqué la mesure, prétextant qu'il s'agissait là d'une mesure attentatoire à sa souveraineté<sup>42</sup>. En confirmant la loi attaquée, la Cour a globalement posé quatre principes pour valider l'utilisation du pouvoir de dépenser par le Congrès<sup>43</sup>. Premièrement, le programme en cause doit viser le bien-être général (*general welfare*). Deuxièmement, il doit être sans ambiguïté, et il doit y avoir un « intérêt fédéral dans la réalisation de tels ou tels projets ou programmes ». Troisièmement, l'incitation financière ne peut pas « être à ce point coercitive qu'elle franchirait le seuil à partir duquel la pression devient obligation ». Enfin, quatrièmement, les juges relèvent que « d'autres dispositions constitutionnelles peuvent constituer une interdiction autonome à l'octroi de fonds fédéraux ».

L'application de cette jurisprudence a démontré une large marge de manœuvre pour le Congrès. De ce fait et conformément à ce qui se passe en matière de taxes, les pouvoirs du Congrès sont largement ouverts en matière de dépenses<sup>44</sup>. Il faut cependant dépasser ce constat global pour aborder plus précisément le cœur des débats sur la gouvernance, qui concernent le caractère stimulant ou au contraire dissuasif des mécanismes correspondants.

## 2) Problématique particulière des incitations financières

Lorsque l'on quitte les données générales qui précèdent pour s'intéresser aux effets sur les citoyens des dispositifs concernés, il apparaît que ces derniers sont confrontés aux États-Unis à une limite non pas spécifique au pouvoir de dépenser ou de taxer, mais commune aux

---

<sup>38</sup> 297 U.S. 1 (1936).

<sup>39</sup> *Ibid.*, pp. 65 – 66.

<sup>40</sup> V., en synthèse, *Fullilove v. Klutznick*, 448 U.S. 448 (1980), p. 474.

<sup>41</sup> 483 U.S. 203 (1987).

<sup>42</sup> L'État invoquait la violation du XXI<sup>e</sup> amendement.

<sup>43</sup> Sur ces quatre conditions, v. *South Dakota v. Dole*, précité, pp. 207 – 208.

<sup>44</sup> Les auteurs ne manquent pas de relever une certaine ouverture de la Cour suprême dans l'utilisation des subventions par le gouvernement fédéral, alors que depuis une dizaine d'année cette dernière a cherché à limiter les pouvoirs du Congrès qu'il a longtemps tenu au titre de la clause de commerce (v. *United States v. Lopez*, précité). À ce propos, v. Lynn Baker, *Conditional Federal Spending After Lopez*, *Colum. L. Rev.*, vol. 95, 1995, pp. 1911 – 1989.

deux. Il s'agit de la doctrine des conditions inconstitutionnelles (*Unconstitutional conditions*)

(a). En France, c'est la possible remise en cause du principe d'égalité qui est en jeu (b).

(a) Aux États-Unis

La doctrine des conditions inconstitutionnelles ( $\alpha$ ) se comprend quand elle est illustrée par son cas d'école qui concerne la liberté d'expression ( $\beta$ ).

( $\alpha$ ) La doctrine des conditions inconstitutionnelles

S'il faut distinguer aux États-Unis les deux pouvoirs de taxer et de dépenser d'un point de vue théorique, il n'en reste pas moins qu'ils obéissent globalement aux mêmes réalités, à savoir que le Congrès est d'un point de vue juridique libre en matière de collecte et d'affectation des fonds publics<sup>45</sup>. Toutefois, il existe une limitation commune et externe car non spécifique au domaine financier, à savoir que le Congrès reste tout le temps encadré dans son action par les dispositions constitutionnelles, et surtout par le *Bill of Rights*, c'est-à-dire qu'il ne peut porter atteinte aux libertés individuelles au prétexte d'exercer ses attributions. C'est ici aborder la doctrine des conditions inconstitutionnelles, dont le principe est qu'« un gouvernement ne peut pas conditionner l'obtention d'aides publiques au renoncement par le destinataire à ses droits constitutionnels »<sup>46</sup>.

Cette théorie prend tout son sens dans les situations d'incitations financières<sup>47</sup>, qu'elles concernent le pouvoir de dépenser ou de taxer<sup>48</sup>. La décision *South Dakota v. Dole* précédemment évoquée est un bon moyen de synthétiser les débats en la matière. En effet, en posant en quatrième condition le principe que la subvention contestée était licite, sauf dans la mesure où « d'autres dispositions constitutionnelles peuvent constituer une interdiction

---

<sup>45</sup> Laurence Tribe note à ce propos que « Ces pouvoirs sont importants, notamment parce qu'il existe peu de limites internes pour les contenir », *American Constitutional Law*, *op. cit.*, p. 833. Toutefois, cela ne veut pas dire que des limites politiques et historiques n'entraînent pas des tempéraments concrets.

<sup>46</sup> *Black's Law Dictionary*, *op. cit.*, p. 1527.

<sup>47</sup> Il faut relever que cette doctrine s'applique au-delà des instruments financiers à tous les modes d'intervention publics, et donc aussi aux dispositifs juridiques étudiés auparavant. Néanmoins, il s'agit de cas plus rares, et c'est pourquoi cette doctrine est traitée ici.

<sup>48</sup> Il est d'ailleurs intéressant de noter que la décision de la Cour suprême *Regan v. Taxation without Representation of Washington*, 461 U.S. 450 (1983), qui concerne les exemptions fiscales, est parfois traitée dans le cadre plus général des limites au pouvoir de dépenser. V. Laurence Tribe, *American Constitutional Law*, *op. cit.*, p. 839 (note 26).

autonome à l'octroi de fonds fédéraux »<sup>49</sup>, la Cour a directement fait application de cette doctrine. Elle a surtout précisé, dans le prolongement de la jurisprudence *United States v. Butler* précédemment mentionnée<sup>50</sup>, que la limitation de ce pouvoir basée sur « l'interdiction constitutionnelle autonome » ne consiste pas « à interdire que soit indirectement remplis les objectifs que le Congrès n'est pas autorisé à atteindre directement »<sup>51</sup>. Elle sous-entend plutôt que ce « pouvoir ne doit pas être utilisé pour inciter les États à s'engager dans des activités qui seraient elles-mêmes contraires à la Constitution. Ainsi, par exemple, une subvention fédérale conditionnée à la réalisation par l'État destinataire de faits ou d'actes discriminatoires ou à l'imposition de punitions cruelles et inhabituelles serait qualifiée d'exercice illégitime par le Congrès de son pouvoir de dépenser au sens large du terme »<sup>52</sup>.

Cette jurisprudence, globalement applicable à tous les instruments incitatifs, fait encore une fois apparaître l'idée générale que, hormis des cas spécifiques, l'exercice des prérogatives financières du Congrès ne sera pas déclaré contraire à la Constitution américaine. La Cour laisse au pouvoir politique le soin de définir les objectifs à atteindre.

Pour fixer les termes des débats, il faut relever que les tribunaux ont fréquemment eu à connaître de la question de la compatibilité entre les incitations financières et les garanties du Premier amendement, tant la liberté d'expression que la clause de non établissement. Dans la mesure où ce qui concerne cette dernière, à savoir l'interdiction faite à l'État de subventionner les religions, sera traitée plus loin dans ses aspects pratiques qui ont donné lieu à une importante décision récente dans le domaine scolaire<sup>53</sup>, il convient ici de s'intéresser à la liberté d'expression. Plus particulièrement, la question est de savoir comment concilier les interdictions strictes qui pèsent aux États-Unis sur l'intervention publique en la matière avec son large pouvoir financier.

---

<sup>49</sup> 483 U.S. 203 (1987), ici p. 208.

<sup>50</sup> V. *supra*, note 38.

<sup>51</sup> 483 U.S. 203 (1987), ici p. 210.

<sup>52</sup> *Ibid.*, pp. 210 – 211.

<sup>53</sup> V. *infra*, pp. 307 et s., les développements concernant notamment la jurisprudence *Zelman v. Simmons-Harris*.

## (β) L'exemple topique de la liberté d'expression

Le point de départ d'une longue jurisprudence, souvent difficile à déchiffrer<sup>54</sup>, est une décision *Speiser v. Randall* de la Cour suprême<sup>55</sup>. Elle concernait une exemption fiscale au profit des vétérans de guerre, mais octroyée uniquement sous réserve qu'ils déclaraient ne pas appuyer un renversement du gouvernement par l'usage de la force. La Cour déclara l'inconstitutionnalité de cette mesure, au motif que « Le refus pour des motifs discriminatoires d'octroyer une exonération fiscale favorisant l'expression est une atteinte à la liberté d'expression »<sup>56</sup>.

Ce verdict, qui mettait en avant la protection de cette liberté, a toutefois été amendé à partir du début des années 1980<sup>57</sup>. La plus importante décision en la matière a concerné l'affaire *Rust v. Sullivan* en 1991<sup>58</sup>. En l'espèce, le règlement d'une agence, pris en vertu d'une loi interdisant aux fonds fédéraux de financer l'avortement, avait largement accentué cette prohibition. Il était interdit aux médecins non seulement d'informer mais même d'évoquer cette pratique et, en cas de sollicitation, ils devaient dire que le programme fédéral ne leur permettait pas de répondre. La Cour suprême valida le dispositif à une courte majorité, au motif que le Congrès pouvait sans discriminer choisir de financer un point de vue plutôt qu'un autre, ici les mesures contre l'avortement. Cette jurisprudence limitant la liberté d'expression a été de nouveau précisée par la suite par la Cour, qui déclara que le gouvernement peut orienter l'expression lorsque c'est lui qui s'exprime directement ou indirectement par l'intermédiaire d'un tiers, comme dans *Rust*, mais qu'il ne le pouvait pas dans les hypothèses où ladite expression était purement privée. De la sorte, elle déclara inconstitutionnelle la disposition législative interdisant aux avocats bénéficiant de l'aide

---

<sup>54</sup> C'est ce que retiennent les auteurs américains. Un article important est l'œuvre de Robert Post, *Subsidized Speech*, *Yale L. J.*, vol. 106, 1996, pp. 151 – 195. Sur les détails de cette jurisprudence, v. Laurence Grosclaude, *La liberté d'expression dans la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême des États-Unis*, Thèse, dact., Paris II, 2003, pp. 585 – 603. Il faut souligner qu'il ne sera pas fait de différence entre la nature des instruments incitatifs dans la mesure où cette distinction n'est pas ici pertinente.

<sup>55</sup> 357 U.S. 513 (1958).

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 513.

<sup>57</sup> *V. Regan v. Taxation without Representation of Washington*, précité, à propos d'un autre dispositif d'avantages fiscaux au bénéfice de personnes versant des contributions à des organismes à but non lucratif, uniquement lorsque ces derniers s'engageaient à ne pas participer à des activités de lobbying, tout en prévoyant certains aménagements (il leur était possible d'avoir deux branches d'activités distinctes, et donc de faire bénéficier de l'avantage fiscal les contributeurs pour l'une d'entre elles). Contrairement à sa jurisprudence *Speiser*, la Cour a validé ce dispositif au motif principal que, dans cette hypothèse, le Premier amendement n'obligeait pas le Congrès à subventionner les activités de lobbying. Cette décision *Regan* a fait encore l'objet d'une distinction dans une autre affaire *FCC v. League of Women Voters*, 468 U.S. 364 (1984).

<sup>58</sup> 500 U.S. 173 (1991).

juridictionnelle de soulever un moyen d'illégalité ou d'inconstitutionnalité contre les lois sur l'assistance sociale sous peine de perdre cette aide financière<sup>59</sup>.

S'il ressort de la jurisprudence que les principes posés restent mouvants au gré des cas<sup>60</sup>, il est intéressant à partir de là d'aborder un sujet d'actualité en France en 2009, celui de l'indépendance des enseignants-chercheurs. Ce principe s'est vu reconnaître une valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel dans une décision du 20 janvier 1984<sup>61</sup>, encadrant d'autant la possibilité pour l'État d'intervenir en la matière, surtout de manière directe. À partir de là, la question qui peut ou pourrait se poser à l'avenir est la suivante : est-il possible pour l'État d'agir indirectement en tentant d'orienter financièrement la recherche<sup>62</sup> ?

La situation outre-Atlantique propose un éclairage intéressant en la matière. En effet, la place cardinale de la liberté de la recherche scientifique a été reconnue dans plusieurs décisions de la Cour suprême, et notamment dans une affaire *Sweezy v. New Hampshire*<sup>63</sup>. En l'espèce, un professeur d'université avait refusé de répondre à toutes les questions qui lui avaient été posées dans le cadre de l'application d'une loi de cet État concernant la lutte contre le communisme dans les années 1950<sup>64</sup>. La Cour a donné raison au professeur au nom du respect de la liberté académique. Plus précisément, elle a déclaré sous la forme d'une véritable consécration que « La place fondamentale de la liberté dans le monde universitaire américain est presque évidente par elle-même. Personne ne devrait sous-estimer le rôle vital joué dans une démocratie par ceux qui guident et forment notre jeunesse »<sup>65</sup>. Dans une autre affaire similaire, *Keyishian v. Board of Regents*<sup>66</sup>, la Cour a réaffirmé que « Notre nation est profondément investie dans la sauvegarde de la liberté académique, qui a une valeur cardinale

---

<sup>59</sup> *Legal Services Corporation v. Velasquez*, 531 U.S. 533 (2001), confirmant *Rosenberg v. University of Virginia*, 515 U.S. 819 (1995) à propos d'aides d'une université à la publication de journaux d'étudiants sous réserve que ceux-ci ne fassent l'objet ni d'athéisme ni de prosélytisme.

<sup>60</sup> Ainsi et malgré la distinction précédemment évoquée, la Cour n'en a pas moins confirmé la constitutionnalité d'une disposition permettant à une Fondation artistique publique de limiter ses subventions à certaines œuvres respectant des critères de décence. V. *National Endowment for the Arts v. Finley*, 524 U.S. 569 (1998).

<sup>61</sup> Décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur*, consid. 20.

<sup>62</sup> La question parallèle des possibilités pour le secteur privé d'orienter cette recherche par l'octroi conditionnelle de subsides à cet effet est proche, bien qu'elle réponde à des conditions juridiques différentes, particulièrement aux États-Unis.

<sup>63</sup> 354 U.S. 234 (1957). Pour une mise en perspective de cette jurisprudence, v. Alvaro Ignacio Anillo, *The National Endowment for the Humanities: Control of Funding Versus Academic Freedom*, *Vand. L. J.*, vol. 45, 1992, pp. 455 – 486, pp. 479 – 484.

<sup>64</sup> Pour être précis, le professeur avait coopéré jusqu'à un certain point, opposant ensuite ses droits issus du Premier amendement.

<sup>65</sup> 354 U.S. 234, p. 250. En général, v. pp. 250 – 251.

<sup>66</sup> 385 U.S. 589 (1967), ici p. 603.

pour nous tous, et pas seulement pour les professeurs concernés. Cette liberté est donc une composante essentielle du Premier amendement, qui ne tolère pas des lois qui jettent un voile d'orthodoxie sur la salle de classe »<sup>67</sup>.

En conséquence, la juridiction suprême en a conclu dans l'affaire *Sweezy* que, dans ces matières, le « gouvernement devrait être extrêmement réticent à agir »<sup>68</sup>. L'opinion individuelle du juge Frankfurter est allée encore plus loin, en arguant de la nécessaire « exclusion d'interventions gouvernementales dans la vie intellectuelle d'une université »<sup>69</sup>. Au final, aux États-Unis, les enseignants-chercheurs bénéficient d'une protection très importante de leur liberté d'enseignement et de recherche au titre du Premier amendement. La doctrine des *Unconstitutional conditions* est une garantie efficace contre les tentatives du gouvernement d'orienter ces domaines par le pouvoir financier<sup>70</sup>.

Si la jurisprudence américaine apparaît abondante sur ces questions, le cas français, à titre comparatif et bien que sur des fondements différents, laisse également apparaître une jurisprudence foisonnante.

#### (b) En France

Pour tenter de faire un parallèle avec ce qui vient d'être dit sur le cas américain, il faut s'interroger sur le cadre juridique dans lequel s'intègrent les instruments financiers incitatifs en France<sup>71</sup>. L'enjeu tourne essentiellement<sup>72</sup> autour de la compatibilité entre ces mécanismes et le principe d'égalité bien connu en droit administratif<sup>73</sup>. Énoncé dans diverses dispositions du bloc de constitutionnalité<sup>74</sup>, il découle en particulier de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui dispose que, « Pour l'entretien de la force

---

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> 354 U.S. 234, p. 250.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 262. En général, v. pp. 262 – 263.

<sup>70</sup> V. Alvaro Ignacio Anillo, *The National Endowment for the Humanities, op. cit.*

<sup>71</sup> Ce sont surtout les dépenses fiscales qui sont concernés.

<sup>72</sup> La problématique liée au respect des règles communautaires, et notamment l'interdiction des aides d'État illicites, ne sera pas ici abordée.

<sup>73</sup> Le Conseil d'État l'a consacré comme principe général du droit. Il se décline de plusieurs manières : égalité dans le fonctionnement des services publics (CE, Sect., 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*, Rec. p. 151), égalité devant les charges publiques (CE, 30 novembre 1923, *Couitéas*, Rec. p. 789), égalité devant l'impôt (CE, Sect., 4 février 1944, *Sieur Guieysse*, Rec. p. 45).

<sup>74</sup> Article 1<sup>er</sup> de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen: « Les Hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ».

publique et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens en raison de leur faculté ».

Ce principe d'égalité est amené à jouer un rôle important concernant les dispositifs incitatifs car, comme le relève Bernard Castagnède, « les mesures d'interventionnisme fiscal, par lesquelles le législateur met l'impôt au service d'objectifs de politique économique, consistent en des avantages offerts aux opérateurs économiques, afin de les inciter aux comportements jugés utiles ou nécessaires. Par définition, de telles mesures fiscales, dérogeant à la norme, comportent un élément de rupture de l'égalité fiscale »<sup>75</sup>.

Dans ces hypothèses, le Conseil constitutionnel pose une règle générale, en énonçant que « Le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que le législateur édicte pour des motifs d'intérêt général des mesures d'incitation par l'octroi d'avantages fiscaux »<sup>76</sup>. Lorsqu'il est amené à examiner la constitutionnalité de tels dispositifs, le Conseil va effectuer un double contrôle concernant à la fois leur cohérence et leur proportionnalité. Le premier critère, le plus complexe, s'apprécie le plus souvent *stricto sensu*, c'est-à-dire compte tenu de l'objectif d'intérêt général poursuivi par le législateur<sup>77</sup>. En synthèse, l'examen de la disposition par laquelle ce dernier veut mettre en place un traitement fiscal particulier pour certaines catégories ou activités, implique que ce procédé repose « sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose »<sup>78</sup>.

En pratique, il ressort d'une jurisprudence fournie<sup>79</sup> que l'examen constitutionnel est au final relativement limité<sup>80</sup>, le Conseil s'interdisant en principe de contrôler l'appréciation faite par le législateur de l'intérêt général. En matière de fiscalité incitative dans le domaine environnemental, le Conseil des impôts relevait ainsi qu'il y a un « contexte juridique peu contraignant »<sup>81</sup>.

---

<sup>75</sup> Bernard Castagnède, Le contrôle constitutionnel d'égalité fiscale, *LPA*, n° 86, 1er et 2 mai 2001, pp. 4 – 14, ici p. 12.

<sup>76</sup> Décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997, *Loi créant les plans épargne retraite*, consid. 23.

<sup>77</sup> Mais la vérification est parfois exercée *lato sensu*, i.e. eu égard au régime dans lequel la disposition s'insère, voire en référence aux deux à travers la référence aux « facultés contributives » utilisée dans certaines décisions. En détails, v. Martin Collet, *Droit fiscal*, *op. cit.*, pp. 57 – 60.

<sup>78</sup> Décision n° 95-369 DC du 28 décembre 1995, *Loi de Finances pour 1996*, consid. 9.

<sup>79</sup> En synthèse, Cyrille David (*et al.*), *Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale*, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2003, pp. 134 – 142.

<sup>80</sup> Pour une approche différente, v. Bernard Castagnède, Le contrôle constitutionnel d'égalité fiscale, *op. cit.* Pour l'auteur, la jurisprudence du Conseil constitutionnel fait « apparaître une plus grande vulnérabilité de la loi fiscale au regard du principe constitutionnel d'égalité, dès lors qu'elle ne poursuit pas seulement le but naturel de l'impôt, qui est la collecte de ressources pour les collectivités publiques. L'interventionnisme fiscal offre au contrôle d'égalité une meilleure prise que les lois fiscales à simple objet financier », pp. 10 – 11 (l'auteur cite la censure dans la Décision n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000, *Loi de finances rectificative pour 2000*).

<sup>81</sup> Rapport du Conseil des Impôts, *Fiscalité et Environnement*, *op. cit.*, pp. 87 et s., surtout pp. 95 – 96.

Par conséquent, le contrôle des mécanismes financiers incitatifs aux États-Unis et en France, quoi qu'il s'effectue selon des fondements différents et sauf cas particuliers comme pour la liberté académique outre-Atlantique, débouche de façon unitaire sur une assez grande liberté pour le législateur. À partir de là, il faut interroger les conséquences de cette jurisprudence sur les questions liées à la gouvernance. Plus précisément, il est nécessaire d'élucider la problématique suivante telle qu'elle transparaît des positions des juridictions suprêmes, et en particulier de la Cour suprême. S'il est possible dans certains cas au gouvernement américain d'influencer financièrement la liberté d'expression et donc les choix des citoyens pour obtenir un résultat défini à l'avance, n'y a-t-il pas là contradiction avec le modèle libéral américain ? Plutôt que de favoriser l'auto-organisation de la société, ne faudrait-il pas parler d'un moyen permettant subrepticement à l'État d'orienter les comportements en fonction de la définition d'un bien public dont il serait le seul dépositaire ? Cela n'est pas soutenable en tant que tel. Pour le comprendre, il faut recentrer la recherche sur ces instruments financiers à partir d'une approche téléologique.

### 3) Synthèse par une approche téléologique

Répondre à la précédente question en lui apportant un démenti implique, d'abord, de revenir au cœur du modèle américain, notamment concernant la liberté d'expression, pour réévaluer la jurisprudence de la Cour suprême (a). Cela permettra, par la suite, de recentrer les débats sur le particularisme de la gouvernance outre-Atlantique en matière de stimulation financière (b).

#### (a) Retour sur la jurisprudence américaine

Il est impossible d'aborder les instruments financiers précédemment évoqués sans étudier leur régime juridique. Ainsi, il a été dit de manière synthétique qu'aux États-Unis, la limite la plus essentielle, si ce n'est la seule, consiste dans l'impossibilité pour le gouvernement de lier l'octroi d'une mesure financière à la limitation d'une liberté garantie par la Constitution, et en pratique surtout à la liberté d'expression protégée par le Premier amendement. La jurisprudence de la Cour suprême laisse toutefois un peu perplexe tant il peut paraître difficile de déterminer de façon certaine si oui ou non le gouvernement peut, dit sommairement, gouverner par l'argent, ce qui ne manque pas d'interroger quant au sens de la gouvernance outre-Atlantique. En effet, l'hypothèse concernant le cas américain consiste à

penser qu'il s'agit pour le gouvernement de largement laisser la société se charger de la conception et de la mise en œuvre de l'action publique. Est-il possible, et si oui comment, de sortir de cette contradiction apparente ?

Il semble qu'un critère proposé par Robert Post, qui résulte de la jurisprudence de la Cour suprême précédemment évoquée, puisse résoudre ce dilemme<sup>82</sup>. Cet auteur distingue deux domaines d'incitation financière, le premier concernant le « discours public », le second les « domaines gestionnaires ». Dans ce dernier cas, le gouvernement s'exprime lui-même, et peut donc inciter dans un sens précis, quitte à restreindre la liberté du destinataire de l'incitation. En revanche, quand il intervient comme dans la première hypothèse pour faciliter le débat public en favorisant la multiplication de l'expression, alors il est bien plus restreint. Cette alternative est intéressante en ce qu'elle permet de faire entrer la jurisprudence dans un cadre juridique qui reste finalement traditionnel en droit américain. De plus, il faut rappeler un point évident mais essentiel, à savoir que la problématique ici soulevée, certes importante, concerne essentiellement la liberté d'expression. Or, il ne faut pas perdre de vue que la recherche menée dans cette thèse concerne avant tout le choix qui est laissé aux individus par les instruments de gouvernance. Partant de là, deux options apparaissent. Soit les conditions d'ouverture pour bénéficier des incitations financières impliquent de se conformer à des exigences strictes, et alors la question des conditions inconstitutionnelles peut se poser. Soit, au contraire, de telles conditions ne sont pas prévues, et alors on retombe en quelque sorte dans le droit commun de l'incitation dont l'essentiel ne concerne pas les conditions d'édiction mais leur portée. Il est nécessaire d'approfondir ces éléments pour y voir plus clair.

#### (b) Le dépassement nécessaire

Il faut dépasser la jurisprudence pour comprendre non seulement ce que les incitations financières modifient globalement dans l'intervention publique ( $\alpha$ ), mais surtout que cette évolution doit être interprétée compte tenu de son domaine ( $\beta$ ). C'est à ce prix que le particularisme américain apparaît pleinement.

---

<sup>82</sup> Robert Post, *Subsidized Speech*, *op. cit.*

## (α) Les incitations financières comme intervention publique

Le cas de la jurisprudence *Rust* et des conditions inconstitutionnelles mis à part, la recherche doit s'orienter non pas sur l'incitation financière en tant que catégorie, qui n'est pas déterminante à elle seule, mais sur la finalité des instruments concernés. Les données chiffrées sur les dépenses fiscales qui sont utilisées permettent de justifier ce point. Aux États-Unis, les estimations démontrent que l'utilisation de ces mesures est importante<sup>83</sup>, ce qui paraît logique étant donné les traits d'un modèle américain moins axé sur une régulation sociale publique marquée par l'unilatéralité. Mais est-ce à dire que la France n'est pas concernée ? Il n'en est rien. Ainsi et par exemple, le gouvernement américain comme son homologue français utilisent de manière croissante la stimulation financière pour favoriser la protection de l'environnement, plutôt que de recourir à des mesures coercitives<sup>84</sup>. Le Conseil des impôts relevait d'ailleurs globalement pour la France en 2003 que « la totalisation des dépenses fiscales de l'État qui font l'objet d'une estimation représente plus de 50 Milliards d'euros, soit plus de 3 % du PIB et plus de 20 % des recettes fiscales nettes de l'État »<sup>85</sup>, ce qui en démontre le caractère non négligeable. Elles atteignent près de 70 milliards aujourd'hui<sup>86</sup>.

Faut-il alors conclure, de la simple existence de mesures financières encourageant ou dissuadant certains comportements, que les deux pays sont soumis à des pratiques similaires ? Pour y répondre négativement, il est nécessaire de ramener les débats à la question essentielle que pose la gouvernance publique, celle de savoir s'il s'agit de soutenir une auto-organisation de la société. Il faut progresser en comprenant le sens de ces incitations.

Ces mécanismes ont connu depuis les dernières décennies un développement exponentiel, car ils ont permis une transformation des formes de l'action publique. Il ne s'est plus agi de penser en termes de commandement mais d'encouragement, et cette évolution a concerné tous les pays à plus ou moins grande échelle. Il serait toutefois erroné de croire que l'existence de tels instruments est, en elle-même, caractéristique de modifications

---

<sup>83</sup> Le Conseil des Impôts retient qu'elles correspondent à environ 7 % du PIB américain, représentant presque 60 % des recettes fiscales, *La fiscalité dérogatoire*, *op. cit.*, pp. 21 – 22. Ces chiffres sont proches de ceux retenus par Christopher Howard, Tax expenditures, in L. Salamon (dir.), *The Tools of Government*, *op. cit.*, pp. 410 – 444, en particulier pp. 417 – 420.

<sup>84</sup> V., par exemple, les mécanismes de « bonus-malus » pour la protection de l'environnement. Sur ces questions en France, v. le Rapport du Conseil des Impôts, *Fiscalité et Environnement*, *op. cit.*, qu'il faut compléter par les nouvelles dispositions de la loi de Finances pour 2009 suite au Grenelle de l'environnement. Si, en 2005, le Conseil pouvait retenir que cette utilisation était encore restreinte, ces mesures récentes devraient modifier ce jugement.

<sup>85</sup> Rapport du Conseil des Impôts, *La fiscalité dérogatoire*, *op. cit.*, p. 15. V. *supra*, note 83 pour comparaison.

<sup>86</sup> *Projet de loi de finances pour 2009, Évaluation des voies et moyens, Dépenses fiscales*, t. 2, 2008, p. 11.

fondamentales du rôle de l'État. L'incitation fiscale peut effectivement toujours chercher à atteindre un objectif que l'État souhaite voir atteint, en favorisant certains comportements plutôt que d'autres, ce qui distingue ces mécanismes de la diminution des prélèvements obligatoires<sup>87</sup>. L'encouragement constitue alors un raffinement de la technique gouvernementale puisque, pour des raisons d'efficacité, le même résultat est visé, mais en utilisant une forme moins autoritaire<sup>88</sup>. Certes la différence est importante car le résultat peut ne pas être assuré. Il faut pourtant comprendre que, dans ces cas, les incitations financières et notamment fiscales ne correspondent pas à une victoire du marché sur l'État, mais plutôt à l'utilisation du premier par le second. Il convient de poursuivre encore un peu plus loin.

#### (β) La prise en compte du domaine des incitations

Les expériences des deux rives de l'Atlantique ne sont pas comparables car, la description des mécanismes et de leur importance passée, il faut aborder les domaines qui sont concernés. Dans les deux pays ces instruments vont être utilisés en tant qu'intervention de l'État plus souple que la réglementation traditionnelle. Toutefois, les États-Unis vont plus loin car ils utilisent ces dispositifs pour pallier la non prise en charge publique de la gestion de certaines activités. Autrement dit, le gouvernement va solliciter les personnes privées pour remplir une activité qu'il ne veut ou ne peut pas prendre en charge directement par la dépense publique, et donc en amont par l'impôt. Luc Godbout résume ce point primordial du modèle américain en retenant que « la mise en place de mesures fiscales préférentielles maintient la prise de décision de ce qui est socialement souhaitable aux contribuables alors que la mise en place d'un programme de dépenses directes, par l'établissement des normes d'admissibilité et du suivi, transfère et centralise la prise de décision au gouvernement »<sup>89</sup>. Ces dispositifs vont donc permettre aux États-Unis d'amplifier l'auto-organisation de la société, révélant à nouveau la conception proprement américaine du bien collectif marquée par une croyance naturelle en l'intérêt privé.

La citation précédente est d'autant plus pertinente qu'elle introduit au fait que le domaine n'est pas le seul élément distinctif des pratiques incitatives américaines. En effet, les règles juridiques qui y sont associées laissent aussi les personnes privées assez libres. En

---

<sup>87</sup> V. *supra*, p. 280.

<sup>88</sup> Il y a en cela matérialisation des volontés mentionnées *supra*, not. p. 153. V. not. Charles Schultze, *The Public Use of Private Interest*, Brookings Institution Press, 1977. V. aussi ce que disait Stephen Breyer à ce sujet, *Analyzing Regulatory Failure*, *Harv. L. Rev.*, vol. 92, 1979, pp. 547 – 609, not. pp. 581 – 582.

<sup>89</sup> Luc Godbout, *L'intervention gouvernementale par la politique fiscale*, *op. cit.*, p. 32.

faisant appel aux intérêts correspondants, le gouvernement se trouve par principe dans une situation où il va pouvoir imposer moins d'obligations dont le respect pourrait être considéré comme marquant une recherche substantielle du bien public dans les activités considérées.

Avec ces éléments en main, qui renvoient au cœur de cette recherche sur la chose publique<sup>90</sup>, il est possible de comprendre les dissemblances entre les modèles américain et français en termes d'incitations financières. Ces outils existent en France, mais semblent avant tout servir à atteindre de manière renouvelée et plus efficace des objectifs sociaux toujours fixés par l'État en fonction de l'intérêt général<sup>91</sup>. Les États-Unis développent aussi ce perfectionnement de l'action publique, tout en allant plus loin dans d'autres hypothèses qu'il faut approfondir et comparer avec la situation française.

## §2. L'expansion croissante des incitations financières

Pour confirmer les divergences théoriques sans les caricaturer<sup>92</sup>, il est nécessaire de démontrer le caractère central des mécanismes financiers basés sur l'incitation compte tenu d'une utilisation qui s'insère différemment dans les deux modèles. Ce particularisme américain apparaît surtout concernant deux exemples déjà étudiés qui correspondent à deux domaines d'intervention classiques de l'État<sup>93</sup>, à savoir, d'une part, les fonctions d'assurance de l'État-providence<sup>94</sup> (A) et, d'autre part, l'éducation (B).

---

<sup>90</sup> Cette nécessité de coupler une étude des instruments de gouvernance sur le domaine et sur les règles applicables a été évoquée *supra*, note 2 p. 206. Pour les délégations, lorsqu'elles sont possibles, le régime applicable sera détaillé dans le titre suivant compte tenu des effets sur les droits des citoyens de l'intervention croissante de personnes privées. Pour les instruments financiers, ce régime peut être traité ici, car ses conséquences sont moins déterminantes sur ces droits que sur le sens global du choix ouvert. En effet, pour ces derniers mécanismes, l'État ne délègue pas ses fonctions à des intermédiaires privés comme pour les délégations. V. *infra*, note 2 p. 334.

<sup>91</sup> Pierre Delvolvé par exemple parle des incitations financières pour l'aménagement du territoire, en soulignant qu'elles « visent essentiellement les entreprises pour qu'elles agissent dans un sens conforme à l'intérêt général, pour qu'elles se déploient dans les zones dont le développement est insuffisant ou, au contraire, ne s'installent pas dans celles qui sont trop développées », *Droit public de l'économie*, Précis Dalloz, 1998, p. 408. Il s'agit donc d'arriver à un intérêt général prédéfini, mais par des voies détournées. Il semble que les États-Unis développent également cette idée, tout en allant beaucoup plus loin dans d'autres hypothèses qu'il faut approfondir.

<sup>92</sup> Il ne s'agit pas de nier que les incitations financières interviennent dans de très nombreux domaines. Cependant, il faut centrer la recherche sur les dispositifs qui permettent de démontrer une représentation divergente de la régulation sociale.

<sup>93</sup> Ces dispositifs ne concernent pas les activités régaliennes.

<sup>94</sup> La discussion concernant la possible réforme voulue en la matière par Barack Obama est abordée *infra*, note 120 p. 301.

## A. Les fonctions d'assurance de l'État-providence

Il faut distinguer le secteur de la santé (1) de celui de la retraite (2), ce qui permettra d'établir au final un point de vue synthétique et comparatif<sup>95</sup> (3).

### 1) La santé

En faisant appel à l'intérêt financier des individus, le gouvernement va appuyer le mouvement de délégation aperçu à propos des instruments juridiques (a) mais, surtout, accentuer la prise en charge directe et traditionnelle des besoins correspondants par les intérêts privés (b).

#### (a) Accroître l'intérêt privé dans la santé publique

Il a déjà été signalé comment le mouvement en faveur des délégations avait récemment permis aux intérêts privés de s'introduire, souvent de façon subreptice, dans les programmes traditionnellement gérés par le secteur public, c'est-à-dire le *Medicaid* et le *Medicare*. C'est un constat similaire, quoique encore en genèse, qui peut être dressé en ce qui intéresse maintenant les instruments financiers. En effet, ces deux programmes commencent à être concernés par le système des bons, qui sont « une composante importante et croissante du *Medicare*. Depuis l'adoption de la *Tax Equity and Fiscal Responsibility Act* de 1982, ceux qui bénéficient de ce programme ont eu la possibilité d'adhérer et de recevoir des soins par le biais d'*HMO* qui acceptent les bons subventionnés par le gouvernement »<sup>96</sup>.

Il faut toutefois se rappeler à ce niveau de deux choses importantes. D'une part, ce domaine est sensible puisqu'il touche à des droits acquis pour des personnes nécessiteuses, si bien que les changements ne peuvent être envisagés que dans un rythme assez lent. D'autre part et peut-être surtout, ces programmes publics ne concernent qu'une minorité de

---

<sup>95</sup> Ce faisant, la situation en France ne sera abordée que dans ce 3. Sans oublier de prendre en compte les instruments juridiques évoqués précédemment, une telle synthèse est possible ici car les instruments financiers sont de loin les plus importants. Par simplicité, il sera fait de même pour l'éducation.

<sup>96</sup> C. Eugene Steuerle et Eric Tombly, *Vouchers*, *op. cit.*, pp. 445 et s, ici pp. 451 – 452. Sur l'évolution récente du programme *Medicare*, v. Eleanor Bhat Sorresso, *A Philosophy of Privatization*, *op. cit.*

personnes<sup>97</sup>, car la majorité des Américains est couverte par des systèmes d'assurance privée<sup>98</sup>.

(b) Augmenter l'intérêt privé dans la santé privée

La couverture des Américains se fait traditionnellement à titre privé, et en grande partie à travers des dispositifs facultatifs mis en place au sein des entreprises. Si les dernières décennies ont été marquées par différents phénomènes tendant à une individualisation des risques<sup>99</sup>, le développement exponentiel des mécanismes d'incitation financière est essentiel dans ce cadre, en ce qu'il a facilité la prise en charge des risques et des frais liés à la santé tant aux niveaux des entreprises que des individus.

Concernant tout d'abord les entreprises, les encouragements à la prise en charge par les employeurs de la couverture sociale de leurs salariés sont anciens. Il s'agit d'une des deux plus importantes dépenses fiscales depuis de nombreuses années, qui atteint aujourd'hui des montants colossaux<sup>100</sup>. Au sujet des incitations individuelles, un système a récemment été mis en place. Il s'agit des comptes d'épargne santé (*health saving accounts, HSA*), calqués sur leurs homologues concernant la retraite<sup>101</sup>. Issus d'une loi adoptée en 2003, le principe consiste pour la personne intéressée à déposer de l'argent sur son compte personnel. Elle utilise ensuite ce montant pour défrayer les coûts de ses soins de santé jusqu'à un certain seuil. Si les coûts dépassent ce seuil, la compagnie d'assurance prend en charge les frais. L'essentiel consiste à souligner que l'argent déposé dans ce dispositif est déductible des impôts. Il y a là l'exemple topique de l'échec d'une couverture publique et du développement exponentiel des mécanismes de couverture privée. Ainsi, « les comptes d'épargne santé marquent un nouveau pas en avant vers un système de santé individualisé et privatisé »<sup>102</sup>.

---

<sup>97</sup> V. *supra*, pp. 271 et s.

<sup>98</sup> À peu près un quart de la population aujourd'hui. V. Catherine Sauviat, Un système de santé en crise ... bien que privatisé, *Chronique internationale de l'IRES*, n° 91, novembre 2004, pp. 17 – 37, ici p. 19.

<sup>99</sup> Malgré l'absence d'un système de couverture publique générale comme en France, les États-Unis ont connu au cours du XX<sup>e</sup> siècle une tendance à une mutualisation du risque à travers des programmes communs à plusieurs entreprises. *A contrario*, le mouvement depuis les années 1970 a été inverse.

<sup>100</sup> V. Christopher Howard, Tax Expenditures, in L. Salamon (dir.), *The Tools of Government, op. cit.*, p. 419, qui fait état d'un montant de 100 milliards de dollars pour l'année 2000. À l'heure actuelle, les mesures toujours plus favorables à ces mécanismes ont porté ce montant à plus de 150 milliards (les données officielles pour les derniers budgets sont disponibles sur Internet à l'adresse <http://www.gpoaccess.gov/usbudget>).

<sup>101</sup> Ils sont calqués sur les *IRA (individual retirement accounts)*, v. *infra* p. 298. Pour James Robinson, « Le passage d'un versement collectif à un versement individuel rappelle les efforts entrepris pour transformer une partie du *Social Security* en plans de retraite individuelle et gérés de manière privée », *Health Savings Accounts – the Ownership Society in Health Care, New Engl. J. Med.*, vol. 353, 2005, pp. 1199 – 1202, ici p. 1201.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 1202.

La consultation des sommes en jeu démontre l'importance cardinale de ces dispositifs d'incitation fiscale qu'il faut analyser en parallèle de ce qui existe à propos du système des retraites.

## 2) La retraite

Comme pour la santé, il y a, d'une part, une pénétration de l'intérêt privé dans la retraite publique (a) et, d'autre part et surtout, une augmentation des faveurs octroyées aux intérêts privés pour qu'ils prennent en charge cette fonction<sup>103</sup> (b).

### (a) Introduire l'intérêt privé dans la retraite publique

Il va s'agir de réfléchir à l'introduction de l'intérêt privé dans les mécanismes gérés initialement de façon publique. Est ici concerné le programme de retraite publique issu du *New Deal*<sup>104</sup>, qui est le dispositif de protection sociale publique peut-être le plus développé outre-Atlantique dans la mesure où il couvre tous les salariés qui doivent y souscrire.

Le président George W. Bush a tenté pendant ses deux mandats de réformer ce système en proposant la création de comptes personnels de retraite (*personal retirement accounts*) fiscalement avantageés, sur le modèle des comptes d'épargne santé. Un certain pourcentage des contributions obligatoires versées par les salariés au titre du financement public serait devenu de leur responsabilité, même si c'était de façon encore limitée. Si la proposition a échoué, la question de la réforme de la retraite publique par sa transformation en système par capitalisation a été posée. Il faut surtout dépasser ce dispositif public qui reste limité quant aux revenus qu'il procure aux retraités américains<sup>105</sup>.

---

<sup>103</sup> En synthèse, v. le *CBO's Online Guide to Tax incentives for Retirement Saving, Updated June 2006*, sur Internet (<http://www.cbo.gov/ftpdocs/45xx/doc4572/Intro.htm>), qui fait un résumé de toutes les incitations fiscales en la matière.

<sup>104</sup> Les États-Unis connaissent depuis le *New Deal* un programme public par répartition (une partie du *Social Security*), ainsi que des programmes privés facultatifs par capitalisation, soit à titre collectif, soit à titre individuel. Pour une présentation historique du système, v. Geneviève Férone, *Le système de retraite américain : les fonds de pension*, Montchrestien, coll. Bibliothèque d'économie financière, 1997.

<sup>105</sup> Cette assurance par répartition ne correspond qu'à environ un tiers des ressources des retraités. Les programmes facultatifs de retraite privés par capitalisation ont de ce fait toujours eu une place essentielle aux États-Unis. Les systèmes de retraite et de santé diffèrent. Dans ce dernier, l'entreprise offre souvent la seule protection puisqu'il n'y a pas de système obligatoire pour les actifs. Pour le premier, le système public commun constitue la base, les plans privés servant de garanties supplémentaires.

(b) Augmenter l'intérêt privé dans la retraite privée

La couverture procurée par le système public obligatoire n'ayant jamais été très étendue aux États-Unis, le gouvernement fédéral a favorisé des dispositifs palliatifs en permettant des déductions fiscales pour les personnes souhaitant épargner à titre personnel, que ce soit à travers un plan d'entreprise ou de manière individuelle<sup>106</sup>.

La base de cette couverture par capitalisation a été organisée autour des plans d'entreprises. La loi *ERISA (Employment Retirement Income Security Act)* de 1974 prévoit la possibilité d'adopter des plans fiscalement avantageux pour les entreprises, les plus connus étant les plans 401(k), du nom de la section spéciale du Code des impôts qui permet leur exonération fiscale<sup>107</sup>. Cette loi organise aussi le dispositif des comptes individuels de retraite (*individual retirement accounts, IRA*) avec des dispositions fiscales très proches. Ces derniers ont connu une évolution mouvementée, mais les précédentes années ont été marquées par leur progression quant aux exonérations octroyées<sup>108</sup>.

Pour Jacob Hacker, ces différents mécanismes représentent « un des plus importants développements dans l'histoire politique du système américain de retraite »<sup>109</sup>, et force est de constater leurs perpétuels approfondissements depuis cette date. Par exemple, une loi récente, le *Pension Protection Act* de 2006, a encore facilité l'adoption des plans 401(k), mais aussi rendu permanentes certaines déductions fiscales.

Sans entrer plus dans le détail technique, il faut constater que, comme dans le cadre de la maladie, le modèle américain tel qu'il a évolué depuis quelques décennies met à jour des spécificités fondamentales qui viennent accentuer un particularisme initial. Aujourd'hui, ces incitations fiscales pour constituer une retraite privée représentent elles aussi des montants gigantesques, constituant l'autre grande dépense fiscale aux États-Unis<sup>110</sup>.

Le système américain venant d'être décrit, il est maintenant possible de proposer une synthèse sur les grands principes de la protection sociale aux États-Unis et en France.

---

<sup>106</sup> Il s'agit ici des comptes individuels de retraite (*IRA, individual retirement accounts*), cousin des *HSA* précédemment mentionnés, ou encore des *roth IRA*, qui sont un dérivé des premiers.

<sup>107</sup> Il existe d'autres dispositifs très proches qui ne portent pas le même nom, notamment *les Keogh plans*.

<sup>108</sup> Jacob Hacker soutient que les *IRA* ont servi rapidement pour tous les salariés, et leur réglementation a été libéralisée en 1997 et 2001 ; *Privatizing Risk Without Privatizing the Welfare State: The Hidden Politics of Social Policy Retrenchment in the United States, Am. Pol. Sci. Rev.*, vol. 98, 2004, pp. 243 – 260, surtout p. 255.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 255.

<sup>110</sup> Les différents dispositifs additionnés représentent aujourd'hui plus de 100 milliards de dollars. V. <http://www.gpoaccess.gov/usbudget>

### 3) Synthèse comparée sur la protection sociale

C'est à partir de la typologie de Richard Titmuss et Gøsta Esping-Andersen<sup>111</sup>, « considérés comme les fondateurs incontestés des typologies de l'État social »<sup>112</sup>, qu'il convient de comprendre tant le modèle américain que son homologue français, c'est-à-dire en fonction essentiellement de leur degré de « dé-marchandisation » ou « d'autonomisation vis-à-vis du marché »<sup>113</sup>. Si les évolutions internationales depuis quelques décennies tendent à réformer les systèmes en faveur du marché<sup>114</sup>, encore faut-il distinguer quel est le point de départ de ces évolutions qui expliquent ce que sont les systèmes nationaux et où ils vont (a). Au final, cela permet une première conclusion concernant les incitations financières (b).

#### (a) Les deux modèles

Il faut distinguer le système américain ( $\alpha$ ) de son homologue français ( $\beta$ ).

#### ( $\alpha$ ) Le système américain

Les États-Unis sont placés dans la catégorie des régimes libéraux, c'est-à-dire ceux présentant un degré de dé-marchandisation le plus faible, et ils paraissent même présenter le degré le plus faible<sup>115</sup>. Ils sont par conséquent l'exemple type de l'importance presque philosophique des intérêts privés dans la protection sociale.

Pour développer cette idée, Christopher Howard a posé une distinction intéressante entre deux versants de l'État-providence, l'un visible et traditionnellement étudié, l'autre invisible et rarement approfondi<sup>116</sup>. Jacob Hacker poursuit cette réflexion en partant du

---

<sup>111</sup> V. Gøsta Esping-Andersen, *Les trois mondes de l'État-providence. Essai sur le capitalisme moderne* (préf. et trad. sous la dir. de F-X. Merrien ; l'ouvrage en anglais date de 1990), PUF, coll. Le lien social, 2<sup>e</sup> éd., 2007, not. pp. 41 – 43 pour les caractéristiques des trois types d'État-providence, et pp. 92 – 99 pour une étude pratique détaillée.

<sup>112</sup> François-Xavier Merrien, Les différents types de l'État-providence, in P. Tronquoy (dir.), *Le modèle social français*, Cahiers français, n° 330, La Documentation française, 2006, pp. 3 – 8, ici p. 3.

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>114</sup> Neil Gilbert, en étudiant dans un cadre international les mutations de la protection sociale au sens large du terme, a remplacé le concept traditionnel de *Welfare State* par celui d'« *Enabling State* ». V. *Transformation of the Welfare State: The Silent Surrender of Public Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2002. Il résume les évolutions récentes par la formule du « soutien gouvernemental en faveur d'une responsabilité privée », p. 4.

<sup>115</sup> François-Xavier Merrien, Les différents types de l'État-providence, *op. cit.*, p. 4 ; et le tableau, p. 5.

<sup>116</sup> Ce qui change au final la donne. Ainsi soulignait-t-il il y a déjà dix ans qu'« En fonction de la manière dont on estime le coût des dépenses fiscales, l'État-providence caché est donc de 38 à 50 % aussi important que

constat que les États-Unis sont toujours présentés comme le pays dans lequel la protection sociale est une des moins développées parmi les pays riches. Or, il se pourrait qu'on ne parle pas de la même chose. En effet, la plupart des pays européens présente une situation dans laquelle c'est le financement public de l'État-providence par les prélèvements obligatoires qui est très important. Cela ne veut pas dire, *a contrario*, qu'un État dans lequel ce financement serait moindre de façon directe ne disposerait pas aussi d'une protection, quoique financée différemment, c'est-à-dire de façon indirecte par les personnes privées aidées fiscalement par le gouvernement. Et c'est bien ainsi qu'il faut comprendre la majeure partie de la protection sociale outre-Atlantique : l'État n'a jamais pu ou voulu prendre globalement en charge ces missions. Mais cela n'implique pas une absence *de facto* de protection sociale ; simplement celle-ci est organisée autrement autour des intérêts privés que l'État sollicite.

Jacob Hacker synthétise cette vision lorsqu'il retient que « l'exceptionnalisme du système américain de protection sociale est lié à la présence croissante d'une fourniture privée en son sein »<sup>117</sup>. C'est là que les instruments financiers incitatifs sont fondamentaux, car les chiffres démontrent que les deux plus gros postes de dépenses fiscales sont justement occupés par les dispositifs permettant aux employeurs de bénéficier de réductions fiscales lorsqu'ils mettent en place un programme pour protéger la santé et/ou la retraite de leurs salariés<sup>118</sup>. Ce faisant, les évolutions récentes favorisant les intérêts privés dans ces domaines ont été d'abord et avant tout un approfondissement historique plutôt qu'une cassure, pouvant être considérées comme la « plus importante 'révolution invisible' dans l'histoire politique américaine »<sup>119</sup>.

Même si le champ d'application des mesures financières stimulantes est vaste, il apparaît qu'elles vont particulièrement intéresser aux États-Unis des domaines qui touchent de près au bien public. Au lieu de prévoir un système public, collectif et obligatoire, financé par la dépense directe pour couvrir tel ou tel événement de la vie (maladie, retraite, etc.), les États-Unis ont historiquement mis en place un système permettant très largement de couvrir ces risques de façon personnelle et facultative grâce à des mécanismes financiers incitatifs. Le

---

l'État-providence visible. Cette simple comparaison montre que parler des politiques sociales américaines sans mentionner les dépenses fiscales est comme discuter de l'État-providence visible sans tenir compte de la retraite obligatoire et du *Medicaid*. Vous pouvez le faire, mais vous ne pouvez pas bien le faire », *The Hidden Welfare State*, *op. cit.*, p. 27. Cette caractéristique a des conséquences décisives sur le financement des fonctions sociales, notamment par l'impôt. Sur ce sujet, v. *infra*, note 88 p. 395.

<sup>117</sup> Jacob Hacker, *The Divided Welfare State: The Battle over Public and Private Social Benefits in the United States*, Cambridge University Press, 2002, p. 20.

<sup>118</sup> Les dossiers de l'OCDE confirment ce point très intéressant. V. Willem Adema et Maxime Ladaique, *Net Social Expenditure, 2005 Edition. More Comprehensive Measures of Social Support*, OCDE Social Employment and Migration Working Papers, n° 29, 2005.

<sup>119</sup> Jacob Hacker, *The Divided Welfare State*, *op. cit.*, p. 9.

cœur du modèle américain réapparaît : les solutions publiques sont considérées avec circonspection ; ce sont les interactions privées qui sont le plus à même de garantir les meilleurs résultats. Par conséquent, le rôle du gouvernement n'est pas d'assurer une garantie générale, il est de mettre en œuvre les moyens pour les individus de choisir librement. *In fine*, c'est dans ce contexte propre qu'il faut replacer le projet de réforme du système de santé en discussion au Congrès au milieu de l'année 2009<sup>120</sup>.

### (β) Le système français

*A contrario* d'un État-providence américain largement privé, le modèle français est traditionnellement considéré comme un modèle corporatiste<sup>121</sup>, c'est-à-dire moins favorable au marché. C'est notamment pourquoi les incitations financières sont en la matière historiquement absentes.

Toutefois, il est clair que, depuis quelque temps déjà, la France connaît comme d'autres pays européens des adaptations, qui tendent toutes à favoriser « l'individualisation et la privatisation – assurances, mutuelles, gestionnaires d'actifs »<sup>122</sup>. Les réformes récentes du système de santé français paraissent démontrer une réduction de la couverture de santé au profit de leur prise en charge par des assurances complémentaires privées<sup>123</sup>, et c'est dans ce cadre que les dispositifs fiscaux incitatifs jouent un rôle croissant et devraient connaître une expansion dans le futur<sup>124</sup>. Il n'est pas question de soutenir que la France marche sur les pas

---

<sup>120</sup> Cette réforme voulue par l'administration Obama ne peut être envisagée sans tenir compte de tous les intérêts en jeu, ce que démontre l'échec du précédent projet Clinton. À l'heure actuelle, s'il ne s'agit pas de tout modifier en créant un système entièrement géré par le gouvernement (et financé par des hausses d'impôts pour tous les citoyens), il n'en reste pas moins qu'il y a là une potentielle évolution réelle. Il s'agirait surtout, à partir de l'année 2013, d'assurer une garantie à tous les Américains qui n'en ont pas aujourd'hui, ainsi que de favoriser la concurrence et d'imposer des contraintes plus fortes sur les entreprises et les compagnies d'assurance. En détails, v. l'agenda fixé par la Maison blanche sur le site Internet [http://www.whitehouse.gov/agenda/health\\_care](http://www.whitehouse.gov/agenda/health_care). Quelle qu'en soit l'issue, ce n'est pas là la fin des spécificités américaines, spécialement car les incitations financières paraissent devoir être valorisées.

<sup>121</sup> Pour une synthèse, v. François-Xavier Merrien, Les différents types de l'État-providence, *op. cit.*

<sup>122</sup> Bruno Palier, Le système français de protection sociale : architecture et évolutions, in P. Tronquoy (dir.), *Le modèle social français*, *op. cit.*, pp. 9 – 14, ici p. 9. Du même auteur, v., d'une part, *La réforme des systèmes de santé*, PUF, coll. Que sais-je, 4<sup>e</sup> éd., 2009 et, d'autre part, *La réforme des retraites*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2003.

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 115.

<sup>124</sup> La loi Fillon du 21 août 2003, ainsi que les lois du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié, et du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail, ont permis l'extension de dispositifs finalement assez proches théoriquement des 401 (k) au niveau des entreprises et des IRA au niveau individuel, en créant les PERCO (plan d'épargne pour la retraite collective) et les PERP (plan d'épargne retraite populaire), deux systèmes qui bénéficient d'exonérations fiscales. Toutefois, à l'heure actuelle, les montants en jeu sont encore très faibles comparés à ceux qu'ils sont outre-Atlantique. De plus, il faut avoir à l'esprit que le système de retraite publique par répartition reste très largement la norme en France.

de l'expérience américaine<sup>125</sup> ; néanmoins, force est de constater l'évolution du référent français et l'influence de l'exemple privé américain, bien que ce dernier démontre, comme le souligne Gøsta Esping-Andersen dans le cadre d'une critique plus générale, « que la privatisation des prestations sociales crée davantage d'inégalités »<sup>126</sup>. Il faut à ce propos souligner que le régime français de retraite par répartition, tout autant que le système d'assurance santé, peuvent être considérés dans le contexte actuel de crise financière comme protecteurs, en comparaison des solutions privées américaines, tributaires des aléas boursiers et de la pérennité des entreprises<sup>127</sup>.

#### (b) Portée pour l'étude

Il faut confirmer à ce stade ce qui a été avancé plus haut concernant les instruments incitatifs dans les fonctions sociales<sup>128</sup>. Il ne faut pas se fier aux seules données qui tendent à démontrer que la France dispose de nombreux dispositifs de dépenses fiscales<sup>129</sup>, notamment en ce qui concerne l'impôt sur le revenu. Plus que l'existence d'un instrument particulier susceptible de justifier à lui seul des différences entre la France et les États-Unis, c'est surtout son utilisation dans une approche téléologique qui est déterminante. À ce titre, ces dispositifs restent en France ciblés sur des populations et des activités particulières<sup>130</sup>, et concernent encore peu les secteurs clés étudiés aux États-Unis.

Si le domaine des incitations est essentiel à l'heure d'aborder la portée de ces dispositifs, il faut également ne pas négliger l'ensemble de leur régime juridique. Il faut effectivement souligner que la réglementation des plans mis en place par les employeurs ne

---

Une conclusion similaire peut être faite en ce qui concerne les dispositifs proches favorisant fiscalement l'adoption par les employeurs d'une complémentaire permettant une meilleure prise en charge de la couverture santé des salariés.

<sup>125</sup> À ce titre, une lecture comparée des principales dépenses fiscales entre la France et les États-Unis fait apparaître, en plus de montants extrêmement différents, des divergences de fond essentielles. V. l'étude menée par Willem Adema et Maxime Ladaique, *Net Social Expenditure, op. cit.*, notamment les tableaux concernant les États-Unis (p. 69), la France (p. 54), et leur comparaison (pp. 28 et 32). V. également *Projet de loi de finances pour 2009, Évaluation des voies et moyens, op. cit.*

<sup>126</sup> Gøsta Esping-Andersen *Les trois mondes de l'État-providence, op. cit.*, p. 287. V., globalement, pp. 286 – 289.

<sup>127</sup> Un exemple actuel permet de faire comprendre les risques. Puisque la protection sociale des individus aux États-Unis est largement privée, et que dans ce cadre elle passe essentiellement par les entreprises, que va-t-il par exemple advenir du système de General Motors qui s'est déclaré en faillite ? Par analogie, la réduction des coûts dans ces entreprises ne passe-t-elle pas par une diminution inévitable de la protection sociale ?

<sup>128</sup> V. *supra*, pp. 293 – 294.

<sup>129</sup> Le Conseil des impôts en 2003 en dénombrait plus de 450, *La fiscalité dérogatoire, op. cit.*

<sup>130</sup> Pour les dernières données disponibles sur ce sujet en France, v. *Projet de Loi de Finances pour 2009. Évaluation des voies et moyens, op. cit.*, la synthèse pp. 11 – 16.

date que de 1974 avec la loi *ERISA* (*Employment Retirement Income Security Act*). En plus de ne prévoir aucune obligation quant à cette mise en place, les règles restent relativement limitées<sup>131</sup>. Cela découle notamment du fait que le domaine a été préempté par le droit fédéral dans le cadre d'un compromis lors de l'adoption de cette loi<sup>132</sup> : les employeurs ont accepté la mise en place de certaines règles pour encadrer les conduites mais, en retour et sauf exceptions, ils ont été garantis contre les lois des différents États susceptibles d'accentuer plus largement leurs obligations<sup>133</sup>. Depuis lors, comme le confirme la jurisprudence de la Cour suprême<sup>134</sup>, cette loi est un obstacle majeur à toute évolution significative en la matière<sup>135</sup>, autrement dit à l'imposition de règles obligatoires considérées comme protectrices des bénéficiaires.

Cette question de l'encadrement juridique est d'autant plus à considérer compte tenu de la probable implication croissante en France des intérêts privés dans les fonctions ici étudiées. À ce sujet, Bruno Palier ne manque de souligner à propos de la retraite que « L'enjeu central au cours de la prochaine décennie sera moins celui de la mise en place des fonds de pension que celui de la régulation de ces fonds. Si la retraite en capitalisation se développe sans régulation particulière, la seule logique de marché pourrait avoir des implications sociales particulièrement graves, comme l'illustre le cas britannique »<sup>136</sup>.

Au final, une idée précédemment énoncée réapparaît<sup>137</sup>. Pour appréhender la gouvernance dans le cadre de la réalisation d'une certaine vision de l'intérêt public, la démonstration doit être menée en tenant compte de deux éléments. Tout d'abord, en étudiant en amont le domaine de la participation des intérêts privés à l'action publique. Ensuite, lorsque cette dernière est permise, en détaillant en aval le régime juridique qui encadre son exercice. Ceci est vrai dans l'autre secteur important qu'il faut aborder, celui de l'éducation.

---

<sup>131</sup> V. Geneviève Féron, *Le système de retraite américain*, *op. cit.*, pp. 33 et s. La réglementation ne couvre d'ailleurs que certains plans. La réforme en discussion (v. *supra*, note 120) pourrait changer les choses.

<sup>132</sup> V. Jacob Hacker, *Privatizing Risk*, *op. cit.*, p. 246. Il existe des exceptions à cette préemption.

<sup>133</sup> Ce compromis est décrit par James Wooten, *A Legislative and Political History of Erisa Preemption*, *J. Pension. Benef.*, vol. 14, 2006, pp. 31 – 35 (partie I) ; et, dans le même journal, vol. 14, 2007, pp. 5 – 10 (partie II), et vol. 15, 2008, pp. 15 – 21 (partie III).

<sup>134</sup> V. Jared Stiefel, *ERISA Preemption of Chapter 58: The Future of the “Pay or Play” Model of Health Care Legislation*, *Am. J. L. & Med.*, vol. 33, 2007, pp. 683 – 701, surtout pp. 685 – 690.

<sup>135</sup> Pour des exemples récents au Massachusetts et en Californie, *ibid.* Un problème juridique pourrait se poser dans le premier État cité suite à la mise en place d'une législation visant à réglementer en profondeur le domaine de la santé.

<sup>136</sup> Bruno Palier, *La réforme des retraites*, *op. cit.*, pp. 121 – 122.

<sup>137</sup> V. *supra*, note 90.

Ici aussi l'intérêt privé a été mobilisé pour pallier ce que beaucoup d'Américains ont interprété comme des défaillances du secteur public.

## B. Les fonctions éducatives

Comme pour la santé et la retraite, les incitations financières sont importantes pour approfondir les mouvements récents liés à la gouvernance aux États-Unis (1). Toutefois, comme il a été précisé auparavant<sup>138</sup>, l'éducation y a certains traits bien spécifiques. Tout d'abord, son caractère largement décentralisé qui limite d'autant les possibilités d'envisager une étude détaillée. Ensuite, la présence d'écoles privées dont la plupart sont confessionnelles, ce qui pose des questions eu égard à l'interdiction faite par le Premier amendement du financement des religions par le gouvernement (2). Une synthèse comparée avec la France devra être faite pour évaluer la réponse des deux modèles aux phénomènes de gouvernance en cette matière (3).

### 1) Les différents instruments

Si les programmes qui sont mis en place touchent à plusieurs mécanismes en même temps, et en particulier allient instruments juridiques et instruments financiers en tant qu'outils du « choix scolaire » (a), il faut distinguer deux grandes catégories (b).

#### (a) L'approfondissement du choix scolaire

Les dispositifs qui entrent en jeu ici sont indissociables de ceux déjà étudiés à propos des instruments juridiques. Barbara McCabe et Janet Vinzant résument ce mouvement de la façon suivante : « Les États fédérés et les localités à travers le pays ont institué et continue à mettre en œuvre des réformes pour donner plus de choix aux parents dans les décisions éducatives, afin que les avantages du libre marché et de la compétition entre les écoles se concrétisent. De telles réformes vont des bons jusqu'aux écoles aimants, en passant par toutes les variations entre ces deux mesures »<sup>139</sup>. Ainsi, l'évolution de l'éducation outre-Atlantique est marquée par les progrès constants liés à l'existence d'un véritable « marché éducatif »

---

<sup>138</sup> V. *supra*, pp. 268 et s.

<sup>139</sup> Barbara McCabe et Janet Vinzant, *Governance Lessons*, *op. cit.*, p. 361.

(*school market*), l'idée étant d'instaurer une concurrence entre les établissements et entre les fournisseurs de services, publics et privés. Ce mouvement est largement favorisé par le gouvernement fédéral qui, il faut le rappeler, n'est en principe pas directement compétent en la matière<sup>140</sup>.

#### (b) Les différents mécanismes financiers

Même si leur régime juridique est très proche, la pratique distingue schématiquement l'utilisation, d'une part, des bons scolaires (*school vouchers*) et, d'autre part, des dépenses fiscales. Les premiers ne sont quantitativement pas les plus importants, bien qu'ils aient donné lieu aux plus vifs débats. Les incitations fiscales, quant à elles, prennent des appellations diverses, mais ont toutes pour but commun de permettre à des personnes privées, c'est-à-dire aux parents<sup>141</sup>, de bénéficier d'avantages fiscaux pour faciliter la mise en œuvre d'une éducation personnalisée pour leurs enfants.

Les États fédérés américains mettent petit à petit en place de tels dispositifs. Selon les données disponibles, une douzaine d'entre eux avait un programme plus ou moins étendu de *school choice*, mêlant à la fois bons scolaires et avantages fiscaux<sup>142</sup>. La tendance est à l'extension progressive de ces mécanismes. Cela étant, ce sont le plus souvent des écoles privées et surtout confessionnelles qui vont bénéficier, en application du choix scolaire, des dispositifs mis en place par les gouvernements. Or, cela pose un problème eu égard à l'interdiction du financement des religions par l'État.

#### 2) Les difficultés juridiques spécifiques à l'éducation

Compte tenu de l'importance des institutions religieuses au sein du secteur éducatif américain, le principe de l'intervention financière du gouvernement en la matière interroge traditionnellement sa compatibilité avec le Premier amendement à la Constitution fédérale (a).

---

<sup>140</sup> V. la loi *No Child Left Behind* de 2001.

<sup>141</sup> Les entreprises peuvent aussi parfois être fiscalement avantagées si elles versent des sommes à des organismes qui, par la suite, vont aider à financer l'éducation (dispositif applicable notamment dans les États de Floride, en Pennsylvanie, et dans l'Arizona).

<sup>142</sup> Dan Lips et Evan Feinberg, *School Choice: 2006 Progress Report*, the Heritage Foundation, n° 1970, 2006, les tableaux récapitulatifs pp. 9 – 11 (disponible sur le site Internet [www.heritage.org](http://www.heritage.org)). Les détails doivent être recherchés dans chaque État.

Le mouvement contemporain lié au choix scolaire renouvelle cette problématique (b), posant de nouveaux enjeux (c).

(a) La problématique du Premier amendement

Sans pouvoir refaire l'histoire d'une jurisprudence très fournie, il est important de donner quelques repères. Le cœur du Premier amendement consiste en une interdiction pour le Congrès, qui « ne fera aucune loi relativement à l'établissement d'une religion ou en interdisant le libre exercice »<sup>143</sup>. En principe, toute aide publique à la religion, notamment à l'éducation religieuse, est par conséquent prohibée.

La jurisprudence a varié au cours du temps entre des interprétations plus ou moins libérales de cette interdiction<sup>144</sup>. À l'époque récente, la Cour suprême avait élaboré en 1947 un principe d'interprétation stricte dans sa décision *Everson v. Board of Education of the Township of Ewing et al.*<sup>145</sup>, affiné ensuite dans une affaire *Lemon v. Kurtzman* en 1971<sup>146</sup>, qui avait posé des critères restreints pour apprécier la constitutionnalité d'une aide financière publique à des écoles confessionnelles. Cette jurisprudence, peu favorable à l'éducation religieuse, fut critiquée et amendée<sup>147</sup>. Une évolution importante a notamment permis de contourner la prohibition de la décision *Lemon* en jouant sur la nature du financement public. Ainsi, dans plusieurs décisions<sup>148</sup>, la Cour suprême a eu l'occasion de souligner la conformité au Premier amendement d'aides publiques octroyées non directement mais indirectement à l'éducation religieuse. Il s'agissait de programmes gouvernementaux qui permettaient aux parents d'élèves de bénéficier de certains avantages fiscaux, sans égard à la qualité du bénéficiaire final. Le cœur de cette jurisprudence a consisté à soutenir que, dans ces hypothèses, le gouvernement se contentait de laisser le choix privé décider si, *in fine*, le soutien profiterait aux écoles publiques ou privées, elles-mêmes confessionnelles ou non. Il n'y avait alors pas,

---

<sup>143</sup> Premier amendement.

<sup>144</sup> Pour une étude plus détaillée, v. Élisabeth Zoller, La laïcité aux États-Unis ou la séparation des Églises et de l'État dans la société pluraliste, in É. Zoller (dir.), *La conception américaine de la laïcité*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, pp. 3 – 32, particulièrement pp. 16 – 20.

<sup>145</sup> 330 U.S. 1 (1947).

<sup>146</sup> 403 U.S. 602 (1971).

<sup>147</sup> La validité de programmes d'aides publiques touchant toutes les écoles, publiques ou privées, a ainsi été reconnue. Récemment, la Cour suprême a pu décider dans l'affaire *Mitchell v. Helms*, 530 U.S. 793 (2000), que les écoles religieuses pouvaient, au même titre que les écoles publiques, bénéficier d'aides gouvernementales pour faciliter leur achat d'équipements informatiques.

<sup>148</sup> La Cour, dans une décision *Mueller v. Allen*, 463 U.S. 388 (1983), a par exemple reconnu la constitutionnalité d'une programme de l'État du Minnesota visant à la déduction fiscale de frais scolaires concernant tous les établissements éducatifs.

aux yeux des juges, violation du Premier amendement, car cette aide publique devenait indirecte puisque médiatisée par les décisions privées des citoyens.

Cette jurisprudence n'a pas manqué d'être interrogée avec le développement des programmes financiers de choix scolaire tendant en pratique à favoriser les écoles confessionnelles. La Cour suprême a été récemment amenée à trancher un cas important.

(b) L'approfondissement par la décision *Zelman v. Simmons-Harris*<sup>149</sup>

Cette décision est importante car, en généralisant les solutions dégagées précédemment, elle a posé les principes juridiques applicables au choix scolaire. Dans cette affaire, la Cour était invitée à apprécier la validité d'un programme de bons scolaires de la ville de Cleveland. Ce dispositif visait à octroyer une aide financière aux parents qui se trouvaient investis de la possibilité de choisir l'école de leur enfant, que cette école soit publique ou privée, confessionnelle ou non. Il s'agissait, en l'espèce, non pas d'aider directement les écoles religieuses, mais de permettre aux parents d'exercer eux-mêmes un choix privé ayant potentiellement et par ricochet pour conséquence d'aider financièrement de telles écoles.

La Cour suprême, dans la droite ligne de sa jurisprudence rappelée plus haut, a reconnu à une courte majorité la validité du programme contesté, en décidant que ce dernier était constitutionnel puisqu'il s'agissait de la mise en place d'un « véritable choix privé » (*true private choice*)<sup>150</sup>. La constitutionnalité s'apprécie donc au regard de la neutralité religieuse non pas réelle mais apparente du programme. Autrement dit, l'essentiel est de donner la possibilité aux individus de choisir en toute liberté ce qu'ils estiment être la meilleure solution pour leurs enfants<sup>151</sup>. Si les aides directes aux écoles confessionnelles restent interdites, les aides indirectes sont permises lorsque les fonds reçus ne sont, *in fine*, que l'expression de choix individuels, peu importe si en réalité ce sont des fonds publics qui

---

<sup>149</sup> 536 U.S. 639 (2002).

<sup>150</sup> *Ibid.*, p. 640, et développé pp. 649 et s. En pratique, la Cour a mis en place cinq critères pour évaluer le caractère de *true private choice* de tels programmes : 1) le programme doit porter sur un objectif séculier ; 2) l'aide financière doit d'abord et avant tout bénéficier aux parents, non directement aux écoles ; 3) le programme doit être ouvert à une catégorie large de bénéficiaires potentiels ; 4) le programme doit être neutre envers la religion, que ce soit en sa faveur ou en sa défaveur ; 5) enfin, le programme doit assurer aux parents la possibilité d'avoir un accès réel à des écoles non religieuses.

<sup>151</sup> Pour la Cour, eu égard aux critères posés, « le programme de l'Ohio est entièrement neutre concernant la religion. Il offre directement des avantages à un large éventail d'individus, définis uniquement selon des critères financiers et selon le lieu de résidence dans un district scolaire particulier. Il permet à ces personnes d'exercer un authentique choix parmi des options publiques et privées, séculaires ou religieuses. Le programme est par conséquent un véritable programme de choix privé », *ibid.*, p. 662.

sont octroyés. Il y a là une nouvelle marque du modèle américain, dans lequel la réalisation du bien public s'apprécie par principe à partir de l'expression de la pluralité sociale, et non d'un intérêt collectif défini de manière transcendante et *a priori*.

Cependant, les critères ici posés pour évaluer la constitutionnalité des dispositifs d'incitation financière en matière éducative ne règlent pas tous les débats juridiques.

### (c) La portée de *Zelman* et les débats actuels

La jurisprudence *Zelman v. Simmons-Harris* ne met pas fin aux discussions. En effet, et puisque l'éducation est du domaine des États fédérés, il est indispensable de tenir compte des constitutions correspondantes et de leurs dispositions applicables.

S'il est évidemment impossible d'être exhaustif, certaines tendances lourdes doivent être soulignées. En pratique, nombre d'États possèdent dans leur constitution des dispositions ayant pour conséquence de restreindre le choix scolaire, le plus souvent sous la forme d'une interdiction explicite des aides financières à l'éducation religieuse. Cette prohibition fut mise en place pour des raisons historiques à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, suite à l'afflux d'immigrants catholiques dans un pays presque exclusivement protestant. Ces ordonnances sont connues sous le nom générique d' « amendement Blaine », du nom d'un Sénateur de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> qui, pour bloquer les revendications des catholiques, proposa une modification constitutionnelle excluant les subventions publiques pour tout projet à vocation religieuse. Ayant échoué dans la procédure de ratification fédérale, l'amendement fut très largement adopté par les États dans des formes assez proches, limitant le financement des écoles confessionnelles.

C'est dans ce cadre que les juridictions dans les différents États ont tantôt validé<sup>152</sup>, tantôt invalidé<sup>153</sup>, des programmes d'incitation financière au choix scolaire. De ce fait, la question se pose de la compatibilité entre, d'une part, la Constitution fédérale telle qu'interprétée aujourd'hui de façon relativement favorable par la Cour suprême dans

---

<sup>152</sup> La constitutionnalité de tels dispositifs a été reconnue en Arizona par la Cour suprême de l'État dans la décision *Kotterman v. Killian*, 972 P. 2d 606 (Ariz.), cert. Denied, 528 U.S. 921 (1999). Une solution similaire a été retenue en Illinois, notamment avec la décision *Griffith v. Bower*, 319 Ill. App. 3d 993 (5th district), app. Denied, 195 Ill. 2d 577 (2001) que la Cour suprême de l'État a refusé d'analyser.

<sup>153</sup> *A contrario*, la décision significative semble être celle de la Cour suprême de Floride, État dans lequel le *school choice* fait office de pratique pionnière aux États-Unis. Dans une décision *Bush v. Holmes*, No. SC04-2323 (2006), la Cour a déclaré inconstitutionnel le programme conçu comme devant favoriser le plus grand choix scolaire aux États-Unis. Sur les effets de cette jurisprudence, v. Brad Kahn, *Bush v. Holmes: School Vouchers and State Constitutions*, *N.U.Y. J. Legis. & Pub. Pol'y*, vol. 9, 2005 – 2006, pp. 833 – 845.

l'hypothèse ouverte par *Zelman* et, d'autre part, les dispositions souvent restrictives dans les États. En conséquence, d'autres précisions devront être données pour apprécier la portée des mécanismes incitatifs visant à favoriser le choix scolaire, ce que la Cour suprême a commencé à faire dans une décision *Locke v. Davey*<sup>154</sup>.

En définitive, il faut dépasser une controverse qui est très fréquemment présentée à travers les seules évolutions concernant les *school vouchers*, et adopter une vision plus large, c'est-à-dire sur tous les instruments du choix scolaire aux États-Unis. À ce sujet et nonobstant les fluctuations du droit applicable, le mouvement est en faveur de l'accentuation de ce choix, ce qui ouvre à une synthèse et à une comparaison intéressante avec le cas français.

### 3) Synthèse comparée sur l'éducation

Contrairement à la protection sociale, les instruments financiers dans le domaine éducatif aux États-Unis restent encore relativement limités, bien que des tendances fortes soient indéniables. La cause principale semble résider dans le fait que le système éducatif est largement public même s'il est décentralisé, et qu'il ne peut dès lors rapidement basculer dans une logique privée complète.

Une évaluation de la situation doit prendre en compte deux éléments supplémentaires. Tout d'abord, la nature publique d'une grande partie de l'éducation ne doit pas cacher une grande disparité découlant de règles scolaires et de programmes différents à l'intérieur même de chaque État. Cette absence d'unité éducative, véritable « mosaïque »<sup>155</sup>, joue en faveur du développement du choix scolaire. Par ailleurs, ce mouvement ne peut se comprendre dans son ensemble qu'en prenant en compte les évolutions juridiques qui y sont liées, notamment le développement exponentiel des écoles à charte (*charter schools*). On retrouve la force de l'intérêt privé dans ces mécanismes qui offrent une alternative claire au schéma éducatif traditionnel. L'exemple américain met à jour le modèle d'un État qui ne se retire pas *stricto sensu* de l'éducation, mais dont le rôle évolue sensiblement étant donné des particularités initiales déjà prégnantes. Il définit certaines orientations plurielles, mais se dégage

---

<sup>154</sup> 540 U.S. 712 (2004). Le problème juridique était le suivant : qu'advient-il de la constitutionnalité d'un programme de choix scolaire dans un État qui, en application de sa Constitution, exclurait de son bénéfice les écoles religieuses ? Une telle exclusion peut-elle être considérée comme violant la décision *Zelman* ? La question a été posée à la Cour suprême dans cette affaire, dans laquelle l'État de Washington avait mis en place un système de bourses, mais avait exclu de son bénéfice les étudiants poursuivant un cursus en théologie. La Cour a reconnu la constitutionnalité de cette exclusion.

<sup>155</sup> Malie Montagutelli, *Histoire de l'enseignement aux États-Unis*, Belin, coll. Histoire de l'éducation, 2000, p. 7.

partiellement de l'organisation et de la gestion quotidienne du système, fonctions qu'il laisse aux paliers locaux, tout à la fois en partenariats et en concurrence avec des acteurs privés désireux de prendre une part significative dans ce qui devient un marché éducatif. En cela, l'évolution de l'éducation outre-Atlantique se comprend encore une fois dans un système pluraliste au sein duquel les intérêts privés jouent un rôle primordial, ouvrant une comparaison avec son homologue français.

Les questions qui se posent outre-Atlantique restent limitées en France et n'impliquent pas les mêmes problèmes juridiques, notamment compte tenu de la structure institutionnelle de l'éducation. Ainsi, le rôle unificateur de l'État à travers le rôle historique de l'Éducation Nationale reste solide, et semble encore interdire une pénétration des acteurs privés dans sa conduite, surtout par le biais des instruments financiers mis à jour ci-dessus<sup>156</sup>.

Il faut conclure au terme de ces développements sur les mécanismes financiers ici abordés qu'il s'agit de puissants instruments incitatifs au service des gouvernements. Cette remarque unitaire ne doit néanmoins pas cacher le fait que leur utilisation des deux côtés de l'Atlantique obéit à des réalités et à des objectifs distincts, qu'il convient d'appréhender dans la continuité des deux modèles de coordination sociale mis à jour précédemment. Encore une fois la perspective comparative est pleine d'intérêt, et il faut l'approfondir en abordant l'autre domaine fondamental concernant les questions financières, à savoir le budget. Si, contrairement aux autres moyens d'action publique, la comparaison entre la France et les États-Unis aboutit à constater des similitudes, cela n'empêche pas de confirmer les conclusions théoriques effectuées précédemment sur les dissemblances entre leurs deux expériences.

## Section 2) Le budget et la performance

Si l'étude change d'échelle avec les préoccupations sur le budget<sup>157</sup>, elle n'en est pas moins décisive. En effet, étant au cœur de l'État et donc de l'action publique, le budget et sa réforme constituent des éléments décisifs des évolutions liées à la gouvernance.

---

<sup>156</sup> La question ainsi posée est celle, classique dans cette étude, du régulateur social.

<sup>157</sup> C'est le budget fédéral qui sera ici objet de l'étude.

D'un point de vue comparatif, les bouleversements en la matière laissent entrevoir une originalité qui, à première vue, étonne. Contrairement aux autres instruments pour lesquels des dissimilarités majeures existent entre les États-Unis et la France, il semble qu'ici les expériences soient assez semblables. Cela n'est finalement pas si étonnant puisque les États sont tous soumis, d'une part, aux mêmes contraintes, notamment celle de la « maîtrise des dépenses publiques et des déficits »<sup>158</sup> et, d'autre part et corrélativement, à l'objectif général de passer selon une expression classique d'une logique de moyens à une logique de résultats. Ce parallélisme pose néanmoins des questions quant aux conséquences de ces évolutions, car il faut avoir à l'esprit que la réforme budgétaire constitue la première face d'une pièce qu'il faut aborder avec la seconde dont elle est indissociable, la réforme de l'État<sup>159</sup>. À ce titre, la nouvelle réglementation française issue de la loi organique du 1<sup>er</sup> août 2001 relative aux lois de finances (LOLF) est certes un événement important pour les finances publiques mais, en tant que « levier de la réforme de l'État »<sup>160</sup>, elle interroge aussi et surtout le rôle de l'État autour de l'idée centrale de performance, c'est-à-dire « la capacité à atteindre des objectifs préalablement fixés »<sup>161</sup>. Tout dépendra des buts qui seront fixés, et ce compte tenu de la place qui est ou sera reconnue à l'action publique dans la coordination sociale. La question qui se trouve posée est celle de l'éventuelle diminution de la décision politique au profit de critères économiques liés à la rationalité budgétaire, ce qui ne manquerait pas d'avoir des conséquences sur la façon de penser le bien public, particulièrement en France.

Pour avancer dans sa résolution, il convient de commencer par exposer de manière comparative comment la logique de la performance s'est intégrée dans la problématique

---

<sup>158</sup> Henri Guillaume, Guillaume Dureau et Franck Silvent, *Gestion publique. L'État et la performance* (préf. A. Lambert et D. Migaud), Presses de Sciences Po et Dalloz, coll. Amphithéâtre, 2002, pp. 26 – 27. Les auteurs ajoutent que les finalités des mouvements actuels, outre cet élément prépondérant, consistent aussi, d'une part, à « l'amélioration de la qualité des services publics et de l'efficacité des politiques publiques » et, d'autre part, à « la volonté de rendre plus transparente l'action des administrations et de renforcer le contrôle démocratique sur la gestion publique », p. 27. Les auteurs démontrent par une approche comparative que c'est l'ensemble des pays, au moins des pays riches présentant des caractéristiques proches, qui a été et est concerné par ces mutations. Pour une autre perspective comparée (entre les expériences canadienne, anglaise, américaine et suédoise), v. Jacques Bourgault, Les réformes budgétaires de type managérial : observations chez quelques précurseurs, *RFAP*, n° 117, 2006, pp. 69 – 83.

<sup>159</sup> Dans ses dimensions interne et externe, pour reprendre ce que soulignait Daniel Mockle dans *La gouvernance, le droit et l'État*, Bruxelles, Bruylant, coll. Mondialisation et droit international, 2007. Ici apparaît clairement l'idée que la réforme des administrations publiques, aspect interne, est consubstantielle à la réforme de l'action publique, aspect externe. V. *supra*, note 3 p. 205.

<sup>160</sup> Éric Gristi, *La réforme de l'État*, Vuibert, coll. Public droit, 2007, p. 346. Comme l'auteur le relève, la problématique de la réforme de l'État n'est pas nouvelle, mais son rapprochement récent avec la réforme budgétaire pourrait aboutir à des résultats importants, pp. 252 – 256. V. aussi sur ce lien Frank Mordacq, *La réforme de l'État par l'audit*, L.G.D.J., coll. Systèmes, 2009.

<sup>161</sup> Glossaire du Ministère de l'Économie et des Finances (Minéfi), *La démarche de performance : stratégie, objectifs, indicateurs. Guide méthodologique pour l'application de la LOLF* (document disponible sur le site Internet du Ministère), 2004, p. 49.

budgétaire des deux pays qui intéressent cette recherche (§1), puis s'interroger autour de ce nouveau référent sur les suites de ces mouvements en ce qui concerne les questions liées à l'action publique et donc à la gouvernance (§2).

### §1. La mise en place de la performance budgétaire

Pour comprendre les similitudes entre les deux pays, et surtout en appréhender par la suite les conséquences sur la gouvernance, il est nécessaire d'étudier la genèse de la problématique de la performance dans le budget d'abord aux États-Unis (A), dans la mesure où cette expérience a précédé les récentes réformes françaises (B).

#### A. Aux États-Unis

Les États-Unis ont eu depuis longtemps la volonté de mettre en place un budget axé sur des objectifs précis (1), mais c'est la période récente qui a permis de faire un pas décisif dans cette direction (2).

##### 1) Les fondements

Les relations institutionnelles particulières entre le Congrès et le Président (a) permettent de mieux comprendre les réformes récentes (b).

##### (a) Présentation synthétique du processus budgétaire américain

Le budget fédéral américain s'insère dans un jeu institutionnel entre les pouvoirs marqué par leur opposition<sup>162</sup>. Cela a des conséquences importantes et permet de révéler un réel particularisme par rapport à la France. Il est traditionnel en France depuis 1958 de souligner que, si le budget est issu du jeu des relations entre l'exécutif et le législatif, et que c'est ce dernier qui a la charge finale de le voter, cela n'en reste pas moins une présentation quelque peu théorique. En effet, depuis cette date et au moins jusqu'en 2001<sup>163</sup>, c'est l'exécutif qui a joué un rôle prépondérant en la matière. Or, les choses sont différentes outre-

---

<sup>162</sup> Séparation dite « stricte » des pouvoirs.

<sup>163</sup> Il s'agit en effet là d'un des objectifs majeur de la LOLF, v. *infra*, pp. 318 et s.

Atlantique<sup>164</sup>, où le Congrès a cette fois de manière bien réelle le dernier mot, sauf veto du Président<sup>165</sup>. Dès lors, si ce dernier établit lui-même un projet de budget, et même si ce document a pu, notamment au cours du XX<sup>e</sup> siècle, prendre une importance véritable, c'est bien historiquement et encore plus aujourd'hui le Congrès qui a les coudées franches<sup>166</sup>.

En pratique, les choses s'organisent aujourd'hui de la façon suivante. Le Président doit présenter un projet de budget à l'attention du Congrès, document qui marque le point de départ des discussions<sup>167</sup>. Depuis 1974, le pouvoir législatif a retrouvé une grande liberté puisqu'il fait ce qu'il veut du projet présidentiel. Quelle que soit sa décision, c'est-à-dire qu'il suive ou non les orientations de l'exécutif, le Congrès adopte son propre texte au régime juridique particulier<sup>168</sup>, la résolution budgétaire (*Budget resolution*), qui sera la base de toute la suite d'une procédure qui fait la part belle aux commissions et sous-commissions compétentes en son sein. L'adoption finale du budget, autre spécificité américaine, se fait de manière très précise et non groupée, et n'est par conséquent effective qu'à la fin de tout un processus marqué par le rôle déterminant du pouvoir législatif<sup>169</sup>.

C'est dans le cadre des relations ici résumées que l'idée de la mise en place d'un budget axé sur les résultats est apparue nécessaire aux États-Unis, et a fait son chemin pour prendre à l'heure actuelle une place centrale. Il faudra cependant toujours garder à l'esprit l'originalité du jeu institutionnel pour avoir une vision complète des débats.

#### (b) Les premiers pas de la performance budgétaire

L'introduction du critère de performance dans le budget, c'est-à-dire le passage à une logique de résultats et l'abandon de la logique de moyens dans laquelle il est très souvent difficile de se servir du budget pour mettre en œuvre des politiques publiques précises, est un

---

<sup>164</sup> D'une manière générale, v. Élisabeth Zoller, Les pouvoirs budgétaires du Congrès des États-Unis, *RFFP*, n° 86, 2004, pp. 267 – 308.

<sup>165</sup> Qui reste toutefois exceptionnel en la matière, le consensus étant recherché. Comme le souligne Philippe Lauvaux, les États-Unis sont une démocratie du compromis, *Les grandes démocraties contemporaines*, PUF, coll. Droit fondamental, 3<sup>e</sup> éd., 2004, en synthèse p. 252.

<sup>166</sup> Une grande loi de 1974, le *Congressional Budget Act*, a clairement remis le pouvoir législatif sur le devant de la scène. En détails, v. Élisabeth Zoller, Les pouvoirs budgétaires du Congrès des États-Unis, *op. cit.* Dans un rapport présenté au Sénat, Joël Bourdin soulignait d'ailleurs en 2001 que l'information budgétaire du Congrès aux États-Unis est autrement plus importante qu'en France, symbole là encore d'un jeu institutionnel historiquement différent ; *Rapport sur l'information économique aux États-Unis*, n° 326, session 2000 – 2001.

<sup>167</sup> Jacques Bourgault, Les réformes budgétaires de type managérial, *op. cit.*, p. 75.

<sup>168</sup> Ce n'est pas une loi ; dès lors, le Président n'a pas à la promulguer et ne peut donc mettre son veto.

<sup>169</sup> L'exemple américain démontre que le rôle du pouvoir législatif en la matière est le fruit d'une tradition institutionnelle, ce qui implique un long chemin pour la France dans l'optique d'atteindre l'un des objectifs majeurs de la réforme de 2001, à savoir redonner son sens au contrôle parlementaire.

processus particulier. Comme le souligne Damien Catteau, la volonté politique n'est pas suffisante, car cela requiert d'un point de vue technique « deux séries de mesures »<sup>170</sup>. D'une part, « la mise en place d'un système de budgétisation orientée par les résultats »<sup>171</sup> et, d'autre part, « des outils de mesure de la performance »<sup>172</sup>. Partant de là, il faut garder en mémoire que, si l'objectif de performance n'est pas une idée neuve, la mise en place pratique du système budgétaire correspondant n'est pas aisée. Le cas américain offre un bon exemple des obstacles en la matière.

La volonté de modifier l'action publique pour la rendre plus efficace est ancienne<sup>173</sup>. L'exemple le plus connu est le système du *Planning-programing-budgeting system (PPBS)* mis en place au début des années 1960. Il était censé permettre de budgétiser non pas à partir de la reconduction des crédits anciens mais des besoins réels et clairement définis au préalable. Toutefois, le contexte de fortes augmentations de l'interventionnisme public n'était pas alors propice à la réussite de telles idées. C'est par la suite que ces principes ont progressé, notamment grâce aux perfectionnements connus dans la présentation du budget. Ainsi, dans la loi précitée de 1974, le Congrès a mis en place les bases d'une classification fonctionnelle qui a obligé à réfléchir en termes de missions et de programmes, et non simplement de dépenses. Cette obligation a concerné la résolution budgétaire adoptée par le Congrès mais aussi le budget que doit lui présenter le Président, plus précisément les informations complémentaires qu'il doit fournir pour expliquer ses propositions globales. Eu égard aux deux éléments techniques caractérisés plus haut par Damien Catteau, la loi de 1974 a certes posé les bases d'une nouvelle réflexion, mais elle n'a posé que la première pierre à l'édifice. Il manquait certains éléments déterminants au succès de ces mesures, notamment une réelle volonté politique de recherche de la performance axée sur des buts définis au préalable et susceptibles, d'un point de vue technique, d'être évalués *a posteriori*. La présentation fonctionnelle était nécessaire mais insuffisante pour instaurer un changement profond. L'échec du *PPBS* démontre que le processus allait être long et sinueux<sup>174</sup>, devant lier volonté politique affirmée et mise en œuvre technique précise.

---

<sup>170</sup> Damien Catteau, *La LOLF et la modernisation de la gestion publique. La performance, fondement d'un droit public financier rénové* (préf. X. Vandendriessche), Dalloz, coll. Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2007, p. 33.

<sup>171</sup> *Ibid.*

<sup>172</sup> *Ibid.*

<sup>173</sup> V. Henri Guillaume, Guillaume Dureau et Franck Silvent, *Gestion publique, op. cit.*, p. 25

<sup>174</sup> Jacques Bourgault retient que « la réforme budgétaire axée sur les résultats, véritable défi culturel, prend du temps (trente ans) à s'implanter », Les réformes budgétaires de type managérial, *op. cit.*, p. 83.

C'est à partir des années 1980 qu'apparaîtra une réflexion globale voulant sortir de manière claire d'une logique de moyens. Une grande réforme entreprise au début de la décennie suivante va donner un élan décisif au budget axé sur la performance aux États-Unis, en mettant en avant un très large mouvement de transformation du gouvernement fédéral basé sur ce critère.

## 2) Les perfectionnements récents

Les années 1990 vont définitivement mettre sur le devant de la scène la volonté de réformer en profondeur l'action du gouvernement fédéral et, ce faisant, de faire de la performance le leitmotiv de celle-ci (a). Si les dispositifs ne prévoyaient pas directement que le budget serait axé sur ce critère, il n'y avait plus qu'un pas à franchir, ce qui est effectif depuis l'administration de George W. Bush (b). Il faut toutefois tenir compte du particularisme institutionnel américain au moment d'apprécier les réels effets de ces changements et, notamment, leurs limites (c).

### (a) Le tournant lié à la réforme du gouvernement fédéral

À partir de 1990, différents efforts vont être accomplis pour déboucher, *in fine*, sur une volonté claire d'instituer un budget axé sur la performance. Parmi d'autres réformes, qu'il faut comprendre dans le contexte de la remise en cause de l'interventionnisme public issu du *New Deal*<sup>175</sup>, il convient de citer le *Chief Financial Officers Act* de 1990, qui lance véritablement le mouvement en obligeant les 24 plus grandes agences à créer un poste de *Chief Financial Officer* afin de contrôler les comptes. Cet aspect sera étendu en 1994 par le *Government Management and Reform Act*, obligeant les agences à faire des audits internes. Entre temps fut adopté en 1993 pendant le premier mandat de l'administration Clinton ce qui peut être considéré comme le cœur du dispositif, le *Government Performance and Results Act (GPRA)*<sup>176</sup>. Ce texte a imposé aux agences fédérales de préparer leurs budgets en fonction de programmes basés sur des objectifs définis au préalable et quantifiables, et de transmettre ces données tant au Président qu'au Congrès.

---

<sup>175</sup> Il faut appréhender ces réformes avec les mouvements précédemment mentionnés ayant eu pour conséquence de modifier en profondeur le travail des agences fédérales, *supra* pp. 230 et s.

<sup>176</sup> Lancé en parallèle des réflexions menées autour de la *National Performance Review (NPR)* puis du *National Partnership for Reinventing Government (NPRG)* afin de modifier en profondeur l'action du gouvernement fédéral. Ces textes sont clairement inspirés du *New public management*. V. *supra*, note 3 p. 205.

Ces changements, surtout le *GPRA*, ont eu en commun de modifier le sens de l'action des agences en les obligeant désormais à évaluer, mesurer et reporter l'ensemble de leurs activités. Il leur a fallu faire évoluer la culture budgétaire et décisionnaire d'une logique de moyens à une logique de résultats. C'est en partant de là qu'il a été possible de mettre en place un véritable budget axé sur la performance.

(b) Le lien entre la performance et le budget

Il faut souligner que les dispositifs précédemment évoqués ne concernaient pas directement la question de la nomenclature budgétaire. Il n'y avait pas de lien direct entre les résultats obtenus de l'évaluation du travail des agences et la budgétisation<sup>177</sup>. Le seul texte vraiment pertinent en la matière était le *GPRA* de 1993, qui prévoyait l'obligation pour le Président de présenter son budget en incluant un plan global de performance utilisant les données transmises par les agences.

En pratique, l'évaluation des performances et des résultats de l'action des agences fédérales n'a été véritablement reliée à la budgétisation qu'après 2001 sous l'impulsion de l'administration de George W. Bush. Cette date marque le véritable point de départ du budget axé sur la performance aux États-Unis. Désormais, le budget tel qu'il est élaboré par le pouvoir exécutif tient directement compte de ce critère qui en est le prisme<sup>178</sup>. L'élément technique cardinal dans ce cadre, outre l'approfondissement d'une présentation déjà ancienne autour du diptyque missions / programmes<sup>179</sup>, est la mise en place corrélative d'un système d'évaluation et de notation des résultats des politiques publiques en fonction des objectifs fixés, le *Program Assessment Rating Tool (PART)*. C'est en fonction des réponses à environ 25 questions posées que l'évaluation a lieu<sup>180</sup>. Commencée il y a quelques années, elle est aujourd'hui terminée<sup>181</sup>. Il reste à en apprécier les résultats.

---

<sup>177</sup> Comme le disait en 2001 un rapport du Sénat, « ces profondes réformes ont été réalisées sans modifications importantes des procédures juridiques et budgétaires », Rapport d'information de M. Gérard Braun, *Étude comparative portant sur la réforme de l'État à l'étranger, fait au nom de la commission des finances*, n° 348, 31 mai 2001, p. 39.

<sup>178</sup> C'est l'*Office of Management and Budget (OMB)* qui est l'organe compétent au niveau fédéral pour assister le Président dans cette tâche.

<sup>179</sup> Établi à partir de la loi de 1974, *supra* p. 314.

<sup>180</sup> Les détails peuvent être consultés sur le site Internet de la Maison blanche.

<sup>181</sup> *Ibid.* Plus des 2/3 des résultats sont bons ou satisfaisants. *A contrario*, 1/5<sup>e</sup> des programmes est considéré comme inefficace.

### (c) Les limites propres au système américain

Comment se place le dispositif américain ici résumé à la lumière des critères indispensables à la mise en place d'une véritable budgétisation par la performance<sup>182</sup> ? En l'espèce, le problème ne paraît concerner aujourd'hui ni la volonté politique, ni l'existence des deux séries de mesures techniques, mais plutôt leur prise en compte commune dans l'élaboration finale du budget. En effet, il faut bien voir que l'évaluation budgétaire par la performance ne concerne que le projet présenté par le Président. Or, la structure institutionnelle américaine faisant du Congrès l'organe décisif en la matière, ce dernier est libre de suivre ou non les propositions présidentielles. On considère traditionnellement et fort logiquement qu'une même majorité au Capitole et à la Maison Blanche tendra à faire du budget présidentiel un document qui sera plus étudié que dans le cas contraire. Mais, même dans ces hypothèses de convergence politique, c'est le compromis entre les pouvoirs qui est toujours central aux États-Unis, de telle sorte que le problème se pose à un niveau plus général, à savoir la non prise en compte directe et concrète de la performance par le Congrès. C'est pourquoi Jacques Bourgault retient qu'un des obstacles à surmonter au succès sur le long terme du *GPRA* est « le processus institutionnel d'adoption traditionnelle du budget qui survit toujours aujourd'hui »<sup>183</sup>. En clair, le Congrès reste encore souvent ancré dans une logique de moyens<sup>184</sup>, ce qui peut limiter la force et la portée des évolutions liées au nouveau cadre budgétaire présidentiel. Il est toutefois logique de penser que la situation devrait évoluer compte tenu des enjeux essentiels en la matière.

Ces éléments, propres au système outre-Atlantique, montrent que l'introduction de la performance dans la logique des finances publiques procède d'un long cheminement, et fait appel à des équilibres originaux. Ils démontrent aussi que la mise en place d'un tel système révèle des liens substantiels avec la réforme de l'État et de l'action publique. Ces enseignements sont importants à l'heure d'étudier l'expérience française qui découle de la réforme récente de la LOLF.

---

<sup>182</sup> Damien Catteau, *La LOLF et la modernisation de la gestion publique*, *op. cit.*

<sup>183</sup> Jacques Bourgault, Les réformes budgétaires de type managérial, *op. cit.*, p. 77.

<sup>184</sup> Jacques Bourgault ajoute que « les rapports entre les agences et le Congrès ne se nouent pas en termes de coûts et performance. Les agences, pour maximiser leur budget, continueront à porter leur attention sur leurs besoins, base sur laquelle le Congrès travaille encore », *ibid.*, p. 77.

## B. En France

La réforme de la LOLF marque de manière significative l'introduction de la performance dans la réflexion française sur les finances publiques<sup>185</sup>. Pour le comprendre, il faudra d'abord présenter ce texte dans ses grandes lignes (1), puis s'intéresser plus spécifiquement à ses dispositions les plus significatives en ce domaine (2).

### 1) Cadre général de la LOLF

La mise en place de cette loi organique a été un travail de longue haleine. Malgré les défauts de l'ordonnance de 1959 qui régissait auparavant la matière, de nombreuses tentatives de réforme échouèrent. Seulement deux aboutirent, mais sur des points de détails<sup>186</sup>. Toutefois, au tournant des années 2000, un large consensus se forma autour de la nécessité de modifier la situation en profondeur suivant deux grands objectifs.

Tout d'abord, instaurer une transparence de l'information budgétaire propre à permettre un contrôle étroit du Parlement. À ce sujet, l'ordonnance de 1959, reflétant l'esprit de la Constitution de 1958, avait redonné toute sa place à l'exécutif suite aux dérives des décennies passées. Les équilibres avaient changé quarante ans plus tard. Il s'agissait maintenant d'engager un processus inverse et de redonner de l'importance à l'initiative, à l'information et au contrôle parlementaires. L'autre objectif était de mettre en place une logique de performance de l'action publique. Ce second but a consisté à abandonner la traditionnelle logique de moyens qu'illustrait l'ordonnance de 1959 dans le contexte interventionniste de l'époque, et qui s'attachait à ne considérer que le montant des crédits alloués. À rebours de ce « cadre théorique très keynésien »<sup>187</sup>, c'est une culture de résultat qui a été privilégiée, définie en fonction d'objectifs clairement identifiés *a priori* et susceptibles d'évaluations régulières. Cet accent mis sur la performance rejaillit sur le premier objectif car,

---

<sup>185</sup> Il n'est pas ici possible d'entrer dans le détail du droit budgétaire ou même du dispositif de la LOLF. Pour une vue d'ensemble, v. Michel Bouvier, Marie-Christine Esclassan et Jean-Pierre Lassalle, *Finances publiques*, Manuel L.G.D.J., 9<sup>e</sup> éd., 2008. Concernant plus spécifiquement la seconde question, l'ouvrage de Damien Catteau est utile puisqu'il reprend en détails tout le système, en évalue les mérites et les (quelques) limites, *La LOLF et la modernisation de la gestion publique*, *op. cit.* Pour une approche moins technique, v. André Barilari et Michel Bouvier, *La LOLF et la nouvelle gouvernance financière de l'État*, L.G.D.J., coll. Systèmes – Finances publiques, 2<sup>e</sup> éd., 2007.

<sup>186</sup> Pour une approche historique, v. Lucile Tallineau, Quarante ans de propositions de réforme de l'ordonnance du 2 janvier 1959, *RFFP*, n° 73, 2001, pp. 19 – 29.

<sup>187</sup> André Barilari et Michel Bouvier, *La LOLF*, *op. cit.*, p. 16.

avec la LOLF, les parlementaires ne débattent plus uniquement sur les crédits mais aussi sur les stratégies et les objectifs des politiques publiques.

La recherche de la performance n'est pas totalement nouvelle en France. Mais, comme le *PPBS* américain sur lequel elle se fondait, la rationalisation des choix budgétaires (RCB) à partir des années 1960 avait tenté sans succès d'expérimenter une méthode pour contrôler les résultats de l'action administrative par des études d'analyse de système et de coût-efficacité. La LOLF marque de ce fait un tournant décisif, et sa logique tend à irradier toute l'action de l'État. C'est notamment le cas pour la gestion des comptes de la sécurité sociale avec l'adoption en 2005 de la Loi organique relative aux lois de financement de la sécurité sociale, qui introduit une même démarche entre objectifs et résultats.

Le critère placé au cœur de ces évolutions qui doit être approfondi est évidemment celui de la performance<sup>188</sup>.

## 2) La déclinaison de la performance dans le budget

Pour évaluer la réalité d'une budgétisation par les résultats, en plus de la volonté politique et de la nécessaire acclimatation des parlementaires à cette nouvelle logique<sup>189</sup>, il faut se rappeler de ses deux grands principes constitutifs au niveau technique, à savoir la mise en place duale d'un nouveau cadre budgétaire et des outils de mesure correspondants.

En ce qui concerne le premier élément et afin d'orienter le processus autour de la finalité des dépenses, le budget depuis 2006 est structuré en trois niveaux. Il s'établit par mission, définie comme « un ensemble de programmes concourant à une politique publique définie »<sup>190</sup>, et qui dessine les grands domaines des politiques de l'État. Ces missions rassemblent donc des programmes au sein desquels les différentes actions seront menées<sup>191</sup>. Le programme « regroupe les crédits destinés à mettre en œuvre une action ou un ensemble cohérent d'actions (...) auquel sont associés des objectifs précis, définis en fonction de finalités d'intérêt général, ainsi que des résultats attendus et faisant l'objet d'une

---

<sup>188</sup> Pour Damien Catteau, il « constitue le dénominateur commun à l'ensemble des volets de la réforme budgétaire », *La LOLF et la modernisation de la gestion publique, op. cit.*, p. 29.

<sup>189</sup> Matthieu Conan pouvait souligner en 2006 certaines difficultés à ce sujet ; La loi organique relative aux lois de finances n'entrera totalement en vigueur qu'en 2007, *RDP*, 2006, n° 1, pp. 31 – 36.

<sup>190</sup> Article 7 (I) de la LOLF.

<sup>191</sup> Il existe une trentaine de missions, regroupant plus de 130 programmes, eux-mêmes constitués d'environ 600 actions.

évaluation »<sup>192</sup>. Le programme est placé au cœur du nouveau schéma puisque c'est à son niveau « qu'est explicitée clairement la politique publique envisagée en termes de finalités, de responsabilités mais aussi de résultats à atteindre »<sup>193</sup>. Il « représente la clef de la réforme dès lors que posant en principe une budgétisation des crédits par objectifs, il conduit les décideurs publics, politiques ou gestionnaires, à cesser de raisonner strictement en termes de moyens »<sup>194</sup>. Le caractère central du programme se révèle notamment par le fait que, là où la mission peut relever de plusieurs ministères, le programme, lui, est rattaché à un ministère et un seul, ce qui permet de mieux l'évaluer.

La nouvelle architecture formelle du budget fait place à une véritable logique de résultats qui, toutefois, ne peut être réellement efficace qu'à la seule condition d'y adjoindre des moyens de mesure et d'évaluation. À ce sujet, la LOLF a aussi innové en prévoyant un système de fixation d'objectifs mesurables par des indicateurs qui permettent d'en jauger le degré de réalisation. Par exemple, un objectif peut être l'amélioration de la qualité d'un service. Pour l'expertiser, un ou plusieurs indicateurs doivent être définis. Cela passera, par exemple, par la définition de paramètres de qualité comme les délais de réponse ou de traitement des dossiers, la disponibilité des agents, etc.<sup>195</sup>. Sans entrer dans tous les détails techniques, il faut souligner que cette démarche de la performance et de l'évaluation se matérialise par deux séries de documents. Les objectifs fixés sont récapitulés dans des plans annuels de performance (PAP) annexés à la Loi de Finances de l'année. En cours d'exécution, c'est-à-dire lors du vote de la Loi de Règlement, d'autres documents, les rapports annuels de performance (RAP), sont eux aussi présentés et annexés au projet correspondant<sup>196</sup>. De ce fait, les comparaisons sont possibles<sup>197</sup>.

Au final, la France paraît avoir rapidement comblé son retard sur les États-Unis, puisqu'elle a mis en place les deux éléments techniques susceptibles de créer une véritable dynamique. Le grand bouleversement dans les finances publiques tient dans la fixation d'objectifs précis qui impliquent, dans la forme, une transformation en profondeur de la

---

<sup>192</sup> Article 7 (I) de la LOLF.

<sup>193</sup> Damien Catteau, *La LOLF et la modernisation de la gestion publique*, op. cit., p. 51.

<sup>194</sup> André Barilari et Michel Bouvier, *La LOLF*, op. cit., p. 26.

<sup>195</sup> Exemple tiré de *La démarche de performance*, op. cit., pp. 25 – 26.

<sup>196</sup> En détails, v. Éric Gristi, *La réforme de l'État*, op. cit., p. 358.

<sup>197</sup> Il convient de noter que c'est du niveau central que doit partir l'ensemble du dispositif d'évaluation, car il est le seul à même d'impulser des véritables changements en créant ce qu'un auteur a qualifié de façon imagée de « cascade de performance », Sylvie Trosa, *Le guide de la gestion par programmes. Vers une culture de résultats*, éd. d'Organisation, coll. Service public, 2002, p. 89.

présentation des comptes et, dans le fond, une modification substantielle de la façon de penser l'État et la manière de gouverner qui rejaillit sur les questions au centre de la gouvernance<sup>198</sup>.

## §2. La portée pour la gouvernance

Les développements comparatifs qui précèdent ont visé à synthétiser les évolutions budgétaires ayant récemment touché les États-Unis puis la France. En mettant à jour les débats qui affleurent sur le thème de l'action publique (A), il est maintenant possible d'en tirer certains enseignements comparatifs pour les questions liées à la gouvernance (B).

### A. Le dépassement des questions budgétaires

Après un parallèle entre les processus budgétaires tels que mis à jour dans le paragraphe précédent (1), il faudra démontrer comment la perspective d'une transformation en profondeur de l'action publique prend corps de manière unitaire dans tous les pays soumis à la logique de la performance, et donc notamment en France dans la continuité de la logique de la LOLF (2).

#### 1) Un comparatif budgétaire à dépasser

Comme la France, les États-Unis sont soumis à une même vague de fond marquée par la mise en place d'un nouveau cadre budgétaire. Si les similarités sont réelles, il est même possible de penser que la France semble approfondir l'expérience américaine. En effet, le principal obstacle auquel sont confrontés les États-Unis, qui est d'ordre institutionnel en ce qu'il découle des relations entre les pouvoirs, ne se pose pas vraiment en France. Car, si un objectif fondamental de la LOLF a été de redonner de l'importance au Parlement, encore faut-il souligner que les relations entre les pouvoirs n'impliquent pas en France les mêmes conséquences quant à l'existence d'un budget axé sur les résultats. En d'autres termes,

---

<sup>198</sup> Sur la pénétration de la logique de la performance dans les finances publiques, notamment avec la réforme constitutionnelle de juillet 2008 qui a créé la notion de « loi de programmation des finances publiques », v. Michel Bouvier, Constitutionnalisation de la programmation pluriannuelle des finances publiques, *LPA*, n° 254, 19 décembre 2008, pp. 50 – 52.

l'exécutif reste central dans un jeu institutionnel marqué par une démocratie de compétition<sup>199</sup>. Est-ce alors à dire que la France est en avance sur les États-Unis ?

L'essentiel en ce qui concerne cette recherche n'est finalement pas là<sup>200</sup>. Il ne s'agit pas de s'arrêter sur le processus budgétaire en tant que tel, mais plutôt de voir ce qui transparait à travers lui concernant la réforme de l'État et donc la gouvernance. L'essentiel consiste par conséquent à interroger le contexte de ces bouleversements. C'est à ce titre que l'expérience américaine est intéressante.

## 2) Réforme budgétaire et réforme de l'État

Le débat tel qu'il se pose (a) peut être illustré par la perspective américaine (b).

### (a) Le débat sur la compatibilité entre performance et droit public

Les réformes attachées à la LOLF doivent être comprises comme une avancée significative d'une perspective plus large liée à la modernisation de l'État<sup>201</sup>. Alain Lambert soulignait le caractère dual du processus, en retenant que « nos sociétés modernes ne peuvent se soustraire à une réforme de l'État ; celle-ci commande préalablement une réforme de la procédure budgétaire et de la gestion publique »<sup>202</sup>. Cela est tout à fait logique : puisque les finances publiques sont une des branches du droit public, aussi est-il impossible de séparer la LOLF des évolutions historiques quant au rôle de l'État<sup>203</sup>. La reformulation du processus de

---

<sup>199</sup> V. l'idée déjà mentionnée de Philippe Lauvaux, *Les grandes démocraties contemporaines, op. cit.*

<sup>200</sup> Il faut d'ailleurs noter que les États-Unis ne sont pas considérés comme référence sur la question des réformes budgétaires, mais plutôt placés au sein d'une tendance générale en la matière dans tous les pays de l'OCDE. C'est le Canada qui fait le plus souvent œuvre de pionnier. V. Conseil d'analyse économique, rapport d'Edward Arkwright (*et al.*), *Économie politique de la LOLF*, La Documentation française, 2007. La caractéristique des États-Unis est que le processus semble s'inscrire « le plus dans la durée », p.73.

<sup>201</sup> Michel Bouvard aborde ensemble tant ce qui concerne la fonction publique que les politiques publiques ; La mesure de la performance, *RFFP*, n° 91, 2006, pp. 31 – 38.

<sup>202</sup> Alain Lambert, préface à l'ouvrage d'Henri Guillaume, Guillaume Dureau et Franck Silvent, *Gestion publique, op. cit.*, p. 11. V. ce qui a été dit plus haut par Daniel Mockle sur cette question, dans *La gouvernance, le droit et l'État, op. cit.*

<sup>203</sup> Pascal Jan synthétise ce qu'il y a « derrière » toutes ces réformes, à savoir une refonte de l'État-providence, et donc de l'action publique. Il s'agit de « Moderniser la gestion publique, tout d'abord. Au-delà des changements affectant le contenu et les procédures d'autorisations budgétaires, il s'agit plus fondamentalement de faciliter une transition : celle de l'État-providence à la gloire passée, voire dépassée à un État gestionnaire, managérial, dont le souci est de maintenir un niveau suffisant de prestations publiques dans le respect d'une rigueur budgétaire bien pensée qui trouve sa traduction dans l'efficacité de la dépense. L'État doit intervenir mais le plus efficacement possible, en ciblant ses priorités. Le déficit est admis mais dans une certaine mesure. Pour éviter tout dérapage, une saine gestion des finances publiques passe nécessairement par une saine gestion des politiques publiques. Encore faut-il les identifier clairement. C'est tout l'intérêt et tout le sens du nouveau droit budgétaire

décision au sein de ce dernier est consubstantielle à la LOLF, de sorte que la réforme des finances publiques ouvre à celle de l'État.

Ce lien logique étant acquis, la question qui se pose alors est celle de savoir dans quelle direction la réforme de l'État s'orienterait-elle en France avec la logique de la LOLF ? En d'autres termes, y a-t-il en filigrane de la recherche de performance, qui en elle-même n'est pas inédite<sup>204</sup>, « une nouvelle culture politique ou bien au contraire un effacement du politique »<sup>205</sup>, c'est-à-dire à « un nouveau contrat social »<sup>206</sup> ? S'il ne faut pas trancher à l'heure actuelle de manière trop catégorique, force est de constater que la LOLF introduit des principes qui peuvent paraître peu compatibles avec les fondements du droit public français. Ainsi, l'objectif de résultats fait prévaloir une « logique d'entreprise »<sup>207</sup>, ce qui ne manque pas d'interroger sa concordance avec le droit financier et donc le droit public qui est d'abord un « droit politique qui relève de la tradition démocratique »<sup>208</sup>. Le danger de la LOLF consiste à valoriser une logique purement économique ou « managériale »<sup>209</sup> faites par des experts de la rentabilité et de l'évaluation<sup>210</sup>, et ce au détriment de choix politiques effectués par les représentants du peuple. En d'autres termes, la croyance dans une éventuelle « autorégulation des finances publiques »<sup>211</sup> ne risque-t-elle pas de prendre le pas sur la recherche politique du bien public ? Jean-François Calmette souligne qu'avec la notion de performance, c'est l'analyse économique du droit d'origine américaine et les théories du *Public choice* qui sont intégrées dans le droit français comme vecteurs de mesure de l'action

---

tel qu'il résulte de la LOLF du 1<sup>er</sup> août 2001 », La loi organique du 1<sup>er</sup> août 2001 relative aux lois de finances ou l'entrée en scène de la culture de performance et de résultat, *LPA*, n° 146, 25 juillet 2005, pp. 6 – 12, ici p. 7.

<sup>204</sup> En effet, comme le démontre Anthony Cheung, il paraît difficile de soutenir que la quête d'efficacité liée à la performance est nouvelle. Ainsi, « le modèle bureaucratique wébérien suppose l'importance capitale de l'efficacité et de la rationalité » ; La compréhension des réformes du secteur public : tendances mondiales et questions diverses, *RISA*, vol. 63, n° 4, 1997, pp. 513 – 537, ici p. 528. Le critère déterminant concerne par conséquent les contextes politiques et idéologiques dans lesquels ces réformes sont soutenues. La question ne touche pas la référence à l'efficacité *sui generis*, mais plutôt l'efficacité dans quel but ?

<sup>205</sup> Michel Bouvier, Mutations des finances publiques et crise du pouvoir politique, *RFFP*, n° 79, 2002, pp. 241 – 258, ici p. 254.

<sup>206</sup> Michel Bouvier, éditorial au numéro 100 de la *RFFP*, 2007, Inventer une nouvelle gouvernance financière publique : fonder l'État du 21<sup>e</sup> siècle, pp. 3 – 5, ici p. 4.

<sup>207</sup> Michel Bouvier, Nouvelle gouvernance et philosophie de la loi organique du 1<sup>er</sup> août 2001 : aux frontières du réel et de l'utopie, in A. Sedjari (dir), *Administration, gouvernance et décision publique*, L'Harmattan, coll. Espace et territoires, 2004, pp. 319 – 345, ici p. 319.

<sup>208</sup> *Ibid.*, p. 338. V., Jacques Caillosse, Le droit administratif contre la performance publique ?, *AJDA*, n° 3, 20 mars 1999, pp. 195 – 211.

<sup>209</sup> Conseil économique et social, *Économie politique de la LOLF*, *op. cit.*, p. 9.

<sup>210</sup> Thème qui soulève bien des controverses, notamment dans le monde universitaire. V. *Revue du Mauss*, L'université en crise : mort ou résurrection ?, *La Découverte*, n° 33, 2009, spéc. pp. 141 – 184.

<sup>211</sup> Michel Bouvier (*et al.*), *Finances publiques*, *op. cit.*, p. 38.

publique<sup>212</sup>. Michel le Clainche retient quant à lui que « la filiation de la LOLF avec le ‘nouveau management public’ et la référence aux pays de l’OCDE peuvent renforcer la crainte d’une réforme résolument néo-libérale »<sup>213</sup>. Dans un contexte marqué tant par un encadrement européen croissant que par l’importance grandissante de l’autonomie des collectivités locales, la rationalité de la LOLF questionne le passage vers un autre modèle, marqué par « une révision radicale du périmètre de l’État »<sup>214</sup>.

Pour revenir au cœur de ce travail, tous ces mouvements n’impliquent-ils pas, au rebours de la tradition française, un processus général tendant à la diminution d’une régulation sociale par l’État au profit du marché ? Bien qu’il soit impossible de répondre catégoriquement à ces questions aujourd’hui, l’approche comparative est utile pour interroger les évolutions actuelles et celles auxquelles le modèle français pourrait être confronté.

#### (b) La situation américaine

Dès le départ, il faut rappeler que l’accent était mis outre-Atlantique sur la réforme du gouvernement fédéral autour du retour des idées libérales. Le *GPRA*, fortement lié aux théories du Nouveau management public, a été conçu comme une pierre essentielle de l’édifice tendant à transformer en profondeur l’action publique fédérale telle que conçue historiquement sous le *New Deal*. Il faut également se souvenir de manière symptomatique que la circulaire A-76, dont il a été dit précédemment qu’elle était un important dispositif ayant permis un accroissement significatif des délégations, est issue d’un approfondissement de ces mêmes travaux, tout comme d’ailleurs ce qui concerne l’encadrement de la production réglementaire des agences<sup>215</sup>. L’expérience américaine a donc été particulière eu égard à sa méfiance vis-à-vis de tout interventionnisme public excessif. D’ailleurs, les « concepteurs des réformes (budgétaires) n’étaient pas tant intéressés par une refonte de la nomenclature que par une réflexion sur l’utilité de la dépense publique »<sup>216</sup>. Dans les débats sur la mise en place d’un budget axé sur les résultats, les États-Unis ont d’abord et avant tout ciblé la recherche sur

---

<sup>212</sup> Jean-François Calmette, La loi organique relative aux lois de finances (LOLF) : un texte, un esprit, une pratique, *RFAP*, n° 117, 2006, pp. 43 – 55, surtout pp. 45 – 46.

<sup>213</sup> Michel le Clainche, Introduction, *RFAP*, n° 117, 2006, pp. 5 – 10, ici p. 7.

<sup>214</sup> *Ibid.* Jean-Pierre Lassale retient avec force l’idée qu’à la LOLF est lié un véritable changement du rôle de l’État ; De l’État-administratif à l’État-stratège, *RFFP*, n° 73, pp. 87 – 91. C’est également l’idée qui ressort du rapport de 2007 du Conseil économique et social, *Économie politique de la LOLF*, *op cit.* (en synthèse, v. pp. 8 – 9).

<sup>215</sup> Sur le *GPRA*, v. *supra* note 3 p. 205. Sur la circulaire A-76, v. *supra* note 214 p. 250 ; et sur l’*Executive Order* 13422, v. note 109 p. 231.

<sup>216</sup> Rapport de Gérard Braun, *Étude comparative portant sur la réforme de l’État à l’étranger*, *op. cit.*, p. 39.

la nécessité de limiter les coûts financiers. Cet exemple est donc atypique : c'est la volonté de maîtriser les dépenses et son corollaire, la limitation et la réforme du gouvernement fédéral, qui ont été fondamentales à l'origine et qui le restent aujourd'hui, beaucoup moins la généralisation d'une budgétisation par la performance censée replacer cette action publique au cœur d'une régulation sociale par l'État<sup>217</sup>.

Les États-Unis ne sont pas la France. Néanmoins, la question qui se pose actuellement en France prend sa source dans les similitudes constatées dans la recherche de la performance dans les deux pays. D'ailleurs, les mêmes motifs budgétaires sont à la base des démarches de modernisation de l'État et du secteur public dans la quasi-totalité des pays de l'OCDE. S'il n'existe « aucun modèle unique de réforme »<sup>218</sup>, encore faut-il remarquer qu'« une convergence évidente se dessine »<sup>219</sup> autour de l'idée de « 'désétatisation' »<sup>220</sup>. La « face cachée de la LOLF et la stratégie des effets 'dominos' »<sup>221</sup> serait-elle en définitive une sorte de Cheval de Troie de la gouvernance américaine, alors que jusqu'ici l'étude a laissé voir des différences significatives quant aux façons de concevoir l'action publique ? Si la tradition française fait *a priori* pencher la balance vers une réponse négative, encore faut-il évaluer certaines transformations en cours qui pourraient profondément en modifier les équilibres et rapprocher la France de la « convergence » internationale mentionnée ci-dessus.

## B. Perspectives pour la gouvernance en France

Dans le cadre du projet de réforme de l'État<sup>222</sup>, et afin d'apporter quelques éléments de réflexion à la problématique précédemment posée, il faut mettre l'accent sur un dispositif récemment mis en place en France, la Révision générale des politiques publiques (RGPP) (1), et ce notamment compte tenu des mesures concrètes déjà prises (2).

---

<sup>217</sup> Jacques Bourgault a ainsi pu soutenir que « La plus grande avancée du processus budgétaire américain est l'information qu'il permet d'obtenir », *Les réformes budgétaires de type managérial, op. cit.*, p. 78.

<sup>218</sup> Conseil économique et social, *Économie politique de la LOLF, op. cit.*, p. 63.

<sup>219</sup> *Ibid.*

<sup>220</sup> *Ibid.* Le rapport précise que ce mouvement a lieu « à travers la décentralisation de compétences aux collectivités locales, la déconcentration des décisions au sein de l'État, la délégation de gestion aux opérateurs et la privatisation ». En détails sur les expériences étrangères, pp. 63 et s.

<sup>221</sup> Philippe Bezes, Le tournant néomanagérial de l'administration française, in O. Borraz et V. Guiraudon (dir.), *Politiques publiques. La France dans la gouvernance européenne*, t. 1, Presses de Sciences Po, 2008, pp. 215 – 254, ici p. 229. En détails, du même auteur, *Réinventer l'État. Les réformes de l'Administration française (1962 – 2008)*, PUF, 2009.

<sup>222</sup> Éric Gristi, tout en mettant l'accent sur la RGPP, retient trois autres outils de réforme : les stratégies ministérielles de réforme (SMR), les contrats pluriannuels de modernisation ou de performance, et les audits de modernisation, *La réforme de l'État, op. cit.*, pp. 256 – 264. V. aussi Frank Mordacq, *La réforme de l'État par l'audit, supra* note 160.

## 1) L'exemple topique de la Révision générale des politiques publiques

La LOLF est le premier étage de la réforme de l'État. Il faut maintenant se pencher sur certains éléments actuels liés à cette mutation, qui permettent d'avancer dans la recherche et de colorer quelque peu la neutralité apparente de la réforme de 2001. À ce titre, il convient de se focaliser sur une nouvelle approche mise en œuvre à partir de juillet 2007<sup>223</sup>, la Révision générale des politiques publiques (la RGPP)<sup>224</sup>.

La question qui se pose est celle de savoir comment la réforme de l'État est globalement envisagée. Cette RGPP affiche trois grands objectifs. Il s'agit, d'abord, d'adapter les politiques publiques aux besoins des citoyens ; ensuite, de valoriser le potentiel humain de l'administration ; enfin, de dégager des marges de manœuvre pour financer les priorités. Les travaux déjà effectués ont débouché sur de nombreuses mesures inscrites dans la loi de programmation des finances publiques 2009 – 2012<sup>225</sup>, promulguée le 9 février 2009.

La finalité du dispositif doit être interrogée au-delà des buts généraux annoncés, tant elle contient un aspect normatif important susceptible d'influencer directement les questions liées à la gouvernance. Pour s'en convaincre, il est utile de se référer au schéma général dans lequel cette réforme s'intègre. Organisée autour de sept questions, c'est bien le périmètre de l'action publique qui est interrogé, confortant l'idée que « la nouvelle approche ne s'interdit pas de remettre en cause des politiques publiques »<sup>226</sup>. La question numéro 4 est intéressante pour la recherche, puisqu'elle paraît presque présenter le recours à des personnes privées comme la norme en matière de réalisation des objectifs des politiques publiques. Il semble en découler la tendance suivante : c'est maintenant à l'État d'apporter la preuve que les personnes publiques sont les mieux à même d'accomplir certaines missions.

Il faut en conséquence comprendre la RGPP au sein d'une pénétration toujours plus importante d'une rationalité gestionnaire liée à une diminution des dépenses publiques<sup>227</sup>, qui

---

<sup>223</sup> André Barilari souligne à ce propos que « la RGPP, si elle n'est pas formellement prévue dans le cadre de la LOLF, est induite par la même demande et se nourrit de ses premières avancées », Quelques questions autour de la RGPP, *RFFP*, n° 102, 2008, pp. 155 – 159, ici p. 156. Pour Michel Bouvier, il s'agit d'« une réforme de l'État dans la continuité de la réforme du système financier », La révision générale des politiques publiques et la métamorphose de l'État, *AJDA*, n° 7, 25 février 2008, pp. 329 – 333, ici p. 330.

<sup>224</sup> V. à ce sujet le dossier spécial du numéro 102 de la *RFFP*, étant précisé qu'il s'agit souvent d'articles de hauts fonctionnaires associés au processus. De manière approfondie, il est aussi utile de se référer au site Internet consacré à cette RGPP : <http://www.rgpp.modernisation.gouv.fr/>.

<sup>225</sup> V. *supra*, note 198.

<sup>226</sup> V. André Barilari, Quelques questions autour de la RGPP, *op. cit.*, p. 157.

<sup>227</sup> V. Michel Bouvier, Constitutionnalisation de la programmation pluriannuelle des finances publiques, *op. cit.* Pour Philippe Bezes, la RGPP traduit « la domination des visions budgétaires et financières », Le tournant néomanagérial de l'administration française, *op. cit.*, p. 236.

se concrétise notamment par une valorisation croissante de la contractualisation entre personnes publiques en fonction d'objectifs définis au préalable<sup>228</sup>. Il y a là un possible retournement important de la tradition française, d'autant plus réel que les objectifs de la RGPP rappellent sur le papier ceux du *GPRA* américain et des développements afférents, tant en ce qui concerne la production de normes que la gestion publique d'activités<sup>229</sup>. N'y a-t-il pas qu'un pas à franchir pour passer dans un mode de régulation sociale dans lequel le marché serait dorénavant la norme ?

Pour y voir clair, il est nécessaire de se pencher sur les premiers résultats du dispositif.

## 2) Les premières décisions concrètes

Présenté au début du mois de décembre 2008, le premier rapport d'étape de la mise en œuvre des 400 décisions prises dans le cadre de la RGPP constitue un bilan complet de l'avancement des réformes<sup>230</sup>. Il a été suivi d'un deuxième rapport, dévoilé le 13 mai 2009<sup>231</sup>.

Mettant l'accent sur les nécessaires économies à réaliser ainsi que la rénovation du service public dans l'intérêt des citoyens<sup>232</sup>, c'est la fonction publique qui est la première concernée. Le Président de la République insiste régulièrement depuis 2007 sur la diminution selon lui nécessaire des effectifs. La mesure phare tendant à ne pas remplacer un fonctionnaire sur deux partant à la retraite est un signe fort des transformations à venir<sup>233</sup>. Par ailleurs, différents changements peuvent déjà être remarqués en ce qu'ils accentuent l'implication du secteur privé dans les activités de services publics autour du principe du recentrage de chaque ministère sur son cœur de métier<sup>234</sup>. Pour ce qui concerne le cœur de l'État, il est par exemple prévu pour le Ministère de la Justice d'augmenter les modes alternatifs de règlement des conflits (MARC), notamment l'arbitrage, mais aussi de déjudiciariser certaines matières<sup>235</sup>.

---

<sup>228</sup> Sont ici surtout visés les contrats pluriannuels de modernisation ou de performance mentionnés *supra*, note 222. La fonction publique est aussi directement chamboulée par cette logique.

<sup>229</sup> V. *supra*, pp. 324 – 325.

<sup>230</sup> V. [http://www.rgpp.modernisation.gouv.fr/fileadmin/user\\_upload/1erRapportEtapeRGPP.pdf](http://www.rgpp.modernisation.gouv.fr/fileadmin/user_upload/1erRapportEtapeRGPP.pdf)

<sup>231</sup> V. [http://www.rgpp.modernisation.gouv.fr/fileadmin/user\\_upload/RE2\\_RGPP\\_130509.pdf](http://www.rgpp.modernisation.gouv.fr/fileadmin/user_upload/RE2_RGPP_130509.pdf)

<sup>232</sup> L'objectif d'économie est très présent comme justification des mouvements actuels. Pour un exemple significatif, v. l'article de François-Daniel Migeon, La RGPP, un cadre de réforme structurant au service d'une maîtrise durable de la dépense publique, *RFFP*, n° 102, 2008, pp. 167 – 174.

<sup>233</sup> Sur les conséquences concernant le droit de la fonction publique, v. Didier Jean-Pierre, La privatisation du droit de la fonction publique, *JCP A*, n° 29, 15 juillet 2003, pp. 973 – 978.

<sup>234</sup> Les données qui suivent sont issues du site Internet précité, <http://www.rgpp.modernisation.gouv.fr/>, rubrique « suivre les actions », qui ouvre aux mutations dans chaque ministère.

<sup>235</sup> La gestion des prisons par des personnes privées ayant récemment été favorisée. V. *supra*, pp. 265 – 266.

De même, pour les Ministères de l'Intérieur ou de la Défense, il est prévu de supprimer ou d'externaliser les activités considérées comme annexes<sup>236</sup>.

Sans multiplier les exemples<sup>237</sup>, le plus important consiste à interroger le sens global de ces changements. N'y a-t-il pas là, à terme au moins, les germes d'une évolution vers le modèle américain ? Il faut *a priori* retenir que les bouleversements restent encore partiels<sup>238</sup> et ne changent pas le cœur du modèle français basé sur l'importance de la prise en charge par l'État de la chose publique<sup>239</sup>. Il y aurait donc réforme de l'administration sans réforme de l'État<sup>240</sup> ou, pour être plus précis, évolution de la régulation sociale par l'État sans révolution. Néanmoins et même sans volonté de conclure définitivement en la matière, il est évident que les mouvements actuels initiés autour de la question de la performance et de la rentabilité financière interrogent le cœur du modèle français<sup>241</sup>. La doctrine ne s'y est pas trompée. Michel Bouvier a pu remarquer qu'il semble s'agir avec la RGPP d'une « réelle rupture avec le mode d'État administratif connu jusqu'alors »<sup>242</sup>, pendant que Gérard Timsit y voit une « révolution culturelle comme masque d'une révolution économique néoconservatrice »<sup>243</sup>, c'est-à-dire « Une révolution, sans doute – mais au sens exact du mot révolution : un retour aux origines – celles de l'État libéral »<sup>244</sup>. Plus concrètement encore concernant le droit public, Jacques Caillosse relève qu'« on voit mal comment la RGPP en tant que discours et pratiques juridiques pourrait aboutir sans une déconstruction concomitante du vieux droit administratif et sa valorisation du public »<sup>245</sup>.

---

<sup>236</sup> La police et la gendarmerie, par exemple, vont connaître des suppressions de postes au cours des prochaines années, alors que l'implication des entreprises de sécurité privée semble toujours plus favorisée. Pour une synthèse récente sur ces questions, v. « Les policiers s'inquiètent d'une privatisation de la sécurité alors que leurs effectifs baissent », *Le Monde*, 19 décembre 2008, p. 10.

<sup>237</sup> Dans la continuité des dérogations croissantes à la carte scolaire, le Ministère de l'Éducation nationale est lui aussi concerné par des réformes. V. *infra*, p. 424.

<sup>238</sup> C'est la conclusion de Luc Rouban, Réformer l'État : pourquoi et pour quoi ?, in P. Tronquoy (dir.), *La réforme de l'État*, Cahiers français, n° 346, La Documentation française, 2008, pp. 3 – 7, surtout p. 6.

<sup>239</sup> Christopher Pollitt pouvait encore récemment affirmer que l'expérience française « diverge de façon significative du modèle du Nouveau management public », Convergence or Divergence: What Has Been Happening in Europe, in C. Pollitt, S. van Thiel et V. Homburg, *New Public Management in Europe: Adaptation and Alternatives*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2007, pp. 11 – 25, ici p. 13.

<sup>240</sup> Sur les effets de la RGPP, v. François Lafarge, La révision générale des politiques publiques : sa méthode et ses finalités, in P. Tronquoy (dir.), *La réforme de l'État*, *op. cit.*, pp. 22 – 26, not. p. 24.

<sup>241</sup> De manière synthétique sur ces débats, v. P. Tronquoy (dir.), *La réforme de l'État*, *op. cit.*

<sup>242</sup> Michel Bouvier, La RGPP et la réforme de l'État, *op. cit.*, p. 333.

<sup>243</sup> Gérard Timsit, La réforme de l'État. Le choix de la focale, in *Terres du droit : mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009, pp. 175 – 186, ici p. 185

<sup>244</sup> *Ibid.*, p. 186.

<sup>245</sup> Jacques Caillosse, Le « public » du droit administratif. Une catégorie juridique pour l'action publique, in *Terres du droit*, *op. cit.*, pp. 383 – 407, ici p. 398.

Ce mouvement marque donc potentiellement le glissement progressif du contrat social républicain français au contrat social libéral américain, et la transformation parallèle d'un droit public français entendu comme droit de la chose publique.

## Conclusion chapitre 2 et Titre I

L'étude des instruments financiers d'action publique, et particulièrement des mécanismes incitatifs, confirme celle menée au niveau strictement juridique. En effet, l'utilisation exponentielle aux États-Unis de ces dispositifs dans des secteurs qui touchent à des fonctions essentielles à la société démontre qu'il s'agit de faire du marché le cœur de la régulation sociale.

L'étude du budget révèle, quant à elle, la lame de fond qui accompagne le développement des préoccupations liées à la performance. Il y a là une logique qui travaille les modèles en profondeur et qui est susceptible d'engendrer de profonds changements, particulièrement en France.

En définitive, les mutations de l'action publique à travers l'augmentation des solutions concertées et participatives ne peuvent être comprises et évaluées qu'en application d'un référent particulier, celui de la conception du droit public entendu comme le droit du bien public. Il est difficile de séparer les deux aspects, sauf à n'aborder les débats que par un prisme théorique et partiel.

En pratique, l'étude avalise l'hypothèse que le système américain, traditionnellement proche du concept de « bonne gouvernance » et de ce qu'il implique concernant les rapports entre l'État et le marché, fait des intérêts privés la matrice de l'action publique. À ce titre, si le *New Deal* a ouvert la voie à un accroissement de l'interventionnisme public sur la société, il n'en reste pas moins, d'une part, qu'il a été encastré dans le particularisme américain et, d'autre part, que les évolutions contemporaines amènent à considérer cette période comme une parenthèse dans l'histoire américaine. Cela découle directement du précepte que l'État n'est pas une institution qui doit mener la société vers un but précis pour le bien de tous.

*A contrario*, la vision française est incompatible avec les caractéristiques américaines, si bien que son droit public limite et adapte la logique de la gouvernance aux exigences françaises concernant la chose publique. Il y a alors évolution, mais pas révolution<sup>246</sup>. Cela

---

<sup>246</sup> Conformément à ce qui avait été annoncé *supra* note 2, pp. 204 – 205, et compte tenu de la prééminence de ces débats outre-Atlantique, les développements qui précèdent ont surtout concerné les rapports de l'État avec les personnes privées. Il semble cependant possible de voir la même logique du système français derrière la contractualisation croissante entre entités publiques ; il y aurait alors, encore une fois, évolution mais pas révolution. À ce propos, Jacques Chevallier peut relever que « le mouvement de contractualisation (...) ne supprime pas la logique de contrôle sous-jacente aux rapports que l'État entretient avec les collectivités

permet d'expliquer pourquoi le Conseil d'État n'a pas manqué de relever la nécessité de tempérer la promotion du « tout contractuel »<sup>247</sup>. Cette mise en garde dépasse le risque d'un recours trop important et sans encadrement à ce mécanisme<sup>248</sup>, et débouche plus fondamentalement sur une critique de l'utilisation du terme « contrat »<sup>249</sup> qui, dans le modèle français, ne doit pas faire croire que l'État se place comme un simple arbitre du jeu social.

Les débats sur la gouvernance démontrent un caractère foncièrement pratique et évolutif, et posent de manière renouvelée la question du rôle et du devenir du droit public au sein de la problématique de la régulation sociale. Il ne faut pourtant pas en rester là, car la méthode consistant à interroger l'évolution de l'État reste finalement liée à une appréhension traditionnelle des rapports sociaux. Il paraît nécessaire de déplacer la recherche en interrogeant comment la gouvernance modifie également les rapports des individus à la collectivité au travers du thème de la citoyenneté.

---

territoriales (...) ou les établissements publics (...), et le statut de la fonction publique constitue une limite structurelle à la contractualisation des rapports avec les agents », Conclusion, in B. Basdevant-Gaudemet (dir.), *Contrat ou Institution : un enjeu de société*, L.G.D.J., coll. Systèmes – Droit, 2004, pp. 183 – 186, ici p. 186. Yves Jégouzo interroge les mêmes mouvements et relève que « le contrat serait une 'tutelle intelligente' », permettant de « substituer à la tutelle une forme souple de contrôle », L'administration contractuelle en question, in *Mouvement du droit public. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, pp. 543 – 556, ici pp. 552 – 553. Pour Jean Waline, encore, il faut se demander si les contrats entre l'État et les collectivités ne seraient pas, en fait, « une forme assez sophistiquée d'une tutelle qui serait exercée » par le premier sur les secondes, Les contrats entre personnes publiques, *RFDA*, n° 2, 2006, pp. 229 – 234, ici p. 233. Olivier Gohin a pu résumer la situation à « la forte présence contraignante de l'acte unilatéral de l'État dans la définition des rapports entre collectivités publiques. Comment s'en étonner ? Ce n'est là, après tout, que la manifestation du caractère d'abord unitaire d'une République par ailleurs décentralisée », Loi et contrat dans les rapports entre collectivités publiques, *CCC*, n° 17, 2004, pp. 148 – 160, ici p. 157. Cela démontre, au demeurant, les tensions et les ambiguïtés entre le mouvement de décentralisation et certains des fondements les plus profonds du modèle français. En synthèse sur cette problématique, v. Jean-Bernard Auby, *La décentralisation et le droit*, L.G.D.J., coll. Systèmes droit, 2006, en résumé pp. 149 – 150.

<sup>247</sup> EDCE, *Le contrat, op. cit.*, p. 251.

<sup>248</sup> Dans son éditorial, Jean-Marc Sauvé plaide pour « un encadrement de son développement », *ibid.*, p. 9.

<sup>249</sup> Ainsi parle-t-il de sa « conviction que l'abus du vocable 'contrat', quand il ne serait pas le signe d'une manœuvre, révèle une lacune dans le langage et même dans la pensée juridiques », *ibid.*, p. 251. Le Conseil d'État insiste sur le fait que « Penser la société du contrat suppose en amont des concepts et une terminologie claire et communément acceptée », et propose de différencier entre « contrat » et « convention » eu égard aux effets juridiques différents, p. 252. V. aussi Laurent Richer, La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques, *AJDA*, n° 19, 19 mai 2003, pp. 973 – 975.

## TITRE II) La gouvernance et les transformations de la citoyenneté

Les différentes significations de la citoyenneté renvoient à son importance dans les sociétés démocratiques. Dominique Schnapper en recense trois<sup>1</sup>. Elle a, d'abord, un sens juridique, puisque le citoyen est un sujet de droits civils et politiques<sup>2</sup>, et donc globalement de droits fondamentaux<sup>3</sup>, tout en étant aussi redevable d'obligations. Ensuite, elle est au centre de la légitimité politique, autrement dit du rapport entre gouvernants et gouvernés. Enfin, elle est la source du lien social, c'est-à-dire du rapport des individus à la collectivité.

Il résulte de la citoyenneté « toute la conception de l'organisation politique, et notamment la démocratie »<sup>4</sup>, mais aussi « un certain modèle de rapports entre l'individu et la collectivité, sous-tendu par le ressort du civisme »<sup>5</sup>. Elle est au cœur de la question sociale, en permettant à l'individu de rester libre tout en acceptant de vivre en collectivité selon des règles auxquelles il participe et auxquelles il accepte de se soumettre. En d'autres termes, « Si le citoyen est distinct de l'homme, c'est qu'une conversion – plus ou moins considérable selon les philosophes – doit rendre compte du primat des intérêts collectifs, ou du bien général, sur l'intérêt particulier »<sup>6</sup>.

Ces généralités énoncées, il n'en reste pas moins, conformément à l'approche générale de cette recherche, que parler de citoyenneté dans les démocraties modernes ne peut se résumer à une seule et même histoire. Dans le prolongement de cette étude comparative, l'expérience américaine met à jour des particularités qui démontrent une dissemblance quant à son appréhension de la notion. Cela n'est pas sans conséquences pour un mouvement lié à la gouvernance dont l'effet est globalement d'opérer le passage du citoyen au consommateur<sup>7</sup>. En ce sens, cette expérience est révélatrice de tendances et de risques potentiels qui peuvent concerner toutes les démocraties.

---

<sup>1</sup> Dominique Schnapper, *Qu'est-ce que la citoyenneté ?*, Gallimard, coll. Folio, 2000, pp. 9 – 17.

<sup>2</sup> Sur cette distinction classique, v. Georges Burdeau, *Les libertés publiques*, L.G.D.J., 4<sup>e</sup> éd., 1972, p. 10.

<sup>3</sup> V. Louis Favoreu (*et al.*), *Droit constitutionnel*, Précis Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2006, qui parlent à ce sujet de « concept générique », p. 789.

<sup>4</sup> Jacques Chevallier, Les transformations de la citoyenneté, *Regards sur l'actualité*, avril 1999, pp. 3 – 18, ici p. 4.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Lucien Jaume in *Dictionnaire de philosophie politique*, *op. cit.*, pp. 96 – 99, ici p. 96.

<sup>7</sup> V., en synthèse, Matthew Crenson et Benjamin Ginsberg, *Downsizing Democracy. How America Sidelined Its Citizens and Privatized Its Public*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2002, pp. x – xi.

Même si le Doyen Vedel pouvait relever concernant la citoyenneté que « Le contenu de la notion est plus politique et sentimental que juridique »<sup>8</sup>, ce dernier aspect est central dans le passage à la collectivité et dans l'acceptation des contraintes de la vie en société car, avant tout, l'individu devenu citoyen va se voir reconnaître des droits. Cependant, cela pose la question de savoir comment, à partir de là, assurer le lien et l'ordre social. Envisager ces derniers en fonction de l'exercice des seuls droits néglige l'importance du respect de devoirs indispensables à cette vie en société. Les droits influent sur d'autres droits, impliquant en retour certaines exigences. Ce caractère synallagmatique au cœur de l'acceptation juridique de la citoyenneté rejaillit sur ses autres significations. Il est d'autant plus important compte tenu d'une gouvernance qui tend à déstabiliser cet équilibre, en mettant l'accent sur l'individu au détriment du collectif.

Si la citoyenneté est travaillée par la gouvernance, le meilleur angle d'analyse part de ce fait d'une étude sur les droits, car c'est à partir de là qu'il est possible d'étudier les conséquences plus politiques sur la démocratie et le lien social, c'est-à-dire au final sur la construction de l'identité collective. Toutefois, étudier les droits sans étudier les devoirs reviendrait à ne regarder qu'une seule des deux faces de la même pièce de la citoyenneté<sup>9</sup>. Le basculement des premiers aux seconds permet d'ajouter à la remise en cause des droits (chapitre 1) un affaiblissement corrélatif des devoirs (chapitre 2). S'il l'un alimente l'autre, il est indispensable de distinguer ces deux aspects pour avoir une idée complète des changements actuels, et conforter l'idée que les mouvements liés à la gouvernance renvoient au cœur du modèle américain en s'opposant aux fondements de son homologue français.

---

<sup>8</sup> Georges Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Recueil Sirey, 1949 ; réédition présentée par G. Carcassonne et O. Duhamel, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2002, p. 341. Pour une approche résolument juridique de la notion de citoyenneté à partir des droits politiques, v. Anne-Sophie Michon, *La citoyenneté en droit public français*, Thèse, dact., Paris II, 2008.

<sup>9</sup> Au premier abord, les droits politiques, surtout le droit de vote, semblent favorisés par la gouvernance, puisqu'il s'agit de promouvoir l'expression des choix des citoyens. Cependant, derrière cette faveur exacerbée pour l'individu pourrait se cacher quelque chose de plus pernicieux pour la construction de la société. Cela ne peut être étudié qu'en passant des droits aux devoirs, autrement dit en interrogeant globalement la citoyenneté.

## Chapitre 1 : La remise en cause des droits fondamentaux des citoyens

L'étude des mutations de la citoyenneté suppose d'abord de s'intéresser aux droits fondamentaux des citoyens, qui impliquent une défense contre les invasions de l'État mais aussi des autres citoyens qui sont avant tout des personnes privées. Or, la gouvernance place ces dernières au centre de l'action collective, de sorte que ces droits sont confrontés à des changements qui peuvent en altérer la protection.

Pour comprendre les choses, il convient de présenter la nature du problème qui se pose aux États-Unis eu égard au recours croissant aux instruments de gouvernance précédemment étudiés. Dans ce but, il est essentiel de préciser de quoi il faut traiter en priorité compte tenu des deux problématiques soulevées outre-Atlantique. La première concerne, au sein de la doctrine des *Unconstitutional conditions*, la possibilité pour le gouvernement d'orienter par l'argent la liberté des citoyens d'exprimer leurs pensées. Ayant déjà été abordée précédemment<sup>1</sup>, c'est la seconde question qui sera ici approfondie, et qui est d'ailleurs de loin la plus courante<sup>2</sup>. Il s'agit des hypothèses de participation des intérêts privés aux délégations de la gestion d'activités telles qu'étudiées auparavant<sup>3</sup>. Eu égard au système de protection des droits fondamentaux tel qu'il découle des conceptions américaines concernant la réalisation du bien public (section 1), ce sont ces situations qui constituent de très loin le « cas d'école » en matière de remise en cause des droits des citoyens (section 2).

---

<sup>1</sup> V. *supra*, pp. 284 et s.

<sup>2</sup> Il faut souligner plusieurs points. Si le mouvement lié à la gouvernance vient favoriser les incitations financières et, ce faisant, accentuer certains dangers pour les droits fondamentaux, il ne crée pas véritablement une nouvelle situation en la matière. Par ailleurs, les mutations concernant l'évolution du budget ou la production des normes juridiques créent moins de problèmes pour les droits qu'elles n'interrogent globalement les bouleversements de la citoyenneté. *A contrario*, dans les hypothèses de délégation de la gestion d'activités, la gouvernance a des conséquences importantes sur ces droits dans la mesure où la nature des relations juridiques change. Ainsi, une relation tripartite entre le gouvernement, les citoyens, et une personne privée (le plus souvent une entreprise), se substitue à un rapport bipartite entre les deux premiers. C'est à ce titre, compte tenu des conceptions américaines, que les délégations mettent en danger les droits fondamentaux. Par conséquent, ce chapitre leur est en grande partie consacré. À ce propos, il est intéressant de relever avec Alfred Aman que, si la participation croissante des intérêts privés outre-Atlantique à la production réglementaire n'est pas réellement un problème pour les droits individuels, la raison tient au fait que les agences restent toujours présentes, de sorte qu'elles continuent à être responsables, ce qui n'est pas le cas pour les hypothèses de délégation. V. Alfred Aman, *The Democracy Deficit. Taming Globalization Through Law Reform*, NY, NY University Press, 2004, p. 89.

<sup>3</sup> V. *supra*, pp. 244 et s.

## Section 1) Au fondement du problème : la protection des droits aux États-Unis

La question qui se pose dans les hypothèses de délégations est de savoir si le changement de nature juridique du délégataire influe sur la protection des droits fondamentaux<sup>4</sup>. Pour être résolue, cette problématique doit être replacée dans une interrogation plus générale, celle du champ d'application de ces garanties protectrices, et plus particulièrement de leur applicabilité aux relations entre personnes privées<sup>5</sup>. En d'autres termes, contre qui peuvent être invoqués les droits fondamentaux ?

Issu d'une appréhension propre des rapports entre les individus et l'État<sup>6</sup> (§1), le droit américain organise par principe cette protection contre l'action publique, beaucoup moins contre l'action privée (§2).

### §1. La situation du problème : le rôle de l'État face aux droits fondamentaux

Le cœur du problème que posent les délégations aux États-Unis concernant les droits des citoyens est lié au contexte qui colore de manière singulière le rôle de l'État dans la régulation sociale. Pour l'étudier, il faut comprendre à partir d'une classification des droits (A) que les modèles français et américain répondent à deux logiques différentes (B).

#### A. La classification des droits par le prisme du rôle de l'État

Introduire à l'étendue de la protection des droits fondamentaux implique, à partir de la classification traditionnellement proposée de ces droits (1), de réfléchir par le prisme de l'implication de l'État (2).

---

<sup>4</sup> Il s'agit essentiellement aux États-Unis des garanties prévues par le *Bill of Rights*.

<sup>5</sup> Pour une présentation de cette problématique, v. Louis Favoreu (*et al.*), *Droit des libertés fondamentales*, Précis Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2007, pp. 113 – 116 et pp. 162 – 166.

<sup>6</sup> Cet élément concernant la protection des droits fondamentaux permet d'approfondir et de compléter la compréhension de la conception américaine du droit public déjà engagée à travers l'étude d'autres notions centrales comme le rôle de l'État, la souveraineté, ou la séparation des pouvoirs. En ce sens, il faut dans cette recherche appréhender toutes ces données comme un tout autour d'une vision particulière du bien public. V. *supra*, pp. 186 et s.

## 1) Classification traditionnelle des droits des citoyens

Diverses classifications ont pu exister en la matière. Une d'entre elles, bien connue, est l'œuvre du juriste allemand Georg Jellinek<sup>7</sup>, qui distinguait entre *status negativus*, *status activus* et *status positivus*.

Le *status negativus* implique de protéger les individus contre les interventions de l'État, c'est-à-dire de garantir un domaine de liberté individuelle. On est ici au cœur des revendications historiques concernant les droits de l'homme, qui visaient notamment en France au XVIII<sup>e</sup> siècle à assurer certains droits face au pouvoir arbitraire du roi. À ce sujet, c'est souvent l'expression de « droits défensifs » qui est utilisée, et qui permet de rendre compte de la réalité par une image claire. Sans établir une sorte de catalogue, il faut rappeler qu'il s'agit par exemple de garantir le droit de propriété ou la liberté de conscience.

Dans la continuité, le *status activus* permet aux citoyens de participer activement au fonctionnement de l'État et à l'activité politique au sens large du terme ; ce pourquoi on parle communément des « droits participations ». Est ici notamment visé le droit de suffrage.

Le *status positivus*, enfin, relève d'une problématique apparue historiquement plus tard. Il va s'agir cette fois non de garantir une part d'autonomie individuelle face au pouvoir de l'État, mais au contraire de considérer que ce dernier a certaines obligations envers la société, et qu'il doit pour se faire intervenir de façon effective. C'est à ce propos que l'on parle traditionnellement de droits économiques et sociaux ou encore de « droits-créances »<sup>8</sup> au profit des citoyens, comme par exemple le droit à la santé.

Sans entrer dans une litanie, il apparaît clairement, comme le disent certains auteurs, que « Les droits et libertés fondamentaux se classent en catégories en fonction de leurs rapports à l'État »<sup>9</sup>. Ce point doit être approfondi.

## 2) Le prisme du rôle de l'État

La classification qui précède, que l'on retrouve sous différentes formes dans les distinctions entre libertés négatives et positives<sup>10</sup>, entre droits civils et politiques et droits

---

<sup>7</sup> En détails, v. Louis Favoreu (*et al.*), *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 794 – 795.

<sup>8</sup> Sur cette question, v. Laurence Gay, *Les « droits-créances » constitutionnels* (préf. O. Dutheillet de Lamothe), Bruxelles, Bruylant, coll. de droit public comparé et européen, 2007.

<sup>9</sup> Louis Favoreu (*et al.*), *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 816.

<sup>10</sup> V. Isaiah Berlin, *Two Concepts of Liberty*, Oxford, Clarendon Press, 1958.

économiques et sociaux, entre droits-libertés et droits-créances, entre « droits de » et « droits à », a pour référent l'État, qui est placé au centre de la théorie des droits fondamentaux. Il en résulte qu'il peut être considéré de deux façons. D'une part, comme un tyran potentiel qu'il faut limiter, ce qui implique son encadrement au profit de la liberté des citoyens et le fait que ces derniers puissent se défendre contre ses intrusions abusives. Mais il peut aussi, d'autre part, être envisagé comme l'instrument de réalisation des droits pour le bénéfice des citoyens. Cela sous-entend alors, contrairement à l'hypothèse précédente, que lui soit reconnu la possibilité et même l'obligation d'agir.

La manière dont un système juridique aborde cette distinction est essentielle compte tenu de ses conséquences pour la protection des droits. Ainsi, « Les obligations imposées par la Constitution aux autorités étatiques impliquent généralement que celles-ci procurent à tout ou partie des droits fondamentaux un effet horizontal, en les étendant aux rapports entre individus »<sup>11</sup>, ceci valant pour « Tous les droits fondamentaux et pas seulement les droits économiques, sociaux et culturels »<sup>12</sup>. La portée de cet effet horizontal qui intéresse cette recherche va donc dépendre de la réponse donnée à la question de savoir si l'État est en quelque sorte garant des droits fondamentaux, et donc s'il peut globalement interférer sur les relations privées au nom du bien public en permettant une diffusion de ces garanties. Dans ce cadre, la reconnaissance de droits-créances est un élément essentiel. Mark Tushnet souligne à ce titre que pour évaluer l'étendue de l'effet horizontal des droits, il faut se demander « si la constitution d'une nation garantit des droits sociaux – c'est-à-dire, si la constitution prescrit un certain niveau de biens importants ainsi que leur distribution, même si ce niveau et cette distribution ne sont pas assurés par le jeu des marchés reposant sur les droits de propriété et la liberté contractuelle »<sup>13</sup>.

Si la distinction évoquée ci-dessus est essentielle au moment d'envisager quels sont les débiteurs des droits fondamentaux, il faut souligner que ces deux façons d'envisager les rapports entre l'État et ces droits ne sont pas forcément cumulatives. Tout va dépendre de la façon dont est conçu le bien public en société. Il se profile donc derrière cette potentielle dualité la problématique de la conception du rôle de l'État dans la régulation sociale et, d'une façon plus générale, la vision de la chose publique. Conformément à ce qui constitue le cœur

---

<sup>11</sup> Marc Verdussen, Sébastien Depré et Thomas Bombois, Les devoirs fondamentaux en droit constitutionnel comparé, in H. Dumont, F. Ost et S. Van Drooghenbroeck (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 261 – 291, ici p. 271.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> Mark Tushnet, *State Action, Social Welfare Rights, and the Judicial Role: Some Comparative Observations*, document disponible à l'adresse suivant : <http://ccc.uchicago.edu/docs/StateAction.pdf>, p. 15.

de ce travail, deux visions différentes apparaissent et empêchent singulièrement de réduire les expériences nationales à une pratique unique<sup>14</sup>.

## B. Les conceptions française et américaine

Il convient de présenter d'abord la vision française (1) puis américaine (2).

### 1) La conception française

Il ressort du modèle français que la réalisation du bien public a été confiée à l'État, qui dispose de moyens exorbitants du droit commun à cette fin, autrement dit des moyens de puissance publique. Aussi, en France, qualifiée par certains auteurs de « modèle d'intégration et de socialisation aux mains de la puissance publique »<sup>15</sup>, « l'État instituteur du social »<sup>16</sup> n'est pas conçu comme le vecteur principal d'atteinte aux droits fondamentaux des individus. Il est surtout pensé comme devant intervenir afin d'assurer un certain nombre de droits regardés comme essentiels en société. En d'autres termes, la chose publique, comprise comme devant être promue en vertu d'un intérêt général dépassant la somme des intérêts particuliers, doit être défendue de manière positive par son dépositaire, l'État. La tâche de sauvegarder la cohésion de la société dans le respect des droits de l'homme lui a été confiée, de sorte que la trilogie des droits décrite précédemment par Jellinek s'adapte au cas français.

C'est dans ce cadre que l'existence de « droits-créances » au bénéfice des citoyens est essentielle en France<sup>17</sup>. Il faut mentionner les prescriptions prévues par le Préambule de la Constitution de 1946, véritable « catalogue de droits économiques et sociaux »<sup>18</sup>, auquel le Conseil constitutionnel a pu reconnaître valeur constitutionnelle<sup>19</sup>. Ainsi en va-t-il notamment de son article 11, qui dispose que la Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation

---

<sup>14</sup> Pour une synthèse en droit comparé, v. Mary Ann Glendon, *Rights in Twentieth Century Constitutions*, *U. Chi. L. Rev.*, vol. 59, 1992, pp. 519 – 538.

<sup>15</sup> Michel Borgetto et Robert Lafore, *La République sociale : contribution à l'étude de la question démocratique en France*, PUF, coll. La politique éclatée, 2000, p. 228

<sup>16</sup> Pierre Rosanvallon, *L'État en France de 1789 à nos jours*, Le Seuil, coll. Points Histoire, 1990, p. 275. Il met l'accent sur le particularisme français à ce propos : « L'État ayant précédé la nation, il s'est donné pour tâche dès le XIV<sup>e</sup> siècle de la faire exister, de la produire en quelque sorte », même page.

<sup>17</sup> Mais aussi en Europe continentale. V. Laurence Gay, *Les « droits-créances » constitutionnels*, *op. cit.*

<sup>18</sup> Louis Favoreu (*et al.*), *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 794.

<sup>19</sup> *Ibid.*, pp. 863 – 877.

économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ». Le Conseil constitutionnel en a tiré la reconnaissance de l'existence du droit à la protection de la santé<sup>20</sup>, du droit à la protection sociale ou encore du droit à la solidarité nationale. D'autres dispositions dudit préambule y joignent l'affirmation du droit à l'instruction et à la culture<sup>21</sup>, ou encore du droit à l'emploi<sup>22</sup>.

L'État en France a par conséquent un rôle actif sur les droits fondamentaux. Il se voit « reconnaître le pouvoir de délimiter ces droits par des règles appropriées, voire de leur imposer d'éventuelles restrictions afin de protéger les droits d'autrui ou, au besoin, pour faire prévaloir certaines exigences d'intérêt général »<sup>23</sup>. Dans ce cadre, c'est la loi qui se voit reconnaître un rôle essentiel, comme le prévoit l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen<sup>24</sup>. Elle est, comme le rappelle le Conseil d'État, « le ciment de la société »<sup>25</sup>, et le rôle du juge est avant tout pensé comme devant se mettre à son service. Cela n'implique pas que les droits privés soient placés en position de soumission<sup>26</sup>, ou encore que l'État agisse en toute impunité<sup>27</sup>, mais bien que la loi, tempérée par des garanties constitutionnelles, opère comme un compromis bénéfique pour tous au nom de la promotion du bien public. Un exemple qui concerne la liberté contractuelle permet d'illustrer ce rôle de la loi dans la protection des droits fondamentaux. La situation est résumée par Philippe Terneyre dans les termes suivants : « 1°, la liberté contractuelle est clairement une liberté à valeur constitutionnelle parce qu'elle tire sa source de la liberté qui découle de l'article 4 de la

---

<sup>20</sup> Décision 77-92 DC du 18 janvier 1978, *Contre-visite médicale*.

<sup>21</sup> Alinéa 13 du Préambule de la Constitution de 1946, qui dispose que « la Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État ».

<sup>22</sup> *Ibid.*, alinéa 5 : « Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ».

<sup>23</sup> Philippe Gérard, Les droits de l'homme et les limites de l'individualisme : l'exemple de la liberté d'expression, in H. Dumont, F. Ost et S. Van Drooghenbroeck (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'Homme*, op. cit., pp. 153 – 170, ici p. 154.

<sup>24</sup> « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées *que par la loi* » (nous soulignons).

<sup>25</sup> EDCE, *L'intérêt général*, op. cit., p. 263.

<sup>26</sup> Comme le rappelle Jean-Bernard Auby, « les règles spéciales du droit public n'ont pas du tout systématiquement pour effet d'avantager l'administration », Le rôle de la distinction du droit public et du droit privé dans le droit français, in M. Freedland et J-B. Auby (dir.), *La distinction du droit public et du droit privé. Regards français et britanniques : une entente assez cordiale ?*, éd. Panthéon-Assas, 2004, pp. 19 – 27, ici p. 27.

<sup>27</sup> Comme le soulignait Bernard Schwartz, cette critique sur le système français est fondée chez les juristes américains « pour une large part sur la croyance que l'action administrative en France n'est pas en réalité soumise au contrôle d'une véritable juridiction », *Le droit administratif américain : notions générales*, Sirey, 1952, p. 14. Toutefois, l'auteur pouvait déjà relever que ces critiques « ont leur origine dans une fausse conception de la véritable nature des tribunaux administratifs français ». La nature matérielle du droit public hexagonal n'implique pas que la responsabilité des personnes publiques ne soit pas garantie par les tribunaux, et plus spécifiquement par les juridictions administratives, qui sont de « véritables juridictions », p. 15.

DDH ; mais, 2°, comme tous les autres droits et libertés fondamentaux à valeur constitutionnelle, la liberté contractuelle n'a pas une valeur absolue et peut donc être aménagée par le législateur ; mais, 3°, cet aménagement doit être justifié par des motifs d'intérêt général et ne doit pas aller jusqu'à dénaturer la liberté contractuelle, en particulier pour les contrats légalement conclus et en cours d'exécution »<sup>28</sup>.

Aux États-Unis, la situation n'obéit pas aux mêmes principes.

## 2) La conception américaine

Sans revenir en détails sur l'histoire américaine<sup>29</sup>, l'élément essentiel pour en cerner le particularisme en termes de droits fondamentaux consiste à souligner que la tradition libérale dont elle est en grande partie issue conditionne la situation actuelle<sup>30</sup>. L'État est traditionnellement conçu aux États-Unis comme potentiellement tyrannique, de sorte que le cœur du système américain réside dans l'autonomie personnelle et la croyance que le pouvoir est néfaste. Comme le résume de façon très directe Margaret Somers, la question centrale qui se pose outre-Atlantique est : « comment échapper à la menace perpétuelle de l'État sur la liberté individuelle ? »<sup>31</sup>. L'idée concernant les droits qui en émane tient dans le rejet de l'existence de droits positifs organisés par l'État<sup>32</sup>, ce que la Cour suprême a pu par exemple clairement affirmer dans une décision *DeShaney v. Winnebago County*<sup>33</sup>.

---

<sup>28</sup> Philippe Terneyre, Secteur public et concurrence : la convergence des principes. À propos de la liberté contractuelle, *AJDA*, n° 35, 15 octobre 2007, pp. 1906 – 1911, ici p. 1907.

<sup>29</sup> V. *supra*, pp. 157 et s.

<sup>30</sup> L'influence lockéenne est prépondérante. Pour Lucien Jaume, l'« enracinement de l'individualité permet de comprendre pourquoi le citoyen de Locke a toujours quelque chose à défendre vis-à-vis d'une souveraineté qu'il faut limiter », in *Dictionnaire de philosophie politique*, *op. cit.*, p. 99.

<sup>31</sup> Margaret Somers, Romancing the Market, Reviling the State: Historicizing Liberalism, Privatization, and the Competing Claims to Civil Society, in C. Crouch, K. Eder et D. Tambini (dir.), *Citizenship, Markets, and the State*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 23 – 48, ici p. 29. Selon Clyde Summers, « pour les Pères Fondateurs, la menace la plus importante pour la liberté était l'État et sa capacité à contrôler les individus », *The Privatization of Personal Freedoms and Enrichment of Democracy: Some Lessons from Labor Law*, *U. Ill. L. Rev.*, 1986, pp. 689 – 723, ici p. 689.

<sup>32</sup> Parmi une doctrine abondante, v. Curt Bentley, Constrained by the Liberal Tradition: Why the Supreme Court has not Found Positive Rights in the American Constitution, *B.Y.U. L. Rev.*, 2007, pp. 1721 – 1765. V. aussi Frank Cross, The Error of Positive Rights, *UCLA L. Rev.*, vol. 48, 2001, pp. 857 – 924.

<sup>33</sup> 489 U.S. 189 (1989). Dans cette affaire, la mère d'un enfant maltraité par son père accusait l'État du Wisconsin de ne pas avoir tout mis en œuvre pour protéger son fils, et notamment de ne pas avoir respecté la clause de *due process* du XIV<sup>e</sup> amendement. Interrogée sur le fait de savoir si cette clause impliquait une action positive de l'État dont le manquement serait susceptible d'en constituer la violation, la Cour relève que « rien dans les termes de la clause de *due process* n'oblige l'État à protéger la vie, la liberté, et la propriété de ses citoyens contre les invasions des personnes privées », p. 195.

La classification faite précédemment entre les différents statuts de l'individu n'a donc qu'une portée limitée aux États-Unis. L'individu n'a pas besoin de l'État<sup>34</sup>, car la société doit avoir pour principe harmonisateur la défense des droits individuels, pas leur promotion de manière active<sup>35</sup>. Il « faut préserver la société civile de l'action de l'État pour maintenir intacte sa vitalité, condition de santé de la République »<sup>36</sup>, ce qui ne manque pas de placer le juge dans une position centrale de protecteur des droits<sup>37</sup>, au détriment du législateur<sup>38</sup>. Comparé à la France, le modèle américain est bien libéral<sup>39</sup>.

Cette nécessité de tempérer l'intervention publique a par ailleurs été soutenue par des motifs proprement américains liés à la structure fédérale, qui ont permis de tempérer l'action harmonisatrice du gouvernement de Washington. Ainsi, dès sa décision *Barron v. Baltimore* de 1833<sup>40</sup>, la Cour suprême déclara expressément que le *Bill of Rights*, source fondamentale de la protection des droits individuels outre-Atlantique, était opposable au gouvernement fédéral, mais pas aux États fédérés. Après la guerre de Sécession et l'adoption des XIII<sup>e</sup>, XIV<sup>e</sup>, et XV<sup>e</sup> amendements à la Constitution fédérale, la question se posa de nouveau de savoir à qui profitait la protection instaurée principalement par le dernier de ces trois textes<sup>41</sup>. Permettaient-ils dorénavant une opposabilité des droits prévus dans le *Bill of Rights* aux

---

<sup>34</sup> V. Cass Sunstein et Stephen Holmes, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, NY, W. W. Norton & Co., 1999.

<sup>35</sup> Ce qui ne veut toutefois pas dire, d'une part, que certaines constitutions fédérées ne prévoient pas des droits positifs au bénéfice des citoyens (c'est le plus souvent le cas pour le droit à l'éducation), mais toujours de façon limitée et, d'autre part, qu'il faille comprendre la situation aux États-Unis de façon immuable et absolue. V. Dick Howard, Les droits et la Constitution. La protection judiciaire des droits sociaux en droit constitutionnel américain, *RFSP*, vol. 40, n° 2, 1990, pp. 173 – 191.

<sup>36</sup> Paul Magonette, *La citoyenneté : une histoire de l'idée de participation civique*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 236.

<sup>37</sup> V. Herman Schwartz, The Wisdom and Enforceability of Welfare Rights as Constitutional Rights, *Hum. Rts Brief*, vol. 8, 2001, pp. 2 – 3.

<sup>38</sup> Sur les rapports entre ces deux pouvoirs, v. Grant Gilmore, *The Ages of American Law*, New Haven, Yale University Press, 1977, et *supra*, p. 191.

<sup>39</sup> Comme le synthétise Michel Levinet, il y a « deux approches de la liberté : l'approche individualiste et libérale, qui veut que les droits et les libertés permettent la réalisation de l'épanouissement personnel en fonction du désir de l'homme singulier ; l'approche sociale, qui assigne une finalité sociale au droit et à l'exercice de la liberté, parce que les droits sont, selon Léon Duguit des fonctions sociales, des moyens juridiques laissés à l'individu afin qu'il participe à la solidarité nationale », *Théorie générale des droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit et justice, vol. 68, 2006, p. 22. La France relève du second cas, les États-Unis du premier, introduisant à la spécificité de la classification des droits outre-Atlantique. Il faut à ce sujet relever que l'appréhension de l'égalité entre les deux pays est différente. V. Ralph Winter, Changing Concepts of Equality: From Equality before the Law to the Welfare State, *Wash. U. L. Q.*, vol. 57, 1979, pp. 741 – 755.

<sup>40</sup> 32 U.S. 243 (1833), *Grands arrêts*, *op. cit.*, pp. 203 – 208. Il faut souligner que la portée de cette décision a été largement atténuée au XX<sup>e</sup> siècle, notamment suite à l'adoption du XIV<sup>e</sup> amendement en 1868.

<sup>41</sup> Adopté en 1868, l'amendement dispose qu' « Aucun État ne fera ou n'appliquera de loi qui restreindrait les privilèges ou immunités des citoyens des États-Unis ; ni ne privera aucune personne de vie, de liberté ou de propriété sans le bénéfice des protections dues par le droit (*without due process of law*) ; ni ne refusera à quiconque relève de sa juridiction l'égal protection des lois (*equal protection of the laws*) », trad. in *Grands arrêts*, *op. cit.*, p. 1311.

États ? La problématique fut soulevée dans les affaires dites de « l'abattoir » (*Slaughterhouse case*)<sup>42</sup>, où une loi de l'État de Louisiane était contestée par des commerçants sur le fondement d'une violation du XIV<sup>e</sup> amendement, en particulier ses dispositions concernant les « privilèges et immunités des citoyens des États-Unis ». Pour résoudre le litige, la Cour suprême distingua l'existence de deux citoyennetés, l'une fédérale, l'autre fédérée, et affirma aux yeux de l'amendement que les garanties instaurées ne concernaient que la première. Or, les privilèges et immunités dont les requérants se prévalaient étaient attachés aux yeux de la Cour à la qualité de citoyen de l'État de Louisiane, non des États-Unis. Ce faisant, elle rejeta la demande en restreignant très largement la possibilité pour les citoyens d'arguer des nouvelles dispositions pour contester des lois de leur État. Bien que la guerre de Sécession avait été menée pour assurer l'émancipation des esclaves mais aussi pour affirmer une vision plus unitaire du fédéralisme, cette décision posa le principe que le gouvernement fédéral devait continuer à être éloigné autant que possible de la protection des droits individuels. Si cette affaire a permis « de préserver le fédéralisme en refusant un processus automatique de nationalisation des droits »<sup>43</sup>, elle a surtout contribué à limiter les possibilités unificatrices en termes de droits au bénéfice des citoyens<sup>44</sup>. Le fédéralisme a tempéré le rôle du gouvernement fédéral comme vecteur de garantie des droits individuels, au profit d'une conception parcellaire et pluraliste organisée dans les États selon des règles différentes<sup>45</sup>, notamment dans les États du sud.

Avant d'aller plus loin, il faut se prémunir contre une présentation trop manichéenne de la situation. Tout comme en France la Révolution n'a pas directement engendré les formes prises par l'État républicain au XX<sup>e</sup> siècle<sup>46</sup>, c'est aussi l'évolution historique, surtout au XIX<sup>e</sup> siècle<sup>47</sup>, qui a donné ses traits adultes à l'État libéral américain, en lui refusant de penser et de

---

<sup>42</sup> 83 U.S. 36 (1873), *Grands arrêts*, *op. cit.*, pp. 239 – 255.

<sup>43</sup> *Ibid.*, présentation de la décision, p. 238.

<sup>44</sup> Cette harmonisation ne sera que partielle et se fera progressivement par la doctrine de l'incorporation, de sorte qu'aujourd'hui encore toutes les libertés du *Bill of Rights* ne sont pas opposables de manière identique au gouvernement fédéral et aux États fédérés. V. *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925), ainsi que *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), *Grands arrêts*, *op. cit.*, pp. 481 – 487.

<sup>45</sup> Pour des exemples dans les États, v. en synthèse Frank Cross, *The Error of Positive Rights*, *op. cit.*, pp. 893 – 897. Pour un exemple détaillé concernant l'État de New York, v. Helen Hershkoff, *Positive Rights and State Constitutions: The Limits of Federal Rationality Review*, *Harv. L. Rev.*, vol. 112, 1999, pp. 1131 – 1196.

<sup>46</sup> V. Pierre Rosanvallon, *Le modèle politique français : la société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, Le Seuil, coll. L'Univers historique, 2004.

<sup>47</sup> V. Morton Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780 – 1860*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.

réaliser le bien public<sup>48</sup>. Si l'histoire américaine n'est pas uniforme<sup>49</sup>, il faut d'ailleurs constater qu'elle a été l'objet au siècle dernier d'un rapprochement relatif avec l'expérience française. En effet, des avancées eurent lieu pendant et dans le prolongement du *New Deal*, notamment dans les années 1960 avec le programme du président Johnson de « guerre contre la pauvreté » (*War on poverty*). Cass Sunstein soutient même qu'à cette époque la Cour suprême était sur la voie de reconnaître l'existence d'un « second *Bill of Rights* »<sup>50</sup>, sous la forme de l'identification de droits économiques et sociaux, autrement dit de droits positifs au profit des citoyens. Une des décisions de cette période fut adoptée par la Cour dans l'affaire *Goldberg v. Kelly* en 1970<sup>51</sup>. En l'espèce, la juridiction étendit les garanties procédurales du XIV<sup>e</sup> amendement au retrait d'avantages liés à l'aide sociale. Toutefois, cet activisme judiciaire fut rapidement stoppé<sup>52</sup>, bloquant le développement de la reconnaissance de droits sociaux aux États-Unis<sup>53</sup>. Le juge reprit en cela sa place traditionnelle de défenseur des libertés individuelles<sup>54</sup>.

Si l'histoire n'est pas linéaire, la tradition libérale reste prépondérante outre-Atlantique. Puisque la liberté et le bien public y sont assurés en dehors de l'État, l'organisation de la protection des droits individuels qui en résulte est particulière.

---

<sup>48</sup> Ainsi a-t-il déjà été signalé que la Cour suprême pouvait déclarer en 1837 que « l'objet et la fin de tout gouvernement est la promotion du bonheur et de la prospérité de la communauté qui l'a institué », *Charles River Bridge v. Warren Bridge*, 36 U.S. 420 (1837), p. 547. La conséquence qui en découlait aux yeux de la Cour concernant les droits individuels était la suivante : « Bien que la protection des droits de propriété privée soit sacrée, nous ne devons pas oublier que la société aussi a des droits, et que le bonheur et le bien-être de chaque citoyen dépend de leur fidèle préservation », p. 548.

<sup>49</sup> En détails sur l'histoire du droit américain au XX<sup>e</sup>, v. Lawrence Friedman, *American Law in the 20<sup>th</sup> Century*, New Haven and London, Yale University Press, 2002.

<sup>50</sup> Selon les mots d'une déclaration parfois méconnue du Président Roosevelt en 1944. V. Cass Sunstein, *The Second Bill of Rights. FDR's Unfinished Revolution and Why we Need it More than Ever*, NY, Basic Books, 2004.

<sup>51</sup> 397 U.S. 254 (1970), *Grands arrêts*, *op. cit.*, pp. 701 – 708.

<sup>52</sup> Pour Cass Sunstein, la raison principale tient dans des nominations de juges conservateurs au sein de la Cour suprême au début de cette décennie ; v. Commitments and Roosevelt's Second Bill of Rights: A Dialogue (with Randy Barnett), *Drake L. Rev.*, vol. 53, 2005, pp. 205 – 229, ici pp. 211 – 212. Pour l'auteur, le retournement eut lieu à partir de *Dandridge v. Williams*, 397 U.S. 471 (1970), où la Cour rejeta l'idée d'un droit constitutionnel liée aux prestations sociales. V. aussi *Lindsey v. Normet*, 405 U.S. 56 (1972), où la Cour rejeta l'idée de droits constitutionnels à la protection économique et sociale (notamment en matière de logement). V., enfin, *Mathews v. Elridge*, 424 U.S. 319 (1976), *Grands arrêts*, *op. cit.*, pp. 877 – 893, qui est venu tempérer la jurisprudence *Goldberg* précitée.

<sup>53</sup> Pour une histoire détaillée, v. William Forbath, *Constitutional Welfare Rights: A History, Critique and Reconstruction*, *Fordham L. Rev.*, vol. 69, 2001, pp. 1221 – 1291.

<sup>54</sup> Concernant la question topique de la portée de la législation sur les droits civils, v. Jack Beermann, *The Unhappy History of Civil Rights Legislation, Fifty Years Later*, *Conn. L. Rev.*, vol. 34, 2002, pp. 981 – 1035, spéc. sa conclusion pp. 1034 – 1035.

## §2. Conséquences pour le domaine de la protection des droits aux États-Unis

De la conception américaine des droits et libertés procède la réponse à la question précédemment posée de savoir contre qui ces derniers peuvent être invoqués. Un auteur américain peut résumer la situation de la façon suivante : « la Constitution des États-Unis s'applique presque exclusivement à l'action du gouvernement (...). Sauf dans des situations isolées, la Constitution (...) ne s'applique pas à l'action privée qui n'est pas raisonnablement imputable au gouvernement »<sup>55</sup>. Il y a ainsi clairement une distinction au niveau des débiteurs des droits fondamentaux, qui sont par principe orientés contre l'État (A). Cette rigueur est toutefois tempérée, au moins en théorie, par certains palliatifs (B).

### A. Le principe : une protection organisée contre l'État

Dans la logique des préceptes américains, la protection est particulière (2) en ce qu'elle s'organise autour d'une distinction formelle énoncée dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle (1).

#### 1) L'énoncé historique

Le principe a été introduit par la Cour suprême à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle suite aux affaires dites de « l'abattoir »<sup>56</sup>. La question restait alors ouverte de la possibilité pour le gouvernement fédéral d'adopter des lois pour mettre en œuvre les amendements issus de la guerre de Sécession, afin d'imposer dans les États fédérés le respect effectif et unitaire des droits et libertés dans les relations privées. Le problème se posa concrètement lorsque le Congrès, à l'appui de ces amendements, commença à voter des textes prescrivant aux personnes privées certaines contraintes dans ce sens. Si la Cour suprême avait déjà eu l'occasion d'intervenir en cette matière<sup>57</sup>, c'est en 1883 que le problème lui fut plus directement présenté dans l'affaire des *Civil Rights Cases*<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> G. Sidney Buchanan, A Conceptual History of the State Action Doctrine: The Search for Governmental Responsibility, *Hous. L. Rev.*, vol. 34, 1997, pp. 333 – 424, ici pp. 334 – 335. V. aussi Wilson Huhn, The State Action Doctrine and the Principle of Democratic Choice, *Hofstra L. Rev.*, vol. 34, 2005 – 2006, pp. 1379 – 1460.

<sup>56</sup> V. *supra*, p. 342.

<sup>57</sup> V. *United States v. Cruikshank*, 92 U.S. 542 (1875), où elle avait déjà pu affirmer que le XIV<sup>e</sup> amendement « n'ajoute rien aux droits dont dispose un citoyen contre un autre citoyen », p. 554.

<sup>58</sup> 109 U.S. 3 (1883), *Grands arrêts*, *op. cit.*, pp. 258 – 275.

En l'espèce, le Congrès avait pris appui sur le XIV<sup>e</sup> amendement pour adopter une loi qui réprimait pénalement la discrimination raciale dans les lieux ouverts au public. En application de ce texte, plusieurs personnes de couleur qui s'étaient vues refuser un accès à des trains ou à des cinémas s'étaient pourvues en justice. La question à résoudre était de savoir si cette loi était constitutionnelle en ce qu'elle permettait de sanctionner des comportements entre personnes privées ? À la quasi unanimité<sup>59</sup>, la Cour déclara la nullité du texte, au motif que le XIV<sup>e</sup> amendement proscrivait seulement les discriminations pratiquées par les États. La seule interdiction susceptible de toucher directement les comportements privés était le refus de l'esclavage tel que formulé dans le XIII<sup>e</sup> amendement, que la Cour interpréta strictement comme ne devant pas s'étendre à toutes les discriminations liées à la race<sup>60</sup>. En définitive, la Cour a affirmé dans un attendu de principe concernant le XIV<sup>e</sup> amendement que « C'est une action d'État, en tant qu'elle possède certains caractères, qui est interdite. L'action d'un individu en tant qu'elle porterait atteinte aux droits individuels d'une autre personne est hors champ de cet Amendement »<sup>61</sup>. Comme elle le rappelle régulièrement, « Le scrupuleux respect de la nécessité d'une 'action d'État' préserve un domaine de liberté individuelle en limitant le domaine du pouvoir législatif et judiciaire fédéral »<sup>62</sup>.

Par cette jurisprudence, la Cour a distinctement posé le principe que l'étendue de la protection des droits n'était pas uniforme et qu'il fallait tenir compte de la nature juridique des parties concernées.

## 2) Les conséquences

Depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, le principe est celui de l'opposabilité verticale des libertés du *Bill of Rights*, c'est-à-dire des citoyens contre l'État, tant le gouvernement fédéral

---

<sup>59</sup> V. l'opinion dissidente du juge Harlan, *Grands arrêts*, *op. cit.*, pp. 276 – 283. Il montra sa désapprobation de la solution en soulignant qu' « Il était parfaitement entendu que le grand danger pesant sur l'égalité jouissance par les citoyens de leurs droits en tant que citoyens ne venait pas tant de la législation étatique hostile que de l'action hostile des sociétés et des individus dans les États. Et on peut supposer que le but recherché (...) était d'investir le Congrès du pouvoir et de l'autorité nécessaires pour faire face à ce danger », p. 280.

<sup>60</sup> La Cour a rejeté dans l'affaire des *Civil Rights Cases* l'argument lié au XIII<sup>e</sup> amendement, tout en soulignant la différence entre les deux textes à propos des pouvoirs du Congrès : « En application du XIII<sup>e</sup> amendement, et en tant que de besoin pour supprimer toute forme d'esclavage et de servitude involontaire et tout effet pouvant en résulter, la législation peut être directe et originaire, s'appliquant alors aux actions individuelles, que celles-ci soient ou non sanctionnées par la législation étatique ; en application du XIV<sup>e</sup> amendement, (...) elle doit être et ne peut être que fondamentalement corrective, destinée à contrer les réglementations et procédures étatiques et à permettre d'y échapper », *Grands arrêts*, *op. cit.*, p. 272.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 261.

<sup>62</sup> V. *Lugar v. Edmondson Oil Co.*, 457 U.S. 922 (1982), ici p. 936. V. aussi *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000), ici p. 622.

que les différents États fédérés, mais non horizontale entre citoyens. De manière très concrète et « Avec quelques exceptions comme les dispositions du XIII<sup>e</sup> amendement, les garanties constitutionnelles de liberté individuelle et d'égalité de protection ne s'appliquent pas aux agissements des personnes privées »<sup>63</sup>. L'État, autrement dit le gouvernement fédéral mais aussi les gouvernements fédérés, sont de ce fait considérés comme les débiteurs des droits fondamentaux.

Puisqu'aux États-Unis, « c'est un lieu commun que les commandements de la Constitution sont dirigés contre les entités gouvernementales, pas contre les personnes privées »<sup>64</sup>, la distinction entre personnes privées et publiques devient cardinale. Il faut souligner dans le prolongement que ce principe s'entend tant des garanties constitutionnelles qu'administratives. Alfred Aman résume les choses en la matière de la façon suivante : « la clause de *due process* des V<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> amendements s'applique seulement aux États et aux acteurs gouvernementaux (...) le *APA* et le *Freedom of Information Act* s'appliquent aux agences gouvernementales, pas aux entités privées »<sup>65</sup>.

Cette protection illustre les conséquences de la conception américaine d'un droit public dont la finalité n'est pas de garantir l'effectivité du bien public en assurant le respect des droits individuels dans les relations privées<sup>66</sup>. Puisque ce dernier émane de l'interaction naturelle des intérêts individuels, le gouvernement, et surtout le gouvernement fédéral, n'a pas de compétence générale dans ce cadre.

Il ne faut pas s'arrêter là. En effet, placer la concurrence comme matrice de l'harmonie sociale implique aussi qu'il va s'agir d'encadrer strictement l'action publique dont on estime qu'elle est toujours susceptible d'abuser de ses prérogatives et de violer les libertés garanties par le *Bill of Rights*. Puisque le *status negativus* correspond « tout-à-fait à la conception américaine des droits et libertés »<sup>67</sup>, il est un principe prépondérant pour comprendre le cœur du système américain, celui de la responsabilité (*accountability*) du gouvernement qu'il faut

---

<sup>63</sup> Comme l'a répété par exemple la Cour suprême dans l'affaire *Edmonson v. Leesville Concrete Company, Inc.*, 500 U.S. 614 (1991), p. 619.

<sup>64</sup> Geoffrey Stone (*et al.*), *Constitutional Law*, 3<sup>d</sup> ed., 1996, Little, Brown & Company, p. 1693. Il faut comprendre que toutes les entités publiques sont concernées, qu'elles soient fédérales, étatiques ou mêmes locales. La formule ici citée paraît provenir d'une décision de la Cour suprême dans l'affaire *Hudgens v. NLRB*, 424 U.S. 507 (1976), p. 513.

<sup>65</sup> Alfred Aman, *Administrative Law and Process. Cases and Materials*, Lexisnexis/Matthew Bender, 2<sup>nd</sup> ed., 2006, p. 175.

<sup>66</sup> Sur les conséquences historiques de ces positions concernant le racisme, v. *infra*, p. 415.

<sup>67</sup> Louis Favoreu (*et al.*), *Droit constitutionnel, op. cit.*, pp. 794.

voir assurer à tout prix<sup>68</sup>. Cette notion recouvre, en plus d'un aspect politique classique, une responsabilité juridique exacerbée<sup>69</sup>. Luc Rouban retient avec justesse qu'« Aux États-Unis, la quête d'*accountability* est aux sources mêmes de la Constitution »<sup>70</sup>. Tous les auteurs mettent l'accent sur la nécessité absolue d'assurer cette responsabilité, considérée par certains comme le prisme explicatif du droit administratif américain<sup>71</sup>.

Ces solutions sont finalement logiques compte tenu du cœur du modèle américain qui conteste l'intervention gouvernementale dans la sphère privée. Avant d'étudier concrètement les changements importants pour la protection des droits individuels qu'impliquent les situations de délégation dans la droite ligne de ce qui vient d'être dit, il faut souligner que le principe énoncé est toutefois tempéré dans certains cas.

## B) Les atténuations du principe

Par exception, la protection des droits fondamentaux trouve un effet horizontal dans deux cas qui s'avèrent, *in fine*, d'une aide relative. Par l'intermédiaire, d'une part, de certaines lois (1) et, d'autre part, par la doctrine de l'action d'État (*State action doctrine*).

### 1) Les dispositifs législatifs

Il faut d'abord étudier comment la jurisprudence des *Civil Right Cases* a pu être tempérée (a). Son illustration par le droit du travail démontrera néanmoins qu'il s'agit d'une atténuation, et pas d'une exception (b).

#### (a) Les progrès relatifs de la législation

L'idée de base aux États-Unis est que les garanties constitutionnelles protectrices des droits ne sont par principe directement opposables qu'aux personnes publiques, pas aux personnes privées. Ces dernières ne sont toutefois pas dépourvues dans leurs litiges avec

---

<sup>68</sup> V. Robert Behn, *Rethinking Democratic Accountability*, Washington DC, Brookings Institution Press, 2001. L'autre valeur qui en est proche est celle de *due process*, « qui constitue le cœur du droit administratif » américain, Bertrand du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences Po et Dalloz, coll. Amphithéâtre, 2004, p. 35.

<sup>69</sup> L'*accountability* paraît recouvrir au minimum l'obligation de transparence et de rendre des comptes.

<sup>70</sup> Luc Rouban, Évaluation des politiques publiques et mouvement de dérégulation aux États-Unis, *RFAP*, n° 29, 1984, pp. 85 – 115, ici p. 87.

<sup>71</sup> V. Peter Schuck (dir.), *Foundations of Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 1994, pp. 7 – 8.

d'autres personnes privées, puisqu'elles bénéficient des éventuels dispositifs législatifs et réglementaires<sup>72</sup>, tant au niveau du gouvernement fédéral que des États fédérés. L'implication croissante du gouvernement fédéral autour du *New Deal* permit des progrès<sup>73</sup>, notamment avec la répudiation de la jurisprudence *Lochner* en matière de réglementations économiques<sup>74</sup>. La protection des citoyens dans leurs relations privées put alors être améliorée grâce à certaines avancées législatives<sup>75</sup> et à l'action des agences<sup>76</sup>.

Il faut néanmoins ne pas manquer de souligner que, comparés à la protection générale applicable aux personnes publiques issue de la Constitution, ces dispositifs pour les litiges entre personnes privées sont moins nombreux et partiels<sup>77</sup>, d'application souvent temporaire et aléatoire<sup>78</sup>. Ceci est évidemment dans la logique d'un système américain<sup>79</sup> limitant l'intervention publique dans ces relations tel qu'issu de la jurisprudence des *Civil Rights*

---

<sup>72</sup> La *common law* peut aussi être une aide utile. V. Erwin Chemerinsky, Rethinking State Action, *Nw. U. L. Rev.*, vol. 80, 1986, pp. 503 – 557.

<sup>73</sup> V. Cass Sunstein, Constitutionalism after the New Deal, *Harv. L. Rev.*, vol. 101, 1987, pp. 421 – 510, surtout pp. 501 – 504.

<sup>74</sup> *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). La jurisprudence qui a renversé *Lochner* est *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937), *Grands arrêts, op. cit.*, pp. 469 – 477.

<sup>75</sup> Le *Civil Rights Act* de 1964 est sans doute le texte le plus important. Il a permis de sanctionner nombre de pratiques discriminantes, quelles que soient les personnes concernées.

<sup>76</sup> Pour Dominique Custos, les agences fédérales ont aussi développé à la même époque deux « véritables modèles réglementaires », La notion américaine de régulation, in G. Marcou et F. Moderne (dir.), *Droit de la régulation*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2005, vol. 1, pp. 145 – 165, ici p. 155. Il s'agit du *common carrier* et le *public trustee*, ce qui permet d'imposer aux entreprises privées exerçant dans ces domaines économiques des obligations ayant une dimension sociale (non discrimination, contrôle des prix, obligation de service public). Pour Lucien Rapp, « le *Common carriage* peut ainsi apparaître comme un succédané de la notion de service public aux États-Unis », Le service public : l'expérience américaine, *AJDA*, n° spécial, 1997, pp. 159 – 164, ici p. 159.

<sup>77</sup> Ainsi, la loi précitée de 1964, quoique importante, reste incomplète car concernant les discriminations. Comme le souligne Erwin Chemerinsky, « Bien que de nombreuses lois protègent les droits civils, un nombre important de valeurs restent globalement non protégées contre les comportements privés », Rethinking State Action, *op. cit.*, p. 518 (l'auteur cite l'exemple de la liberté d'expression). Pour Daphne Barak-Erez, « la réglementation est nécessairement limitée et peut ne pas couvrir toutes les situations concernées », *Civil Rights in the Privatized State: A Comparative View*, *Anglo-Am. L. Rev.*, vol. 28, 1999, pp. 503 – 534, ici p. 506.

<sup>78</sup> Le retournement des années 1970 marqua un retour à des conceptions américaines plus traditionnelles au sein des agences, notamment en ce qui concerne le *common carriage* ou le *public trustee* dont les objectifs sociaux diminuèrent. Jack Beermann démontre comment les effets de la législation fédérale en matière de droits civils ont été tempérés par l'action de la Cour suprême, même s'il est indéniable que des progrès ont été réalisés depuis plusieurs dizaines d'années ; *The Unhappy History of Civil Rights Legislation, Fifty Years Later*, *op. cit.* V. aussi Joseph Singer, No Right to Exclude: Public Accommodations and Private property, *Nw. U. L. Rev.*, vol. 90, 1996, pp. 1283 – 1495.

<sup>79</sup> Le caractère « sacré » de la liberté d'expression aux États-Unis est un bon exemple du particularisme américain, notamment en ce qu'il permet de contraster avec les solutions françaises et européennes. Là où il est considéré en France que le législateur doit, par son intervention, concilier des impératifs sociaux en encadrant cette liberté, c'est l'abstention gouvernementale qui fait office de meilleure garantie aux États-Unis. Selon Élisabeth Zoller, aux États-Unis, « cette liberté passe pour un absolu, rien ne semble pouvoir la limiter », alors qu'en Europe elle est une « liberté relative », *i.e.* qu'elle « doit s'ajuster aux impératifs d'une société plus solidaire – mais moins libre, selon les Américains », *Propos introductifs*, in É. Zoller (dir.), *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008, pp. 1 – 7, ici p. 6.

Cases de 1883<sup>80</sup>. Il faut, outre-Atlantique, changer de référent et oublier la tendance française à « l'omniprésence du législateur »<sup>81</sup>. Les éventuels dispositifs législatifs en la matière ne peuvent à ce titre qu'emprunter des voies indirectes pour s'appliquer aux rapports juridiques privés. Le meilleur exemple est le *Civil Rights Act* de 1964. Pour éviter la censure sur le fondement de la jurisprudence de 1883, le Congrès a dû utiliser la clause de commerce<sup>82</sup>. Toutefois, ces voies détournées ne permettent pas une protection complète des droits fondamentaux<sup>83</sup>, comme l'affaire *United States v. Morrison*<sup>84</sup> a pu récemment le démontrer<sup>85</sup>.

Ces conceptions laissent concrètement place à une différence de traitement des droits selon qu'un citoyen est en relation avec une personne publique ou avec une autre personne privée. Comme le résume Erwin Chemerinski, par rapport aux hypothèses où une personne publique est impliquée, « les libertés individuelles peuvent être violées par les individus et les entreprises ; dans la plupart des domaines, la Constitution, la *common law*, et même les lois offrent comparativement une protection limitée contre les infractions privées »<sup>86</sup>.

Un exemple, tiré du droit applicable aux relations de travail, est nécessaire pour faire comprendre cette dissemblance de traitement.

#### (b) L'exemple du droit applicable aux relations de travail

La situation peut être résumée dans les termes suivants : « comme pour de nombreuses conditions de travail (...), l'aspect le plus important dans l'analyse des droits des salariés

---

<sup>80</sup> Quant à la protection par le droit des États fédérés, elle n'est pas uniforme. S'il faut reconnaître que certains d'entre-eux proposent parfois des solutions différentes, le droit positif infra-fédéral est également le plus souvent incapable de régir en profondeur les relations entre personnes privées. V., pour l'exemple particulier du New Jersey, Helen Hershkoff, *The New Jersey Constitution: Positive Rights, Common Law Entitlements, and State Action*, *Alb. L. Rev.*, vol. 69, 2005 – 2006, pp. 553 – 559. De plus, ses rapports avec le droit fédéral sont compliqués. V. Patrick Morvan, La liberté d'expression des travailleurs en droits français et américain, in É. Zoller (dir.), *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, *op. cit.*, pp. 173 – 203, not. pp. 179 – 180.

<sup>81</sup> Estelle Courtois-Champenois, *Le droit du travail américain, un droit de l'entreprise : contribution à l'étude comparée des sources du droit du travail français et américain* (préf. D. Berra), Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002, p. 32.

<sup>82</sup> Pour sa validation par la Cour suprême, v. *Heart of Atlanta Motel v. United States*, 379 U.S. 241 (1964).

<sup>83</sup> V. Wilson Huhn, *The State Action Doctrine and the Principle of Democratic Choice*, *op.cit.*, pp. 1447 et s.

<sup>84</sup> 529 U.S. 598 (2000), précitée. Dans cette affaire liée aux évolutions des équilibres du fédéralisme, la Cour n'a pas reconnu au Congrès le pouvoir d'agir au nom du XIV<sup>e</sup> amendement ou de la clause de commerce pour réglementer dans les États le domaine des violences faites aux femmes. Les possibilités ouvertes par la jurisprudence *Heart of Atlanta Motel* précitée concernant l'extension de la réglementation sur les droits grâce à la clause de commerce se sont fermées en l'espèce.

<sup>85</sup> V. Wilson Huhn, *The State Action Doctrine and the Principle of Democratic Choice*, *op.cit.*, pp. 1451 – 1453.

<sup>86</sup> Erwin Chemerinsky, *Rethinking State Action*, *op. cit.*, p. 519.

consiste à savoir si l'employeur en cause est public ou privé »<sup>87</sup>. Dans le premier cas, les employés peuvent par exemple invoquer les « protections constitutionnelles comme la liberté d'expression ou d'association, le droit des individus d'être garantis contre les perquisitions et les saisies »<sup>88</sup>. *A contrario*, les employés du secteur privé, autrement dit la très grande majorité des salariés aux États-Unis, ne peuvent quant à eux utiliser la Constitution et doivent se contenter des « lois sur les droits civils et des principes de la *common law* »<sup>89</sup>, qui sont « moins développés »<sup>90</sup>.

Si cette différence a pour fondement l'inapplicabilité en tant que telles des dispositions constitutionnelles protectrices des droits aux entreprises privées, le législateur fédéral est intervenu au cours du XX<sup>e</sup> en faveur des salariés du secteur privé, notamment suite aux besoins mis à jour par la crise de 1929. Une grande loi fut spécialement votée en 1935 à l'initiative du président Roosevelt, la *National Labor Relations Act*<sup>91</sup> (*NLRA*, ou *Wagner Act*). Elle avait pour objectif de garantir certains droits pour les salariés dans leur emploi en assurant un certain effet horizontal à des dispositions constitutionnelles<sup>92</sup>. Ces mécanismes législatifs protègent néanmoins bien moins que la « pureté » des dispositions constitutionnelles. Patrick Morvan retient par exemple que, si le *NLRA* facilite en principe l'expression des salariés dans l'entreprise, son étude pratique « inspire en définitive la déception »<sup>93</sup>, pour la raison que les conditions posées et les restrictions opposées à cet exercice sont allées croissantes, tant dans les réformes législatives postérieures que par l'application des tribunaux<sup>94</sup>. Dès lors, « parce que la protection fédérale directe est limitée à l'action du gouvernement, les employés du secteur privé ont moins de droits pour exprimer leurs opinions »<sup>95</sup>.

Si l'application de la *common law* et surtout des lois est d'une aide imparfaite, le droit américain propose un palliatif général au critère formel qui semble, *a priori*, plus prometteur.

---

<sup>87</sup> Mark Rothstein (*et al.*), *Employment Law*, St. Paul, West Group, 2<sup>nd</sup> ed., 1999, p. 408.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 370 – 371.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 371.

<sup>90</sup> *Ibid.*

<sup>91</sup> Sa constitutionnalité fut reconnue par la Cour suprême dans sa décision *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937), précitée, dans le cadre du revirement général de la jurisprudence qui était marquée par un rejet des interventions publiques. Dorénavant, de telles réglementations seraient largement admises. La loi d'espèce fut prise sur le fondement de la clause de commerce et non du XIV<sup>e</sup> amendement.

<sup>92</sup> D'autres textes législatifs adoptés ont concerné plus ou moins directement les relations de travail. Il en va notamment du *Civil Rights Act* de 1964 précité concernant les discriminations.

<sup>93</sup> Patrick Morvan, La liberté d'expression des travailleurs en droits français et américain, *op. cit.*, p. 186.

<sup>94</sup> *Ibid.*, pp. 186 et s. L'auteur souligne que cette loi est « criblée de conditions restrictives », p. 186.

<sup>95</sup> Mark Rothstein (*et al.*), *Employment Law*, *op. cit.*, p. 411.

## 2) La doctrine de l'action d'État (*State action doctrine*)

Cette doctrine, qui obéit en théorie à des critères précis (a), est en pratique d'une application complexe et manque singulièrement de clarté (b).

### (a) La doctrine

L'objet de cette doctrine est de déterminer, en l'absence de lois susceptibles d'avoir cet effet, dans quelles conditions les dispositions constitutionnelles protectrices des droits<sup>96</sup>, opposables par principe de manière complète uniquement aux personnes publiques, pourraient malgré tout être directement appliquées à un acteur privé<sup>97</sup>.

C'est l'affaire des *Civil Rights Cases* qui sert ici de point de départ<sup>98</sup>. En l'espèce, la Cour suprême a affirmé que, si les dispositions constitutionnelles sanctionnant les discriminations raciales n'étaient pas directement applicables aux relations entre personnes privées, elles le devenaient si une action d'État (*state action*) les avaient rendues possibles, que ce soit de façon explicite ou implicite. De là est née cette doctrine de l'action d'État (*State action doctrine*), selon laquelle une telle action sous-jacente à un agissement privé peut permettre l'application de dispositions constitutionnelles à la personne privée concernée<sup>99</sup>. De ce fait, lorsqu'à l'occasion d'un dommage entre deux personnes privées, l'une d'entre elles invoque la violation d'un droit fondamental protégé par le *Bill of Rights*, la Cour doit « déterminer si l'auteur présumé du dommage a suffisamment de liens avec l'État pour soumettre ses activités aux restrictions constitutionnelles »<sup>100</sup>. Les tribunaux ont l'obligation de considérer au cas par cas si certaines actions de personnes privées sont suffisamment liées à une personne publique pour pouvoir considérer que les premières ont en quelque sorte été le bras de l'action gouvernementale. Si tel est le cas, cela permet d'éviter les disparités dans la protection des citoyens, puisque les garanties constitutionnelles protectrices des droits

---

<sup>96</sup> Si la doctrine ne s'applique pas en tant que telle aux dispositions du droit administratif américain, il peut être considéré pour les besoins de l'étude que la problématique est très proche, et que si cette dernière est résolue concernant la protection constitutionnelle, il devrait en être de même concernant le droit administratif. V. Catherine Donnelly, *Delegation of Governmental Power to Private Parties. A Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 289. En détail sur le droit administratif et les personnes privées, v. les développements consacrés par l'auteur au cas américain, pp. 295 et s.

<sup>97</sup> Il faut noter que c'est le caractère direct et complet qui est primordial, *i.e.* que la personne privée est alors traitée comme une personne publique.

<sup>98</sup> 109 U.S. 3 (1883), *Grands arrêts*, *op. cit.*, pp. 258 – 275, précité.

<sup>99</sup> Avec les *Civil Rights Acts* des années 1960, la *State action doctrine* n'est plus nécessaire en ce qui concerne les discriminations raciales.

<sup>100</sup> John Nowak et Ronald Rotunda, *Constitutional Law*, 5<sup>th</sup> ed., St. Paul, West Group, 1995, p. 477.

fondamentaux sont alors entièrement applicables à des personnes qui en sont théoriquement exclues. Comme le souligne Élisabeth Zoller, « cette savante construction jurisprudentielle a permis de suppléer à l'absence de lois protectrices des droits individuels en refusant le concours de la justice à ceux qui les bafouent »<sup>101</sup>.

L'idée fondamentale est d'établir un lien entre l'activité d'une personne privée et une personne publique. La jurisprudence de la Cour suprême est intervenue pour fixer des critères qui, globalement, sont difficilement opératoires.

#### (b) La difficile application

La jurisprudence a posé les principes qu'une telle connexion pouvait exister dans trois cas<sup>102</sup>. Le premier est le test de la « participation commune » (*joint participation test*), qui consiste à se demander si la personne privée a participé de manière délibérée et active à une action de l'État ou de ses agents. Cela implique de démontrer que le gouvernement est impliqué jusqu'au point de se placer dans une position d'interdépendance avec un acteur privé<sup>103</sup>. Ce test est en pratique très difficile à remplir comme l'explique bien Catherine Donnelly, car il paraît nécessiter la présence concrète d'un agent d'État, ce qui est en pratique assez rare<sup>104</sup>. Il faut donc chercher ailleurs.

Le deuxième test, qu'il convient de bien distinguer du premier, est celui du « lien » (*nexus test*). Comme son nom l'indique, il faut ici prouver des contacts substantiels entre les agissements privés et l'État, plaçant en quelque sorte les procédés de la personne privée sous le contrôle de ce dernier. Le critère décisif réside dans l'importance des règles fixées par le gouvernement que la personne privée doit respecter dans l'exercice de son activité. Ceci dit, il s'avère que l'interprétation jurisprudentielle en la matière est largement réfractaire. Pour le comprendre, il est utile de partir de deux décisions de la Cour suprême rendues en 1982. Dans la première qui a donné lieu à la décision *Rendell-Baker v. Kohn*<sup>105</sup>, il s'agissait d'une école privée qui, en application d'un contrat avec le gouvernement, accueillait des enfants difficiles

---

<sup>101</sup> Élisabeth Zoller, *Droit constitutionnel*, PUF, coll. *Droit fondamental*, 2<sup>e</sup> éd., 1999, p. 602.

<sup>102</sup> La doctrine parle souvent de « tests » qui sont, bien évidemment, alternatifs. Certaines affaires ont pu faire penser à l'existence d'un autres cas [v. *Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Ass'n.*, 531 U.S. 288 (2001), et « l'entrelacement » (*l'entwinement*)]. Au final, c'est autour de ces trois tests que les auteurs se retrouvent. Pour des détails, v. John Nowak et Ronald Rotunda, *Constitutional Law*, *op. cit.*, pp. 477 – 507.

<sup>103</sup> *V. Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345 (1974), p. 357.

<sup>104</sup> Catherine Donnelly, *Delegation of Governmental Power*, *op. cit.*, p. 238. C'est d'autant plus rare que l'auteur souligne que ce test ne paraît pas très adapté pour les hypothèses de délégations dans lesquelles, justement, le gouvernement est clairement en retrait de l'exécution.

<sup>105</sup> 457 U.S. 830 (1982).

de différentes écoles publiques. En l'espèce, malgré ce contrat et ses caractéristiques, à savoir un très large financement public ainsi que d'importantes contraintes sur l'école privée, l'action d'État n'a pas été reconnue. Dans la seconde affaire *Blum v. Yaretsky*<sup>106</sup>, une clinique privée fournissant des soins à des bénéficiaires du programme *Medicaid* avait refusé à un patient l'opportunité d'être entendu avant qu'une décision potentiellement défavorable ne soit prise à son encontre. Cette personne a alors invoqué la clause de *due process* du XIV<sup>e</sup> amendement pour contester la mesure. Une Cour divisée a rejeté l'application de cette disposition constitutionnelle au motif, qu'il n'y avait pas en l'espèce d'action d'État, même si la clinique opérait sous contrat avec le gouvernement et qu'elle recevait des subsides financiers importants de ce dernier.

Le troisième test est celui de l'« activité publique » (*public function test*)<sup>107</sup>. Il est rempli s'il est prouvé que l'activité exercée par la personne privée correspond à une « fonction publique ». Cela semble utile, puisque les deux précédents examens mettent l'accent sur la nécessité de liens réels et matériels qu'il est souvent difficile de caractériser au vue de la jurisprudence. Ce dernier contrôle, appliqué initialement de façon assez large<sup>108</sup>, l'est aujourd'hui de façon plus restrictive, puisqu'il s'agit maintenant de caractériser une fonction « traditionnellement réservée de façon exclusive à l'État »<sup>109</sup>. Or, il est peu de domaines qui, de tout temps, ont été exclusivement exercées par l'État, surtout outre-Atlantique. Tout dépend, *in fine*, des interprétations de la jurisprudence. En la matière, la Cour a pu retenir comme constituant de telles activités l'« éducation, les activités de lutte contre l'insécurité et le feu, et la collecte des impôts »<sup>110</sup>. Néanmoins, dans l'affaire *Rendell Baker v. Kohn* jugée quelques années plus tard, la Cour a pu rejeter cette qualification pour l'éducation<sup>111</sup>. Par ailleurs, la jurisprudence concernant les activités de police paraît largement fluctuante et tend à ne reconnaître la présence d'une action d'État que dans des cas assez réduits<sup>112</sup>.

---

<sup>106</sup> 457 U.S. 991 (1982).

<sup>107</sup> Il faut souligner que cette théorie, contrairement à ce que l'on pourrait *a priori* penser, est inapplicable pour limiter le domaine des délégations. En effet et comme il a déjà été dit, ce concept « ne limite pas les fonctions que le gouvernement peut déléguer », Paul Verkuil, *Public Law Limitations on Privatization of Government Functions*, *N.C. L. Rev.*, vol. 84, 2005, pp. 397 – 469, p. 431. Cette doctrine ne joue par conséquent qu'*a posteriori* à propos des règles juridiques applicables.

<sup>108</sup> V., par exemple, *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946) et l'application du Premier amendement dans une « ville privée » (*company-owned town*) appartenant à une entreprise.

<sup>109</sup> *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, précité, p. 352.

<sup>110</sup> *Flagg Brothers Inc v. Brooks*, 436 U.S. 149 (1978), p. 163.

<sup>111</sup> 457 U.S. 830, précité.

<sup>112</sup> En détails, v. les références citées par Catherine Donnelly, surtout pour des décisions de Cours fédérales, *Delegation of Governmental Power*, *op. cit.*, p. 241.

Au final, c'est le doute qui apparaît au moment d'évaluer l'effectivité de la doctrine<sup>113</sup>. Comme le dit Jody Freeman, « même quand l'État réglemente de façon extensive une entité privée exerçant virtuellement un pouvoir de monopole sur une fonction traditionnellement associée à l'État, cette entreprise n'est pas un acteur étatique »<sup>114</sup>. C'est pourquoi l'ensemble des auteurs est dubitatif, faisant régulièrement référence à son propos à un « espace conceptuel désastreux »<sup>115</sup>. Cette inefficacité ne permet pas par conséquent de modifier la différence de traitement concernant la protection des droits fondamentaux telle qu'elle découle des préceptes américains. Dès lors et pour en venir concrètement aux hypothèses de délégations qui modifient les rapports juridiques des citoyens eu égard à la participation exponentielle des intérêts privés, les problèmes qui se posent sont logiques.

## Section 2) Les droits fondamentaux en danger face à la gouvernance

Fondée avant tout sur un strict encadrement de l'activité gouvernementale et non privée, la conception américaine des droits et libertés a grand mal à protéger les droits des citoyens qui paraissent pourtant menacés dans les situations de gouvernance, particulièrement dans les cas de délégation<sup>116</sup>. Face aux difficultés rencontrées, la doctrine américaine tente d'apporter des réponses qui, toutefois, achoppent le plus souvent. Pour comprendre ces dilemmes (§1), une mise en perspective à partir de l'exemple français sera profitable (§2).

---

<sup>113</sup> Catherine Donnelly note que la conclusion est souvent proche en ce qui concerne son application par les juridictions dans les différents États. *Ibid.*, p. 244.

<sup>114</sup> Jody Freeman, *The private Role in Public Governance*, *N.Y.U. L. Rev.*, vol. 75, n°3, 2000, pp. 543 – 675, ici p. 578.

<sup>115</sup> Cette citation est souvent utilisée par la doctrine. V., par exemple, Vicki Jackson et Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, NY, Foundation Press, 1999, p. 1435, citant Charles Black, *The Supreme Court, 1966 Term – Foreword: “State action,” Equal protection, and California’s proposition 14*, *Harv. L. Rev.*, vol. 81, 1967, pp. 69 – 109, ici p. 95.

<sup>116</sup> Concrètement, tous les instruments de gouvernance posent des dilemmes pour la protection des droits fondamentaux. Ainsi en va-t-il des instruments financiers. Toutefois, il faut rappeler (v. *supra*, note 2) que les situations les plus dangereuses concernent les instruments juridiques qui transforment les relations des citoyens du fait de la participation croissante de personnes privées, et donc plus précisément les hypothèses de délégation de la gestion publique à des personnes privées. Sans négliger les autres situations, ce sont ces cas qui intéressent particulièrement les développements qui suivent.

## §1. Les problèmes américains face aux délégations

Face aux menaces pour les droits dans les situations de délégations (A), il y a en quelque sorte aux États-Unis une quadrature du cercle. En effet, les solutions qui sont proposées pour y remédier<sup>117</sup> restent globalement inefficaces puisqu'elles sont pensées à travers une réflexion typiquement américaine sur le droit public entendu comme droit de la chose publique (B).

### A. Les difficultés concrètes

Les difficultés qui se posent peuvent être utilement synthétisées à travers deux grandes idées : il existe un double écueil (1) que l'incohérence de la doctrine de l'action d'État n'arrive pas à régler (2).

#### 1) Un double écueil

La conséquence majeure des représentations américaines est relativement simple à énoncer compte tenu, d'une part, du changement de nature juridique de la personne délégataire de l'activité (a) et, d'autre part, des conséquences engendrées pour la vertu cardinale du droit public américain, la responsabilité du gouvernement (b).

##### (a) Les dangers pour les droits des citoyens

Dans les situations concernées, les activités ne sont plus assurées par une personne publique mais par des délégataires privés, peu importe qu'ils exercent à titre lucratif ou non. Il y a une évolution d'une relation bilatérale entre le citoyen et une institution gouvernementale, en principe une agence, vers une relation trilatérale dans laquelle une personne privée s'insère entre les deux premiers protagonistes. En conséquence des représentations américaines, ces délégataires privés vont être globalement plus libres de leurs agissements eu égard aux obligations constitutionnelles et administratives qui pèsent par définition seulement sur les personnes publiques.

---

<sup>117</sup> Étant entendu que, si c'est le niveau fédéral qui est ici envisagé, la situation est proche au niveau fédéré.

Lorsque l'angle de vision est inversé, c'est-à-dire lorsque l'on se place du côté des droits fondamentaux des citoyens, deux catégories doivent être distinguées. D'une part et de manière générale, les usagers des services correspondants, d'autre part et de manière plus particulière, les employés desdits délégataires lorsque la délégation s'est accompagnée du transfert de tout ou partie du personnel existant. Pour ces deux catégories, la nouvelle situation peut être résumée autour de l'idée que leurs droits sont moins bien protégés que précédemment, et en tout cas qu'ils le sont selon des bases juridiques foncièrement différentes. Comme le dit très simplement Harold Sullivan, « même quand le gouvernement reste responsable à travers tant le financement que la réglementation de la fourniture du service, si cette dernière est entre des mains privées, un employé peut être licencié et un citoyen peut être exclu du bénéfice du service sans le minimum de garanties constitutionnelles qui aurait été applicable si cette fourniture avait été dans des mains publiques »<sup>118</sup>.

(b) Les dangers pour la responsabilité du gouvernement

Les problèmes liés aux délégations ne s'arrêtent pas *stricto sensu* à la protection des droits individuels. En effet, comme il a déjà été dit à propos du droit administratif américain, c'est un droit tourné vers l'encadrement procédural de l'exercice du pouvoir par les entités gouvernementales. C'est pourquoi, si les délégations ont « débouché sur une question connue en droit administratif français, celle de l'étendue du champ d'application du droit administratif »<sup>119</sup>, il n'en reste pas moins que les spécificités de chaque modèle impliquent des réponses différentes. Ainsi, aux États-Unis, « L'interrogation porte singulièrement sur les garanties procédurales »<sup>120</sup> et, comme Ellen Dannin le résume, « la question centrale des délégations concerne la responsabilité »<sup>121</sup>.

Or, en diminuant le domaine d'application du droit administratif du fait de l'implication croissante d'acteurs privés, les situations de délégation, de manière concomitante aux problèmes qui se posent concernant les droits des citoyens, viennent également créer un danger en ce qui concerne la légitimité de l'action publique. En effet, ce

---

<sup>118</sup> Harold Sullivan, Privatization of Public Services: A Growing Threat to Constitutional Rights, *Pub. Admin. Rev.*, vol. 47, 1987, pp. 461 – 467, ici p. 464.

<sup>119</sup> Dominique Custos, Droits administratifs américain et français : sources et procédures, *RIDC*, vol. 59, n° 2, 2007, pp. 285 – 305, ici p. 298.

<sup>120</sup> *Ibid.*

<sup>121</sup> Ellen Dannin, Red Tape or Accountability: Privatization, Public-ization, and Public Values, *Cornell J. L. & Pub. Pol'y*, vol. 15, 2006, pp. 111 – 163, ici p. 116. En détails, v. Jack Beerermann, Privatization and Political Accountability, *Fordham Urb.L. J.*, vol. 28, 2001, pp. 1507 – 1557.

sont dorénavant des personnes privées qui vont de plus en plus intervenir en lieu et place de personnes publiques pour lesquelles tout un ensemble de procédures et de garanties formelles avait été mis en place. L'augmentation de l'intervention publique avait été équilibrée outre-Atlantique par son encadrement strict par la démocratie, c'est-à-dire par le respect du pluralisme et des droits individuels. *A contrario*, les cas actuels ont pour conséquence première de brouiller secteur public et secteur privé et, ce faisant, de limiter les garanties de responsabilité et de transparence. L'ensemble de la doctrine américaine ne manque pas de relever cette perte de sens créant, comme le résume Alfred Aman, une réduction de la « sphère démocratique publique au profit d'autres agencements qui sont moins transparents et moins responsables envers les citoyens »<sup>122</sup>, qui est l'« essence d'un déficit démocratique »<sup>123</sup>.

Les menaces sont d'autant plus réelles que l'application du palliatif de la doctrine de l'action d'État est non seulement très difficile, comme dit précédemment<sup>124</sup>, mais encore plus teintée d'incohérences dans ces situations.

## 2) L'incohérence de la doctrine de l'action d'État

Les développements concernant la *State action doctrine* ont permis d'illustrer au sens large sa difficile application. Il faut poursuivre la recherche en démontrant qu'elle peut même généralement être considérée comme confuse. Pour s'en rendre compte, il faut s'intéresser à des situations concrètes concernant les domaines traditionnels de délégations dans lesquelles la jurisprudence n'a pas fait preuve de clarté.

Un bon exemple de ces embarras peut être tiré de la comparaison de deux décisions dans le domaine médical. Dans la première déjà citée, qui a donné lieu à un verdict divisé de la Cour suprême dans l'affaire *Blum v. Yaretsky*<sup>125</sup>, la reconnaissance d'une action d'État a été rejetée. *A contrario*, dans une autre affaire *West v. Atkins*<sup>126</sup>, une Cour cette fois unanime a pu décider qu'un médecin privé travaillant sous contrat avec le gouvernement pour fournir des soins médicaux à des détenus était un acteur étatique. Si, dans ces deux espèces, c'est le domaine médical qui est en jeu, le fait que dans la seconde la pratique médicale soit exercée

---

<sup>122</sup> Alfred Aman, *Privatization, Prisons, Democracy, and Human Rights: The Need to Extend the Province of Administrative Law*, *Ind. J. Global Legal Stud.*, vol. 12, 2005, pp. 511 – 550, ici p. 524.

<sup>123</sup> *Ibid.* V. également Alfred Aman, *The Democracy Deficit*, *op. cit.*

<sup>124</sup> V. *supra*, pp. 352 et s.

<sup>125</sup> 457 U.S. 991 (1982), précité.

<sup>126</sup> 487 U.S. 42 (1988).

dans une prison pourrait atténuer l'idée émise au terme de laquelle les solutions sur la *State action doctrine* sont peu claires. Il faut donc apporter un élément supplémentaire pour étayer l'argument d'incohérence préalablement évoqué, qui peut être tiré de la décision *Richardson v. McKnight*<sup>127</sup> quelques années plus tard. En l'espèce, la Cour a pu adopter une solution différente alors que les faits étaient très proches de la précédente. Il s'agissait d'une délégation au secteur privé de la gestion d'une prison. Un des gardiens, employé par la société concernée, avait pris une mesure disciplinaire contre un prisonnier. Ce dernier, invoquant un préjudice lié à la violation de la clause de *due process*, souhaitait voir le gardien condamné au titre d'une action d'État. Ce dernier invoquait quant à lui une disposition applicable aux gardiens publics, selon laquelle sa responsabilité ne pouvait être engagée compte tenu de l'immunité afférente à sa fonction. La Cour, en rejetant cette prétention au motif qu'un « gardien de prison privée, à la différence de ceux qui travaillent directement pour le gouvernement, ne bénéficie pas de l'immunité contre les poursuites en justice »<sup>128</sup>, a dès lors retenu en substance que ces gardes privés n'étaient pas des acteurs publics. Comparé avec la jurisprudence *West v. Atkins* et eu égard à la nature régaliennne du secteur carcéral, il n'est pas aisé de déterminer quand la doctrine de l'action d'État est susceptible de s'appliquer pour protéger les droits des citoyens. C'est d'autant plus vrai que ce cas n'est pas isolé<sup>129</sup>.

Sans multiplier les exemples, la jurisprudence est incapable de répondre clairement aux besoins nés des dangers pour les droits fondamentaux des citoyens dans les situations de délégations. De surcroît, le brouillage important que créent ces hypothèses outre-Atlantique ne manque pas d'avoir également des conséquences sur la nécessité cardinale aux États-Unis d'assurer la responsabilité du gouvernement. Voilà pourquoi, face aux problèmes rencontrés, la doctrine américaine souhaite très largement corriger la situation<sup>130</sup>. Il reste à déterminer les voies de la réforme, ainsi qu'à en apprécier la portée.

---

<sup>127</sup> 521 U.S. 399 (1997).

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 412.

<sup>129</sup> Un autre domaine de brouillage peut être caractérisé en ce qui concerne les activités sportives. D'un côté, la Cour suprême a affirmé dans l'affaire *San Francisco Arts & Athletics, Inc. v. United States Olympic Comm.*, 483 U.S. 522 (1987), qu'une « entreprise créée par une loi fédérale, ayant le contrôle sur la participation des États-Unis aux Jeux olympiques ainsi qu'un pouvoir de surveillance exclusif des organisations privées du sport amateur participant à des compétitions internationales, n'est pas un acteur d'État », pp. 542 – 47. De la même manière, dans l'affaire *NCAA v. Tarkanian*, 488 U.S. 179 (1988), la Cour a pu rejeter cette qualification pour une association sportive qui regroupait presque 1000 établissements scolaires ou universitaires dans le pays, et qui à ce titre réglementait globalement le domaine sportif en leur sein. *A contrario*, nonobstant les similarités, une organisation privée surveillant presque tous les événements sportifs publics et privés au lycée, est un acteur d'État, *Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Ass'n.*, 531 U.S. 288 (2001), précité.

<sup>130</sup> *A contrario*, Jack Beermann soutient que les personnes privées délégataires ne fonctionnent pas dans un vide juridique ; dès lors, la tendance actuelle vers la multiplication de ces pratiques devrait être accentuée, *Administrative-Law-Like Obligations on Privatize[ed] Entities*, *UCLA L. Rev.*, vol. 49, 2002, pp. 1717 – 1737.

## B. L'inefficacité des remèdes proposés

La doctrine américaine cherche à répondre aux difficultés issues des nouvelles hypothèses de délégations. Les solutions proposées sont nombreuses<sup>131</sup> (1), mais elles restent globalement inopérantes (2).

### 1) Des solutions diverses

Ces solutions poursuivent deux buts qui s'imbriquent pour pallier les difficultés (a), et elles utilisent différents moyens pour les atteindre (b).

#### (a) Les fins poursuivies

Pour limiter les problèmes liés aux délégations, il va s'agir, de façon souvent cumulative<sup>132</sup>, tantôt de mettre en amont des limites au domaine des délégations ( $\alpha$ ), tantôt et surtout de faire peser en aval sur les personnes privées impliquées des garanties protectrices des droits et libertés ( $\beta$ ).

#### ( $\alpha$ ) La limitation en amont du domaine des délégations

Sont recherchées dans ce cas les possibilités de mettre en œuvre une sorte de barrière quantitative aux délégations, c'est-à-dire concrètement de borner la participation du privé dans certains domaines. Dans ces situations, certaines activités ne devraient pas être déléguées au secteur privé en ce qu'elles sont au cœur de l'État, autrement dit au cœur de la chose publique. Paul Verkuil soutient par exemple fermement qu'il existe des limites absolues au transfert de pouvoirs gouvernementaux<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> Selon certains auteurs, la question centrale de la responsabilité des acteurs privés peut être résolue d'une autre manière qu'à travers le respect d'obligations juridiques. À leurs yeux, le marché, s'il est laissé libre, peut générer de lui-même une responsabilité susceptible de satisfaire les citoyens. V. Michael Trebilcock et Edward Jacobucci, *Privatization and Accountability*, *Harv. L. Rev.*, vol. 116, 2003, pp. 1422 – 1453, ici p. 1422. Adopter ces raisonnements économiques impliquerait finalement d'en rester là dans l'étude. Cette argumentation reste néanmoins marginale dans la doctrine compte tenu de la nature juridique des problèmes posés dans les situations de délégations.

<sup>132</sup> Cela renvoie au cœur de cette recherche sur les instruments de gouvernance. V. not. *supra*, note 2, p. 206.

<sup>133</sup> Paul Verkuil, *Outsourcing and the Duty to Govern*, in M. Minow et J. Freeman (dir.), *Government by Contract. Outsourcing and American Democracy*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, pp. 310 – 334. L'auteur insiste essentiellement sur le domaine militaire suite aux problèmes en Irak.

Il faut néanmoins constater que la finalité ici étudiée n'est pas la plus suivie<sup>134</sup>, au contraire de celle qui joue sur la nécessité d'étendre les garanties traditionnelles protectrices des droits en assurant l'*accountability* dans les nouvelles situations<sup>135</sup>. Cette tendance est symptomatique du modèle américain, car la limitation du domaine de l'implication des personnes privées dans des activités au cœur de la chose publique, même si elle ne réglerait pas tous les problèmes, permettrait à tout le moins en amont d'en assécher la source.

(β) L'extension en aval de garanties protectrices des droits

Ce second objectif consiste à appliquer aux délégataires privées qui se trouvent impliqués dans l'action gouvernementale des solutions qui concernent aujourd'hui seulement les acteurs publics. Il s'agit donc très concrètement d'étendre à ces intervenants les protections des droits fondamentaux<sup>136</sup> afin, d'une part, de garantir la responsabilité du gouvernement et, d'autre part, de limiter les dangers qui découlent des conséquences de la stricte division entre relations verticales avec une personne publique et relations horizontales entre personnes privées.

Jody Freeman résume globalement cette recherche dans les termes suivants : « si des acteurs relativement irresponsables exercent une autorité de telles manières à affecter à la fois les droits individuels et globalement l'intérêt public, et si la délégation augmentera leur pouvoir, pourquoi ne pas leur étendre les limites constitutionnelles et les garanties formelles réservées traditionnellement au gouvernement ? »<sup>137</sup>. Elle utilise un terme intéressant, parlant de la nécessaire « publicisation » de ces acteurs privés<sup>138</sup>. À ses yeux, « plutôt que de voir la délégation comme une manière de réduire le gouvernement, je l'imagine comme un mécanisme pour accroître son étendue dans des domaines considérés traditionnellement comme privés. En d'autres termes, la délégation peut être un vecteur de 'publicisation', par lequel des acteurs privés s'engagent de manière croissante à promouvoir des objectifs publics

---

<sup>134</sup> Il faut souligner que la vision de Paul Verkuil n'a pas trouvé application en jurisprudence.

<sup>135</sup> Ce qui est d'ailleurs très souvent conciliable avec la première solution ci-dessus esquissée. Dans la théorisation de Gillian Metzger (v. Privatization as Delegation, *Colum. L. Rev.*, vol. 103, 2003, pp. 1367 – 1502), l'extension des garanties aux personnes privées est même la condition *sine qua non* de l'ouverture du droit à délégation.

<sup>136</sup> Comme, par exemple, le *due process of Law*.

<sup>137</sup> Jody Freeman, *The Private Role in Public Governance*, *op. cit.*, p. 591.

<sup>138</sup> Jody Freeman, *Extending Public Law Norms Through Privatization*, *Harv. L. Rev.*, vol. 116, 2003, pp. 1285 – 1352, not. p. 1285. Pour une approche similaire, v. Ellen Dannin, *Red Tape or Accountability*, *op. cit.*

comme contrepartie de l'accès à des opportunités lucratives pour délivrer des biens ou rendre des services qui pourraient à défaut être fournis directement par le gouvernement »<sup>139</sup>.

Les buts étant éclaircis, encore faut-il déterminer quels sont les moyens envisagés pour y parvenir, étant entendu que, comme la grande majorité de la doctrine, il faudra focaliser l'attention sur l'extension des obligations aux personnes privées<sup>140</sup>.

#### (b) Les moyens envisagés

Le renforcement du périmètre de la protection des droits fondamentaux aux personnes privées délégataires peut prendre deux voies majeures<sup>141</sup>. La première consiste à réformer la doctrine de l'action d'État telle qu'interprétée par la Cour suprême<sup>142</sup>. Michele Estrin Gilman résume la tendance générale en parlant de la nécessité qu'elle devienne « plus solide »<sup>143</sup>, ce qui permettrait l'application directe des dispositions constitutionnelles dans un nombre beaucoup plus important de situations.

Étant donné les obstacles de cette première voie liés à la stricte position de la Cour suprême, les auteurs en envisage une seconde de façon plurielle. Il s'agit d'assurer un renforcement des garanties des droits de façon indirecte. Pour Jody Freeman, cette extension aux personnes privées peut être effectuée à travers des mécanismes comme « le budget, la réglementation, et le contrat »<sup>144</sup>. De manière assez proche, Ellen Dannin évoque « la loi, le

---

<sup>139</sup> Jody Freeman, *Extending Public Law*, *op. cit.*, p. 1285.

<sup>140</sup> En ce qui concerne les moyens visant à borner en amont le domaine des délégations, deux voies sont avancées. Tout d'abord, pour Paul Verkuil, il faudrait appliquer les garanties existantes, particulièrement la *Non delegation doctrine* (étudiée *supra*, pp. 226 et s.). Il s'agit d'une position plus catégorique que la seconde voie, qui elle fait appel à une approche *in concreto* et non plus *in abstracto*. Il faudrait alors faire une étude au cas par cas des conséquences de la délégation concernée pour les droits individuels. Le problème ne serait pas lié au principe ou au domaine de l'implication des personnes privées, mais à ses effets éventuels sur les droits individuels et sur le respect des règles encadrant l'action du gouvernement. Selon Gillian Metzger qui défend cette approche, la recherche devrait porter sur le fait de savoir « si les délégations du pouvoir gouvernemental au secteur privé sont structurées de manière à garantir la responsabilité constitutionnelle », *Privatization as Delegation*, *op. cit.*, p. 1502. Si tel est le cas, alors ces pratiques ne seraient pas contestables, nonobstant leur étendue.

<sup>141</sup> Il faut remarquer que la solution la plus radicale, celle qui consisterait à amender la Constitution fédérale, n'est pas explorée par la doctrine étant donné son extrême difficulté.

<sup>142</sup> V. Daphne Barak-Erez, *A State Action doctrine for an Age of Privatization*, *Syracuse L. Rev.*, vol. 45, 1995, pp. 1169 – 1192. D'autres auteurs souhaitent même depuis longtemps sa disparition ; v. Erwin Chemerinsky, *Rethinking State Action*, *op. cit.*

<sup>143</sup> Michelle Estrin Gilman, *Legal Accountability in an Era of Privatized Welfare*, *Cal. L. Rev.*, vol. 89, 2001, pp. 569 – 642, ici p. 642.

<sup>144</sup> Jody Freeman, *Extending Public Law*, *op. cit.*, p. 1285.

contrat, et la jurisprudence »<sup>145</sup>. Si ces moyens se trouvent souvent couplés, il faut les distinguer avec intérêt. L'utilisation de l'arme contractuelle pour aboutir aux résultats escomptés est envisagée comme la première voie<sup>146</sup>, c'est-à-dire comme l'exercice d'une contrainte sur les délégataires en échange de leur participation aux activités correspondantes. L'intervention par la réglementation passe quant à elle, dans une optique proche, par l'édition de normes générales. À ce titre, certains auteurs mettent l'accent sur la nécessité d'étendre les garanties du droit administratif aux délégataires. Il s'agirait en priorité du *Administrative Procedure Act (APA)*, mais aussi du *Freedom of Information Act (FOIA)*. Paul Verkuil ou Alfred Aman<sup>147</sup> défendent l'idée de l'instauration d'un « nouveau *Administrative Procedure Act* privé »,<sup>148</sup> là où d'autres penchent vers des dispositifs proches mais plus ciblés<sup>149</sup>. De manière similaire, l'utilisation de mécanismes financiers pourrait être un appui important. Puisque, comme on le sait, le mouvement contemporain tendant à une délégation toujours plus poussée au secteur privé est largement favorisé par le gouvernement fédéral, notamment depuis le *PRWORA* de 1996<sup>150</sup>, il serait envisageable pour le Congrès de lier les subventions qu'il verse au respect de certaines conditions d'utilisation des fonds. Dans le cadre de cette loi, le gouvernement fédéral pourrait très bien imposer ces garanties aux États fédérés qui délèguent ensuite les missions correspondantes au secteur privé. Il est enfin intéressant de se pencher sur les mécanismes juridictionnels. Les tribunaux pourraient eux aussi chercher à prolonger certaines garanties protectrices des droits individuels aux contrats passés pour les délégations<sup>151</sup>.

En définitive, les solutions proposées par la doctrine sont nombreuses. Cependant, nonobstant leur grande variété, il est essentiel à l'heure d'évaluer leur pertinence de comprendre leur trait unitaire tel qu'il procède de la conception américaine du droit public.

---

<sup>145</sup> Ellen Dannin, *Red Tape or Accountability*, *op. cit.*, p. 147.

<sup>146</sup> V., globalement, Jody Freeman et Martha Minow (dir.), *Government by Contract*, *op. cit.*

<sup>147</sup> Alfred Aman, *The Democracy Deficit*, *op. cit.*, pp. 150 – 151. Jack Beermann défend une vision similaire bien que dans des situations plus limitées ; *Privatization and Political Accountability*, *op. cit.*, en synthèse p. 1557.

<sup>148</sup> Paul Verkuil, *Privatizing Due Process*, *Admin. L. Rev.*, vol. 57, 2005, pp. 963 – 993, ici p. 991, qu'il nomme «PAPA» en référence à l'APA déjà abordé dans cette recherche.

<sup>149</sup> Dans le domaine militaire, v. Jon Michaels, *Beyond Accountability: The Constitutional, Democratic, and Strategic Problems with Privatizing War*, *Wash. U. L. Q.*, vol. 82, 2004, pp. 1001 – 1127, ici p. 1122 – 1124.

<sup>150</sup> V. *supra*, p. 271.

<sup>151</sup> Jody Freeman, *Extending Public Law*, *op. cit.*, p. 1321.

## 2) Le dilemme des solutions proposées

Il est possible de percevoir le fond du problème auquel les solutions de la doctrine américaine sont confrontées (a) en revenant au cœur du modèle américain tel qu'il conçoit le droit public (b), ouvrant par là à la nécessité de décloisonner les débats par un regard comparé (c).

### (a) Le dilemme pratique

Le problème majeur des solutions précédemment exposées est d'abord celui de la pratique, notamment concernant la volonté de réformer la doctrine de l'action d'État. Si un accord doctrinal existe très souvent pour changer les choses, alors pourquoi est-il si difficile d'avancer ? Par analogie, les auteurs qui proposent des solutions innovantes sont parfois eux-mêmes perplexes. Ainsi, Jody Freeman reconnaît qu'il existe un « scepticisme » à l'idée de publicisation qu'elle défend concernant l'extension des garanties constitutionnelles aux personnes privées délégataires<sup>152</sup>. De la même façon, Ellen Dannin, après s'être longuement interrogée sur la manière de mettre en œuvre la nécessaire réforme du droit américain en la matière, finit par interroger l'opportunité d'une telle solution<sup>153</sup>. Jon Michaels est également dubitatif après avoir mis en avant certaines solutions pour harmoniser les règles juridiques applicables au domaine militaire, se demandant au final si les mécanismes envisagés ne vont pas « détruire la raison d'être des délégations ? »<sup>154</sup>.

Les auteurs qui souhaitent un profond bouleversement sont généralement circonspects sur ses effets pratiques, pendant que la doctrine de l'action d'État reste fermement enracinée dans ses fondements historiques. Comment l'expliquer ? Il semble que cela caractérise une quadrature du cercle en l'état actuel des choses, c'est-à-dire que le modèle américain rend difficile tout changement sans remettre en cause ses fondements.

### (b) Le nœud du dilemme : la conception américaine du droit public

Axé sur une dialectique particulière entre les intérêts privés et le rôle de l'État, le droit public américain est avant tout un droit des individus contre l'État, non le droit d'une

---

<sup>152</sup> *Ibid.*, pp. 1329 et s.

<sup>153</sup> Ellen Dannin, *Red Tape or Accountability*, *op. cit.*, ici p. 151 et s.

<sup>154</sup> Jon Michaels, *Beyond Accountability*, *op. cit.*, p. 1126.

éventuelle puissance publique défendant une *res publica* qui ne fait pas sens aux États-Unis<sup>155</sup>. Ce faisant, la protection des droits et libertés est centrée sur un critère formel, autrement dit contre l'action publique, et non matériel, en d'autres termes fonctionnel. Ceci implique concrètement le caractère éminemment strict de la distinction public-privé qui est au cœur des problèmes auxquels le modèle américain fait face. Sur cette division, Paul Verkuil relève qu' « on ne peut pas vivre avec elle et on ne peut pas vivre sans elle. Elle est là depuis toujours, mais elle continue à ne pas fonctionner comme principe organisationnel »<sup>156</sup>.

Puisque le domaine d'application des droits fondamentaux dépend du rôle de l'État dans la régulation sociale, d'autres auteurs ont approfondi le dilemme américain autour de la question de la *State action doctrine* dans les termes suivants : « nous souhaitons dénoncer la rhétorique de l'action d'État car nous savons qu'elle cache des souffrances humaines auxquelles l'État pourrait pourtant remédier. Toutefois, nous saluons également le fait qu'elle préserve un espace pour le développement de la liberté individuelle que l'État pourrait détruire. Étant donné cette ambivalence, il n'est pas surprenant d'observer une certaine confusion dans la jurisprudence de la Cour suprême relative à la doctrine de l'action d'État. Ce désordre n'est pas la conséquence d'un raisonnement bâclé ou d'une manipulation de la doctrine dépourvue de tout principe, mais au contraire le fruit d'une difficulté profonde tenant à la manière de penser le droit constitutionnel »<sup>157</sup>.

Il est intéressant de souligner un point important au moment d'évaluer la *State action doctrine*. Comme il a été dit, elle est apparue en 1883 à propos des questions de discrimination raciale, et s'est ensuite étendue aux autres libertés du *Bill of Rights*. Certains auteurs ont soutenu qu'elle avait alors été pensée spécifiquement pour ce domaine symboliquement et historiquement très chargé outre-Atlantique<sup>158</sup>. C'est d'ailleurs à son propos que les avancées les plus significatives ont été constatées, notamment dans la mesure où ce mouvement a abouti aux grandes lois des années 1960 (*Civil Rights Acts*). Cet objectif atteint, au moins en partie, il est possible de penser que la jurisprudence n'a pas souhaité étendre son caractère favorable aux autres domaines, c'est-à-dire concrètement faciliter l'accroissement des prescriptions constitutionnelles aux relations privées, ce qui démontre

---

<sup>155</sup> V. *supra*, pp. 186 et s.

<sup>156</sup> Paul Verkuil, *Outsourcing Sovereignty. Why Privatization of Government Functions Threatens Democracy and What We Can Do About It*, Cambridge University Press, 2007, p. 78.

<sup>157</sup> Vicky Jackson et Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law, op. cit.*, p. 1435, citant Louis Michael Seidman et Mark Tushnet, *Remnants of Belief: Contemporary Constitutional Issues*, Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 70 – 71.

<sup>158</sup> Henry Friendly, *The Public Private Penumbra – Fourteen Years Later*, *U. Penn. L. Rev.*, vol. 130, 1982, pp. 1289 – 1295, not. pp. 1291 – 1292.

encore une fois le caractère très strict de la distinction public-privé au cœur du modèle américain. Mark Tushnet adopte une argumentation similaire<sup>159</sup>. À ses yeux, la réfutation de la jurisprudence *Lochner* permettait en théorie de rejeter les fondements de la *State action doctrine*. Toutefois, il n'en a rien été dans les faits<sup>160</sup>, preuve encore une fois du particularisme américain en matière de protection des droits fondamentaux, et plus globalement de conception du droit public.

L'extension des droits fondamentaux aux relations entre personnes privées supposerait de donner un rôle plus important à l'État dans la régulation sociale, à rebours des traditions américaines. Comment apporter des réponses appropriées ? Plutôt que de remèdes tous faits, la direction à suivre paraît être celle de l'éclairage par le droit comparé.

(c) L'ouverture nécessaire : penser autrement le droit public

Pour remédier aux problèmes américains, il faudrait, comme le dit Catherine Donnelly, adopter non plus une approche de la distinction entre public et privé fondée sur un critère formel correspondant à la nature juridique du délégataire, mais sur un critère matériel lié à l'activité en question. Daphne Barak-Erez résume cette idée en soulignant que la « définition de la sphère publique doit être non pas formelle mais plutôt fonctionnelle »<sup>161</sup>. Même un membre de la Cour suprême, le juge Stevens, a pu remarquer que « La véritable caractérisation du pouvoir gouvernemental devrait généralement dépendre de la nature du pouvoir, pas de l'identité de la personne qui l'exerce »<sup>162</sup>.

Cependant, pour garantir ce changement, il faudrait changer de référent, c'est-à-dire que le droit public américain devienne un véritable droit substantiel de la chose publique, ce qu'il n'est pas compte tenu de toute son histoire. Les États-Unis n'arrivent pas à penser les dilemmes des situations de délégation et leurs éventuelles solutions autrement qu'au sein d'un droit public tourné vers la défense des intérêts privés, non la promotion d'un intérêt général supérieur et matériel permettant une protection des droits et libertés plus importante et plus uniforme, en d'autres termes s'imposant quand nécessaire dans les relations individuelles. Il est dès lors utile d'apporter un éclairage comparé qui manque dans la doctrine américaine en

---

<sup>159</sup> V. Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2007.

<sup>160</sup> *Ibid.*, en synthèse pp. 176 – 177.

<sup>161</sup> Daphne Barak-Erez, *Civil Rights in the Privatized State*, *op. cit.*, ici p. 507.

<sup>162</sup> *Whitman v. American Trucking Associations Inc*, 531 U.S. 457 (2001), ici p. 488.

la matière<sup>163</sup>, permettant non plus une interrogation de l'intérieur d'un modèle mais sa confrontation de l'extérieur. Pour être intéressant, cet éclairage doit sortir des modèles de *common law*<sup>164</sup>. C'est pourquoi l'exemple français est indispensable aux débats<sup>165</sup>, notamment et pour reprendre les termes précédemment évoqués de Jody Freeman parce qu'il propose des solutions à même d'assurer une réelle « publicisation »<sup>166</sup> de la participation des acteurs privés. Ainsi, s'il s'agit d'une activité publique nécessaire à la vie en société, cette dernière est difficilement conciliable avec une pure et simple mise sur le marché et l'application du droit commun.

## §2. Mise en perspective par les solutions françaises

Pour appréhender les solutions que propose le droit français en termes de protection des droits fondamentaux dans les situations de gestion déléguée, il est nécessaire de toujours avoir à l'esprit la conception française du droit public<sup>167</sup>. Cela permet d'introduire aux garanties qui, tout en procédant de la même rationalité, peuvent schématiquement être rassemblées en deux groupes. D'une part, celles qui découlent en général du rôle actif de l'État dans la régulation sociale (A). D'autre part, celles prévues en grande partie par le droit administratif et qui concernent cette fois spécifiquement et directement les hypothèses de délégations (B).

---

<sup>163</sup> Les références aux expériences étrangères en matière de délégations / privatisations sont souvent rares dans la doctrine sur le sujet. Pour des exemples récents, v. Paul Verkuil, *Outsourcing Sovereignty*, *op. cit.* ; ainsi que Martha Minow et Jody Freeman (dir.), *Government by Contrat*, *op. cit.*

<sup>164</sup> C'est la critique qui peut être faite à l'ouvrage au demeurant très intéressant de Catherine Donnelly, *Delegation of Governmental Power*, *op. cit.*, à savoir que la perspective comparative axée essentiellement sur les droits américain et anglais ne peut qu'aboutir à constater des similitudes, alors qu'une confrontation avec un système différent de la *common law*, à savoir le modèle français pour le citer, est semble-t-il plus pertinent.

<sup>165</sup> Catherine Donnelly, *ibid.*, fait référence à la jurisprudence de la CJCE déjà citée dans l'affaire *Meroni* (*Meroni et Cie c/ Haute autorité de la CECA*, *supra* note 97 p. 228). La Cour limita les possibilités de délégations, celles-ci ne devant pas porter sur des pouvoirs discrétionnaires dont l'exercice nécessite la prise en compte d'éléments de nature politique, sous peine d'affecter la répartition des responsabilités établies par les Traités communautaires. Il s'agissait d'une délégation concernant l'activité normative, ce qui est logique eu égard aux compétences de l'Union européenne. Cette décision est intéressante, mais le contexte européen étant spécifique, le cas français sera développé avec plus d'intérêts.

<sup>166</sup> Jody Freeman, *Extending Public Law*, *op. cit.*

<sup>167</sup> Il faut envisager les développements qui suivent dans le prolongement de la présentation générale faite *supra*, pp. 338 et s.

## A. Une protection générale des droits fondamentaux

Alors que le droit américain restreint l'application des droits fondamentaux aux relations entre personnes privées, la nature du droit public français permet au contraire cette extension (1). L'exemple du droit du travail sera pris pour permettre une comparaison avec les solutions américaines précédemment évoquées (2).

### 1) Une protection verticale et horizontale

Les conséquences des conceptions françaises concernant la coordination sociale sont essentielles à l'heure d'évaluer la protection des droits et libertés. En effet, les devoirs prescrits par la Constitution aux autorités étatiques impliquent que les droits fondamentaux soient étendus aux rapports entre individus<sup>168</sup>. Ainsi, les différents droits sont protégés indistinctement de manière verticale, c'est-à-dire contre les personnes publiques, mais aussi de manière horizontale entre personnes privées, et dans ce cadre c'est la loi qui joue un rôle central et n'est pas enserrée dans toutes les contraintes de son homologue américain.

Pour prendre un exemple concret, la liberté d'expression en France est certes garantie contre ses éventuelles violations par l'État, mais elle est aussi assurée par son intervention qui permet d'en garantir l'effectivité dans toutes les relations juridiques, notamment par sa conciliation avec d'autres objectifs essentiels à la société. Jean Morange souligne que « le droit français a toujours admis que la liberté d'expression devait être conciliée avec d'autres libertés ou droits de même valeur. Pour des raisons distinctes, liées au rôle globalement assigné à l'État, il reflète également une tendance à vouloir organiser, ou plus exactement aménager, la liberté afin de rendre celle-ci plus effective »<sup>169</sup>. L'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen met l'accent sur ce rôle de l'État lorsqu'il dispose que « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté *dans les cas déterminés par la loi* »<sup>170</sup>.

Cela permet une harmonisation de la protection des droits individuels, et d'éviter nombre de dilemmes américains, notamment concernant la problématique liée à la *State*

---

<sup>168</sup> Le Conseil constitutionnel « entend les droits fondamentaux comme s'appliquant aussi aux relations privées », Louis Favoreu (*et al.*), *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 810.

<sup>169</sup> Jean Morange, La conception française de la liberté d'expression, in É. Zoller (dir.), *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, *op. cit.*, pp. 157 – 172, ici p. 165.

<sup>170</sup> Nous soulignons.

*action doctrine* qui, comme l'a souligné Michel Troper, n'a pas de raison d'exister en France<sup>171</sup>. Le droit public français conçu comme un véritable droit de la puissance publique n'est pas, comme outre Atlantique, un droit formel tourné contre l'État, mais un droit matériel permettant de réaliser une conception substantielle de l'intérêt public, et touchant à ce titre directement les intérêts privés. Élisabeth Zoller souligne à ce sujet qu'en France, « les prérogatives de puissance publique présentent la particularité de toucher aux droits des personnes privées (...) en affectant leurs droits et intérêts sans leur consentement, de façon unilatérale, directe et immédiate, sans passer par un juge »<sup>172</sup>.

Pour s'en rendre compte, de la même façon qu'il a précédemment été fait mention à titre illustratif des conséquences des visions américaines sur le droit du travail, il est utile de dire quelques mots comparés en droit français à ce sujet.

## 2) L'exemple du droit applicable aux relations de travail

Aux États-Unis, contrairement à leurs homologues du secteur public, les employés du secteur privé ne peuvent invoquer automatiquement la protection des libertés constitutionnelles, et doivent se contenter des « lois sur les droits civils et des principes de la *common law* »<sup>173</sup>, qui sont, comme il a été dit, « moins développés »<sup>174</sup>. Il y a donc ici une divergence de traitement réelle selon la nature juridique de l'employeur, comme par exemple en ce qui concerne la protection de la liberté d'expression.

*A contrario*, le droit français offre traditionnellement un visage différent en la matière<sup>175</sup>, Patrick Morvan n'hésitant pas à parler d'une « inspiration »<sup>176</sup> possible pour le droit américain. L'idée générale est que l'ensemble des travailleurs est protégé de la façon la

---

<sup>171</sup> Michel Troper, Who Needs a Third Party Effect Doctrine? – The Case of France, in A. Sajo et R. Uitz (dir.), *The constitution in Private Relations. Expanding Constitutionalism*, The Hague, Eleven Publishing, 2005, pp. 115 – 128, ici p. 119.

<sup>172</sup> Élisabeth Zoller, *Introduction au droit public*, Précis Dalloz, 2006, pp. 215 – 216.

<sup>173</sup> Mark Rothstein (et al.), *Employment Law*, op. cit., p. 371.

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

<sup>175</sup> Ce qui n'empêche pas le droit du travail français d'être lui aussi travaillé par la logique de la gouvernance, qui passe par un recours moins important à la loi au profit des accords d'entreprises et autres conventions collectives. Cela a été rendu possible par le fait que le Conseil constitutionnel a déclaré que le principe de faveur n'avait pas valeur constitutionnelle. V. EDCE, *Le contrat*, op. cit., pp. 41 – 57, et pp. 141 – 154. Plus généralement sur l'évolution du droit du travail, v. Alain Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, coll. Quadrige, 2<sup>e</sup> éd., 2007.

<sup>176</sup> Patrick Morvan, La liberté d'expression des travailleurs en droits français et américain, op. cit., p. 193, et plus généralement pp. 193 – 199.

plus complète et la plus égale possible<sup>177</sup>, c'est-à-dire sans distinction de fonctions ou de personnes, même si évidemment tous les comportements ne sont pas permis. Concernant par exemple la liberté d'expression, les agents publics comme les salariés du secteur privé sont protégés avec efficacité et d'une manière unitaire, autrement dit sans égard à la nature juridique de leur employeur. Ainsi, le législateur français a mis en place avec la loi Auroux du 4 août 1982 une très large protection de l'expression des salariés au travail, en prévoyant un « droit à l'expression directe et collective sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail »<sup>178</sup>, permettant à la liberté de parole de ne plus s'arrêter « aux portes de l'entreprise »<sup>179</sup>. Ce droit à l'expression se conjugue de surcroît avec la liberté d'expression qui l'enrobe, octroyant une double protection du salarié, tant dans l'entreprise qu'en dehors de celle-ci<sup>180</sup>. Concernant les agents publics, cette liberté est protégée de manière similaire tout en restant dans certaines limites.

En définitive, des dissemblances significatives apparaissent entre les deux rives de l'Atlantique concernant l'étendue de la protection des droits fondamentaux, qui pourraient être multipliées dans d'autres parties du droit du travail<sup>181</sup> tout autant que dans d'autres branches du droit. Sans caricaturer ces divergences, il faut surtout ne pas s'arrêter aux garanties législatives puisqu'il paraît utile pour démontrer les spécificités françaises d'étudier aussi comment le juge administratif a protégé certains travailleurs qui avaient pu être exclus d'évolutions protectrices. Il s'agit plus spécifiquement des agents non titulaires de l'État, à savoir le personnel qui travaille au sein des administrations mais sans bénéficier du statut des fonctionnaires, et qui sont traditionnellement écartés des avancées législatives<sup>182</sup>. Pour permettre leur protection, le juge administratif a utilisé la notion de principes généraux du droit, dont il a imposé le respect à l'Administration dans de nombreux domaines. Cela a permis après la Seconde guerre mondiale d'assurer une meilleure protection générale des

---

<sup>177</sup> Sur les rapports entre droit du travail et personnes publiques, v. Fabrice Melleray, Christine Maugué et Anne Courrèges, Code du travail et personnes publiques, *AJDA*, n° 16, 28 avril 2008, pp. 855 – 860.

<sup>178</sup> Loi n° 82-689 du 4 août 1982.

<sup>179</sup> Jacques Chevallier, *L'État post-moderne*, L.G.D.J., coll. Droit et Société série politique, t. 35, 3<sup>e</sup> éd., 2008, p. 228.

<sup>180</sup> De sorte que, sauf abus de sa part, son expression ne peut donner lieu à une sanction.

<sup>181</sup> Sur le droit comparé du licenciement, v. Estelle Courtois-Champenois, *L'organisation du droit du licenciement aux États-Unis. Approche comparative des droits américain et français*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, coll. Centre de droit social, 1997. Plus généralement, du même auteur, v. *Le droit du travail américain, un droit de l'entreprise*, *op. cit.* Ces ouvrages démontrent en détails le particularisme du droit du travail américain.

<sup>182</sup> V. Carole Moniolle, *Les agents non titulaires de la fonction publique de l'État. Entre précarité et pérennité* (préf. P. Rodière), L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, t. 208, 1999.

droits fondamentaux<sup>183</sup>. Plus particulièrement pour ce qui concerne ces développements, le juge a étendu cette théorie en matière de relations de travail<sup>184</sup>. Ainsi a-t-il pu tirer de la législation sociale applicable d'une manière générale en France que l'interdiction pour un employeur de licencier une femme enceinte, sauf cas très particuliers, était applicable à toutes les travailleuses, quels que soient leur statut ou leur employeur, et donc même au personnel contractuel travaillant dans l'administration<sup>185</sup>. Si la reconnaissance n'est pas allée jusqu'à poser le principe que tous ces personnels devaient bénéficier d'une protection au moins équivalente à celle prévue pour les salariés par le droit social, le Conseil d'État a pu en étendre la portée à d'autres situations à partir des années 1980. Il a notamment reconnu que ces personnes devaient percevoir une rémunération au moins égale au SMIC<sup>186</sup>.

La protection des droits organisée par la loi mais également par l'intervention des juridictions démontre l'importance en France d'une appréhension substantielle de la chose publique qui sous-tend l'action de l'État. Il ne faut cependant pas s'arrêter là, car le droit public français, et en particulier son droit administratif, démontre dans la continuité d'autres spécificités qui éclairent directement les problèmes posés aux États-Unis dans les hypothèses de délégations.

## B. Une protection particulière dans les hypothèses de délégation

Du fait de la nature privée du délégataire, l'idée de départ est que ces situations entraînent une soumission importante de l'activité concernée au droit privé. Comme il vient d'être souligné, ce n'est toutefois pas *de facto* la source d'un traitement différent de la protection des droits fondamentaux comme aux États-Unis. Surtout, le droit public français, porteur traditionnel d'une vision substantielle de l'intérêt général, a deux effets majeurs dans ces situations. Le premier a déjà été traité précédemment<sup>187</sup>, et permet en amont de borner le domaine de l'implication des personnes privées lorsque les activités en jeu concernent de manière substantielle le cœur de la chose publique (1). Le second a quant à lui seulement été abordé mais doit ici être détaillé. Il permet cette fois en aval, c'est-à-dire lorsque la

---

<sup>183</sup> V. les commentaires sous l'arrêt du CE, Sect., 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*, Rec. p. 151, in Marceau Long (et al.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 16<sup>e</sup> éd., 2007, pp. 437 – 460.

<sup>184</sup> *Ibid.*, les commentaires sous l'arrêt du CE, Ass., 8 décembre 1978, *GISTI*, Rec. p. 493, pp. 632 – 643, surtout pp. 641 – 643.

<sup>185</sup> CE, Ass., 8 juin 1973, *Dame Peynet*, Rec. p. 406.

<sup>186</sup> CE, Sect., 23 avril 1982, *Ville de Toulouse c. Mme Aragnou*, Rec. p. 152.

<sup>187</sup> V. *supra*, pp. 252 et s., notamment concernant la notion de services publics constitutionnels.

participation est possible, de mettre en place un régime juridique spécifique, que ces missions soient effectuées par des personnes publiques ou privées<sup>188</sup> (2).

### 1) En amont : retour sur la limitation du domaine des délégations

Sans revenir sur ce qui a déjà été dit, il faut rappeler qu'en France et contrairement aux États-Unis, certaines activités, c'est-à-dire certains services publics correspondants à des missions fondamentales de l'État, ne sont pas susceptibles de voir leur gestion déléguée au secteur privé. Il s'agit d'une illustration des volontés françaises de concilier intérêt public et intervention des personnes privées. Celle-ci est possible, mais reste enserrée dans un modèle français qui est attaché à l'idée que l'intérêt de la société est distinct de l'ensemble des intérêts individuels de ses membres, qu'il doit de ce fait être promu face à ces derniers, ce qui nécessite parfois de le protéger par une gestion spécifique.

Il ne faut toutefois pas faire preuve d'une sorte d'angélisme, dans la mesure où la participation des personnes privées à la gestion des services publics est devenue générale au tournant du XXI<sup>e</sup> siècle<sup>189</sup>. Néanmoins, il semble que le cœur du modèle demeure, ce qu'a récemment rappelé le Conseil d'État<sup>190</sup>.

Il s'agit là d'une première réponse aux difficultés américaines. Cette spécificité hexagonale est d'autant plus intéressante qu'il est impossible d'analyser les limites au domaine des délégations de manière indépendante du régime juridique correspondant. En effet, ce régime protège de manière bien particulière les activités déléguées, qu'elles qu'en soient les formes juridiques précises.

### 2) En aval : le régime juridique de l'exercice des délégations

Lorsqu'une personne privée participe à des missions de services publics, l'importance de la promotion de la chose publique peut être mise à jour à travers le régime juridique qui y

---

<sup>188</sup> Ce faisant, il se retrouve ici matérialisé ce qui a déjà été dit concernant la nécessité de coupler une étude sur le domaine des délégations (et des instruments de la gouvernance en général) avec celle de leur régime juridique. V., *supra* note 2 p. 206.

<sup>189</sup> Ramu De Bellecisz, *Les services publics constitutionnels*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, t. 244, 2005.

<sup>190</sup> Ainsi a-t-il pu déclarer, *in fine*, que « la place du contrat demeure très limitée dans les matières régaliennes. Et il n'est guère souhaitable qu'elle s'y étende », EDCE, *Le contrat*, *op. cit.*, p. 185.

est associé dans deux cas connexes<sup>191</sup>. Il s'agit, d'une part, des hypothèses de droit commun correspondant aux délégations de la gestion de services publics (a) mais également, d'autre part, des situations proches bien que ne rentrant pas dans cette catégorie particulière tout en restant liées à une implication de personnes privées dans une fonction traditionnellement publiques, et qui mérite dès lors une protection particulière<sup>192</sup> (b).

(a) Les délégations de services publics (les délégations *stricto sensu*)

Initialement, « la notion de service public se définissait par la combinaison idéale de trois éléments : l'élément matériel – une activité d'intérêt général, l'élément organique – la prise en charge par une personne publique, et l'élément formel – la soumission au régime administratif, donc dérogoire au droit commun. Si le premier élément demeure, avec tous les aléas que son identification laisse persister, en revanche les deux autres ont subi l'altération du temps »<sup>193</sup>.

Si l'altération dont parlent les auteurs est réelle et paraît ressembler aux mouvements américains, ses conséquences pour les droits des citoyens sont pourtant largement différentes. En effet, nonobstant la nature juridique du délégataire<sup>194</sup>, il est essentiel de souligner que l'intérêt général, autrement dit la défense matérielle de la chose publique, implique que certains principes garants du respect effectif des droits fondamentaux restent tout le temps applicables. Il s'agit évidemment des « lois du service public » ou « lois de Rolland », qui permettent de faire peser un certain nombre d'obligations dans l'exercice de missions de

---

<sup>191</sup> Si des différences notoires entre les deux côtés de l'Atlantique existent en ces matières, il en va *a priori* de même en ce qui concerne plus généralement le régime juridique des contrats administratifs. Laurent Richer souligne ainsi que « Le droit français est de ceux qui vont le plus loin dans la définition d'un régime spécifique des contrats de l'administration. Une tendance fréquente des droits étrangers, même lorsqu'ils connaissent un droit administratif, est de considérer que l'utilisation du contrat par l'administration entraîne la soumission au droit commun », *Droit des contrats administratifs*, Manuel L.G.D.J., 5<sup>e</sup> éd., 2006, p. 33. Néanmoins, et l'auteur le note, les différences sont moins importantes dans la réalité puisque le droit américain a permis, notamment au niveau fédéral, de faire bénéficier le gouvernement de certains pouvoirs dérogoires au droit commun dans l'exécution de ses contrats avec des prestataires privés. Il est notamment prévu comme en France un certain pouvoir de modification unilatérale (*contract modification*) et la résiliation unilatérale (*termination for convenience*). En détails, v. Frank Alston, Margaret Worthington et Louis Goldsman, *Contracting with the Federal Government*, 3<sup>d</sup> ed., Somerset, Wiley & Sons, 1992.

<sup>192</sup> V. la distinction faite précédemment dans les développements concernant la gestion publique entre délégations *stricto* et *lato sensu*, *supra* pp. 244 et s.

<sup>193</sup> Jean-Louis Autin et Catherine Ribot, *Droit administratif général*, Litec, coll. Objectif droit, 4<sup>e</sup> éd., 2005, p. 158.

<sup>194</sup> Et peu importe si le service public délégué est à caractère industriel et commercial (SPIC) ou administratif (SPA).

service public. C'est là un élément décisif eu égard aux problèmes américains marqués par la distinction organique et non matérielle entre public et privé.

Sans entrer dans le détail d'une thématique connue et développée dans tous les ouvrages de droit administratif français<sup>195</sup>, encore faut-il souligner que ces principes sont traditionnellement au nombre de trois. Le premier est celui de continuité, qui implique le fonctionnement régulier des services publics sans interruptions autres que celles prévues par les textes<sup>196</sup>. Outre les questions liées à la grève, ce principe a des conséquences importantes sur le régime des concessions de service public puisque l'interruption de l'activité constitue une faute grave pouvant entraîner la déchéance, sauf circonstances particulières liées aux théories du fait du prince ou de l'imprévision<sup>197</sup>. Le deuxième est le principe de mutabilité, à savoir l'obligation d'adapter le service public aux évolutions et aux nécessités de l'intérêt général, ce qui permet notamment à l'administration de modifier unilatéralement le contrat public dans certaines circonstances<sup>198</sup>, ouvrant alors droit à indemnisation pour le délégataire. Le troisième, enfin, est le principe d'égalité<sup>199</sup>, qui interdit que le service public soit assuré de façon discriminatoire, et qui suppose l'idée de neutralité dont la laïcité est un élément.

(b) La participation à des activités liées à la chose publique (les délégations *lato sensu*)

Dans cette seconde hypothèse, c'est-à-dire lorsqu'il y a absence formelle d'une délégation de la gestion d'un service public susceptible d'entraîner l'application des dispositions protectrices évoquées ci-dessus, l'esprit de l'intérêt général continue de s'appliquer au régime juridique applicable aux entreprises privées impliquées. Cette garantie, rapidement abordée dans les développements concernant le domaine de l'implication en France, est essentielle et doit être ici précisée tant elle vient caractériser un autre élément déterminant de la conception française du droit public.

---

<sup>195</sup> V. par exemple Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, coll. Domat droit public, 5<sup>e</sup> éd., 2008, pp. 230 et s.

<sup>196</sup> Ce principe a valeur constitutionnelle, Décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, *Continuité du service public*. Il a été qualifié de « principe fondamental » par le Conseil d'État, 13 juin 1980, *Mme Bonjean*, Rec. p. 102.

<sup>197</sup> Selon que la cause de la modification de la rupture d'équilibre financier est imputable à une personne publique (la personne contractante ou une autre), ou à un événement de force majeure. Ces théories permettent de faire évoluer les services publics tout en ouvrant droit à indemnisation pour le délégataire.

<sup>198</sup> CE, 10 janvier 1902, *Cie nouvelle du gaz de Deville-Lès-Rouen*, Rec. p. 5.

<sup>199</sup> Principe qui a lui aussi une valeur constitutionnelle, décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*.

Un exemple peut être tiré du domaine des activités de sécurité intérieure. Toutes les lois adoptées depuis les années 1980 ont permis une implication croissante des personnes privées dans ce secteur<sup>200</sup>, si bien qu'il n'existe de monopole public que sur le noyau dur correspondant aux missions de souveraineté liées à la sécurité. Cependant, ces textes ont pris soin d'encadrer précisément l'exercice de ces fonctions, avec pour dernier exemple en date un décret du 9 février 2009 obligeant les salariés exerçant une activité de surveillance et gardiennage, transport de fonds et protection physique des personnes, à solliciter une carte professionnelle auprès des préfetures<sup>201</sup>. Ce faisant, cette participation croissante s'est globalement accompagnée « d'une 'publicisation' de son exercice, et du respect de tout un arsenal de procédures imposées par le législateur ou l'autorité réglementaire, afin de ne pas conduire à une généralisation, ou à des excès qui rendraient cette concurrence dangereuse, et attentatoire aux libertés individuelles »<sup>202</sup>. Dès lors, « Il n'y a plus de monopole étatique, il y a une hégémonie étatique, conforme à la tradition française qui postule toujours la suprématie de l'État dans un domaine qui est au cœur des missions de souveraineté (...). Cette hégémonie se marque par le regain de la puissance publique dans la régulation, compensant son reflux dans la gestion de certaines formes de sécurité »<sup>203</sup>.

Dans la même optique, d'autres secteurs particuliers qui touchent de près au cœur de la chose publique sont eux aussi soumis à un contrôle de l'État en dehors des hypothèses de délégations de la gestion de service public. Les cas typiques sont ceux de l'éducation ou de la santé, pour lesquels un régime particulier a été prévu, qui permet au final de retrouver l'empreinte de la régulation sociale par l'État. Concernant la première, c'est pour les écoles privées que la comparaison est la plus intéressante, même si le régime juridique de l'école à domicile (*home schooling*) révèle lui aussi des différences significatives des deux côtés de l'Atlantique<sup>204</sup>. Pour les établissements privés<sup>205</sup>, différents dispositifs leur ont permis de

---

<sup>200</sup> V. not. *supra*, note 194 p. 247.

<sup>201</sup> Décret n° 2009-137 du 9 février 2009 relatif à la carte professionnelle, à l'autorisation préalable et à l'autorisation provisoire des salariés participant aux activités privées de sécurité. L'obtention de cette carte est soumise au respect d'un ensemble de conditions liées à la probité et à la bonne conduite.

<sup>202</sup> Pierre-André Lecocq, L'approche constitutionnelle et législative de la privatisation de la sécurité en France, in J.-J. Roche (dir.), *Insécurités publiques, sécurité privée ? Essais sur les nouveaux mercenaires*, Economica, coll. Défense, 2005, pp. 47 – 84, ici p. 78. Ainsi, les gardes privés ne peuvent procéder aux palpations et autres contrôles des bagages qu'avec le consentement des personnes concernées ; la surveillance sur la voie publique n'est autorisée que de manière exceptionnelle, tout comme le port d'armes qui est soumis à un décret en Conseil d'État. Globalement, ces activités sont soumises à un contrôle et à une surveillance poussés de l'État.

<sup>203</sup> *Ibid.*, p. 84. Sur ce régime, v. Florence Nicoud, La participation des personnes privées à la sécurité publique : actualité et perspectives, *RDP*, 2006, n° 5, pp. 1247 – 1274, surtout pp. 1266 – 1268.

<sup>204</sup> En France, la loi a institué une instruction obligatoire. Elle peut être dispensée « soit dans les établissements ou écoles publics ou privés, soit dans les familles par les parents, ou l'un d'entre eux, ou toute personne de leur choix », article L. 131-2 du code de l'éducation. C'est sur cette base que, depuis 1882, quelques milliers de

passer des contrats avec l'État, ce que la quasi-totalité a fait pour des raisons financières. Bien qu'indépendantes, ces écoles sont de cette façon soumises à des obligations qui les rapprochent largement des écoles publiques, notamment en termes de programmes éducatifs. Cette spécificité française se matérialise par une catégorie juridique proche bien que distincte de la délégation de la gestion de service public. Il s'agit de l'association au service public. *De jure*, les établissements concernés n'ont pas le statut de gestionnaires de service public et ne sont donc pas directement soumis à l'application des grandes lois du service public<sup>206</sup>. Ces principes sont-ils pour autant évincés ? En réalité, l'État garde un droit de regard sur la gestion de l'activité, si bien que, *de facto*, ces lois sont quand même applicables<sup>207</sup>.

Le traitement en France de l'implication des intérêts privés dans l'action publique est bien différent du phénomène américain décrit précédemment. Le droit public français fait preuve d'adaptabilité pour aboutir au respect de certaines garanties considérées comme étant d'intérêt général pour de nombreuses activités, peu importe qui en est le responsable et quelle en est la forme juridique exacte. En définitive, ce droit protège de manière particulière toutes les activités d'intérêt général considérées comme étant bénéfiques à l'ensemble de la société, reflétant une vision substantielle de la chose publique.

---

familles ont continué d'assurer directement l'instruction de leurs enfants. Néanmoins, différentes réformes, notamment depuis les années 1990, ont sensiblement augmenté les contrôles exercés dans ces hypothèses. En comparaison et même s'il est impossible de faire le point sur toutes les lois d'États, il faut relever d'une manière générale que le contrôle par les autorités publiques est plus limité aux États-Unis. Pour une présentation générale de cet encadrement mesuré par les États fédérés, v. Dan Lips et Evan Feinberg, *Homeschooling: A Growing Option in American Education*, 2008 (disponible sur le site internet [www.heritage.org](http://www.heritage.org)).

<sup>205</sup> Cela est également valable pour les hôpitaux et cliniques privés. V. les articles L. 6161-1 et s. du code de la santé publique, et not. l'article L. 6161-10 qui dispose que « Les établissements de santé privés autres que ceux qui assurent le service public hospitalier peuvent conclure, pour un plusieurs objectifs déterminés, soit avec un établissement public de santé, soit avec un syndicat interhospitalier, *des accords en vue de leur association au fonctionnement du service public hospitalier (...)* » (nous soulignons). Pour une comparaison franco-américaine, v. James Russell, *Double Standard: Social Policy in Europe and the United States*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2006.

<sup>206</sup> Jacques Chevallier, L'association au service public, *JCP-G*, 1974, n° 2667, not. n° 27.

<sup>207</sup> *Ibid.*

## Conclusion chapitre 1

L'importance des droits individuels dans le modèle américain, et la limitation de l'État qui en découle, sont au fondement des dangers que représentent outre-Atlantique les situations actuelles de gouvernance. Les délégations d'activités par une personne publique à une personne privée en représentent l'exemple topique puisque, en cette qualité, cette dernière est moins susceptible de se voir opposer le respect des droits fondamentaux.

Les développements confirment encore une fois les dissimilitudes entre les deux rives de l'océan Atlantique. Dans ce cadre, les solutions françaises proposent des pistes pour les juristes américains. Il ne s'agit pas d'envisager des emprunts purs et simples, mais plutôt d'introduire à une réflexion sur la nécessité d'appréhender le droit public comme un droit commun de la chose publique, ce qui permet dans une logique protectrice d'étendre les garanties des droits et libertés aux relations entre personnes privées.

Il ne faut pas s'arrêter là, car le particularisme américain concernant la protection des droits fondamentaux permet aussi d'introduire au caractère propre de la conception américaine de la citoyenneté. Celle-ci paraît passer beaucoup plus par l'individu et le groupe privé que par la collectivité publique médiatisée par l'État. Si une telle réflexion est indispensable, elle a néanmoins du mal à être portée plus loin dans le cadre d'une étude isolée sur les droits. Il s'agit effectivement d'interroger la citoyenneté dans un cadre plus global, celui de la construction du lien politique et social. Dès lors, il est primordial d'approfondir l'étude des droits fondamentaux par des développements concernant les devoirs, pendant des premiers. Là encore le cadre spécifique du modèle américain est riche d'enseignements.

## Chapitre 2 : L'affaiblissement corrélatif des devoirs des citoyens

Le chapitre précédent a été l'occasion d'analyser les dangers que représente le mouvement de gouvernance aux États-Unis pour les droits fondamentaux des citoyens. Il ne faut toutefois pas s'arrêter là pour ouvrir à la citoyenneté, même dans ses aspects strictement juridiques. Traiter des seuls droits serait trop restrictif, voire incomplet, car « La réflexion sur le citoyen ne saurait ignorer les devoirs qui sont les siens »<sup>1</sup>. Pierre-Yves Verkindt soutient à ce propos qu'« Il n'y a de lien et de lien social en particulier que là où nous nous sentons obligés, avant de nous sentir titulaires de droits. Être citoyen, c'est d'abord être débiteur d'obligations »<sup>2</sup>. Les droits et les devoirs s'alimentent les uns les autres dans une dialectique au cœur de la construction du lien politique et social.

Il faut pourtant constater que la littérature est largement disproportionnée entre ces deux aspects indissociables<sup>3</sup>. Il semble qu'il y ait une « ambiguïté certaine qui affecte le concept de devoirs »<sup>4</sup>. L'exemple caractéristique consiste à souligner que l'expression « devoirs fondamentaux » n'est pas utilisée, contrairement à ce qui existe concernant les droits. Il s'agira donc, d'abord, d'opérer un renversement dans l'étude des droits vers les devoirs pour y voir plus clair dans la dialectique ici évoquée<sup>5</sup> (section 1). Partant de cet éclaircissement qui ne manquera pas de mettre à jour des différences historiques entre les deux rives de l'Atlantique, il sera possible d'envisager avec intérêt et dans chaque modèle les conséquences des mouvements contemporains liés à la gouvernance, marqués par une tendance unitaire au triomphe du « citoyen-consommateur »<sup>6</sup> (section 2).

---

<sup>1</sup> Daniel Gouadain, D'hier à demain, quels devoirs fiscaux ? Matériaux pour une mise en perspective, in G. Ferréol (dir.), *Rapport à autrui et personne citoyenne*, Presses Universitaires du Septentrion, 2002, pp. 41 – 72, ici p. 41.

<sup>2</sup> Pierre-Yves Verkindt, préf. in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, L.G.D.J., coll. Droit et Société, Recherche et travaux, t. 16, 2007, p. 8.

<sup>3</sup> Yves Madiot note l'ambivalence des auteurs, prolives sur les droits, mais beaucoup plus craintifs sur les devoirs, *Considérations sur les droits et les devoirs de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 111. V. aussi, en matière fiscale, Lucile Tallineau, Des droits et des devoirs, in *Frontière du droit, critique des droits, billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, L.G.D.J., 2007, pp. 201 – 209.

<sup>4</sup> Michel Levinet, *Théorie générale des droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit et justice, vol. 68, 2006, p. 39.

<sup>5</sup> Par ailleurs, il est aussi possible par ce biais d'étudier plus en détail les conséquences de la gouvernance sur les droits politiques, à propos desquels il a été dit précédemment (v. *supra*, note 9 p. 333) que la gouvernance ne semblait pas, au premier abord, avoir des répercussions concrètes négatives. Toutefois, il faut voir plus loin et comprendre que l'exercice des droits civils mais aussi politiques s'effectue dans un contexte global marqué par le respect des principes démocratiques et de l'État de droit. Or, la gouvernance a des conséquences importantes sur le sens de la démocratie.

<sup>6</sup> Si tant est qu'il ne s'agisse pas alors d'un oxymore.

## Section 1) L'importance des devoirs dans la construction de la citoyenneté

Avant tout, il faut faire mention des différents devoirs des citoyens pour envisager à partir de là leurs conséquences dans les sociétés démocratiques modernes sur la construction de la citoyenneté (§1). Si cette présentation constitue un socle commun pour toutes les sociétés démocratiques modernes, il convient de dépasser une présentation unitaire. En effet, les expériences américaine et française paraissent sensiblement se démarquer (§2), de sorte que les conséquences de la gouvernance devront être envisagées par la suite dans des contextes particuliers.

### **§1.** Les devoirs aux fondements de la citoyenneté

Comme l'analyse effectuée précédemment concernant les droits fondamentaux, il faudra d'abord présenter les devoirs auxquels sont en principe soumis les individus dans les sociétés démocratiques<sup>7</sup> (A). Ces développements devront être dépassés par la prise en compte de l'articulation de ces devoirs avec les droits dans le cadre de la dialectique au cœur de la citoyenneté moderne, faisant passer l'individu au rang de citoyen (B).

#### A. Les différents devoirs

Autant la littérature sur les droits des citoyens est immense, autant celle sur ses devoirs est très réduite. Elle reste marquée en France par la seule expérience constitutionnelle qui lui a été expressément consacrée et qui est restée lettre morte, celle de 1795<sup>8</sup>. Il faut avant tout mettre l'accent sur les « devoirs fiscaux »<sup>9</sup> (1) à l'intérieur d'un ensemble d'obligations qui sont importantes dans la construction de la citoyenneté (2).

---

<sup>7</sup> Pour des exemples concrets bien que ne concernant pas la France, v. Marc Verdussen, Sébastien Depré et Thomas Bombois, Les devoirs fondamentaux en droit constitutionnel comparé, in H. Dumont, F. Ost et S. Van Drooghenbroeck (dir.), *La responsabilité, face cachée de droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 261 – 291.

<sup>8</sup> Le seul texte constitutionnel français énonçant des devoirs en même temps que des droits fut en effet la Déclaration des droits et devoirs de l'homme et du citoyen de 1795. V., pour une histoire française en la matière, Jean-Pierre Nandrin, La question des devoirs dans les premières déclarations de droits de l'Homme, in H. Dumont, F. Ost et S. Van Drooghenbroeck, *La responsabilité, face cachée des droits de l'Homme*, op. cit., pp. 75 – 89.

<sup>9</sup> Daniel Gouadain, D'hier à demain, quels devoirs fiscaux ?, op. cit., p. 41.

## 1) Les devoirs du contribuable

Quel que soit le rôle précis qui lui est reconnu, et sauf peut-être dans les hypothèses d'anarchie complète, l'État a besoin de ressources financières pour remplir ses missions. C'est en quelque sorte l'air qui lui permet de respirer. Cela est vrai tant pour les fonctions traditionnelles comme l'entretien d'une armée ou d'une justice efficaces, que pour les activités plus récentes liées aux fonctions de l'État-providence (dépenses de santé, etc.).

Pour assurer ces frais, l'État peut avoir recours à des financements exceptionnels comme l'emprunt, et les dernières décennies ont marqué un accroissement très sensible de la dette publique dans de très nombreux pays. Mais c'est bien évidemment de la collecte de l'impôt que provient la majorité des ressources, permettant le fonctionnement de tout un ensemble de services qui ne pourraient être financés sans la participation de chacun.

La définition traditionnelle de l'impôt en France est celle que Gaston Jèze donnait dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle dans les termes suivants : « L'impôt est une prestation pécuniaire requise des particuliers par voie d'autorité, à titre définitif et sans contrepartie, en vue de la couverture des charges publiques »<sup>10</sup>. Sans entrer dans les détails, notamment concernant la question du traitement des cotisations sociales dans le cadre de la notion de « prélèvements obligatoires »<sup>11</sup> plus large que celle d'impôts, il faut surtout prendre en compte le poids de ces prélèvements pour comprendre la part du produit intérieur brut (PIB) qui est collecté sous forme fiscale par l'État puis remise en circulation par ses soins. Il s'agit dans une société donnée d'un « indicateur de la socialisation des besoins »<sup>12</sup>. À l'heure actuelle, en France, cette « pression fiscale »<sup>13</sup> est d'environ 45 %<sup>14</sup>, ce qui la situe dans la tranche haute des pays d'Europe continentale, avec notamment les pays scandinaves comme le Danemark et la Suède qui dépassent à peine les 50 %. La moyenne des pays de l'OCDE était d'environ 36 % en 2005. Ce chiffre ne doit toutefois pas cacher des disparités essentielles entre, d'une part, les pays européens, au moins d'Europe continentale<sup>15</sup> et, d'autre

---

<sup>10</sup> Gaston Jèze, *Cours de finances publiques, 1935-1936*, L.G.D.J., 1937, p. 39.

<sup>11</sup> La Constitution de 1958 parlant à son article 34 d' « impositions de toutes natures ».

<sup>12</sup> Annie Vallée, *Les systèmes fiscaux*, Le Seuil, coll. Points Economie, 2000, p. 22.

<sup>13</sup> Sur la justification à l'emploi de cette notion, même si elle paraît scientifiquement contestable, v. *supra*, note 5 p. 276.

<sup>14</sup> Les chiffres proviennent du document de l'OCDE, *Statistiques des recettes publiques, 1965 – 2006*, éd. OCDE, 2007. En synthèse, v. le tableau p. 47. Il faut souligner que ces statistiques débutent en 1965, de sorte qu'il sera fait référence à d'autres études pour des comparaisons plus anciennes.

<sup>15</sup> Le Royaume-Uni étant à 36 %, *ibid.*

part, l'Amérique du Nord, avec en première ligne les États-Unis où cette pression fiscale tourne aux alentours de 28 %<sup>16</sup>.

Sans discuter ni approfondir pour le moment le sens de ces différences significatives<sup>17</sup>, il faut constater que tous les pays, des plus au moins développés, recourent à l'impôt pour couvrir leurs dépenses. Voilà pourquoi cette obligation contributive pour chaque individu, mais aussi pour chaque entreprise ou groupement divers, peut être considérée comme un des premiers devoirs de la vie en société<sup>18</sup>. Le juge Holmes soulignait avec justesse que les « Impôts sont le prix que nous payons pour une société civilisée »<sup>19</sup>. Cette obligation fondamentale a été clairement posée en France en 1789, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen disposant que, « Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés »<sup>20</sup>. Outre l'existence des services afférents, la contrepartie de l'obligation de payer des impôts passe par le droit pour chacun d'y consentir<sup>21</sup>.

Ces données générales introduisent à la relation particulière qui se crée avec l'impôt : l'individu accepte de financer certaines dépenses collectives, de sorte qu'en retour la société lui permet de vivre librement en son sein. Avant d'entrer dans ces discussions, il faut relever que, si le devoir fiscal est essentiel dans cette construction sociale, il n'est pas le seul.

## 2) Les autres devoirs du citoyen

En dehors de l'obligation de contribuer aux charges communes, une place particulière doit être réservée à la question du vote (a) au sein des autres devoirs que les individus se doivent de respecter au titre d'une obligation juridique ou même seulement civique (b).

---

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> Il faut remarquer à ce stade que ces taux ne tiennent pas compte des dépenses fiscales, dont il a été dit qu'elles étaient pourtant significatives.

<sup>18</sup> Lucile Tallineau, *Des droits et des devoirs*, *op. cit.*, pp. 202 – 206.

<sup>19</sup> *Compania General de Tabacos de Filipinas v. Collector of Internal Revenue*, 275 U.S. 87 (1927), p. 100.

<sup>20</sup> Article 13.

<sup>21</sup> Article 14, Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

#### (a) Les débats liés au vote

Le vote n'est pas en principe un devoir dont la méconnaissance est sanctionnée par le droit, sauf exceptions. C'est le cas de la Belgique qui est généralement citée en exemple, puisque l'institution a été mise en place à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Cette pratique, étendue notamment en Australie pour les élections nationales, n'est applicable ni en France, ni aux États-Unis, et il s'agit là de débats sur lesquels il n'est pas utile de revenir<sup>22</sup>.

Il faut surtout souligner que la question du vote est souvent présentée sous l'angle non du devoir mais du droit, puisqu'il est le principal vecteur des droits politiques du citoyen. Est-ce à dire qu'il n'y a rien à en tirer en ce qui concerne la question des devoirs ? Il n'en est rien, car l'absence de sanction juridique tout comme l'importance du droit de voter ne doit pas cacher quelque chose qui est sous-jacent mais tout autant décisif, à savoir que l'individu a l'obligation civique de participer par ce biais à la vie collective. Même si le droit ne sanctionne pas le non-exercice du vote comme en matière fiscale, il n'en reste pas moins fondamental dans l'édification de la société, car il permet par le biais des élections de faire entendre la voix de ses membres et d'aider à constituer le corps social.

#### (b) Les devoirs supplémentaires

Le principe le plus général consiste à souligner que les individus doivent respecter la loi à l'édiction de laquelle ils ont participé, indirectement par l'élection de leurs représentants, ou directement par la voie référendaire. Ils doivent par ailleurs participer à la défense du pays, en temps de guerre mais aussi en temps de paix. Si les combats sont en principe « réservés » aux hommes, les deux guerres mondiales ont montré quels rôles essentiels pouvaient jouer les femmes dans la défense du pays (industrie, soins médicaux et infirmiers, participation à la résistance, etc.). Ces devoirs militaires ont évolué au cours des dernières décennies vers moins de prégnance compte tenu des mutations géostratégiques mondiales. À ce titre, et au moins dans les pays occidentaux, les armées de métier ont pris la suite de la conscription générale et obligatoire. Ceci fut effectif en France en 1997, où le service national obligatoire a été

---

<sup>22</sup> Un auteur comme Raymond Carré de Malberg s'interrogeait déjà au début du siècle sur la possibilité d'instaurer une sanction pour les citoyens n'exerçant pas leur droit de vote. V. *Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, 1920 & 1922, éd. Sirey, réimpression C.N.R.S., 2 vols., 1985. V., aussi, Auguste Adolph, *Le Vote obligatoire*, Thèse pour le doctorat soutenue le 24 mai 1901, Faculté de droit de Paris.

supprimé et remplacé par une journée de préparation à la défense<sup>23</sup>. Enfin, les individus doivent participer à la fonction juridictionnelle en tant que juré s'ils sont désignés<sup>24</sup>.

Au-delà de cette liste, il faut souligner d'une manière générale que chaque personne doit d'abord respecter les droits de ses semblables, qui sont identiques aux siens. Sur ce thème, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 établit que « l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits »<sup>25</sup>. Un individu a ce faisant et par exemple droit au respect de sa vie privée, mais il a aussi l'obligation de respecter celle des autres. De même, il ne doit pas empêcher quelqu'un de s'exprimer librement au nom de la supériorité supposée de ses propres idées.

Avec les devoirs affleure l'idée d'un engagement de l'individu vis-à-vis d'autres individus et, par conséquent, de la société en général. En retour, celle-ci lui reconnaît des droits. C'est là le cœur des théories du contrat social et l'essence de la citoyenneté. Cela nécessite d'étendre les débats sur la dialectique qui permet le passage de l'individu au citoyen.

## B. La dialectique des droits et des devoirs des citoyens

Les liens qui unissent les droits et les devoirs des citoyens sont sous jacents aux développements qui précèdent (1), et constituent le point de départ d'une réflexion plus générale sur les effets socialisants de la citoyenneté (2). Cette présentation constitue la base d'un schéma type qui devra être adapté au cas par cas eu égard au pays considéré. Pour être plus explicite, les développements qui suivent correspondent plus à la vision française qu'américaine.

### 1) La problématique

Le contexte particulier dans lequel la dialectique entre droits et devoirs opère permet d'introduire à ce qui va se créer avec la citoyenneté (a). Le domaine fiscal sert de parfaite illustration (b).

---

<sup>23</sup> Ce fut effectif dès 1973 aux États-Unis.

<sup>24</sup> Désignation par tirage au sort sur les listes électorales.

<sup>25</sup> Art. 4.

### (a) Les devoirs comme compléments des droits

L'énoncé quelque peu théorique qui précède doit être replacé dans l'idée que les droits et les devoirs ne peuvent pas être étudiés et compris séparément. Pierre-Louis Lecerf pouvait à ce propos affirmer dès 1850 qu'ils sont « corrélatifs, et l'on ne peut pas concevoir les uns sans l'existence des autres »<sup>26</sup>.

Énoncé de la sorte, ce rapport paraît ressembler à un rapport juridique classique comme le contrat synallagmatique de droit civil, par lequel deux personnes s'obligent l'une envers l'autre à des obligations qui sont autant de droits au profit de l'autre partie. Au-delà même du droit et d'éventuels liens juridiques existent des exemples dans lesquels différentes personnes entretiennent des rapports réciproques sous la forme de droits et de devoirs, notamment religieux ou moraux. Est-on avec la citoyenneté dans ce type de liens ? Certes, il faut certes avoir à l'esprit que l'on ne peut être débiteur d'obligations et bénéficiaire de droits que dans le cadre de rapports bilatéraux, c'est-à-dire envers d'autres personnes. Toutefois, lorsque c'est la citoyenneté qui est envisagée, la dialectique entre droits et devoirs est d'une autre nature que les simples relations juridiques issues du droit des contrats, car elle s'insère dans des relations liées à la création d'un lien politique et social. Il convient donc d'apporter une réponse négative à la précédente question puisque, en dehors des hypothèses de domination d'un aspect sur l'autre, c'est une société de citoyens partageant des valeurs et des buts communs qui se crée avec cette dialectique. L'exemple du devoir fiscal permet d'approfondir ce point.

### (b) L'impôt comme illustration

Il faut interroger la nature de la somme correspondant à l'obligation fiscale : s'agit-il, comme dans un contrat de vente, d'un prix payé en contrepartie d'un service rendu ? Il n'en est rien, car il y a quelque chose « de plus » derrière l'impôt, qui explique comment la médiation de la société opère une transformation de la nature du devoir fiscal. Ce n'est pas un individu qui verse une certaine somme d'argent pour obtenir un bien ou un service déterminé, c'est un citoyen qui contribue aux charges collectives de la vie d'une société qui, en retour, lui offre les conditions harmonieuses de développement personnel. L'impôt est de la sorte un

---

<sup>26</sup> Pierre-Louis Lecerf, *Du gouvernement et des citoyens, de leurs droits et de leurs devoirs respectifs*, Caen, impr. de Delos, 1850, p. 16.

véritable « fait social »<sup>27</sup>, un « fait de culture » comme l'écrivait le Doyen Vedel<sup>28</sup>, ce qui sous-entend de dépasser une approche strictement normative de l'impôt au profit d'une approche plus sociologique<sup>29</sup>.

Dans ce cadre, l'interrogation qui se pose est celle du « projet de société »<sup>30</sup> sous-jacent à l'impôt. Deux idéologies peuvent schématiquement être distinguées, liées à deux visions du contrat social : « la libérale et la républicaine »<sup>31</sup>. La première implique que la question de l'impôt est « celle de la lutte de la liberté contre l'État »<sup>32</sup> alors que, pour la seconde, le fait d'être voté par le Parlement implique que l'impôt est « par définition au service de la liberté politique »<sup>33</sup>.

Dans cette lignée et de manière concrète, deux théories visant à justifier le prélèvement fiscal s'opposent historiquement. La première est celle de l'impôt-échange<sup>34</sup>, la seconde celle de l'impôt-solidarité<sup>35</sup>. Dans les deux cas la fiscalité est reconnue comme nécessaire pour financer la vie en société, mais la portée des missions données au corps politique constitué, autrement dit à l'État, n'est pas du tout la même. En ce qui concerne la première, l'impôt est considéré comme un prix versé à ce corps en contrepartie de services rendus, même si ce n'est pas de façon individualisée. Cette vision civiliste mène à arguer de la nécessité d'une contrepartie caractérisée et proportionnelle à la somme versée, ce qui peut mener à des conclusions surprenantes<sup>36</sup>. C'est pourquoi la seconde théorie est venue historiquement la remplacer, ou du moins la contester très sérieusement dans les sociétés occidentales à partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>37</sup>, en parallèle des premiers balbutiements de

---

<sup>27</sup> Marc Leroy, *La sociologie de l'impôt*, coll. Que sais-je ?, PUF, 2002, p. 5.

<sup>28</sup> Georges Vedel, Présentation, *RFFP*, n° 1, 1983, pp. 1 – 6, ici p. 4.

<sup>29</sup> Marc Leroy, *La sociologie de l'impôt*, *op. cit.*

<sup>30</sup> Georges Vedel, Présentation, *op. cit.*, p. 4.

<sup>31</sup> V. Mikhaïl Xifaras, Introduction, in T. Berns, J-C. Dupont et M. Xifaras (dir.), *Philosophie de l'impôt*, Bruxelles, Bruylant, coll. Penser le droit, 2006, pp. 1 – 15, ici p. 9.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>34</sup> Ou impôt-prix. Pour Jean-Baptiste Geffroy, cette théorie véhicule l'idée d'un « impôt neutre », *Grands problèmes fiscaux contemporains*, PUF, coll. Droit fondamental – Droit financier, 1993, p. 26.

<sup>35</sup> Michel Bouvier, *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt*, L.G.D.J., coll. Systèmes, 8<sup>e</sup> éd., 2007, pp. 219 et s. V. aussi Emmanuel de Crouy Chanel, La citoyenneté fiscale, *APD*, L'impôt, vol. 42, 2002, pp. 39 – 77, not. pp. 61 – 77.

<sup>36</sup> Comme le note Michel Bouvier, « la logique de la théorie de l'impôt-prix impliquerait, en ce qui concerne les dépenses de caractère social, que les plus démunis soient plus imposés que les plus riches », *Introduction au droit fiscal*, *op. cit.*, p. 223.

<sup>37</sup> Par exemple, dès le début du siècle dernier et la mise en place des fondements du système fiscal moderne, Adéobart Boissard rejetait « la conception 'économico-juridique' de l'impôt suivant laquelle l'impôt est le prix dont le contribuable paie les services que lui rend l'État », *Les fondements de l'obligation à l'impôt. Cours donné à la X<sup>e</sup> session de la Semaine sociale de France*, Versailles, Gabalda, 1914, p. 5

l'interventionnisme public<sup>38</sup>. L'impôt devient l'expression d'un devoir social, et le projet de société qui y est adjoind implique qu'il va être considéré comme un impératif nécessaire à l'établissement d'un lien social fondé sur l'idée de solidarité. Cela justifie cette théorie, qui « se présente d'abord comme un procédé équitable d'imposition dans un système politique fondé sur l'État »<sup>39</sup>. Elle pousse à la mise en place d'un système tenant compte des capacités contributives de chacun, c'est-à-dire à la progressivité de l'impôt, mécanisme par lequel « le taux d'imposition croît en fonction de la progression de la base d'imposition »<sup>40</sup>.

Il est en définitive possible de différencier deux schémas qui, s'ils méritent des nuances tout en ne devant pas être apposés sur des pays de manière caricaturale, permettent de cadrer la réflexion en matière de fiscalité<sup>41</sup>. D'un côté, l'impôt-solidarité est lié à des prélèvements relativement importants qui seront pour certains axés sur la progressivité ; de l'autre et *a contrario*, l'impôt-échange renvoie à des prélèvements plus limités dans un système fondé en grande partie (ou en totalité) sur des mécanismes liés à la proportionnalité.

Les rapports entre impôt et société permettent de comprendre pourquoi a été historiquement dépassée la vision qui assimile strictement la somme correspondant à l'impôt à un simple prix payé en échange d'un service rendu par l'État. Lorsqu'un citoyen paie ses impôts, il ne s'agit pas pour lui d'acquitter comme dans le commerce un prix en échange d'un bien ou d'un service sur lequel les deux parties se seront mises d'accord comme étant un juste prix, c'est-à-dire déterminé par le jeu de l'offre et de la demande, mais d'œuvrer à la construction d'une société commune. Avec l'impôt, la dialectique des droits et des devoirs prend cette connotation particulière liée à la construction de la citoyenneté. Ce qui se crée, c'est un certain modèle de rapports entre l'individu et la collectivité, de sorte que les devoirs de l'individu mais aussi ses droits se transforment en autant de droits et devoirs du citoyen envers d'autres citoyens.

---

<sup>38</sup> Pour une synthèse, v. la contribution de Jean-Baptiste Geffroy in *Dictionnaire de culture juridique*, *op. cit.*, pp. 805 – 813, et notamment les deux finalités, celle de l'impôt neutre et de l'impôt lié à l'interventionnisme. Sur l'histoire de l'impôt, v. Gabriel Ardant, *Histoire de l'impôt*, 2 t., Fayard, 1971 et 1972.

<sup>39</sup> Michel Bouvier, *Introduction au droit fiscal*, *op. cit.*, p. 226.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 33. *A contrario*, la proportionnalité « consiste à appliquer à la base imposable un taux d'imposition fixe quel que soit le montant de celle-ci », même page.

<sup>41</sup> C'était l'argument de Georges Vedel, Présentation, *op. cit.*, p. 4.

Si le schéma ici décrit peut sembler très général dans la mesure où il tend à présenter toutes les expériences nationales sous les traits de l'unité<sup>42</sup>, il reste pertinent à un stade encore théorique de la démonstration.

## 2) Les droits et les devoirs aux fondements du lien politique et social

C'est en tenant compte de l'ensemble des droits et des devoirs qu'il est possible d'appréhender au fond le sens de la citoyenneté. Sa nature ainsi que les évolutions récentes qui l'affectent doivent être interrogées eu égard à ses effets, à savoir la constitution de la légitimité politique et du lien social. Les devoirs sont importants car ils permettent de limiter les prétentions liées aux droits, et ils « puisent leur force dans le rattachement (volontaire ou contraint) des individus à une communauté »<sup>43</sup>. C'est un ordre politique qui se crée et qui permet de limiter les dérives que les expériences consécutives à la prédominance des droits sur les devoirs sont susceptibles d'engendrer. Comme le dit Pierre Manent, « le grand obstacle, la grande entrave, à cette expérience immédiate c'est l'ordre politique en tant que tel, parce qu'il est la grande médiation, ou la médiation des médiations »<sup>44</sup>. Marcel Gauchet retient de la même façon que « Le politique est ce qui structure les communautés humaines en dernier ressort ; il est ce qui les fait tenir ensemble »<sup>45</sup>.

Il est traditionnellement considéré que « le politique » dont parlent ces auteurs a pris d'autant plus d'importance avec la consolidation de la citoyenneté autour, d'une part, de l'État et, de l'autre, de sa transformation sous les traits de l'État-providence au XX<sup>e</sup> siècle.

Concernant le premier point, Marcel Gauchet a démontré comment s'est constituée une sortie de la religion sous la forme de la constitution progressive des États nations à l'époque monarchique<sup>46</sup>. La source de la transcendance sociale a alors changé, mais le principe de sa nécessité a perduré, c'est-à-dire que les individus n'existaient que pensés de façon collective. Les conséquences sur leurs droits et leurs devoirs sont évidentes. Les

---

<sup>42</sup> Si la conception de l'impôt-prix a disparu en tant que modèle pur, et sous réserve qu'elle ait d'ailleurs jamais existé en tant que telle, certains de ses fondements restent plus ou moins applicables selon les conceptions de chaque pays et les périodes historiques. V., *infra*, pp. 388 et s.

<sup>43</sup> Yves Madiot, La place des devoirs dans une théorie générale des droits de l'homme, in *Pouvoir et liberté, études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 209 – 227, ici p. 219.

<sup>44</sup> Pierre Manent, *Cours familial de philosophie politique*, Gallimard, coll. Tel, 2001, p. 334.

<sup>45</sup> Marcel Gauchet, *La condition politique*, Gallimard, coll. Tel, 2005, p. 552.

<sup>46</sup> V., surtout, *Le désenchantement du Monde*, Gallimard, coll. Bibliothèque des sciences humaines, 1985.

premiers existent mais doivent nécessairement être bornés par les obligations qui naissent du respect de la collectivité médiatisée par l'État<sup>47</sup>.

Concernant la question de l'État-providence, il faut faire part d'une classification qui, au même titre que celle de Jellinek précédemment étudiée à propos des droits, fait office de référence en termes de citoyenneté. Selon une analyse sociologique, T. H. Marshall a démontré qu'elle s'était construite en trois temps, en parallèle de l'identification des droits correspondants<sup>48</sup>. D'abord, la reconnaissance de la citoyenneté civile, couvrant les droits nécessaires à la liberté individuelle (libertés de parole, de pensée, de croyance, de propriété, etc.); ensuite, celle de la citoyenneté politique, couvrant les droits nécessaires à la participation à l'exercice du pouvoir politique (libertés de réunion, de presse, d'élire et d'être élu, liberté syndicale, etc.); enfin, celle de la citoyenneté sociale, couvrant les droits nécessaires à une existence décente minimale sur le plan économique (par exemple droit au travail), du bien-être matériel (revenu de base ou revenu minimal garanti, allocations familiales, etc.), de la sécurité (droits à la santé, à la pension, etc.). Pour Jacques Chevallier, « l'importance de la strate des droits économiques et sociaux au regard de la question de la citoyenneté ne saurait échapper : l'extension de ces droits avec l'État-providence a eu pour effet de favoriser l'avènement d'une citoyenneté effective »<sup>49</sup>. Ce concept de citoyenneté sociale est essentiel car il démontre que l'égalité politique et juridique ne suffit souvent pas à fonder un lien social réel. L'octroi de droits sociaux va alimenter un sentiment d'appartenance commun. En définitive, la citoyenneté moderne semble pouvoir être comprise autour de l'État, devenu en quelque sorte un patrimoine collectif.

À l'issue de cette présentation, la question qui reste posée est celle des éventuelles différences et nuances face au modèle théorique ici schématisé. En effet, la référence à une citoyenneté passant par l'État, et en particulier par l'État-providence, ne manquent pas d'interroger la compatibilité avec le modèle américain. Il faut donc approfondir ces données générales par la prise en compte des particularismes nationaux. En d'autres termes, la citoyenneté ne peut être comprise de manière unitaire.

---

<sup>47</sup> Ce schéma a toutefois largement évolué avec les révolutions individualistes de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, si bien que, depuis cette date, se sont succédées différentes phases qui favorisent tantôt les individus et leurs droits, tantôt le collectif et les devoirs.

<sup>48</sup> T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class, and Other Essays*, Cambridge University Press, 1950.

<sup>49</sup> Jacques Chevallier, Les transformations de la citoyenneté, *Regards sur l'actualité*, avril 1999, pp. 3 – 18, ici p. 10.

## §2. Les particularismes nationaux

À partir d'une approche des devoirs comme compléments des droits, les développements précédents ont cherché à présenter le cadre général dans lequel s'inscrit la construction de la citoyenneté dans les sociétés démocratiques modernes. Néanmoins, il est impossible d'appliquer une seule et même représentation aux expériences française et américaine<sup>50</sup>. La nature propre des conceptions fiscales permet d'introduire à ces divergences (A), et elle illustre la nécessité d'envisager ces questions dans la continuité d'une approche particulière de la dialectique des droits et des devoirs au fondement de la citoyenneté (B).

### A. Au cœur des particularismes : la conception de l'impôt

S'il ne faut pas opposer de façon caricaturale une conception américaine à une conception française de l'impôt, des différences importantes existent. Comme le dit Michel Bouvier à propos de ce qu'il nomme la « conception citoyenne de la réalité fiscale »<sup>51</sup>, celle-ci « ne peut être que relative à une époque donnée et pour une population donnée »<sup>52</sup>. Ainsi, « l'impôt est contingent, il varie dans l'espace et dans le temps, et il reflète les valeurs fondamentales de la société. Son histoire est, certes, l'histoire de ses modalités et des formes d'imposition, mais elle est aussi l'histoire de sa légitimité, indissociable de celle de l'État »<sup>53</sup>. Sans pour l'instant s'intéresser aux bouleversements commencés à la fin des années 1970, des dissemblances réelles entre les deux pays apparaissent à partir du deuxième tiers du XX<sup>e</sup> siècle (2), dont les racines doivent être recherchées dans les histoires constitutionnelles et politiques respectives (1).

---

<sup>50</sup> En parallèle, il faut relever que découle des deux modèles deux appréhensions différentes de l'intégration. Là où la citoyenneté américaine est fondée sur l'acceptation des particularismes locaux et culturels, son homologue française met traditionnellement l'accent sur leur résorption au nom de l'intégration à la Nation française.

<sup>51</sup> Michel Bouvier, *Introduction au droit fiscal*, op. cit., p. 238.

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> Annie Vallée, *Pourquoi l'impôt : voyage à travers le paysage fiscal*, Publi-union, 1997, p. 17. De la même manière, pour Pierre Beltrame et Lucien Mehl, « Toute société tend en effet à définir un système de valeurs, d'objectifs et d'impératifs qui caractérisent son idéal politique. Cette axiologie comporte des applications au domaine de l'impôt et se traduit par les notions de devoir fiscal et de justice fiscale », *Techniques, politiques et institutions fiscales comparées*, PUF, coll. Thémis droit public, 2<sup>e</sup> éd. refondue, 1997, p. 630. Concernant la progressivité, Julien Guez soutient avec raison que les débats « dépendent largement des conceptions subjectives de la justice fiscale, de l'idée d'égalité des sacrifices entre les différents contribuables, d'une comparaison de l'utilité sociale et de l'utilité individuelle et, en définitive, ils renvoient au rôle que l'on assigne à l'État et à l'impôt », Le principe de progressivité de l'impôt sur le revenu : un principe introuvable ?, *Dr. fis.*, n° 23, juin 2006, pp. 1072 – 1076, ici p. 1076.

## 1) Les fondements historiques des divergences modernes

Pour apprécier ces dissimilarités, il faut commencer par l'étude de la situation à partir de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle jusqu'à la Première guerre mondiale (a), puis en apprécier les évolutions après ce conflit (b).

### (a) Les différences de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle à la Première guerre mondiale

Comme pour d'autres aspects du droit public, l'histoire des deux pays est essentielle à l'heure d'appréhender leurs dissemblances fiscales. La question fiscale a d'ailleurs été au cœur des débats révolutionnaires aux États-Unis<sup>54</sup>. Il ne faut pourtant pas se tromper d'enjeux, car cette problématique a aussi été centrale dans l'histoire française, particulièrement à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. Toutefois, une différence importante a été soulignée par Gabriel Ardant : « l'impôt qui en France et en d'autres pays a renforcé l'absolutisme a créé aussi l'attitude inverse, la recherche de l'assentiment des contribuables, c'est-à-dire la constitution de cet ensemble d'organismes (...) qui, en Angleterre du moins, aboutirent après une évolution de plusieurs siècles au régime parlementaire »<sup>55</sup>.

À ce particularisme anglo-saxon se sont surtout ajoutés des traits spécifiques à l'expérience américaine, puisque ses racines libérales fondent sa conception de l'impôt. Il a déjà été dit à ce sujet combien la liberté aux États-Unis est le plus souvent analysée comme nécessitant une protection contre l'État, et non comme permettant à ce dernier d'intervenir sur la société. Cela transparaît forcément dans les conceptions fiscales, puisque l'impôt sert à mettre en œuvre le rôle de l'État. Marjorie Kornhauser résume ces particularités en relevant qu' « aux États-Unis, la souveraineté, le droit à la révolution, et la fiscalité ont toujours été connectés »<sup>56</sup>. Ce faisant, la fiscalité outre-Atlantique n'est traditionnellement pas interprétée comme devant permettre au gouvernement de modifier en profondeur la répartition des droits<sup>57</sup>, et notamment de porter atteinte au droit de propriété. Robin Einhorn est récemment

---

<sup>54</sup> Le point de départ classique pour étudier la conception américaine de l'impôt est le principe au nom duquel les colonies britanniques d'Amérique du Nord ont commencé à se rebeller à partir de 1763, à savoir « *No taxation without representation* ». V. Gabriel Ardant, *Histoire de l'impôt*, op. cit., t. 1, p. 10.

<sup>55</sup> Gabriel Ardant, *Théorie sociologique de l'impôt*, 2 t., SEVPEN, 1965, t. 1, p. 14.

<sup>56</sup> Marjorie Kornhauser, *Legitimacy and the Right of Revolution: The Role of Tax Protests and Anti-Tax Rhetoric in America*, *Buff. L. Rev.*, vol. 50, 2002, pp. 819 – 930, ici p. 840.

<sup>57</sup> Sur cette vision américaine, notamment liée à la question des droits évoquée *infra*, pp. 340 et s., v. Cass Sunstein et Stephen Holmes, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, NY, W. W. Norton & Co., 1999.

venue apporter un autre éclairage sur le sujet, non pour en contester la réalité, mais plutôt pour en discuter la cause, en soutenant que si la culture américaine est hostile à l'impôt, c'est là autant le fruit de la défense des libertés individuelles qu'un héritage de l'économie esclavagiste<sup>58</sup>. Au final, peu importe presque la discussion sur les causes, l'essentiel ici consiste à en isoler les conséquences qui sont bien visibles dans le Constitution de 1787. Ainsi permettait-elle initialement au gouvernement fédéral de lever des impôts indirects, mais encadrait de manière drastique la perception d'impôts directs<sup>59</sup>, limitant substantiellement l'imposition de la propriété.

Cette lecture libérale, proche de la théorie de l'impôt-échange<sup>60</sup>, doit être approfondie pour être objective, et ce dans deux sens. Tout d'abord de l'intérieur, ce qui pousse à quelque peu en atténuer la coloration. Certains auteurs ont tempéré cette vision au nom de l'existence d'une tradition républicaine déjà évoquée précédemment, qui aurait été bien vivace à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle aux États-Unis. Cela se serait traduit en matière d'imposition au niveau des États fédérés. Elliot Brownlee par exemple soutient qu'à ce niveau, les impôts directs étaient plus importants qu'à l'échelon fédéral<sup>61</sup>, de sorte que voir dans la Constitution fédérale de 1787 la preuve indiscutable de l'aversion américaine pour l'impôt, et en particulier pour l'imposition de la propriété, serait réducteur<sup>62</sup>. C'est ici mettre l'accent sur l'importance du sens historique du fédéralisme américain, facteur d'autant plus prégnant lorsque la mise en place d'une imposition fédérale sur le revenu outre-Atlantique au tournant du XX<sup>e</sup> siècle est abordée. Celle-ci fut envisagée une première fois à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle par une loi qui en prévoyait le principe, mais qui fut déclarée inconstitutionnelle par la Cour suprême dans la décision *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Company*<sup>63</sup>. Pour les juges, puisque la taxe était applicable sur les revenus (*incomes*), c'était une taxe directe qui ne relevait pas du pouvoir fédéral. Cette jurisprudence fut renversée avec l'adoption en 1913 du XVI<sup>e</sup> amendement à la Constitution fédérale, qui prévoit dorénavant que « Le Congrès aura le pouvoir d'établir et de

---

<sup>58</sup> Robin Einhorn, *American Taxation, American Slavery*, Chicago, University of Chicago Press, 2006.

<sup>59</sup> Article I, section 9, (4) : « Aucune capitation, ni aucun autre impôt direct ne sera prélevé, si ce n'est en proportion du recensement ou dénombrement ci-après prévu », trad. in *Grands arrêts*, *op. cit.*, p. 1297.

<sup>60</sup> V. *supra*, p. 384

<sup>61</sup> Elliot Brownlee, *Federal Taxation in America: A Short History*, Cambridge University Press, 1996, pp. 12 – 13. Marjorie Kornhauser aussi retient qu'aux États-Unis, il y a aussi toujours eu une double vision possible de l'impôt, *Legitimacy and the Right of Revolution*, *op. cit.*, pp. 882 et s.

<sup>62</sup> Elliot Brownlee, *Federal Taxation in America*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>63</sup> 157 U.S. 429 (1895).

percevoir des impôts sur les revenus, de quelque source qu'ils proviennent, sans répartition parmi les divers États, et sans égard à aucun recensement ou dénombrement »<sup>64</sup>.

Ainsi apparaît l'idée que, s'il ne faut pas nier l'importance d'une tradition libérale réfractaire au prélèvement fiscal, encore faut-il l'appréhender dans un contexte spécifiquement américain qui n'est pas celui d'une aversion pure et simple. Pour se faire une idée plus précise, il est intéressant d'adopter une approche comparative, c'est-à-dire cette fois de l'extérieur du modèle américain à partir des conceptions historiques françaises en la matière. À ce sujet, la première représentation, pendant de l'image libérale américaine, consisterait à voir dans la Révolution française la consécration d'un véritable devoir fiscal susceptible de justifier une imposition forte, autrement dit une application de la théorie de l'impôt-solidarité<sup>65</sup>. Or, lorsque l'on y regarde de plus près, la réalité est très différente<sup>66</sup>. En effet, les évolutions consécutives à l'expérience de 1789 en matière fiscale ne peuvent être regardées comme opérant des réels changements majeurs, compte tenu notamment de l'agitation historique de la période post-révolutionnaire. De même, le système n'évoluera que relativement peu dans les décennies suivantes, ce que souligne Jean-Baptiste Geffroy en relevant que la « théorie de l'impôt-échange se maintient et prédomine durant tout le 19<sup>e</sup> siècle »<sup>67</sup>. De façon encore similaire, la mise en place d'une imposition sur le revenu à caractère progressive, qui caractérise une vision forte et égalitariste de la fiscalité, ne date en France que du début du XX<sup>e</sup> siècle. Et encore, ce trait progressif sera initialement assez restreint, ressemblant en cela à son pendant américain. Ce faisant, l'héritage fiscal de la Révolution française semble assez « ambigu »<sup>68</sup> au seuil du XX<sup>e</sup> siècle.

Si les différences entre conceptions française et américaine de l'impôt sont réelles, il ne faut historiquement pas voir les choses de manière trop radicale. Cela mérite des approfondissements.

---

<sup>64</sup> Trad. in *Grands arrêts*, *op. cit.*, p. 1313. La jurisprudence *Pollock* fut de fait renversée par la Cour suprême en 1916 avec la décision *Brushaber v. Union Pacific Railroad*, 240 U.S. 1 (1916). Il faut dès maintenant souligner que l'étude se focalisera sur l'impôt fédéral sur le revenu. Une imposition parallèle existe dans de nombreux États, mais pas dans tous et de façon disparate, et elle reste globalement faible.

<sup>65</sup> V. *supra*, p. 384.

<sup>66</sup> V. Jean-Jacques Bienvenu, Impôts et propriété dans l'esprit de la Déclaration, *Droits*, n° 8, 1988, pp. 135 – 142.

<sup>67</sup> Jean-Baptiste Geffroy, *Grands problèmes fiscaux contemporains*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>68</sup> Jean-Charles Asselain, Un siècle d'histoire fiscale de la France. Le mirage de l'impôt progressif sur le revenu, in M. Lévy-Leboyer, M. Lescure et A. Plessis (dir.), *L'impôt en France aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles*, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2006, pp. 67 – 89, ici p. 69.

(b) Des différences à apprécier après la Première guerre mondiale

Faut-il conclure de ces expériences historiques à une similarité entre les deux côtés de l'Atlantique ? En réalité, une différenciation nette doit malgré tout être opérée, la preuve étant que les évolutions qui vont marquer le XX<sup>e</sup> siècle vont prendre dans les deux pays une tournure dissemblable, tant en ce qui concerne la question de la progressivité que le niveau des prélèvements obligatoires. Il semble en fait que les divergences de fond n'aient pu arriver à maturation que dans un contexte favorable à une réelle augmentation de l'imposition. C'est la rupture graduelle à partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle avec les conceptions de l'État-gendarme qui va concrètement matérialiser des dissimilitudes qui restaient encore souvent enfouies dans la théorie. C'est dans ce cadre que le modèle français de contribuable-citoyen, « indissociable de l'idée d'État-nation »<sup>69</sup>, va permettre de se développer et de se différencier de son homologue américain.

Le début du XX<sup>e</sup> siècle démontre déjà des divergences entre les deux modèles, qui se matérialisent lorsque le niveau de la pression fiscale est comparé<sup>70</sup>. En croisant les données chiffrées disponibles, il apparaît qu'elle était en 1922 d'environ 10 % aux États-Unis, contre plus du double en France<sup>71</sup>. S'il faut remarquer pour être objectif que, quelques années plus tard, en 1927, l'écart sera moins important tout en restant réel, avec une pression qui n'a pas bougé outre-Atlantique mais qui a sensiblement diminué de ce côté-ci de l'océan (17 %) <sup>72</sup>, les différences n'en restent pas moins manifestes.

Ces chiffres matérialisent l'empreinte de deux conceptions divergentes de l'impôt. Alors que, dans beaucoup de pays, le système fiscal va évoluer vers plus d'alourdissement, aux États-Unis, la pression fiscale sera fonction des besoins budgétaires, ce qui va la rendre fluctuante<sup>73</sup>. C'est pourquoi l'impôt y apparaît « encore comme une anomalie : un prélèvement exceptionnel pour faire face à une dépense également exceptionnelle, comme un instrument de financement du budget et non de direction de l'économie ou de redistribution

---

<sup>69</sup> Emmanuel de Crouy Chanel, *La citoyenneté fiscale*, *op. cit.*, p. 77. Et il ajoute : « Or la crise du modèle de l'État-nation ne peut qu'entraîner une faillite de la théorie du contribuable-citoyen », même page.

<sup>70</sup> Comme il sera démontré plus tard, cette comparaison est pertinente en tant que telle dans la mesure où la question du financement de la protection sociale était alors exclue.

<sup>71</sup> Pour les États-Unis, v. Maurice Baslé, *Systèmes fiscaux*, Mémentos Dalloz, 1989, p. 33. Pour la France, v. Jacques Wolff, *Fiscalité et développement en France entre 1919 et 1939*, in J. Wolff et J. Bouvier (dir.), *Deux siècles de fiscalité française, 19<sup>e</sup> - 20<sup>e</sup> siècle, histoire, économie, politique*, Mouton éditeur, 1973, pp. 263 – 283, ici p. 278.

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

<sup>73</sup> V. Jean-Claude Martinez et Pierre di Malta, *Droit fiscal contemporain, les impôts, le droit français, le droit comparé*, Litec, 1989, t. 2, pp. 285 – 286.

des richesses »<sup>74</sup>. Il n'est, certes, pas possible de soutenir que les États-Unis sont cantonnés à une conception de l'impôt-prix. Cependant, il faut préciser qu'elle reste bien présente en filigrane et que la théorie de l'impôt-solidarité y a moins été appliquée qu'en France à partir du début du XX<sup>e</sup> siècle. C'est dans cette direction que les différences entre les deux modèles peuvent être envisagées avec le plus d'intérêt pour les questions qui se posent aujourd'hui. Comme le relève Marjorie Kornhauser, « la rhétorique antifiscale menace la légitimité du gouvernement plus sérieusement aux États-Unis qu'ailleurs car, en Amérique, les sentiments antifiscaux vont au-delà du désir naturel de conserver son argent pour son utilisation personnelle »<sup>75</sup>.

Ces particularités doivent être précisées dans le cadre des évolutions des années 1930.

## 2) L'évolution des divergences à partir des années 1930

Compte tenu des nécessités historiques, les années 1930 ont été l'objet d'un fort interventionnisme public dans tous les pays développés, marquant aux États-Unis une cassure avec le modèle historique. Cela s'est traduit par des besoins financiers plus importants<sup>76</sup>, ce qui explique une pression fiscale à la fin des années 1930 entre la France et les États-Unis beaucoup plus proche que dans la décennie précédente<sup>77</sup>. Ces rapprochements ont été accentués par la suite par les besoins financiers issus de la Seconde guerre mondiale. C'est pourquoi, au sortir du conflit, ladite pression était quasiment identique entre les deux pays<sup>78</sup>. Cela est notamment passé par une augmentation très sensible de la progressivité de la fiscalité<sup>79</sup>, comme d'ailleurs dans tous les pays occidentaux, tant en ce qui concerne l'impôt

---

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 350.

<sup>75</sup> Marjorie Kornhauser, *Legitimacy and the Right of Revolution*, *op. cit.* p. 824.

<sup>76</sup> C'est un nouveau régime fiscal, basé sur de nouvelles nécessités, qui commence en effet à voir le jour à partir des années 1930, et surtout de l'arrivée de Franklin Roosevelt à la présidence américaine. Cela concrétisait la volonté de prise en charge par le gouvernement fédéral de missions de plus en plus importantes. V. Elliot Brownlee, *Federal Taxation in America*, *op. cit.*, pp. 89 – 129.

<sup>77</sup> En 1938, elle est de 16 % en France (Jacques Wolff, *Fiscalité et développement en France entre 1919 et 1939*, *op. cit.*, p. 278), contre 14,5 % en 1940 aux États-Unis (Maurice Baslé, *Systèmes fiscaux*, *op. cit.*, p. 33).

<sup>78</sup> En 1950, 20,6 % en France et 20 % aux États-Unis [Paul Johnson, Frances M. B. Lynch et John G. Walker, l'évolution des impôts sur le revenu des personnes physiques en France depuis 1945 dans un cadre comparatif, *in* M. Lévy-Leboyer, M. Lescure et A. Plessis (dir.), *L'impôt en France aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles*, *op. cit.*, pp. 91 – 107, ici p. 91].

<sup>79</sup> Il va s'agir, surtout après la Seconde guerre mondiale, d'augmenter très sensiblement les taux d'imposition. L'idée sera ensuite de diminuer le seuil à partir duquel les taux marginaux s'appliqueront. Sur les effets de la présidence Roosevelt en matière fiscale, v. en synthèse Gabriel Ardant, *Histoire de l'impôt*, *op. cit.*, t. 2, pp. 497 – 498. En détails pour la France, v. Thomas Piketty, *Les hauts revenus en France au XX<sup>e</sup> siècle. Inégalités et redistribution, 1901 – 1998*, Grasset, 2001.

sur le revenu que l'impôt sur les successions<sup>80</sup>. Il faut d'ailleurs souligner qu'à l'époque, la progressivité a été plus importante aux États-Unis qu'en France<sup>81</sup>, même si les taux marginaux ne s'appliquaient outre-Atlantique qu'à des revenus extrêmement élevés.

La vision qui consisterait à présenter les États-Unis comme alliant une pression fiscale relativement faible en lien avec pour le couple proportionnalité/impôt-échange, et ce à l'opposé d'un système français liant une pression plus forte à la paire progressivité/impôt-solidarité, tend donc à sérieusement s'effriter. Faut-il alors conclure aux mêmes expériences transatlantiques, à rebours de ce qui été évoqué ? S'il ne faut pas nier l'importance des évolutions aux États-Unis consécutives au *New Deal*, il n'y a toutefois pas remise en cause véritable du modèle américain et de ses fondements fiscaux. Cela apparaît lorsque l'on aborde globalement la portée de ces mutations au regard d'autres expériences.

La comparaison avec la France est édifiante sur une période qui va du tout début des années 1950 à la fin des années 1970 puisque, dans ce laps de temps, la pression fiscale dans les deux pays, au départ aux alentours de 20 %, va certes passer à presque 28 % aux États-Unis en 1980<sup>82</sup>, mais va doubler en France pour atteindre quasiment 40 % à la même date<sup>83</sup>. Les Trente glorieuses vont en conséquence opérer en matière fiscale un décrochage très significatif entre la France et les États-Unis, aboutissant à des différences majeures dans les années 1970. Comment les expliquer ? L'élément décisif concerne la prise en charge et le financement des fonctions d'assurance de l'État-providence étudiées précédemment<sup>84</sup>. La mise en place en France de vastes programmes obligatoires (santé, etc.) va impliquer après 1945 une augmentation importante des dépenses publiques et, en amont, des prélèvements obligatoires. Aux États-Unis, la même prise en charge va être à la fois moins importante mais surtout organisée différemment. Certes, des programmes publics financés par le gouvernement fédéral, c'est-à-dire par l'impôt, ont été créés, mais il a largement été fait appel aux intérêts privés pour couvrir les autres besoins. Ici sont évidemment visés les domaines déjà étudiés de la santé et de la retraite<sup>85</sup>, deux secteurs dans lesquels les États-Unis ont

---

<sup>80</sup> Sur la nécessité de ne pas simplement aborder l'impôt sur le revenu des personnes physiques pour étudier la progressivité d'un système fiscal, v. Thomas Piketty et Emmanuel Saez, *How Progressive is the U.S. Federal Tax System? A Historical and International Perspective*, *J. Econ. Perspect.*, vol. 21, 2007, pp. 3 – 24.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 18 – 21. V. aussi Rémi Pellet, Notes introductives, in R. Pellet (dir.), *Finances publiques et redistribution sociale*, Economica, 2006, pp. 1 – 87, ici p. 11. Pour une étude de ces différences et de leurs justifications, v. Peter Lindert, *Growing Public: Social Spending and Economic Growth since the 18<sup>th</sup> Century*, 2 vols., Cambridge University Press, 2004, spéc. vol. 1, pp. 235 – 245.

<sup>82</sup> V. les chiffres officiels américains sur <http://www.gpoaccess.gov/usbudget/fy09/sheets/hist15z1.xls>.

<sup>83</sup> OCDE, *Statistiques des recettes publiques*, op. cit.

<sup>84</sup> V. ce qui a été dit à ce sujet *supra*, pp. 293 – 294.

<sup>85</sup> D'abord la retraite publique, puis les soins de santé pour certaines populations.

procédé par l'octroi d'avantages fiscaux, c'est-à-dire un financement mais aussi une gestion et une réglementation largement laissées à l'initiative privée<sup>86</sup>. Il y a eu individualisation du risque aux États-Unis, là où la France a privilégié sa socialisation<sup>87</sup>, ce qui démontre au passage la nécessité de dépasser la seule étude comparative du taux des prélèvements obligatoires<sup>88</sup>. Cette utilisation différente de l'instrument fiscal illustre de manière symptomatique deux conceptions divergentes de la réalisation de missions qui touchent au bien public. D'un côté, une voie publique financée par les dépenses directes, permettant à l'État d'imposer une certaine direction à la société. De l'autre, une voie privée financée par les dépenses fiscales, impliquant que l'État se place en position d'arbitre du jeu social puisqu'il aménage l'auto-organisation de la société<sup>89</sup>.

Ces données fiscales prouvent le particularisme des conceptions de l'impôt et illustrent le fait que la vision américaine obéit à ses propres schémas. Elles sont d'autant plus intéressantes que, lorsque l'intervention publique est contestée comme à partir des années 1970, ses effets seront beaucoup plus profonds sur la rive américaine de l'Atlantique que sur sa rive européenne. Avant d'étudier ce point, il faut élargir le propos à une comparaison globale des deux conceptions de la citoyenneté.

---

<sup>86</sup> Il faut se souvenir de ce que disait Luc Godbout à propos de ce trait américain : « la mise en place de mesures fiscales préférentielles maintient la prise de décision de ce qui est socialement souhaitable aux contribuables alors que la mise en place d'un programme de dépenses directes, par l'établissement des normes d'admissibilité et du suivi, transfère et centralise la prise de décision au gouvernement », *L'intervention gouvernementale par la politique fiscale, le rôle des dépenses fiscales. Étude comparée : Canada, États-Unis, France*, Economica, 2006, p. 32.

<sup>87</sup> V. l'étude déjà citée, menée par Willem Adema et Maxime Ladaique, *Net Social Expenditure, 2005 Edition. More Comprehensive Measures of Social Support*, OCDE Social Employment and Migration Working Papers, n° 29, 2005.

<sup>88</sup> Le Conseil des prélèvements obligatoires retient à ce propos que la comparaison de ce taux doit faire l'objet « de prudence et de précaution », *Sens et limites de la comparaison des taux de prélèvements obligatoires entre pays développés*, La Documentation française, 2008, p. 15. En effet, il est essentiel de rappeler que si le modèle américain de protection sociale paraît moins développé qu'en France, la différence est moins importante qu'on pourrait le penser si la protection privée typiquement américaine est prise en compte. V. en détails *supra*, pp. 299 et s. Cela démontre la nécessité de ne pas simplement en rester à une pure comparaison des chiffres sur la pression fiscale. Sur ce point, le Conseil des prélèvements obligatoires pouvait retenir que « le poids des dépenses **totales** de santé peut être considérable, alors que celui des seules dépenses **publiques** de santé sera faible : c'est le cas des États-Unis où il s'agit respectivement de 15 % et de 6,6 % du PIB. Énorme écart, qui explique que se limiter, dans l'analyse des phénomènes, au public, et donc à ce qui est, pour une large part, financé par les prélèvements obligatoires, conduise à des conclusions faussées » (les auteurs soulignent), p. 35. Et le Conseil ajoute : « chaque société 'décide' de consacrer x % de ses ressources à la santé et à la protection sociale – première source d'écart ; ensuite, second élément d'hétérogénéité, elle 'décide' de financer les services correspondants de façon plus ou moins marquée de façon publique et obligatoire. C'est dans cette double 'décision' que réside la principale source des différences entre taux de prélèvements obligatoires » (les auteurs soulignent), p. 40.

<sup>89</sup> L'éventuelle réforme du système de santé évoquée *supra*, p. 301, pose de manière prégnante cette question du financement des mesures.

## B. La portée pour les conceptions française et américaine de la citoyenneté

Des caractéristiques françaises procède une citoyenneté qu'il est possible de qualifier de républicaine (1), là où les États-Unis mettent à jour les fondements d'une citoyenneté libérale-pluraliste<sup>90</sup> (2).

### 1) La citoyenneté républicaine française

L'importance de l'impôt, à travers notamment la prise en charge par les prélèvements obligatoires de la protection sociale, introduit au cœur du modèle français moderne. Conformément au Préambule de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, les devoirs de ce dernier envers la collectivité sont essentiels au lien social<sup>91</sup>. La France illustre une vision unitaire de la citoyenneté passant par l'État qui, en tant que garant de l'intérêt général, doit intervenir pour assurer la cohésion sociale.

Pour faire un parallèle avec la distinction droits positifs / droits négatifs précédemment évoquée, la citoyenneté en France se présente de manière positive pour l'État, qui a une fonction de représentation de la société. En grossissant quelque peu les traits, il y a par tradition une fusion entre l'individu et la société par la volonté générale de la Nation, et c'est pourquoi l'idée de Jacques Chevallier selon laquelle la citoyenneté est « indissolublement liée à la construction de l'État-nation »<sup>92</sup> paraît clairement applicable à l'expérience française, où la Nation devient le moteur de la socialisation. Comme le dit de la même façon Jean-Pierre Dubois, « À souveraineté indivisible, citoyenneté fusionnelle »<sup>93</sup>. De là, la citoyenneté sociale théorisée par T. H. Marshall prend tout son sens en France, et elle trouve un écho avec la promotion de la fraternité et de la solidarité<sup>94</sup>. La fiscalité vient illustrer ce rôle de l'État dans

---

<sup>90</sup> Ces termes sont utilisés en référence aux modèles d'État mis à jour *supra*, pp. 179 et s.

<sup>91</sup> « Les Représentants du Peuple Français, constitués en Assemblée nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme, afin que cette Déclaration, constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits *et leurs devoirs* ». Nous soulignons.

<sup>92</sup> Jacques Chevallier, *L'État post-moderne*, L.G.D.J., coll. Droit et Société série politique, t. 35, 3<sup>e</sup> éd., 2008, p. 223.

<sup>93</sup> Jean-Pierre Dubois, *Citoyenneté, citoyennetés*, in P. Gonod et J-P. Dubois (dir.), *Citoyenneté, souveraineté, société civile*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003, pp. 49 – 67, ici p. 55.

<sup>94</sup> Giovanni Procacci, *Poor Citizens: Social Citizenship Versus Individualization of Welfare*, in C. Crouch, K. Eder et D. Tambini (dir.), *Citizenship, Markets, and the State*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 49 – 68. Concernant la fraternité, v. Michel Borgetto, *La fraternité en droit public français : le passé, le présent et l'avenir de la solidarité* (préf. P. Ardant), L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, t. 170, 1993.

la régulation sociale. Rémi Pellet souligne à ce propos l'existence d' « un véritable droit des individus à un certain niveau de solidarité sociale financée par une fiscalité progressive »<sup>95</sup>. De la même façon, pour Martin Collet, « l'application par le juge constitutionnel du principe d'égalité en matière fiscale et sociale semble bien souvent mue par le souci de donner corps à l'exigence de solidarité nationale évoquée par le Préambule de 1946 »<sup>96</sup>.

En conséquence, le concept de « citoyenneté républicaine » résume le mieux le particularisme français, dont le parrainage républicain est un des symboles<sup>97</sup>. Avec cette citoyenneté va se créer à partir de la Révolution française une « religion civile » dont parlait Jean-Jacques Rousseau<sup>98</sup>.

Si la conception du bien public et du rôle de l'État afférent se trouve derrière les questions de citoyenneté, alors les expériences américaine et française en la matière diffèrent. À ce sujet et dans un cadre comparatif, Paul Magnette pouvait souligner que, si la substance du concept de citoyenneté, la liberté par l'obéissance à la loi que l'on s'est donnée, fut affirmée par les deux révolutions de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, « l'histoire constitutionnelle chahutée de la France donnera à ce principe commun une forme institutionnelle bien différente de celle qui triompha aux États-Unis »<sup>99</sup>. S'il faut adhérer à cette idée, la différenciation de la « forme institutionnelle » dont parle l'auteur renvoie également à une divergence de fond. Comme il y a entre la France et les États-Unis deux appréhensions de la représentation, de la souveraineté, de l'État, et de l'action publique, il paraît y avoir aussi deux conceptions substantiellement distinctes de la citoyenneté. Elles ne sont pas complètement opposables, mais elles doivent être clairement dissociées.

---

<sup>95</sup> Rémi Pellet, Notes introductives, in R. Pellet (dir.), *Finances publiques et redistribution sociale*, op. cit., pp. 17 – 18.

<sup>96</sup> Martin Collet, Constitution et prélèvements obligatoires, *LPA*, n° 16, 22 janvier 2009, pp. 58 – 67, ici p. 64. V. aussi Loïc Philip, Observations sur les communications de MM. Prétot et Rousseau, in R. Pellet (dir.), *Finances publiques et redistribution sociale*, op. cit., pp. 117 – 122, surtout pp. 119 – 122.

<sup>97</sup> V. Dominique Fenouillet et Pascale Gonod, Le parrainage républicain, entre citoyenneté et état civil, in P. Gonod et J-P. Dubois (dir.), *Citoyenneté, souveraineté, société civile*, op. cit., pp. 89 – 102.

<sup>98</sup> Il parlait d' « une profession de foi purement civile dont il appartient au souverain de fixer les articles, non pas précisément comme dogmes de religion, mais comme sentiments de sociabilité sans lesquels il est impossible d'être bon citoyen ni sujet fidèle », Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, Livre 4, chapitre 8 ; présent. R-G. Schwartzberg, Seghers, 1971, p. 240 (en général pp. 231 et s.).

<sup>99</sup> Paul Magnette, *La citoyenneté : une histoire de l'idée de participation civique*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 182.

## 2) La citoyenneté libérale-pluraliste américaine

L'expérience française de la citoyenneté, mise notamment en lumière par l'évolution fiscale, peut être brièvement résumée, d'une part, à l'importance des devoirs et la nécessité corrélative d'encadrer les droits pour favoriser la vie en société et, d'autre part et en conséquence, à la médiation de l'État dans la définition du lien politique et dans la consistance du lien social.

En revenant sur les fondements du modèle américain quant à la nature particulière du contrat social formé et à sa matérialisation fiscale, il n'est pas possible d'y calquer le schéma ci-dessus décrit. Ainsi, les devoirs des citoyens paraissent moins fermement enracinés dans la construction d'une citoyenneté unitaire médiatisée par l'État dans le sens où l'envisage la France<sup>100</sup>. Sur ce thème, Judith Shklar a démontré comment l'appréhension de la citoyenneté américaine devait tenir compte d'un élément essentiel dans son histoire<sup>101</sup>, l'esclavage<sup>102</sup>. Il est à ce titre essentiel de rappeler que, dans la décision *Dred Scott v. Sandford* de 1857 qui allait précipiter le déclenchement de la guerre de Sécession, la Cour suprême avait dénié la qualité de citoyens américains aux esclaves<sup>103</sup>. Pour Judith Shklar, puisque cette pratique infamante impliquait pour certaines personnes un statut inférieur, notamment caractérisé par la négation de droits fondamentaux comme voter ou gagner sa vie, c'est *a contrario* pour les autres individus l'acquisition de ces droits qui permettait d'être reconnus socialement comme des citoyens à part entière de la société. Il en découle que « La lutte pour le droit à la citoyenneté aux États-Unis a en conséquence pris la forme avant tout d'une exigence de reconnaissance sociale, un effort pour briser les barrières qui empêchent cette reconnaissance plutôt que d'une aspiration à une participation plus grande à la vie de la cité »<sup>104</sup>. Puisque « l'économique plus que le politique définissait un individu »<sup>105</sup>, « le citoyen américain s'est

---

<sup>100</sup> *A contrario* de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la Déclaration d'indépendance américaine met en avant le bonheur individuel, qui limite d'autant une telle conception unitaire de la citoyenneté.

<sup>101</sup> Judith Shklar, *La citoyenneté américaine : la quête de l'intégration* (trad. O. Camy ; l'ouvrage en anglais date de 1991), Calmann-Lévy, coll. Liberté de l'esprit, 1991. Selon elle, « le terme de citoyenneté a au moins quatre acceptions distinctes quoique liées, et celle qui recouvre l'idée de statut social n'en est qu'une parmi d'autres », p. 10. Elle cite les trois autres comme étant « la citoyenneté comme manifestation de l'identité nationale, la citoyenneté comme participation active à la vie de la cité (...) et enfin la citoyenneté comme élément constitutif de l'idéal républicain », même page.

<sup>102</sup> Rogers Smith a aussi proposé une lecture plurielle des fondements de la citoyenneté américaine, montrant que sa construction s'est souvent faite au détriment de certaines catégories de la population, *Civic Ideals: Conflicting Visions of Citizenship in US History*, New Haven, Yale University Press, 1997.

<sup>103</sup> 60 U.S. 393 (1857), *Grands arrêts*, op. cit., pp. 212 – 225. Et la Cour d'en conclure que, de ce fait, le plaignant « n'était pas habilité comme tel à ester en justice », p. 221.

<sup>104</sup> Judith Shklar, *La citoyenneté américaine*, op. cit., p. 10.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 32.

différencié dès le début du classique citoyen républicain. Traditionnellement, la république exigeait de ses citoyens vertu et participation active aux affaires de l'État. Mais quand notre moderne république représentative fût instaurée en 1787, elle fût fondée avant tout sur l'autonomie des individus et le libre jeu de leurs intérêts »<sup>106</sup>. Dès lors, la conception d'une « indépendance économique obtenue grâce aux gains acquis s'est substituée comme fondement éthique de la citoyenneté démocratique à la notion démodée de sens civique »<sup>107</sup>.

L'histoire et la culture américaines ont donc sculpté une citoyenneté qui ne rentre pas dans les canons français. Elle passe moins par la collectivité politique unitaire médiatisée par l'État, ce qui se traduit par un financement par l'impôt moins important. L'idée de citoyenneté sociale à partir de laquelle T. H. Marshall fondait l'accomplissement d'une citoyenneté moderne n'est de ce fait pas transposable en tant que telle outre-Atlantique. Le rejet de la reconnaissance des droits économiques et sociaux a globalement empêché d'en développer les fondements stables, même si certaines périodes du XX<sup>e</sup> siècle ont pu marquer des avancées<sup>108</sup>.

Pour faire de nouveau un parallèle avec la distinction droits positifs / droits négatifs, la citoyenneté américaine se présente de manière négative : elle ne passe pas par l'intervention de l'État mais au contraire par son encadrement au nom de la liberté individuelle. Le concept le plus adapté pour en rendre compte paraît être celui de « citoyenneté libérale ». Il n'est nullement soutenu par là que les Américains seraient moins citoyens que les Français, mais à tout le moins que le vecteur est sensiblement différent. Aux États-Unis, la citoyenneté ne se réduit pas au choix du législateur<sup>109</sup>, car c'est d'abord et avant tout dans une communauté spécifique et au niveau local qu'elle s'exprime. À ce sujet, il ne faut pas oublier que les Américains ont divisé cette citoyenneté de la même façon qu'ils ont divisé le pouvoir. Dans les affaires dites de « l'abattoir » précédemment évoquées<sup>110</sup>, la Cour suprême a pu reconnaître un principe de « double citoyenneté » (*dual citizenship*) qui, pour Paul Mquette, constitue « sa plus grande singularité à l'aune de la tradition européenne »<sup>111</sup>. Ce caractère dual est patent entre les États fédérés et le gouvernement fédéral, mais c'est tout aussi vrai dans le fait qu'existe tout un ensemble de groupements de la société civile qui ont un rôle

---

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 91.

<sup>108</sup> Ainsi en va-t-il de la période du *New Deal* et des années 1960. Pour une histoire détaillée et ses conséquences sur l'idée de citoyenneté sociale aux États-Unis, v. William Forbath, *Constitutional Welfare Rights: A History, Critique and Reconstruction*, *Fordham L. Rev.*, vol. 69, 2001, pp. 1221 – 1291.

<sup>109</sup> Paul Mquette, *La citoyenneté*, *op. cit.*, p. 180.

<sup>110</sup> 83 U.S. 36 (1873), *Grands arrêts*, *op. cit.*, pp. 239 – 255. La Cour déclara qu'« Il est tout à fait clair qu'il existe une citoyenneté fédérale et une citoyenneté fédérée, qui sont distinctes l'une de l'autre et qui découlent de caractéristiques ou circonstances individuelles différentes », p. 248.

<sup>111</sup> Paul Mquette, *La citoyenneté*, *op. cit.*, p. 178.

essentiel entre le citoyen et l'État, ce qui est moins vrai en France. Ce faisant, il est indispensable d'ajouter que la citoyenneté américaine est libérale mais aussi pluraliste.

Certes, les équilibres ont historiquement changé, notamment dans la mesure où le gouvernement fédéral a vu ses missions sensiblement augmenter. Si le *New Deal* a notamment marqué un accroissement de son rôle et donc de ses besoins financiers, il existe toujours cette idée que le pouvoir est dangereux ; il est difficilement concevable d'envisager une citoyenneté qui passe uniquement ou même principalement par une forme étatique unitaire qui n'a pas sens outre-Atlantique. L'État n'est pas le lieu où se construit la volonté générale, pas plus qu'il n'est un patrimoine commun dont tous les citoyens seraient à la fois les débiteurs et les créanciers. À ce titre, il n'a jamais été besoin outre-Atlantique d'une religion civile comme moteur de la socialisation<sup>112</sup>.

Les développements comparés qui précèdent sont importants car ils servent de toile de fond historique aux débats actuels. En effet, ils permettent d'aborder de manière différenciée les conséquences du mouvement unitaire constitué par le déséquilibre lié à la confrontation entre, d'une part, une citoyenneté marquée d'un sceau public et, d'autre part, l'esprit privé de la gouvernance.

## Section 2) Les déséquilibres causés par le « citoyen-consommateur » de la gouvernance

Si l'évolution de l'action publique liée à la gouvernance vient partout modifier les équilibres évoqués ci-dessus, elle le fait à partir d'un modèle propre à chaque cas. Pour le comprendre, il faut d'abord étudier quelle est cette expérience commune. Il s'agit de la promotion des choix individuels comme pierre angulaire du « vivre ensemble », autrement dit du passage du citoyen vers le consommateur, ce qui transforme fondamentalement la nature de la dialectique au cœur de la construction de la citoyenneté (§1). Cette constatation est le

---

<sup>112</sup> Sur la notion de religion civile, v. *supra*, note 98. Pour Elisabeth Zoller, « en France, la République n'a pu s'affirmer comme 'l'association politique' de la France moderne qu'en construisant avec la laïcité, notamment à l'école, une religion civile dont les États-Unis n'ont jamais eu besoin (...). Les États-Unis (...) n'ont pas de religion civile et, à vrai dire, une telle notion est aux antipodes de leur culture. L'État est 'neutre' aux États-Unis, il n'a pas de religion ou, s'il en a une, c'est celle de ne pas en avoir et de toujours laisser à l'individu le droit de se former la sienne », La laïcité aux États-Unis ou la séparation des Églises et de l'État dans une société pluraliste in É. Zoller (dir.), *La conception américaine de la laïcité*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, pp. 3 – 32, ici p. 32.

point de départ pour apprécier les conséquences du mouvement de fond lié à la gouvernance, et ce dans un cadre comparatif toujours riche d'enseignements. Si ce succès du citoyen-consommateur paraît commun dans sa nature à la France et aux États-Unis, il faut se garder de penser sa portée de manière unifiée (§2).

### §1. Un phénomène commun

Nonobstant les différences nationales, l'équilibre entre droits et devoirs est au fondement de la vie en société. Or, les dernières décennies ont engendré un déséquilibre significatif en la matière, qui a transformé cette dialectique au cœur de la citoyenneté (A) et mis à jour des dangers pour les sociétés démocratiques (B).

#### A. Le déséquilibre de la citoyenneté

Les transformations actuelles, liées au triomphe des choix individuels (1), bouleversent le sens de la citoyenneté (2).

##### 1) Un contexte lié au succès de « l'hyper individualisme »<sup>113</sup>

Afin de comprendre les transformations contemporaines, il faut repartir de la situation antérieure qui a déjà été abordée mais qui prend ici une tournure particulière, puisqu'elle concerne plus directement les droits et les devoirs des citoyens. En synthèse, c'est interroger la problématique de la coordination de la société : est-elle basée sur l'immanence des relations individuelles, ou doit-elle au contraire être transcendée de façon plus ou moins importante par la médiation de l'État à travers la définition d'un intérêt public supérieur ? Faut-il, pour reprendre les mots d'Alain Supiot, privilégier l'autonomie ou l'hétéronomie<sup>114</sup> ?

Pendant longtemps, comme il a déjà été souligné<sup>115</sup>, l'influence religieuse a marqué les sociétés européennes d'une marque transcendante<sup>116</sup>. Mais, avec les révolutions individualistes de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, ce schéma initial a largement évolué, si bien que

---

<sup>113</sup> Emprunt à Jacques Chevallier, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>114</sup> Alain Supiot, *Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du droit*, Le Seuil, coll. La couleur des idées, 2005.

<sup>115</sup> V. *supra*, pp. 116 et s.

<sup>116</sup> Marcel Gauchet, *Le désenchantement du Monde*, *op. cit.*

depuis cette date se sont succédées différentes phases qui ont tantôt favorisé les individus et leurs droits, tantôt le collectif et les devoirs. Les modèles américain et français ont apporté deux réponses bien distinctes à ces questions ; le premier sur un fondement résolument libéral mettant l'accent sur l'individu, le second sur une base avant tout républicaine impliquant l'importance du collectif autour de la Nation et de l'État.

Pour évaluer la situation à l'époque récente, il convient encore de revenir sur la tendance générale du XX<sup>e</sup> siècle. Les doctrines keynésiennes ont démontré que les intérêts individuels sont souvent incapables d'atteindre seuls le bien collectif et qu'il faut une intervention publique extérieure. Cette phase d'affirmation du collectif a logiquement entraîné de façon mécanique une valorisation des devoirs sur les droits des citoyens, avec notamment pour conséquence une augmentation des impôts. Si les expériences nationales ont varié entre la France et les États-Unis, la tendance partagée restait valable, tout comme reste vraie l'idée que ce modèle mettant l'accent sur la régulation publique s'est grippé. L'individualisme, valeur première des sociétés occidentales, a alors laissé la place à un hyper individualisme. Quelles en sont les origines ? Il n'y a pas une cause principale mais un ensemble d'événements qui rentre en ligne de compte pour expliquer ces bouleversements. Sans prétendre expliquer ce phénomène complexe, deux raisons majeures peuvent être avancées, l'une agissant comme facteur interne, l'autre comme facteur externe. Tout d'abord, la crise économique des années 1970 est essentielle en ce qu'elle démontra aux yeux des détracteurs de l'État-providence que son intervention était la source de tous les maux. L'œuvre de Hayek précédemment évoquée doit être placée en filigrane de tous les changements récents, en ce qu'elle mit la lumière sur le fait que tout phénomène social devait avoir pour fondement une approche individuelle<sup>117</sup>. La chute du modèle soviétique va ensuite opérer comme facteur externe en accentuant les dispositions individualistes des démocraties occidentales. Jusque là, en effet, ces tendances étaient tempérées par cette sorte de butoir que représentait le communisme et qui nécessitait une organisation politique susceptible d'y faire face, notamment pour répondre aux risques de guerre.

Avec la chute du mur de Berlin et les ratés supposés ou avérés de la coordination sociale par les États, et quoique de manière différente selon les pays, c'est bien la même idée générale qui s'est imposée : dorénavant, les choix individuels devaient être partout et tout le temps la pierre angulaire des sociétés. Cela a ouvert la voie au retour des visions économiques de la société fondées sur une logique de « pilotage automatique », et en particulier à l'analyse

---

<sup>117</sup> V. *supra*, pp. 61 et s.

économique du droit<sup>118</sup>. Les trois dernières décennies ont en conséquence été marquées de manière croissante par « la disqualification muette et la liquidation de l'ensemble des facteurs structurants qui continuaient de figurer une transcendance des collectifs par rapport aux individus »<sup>119</sup>. Ce faisant, c'est la citoyenneté qui s'est transformée en profondeur.

## 2) Les conséquences pour la citoyenneté

Le succès de l'hyper individualisme a eu pour corollaire la diminution des devoirs des citoyens dont le domaine fiscal est la parfaite illustration<sup>120</sup> (a), débouchant sur le constat d'une individualisation de la citoyenneté (b).

### (a) L'affaiblissement des devoirs fiscaux

Les devoirs fiscaux sont peut-être les plus importants en ce qu'ils permettent à la société politique représentée par l'État d'exercer ses missions avec les moyens financiers adéquats. Or, les mouvements de rejet de l'intervention publique depuis la fin des années 1970 vont avoir pour effet dans tous les pays occidentaux d'amener sur le devant de la scène la contestation du système des prélèvements hérité de la période d'après-guerre. À l'État post-moderne va correspondre une « conception post-moderne contractualiste de l'impôt »<sup>121</sup>. Sans pour l'instant rentrer dans les détails des expériences nationales, il reste que tous ces pays ont été traversés par une tendance à la libéralisation de l'impôt. D'une manière générale et comme le synthétise Michel Bouvier, l'impôt devient dans cette période « sous l'influence d'une culture de marché »<sup>122</sup>, matérialisée par un antifiscalisme enraciné dans la pensée libérale.

Cette mutation a trouvé son illustration dans la célèbre maxime « trop d'impôt tue l'impôt » telle qu'elle découle des travaux d'Arthur Laffer. Selon une modélisation à travers

---

<sup>118</sup> Alain Supiot, *Homo juridicus*, *op. cit.*, not. pp. 143 – 146. V. *supra*, pp. 81 et s.

<sup>119</sup> Marcel Gauchet, *La démocratie contre elle-même*, Gallimard, coll. Tel, 2002, p. 340.

<sup>120</sup> Plus globalement, Hugues Dumont et François Tulkens soulignent à l'époque contemporaine que « L'analyse du droit positif – belge en l'occurrence, mais on pourrait aisément identifier les mêmes tendances dans les autres ordres juridiques européens – révèle tantôt une diminution, tantôt un affaiblissement, tantôt encore une contestation significative des obligations juridiquement sanctionnées liées à la citoyenneté », *Citoyenneté et responsabilité en droit public*, in H. Dumont, F. Ost et S. Van Drooghenbroeck, *La responsabilité, face cachée des droits de l'Homme*, *op. cit.*, pp. 171 – 259, ici p. 186.

<sup>121</sup> Michel Bouvier, La notion de capacité contributive des contribuables dans la société post-moderne, *RFFP*, n° 100, 2007, pp. 83 – 93, ici p. 88.

<sup>122</sup> Michel Bouvier, Mutations des finances publiques et crise du pouvoir politique, *RFFP*, n° 79, 2002, pp. 241 – 258, ici p. 248.

une courbe qui porte son nom, l'auteur a démontré que, si les recettes fiscales augmentent avec l'accroissement des prélèvements obligatoires, il en va ainsi jusqu'à un certain seuil au-delà duquel ces recettes vont finir par stagner et même diminuer, du fait principalement de comportements liés à l'évitement de l'impôt. En conséquence, le progrès constant des impôts se révèle contre productif, justifiant au final leur diminution. Concrètement, il s'est donc agi de contester globalement une pression fiscale qui serait décourageante et contre productive. C'est également le mécanisme considéré comme au cœur d'un système fiscal solidaire qui a été remis en cause, à savoir la progressivité. L'approfondissement de cette technique peut en effet être considéré comme un élément décisif de l'évolution fiscale au tournant de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle vers la quête d'une plus grande justice sociale, et ce dans de très nombreux pays. La contestation va de ce fait beaucoup porter sur ce sujet, et de nombreuses voix vont se faire entendre pour pousser soit à un retour complet à la proportionnalité sous la forme de ce que les Américains appellent une *Flat tax*, soit au moins à une atténuation sensible de la progressivité.

Ces bouleversements, qui ont remis sur le devant de la scène l'idée que l'impôt était l'équivalent d'un prix payé par des individus à l'État en échange de services qui devaient être identifiés et proportionnels, sous-tendent un renversement global de paradigme. Il y a dans ces changements l'illustration d'une évolution de fond de la dialectique des droits et des devoirs puisque le citoyen se transforme en client. Avec l'avènement de ce citoyen-consommateur, c'est la signification et la portée de la citoyenneté qui tendent invariablement à s'atrophier.

(b) La marche vers une « citoyenneté individuelle »<sup>123</sup>

À partir de la fin des années 1970, les droits individuels vont devenir « le seul outil disponible pour penser la coexistence et guider le travail de la collectivité sur elle-même »<sup>124</sup>. C'est l'exercice de ces droits sans leur tempérament par le respect de devoirs collectifs qui triomphe partout et tout le temps, de sorte que c'est la citoyenneté qui s'individualise<sup>125</sup>.

Ce déséquilibre va se traduire par une attitude particulière envers les mécanismes et les institutions qui sont au cœur de la démocratie et de la citoyenneté. La remise en cause a

---

<sup>123</sup> Si tant est qu'il ne s'agisse pas, comme pour l'expression de « citoyen-consommateur », d'un oxymore.

<sup>124</sup> Marcel Gauchet, *La démocratie contre elle-même*, op. cit., p. 347.

<sup>125</sup> Cela implique une contestation de la citoyenneté sociale. Pour Martha McCluskey, « le néolibéralisme soulève un défi plus profond pour la citoyenneté sociale », *Efficiency and Social Citizenship: Challenging the Neoliberal Attack on the Welfare State*, *Ind. L. J.*, vol. 78, 2003, pp. 783 – 876, ici p. 792.

d'abord concerné le principe représentatif et la loi qui en est issue<sup>126</sup>. Si le développement des mécanismes liés à la démocratie participative, couplé avec la crise des processus électifs classiques, est potentiellement en contradiction avec ce principe au fondement de la démocratie traditionnelle, il en va d'autant plus quand c'est la démocratie d'opinion qui tend à s'imposer<sup>127</sup>. Ainsi, le droit de vote existe toujours, mais sa portée est différente. Il n'est plus exercé dans un but collectif mais individuel<sup>128</sup>, tendant à devenir un acte de consommation. De même, ce mouvement d'ensemble « conduit à considérer la loi non plus comme garantie de l'état des personnes, mais comme une contrainte dont il faut s'émanciper »<sup>129</sup>.

Plus globalement encore, l'État ne va plus se trouver à même de commander ou d'imposer ses vues, et tantôt négociera l'adhésion des citoyens (re)devenus individus, tantôt s'en remettra entièrement aux décisions individuelles<sup>130</sup>. On retrouve dans cette hypothèse tout le sens des nouveaux instruments d'action publique, qui impliquent de manière croissante une participation des choix privés à la définition et à la mise en œuvre des politiques publiques. Pour ce qui concerne la première phase, l'État ne peut pas ou ne peut plus fixer seul à la société la direction à suivre, et il va devoir discuter et négocier avec toutes ses composantes. Concernant la phase d'application, les services seront mis en concurrence, à charge pour les citoyens de faire le tri en exerçant leurs préférences individuelles. Cela pourra se faire de plusieurs manières. Dans un premier cas, il va s'agir de déléguer (ou de transférer entièrement) au secteur privé la fourniture des prestations liées à la politique correspondante. Mais il peut aussi s'agir, dans un second cas, d'une privatisation de la consommation du service considéré. Les instruments financiers et surtout les bons (*vouchers*) correspondent à cette situation dans laquelle les « citoyens-clients » choisissent si oui ou non ils ont besoin de telle ou telle prestation ou service, et si oui la façon dont ce besoin doit être rempli<sup>131</sup>. Dans

---

<sup>126</sup> V. Rafaâ Ben Achour, Jean Gicquel et Slobodan Milacic (dir.), *La démocratie représentative devant un défi historique*, Bruxelles, Bruylant, 2006, spéc. les propos introductifs de Slobodan Milacic, pp. 3 – 37.

<sup>127</sup> V. Hatem M'Rad, La démocratie d'opinion : le dépassement de la démocratie représentative ?, in R. Ben Achour, J. Gicquel et S. Milacic (dir.), *La démocratie représentative devant un défi historique*, op. cit., pp. 103 – 128.

<sup>128</sup> V. *supra*, note 9 p. 333.

<sup>129</sup> Alain Supiot, *Homo juridicus*, op. cit., p. 78.

<sup>130</sup> Dans ce cadre, l'aspect financier est essentiel pour savoir si l'État conserve ou non une place dans la régulation sociale. En effet, si la réduction des prélèvements obligatoires implique une diminution de l'action publique, les incitations et les bons restent financés collectivement, et impliquent donc en amont des choix gouvernementaux. En détails, v. Mary L. Heen, Congress, Public Values, and the Financing of Private Choice, *Ohio State L. J.*, vol. 65, 2004, pp. 853 – 912, en synthèse p. 911.

<sup>131</sup> Pour Matthew Crenson et Benjamin Ginsberg, « L'utilisation des bons peut être un excellent moyen de réaliser la privatisation. La contractualisation privatise la fourniture des services publics, mais les bons privatisent aussi leur consommation », *Downsizing Democracy. How America Sidelined Its Citizens and Privatized Its Public*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2002, p. 212. Et ils poursuivent : « Aucun

ces hypothèses, en plus de voir son poids diminuer, l'idée d'impôt est travaillée en profondeur. Il ne s'agit plus d'une contribution pour la collectivité médiatisée par l'intervention gouvernementale, qui décide de son affectation en fonction de choix collectifs. Cela devient une décision individuelle du citoyen avec lui-même, le gouvernement lui octroyant alors une somme ou un avantage fiscal pour accomplir ses propres choix privés, non des choix de citoyens encadrés par la collectivité politique. Comme le relève Mark Moore à propos des *vouchers*, il y a une « individualisation du jugement sur ce qui constitue les valeurs publiques »<sup>132</sup>.

*In fine*, pour Benjamin Ginsberg et Matthew Crenson, « La société se trouve fragmentée, atomisée par les nouvelles techniques de gouvernement en un ensemble de citoyens privés. Leur expérience de la démocratie devient de plus en plus personnelle et de moins en moins collective »<sup>133</sup>. Avec la métamorphose du citoyen en consommateur, l'État perd son rôle central en devenant un conciliateur autant qu'un fournisseur de services dans des secteurs sur lesquels il fondait sa légitimité. Il n'est plus question pour lui de promouvoir des choix pour le bien collectif. Il devient en quelque sorte un contrôleur de qualité qui doit s'assurer que ses clients ont le service qui correspond à l'argent qu'ils versent, autrement dit aux impôts qui perdent leur nature civique ou solidaire.

Ce constat d'un « affaiblissement du collectif devant l'affirmation des individus »<sup>134</sup> laisse néanmoins ouverte la question essentielle suivante : qu'advient-il du sens d'une collectivité humaine dans laquelle les individus oublient l'intérêt de créer une société politique envers laquelle ils ont des devoirs mais qui, au final, est la condition de leur pérennité en tant qu'individus-citoyens ?

## B. Les dangers du déséquilibre

Avec les transformations constatées ci-dessus, ce sont les fondements de la citoyenneté moderne qui sont bouleversés. L'hyper individualisme du citoyen-consommateur débouche sur une contradiction apparente, qualifiée avec justesse par Marcel Gauchet de

---

autre mécanisme de privatisation ne transforme aussi clairement les citoyens en consommateur ; et comme consommateurs ils ont peu d'occasions de se mobiliser pour des actions collectives », p. 213.

<sup>132</sup> Mark Moore, *Public Values in an Era of Privatization*, *Harv. L. Rev.*, vol. 116, 2003, pp. 1212 – 1228, p. 1218.

<sup>133</sup> Matthew Crenson et Benjamin Ginsberg, *Downsizing Democracy*, *op. cit.*, pp. x – xi.

<sup>134</sup> Marcel Gauchet, *La démocratie contre elle-même*, *op. cit.*, p. 378.

« démocratie contre elle-même »<sup>135</sup> (1), qui peut être utilement illustrée dans le domaine éducatif (2).

### 1) Le risque d'une « démocratie contre elle-même »

La création d'une société démocratique implique traditionnellement une institution du politique comme centre de concertation et de décision de la collectivité, permettant de faire vivre ensemble les individus. Or, aujourd'hui, la recherche individuelle du bonheur personnel à court terme cache tout projet collectif à long terme. L'individualisation apparaît comme une sorte d'illusion dans le sens où l'accès au gouvernement, l'accès aux choix collectifs, a semble-t-il augmenté, mais avec pour conséquence un repli des individus sur eux-mêmes ou sur leur environnement proche.

Les conséquences de ces bouleversements sont essentielles. Mark Moore soutient que « le principal effet d'adopter une idéologie de marché est de saper le sentiment de responsabilité collective nécessaire à la vie en société »<sup>136</sup>. Derrière l'effacement de l'État pointe une évolution qui concerne le but de la société. Comme le relève Marcel Gauchet, « De même qu'en d'autres temps, on avait pu voir le politique entreprendre d'anéantir le droit des individus, le danger qui nous guette est de voir le droit des individus détruire la forme politique qui tient les individus ensemble et leur donne pouvoir sur leur monde commun, c'est-à-dire la base de son règne »<sup>137</sup>. Sur un plan plus juridique et en parlant du droit comme « cadre commun et reconnu par tous »<sup>138</sup> indispensable en société, Alain Supiot a pu résumer les mutations actuelles de la façon suivante : en faisant « de l'individu l'alpha et l'oméga de la pensée juridique, on oublie la seule certitude que peut apporter l'étude du Droit : il n'y a pas d'identité sans limites, et qui ne trouve pas ses limites en lui les trouvera à l'extérieur de lui »<sup>139</sup>, ce qui débouche inévitablement sur « une impasse sanglante, car il méconnaît la place

---

<sup>135</sup> Pour reprendre le titre de son ouvrage, *La démocratie contre elle-même*, *op. cit.*

<sup>136</sup> Mark Moore, *The Market Versus the Forum*, in J. Donahue and J. Nye (dir.), *Governance Amid Bigger, Better Markets by Visions of Governance in the 21st Century*, Washington DC, Brookings Institution Press, 2001, pp. 306 – 335, ici p. 309. V. aussi, du même auteur, *Public Values in an Era of Privatization*, *op. cit.*

<sup>137</sup> Marcel Gauchet, *La condition politique*, *op. cit.*, p. 548. Pour Pierre Manent, depuis deux siècles, le monde occidental a connu un double mouvement. D'une part, la construction et l'approfondissement de l'État de droit, et de l'autre le déploiement de la démocratie dans le cadre national. Or aujourd'hui « le premier aspect – la protection des droits individuels – non seulement l'emporte mais en quelque sorte vient prévenir ou empêcher le second aspect – le gouvernement collectif -, parce que tout gouvernement d'une collectivité par elle-même implique un certain nombre de contraintes pesant sur les droits individuels », in M. Gauchet, P. Manent, A. Finkielkraut (dir.), *La démocratie de notre temps*, éd. du Tricornet, coll. Répliques, 2003, p. 13.

<sup>138</sup> Alain Supiot, *Homo juridicus*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>139</sup> *Ibid.*, p. 29.

de l'Interdit dans l'institution de la raison »<sup>140</sup>. Laisser croire que la démocratie sous-entend une liberté sans bornes et sans référentiel d'ensemble, que ce soit l'Église ou l'État, mène à la chute de tout le système, car le marché qui lui est substitué est un mécanisme qui ne contient pas de philosophie politique. À ce propos, Barry Schwartz a démontré comment, en modifiant quelque peu la formule « trop d'impôt tue l'impôt », « trop de liberté tue la liberté », plaidant à ce titre pour une liberté mais à l'intérieur de certaines frontières<sup>141</sup>.

En définitive, le discrédit du politique n'entraîne plus de volonté de rupture collective, plus de protestations pour tenter d'améliorer la société dans son ensemble. Chacun se renferme sur lui-même et sur la recherche à court terme de son bonheur privé, comme si ce bonheur individuel était possible sans la protection du tout. Comme le souligne plusieurs auteurs<sup>142</sup>, et notamment Alain Supiot dans le prolongement de certaines analyses de Pierre Legendre<sup>143</sup>, à travers la promotion du thème de la contractualisation intrinsèquement lié au cœur de la gouvernance réapparaît une tendance à « une reféodalisation du lien social »<sup>144</sup>. Placer par-dessus tous les autres principes ceux de la liberté contractuelle et marchande risque d'inféoder une grande partie de la société à des intérêts privés. Le domaine éducatif illustre ces tendances destabilisatrices.

## 2) Illustration dans le domaine éducatif

Cet exemple est utile compte tenu de son rôle cardinal dans la construction de la citoyenneté, particulièrement en France où « la centralité de l'école dans la société et dans les institutions politiques françaises vient de cette fonction essentielle d'éducation du citoyen qui lui a été confiée »<sup>145</sup>. Sa vocation éducative dépasse la seule diffusion de connaissances<sup>146</sup>, en visant à apprendre aux enfants l'existence en société. L'école peut être considérée comme

---

<sup>140</sup> *Ibid.*, p. 82.

<sup>141</sup> Barry Schwartz, *Le paradoxe du choix. Comment la culture de l'abondance éloigne du bonheur* (trad. I-S. Lecorné ; l'ouvrage en anglais date de 2003), Michel Lafont, 2006.

<sup>142</sup> Yves Jégouzo relève par exemple qu'« Il ne faudrait pas (...) que sous le vocable de l'administration contractuelle on réinvente la féodalité qui était également, on le sait, fondée sur le contrat », L'administration contractuelle en question, in *Mouvement du droit public. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, pp. 543 – 556, ici p. 556.

<sup>143</sup> Pierre Legendre, Remarques sur la re-féodalisation de la France, in *Études en l'honneur de Georges Dupuis* (préf. G. Vedel), L.G.D.J., 1997, pp. 201 – 211.

<sup>144</sup> Alain Supiot, *Homo juridicus, op. cit.*, p. 166 (en détails pp. 172 – 175).

<sup>145</sup> Joël Roman, *La démocratie des individus*, Calmann-Lévy, coll. Essai société, 1998, p. 174.

<sup>146</sup> Jean-Yves Faberon, État et citoyenneté, *LPA*, n° 223, 8 nov. 2006, pp. 3 – 6.

l'institution centrale qui doit servir à créer les conditions de sociabilité des individus. Elle a ainsi « l'individualisation comme but et la socialisation coercitive comme moyen »<sup>147</sup>.

Or, aujourd'hui, la fin prend le pas sur les moyens, puisqu'il s'agit de plus en plus de faire des choix privés le cœur de l'activité éducative, celle-ci devant s'adapter sans rien pouvoir imposer. Mais « L'école selon l'individu passe infailliblement à côté des conditions de production de l'individu »<sup>148</sup>. Avec l'augmentation des choix scolaires, ce sont les décisions privées à court terme qui priment sur la fixation d'objectifs politiques à long terme. Comment construire une école de la citoyenneté si les individus-citoyens estiment que les impôts qu'ils paient leur donnent le droit de choisir exactement le service qu'ils veulent en retour ? Amy Gutmann a souligné ce problème concernant les bons scolaires (*school vouchers*), qui « laissent trop d'espace pour le choix parental, et trop peu pour la délibération démocratique »<sup>149</sup>. Matthew Crenson et Benjamin Ginsberg soutiennent de la même façon que « les bons et les programmes de 'choix' ont été conçus de telle façon que les politiques publiques puissent être désagrégées en de multiples décisions privées. Par exemple, en application d'un programme de bons scolaires, les parents insatisfaits des conditions éducatives de leurs enfants n'ont plus jamais besoin de se plaindre ou de se regrouper avec d'autres parents pour changer les choses. Ils peuvent tout simplement choisir d'envoyer leurs enfants dans une autre école plus satisfaisante à leurs yeux »<sup>150</sup>.

En affectant des fonds publics aux décisions privées, les instruments du choix scolaire vont irrémédiablement permettre aux intérêts individuels de devenir la matrice des orientations générales. L'idée d'une politique nationale de l'éducation disparaît complètement. Cependant, plutôt que croire dans ces vertus privées, pourquoi ne pas s'attaquer collectivement au cœur des problèmes, et notamment aux graves désavantages touchant certaines écoles et catégories de population ?

En synthèse, la sacralisation du citoyen-consommateur réduit le sentiment d'appartenir à un collectif et le devoir de prendre une part active à son fonctionnement. Si les causes et les grands traits du déséquilibre créé par ce triomphe sont partagés dans leurs grandes lignes par toutes les sociétés occidentales, ce caractère unitaire est néanmoins beaucoup plus contestable lorsque c'est sa portée qui est interrogée.

---

<sup>147</sup> Marcel Gauchet, *La démocratie contre elle-même*, op. cit. p. 116.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 381.

<sup>149</sup> Amy Gutmann, *Democratic Education*, Princeton, Princeton University Press, 1987, p. 70.

<sup>150</sup> Matthew Crenson et Benjamin Ginsberg, *Downsizing Democracy*, op. cit., p. 19.

## §2. Une portée différente

Il faut dépasser l'unité de la nature du phénomène pour étudier la pluralité de ses effets concrets. En résumé, l'individualisation de la citoyenneté paraît plus compatible avec les canons américains (A) que français (B).

### A. La compatibilité avec le modèle américain

La transformation de la dialectique au centre de la citoyenneté, en ce qu'elle tend à diminuer les devoirs envers la collectivité médiatisée par l'État, correspond à la nature profonde du modèle américain (1). Cette conversion des citoyens en consommateurs a d'ailleurs été promue au niveau politique avec une vigueur profonde, l'exemple le plus caractéristique étant sûrement celui de l'administration Clinton déclarant que l'action gouvernementale devait dorénavant « donner priorité à ses clients »<sup>151</sup>. L'adéquation apparaît d'autant plus réelle qu'elle évoque le souvenir de certaines périodes sombres de l'histoire américaine, ce qui en démontre les dangers (2).

#### 1) Un certain retour aux sources

Les évolutions fiscales depuis le tout début des années 1980 introduisent (a) à cette idée plus globale d'un certain retour à la période antérieure au *New Deal* (b).

##### (a) Les évolutions fiscales depuis 1980

Le cadre général de contestation fiscale présenté auparavant a parfois tourné aux États-Unis à une véritable révolte<sup>152</sup>, et a clairement abouti à des mesures importantes tendant à un retour des conceptions libérales de l'impôt. Son point de départ est souvent considéré comme se situant en Californie en 1978, avec la discussion puis l'adoption par référendum d'un amendement à la Constitution de l'État prévoyant un plafond en matière d'imposition

---

<sup>151</sup> C'est l'intitulé du chapitre 2 de la *National Performance Review* qui a inspiré la grande réforme du gouvernement fédéral entreprise sous l'égide du vice-président Al Gore.

<sup>152</sup> V., par exemple, Martin Larson, *Tax Rebellion USA. Why and How Thousands of Patriotic Americans Are Resisting the IRS*, Old Greenwich, Devin Adair, 1974.

foncière<sup>153</sup>, au demeurant très bas. Ce mouvement « allait être suivi dans 22 autres États, ceux-ci décidant à leur tour de fixer des limites à d'éventuelles augmentations d'impôts »<sup>154</sup>. Si, pour évaluer globalement ces changements, une donnée essentielle concerne la pression fiscale, un autre élément important doit être pris en compte dans la continuité, l'idée de progressivité de la fiscalité.

À propos du premier point, les évolutions depuis le début des années 1980 ont privilégié les diminutions d'impôts<sup>155</sup>. Ainsi en a-t-il été initialement sous la présidence Reagan<sup>156</sup>, mais aussi plus récemment avec les différents dispositifs votés par le Congrès sous la présidence de George W. Bush<sup>157</sup>. La consultation des chiffres permet de corroborer ces remarques tout en tempérant leur portée, car il ne s'est pas agi d'un retour aux taux de prélèvements ayant précédé la Seconde guerre mondiale, mais plutôt de leur stabilisation. Ainsi, depuis la fin des années 1970, la pression fiscale n'a que très peu évolué, oscillant régulièrement entre 25 % et 30 % du PIB<sup>158</sup>, et ayant même un peu reculé entre 2000 et 2005. Il faut compléter ces chiffres en les analysant plus en détails, et notamment en prenant en compte le particularisme américain concernant le financement de la protection sociale. Il apparaît sur la même période que cette pression a stagné voire régressé lorsque les dépenses sociales sont exclues du calcul. Cela démontre que les problèmes croissants de financement des prestations sociales n'ont pas aggravé la pression fiscale totale<sup>159</sup>. Ceci corrobore le principe américain consistant à faire supporter une grande partie de cette protection directement par les personnes privées grâce aux incitations fiscales, dont les montants ont explosé depuis. Cette arme a permis de laisser aux Américains un double choix : celui de recourir ou non au service correspondant, celui ensuite d'en fixer le régime dans le cadre d'une relation marchande avec un prestataire privé.

Dans le cadre général ci-dessus exposé, la remise en cause de la progressivité de la fiscalité a été un autre élément décisif. Il a été dit précédemment comment les États-Unis ont connu en la matière une évolution certaine à partir du *New Deal* et jusque dans les années

---

<sup>153</sup> Sur ce mécanisme du référendum, v. *supra*, pp. 216 et s. Ce fut la « Proposition 13 ».

<sup>154</sup> Michel Bouvier, *Introduction au droit fiscal*, *op. cit.*, p. 155.

<sup>155</sup> Elliot Brownlee, *Federal Taxation in America*, *op. cit.*, p. 115.

<sup>156</sup> Notamment par une loi de 1981, l'*Economic Recovery Tax Act (ERTA)*.

<sup>157</sup> Principalement l'*Economic Growth and Tax Relief Reconciliation Act* de 2001 (*EGTRRA*), et le *Jobs and Growth Tax Relief Reconciliation Act* de 2003 (*JGTRRA*).

<sup>158</sup> V. <http://www.gpoaccess.gov/usbudget/fy09/sheets/hist15z1.xls>, *op. cit.*

<sup>159</sup> Pour être complet sur cette question, il est important de tenir compte des dépenses fiscales en matière sociale aux États-Unis pour bien évaluer les choses.

1970<sup>160</sup>. Or, les années 1980 vont voir émerger un mouvement inverse. De nombreuses propositions ont visé à l'adoption d'une *Flat tax*, autrement dit un impôt proportionnel<sup>161</sup>. Plus récemment, la présidence de George W. Bush a elle aussi été partisane de la mesure. Si, au niveau fédéral, cette volonté n'a pas eu directement cet effet, contrairement à certains États fédérés<sup>162</sup>, il faut toutefois relever qu'elle a abouti à un adoucissement très significatif de la progressivité à partir de la présidence Reagan<sup>163</sup>. Concernant l'imposition sur les revenus des personnes physiques, le taux marginal a varié depuis les années 1980 pour se fixer depuis le début des années 2000 à 35 %. Il faut dépasser ce seul énoncé et constater avec un rapport parlementaire de 2003 qu'un autre élément est décisif, celui qui concerne le montant à partir duquel ce taux vient à s'appliquer<sup>164</sup>. Or, outre-Atlantique, ce dernier ne concernait à cette date « que les personnes gagnant au moins 10 fois le salaire ouvrier moyen »<sup>165</sup>. Ce faisant et conformément à une théorie libérale de l'impôt<sup>166</sup>, les États-Unis relèvent traditionnellement d'un modèle « où la désincitation à maximiser son revenu est faible »<sup>167</sup>, et c'est même « le pays où la désincitation est la plus faible »<sup>168</sup>. Plus généralement encore, il faut rappeler que l'étude de la progressivité d'un système fiscal ne doit pas s'arrêter à l'imposition du revenu<sup>169</sup>. Et c'est à ce titre pour l'ensemble de la fiscalité que cette caractéristique « a diminué de manière spectaculaire »<sup>170</sup> outre-Atlantique depuis la fin des années 1970.

---

<sup>160</sup> V. *supra*, p. 394.

<sup>161</sup> Sur ces propositions, v. le compte rendu en 1992 de Jay Howard, *When Two Tax Theories Collide: A Look at the History and Future of Progressive and Proportionate Personal Income Taxation*, *Washburn L. J.*, vol. 32, 1992, pp. 43 – 76, surtout pp. 66 – 69. V. aussi Cynthia Blum, *Flat Tax: A Panacea for Privacy Concerns?*, *Am. U. L. Rev.*, vol. 54, 2005, pp. 1241 – 1280.

<sup>162</sup> Dans certaines d'entre-eux, en effet, l'imposition supplémentaire du revenu fait l'objet d'une pure proportionnalité, sachant que le principe même de cette imposition n'existe pas dans d'autres.

<sup>163</sup> Reuven Avi-Yonah souligne à ce sujet que, « Quand Reagan devint président en 1981, le taux marginal de l'impôt sur le revenu fédéral était de 70 % ; quand il quitta ses fonctions en 1989, ce taux était à 28 % », *Why Tax the Rich? Efficiency, Equity and Progressive Taxation*, *Yale L. J.*, vol. 111, 2002, pp. 1391 – 1416, p. 1392.

<sup>164</sup> Sénat, *Rapport d'information au nom de la Commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur les prélèvements obligatoires et leur évolution*, par Philippe Marini, n° 55, 2003, pp. 22 – 23.

<sup>165</sup> *Ibid.*, p. 23. Pour l'année 2009, le taux marginal de l'impôt sur le revenu fédéral s'applique pour les gains dépassant plus de 370000 dollars. Pour comparaison, en France, le taux marginal de 40 % s'applique pour la fraction supérieure à 69500 euros, soit environ 90000 dollars. Ces chiffres doivent cependant être pris avec précaution compte tenu des spécificités de chaque système fiscal (ainsi en va-t-il de l'importance du quotient familial en France).

<sup>166</sup> Cela permet de tempérer quelque peu ce qui a été énoncé précédemment (*supra*, p. 394), à savoir que les taux marginaux étaient plus importants aux États-Unis qu'en France après 1945. Si cela est vrai, il faut tenir compte de leur seuil de déclenchement pour avoir une image complète.

<sup>167</sup> Sénat, *Rapport d'information au nom de la Commission des Finances*, *op. cit.*, p. 22. Une « faible proportion des ménages (...) est soumise au taux maximal, qui est inférieur à 50 % », pp. 22 – 23.

<sup>168</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>169</sup> Thomas Piketty et Emmanuel Saez, *How Progressive is the U.S. Federal Tax System?*, *op. cit.*, pp. 21 – 23.

<sup>170</sup> *Ibid.*, p. 22.

Ces données permettent de mieux évaluer les volontés de réformes fiscales du président Obama. D'une part, il a favorisé les diminutions d'impôt pour plus de 90 % des foyers fiscaux<sup>171</sup>. D'autre part, il propose à partir de 2011 d'augmenter les deux taux marginaux de l'impôt fédéral sur le revenu pour les contribuables les plus aisés, appréhendés comme ceux qui touchent des revenus supérieurs à 250 000 dollars par an<sup>172</sup>. S'il s'agit donc plus d'un rééquilibrage que d'une diminution globale de la fiscalité, il y a là des évolutions profondes qu'il ne faut pas négliger<sup>173</sup>.

Nonobstant ces potentielles transformations, marquant peut-être le début d'une ère différente de la précédente, le système américain à partir de la fin des années 1970 a marqué un réel retour à l'expérience antérieure au *New Deal*. Non seulement la pression fiscale a été maintenue à un niveau plus faible qu'en France, mais la progressivité a également beaucoup diminué. Ce double mouvement illustre les évolutions vers plus de décisions personnelles et, *a contrario*, vers moins de choix collectifs médiatisés par la dépense publique et financés par l'impôt.

#### (b) Le sens global des changements

Les évolutions fiscales récentes tempèrent les expériences liées à l'accroissement de l'intervention publique consécutives aux années 1930. Cela vient corroborer la tendance générale conforme au modèle historique américain d'une contestation du rôle de régulateur social du gouvernement. Il paraît par conséquent logique de soutenir que l'individualisation de la citoyenneté suit un même raisonnement. C'est pourquoi il faut retenir concernant les États-Unis que « la privatisation de la citoyenneté à travers la société civile renforce le rempart contre la menace constante de l'État »<sup>174</sup>. La contestation du rôle du gouvernement, et en premier lieu du gouvernement fédéral, consiste en quelque sorte à un retour aux principes qui ont entouré la formation de la République américaine. Il s'agit de revenir aux fondements pluriels de la citoyenneté américaine, c'est-à-dire, pour une certaine part, d'obéir au gouvernement, mais aussi d'exercer en dehors du respect des choix publics sa citoyenneté

---

<sup>171</sup> Création du *Making Work Pay* par l'*American Recovery and Reinvestment Act* de février 2009, permettant à de très nombreux foyers américains d'obtenir une réduction d'impôt pouvant atteindre 800 dollars pour un couple.

<sup>172</sup> Ces taux passeraient respectivement de 33 % et 35 % à 36 % et 39,6 %.

<sup>173</sup> Sachant qu'il faudra aussi tenir compte du financement de l'éventuelle réforme du système de santé abordée *supra*, p. 301, qui passerait en partie par une fiscalité plus importante sur les redevables les plus aisés.

<sup>174</sup> Margaret Somers, *Romancing the Market, Reviling the State*, in C. Crouch, K. Eder et D. Tambini (dir.), *Citizenship, Markets, and the State*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 23 – 48, ici p. 42.

d'autres façons beaucoup plus diverses et individuelles, notamment par l'intermédiaire de la religion ou de groupements privés.

Cette compatibilité américaine se matérialise également par le fait que les mouvements actuels favorisent les États fédérés à travers un certain renouveau du fédéralisme<sup>175</sup>. La vaste réforme de l'aide sociale en 1996<sup>176</sup>, qui a donné une place centrale à ces derniers, implique elle aussi une modification des équilibres par un retour à une citoyenneté multiple, trait caractéristique lié à la pluralité américaine<sup>177</sup>.

Certes, il n'est pas possible de soutenir que ce retournement a consisté à revenir aux expériences du XIX<sup>e</sup> siècle marquées par un libéralisme et un pluralisme exacerbés. De la même manière, il ne faut pas envisager les choses de manière immuable pour l'avenir<sup>178</sup>. Néanmoins, comme le remarque Marcel Gauchet, l'évolution des trente dernières années « s'est donnée pour un retour aux sources, pour un renouement avec l'esprit d'entreprise du pionnier et l'idée jeffersonienne de la démocratie des droits individuels »<sup>179</sup>, caractérisant « une confirmation de l'exceptionnalisme américain »<sup>180</sup>. Finalement, l'hypothèse de reféodalisation de la société et du lien social évoquée plus haut et découlant de la valorisation constante de la contractualisation apparaît comme largement compatible avec l'histoire américaine.

Cette idée d'un retour aux sources paraît si vraie que les dangers mis à jour par ce triomphe de l'individualisme rappellent étrangement certaines des heures les plus sombres de la mémoire américaine, celles de la lutte contre les discriminations raciales, notamment dans le secteur éducatif.

## 2) Les dangers de ce retour aux sources : l'exemple des discriminations raciales dans le secteur éducatif

Pour comprendre les risques actuels correspondants à la promotion des choix scolaires (b), il faut replacer cet exemple dans un contexte plus général typiquement américain marqué,

---

<sup>175</sup> V., not., *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995), *Grands arrêts, op. cit.*, pp. 1173 – 1189, précité.

<sup>176</sup> V. *supra*, pp. 270 – 271.

<sup>177</sup> V. la « double citoyenneté » évoquée plus haut dans la jurisprudence dite de « l'abattoir », *supra*, pp. 399 – 400.

<sup>178</sup> Ainsi l'élection de Barack Obama pourrait faire évoluer les choses. V. *infra*, conclusion générale pp. 427 et s.

<sup>179</sup> Marcel Gauchet, *La condition politique, op. cit.*, p. 398.

<sup>180</sup> *Ibid.*, p. 42.

d'une part, par le combat historique de la communauté noire contre les discriminations raciales et, d'autre part, par le rôle du gouvernement fédéral dans ce cadre (a).

(a) Le traitement historique des discriminations raciales aux États-Unis

Le combat de la minorité noire a marqué toute l'histoire américaine. Un des arrêts importants de la Cour suprême en la matière, *Plessy v. Ferguson*<sup>181</sup>, avait posé à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle le principe de la constitutionnalité de la doctrine « séparés mais égaux ». Peu importait alors l'égalité réelle entre les individus ; l'essentiel était l'égalité formelle, c'est-à-dire que devaient être ouvertes aux personnes de couleur noire les mêmes possibilités que celles offertes aux personnes de couleur blanche, même si c'était sans aucun mélange racial. Dans la droite ligne des théories interdisant alors au gouvernement fédéral d'intervenir dans les États sur les relations individuelles, la Cour soutenait également l'idée que les discriminations raciales provenaient des choix privés et non d'une action d'État, et que la loi était incapable de modifier les choses. À ses yeux, « Si les deux races doivent se rencontrer sur le pied d'une égalité sociale, ce doit être le résultat d'affinités naturelles, de l'appréciation par chacun des mérites de l'autre, et du consentement volontaire des individus. (...). La loi est impuissante à éradiquer les instincts raciaux, ou à abolir les distinctions qui reposent sur des différences physiques »<sup>182</sup>. Et elle pouvait en conclure que, « si une race est inférieure à l'autre socialement, la Constitution des États-Unis ne peut pas les placer sur le même plan »<sup>183</sup>.

Or, face aux disparités concrètes engendrées par cette politique aux accents racistes, le célèbre arrêt *Brown v. Board of Education of Topeka* de 1953 est venu marquer un tournant<sup>184</sup>. Cette décision, élaborée dans le domaine scolaire mais valable d'une manière générale comme interdiction de toutes les discriminations basées sur la couleur de peau, changea l'analyse en faisant prévaloir une égalité non plus formelle mais réelle. Selon les mots du président de la Cour Earl Warren, l'éducation est « le fondement même d'une citoyenneté authentique »<sup>185</sup>, de sorte que « des écoles séparées sont intrinsèquement

---

<sup>181</sup> 163 U.S. 537 (1896), *Grands arrêts, op. cit.*, pp. 302 – 320, avec une opinion dissidente du juge Harlan.

<sup>182</sup> *Ibid.*, p. 311.

<sup>183</sup> *Ibid.*, p. 312.

<sup>184</sup> 347 U.S. 483 (1954), *Grands arrêts, op. cit.*, pp. 601 – 609.

<sup>185</sup> *Ibid.*, p. 606.

inégales »<sup>186</sup>. Cette décision marqua le début d'un changement d'attitude du gouvernement fédéral vers un accroissement significatif de son intervention, qui déboucha notamment sur les *Civil Rights Acts* dans les années 1960. Les juridictions fédérales à partir de la fin des années 1950 intervinrent pareillement de manière beaucoup plus active afin d'assurer une égalité réelle entre les communautés, en obligeant les États fédérés à modifier leurs législations. Il s'est même ensuite agi non plus seulement d'interdire les discriminations, mais bien de promouvoir les conditions permettant d'assurer effectivement l'égalité, ce qui aboutit à la mise en place à partir des années 1960 des politiques dites d'*affirmative action*<sup>187</sup> (discriminations positives). Il était alors considéré, contrairement à la prétendue naturalité harmonieuse des choix privés, que seule l'intervention publique par voie d'autorité était susceptible de mettre fin aux problèmes raciaux. En conséquence et contrairement à la tradition américaine, cette évolution faisait de la Constitution un moyen de promotion active du bien collectif.

Ces mesures ne durèrent pourtant pas car, si l'objectif est resté le même, à savoir assurer l'égalité entre les communautés, la méthode a aujourd'hui évolué. C'est en effet maintenant et conformément à ce qui a été dit plus haut les choix individuels qui sont (re)devenus centraux, marquant d'une certaine façon le retour à une égalité formelle au détriment d'une égalité réelle qui impliquerait des décisions positives, autrement dit des mesures potentiellement coercitives sur les libertés individuelles. Pourtant, comme le démontre Cass Sunstein, si c'est alors le marché au détriment de l'État qui a été mis en avant, tout laisse à penser qu'il est incapable d'assurer cette mission<sup>188</sup>, et même qu'il favorise les discriminations comme l'histoire américaine le démontre<sup>189</sup>, notamment dans l'éducation.

#### (b) Les nouveaux dangers issus du « choix scolaire »

Quelles sont les conséquences du choix scolaire sur la question raciale ? D'un point de vue général, il a déjà été souligné que ce mouvement a pour effet majeur de rendre inutile

---

<sup>186</sup> *Ibid.*, p. 608.

<sup>187</sup> V. Gwénaële Calvès, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis : le problème de la discrimination positive* (préf. J. Chevallier), L.G.D.J., coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 86, 1998.

<sup>188</sup> Cass Sunstein, *Free Markets and Social Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1997, pp. 151 – 166. L'auteur souligne que « les marchés sont souvent le problème et non la solution. Ils garantissent que la discrimination persistera », p. 151.

<sup>189</sup> L'élection de Barack Obama pourrait-elle constituer un changement important en la matière ? Il est *a priori* logique de le penser, mais il y a un grand pas entre ce scrutin hautement symbolique et une évolution significative et réelle de la place des minorités, et notamment de la minorité noire.

toute amélioration collective de l'éducation, puisque c'est chaque parent qui est placé en situation de choisir en son âme et conscience les changements nécessaires à son enfant. Mais qu'en est-il juridiquement au regard de la jurisprudence *Brown* ci-dessus évoquée ?

Au départ, l'activisme de la Cour suprême, au plus fort dans les années 1960, impliqua que seules des mesures positives de la part des États étaient susceptibles de respecter les termes de la jurisprudence *Brown*. La Cour suprême avait notamment pu décider que la mise en place d'un programme de choix scolaire comme moyen de mettre fin aux discriminations n'était pas suffisant<sup>190</sup>. Différents plans furent alors mis en place pour assurer la mixité scolaire. Les plus connus sont ceux de « *busing* », visant au mixage racial par l'organisation du transport de certains élèves en dehors de l'école de leur quartier<sup>191</sup>.

Toutefois, cette jurisprudence active fut de plus en plus tempérée dans la décennie suivante<sup>192</sup>, marquant la tendance au retour à une égalité formelle telle qu'énoncée dans *Plessy v. Ferguson*. Face à la tâche immense d'assurer l'égalité des chances en matière éducative, les politiques actives et collectives d'après-guerre ont laissé la place à un scepticisme passif et individualiste. Dans ce cadre, la promotion du choix scolaire, autrement dit du choix privé, ne paraît plus être un problème pour la jurisprudence. Cela matérialise un retour en arrière à une tendance à la reségrégation scolaire<sup>193</sup>, ce que la doctrine ne manque pas de souligner<sup>194</sup>.

Les promoteurs du choix scolaire insistent au contraire sur le fait que ces mesures sont les seules susceptibles d'améliorer l'école publique, et notamment de permettre aux communautés défavorisées d'avoir un véritable accès à une éducation de qualité. Mais n'est-ce pas là un argument théorique ? Ainsi, la possibilité ouverte grâce aux *vouchers* pour un membre d'une minorité d'aller dans une « meilleure » école, c'est-à-dire le plus souvent pour un Afro-américain d'aller dans une école blanche, implique d'arriver dans une école qui, par tradition, lui est plutôt hostile. Les bons, au-delà de leur apparence moderne, ne semblent en

---

<sup>190</sup> Dans une affaire *Green v. County School Board*, 391 U.S. 430 (1968), la Cour a posé le principe qu'une véritable déségrégation à l'école nécessitait des mesures actives, et non comme en l'espèce de laisser les parents choisir.

<sup>191</sup> Sur le développement de ces politiques à partir des années 1960, v. Malie Montagutelli, *Histoire de l'enseignement aux États-Unis*, Belin, coll. Histoire de l'éducation, 2000, pp. 248 – 251.

<sup>192</sup> V. *Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 717 (1974), où la Cour a restreint les obligations pesant sur les États fédérés en matière de déségrégation scolaire.

<sup>193</sup> V. Molly Townes O'Brien, *Private School Tuition Vouchers and the Realities of Racial Politics*, *Tenn. L. Rev.*, vol. 64, 1997, pp. 359 – 407, ici p. 362.

<sup>194</sup> V. Lisa Fairfax, *The Silent Resurrection of Plessy: The Supreme Court's Acquiescence in the Resegregation of America's Schools*, *Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev.*, n° 9, 1999, pp. 1 – 57, not. pp. 56 – 57. Plus spécifiquement sur les *vouchers*, v. Klint et Kern Alexander, *Vouchers and the Privatization of American Education: Justifying Racial Resegregation from Brown to Zelman*, *U. Ill. L. Rev.*, 2004, pp. 1131 – 1154.

fait pas résoudre le problème des discriminations mais bien le déplacer sous couvert de liberté, en sapant en même temps le sens d'une éducation publique ouverte et réelle pour tous. De la même façon, les différentes lois d'État permettant le recours aux écoles à charte (*charter schools*) insistent sur leur caractère non discriminatoire. Mais comment assurer en réalité que la mise en place de certains de ces établissements n'a pas pour but ou ne va pas avoir pour effet de laisser certaines communautés de côté. N'est-ce pas là encore une égalité formelle qui est mise en place au détriment d'une égalité réelle ? L'histoire démontre pourtant que les pratiques discriminatoires reprennent dès l'instant où le gouvernement n'impose plus certaines solutions obligatoires, ou au moins tant qu'il n'aura pas garanti de manière positive la mise en place des conditions permettant de changer la donne en profondeur.

La compatibilité des mouvements actuels liés à la gouvernance avec le modèle américain paraît confirmée, avec notamment pour conséquence un retour en arrière dans le domaine de la ségrégation raciale. Qu'en est-il maintenant de l'effet de la gouvernance sur le cœur du modèle français de citoyenneté ?

## B. L'incompatibilité avec le modèle français

Le mouvement intrinsèque à la gouvernance décrit précédemment doit être compris en France non comme un certain retour aux sources, mais plus comme un retour certain sur les sources de son modèle (1), dont découleraient des dangers qu'il faudra scruter (2).

### 1) Un retour certain sur les sources

Comme pour les États-Unis, un passage par le domaine fiscal est intéressant (a) pour introduire globalement aux changements récents, qu'ils soient réels ou encore seulement éventuels (b).

#### (a) Les évolutions fiscales depuis 1980

La France a été concernée par des changements depuis les années 1980. Néanmoins, la contestation fiscale n'a pas pris les traits américains, sauf de manière ponctuelle et

relativement limitée<sup>195</sup>. L'évaluation doit se faire, d'abord, eu égard à la pression fiscale globale ( $\alpha$ ). Pour avoir une idée complète des évolutions, il ne faut pas en rester là et approfondir la recherche dans deux directions. D'une part, aborder la question de la progressivité ( $\beta$ ). D'autre part et dans le prolongement, s'attarder sur les réformes des trois années passées qui pourraient avoir modifié substantiellement la donne fiscale ( $\gamma$ ).

#### ( $\alpha$ ) la pression fiscale

Sur ce point, une différence apparaît avec les États-Unis. Ainsi, là où cette pression a été relativement stable outre-Atlantique au cours des trente dernières années, elle a encore augmenté en France de plus de 5 % du PIB<sup>196</sup>, avec un taux global stabilisé depuis les années 2000 autour de 45 %. Dans la continuité, là où il y a eu aux États-Unis une relative stabilité du financement de la protection sociale, l'augmentation a été générale en France.

Concernant les missions sociales, cela démontre que l'accroissement des besoins de financement n'a pas été satisfaite comme outre-Atlantique par le recours aux solutions privées, mais en grande partie par une mutualisation politique à travers l'augmentation des prélèvements obligatoires et, ce faisant, de la dépense publique et donc des choix publics.

#### ( $\beta$ ) la progressivité

Il faut d'abord étudier l'impôt sur le revenu. Une politique de diminution des taux a été mise en œuvre depuis 2002. Le nombre de tranches a diminué depuis de six à quatre, et le taux marginal abaissé de 48 % à 40 %. Toutefois, cette baisse a été opérée en parallèle avec la disparition de l'abattement des 20 % précédemment applicable à la plupart des salariés, ce qui tempère quelque peu la portée de la mesure<sup>197</sup>. De plus et comme il a déjà été relevé, le taux marginal n'est qu'un élément qu'il faut prendre en compte avec la question du montant à partir duquel il se déclenche. Historiquement, la France est fidèle à une « désincitation à maximiser son revenu »<sup>198</sup>, à la différence de son homologue américain.

---

<sup>195</sup> Comme par exemple le mouvement poujadiste dans les années 1960. En détails, v. Gabriel Ardant, *Histoire de l'impôt*, op. cit., t. 2, pp. 641 – 669.

<sup>196</sup> OCDE, *Statistiques des recettes publiques*, op. cit., p. 43.

<sup>197</sup> V. en détails, *Projet de loi de Finances pour 2007. Rapport sur les prélèvements obligatoires*, 2006, p. 24.

<sup>198</sup> Sénat, *Rapport d'information au nom de la Commission des Finances*, op. cit., p. 23.

Si les variations ci-dessus synthétisées ont fait évoluer la situation, elles ne sont donc pas à elles seules la manifestation d'une révolution. Plus généralement, si ces mutations sont réelles, la question qui se pose est celle de leurs limites. En France, contrairement à ce qui se passe aux États-Unis, le Conseil constitutionnel paraît protéger le principe de la progressivité de l'imposition sur le revenu, même si les auteurs s'opposent sur sa nature juridique<sup>199</sup>.

Cependant, il faut tempérer la portée de cet examen par l'introduction puis le développement d'une dose substantielle de proportionnalité à partir de la mise en place dans les années 1990 de la contribution sociale généralisée (CSG) puis de la contribution au remboursement de la dette sociale (CRDS). Ces deux impositions de toutes natures démontrent que la proportionnalité est une réalité dans l'imposition du revenu en France, sachant qu'elles génèrent des ressources plus importantes que celles tirées de l'impôt sur le revenu<sup>200</sup>. Cette dualité entre un impôt progressif et des contributions proportionnelles pose la question de leur fusion<sup>201</sup>, et à terme celle de l'évolution d'un système proche des autres impositions sur le revenu dans d'autres pays, à savoir : « assiette large, nombre limité de contribuables exonérés, progressivité réduite, prélèvement à la source »<sup>202</sup>. Faut-il alors en conclure comme Daniel Gouadain qu'en ces matières, « l'exception française »<sup>203</sup> vit « ses derniers beaux jours »<sup>204</sup> ?

Pour aller plus loin et tenter de conclure sur ce premier point, il ne faut pas s'arrêter à l'impôt sur le revenu et interroger la progressivité d'ensemble du système fiscal français. À ce titre, Thomas Piketty et Emmanuel Saez ont démontré en intégrant l'impôt sur les successions et les cotisations sociales<sup>205</sup> que, contrairement aux États-Unis, le niveau de la progressivité

---

<sup>199</sup> Pour certains, il s'agit d'un principe qui a valeur constitutionnelle (par exemple Rémi Pellet, Notes introductives, *Finances publiques et redistribution sociale*, *op. cit.*, p. 22), ce qui n'est pas le cas pour d'autres [par exemple Xavier Prétot, Proportionnalité et progressivité des prélèvements obligatoires. À propos de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, *in R. Pellet (dir.), op. cit.*, pp. 91 – 105, en synthèse p. 103].

<sup>200</sup> Assemblée nationale, *Rapport d'information sur le prélèvement à la source et le rapprochement et la fusion de l'IR et de la CSG*, par Didier Migaud, n° 3779, mars 2007, pp. 115 et s.

<sup>201</sup> Pour une synthèse sur les carences françaises et des propositions de réforme, *ibid.*

<sup>202</sup> Daniel Gouadain, D'hier à demain, quels devoirs fiscaux ? Matériaux pour une mise en perspective, *in G. Ferréol (dir.), Rapport à autrui et personne citoyenne*, Presses Universitaires du Septentrion, 2002, pp. 41 – 72, p. 68.

<sup>203</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>204</sup> *Ibid.*

<sup>205</sup> L'impôt sur les successions (et les donations) est traditionnellement un impôt progressif ; caractéristique qui étonne *a priori* plus pour les cotisations sociales. Toutefois, depuis presque 20 ans, les différents allègements de charges sur les bas salaires ont abouti à pouvoir accoler ce qualificatif aux cotisations sociales patronales (et non salariales). En détails, v. Sénat, *Rapport d'information fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur les prélèvements obligatoires*, par Philippe Marini, n° 41, 2006, pp. 68 et s.

en France avait été maintenu depuis les années 1970 jusqu'en 2005<sup>206</sup>. C'est pourquoi, malgré des évolutions certaines, les caractéristiques de la progressivité en France couplées avec la pression fiscale globale prouvent encore des dissemblances entre les rives de l'Atlantique.

Néanmoins, un dernier point vient démontrer une nouvelle fois que les modèles ne sont pas immuables.

#### (γ) les mesures très récentes

Différentes mesures en France depuis environ trois ans viennent amender cet équilibre représentatif du particularisme français<sup>207</sup>. Il en va de la création de l'emblématique « bouclier fiscal » par la loi de finances pour 2006, puis de son approfondissement par la loi du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat (dite loi TEPA). Ce dispositif, qui plafonne les impôts directs payés par les contribuables eu égard à leurs revenus<sup>208</sup>, a vu son taux abaissé de 60 % à 50 %. Ses règles de calcul ont également été élargies puisque sont dorénavant pris en compte l'impôt sur le revenu, l'impôt de solidarité sur la fortune, les taxes foncières et d'habitation, mais aussi les contributions sociales (CSG et CRDS).

La loi TEPA a également diminué les droits de succession et aménagé l'impôt sur la fortune<sup>209</sup>. Cela démontre une tendance à la réduction de la progressivité du système fiscal français, malgré l'adoption très récente d'un mécanisme de plafonnement des niches fiscales<sup>210</sup>. De la même manière, un auteur a pu relever que le Conseil constitutionnel

---

<sup>206</sup> V. Thomas Piketty et Emmanuel Saez, *How Progressive is the U.S. Federal Tax System?*, *op. cit.*, pp. 21 – 22.

<sup>207</sup> La loi de programmation des finances publiques, promulguée le 9 février 2009, a d'ailleurs arrêté le principe d'une stabilisation puis d'une diminution à court terme du taux des prélèvements obligatoires.

<sup>208</sup> L'article 1 du Code général des impôts dispose que « Les impôts directs payés par un contribuable ne peuvent être supérieurs à 50 % de ses revenus ».

<sup>209</sup> Elle a également défiscalisé les heures supplémentaires, ou encore créé un crédit d'impôt pour l'achat de la résidence principale. V. Conseil des prélèvements obligatoires, *Le patrimoine des ménages*, La Documentation française, 2009, tableau p. 282. En détails, v. Alain Delfosse et Jean-François Peniguel, *Loi TEPA ; présentation des nouvelles mesures fiscales*, *JCP-N*, n° 38, 21 septembre 2007, pp. 16 – 51.

<sup>210</sup> La mise en place du bouclier fiscal a posé la question d'une contrepartie, autrement dit d'un plafonnement des niches fiscales en faveur des plus aisés et/ou de la mise en place d'un impôt minimum. Ces débats, d'une grande actualité au cours des deux dernières années, ont débouché sur l'adoption du principe de plafonnement dans la loi de Finances pour 2009, selon des règles particulières qu'il n'est pas ici besoin de détailler (v. Hervé Zapf et Betty Toulemon, *Loi de finances pour 2009*, *Gaz. Pal.*, n° 50, 19 février 2009, pp. 2 – 16, not. pp. 4 – 9.) Concernant l'impôt minimum, il faut mentionner qu'il existe outre-Atlantique depuis plusieurs décennies ; c'est l'*Alternative Minimum Tax*. Contrairement aux débats français dans lesquels cet impôt minimum viserait les personnes les plus riches susceptibles d'échapper à l'impôt grâce aux niches fiscales, aux États-Unis, sa mise en place a pu entraîner l'imposition de foyers de la classe moyenne. En détail, v. la synthèse présentée dans le rapport du Ministère des finances du 15 octobre 2007, *Les modalités de mise en place d'une imposition minimale sur le revenu des personnes physiques en application de l'article 15 de la loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat*, pp. 12 – 13.

semblait s'engager depuis peu à vérifier si « la pression fiscale que subissent les particuliers n'est pas excessive »<sup>211</sup>. N'y a-t-il pas là matière à se demander si « les pays européens, et la France en tout premier lieu, ne finiraient (...) pas par suivre la trajectoire américaine »<sup>212</sup> ?

Si l'écart entre les évolutions transatlantiques a perduré jusqu'à peu, le modèle fiscal français, au cœur du pacte républicain et de sa citoyenneté, est à l'heure actuelle soumis à des questionnements qui ne peuvent être niés. Cela renvoie à une interrogation générale.

#### (b) Le sens global des changements

Dans un contexte de contestation du rôle de régulateur social de l'État par la gouvernance telle qu'entendue par la Banque mondiale et les États-Unis, les transformations fiscales en France, particulièrement les plus récentes, sont symptomatiques d'une interrogation sur le sens à donner au rôle de l'État. Bien qu'employée dans un contexte très différent, la célèbre formule du Doyen Hauriou selon laquelle « on nous change notre État »<sup>213</sup> apparaît pertinente pour résumer la situation française contemporaine. La France semble être à l'heure actuelle à une croisée des chemins. Son modèle historique, qui donne une place essentielle à l'État et à un droit public matériel comme moyen de mener la société vers un but à même de générer le bien collectif, est questionné.

La France fait en réalité face à un double mouvement contradictoire. D'un côté, un modèle historique qui la pousse contre la gouvernance à l'américaine ; de l'autre, un ensemble de pratiques et d'évolutions qui travaillent ce modèle et interrogent les mutations actuelles tout autant que futures. Il est clair que toutes les interrogations et transformations qui touchent l'État doivent être liées à un certain désenchantement du collectif. Comme l'écrit Marcel Gauchet, « Entre l'alignement européen, l'insertion dans les réseaux planétaires, les initiatives locales et les solutions individuelles, la gamme des moyens s'est à ce point élargie que l'ambition modernisatrice d'avant-hier, avec son cocktail de citoyenneté éclairée, de passion

---

<sup>211</sup> Martin Collet, *Constitution et prélèvements obligatoires*, *op. cit.*, p. 64. Dans sa décision à propos du « bouclier fiscal », le Conseil constitutionnel a pu retenir que l'article 13 de la Déclaration de 1789 pourrait ne pas être respecté « si l'impôt revêtait un caractère confiscatoire ou faisait peser sur une catégorie de contribuables une charge excessive au regard de leurs facultés contributives », Décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, *Loi de Finances pour 2006*, consid. 65.

<sup>212</sup> Thomas Piketty, *Les hauts revenus en France au XX<sup>e</sup> siècle*, *op. cit.*, p. 549.

<sup>213</sup> Note sous Tribunal des conflits, 9 décembre 1899, *Association syndicale du Canal de Gignac*, Rec. p. 731.

du service public et de souci réaliste du progrès social, fait dorénavant pâle figure »<sup>214</sup>. À cet égard, la réalité européenne est essentielle puisque, comme il a déjà été remarqué, « le style décisionnel (...) a peu à voir avec les méthodes de ‘gouvernement’ classique, mais bien davantage avec la logique de la ‘gouvernance’ »<sup>215</sup>. Pierre Manent parle à ce sujet « d’ambiguïté irrésolue de l’Europe »<sup>216</sup> en ce qu’elle désigne de manière radicalement contradictoire tantôt une nouvelle nation, et donc un nouveau corps politique, tantôt l’institutionnalisation de la fin du politique. Et c’est la seconde branche de l’alternative qui retient son choix<sup>217</sup>. De la même manière, Marcel Gauchet soutient que « l’Europe telle qu’elle s’est développée n’est pas française, on peut même dire qu’elle est anti-française, tout simplement parce qu’elle reflète la réalité d’un monde qui va spontanément à rebours de notre héritage historique »<sup>218</sup>.

Ce constat d’un potentiel changement pose la question de ses dangers.

## 2) Les dangers de ce retour sur les sources

Les mutations ci-dessus évoquées sont dangereuses en ce que, contrairement aux États-Unis, la France a historiquement placé l’État en relation directe avec l’individu, ce qui a impliqué son rôle central dans la représentation de la Nation et dans la promotion de son développement. Marcel Gauchet soulignait sur ce point que, là où les évolutions récentes de l’action collective se sont inscrites assez aisément dans le modèle américain, « les mêmes développements ont projeté les Européens dans l’apesanteur d’une posthistoire aussi frénétique que dépourvue d’horizons »<sup>219</sup>.

Un bon exemple des périls potentiels se trouve dans le domaine de l’école. Au fondement du pacte social républicain français, elle a été conçue comme le lieu de socialisation par excellence, ce qui passait traditionnellement par une recherche de mixité

---

<sup>214</sup> Marcel Gauchet, *La démocratie contre elle-même*, *op. cit.*, p. 307

<sup>215</sup> Jacques Chevallier, *L’État post-moderne*, *op. cit.*, p. 49. À ce sujet, v. aussi Sophie Robin-Olivier, Consultations, négociations, accords... : recherche sur les voies de développement du droit dans l’Union européenne, in S. Chassagnard-Pinetet D. Hiez, *Approche renouvelée de la contractualisation*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, coll. Institut de droit des affaires, 2007, pp. 63 – 73, surtout pp. 67 – 69.

<sup>216</sup> Pierre Manent, *Cours familier de philosophie politique*, *op. cit.*, p. 330.

<sup>217</sup> *Ibid.*, p. 331. La création par le traité de Maastricht d’une citoyenneté européenne qui vient se juxtaposer aux citoyennetés nationales. Si elle reste encore limitée dans sa portée, elle n’en véhicule pas moins une évolution importante étant donné l’importance de la citoyenneté unitaire en France construite autour de l’État-nation. Il en va d’autant plus ainsi si elle est couplée avec l’invocation d’une éventuelle citoyenneté locale. Sur ce sujet, v. Florence Chaltiel, *La citoyenneté européenne*, CCC, n° 23, 2007, pp. 64 – 69.

<sup>218</sup> Marcel Gauchet, « La démocratie du privé perturbe le collectif », *Libération*, mardi 28 avril 2009, p. 8.

<sup>219</sup> Marcel Gauchet, *La condition politique*, *op. cit.*, pp. 42 – 43.

sociale au sein de véritables politiques nationales d'éducation. Or, que va-t-il advenir de ce système avec la fin possible de la carte scolaire, et ce même si l'ancien Ministre de l'éducation Xavier Darcos a pu dire qu'il ne voulait « absolument pas établir une sorte de marché scolaire »<sup>220</sup> ? S'il n'est pas possible de nier les difficultés auxquelles sont soumises nombre de lieux d'enseignement, leur résolution par la possible promotion des choix individuels est dangereuse et à contre-courant de l'histoire républicaine française<sup>221</sup>.

Plus généralement, l'accent régulièrement mis sur la nécessité de promouvoir la modernité du contrat au détriment du soi-disant archaïsme de la loi ne cache-t-il pas une potentielle reféodalisation de la société et du lien social pourtant largement incompatible avec l'esprit français ? À ce titre et compte tenu de la nature du droit public français conçu comme droit de la chose publique, il peut sembler dangereux d'en inverser un des principes cardinaux en instaurant un système selon lequel « la norme contractuelle serait le principe et la loi, la norme subsidiaire »<sup>222</sup>. Si cela n'empêche évidemment pas des évolutions nécessaires<sup>223</sup>, il ne faut pas oublier que le modèle français moderne s'est construit autour d'une Nation devant œuvrer à la promotion d'un intérêt général dépassant les seuls intérêts de ses membres.

---

<sup>220</sup> Déclaration au *Monde*, 3 octobre 2008, p. 12 (l'article est intitulé « M. Darcos écarte la mise en concurrence des écoles »).

<sup>221</sup> Les conséquences et les dangers de l'assouplissement de cette carte scolaire ont été mis en exergue lors de l'audition le 3 novembre 2009 devant la Commission des finances du Sénat d'une enquête de la Cour des comptes sur l'articulation entre les dispositifs de la politique de la ville et de l'éducation prioritaire dans les quartiers sensibles, dont le compte rendu est disponible sur le site Internet : <http://www.senat.fr/bulletin/20091102/fin.html>

<sup>222</sup> Philippe Terneyre, Secteur public et concurrence : la convergence des principes. À propos de la liberté contractuelle, *AJDA*, n° 35, 15 octobre 2007, pp. 1906 – 1911, ici p. 1906.

<sup>223</sup> Et ce même si l'auteur tempère une vision trop tranchée des choses en prenant l'exemple du droit du travail qui reste un cas particulier, mais également en rappelant que la loi conserverait un rôle d'encadrement, *ibid.*, p. 1911.

## Conclusion chapitre 2 et Titre 2

Le cœur des divergences transatlantiques, à savoir l'appréhension du bien public comme objet du droit public, a permis d'ouvrir à deux approches singulièrement distinctes de la construction et de la signification de la citoyenneté. Cela permet de différencier une citoyenneté résolument républicaine en France, et libérale-pluraliste aux États-Unis. La première place l'État au centre du jeu ; la seconde donne un rôle prépondérant aux individus, aux groupes privés et religieux, et aux institutions gouvernementales infra-fédérales.

La fiscalité a été utilisée pour mettre à jour ces contrastes, tant elle est propice à expliciter la manière particulière dont chaque système pense historiquement la dialectique au cœur de la citoyenneté entre les droits et les devoirs des citoyens.

En tenant également compte du système de protection des droits fondamentaux, les États-Unis mettent à nouveau à jour un système éloigné de la logique française. Comme pour l'ensemble de cette étude comparée, il ne s'agit pas de prendre ces divergences comme des oppositions absolues et immuables. Il faut pourtant nettement souligner les dissemblances qui sont aux fondements des particularismes nationaux. Partant de là, les contraintes similaires qui ont pesé ou pèsent sur ces modèles autour de la valorisation des droits individuels au détriment des devoirs ne peuvent être envisagées unitairement quant à leurs effets. Marquant un retour aux origines de l'autre côté de l'Atlantique, cette tendance est au contraire susceptible de bouleverser en profondeur la vision française.

## Conclusion PARTIE II

La « bonne gouvernance » développée par la Banque mondiale a permis d'introduire à une vision particulière du bien public et du droit qui y correspond, le droit public. Cette représentation a éclairé les différences théoriques entre les conceptions américaine et française en matière de gouvernance publique. Dans la continuité, il a été possible dans cette seconde partie d'étudier la mise en œuvre contemporaine de ces divergences en les illustrant autour de deux grandes idées.

Tout d'abord, en confirmant la pertinence de placer les instruments de la gouvernance dans le prolongement direct de ces conceptions. La gouvernance doit être appréhendée comme la mise en œuvre de finalités particulières, ce qui sous-entend, d'une part, une intervention publique variable et, d'autre part et au sein de cette dernière, une interactivité et un pluralisme plus ou moins importants et encadrés par des règles spécifiques. Aux États-Unis, confirmant un modèle de régulation sociale dans lequel c'est la société qui pense l'intérêt public de manière décentralisée, immanente et formelle, l'implication des intérêts privés à l'action publique est presque illimitée dans son étendue, et très peu susceptible d'être entourée par des règles propres. *A contrario*, en France, portée par un modèle de coordination sociale dans lequel c'est l'État qui pense la chose publique et l'intérêt général de manière unitaire, transcendante et substantielle, cette implication évolue mais reste encadrée dans son domaine et enserrée lorsqu'elle est possible dans des règles juridiques particulières.

Consécutivement, il a été possible d'ouvrir aux dissimilitudes importantes entre les deux pays concernant la citoyenneté, qui renvoie à deux réalités sensiblement antithétiques des deux rives de l'Atlantique. Ce faisant, les bouleversements individualistes depuis les années 1970 ne peuvent être ramenés à une expérience unique. Aux États-Unis, ce mouvement prend les traits d'un retour aux sources, alors qu'en France il renvoie au spectre d'un retour sur les sources.

## CONCLUSION GÉNÉRALE

Il est d'abord nécessaire de revenir sur les deux modèles de droit public entendu comme droit de la chose publique qui sont au cœur de ce travail, puisque des ouvertures fertiles pour la gouvernance ont été établies à partir de là (I). Il s'agira, ensuite, d'envisager la question des perspectives d'évolution entre ces deux modèles (II), interrogation à propos de laquelle la crise économique et financière apparue en 2008 pourrait apporter un éclairage nouveau (III).

### I) La gouvernance publique aux États-Unis et en France

La thèse de cette recherche émise en introduction est confirmée. Il y a bien deux modèles pour concevoir la chose publique et penser la réalisation du bien public, ce qui renvoie à deux manières distinctes de penser le droit public (1). L'appréhension de la gouvernance en tant qu'approche pluraliste et interactive de l'action collective qui en découle est par conséquent foncièrement dissemblable (2).

#### 1) Intérêt public et droit public

Du côté américain, la *res publica* reste une quête largement inachevée. Fondés sur l'idée que l'intérêt public est constitué par la simple somme algébrique de tous les intérêts privés, les États-Unis rejettent historiquement le principe de l'existence de besoins collectifs dont l'importance commanderait dans certains cas une promotion et une protection juridiques particulières. L'idée d'un État régulant la société civile en tant qu'acteur central du bien public laisse la place à un rôle d'arbitre favorisant l'auto-organisation de cette société. Voilà pourquoi, en synthèse, il n'y existe pas de droit public conçu comme droit de la chose publique.

Ce propos doit être nuancé puisque certaines époques ont pu faire figure d'avancées. Ainsi en a-t-il été des périodes du *New Deal* ou des années 1960. L'autorité publique, et particulièrement le gouvernement fédéral, a alors pu imposer des mesures coercitives dans les relations privées au nom de la promotion de nécessités impérieuses. Néanmoins, ces moments

où le bien public a pris une coloration transcendante font figure d'exception dans une histoire américaine qui reste marquée du sceau du libéralisme<sup>1</sup>.

*A contrario*, la France fait face à une expérience très différente. Son histoire a fait de l'État le dépositaire d'un intérêt public transformé en intérêt général, autrement dit en intérêt de la société toute entière et devant s'imposer dans de nombreux cas à la multitude des intérêts privés. Cette promotion de la chose publique a permis le développement d'une forte tradition de droit public tel qu'entendu dans cette recherche, et c'est la loi qui a été placée comme l'instrument fondamental de réalisation de cet intérêt général volontariste.

Comme pour son homologue américain, il ne faut pas comprendre cette conception comme un schéma pur. Elle a connu des évolutions au cours de l'histoire et soulève depuis quelque temps des questionnements grandissants, en particulier du fait de l'influence du droit communautaire et de la logique de la concurrence<sup>2</sup>. Ce faisant, le droit public entourant l'action publique est soumis à des possibles remises en cause qui, d'une part, ne doivent pas être niées<sup>3</sup> mais, d'autre part, nécessitent d'être replacées au sein d'une évolution déjà ancienne<sup>4</sup>. S'il semble globalement que le modèle français a pu jusqu'ici répondre à ces bouleversements sans modifier le cœur républicain de son approche<sup>5</sup>, cette recherche invite à une réflexion d'ensemble sur les changements récents et ceux potentiellement à venir<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Ce faisant, si la prise de fonction de Barack Obama pourrait impliquer une vision moins libérale de l'intérêt public aux États-Unis, il faut nécessairement tenir compte du particularisme américain pour clairement tempérer les tentations d'y voir le signe d'un changement radical. V. *infra*, pp. 431 et s.

<sup>2</sup> V. la thèse de Guylain Clamour, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, coll. Nouvelle bibli. des thèses, vol. 51, 2006.

<sup>3</sup> Pour une étude récente, v. Jacques Caillosse, *La constitution imaginaire de l'administration : recherches sur la politique du droit administratif*, PUF, coll. Les Voies du droit, PUF, 2008. L'auteur y aborde l'évolution concernant les services publics, la propriété publique, le statut de la fonction publique et la multiplication de la contractualisation.

<sup>4</sup> V. Léon Duguît, *Les transformations du droit public*, Armand Colin, 1913 ; réimpression La mémoire du droit, 1999.

<sup>5</sup> Pour le Conseil d'État, « Le développement de la contractualisation au cours des dernières décennies ne doit, à la réflexion, pas être considéré comme une manifestation de la crise du droit administratif ou comme un signe avant-coureur de sa dilution ou de sa disparition. L'explosion d'une telle variété de contrats constitue au contraire un témoignage éclatant de la victoire de la liberté contractuelle, de la bonne santé et de la vitalité du droit administratif », EDCE, *Le contrat*, *op. cit.*, p. 275. Jacques Caillosse peut, quant à lui, relever non une dissolution du droit administratif mais sa « recomposition », *La constitution imaginaire de l'administration*, *op. cit.*, p. 395. Il relève que, « Pour la plupart des auteurs, aussi importantes soient-elles, les mutations juridiques en cours doivent être replacées à l'intérieur d'un cadre qui demeure pratiquement inchangé », p. 405. V. encore Jean-Bernard Auby, La bataille de San Romano : Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif, *AJDA*, 20 novembre 2001, pp. 912 – 926.

<sup>6</sup> Ce qui implique aussi d'éviter tout jugement global trop rapide, et notamment toute référence au néolibéralisme. C'est ce que retient Luc Rouban en distinguant entre réforme de l'administration et réforme de l'État, reconnaissant que si la première est en cours, il y a encore un grand pas à franchir pour déboucher sur la

Ces éléments comparés impliquent nécessairement une appréhension dissemblable de la gouvernance comme manière de réaliser le bien public.

## 2) Conséquences pour la gouvernance

Dans le prolongement de ce qui vient d'être dit, l'approche pluraliste et interactive de l'action collective véhiculée par la gouvernance prend des traits singulièrement divergents des deux côtés de l'Atlantique. Ainsi, là où la régulation sociale est par nature privée et repose sur le contrat comme aux États-Unis, la gouvernance y fait figure de principe, en obligeant l'État à favoriser l'auto-organisation de la société sur le schéma d'un intérêt public libéral. *A contrario*, là où comme en France cette coordination est traditionnellement publique et repose sur l'unilatéralité, la gouvernance y fait figure d'exception en s'opposant à la vision volontariste de l'intérêt général promue par un État actif.

Cette opposition de principe doit être nuancée, ou plutôt elle doit être comprise et affinée à travers ses aspects pratiques et leurs évolutions. Il ne faut pas simplement s'arrêter à l'alternative théorique ci-dessus mentionnée. En France, le principe de l'unilatéralité n'a jamais été absolu, et il connaît des changements qui ne peuvent être niés. Toutefois, confrontée à l'expérience américaine, l'étude tend à démontrer que la singularité française reste réelle et que la logique de la gouvernance a été adaptée à la tradition hexagonale, d'une part, de réalisation de l'intérêt général et, d'autre part et dans le prolongement, de la manière de penser le citoyen dans la collectivité.

Le thème de la gouvernance publique implique de mener des recherches pratiques et précises pour déterminer les changements auxquelles les systèmes juridiques sont confrontés, ce qui conduit à ce stade à interroger les interactions entre les États-Unis et la France.

## II) Les perspectives d'évolution entre les modèles américain et français

Compte tenu des différenciations ci-dessus révélées, la question qui se pose concerne l'évolution des deux référentiels non pas en leur sein mais l'un par rapport à l'autre. En résumé, une conciliation, préalable à une éventuelle fusion, est-elle envisageable ?

---

seconde ; Réformer l'État : pourquoi et pour quoi ?, in P. Tronquoy (dir.), *La réforme de l'État*, Cahiers français, n° 346, La Documentation française, 2008, pp. 3 – 7, ici p. 6.

Interrogé il y a peu sur ces questions, Laurent Cohen-Tanugi pouvait conclure à un rapprochement incontestable entre les deux rives de l'Atlantique<sup>7</sup>. À ses yeux, « les deux dernières décennies du XX<sup>e</sup> siècle resteront marquées par une évolution très sensible des systèmes de régulation français et européens vers un modèle plus proche du système américain, notamment dans la vie économique »<sup>8</sup>. Il accentue et étend le propos quelques lignes plus loin en soutenant que la « convergence transatlantique (...) sur les modes de régulation économique et sociale (...) est largement accomplie »<sup>9</sup>.

Eu égard aux développements qui précèdent, une étude juridique des instruments d'action publique permet de très sérieusement tempérer cette conclusion. En effet, la production des normes législatives et réglementaires, la délégation d'activités au secteur privé, l'utilisation des instruments financiers, ou encore la protection des droits fondamentaux démontrent qu'il n'est pas possible de parler en termes d'uniformité entre les deux pays. Ces moyens ont, certes, évolué vers un rapprochement, et la perspective européenne joue un rôle non négligeable dans cette direction, mais c'est encore une fois par une approche téléologique qu'il faut raisonner. C'est en fonction d'objectifs qui sont très sensiblement différents dans les deux pays qu'il convient d'aborder la question, ce qui ne manque pas d'avoir des effets divergents sur l'action publique. Voilà pourquoi, au final, les modèles américain et français ne sont pas conciliables. Si un système peut évoluer, des limites existent à ses transformations, sauf à lui faire perdre ce qui en fait presque l'âme. La dialectique de l'identité et du changement a des bornes qu'il est fondamental de situer.

Dès lors, plutôt que de parler en termes de juxtaposition, il faut réfléchir de façon plus précise et circonstanciée. Cela permet de souligner que le modèle français de droit public apporte des éléments de réponse intéressants aux problèmes qui se posent dans les situations de gouvernance outre-Atlantique, en protégeant notamment de manière complète les droits des citoyens. Si ces solutions ne sont pas applicables en tant que telles aux États-Unis puisqu'elles correspondent au cœur du système juridique français, elles n'en sont pas moins susceptibles d'éclairer comparativement les débats américains. *A contrario*, le système outre-Atlantique est utile d'un point de vue français pour mieux comprendre les voies et les dangers que peut constituer en France le passage des moyens publics du gouvernement aux outils privés de la gouvernance.

---

<sup>7</sup> Laurent Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'État*, PUF, Quadrige, 2<sup>e</sup> éd., 2007. L'auteur reprend en cela le thème connu de « l'américanisation du droit ». V., en synthèse, *APD*, L'américanisation du droit, Dalloz, t. 45, 2001.

<sup>8</sup> Laurent Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'État*, *op. cit.*, p. 271.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 274.

En définitive, le droit comparé ne fournit pas de vérités dogmatiques, mais ouvre des pistes de réflexion. Ainsi, lorsque Jacques Chevallier soutient que l'État post-moderne « constituera sans doute une transition vers une conception différente de l'organisation politique, rompant cette fois avec la rationalité étatique »<sup>10</sup>, il paraît possible, étant donné les spécificités nationales, à la fois de confirmer cette hypothèse tout en la tempérant. D'une part, il est évident que les bouleversements contemporains renvoient à une profonde mutation des schémas traditionnels de réflexion. Mais, d'autre part, l'exemple américain illustre un système politique qui n'a justement pas de rationalité étatique telle qu'entendue en Europe, ouvrant des perspectives scientifiques enrichissantes.

Dans ce contexte, il se pourrait que les répercussions de la crise financière et économique viennent remodeler les équilibres<sup>11</sup>.

### III) Les perspectives ouvertes par la crise financière et économique

L'importance des déséquilibres à partir du second semestre 2008 paraît constituer un évènement décisif susceptible de permettre un renouveau de la régulation sociale par l'État<sup>12</sup>. C'est à ce titre qu'est souvent utilisée l'image d'un « retour de l'État », autrement dit une réhabilitation de son intervention dans la réalisation du bien public<sup>13</sup>. Tout comme la Grande Dépression de 1929 avait débouché sur des politiques interventionnistes, la crise actuelle, marquée par les abus manifestes d'un système financier mondial censé se suffire à lui-même, pourrait aboutir au même résultat. À ce propos, la lecture de ces quelques lignes écrites à l'époque par Keynes est d'une actualité brûlante : « La transition de l'anarchie économique

---

<sup>10</sup> Jacques Chevallier, *L'État post-moderne*, L.G.D.J., coll. Droit et Société série politique, t. 35, 3<sup>e</sup> éd., 2008, p. 242.

<sup>11</sup> Sur la genèse et les caractéristiques de cette crise, v. Michel Aglietta, *La crise. Comment en est-on arrivé là ? Comment en sortir ?*, Michalon, 2008.

<sup>12</sup> Le discours de Nicolas Sarkozy à Toulon le 25 septembre 2008 est à ce titre significatif. Le Président français n'a pas hésité à soutenir que « L'idée de la toute puissance du marché qui ne devait être contrarié par aucune règle, par aucune intervention politique, était une idée folle. L'idée que les marchés ont toujours raison était une idée folle », ou encore qu'« Il faut un nouvel équilibre entre l'État et le marché », ou enfin que « L'autorégulation pour régler tous les problèmes, c'est fini. Le laissez-faire, c'est fini. Le marché qui a toujours raison, c'est fini ». Cette volonté politique affichée ne pourra toutefois être évaluée qu'au regard de ses effets concrets à long terme.

<sup>13</sup> Sur ce thème, un avis récent du Conseil économique, social, et environnemental, présenté par Monique Bourven et Yves Zehr, résumait les choses de la manière suivante : « cette crise est le résultat de la rencontre de dysfonctionnements économiques, techniques, d'organisation, de contrôle, d'affectation de moyens etc. avec des comportements par lesquels beaucoup d'acteurs, au profit de leur intérêt individuel (qui a pris le pas sur l'intérêt général), sont allés à la limite extrême de ce que permettait la régulation et de leurs responsabilités », *La crise bancaire et la régulation financière*, La Documentation française, 2009, p. 23.

vers un régime visant délibérément à contrôler et diriger les forces économiques dans l'intérêt de la justice et de la stabilité sociale présentera d'énormes difficultés à la fois techniques et politiques. Je suggère néanmoins que la véritable mission du nouveau libéralisme est de leur trouver une solution »<sup>14</sup>.

Ce bouleversement semble d'autant plus plausible qu'un des facteurs déclencheurs du retournement des années 1970 a été la chute du système monétaire et financier de Bretton Woods<sup>15</sup>. De façon concomitante, c'est tout le château de cartes de la régulation par les États qui s'était petit à petit effrité, laissant la place à un mouvement inverse marqué par l'hégémonie de la coordination sociale de marché. Or, la crise financière et économique pourrait constituer le début d'une histoire inversée, certains n'ayant d'ailleurs pas tardé à appeler à la convocation d'un « nouveau Bretton Woods »<sup>16</sup>. Cela pourrait entraîner par ricochet un retournement au niveau interne. Bien que laissant de côté les aspects monétaires, les G 20 réunis à Londres le 2 avril 2009 et à Pittsburg les 24 et 25 septembre 2009 ont justement acté de la volonté commune des États de mieux contrôler et de mieux réguler tous les marchés financiers<sup>17</sup>.

De la même manière, certaines décisions de la nouvelle administration Obama peuvent faire penser aux prémices d'une transformation des équilibres. S'il ne faut pas négliger les domaines de la fiscalité ou de la protection de la santé<sup>18</sup>, les dispositifs très récents pour répondre à la crise sont à l'heure actuelle les plus représentatifs de ces mutations<sup>19</sup>. Ainsi, le gouvernement fédéral a mis en place à la fin de l'année 2008 un vaste programme d'aide aux entreprises américaines du secteur financier (*Troubled Asset Relief Program*, ou *TARP*)<sup>20</sup>. Des prêts ont été octroyés avec pour contrepartie un contrôle plus important du pouvoir fédéral dans le fonctionnement de ces institutions, à rebours des traditions américaines. De la même façon, la mise en faillite de General Motors a amené le gouvernement fédéral à prendre une

---

<sup>14</sup> John M. Keynes, Suis-je un libéral ?, in *Essais de persuasion*, Gallimard, 2<sup>e</sup> éd., 1933. Cet extrait apparaît à la p. 157 de la traduction de H. Jacoby. Toutefois, le terme « *liberal* » a été traduit par l'auteur par « radical », ce qui peut en biaiser la compréhension. C'est notre traduction qui apparaît ci-dessus.

<sup>15</sup> V. *supra*, pp. 54 et s.

<sup>16</sup> Angela Merkel a évoqué la création d'un Conseil économique des Nations Unies lors du Forum économique de Davos le 30 janvier 2009, à l'image du Conseil de sécurité.

<sup>17</sup> V. <http://www.g20.org/Documents/final-communique.pdf>, not. les points 13 à 21. V. aussi, pour une réforme au niveau européen, les débats suite au rapport rendu le 25 février 2009 par le groupe présidé par Jacques de la Rosière, chargé par la Commission européenne de réfléchir sur la supervision du système financier européen. Sur cette actualité en Europe, v. [http://ec.europa.eu/internal\\_market/finances/committees/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/finances/committees/index_fr.htm)

<sup>18</sup> V. *supra*, p. 413 pour le domaine fiscal, et p. 301 pour la santé. Il faut attendre les résultats concrets et définitifs.

<sup>19</sup> C'est le secrétaire au Trésor, Timothy Geithner, qui joue un rôle important.

<sup>20</sup> Pour une synthèse sur la réaction française, v. Michel Bazex et Sophie Blazy, Le dispositif de réponse à la crise financière, *DA*, n° 12, 2008, pp. 51 – 54.

participation majoritaire dans le capital de l'entreprise, aboutissant juridiquement à sa nationalisation. Enfin, le projet de réforme du système bancaire et financier basé sur de nouvelles règles de fonctionnement et de contrôle<sup>21</sup>, qui placerait particulièrement la Banque centrale américaine (*FED*) au centre du jeu, est un dernier élément susceptible de justifier l'argument du chamboulement des équilibres historiques américains.

S'il est encore trop tôt pour tirer des conclusions, il est cependant permis de penser que cette crise pourra être un moyen de prouver à l'étranger et de réaffirmer en France et en Europe les vertus du modèle français. Les graves événements récents paraissent effectivement confirmer le principe qui est à son fondement, à savoir que la défense de la chose publique nécessite une attitude positive d'intervention de l'État sur les intérêts privés, dont les interactions n'aboutissent pas automatiquement au bien public.

Au-delà de l'exigence d'attendre que les déclarations d'intention aboutissent à des décisions réelles, il faut pourtant tempérer cette vision d'un retournement, particulièrement du modèle américain, pour au moins trois raisons.

Tout d'abord, les crises du capitalisme sont cycliques. À l'instar de la crise actuelle, celle qui frappa l'Asie à la fin des années 1990 mit à jour une situation dans laquelle les banques étaient en faillite. Elle fut toutefois résolue par un interventionnisme massif de la part des gouvernements concernés, dont certains n'hésitèrent pas à nationaliser le système bancaire<sup>22</sup>. Dès lors et même si la crise actuelle semble sans commune mesure, il faut dépasser les mesures ponctuelles prises ou à prendre pour aborder la véritable question essentielle à long terme, celle de l'éventuel et difficile retour à l'encadrement du marché par l'État<sup>23</sup>, et ce aux niveaux national et international qui sont aujourd'hui totalement imbriqués. À ce sujet, il faut souligner la complexité d'assurer un tel renouveau dans un univers mondialisé et décentralisé qui fonctionne sans tête pensante, si ce n'est celle du marché. L'exemple américain concernant le programme *TARP* évoqué plus haut permet de justifier ce scepticisme. En effet, certains des groupes concernés ont déjà remboursé les aides obtenues afin de se défaire du contrôle fédéral, autrement dit pour revenir au laissez-faire et aux vertus

---

<sup>21</sup> Ce projet devrait être discuté (et amendé) au Congrès d'ici la fin de l'année 2009. Les grandes orientations proposées par le pouvoir exécutif ont été annoncées par Barack Obama le 17 juin 2009. V. « Régulation financière : M. Obama dévoile sa réforme », *Le Monde*, 18 juin 2009, p. 16. Il est notamment prévu la création d'une agence de protection des consommateurs en matière de crédits. V. aussi *infra*, note 26.

<sup>22</sup> Les mouvements actuellement en cours dans différents pays en sont le reflet.

<sup>23</sup> L'idée de la mort des doctrines libérales contemporaines, et particulièrement du monétarisme, semble à ce titre fautive. V. « Crise : les libéraux plaident non-coupable », *Le Monde économie*, 10 juin 2009, pp. 4 – 5.

réputées naturellement bénéfiques du marché. Dans le même sens, le sauvetage de General Motors ne peut être considéré comme un bouleversement de fond, tant les Américains sont viscéralement opposés à la propriété publique. Le président Obama a d'ailleurs souligné dans un discours faisant suite à la déclaration de faillite de l'entreprise que « General Motors sera dirigée par un conseil d'administration privé (...) pas par le gouvernement »<sup>24</sup>. Cela rappelle le particularisme américain et le besoin de penser l'éventuel retour de la régulation par l'État sur une échelle de temps relativement grande.

Dans la continuité de cette première idée, il convient de souligner que l'élément particulièrement mis sur la sellette par la crise est l'absence d'encadrement du fonctionnement du système financier et bancaire, surtout aux États-Unis. La critique a porté sur les défaillances de certaines agences indépendantes, notamment la *SEC (Security and Exchange Commission)*<sup>25</sup>, et moins sur les délégations d'activités ou encore les incitations financières qui ne sont pas concernées directement. Il faut donc faire la part des choses pour évaluer les potentielles évolutions, qui devraient avant tout concerner le travail des agences intervenant en ces domaines<sup>26</sup>. Cela paraît d'autant plus nécessaire qu'il est logique de penser le possible mouvement de l'administration Obama vers un interventionnisme fédéral plus important à travers une contractualisation croissante de la gestion des activités correspondantes.

Cette deuxième idée permet d'introduire à ce qui constitue peut-être l'enseignement majeur de ce travail, qui est en ce sens un peu décalé et surtout plus général que les points précédents. Même si de profondes transformations interviennent à l'avenir, que ce soit en France ou aux États-Unis, force est de constater que les modèles nationaux évolueront compte tenu de leurs caractéristiques propres. Le système américain s'est transformé à sa façon à partir du *New Deal*. De même, le système français s'est adapté à la période contemporaine en faisant évoluer ses modes d'action publique et donc son droit public, mais sans en modifier substantiellement le cœur. De ce fait, les probables mutations à venir devront être étudiées avec à l'esprit l'idée qu'il ne faut pas raisonner par rapport à un schéma unique et théorique. L'analyse juridique comparative au centre de cette recherche a par conséquent un rôle

---

<sup>24</sup> Discours du 1 juin 2009, disponible sur le site Internet de la Maison blanche.

<sup>25</sup> V. *supra*, p. 232.

<sup>26</sup> Sur les évolutions probables en matière financière et bancaire, v. *supra*, note 21. Malgré les vives critiques liées, d'une part, à l'éparpillement des intervenants publics en la matière et, d'autre part, aux défaillances de ces organismes, le projet présidentiel ne prévoit pas en l'état une révolution car il conserve cette structure plurielle. Il cherche en fait à assurer une meilleure supervision de l'ensemble en favorisant la coordination. Il faut en définitive attendre les décisions du Congrès pour savoir concrètement ce qu'il adviendra des vœux de la présidence.

déterminant à jouer<sup>27</sup>. Au-delà de la science juridique et de sa branche comparative, il y a dans ces divergences quelque chose qui renvoie plus largement à d'autres matières susceptibles d'expliquer ce qui fait l'âme d'une société. Comme le soulignait René David, « Dans tous les pays le droit est en rapport étroit avec toutes les autres données de la vie sociale ; il ne saurait être compris sans la connaissance de la société qu'il gouverne, et dans l'ignorance des manières de se conduire, de penser, et de sentir des membres de cette société (...). Il faut donc, pour connaître un droit étranger, connaître la société étrangère, le milieu social dans lequel ce droit étranger s'applique »<sup>28</sup>. Le droit ne peut être appréhendé qu'en tenant compte des raisons culturelles, économiques et sociales qui sont à ses fondements. Comme le relève Pierre Legrand, « il ne saurait être facile au comparatiste de reconnaître que la qualité de son accès à l'univers de la comparaison doit dépendre, non seulement de la connaissance brute d'un droit qui lui est étranger, mais encore de la profondeur d'une réflexion qui l'appelle à se transporter sur des planètes qui lui sont a priori inconnues, soit l'anthropologie, la sociologie, l'histoire, la linguistique, la psychologie cognitive et la philosophie »<sup>29</sup>. Si le droit comparé a une place essentielle à faire valoir, c'est à l'intérieur du cadre pluridisciplinaire et social dans lequel il s'insère<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> Le droit comparé a ce que Horatia Muir-Watt a appelé une « fonction subversive », La fonction subversive du droit comparé, *RIDC*, vol. 53, n° 2, 2000, pp. 503 – 527.

<sup>28</sup> René David, *Traité élémentaire de droit civil comparé. Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, L.G.D.J., 1950, p. 17.

<sup>29</sup> Pierre Legrand, Comparer, *RIDC*, vol. 48, n° 2, 1996, pp. 279 – 318, ici p. 290.

<sup>30</sup> Pour reprendre une formule de Pierre Legrand, « la comparaison des droits sera CULTURELLE ou ne sera pas » (l'auteur souligne), *Le droit comparé*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2<sup>e</sup> éd., 2006, p. 125.

# **INDICATIONS BIBLIOGRAPHIQUES<sup>1</sup>**

## **I) Dictionnaires**

### **1) En français**

- ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003.
- BOUSSAGUET (L.), JACQUOT (S.) et RAVINET (P.) (dir.), *Dictionnaire des politiques publiques*, Presses de Sciences Po (préf. P. Muller), coll. Références, 2<sup>e</sup> éd., 2006.
- CADIET (L.) (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004.
- CHAGNOLLAUD (D.) et DRAGO (G.) (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2006.
- CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 8<sup>e</sup> éd., 2007.
- JESSUA (C.), LABROUSSE (C.) et VITRY (D.) (dir.), *Dictionnaire des sciences économiques*, PUF, 2001.
- RAYNAUD (P.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., Quadrige, 2003.
- VILLIERS (M. de) et Le DIVELLEC (A.), *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Sirey, 6<sup>e</sup> éd., 2007.

### **2) En anglais**

- GARNER (B. A.) (dir.), *Black's Law Dictionary*, St Paul, West Group, 7<sup>th</sup> ed., 1999.
- HARLOW (G. W.), *Encyclopedia of American Education*, NY, Facts on File, 1996.
- The Guide to American Law: Everyone's Legal Encyclopedia*, St. Paul, West Group, 12 vols., 1983-1985.

## **II) Ouvrages**

### **A) Ouvrages généraux**

#### **1) En français**

- AUTIN (J.-L.) et RIBOT (C.), *Droit administratif général*, Litec, coll. Objectif droit, 4<sup>e</sup> éd., 2005.
- AVRIL (P.) et GICQUEL (J.), *Droit parlementaire*, Montchrestien, coll. Domat droit public, 3<sup>e</sup> éd., 2004.
- BLUMANN (C.) et DUBOIS (L.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Manuel Litec, 3<sup>e</sup> éd., 2007.
- BOUVIER (M.), ESCLASSAN (M.-C.) et LASSALLE (J.-P.), *Finances publiques*, Manuel L.G.D.J., 9<sup>e</sup> éd., 2008.

---

<sup>1</sup> En l'absence de mention, le lieu d'édition des ouvrages français est Paris (ceci est aussi valable dans le corps du texte).

BOUVIER (M.), *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt*, L.G.D.J., coll. Systèmes, 8<sup>e</sup> éd., 2007.

BRUNET (P.) et MOULIN (R.) *Droit public des interventions économiques*, L.G.D.J., coll. Droit des affaires, 2007.

BURDEAU (G.), *Les libertés publiques*, L.G.D.J., 4<sup>e</sup> éd., 1972.

BURDEAU (G.), *Traité de science politique* ; t. 1, *Présentation de l'univers politique*, L.G.D.J., 3<sup>e</sup> éd., 1980 ; t. 6, *L'État libéral et les techniques politiques de la démocratie gouvernée*, L.G.D.J., 3<sup>e</sup> éd., 1987.

CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, 2 t., Montchrestien, coll. Domat droit public, 15<sup>e</sup> éd., 2001.

CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, coll. Domat droit public, 13<sup>e</sup> éd., 2008.

CHÉROT (J-Y.), *Droit public économique*, Economica, 2<sup>e</sup> éd., 2007.

CHEVALLIER (J.), *Science administrative*, PUF, coll. Thémis, 4<sup>e</sup> éd., 2007.

COLLET (M.), *Droit fiscal*, PUF, coll. Thémis, 2007.

CORNU (G.) et FOYER (J.), *Procédure civile*, PUF, coll. Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 1996.

DAVID (C.), FOUQUET (O.), PLAGNET (B.) et RACINE (P-F.), *Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale*, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2003.

DEBBASCH (C.), *Droit administratif*, Economica, 6<sup>e</sup> éd., 2002.

DELVOLVÉ (P.), *Droit public de l'économie*, Précis Dalloz, 1998.

DORD (O.), *Droit de la fonction publique*, PUF, coll. Thémis, 2007.

DOUAT (É.) et BADIN (X.), *Finances publiques : finances communautaires, nationales, sociales et locales*, PUF, coll. Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2006.

EISENMANN (C.), *Cours de droit administratif*, t. 2, L.G.D.J., 1982.

FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 12<sup>e</sup> éd., 2003.

FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.), PFERSMANN (O.), PINI (J.), ROUX (A.), SCOFFONI (G.) et TREMEAU (J.), *Droit des libertés fondamentales*, Précis Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2007.

FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MESTRE (J-L.), PFERSMANN (O.), ROUX (A.) et SCOFFONI (G.), *Droit constitutionnel*, Précis Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2006.

FRIER (P-L.) et PETIT (J.), *Précis de droit administratif*, Montchrestien, coll. Domat droit public, 5<sup>e</sup> éd., 2008.

GAUDEMET (Y.), *Droit administratif*, Manuel L.G.D.J., 18<sup>e</sup> éd., 2005.

GAUDEMET (Y.), STIRN (B.), DAL FARRA (T.) et ROLIN (F.) (préf. M. Long), *Les grands avis du Conseil d'État*, Dalloz, 1<sup>ère</sup> éd., 1997 ; 2<sup>e</sup> éd., 2002.

GUETTIER (C.), *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. Thémis, 2<sup>e</sup> éd., 2008.

GUINCHARD (S.), DELICOSTOPOULOS (C. et I), DOUCHY-LOUDOT (M.), FERRAND (F.), LAGARDE (X.), MAGNIER (V.), RUIZ FABRI (H.), SINOPOLI (L.) et SOREL (J-M.), *Droit processuel : droit commun et droit comparé du procès équitable*, Précis Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2007.

JÈZE (G.), *Cours de finances publiques 1935-1936*, L.G.D.J., 1937.

LAUBADÈRE (A. de), MODERNE (F.) et DELVOLVÉ (P.), *Traité des contrats administratifs*, 2 t., L.G.D.J., 2<sup>e</sup> éd., 1983.

LAUVAUX (P.), *Les grandes démocraties contemporaines* (avec la collab. de J-P. Lepetit), PUF, coll. Droit fondamental, 3<sup>e</sup> éd., 2004.

LINOTTE (D.) et ROMI (R.), *Droit public économique*, Manuel Litec, 6<sup>e</sup> éd., 2006.

LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVÉ (P.) et GENEVOIS (B.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 16<sup>e</sup> éd., 2007.

MARAIS (B. du), *Droit public de la régulation économique* (préf. R. Denoix de Saint Marc), Presses de Sciences Po et Dalloz, coll. Amphithéâtre, 2004.

MARTINEZ (J-C.) et Di MALTA (P.), *Droit fiscal contemporain, les impôts, le droit français, le droit comparé*, t. 2, Litec, 1989.

ORSONI (G.), *Science et législation financières. Budgets public et lois de finances*, Economica, coll. Corpus Droit public, 2005.

PISIER (É.), CHÂTELET (F.), DUHAMEL (O.), BOURETZ (P.), COLAS (D.) et GUILLARME (B.), *Histoire des idées politiques*, PUF, Quadrige 2001.

RICHER (L.), *Droit des contrats administratifs*, Manuel L.G.D.J., 6<sup>e</sup> éd., 2008.

TROPER (M.) et HAMON (F.), *Droit constitutionnel*, Manuel L.G.D.J., 30<sup>e</sup> éd., 2007.

VEDEL (G.), *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Recueil Sirey, 1949 ; réédition présentée par Guy Carcassonne et Olivier Duhamel, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2002.

VILLIERS (M. de) (dir.), *Droit public général. Institutions politiques, administratives et communautaires, Droit administratif – Finances publiques*, Manuel Litec, 3<sup>e</sup> éd., 2006.

WALINE (J.), *Droit administratif*, Précis Dalloz, 22<sup>e</sup> éd., 2008.

ZOLLER (É.), *Droit constitutionnel*, PUF, coll. Droit fondamental, 2<sup>e</sup> éd., 1999.

ZOLLER (É.), *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, PUF, coll. Droit fondamental, 2000.

ZOLLER (É.), *Introduction au droit public*, Précis Dalloz, 2006.

## 2) En anglais

AMAN (A. C., Jr.), *Administrative Law and Process. Cases and Materials*, Lexisnexis/Matthew Bender, 2<sup>nd</sup> ed., 2006.

FUNK (W. F.), SHAPIRO (S. A.) et WEAVER (R. L.), *Administrative Procedure and Practice*, St. Paul, West Group, 2<sup>nd</sup> ed., 2001.

JACKSON (V. C.) et TUSHNET (M. V.), *Comparative Constitutional Law*, NY, Foundation Press, 1999.

NOWAK (J. E.) et ROTUNDA (R. D.), *Constitutional Law*, St. Paul, West Group, 5<sup>th</sup> ed., 1995.

ROTHSTEIN (M. A.), CRAVER (C. B.), SCHROEDER (E. P.) et SHOBEN (E. W.), *Employment Law*, St. Paul, West Group, 2<sup>nd</sup> ed., 1999.

SCHUCK (P. H.) (dir.), *Foundations of Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 1994.

STONE (G. R.), SEIDMAN (L. M.), SUNSTEIN (C. R.) et TUSHNET (M. V.), *Constitutional Law*, Little, Brown & Company, 3<sup>d</sup> ed., 1996.

TRIBE (L. H.), *American Constitutional Law*, vol. 1, NY, Foundation Press, 3<sup>d</sup> ed., 2000.

ZOLLER (É.), *Introduction to Public Law. A Comparative Study*, Martinus Nijhoff, 2008.

## **B)** Ouvrages spéciaux

### **1)** En français (dont ouvrages traduits en français)

- AGLIETTA (M.), *La crise. Comment en est-on arrivé là ? Comment en sortir ?*, Michalon, 2008.
- AGLIETTA (M.) et MOATTI (S.), *Le FMI. De l'ordre monétaire aux désordres financiers*, Economica, 2000.
- AMBRAHAM-FROIS (G.), *Keynes et la macroéconomie contemporaine*, Economica, 1993.
- AMBRAHAM-FROIS (G.) et LARBRE (F.), *La macroéconomie après Lucas, textes choisis*, Economica, 1998.
- ANDRÉANI (T.), *Un être de raison : critique de l'homo oeconomicus*, Syllepses, 2000.
- ARDANT (G.), *Histoire de l'impôt*, 2 t., Fayard, 1971 et 1972.
- ARON (R.), *Essai sur les libertés* (préf. P. Raynaud), Hachette littératures, coll. Pluriel, 1998.
- ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Les droits de tradition civiliste en question. À propos des rapports Doing Business de la Banque mondiale*, 2 t., Société de législation comparée, 2006.
- AUBY (J-B.), *La décentralisation et le droit*, L.G.D.J., coll. Systèmes droit, 2006.
- AUBY (J-F.), *La délégation de service public, guide pratique* (préf. M. Long), Dalloz, 1997.
- BARILARI (A) et BOUVIER (M.), *La LOLF et la nouvelle gouvernance financière de l'État*, L.G.D.J., coll. Systèmes – Finances publiques, 2<sup>e</sup> éd., 2007.
- BASDEVANT-GAUDEMET (B.) (dir.), *Contrat ou Institution : un enjeu de société*, L.G.D.J., coll. Systèmes – Droit, 2004.
- BASLÉ (M.), *Systèmes fiscaux*, Mémentos Dalloz, 1989.
- BAUER (A.) et PÉREZ (E.), *Les polices aux États-Unis*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2003.
- BEAUD (M.) et DOSTALER (G.), *La pensée économique depuis Keynes : historique et dictionnaire des principaux auteurs*, Le Seuil, 1993.
- BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, PUF, coll. Léviathan, 1994.
- BÉCANE (J-C.) et COUDERC (M.), *La loi*, Dalloz, coll. Méthode du droit, 1994.
- BELTRAME (P.) et MEHL (L.), *Techniques, politiques et institutions fiscales comparées*, PUF, coll. Thémis droit public, 2<sup>e</sup> éd., 1997.
- BEN ACHOUR (R.), GICQUEL (J.) et MILACIC (S.) (dir.), *La démocratie représentative devant un défi historique*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- BEN HAMMOUDA (H.), *L'économie politique du post-ajustement*, éd. Karthala, coll. Économie et développement, 1999.
- BERNS (T.), DUPONT (J-C.) et XIFARAS (M.) (dir.), *Philosophie de l'impôt*, Bruxelles, Bruylant, coll. Penser le droit, 2006.
- BERTRAND (M.), *L'ONU*, La découverte, coll. Repères, 2006.
- BEZES (P.), *Réinventer l'État. Les réformes de l'Administration française (1962 – 2008)*, PUF, 2009.
- BODIN (J.), *Les six livres de la République*, 1576 ; texte revu par C. Frémont, M-D. Couzinet et H. Rochais, Fayard, 1986.
- BOISSARD (A.), *Les fondements de l'obligation à l'impôt. Cours donné à la X<sup>e</sup> session de la Semaine sociale de France*, Versailles, Gabalda, 1914.

- BORGETTO (M.) et LAFORE (R.), *La République sociale : contribution à l'étude de la question démocratique en France*, PUF, coll. La politique éclatée, 2000.
- BORRAZ (O.) et GUIRAUDON (V.) (dir.), *Politiques publiques ; t. 1, La France dans la gouvernance européenne*, Presses de Sciences Po, 2008.
- BOURGUINAT (H.), *La tyrannie des marchés. Essai sur l'économie virtuelle*, Economica, 1995.
- BOUTMY (E.), *Éléments d'une psychologie politique du peuple américain : la Nation, la Patrie, l'État, la Religion*, Armand Colin, 3<sup>e</sup> éd., 1911.
- BREDIN (J-D.), *Sieyès : la clé de la Révolution française*, De Fallois, 1988.
- BRENDER (A.) et PISANE (F.), *Les déséquilibres financiers internationaux*, La Découverte, coll. Repères, 2007.
- BREYER (S.), *Pour une démocratie active* (présent. A. Garapon), Odile Jacob, 2007.
- BRUNO (A.), *Adam Smith : vie, œuvres, concepts*, Ellipses, coll. Les grands théoriciens, 2001.
- BUCHANAN (J. M.), *Les limites de la liberté : entre l'anarchie et le Léviathan* (trad. G. Millière et P. Lemieux, préf. H. Lepage ; l'ouvrage en anglais date de 1975), Litec, coll. Libéralia, 1992.
- CABANES (A.), *Essai sur la gouvernance publique : un constat sans concession... quelques solutions sans idéologie* (préf. J. Monod), Gualino éd., coll. Fidecitea, 2004.
- CADIET (L.) (dir.), *Médiation et arbitrage : alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Litec, coll. Pratiques professionnelles, 2005.
- CAILLOSSE (J.), *La constitution imaginaire de l'administration : recherches sur la politique du droit administratif*, PUF, coll. Les Voies du droit, 2008.
- CARRÉ de MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français, 1920 & 1922*, 2 vols., Sirey, réimpression C.N.R.S., 1985.
- CAUSSAIN (J-J.), *Le gouvernement d'entreprise : le pouvoir rendu aux actionnaires*, Creda et Litec, 2005.
- CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.) (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, L.G.D.J., coll. Droit et Société, Recherche et travaux, t. 16, 2007.
- CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.) (dir.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, coll. Institut de droit des affaires, 2007.
- CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.) (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008.
- CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, L.G.D.J., coll. Droit et Société série politique, t. 35, 3<sup>e</sup> éd., 2008.
- CHEVALLIER (J.) et MORAND (C-A.) (dir.), *L'État propulsif : contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Publisud, coll. Droit public et institutions politiques, 1991.
- CLAM (J.) et MARTIN (G.) (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J., coll. Droit et Société, Recherches et Travaux, t. 5, 1999.
- CLERC (D.), LIPIETZ (A.) et SATRE-BUISSON (J.), *La crise*, éd. Syros, coll. Alternatives économiques, 1983.
- COASE (R. H.), *Le coût du droit* (trad. et présent. Y-M. Morissette), PUF, coll. Droit, éthique, société, 2000.
- COASE (R. H.), *L'entreprise, le marché et le droit* (trad. et présent. B. Aliouat ; l'ouvrage en anglais date de 1988), éd. d'Organisation, 2005.

- COHEN-TANUGI (L.), *Le droit sans l'État : sur la démocratie en France et en Amérique* (préf. S. Hoffmann), PUF, Quadrige, 2<sup>e</sup> éd., 2007.
- CONSTANT (B.), *Cours de politique constitutionnelle ou collection des ouvrages publiés sous le gouvernement représentatif*, t. 1, Guillaumin, 1861.
- CONSTANTINESCO (L.-J.), *Traité de droit comparé*, t. 2, *La méthode comparative*, L.G.D.J., 1974.
- CONSTANTY (H.) et NOUZILLE (V.), *Députés sous influences. Le vrai pouvoir des lobbies à l'Assemblée Nationale*, Fayard, 2006.
- CORIAT (B.), *L'atelier et le chronomètre. Essai sur le taylorisme, le fordisme et la production de masse*, Christian Bourgois éditeur, 3<sup>e</sup> éd., 1994.
- COURTOIS-CHAMPENOIS (E.), *L'organisation du droit du licenciement aux États-Unis. Approche comparative des droits américain et français*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, coll. Centre de droit social, 1997.
- CROZET (Y.), *Analyse économique de l'État*, Armand Colin, coll. Cursus, 1997.
- CURAPP (Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie), *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, PUF, 1978.
- CURAPP, *La gouvernabilité*, PUF, 1996.
- DAM (K. W.), *Le système monétaire international, les règles du jeu* (trad. P-E. Sauzat ; l'ouvrage en anglais date de 1982), PUF, coll. Economie d'aujourd'hui, 1985.
- DAVID (R.), *Traité élémentaire de droit civil comparé. Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, L.G.D.J., 1950.
- De SOTO (H.), *Le Mystère du capital : Pourquoi le capitalisme triomphe en Occident et échoue partout ailleurs* (trad. M. Le Séac'h ; l'ouvrage en anglais date de 2000), Flammarion, 2005.
- DEFALVARD (H.), *Fondements de la microéconomie*, vol. 1, *Les choix individuels* (préf. R. Guesnerie), Bruxelles, De Boeck, coll. Questions d'économie et de gestion, 2003.
- DEFFAINS (B.) (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil* (préf. G. Canivet), éd. Cujas, 2002.
- DELAS (J.-P.), *Économie contemporaine, faits, concepts, théorie*, t. 4, *Monnaie, crise des années 70 – 80*, Ellipses-Marketing, 1992.
- DELCOURT (B.), PAYE (O.) et VERCAUTEREN (P.) (dir.), *La gouvernance européenne. Un nouvel art de gouverner ?*, Bruxelles, Bruylant – Acadamia, coll. Science politique, 2007.
- DELEULE (D.), *Hume et la naissance du libéralisme économique*, Aubier Montaigne, coll. Analyse et raisons, 1979.
- DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit*, t. 3, *La refondation des pouvoirs*, Le Seuil, coll. La couleur des idées, 2007.
- DEMEULENAERE (P.), *Homo oeconomicus, enquête sur la constitution d'un paradigme*, PUF, Quadrige, 2003.
- DEZALAY (Y.) et GARTH (B. G.), *La mondialisation des guerres de palais : la restructuration du pouvoir d'État en Amérique latine, entre notables du droit et « Chicago boys »* (trad. L. Devillairs et S. Dezalay ; l'ouvrage en anglais date de 2002), Le Seuil, coll. Liber, 2002.
- DOSTALER (G.), *Le libéralisme de Hayek*, La Découverte, coll. Repères, 2001.

- DRAGO (R.), MONTALIVET (P. de), DUPRAT (J-P.) et PLANTEY (A.), *La confection de la loi*, PUF, coll. Cahier des sciences morales et politiques, 2005.
- DUGUIT (L.), *Les transformations du droit public*, Armand Colin, 1913 ; réimpression La mémoire du droit, 1999.
- DUMONT (H.), OST (F.) et VAN DROOGHENBROECK (S.) (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005.
- DUMONT (L.), *Homo aequalis*, 2 t., *Genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, t. 1, Gallimard, coll. Bibliothèque des sciences humaines, 1985.
- ELLUL (J.), *Histoire des institutions*, t. 1, *L'Antiquité*, PUF, Quadrige, 1999.
- ESPING-ANDERSEN (G.), *Les trois mondes de l'État-providence. Essai sur le capitalisme moderne* (préf. et trad. sous la dir. de F-X. Merrien ; l'ouvrage en anglais date de 1990), PUF, coll. Le lien social, 2<sup>e</sup> éd., 2007.
- FACCARELLO (G.), *Aux origines de l'économie politique libérale : Pierre de Boisguilbert*, Anthropos, 1989.
- FAUGÈRE (J-P.) et VOISIN (C.), *Le système financier et monétaire international. Crises et mutations*, Armand Colin, coll. Circa, 5<sup>e</sup> éd., 2005.
- FAURE (M.) et OGUS (A.), *Économie du droit : le cas français*, éd. Panthéon-Assas, 2002.
- FAVRE (P.), HAYWARD (J.) et SCHEMEIL (Y.) (dir.), *Être gouverné : études en l'honneur de Jean Leca*, Presses de Sciences Po, 2003.
- FÉRON (G.), *Le système de retraite américain : les fonds de pension*, Montchrestien, coll. Bibliothèque d'économie financière, 1997.
- FONTAINE (N.), *La Liberté d'enseignement : de la loi Debré à la loi Guerneur. Les contrats avec l'État, bilan de la législation scolaire depuis 1959 et guide pratique de l'application des contrats*, UNAPEC, 1978.
- FORTIN (Y.) (dir.), *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1999.
- FOUCAULT (M.), *Sécurité, Territoire, Population, Cours au Collège de France, 1977 – 1978* (présent. M. Sennellart), Gallimard, Le Seuil, coll. Hautes études, 2004.
- FOUCAULT (M.), *Naissance de la Biopolitique, Cours au Collège de France, 1978 – 1979* (présent. M. Sennellart), Gallimard, Le Seuil, coll. Hautes études, 2004.
- FOURASTIÉ (J.), *Les Trente glorieuses ou la révolution invisible de 1946 à 1975*, éd. Fayard, coll. Essais, 1979.
- FOURNIER (J.), *Le travail gouvernemental*, Presses de Sciences Po et Dalloz, coll. Amphithéâtre, 1987.
- FREEDLAND (M.) et AUBY (J-B.) (dir.), *La distinction du droit public et du droit privé. Regards français et britanniques : une entente assez cordiale ?*, éd. Panthéon-Assas, coll. Colloques, 2004.
- FRIEDMAN (M.), *Inflation et systèmes monétaires* (trad. D. Carroll, avant-propos de C. Schmidt ; l'ouvrage en anglais date de 1968), Calman-Levy, coll. Perspectives de l'économie, économie contemporaine, 1976.
- FRIEDMAN (M.) et FRIEDMAN (R.), *La liberté du choix* (trad. G. Casaril ; l'ouvrage en anglais date de 1980), éd. Pierre Belfond, 1980.
- FRIEDMAN (M.) et HELLER (W. W.), *Politique monétaire ou politique fiscale* (trad. R. Abramowicz ; l'ouvrage en anglais date de 1969), Tours, Mame, 1969.
- FURET (F.), *Penser la Révolution française*, Gallimard, coll. Bibliothèques des histoires, 1978.

- GARRIGUES (J.) (dir.), *Les groupes de pression dans la vie politique contemporaine en France et aux États-Unis de 1820 à nos jours*, Rennes, Presses Universitaire de Rennes, coll. Carnot, 2002.
- GAUCHET (M.), *Le désenchantement du monde, une histoire politique de la religion*, Gallimard, coll. Bibliothèque des sciences humaines, 1985.
- GAUCHET (M.), *La démocratie contre elle-même*, Gallimard, coll. Tel, 2002.
- GAUCHET (M.), *La condition politique*, Gallimard, coll. Tel, 2005.
- GAUCHET (M.), MANENT (P.) et FINFELKRAUT (A.), *La démocratie de notre temps*, Genève, éd. du Tricorne, coll. Répliques, 2003.
- GAUDEMET (J.), *Les gouvernants à Rome : essais de droit public romain*, diff. De Boccard, coll. Antiqua, 1985.
- GAUDIN (J-P.), *Pourquoi la gouvernance ?*, Presses de Sciences Po, coll. La bibliothèque du citoyen, 2002.
- GAUDIN (J-P.), *L'action publique, sociologie et politique*, Presses de Sciences Po et Dalloz, coll. Amphithéâtre, 2004.
- GAUDIN (J-P.), *Gouverner par contrat*, Presses de sciences Po, 2<sup>e</sup> éd., 2007.
- GEFFROY (J-B.), *Grands problèmes fiscaux contemporains*, PUF, coll. Droit fondamental – Droit financier, 1993.
- GÉNÉREUX (J.), *L'économie politique. Analyse économique des choix publics et de la vie politique*, Larousse, coll. Textes essentiels, 1996.
- GERBET (P.) (avec la participation de V. Ghébal et M-R. Mouton), *Le rêve d'un ordre mondial : de la SDN à l'ONU*, Imprimerie nationale éd., coll. Notre siècle, 1996.
- GONOD (P.) et DUBOIS (J-P.) (dir.), *Citoyenneté, souveraineté, société civile*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003.
- GREFFE (X.), *Économie des politiques publiques*, Précis Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 1997.
- GRISTI (É.), *La réforme de l'État*, Vuibert, coll. Public droit, 2007.
- GROETHUYSEN (B.), *Philosophie de la révolution française*, Gallimard, coll. Bibliothèque des idées, 1956.
- GUÉGUEN (D.), *Lobbying européen*, L.G.D.J., coll. Europolitique, 2007.
- GUERRIEN (B.), *L'économie néo-classique*, La découverte, coll. Repères, 1989.
- GUERRIEN (B.), *La théorie néo-classique. Bilan et perspectives du modèle d'équilibre général*, Economica, 3<sup>e</sup> éd., 1989.
- GUILLAUME (H.), DUREAU (G.) et SILVENT (F.), *Gestion publique. L'État et la performance*, (préf. A. Lambert et D. Migaud), Presses de Sciences Po et Dalloz, coll. Amphithéâtre, 2002.
- HAGE (A.), *Les élections présidentielles américaines*, Ellipses, coll. Les essentiels de la civilisation anglo-saxonne, 2003.
- HAMILTON (A.), JAY (J.) et MADISON (J.), *Le Fédéraliste* (trad. G. Jèze, préf. A. Tunc ; l'ouvrage en anglais date de 1788), Economica, 1988.
- HARNAY (S.) et MARCIANO (A.), *Richard A. Posner : l'analyse économique du droit*, éd. Michalon, coll. Le bien commun, 2003.
- Haut conseil de la coopération internationale, *Les non-dits de la bonne gouvernance*, Karthala, coll. Coopération internationale, 2001.

- HAVARD (G.) et VIDAL (C.), *Histoire de l'Amérique française*, Flammarion, 2003.
- HAYEK (F. A.), *La route de la servitude* (trad. G. Blumberg ; l'ouvrage en anglais date de 1944), PUF, Quadrige, 4<sup>e</sup> éd., 2005.
- HAYEK (F. A.), *La Constitution de la liberté* (trad. R. Audouin et J. Garelo, préf. P. Némó ; l'ouvrage en anglais date de 1960), Litec, coll. Liberalia, 1994.
- HAYEK (F. A.), *Droit, législation et liberté* (trad. R. Audouin, présent. P. Némó ; les ouvrages en anglais datent de 1973, 1976 et 1979), PUF, Quadrige, 2007.
- HEGEL (G.W.F.), *Principes de la philosophie du droit* (trad. J-F. Kervégan ; l'ouvrage en allemand date de 1820), PUF, coll. Fondements de la politique, 1998.
- HENRY (G.), *Dollar : la monnaie internationale. Histoire, mécanismes et enjeux*, Levallois-Perret, Studyrama, coll. Principes, 2004.
- HERLAND (M.), *Keynes et la macroéconomie*, Economica, 2<sup>e</sup> éd., 1991.
- HIBOU (B.), *Économie politique du discours de la Banque mondiale en Afrique sub-saharienne. Du catéchisme économique au fait (et méfait) missionnaire*, *Études du CERI*, 1998.
- HIRSCHMAN (A. O.), *Les passions et les intérêts. Justifications politiques du capitalisme avant son apogée* (trad. P. Andler ; l'ouvrage en anglais date de 1970), PUF, Quadrige, 1977.
- JAUME (L.), *Échec au libéralisme. Les Jacobins et l'État*, Kimé, coll. Histoire des idées, théorie politique et recherches en sciences sociales, 1990.
- JAUME (L.), *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Fayard, 1997.
- JAUME (L.), *La liberté et la loi. Les origines philosophiques du libéralisme*, Fayard, 2000.
- KASPI (A.), DURPAIRE (F.), HARTER (H.) et LHERM (A.), *La civilisation américaine*, PUF, Quadrige, 2004.
- KEYNES (J. M.), *Essais de persuasion* (trad. H. Jacoby ; l'ouvrage en anglais date de 1931), Gallimard, 2<sup>e</sup> éd., 1933.
- KEYNES (J. M.), *Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie* (trad. J. de Largentaye ; l'ouvrage en anglais date de 1936), la Bibliothèque scientifique Payot, 1996.
- KEYNES (J. M.), *Comment payer la guerre, un programme radical pour le chancelier de l'Échiquier* (trad. J-J. Quiles et C. Fils ; l'ouvrage en anglais date de 1940), L'Harmattan, coll. Logiques économiques, 1997.
- LACORNE (D.), *L'invention de la République, le modèle américain*, Hachette, coll. Pluriel, 1991.
- LAFARGE (P.) (dir.), *Établissements pénitentiaires à gestion mixte*, A. Pédone, 1997.
- LAFAY (G.), *Introduction à l'économie internationale*, Economica, 2004.
- LARRÈRE (C.), *L'invention de l'économie au XVIII<sup>e</sup> siècle : du droit naturel à la physiocratie*, PUF, coll. Léviathan, 1992.
- LASCOUMES (P.) et Le GALÈS (P.) (dir.), *Gouverner par les instruments*, Presses de Sciences Po, coll. académique, 2004.
- LAURENT (A.), *Les grands courants du libéralisme*, Armand Colin, coll. synthèse, 1998.
- LAVAL (C.), *L'homme économique. Essai sur les racines du néolibéralisme*, Gallimard, coll. NRF Essais, 2007.

- Le ROY (É.), *Le jeu des lois : une anthropologie dynamique du droit, avec des consignes et des conseils au jeune joueur juriste*, L.G.D.J., coll. Droit et Société série anthropologique, t. 28, 1999.
- LECERF (P.-L.), *Du gouvernement et des citoyens, de leurs droits et de leurs devoirs respectifs*, Caen, impr. de Delos, 1850.
- LEGRAND (P.), *Le droit comparé*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2<sup>e</sup> éd., 2006.
- LEMENNICIER (B.), *Économie du droit*, éd. Cujas, coll. Théories économiques, 1991.
- LEPAGE (H.), *Demain le libéralisme*, Le livre de Poche, coll. Pluriel, 1980.
- LEROY (M.), *La sociologie de l'impôt*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2002.
- LEVINET (M.), *Théorie générale des droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit et justice, vol. 68, 2006.
- LÉVY-LEBOYER (M.), LESCURE (M.) et PLESSIS (A.) (dir.), *L'impôt en France aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles*, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2006.
- LOMBARD (M.) (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006.
- LONGUET (S.), *Hayek et l'école autrichienne*, Nathan, coll. Circa, 1998.
- MACHIAVEL (N.), *Le Prince* (trad. et préf. Gérard Luciani ; le texte initial date du début du XVI<sup>e</sup> siècle), Gallimard, 1995.
- MACKAAY (E.), *L'analyse économique du droit*, vol. 1 – *Fondements*, Bruxelles, Bruylant, 2000.
- MADIOT (Y.), *Considérations sur les droits et les devoirs de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998.
- MAGNETTE (P.), *La citoyenneté : une histoire de l'idée de participation civique* (préf. J. Dunn), Bruxelles, Bruylant, 2001.
- MAIRET (G.), *Le principe de souveraineté. Histoires et fondements du pouvoir moderne*, Gallimard, coll. Folio, 1997.
- MANDEVILLE (B.), *La fable des abeilles* (introduction, trad., index et notes L. et P. Carrive ; l'ouvrage en anglais date de 1714), Librairie Philosophique J. Vrin, 1998.
- MANENT (P.), *Histoire intellectuelle du libéralisme : dix leçons*, Calmann-Lévy, coll. Pluriel, 1987.
- MANENT (P.), *Cours familier de philosophie politique*, Gallimard, coll. Tel, 2001.
- MARCOU (G.) et MODERNE (F.) (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, 2 t. (t. 1, *Comparaisons et commentaires* ; t. 2, *Expériences européennes*) L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2005.
- MASSARDIER (G.), *Politiques et action publiques*, Armand Colin, coll. U. sciences politiques, 2003.
- MEIDINGER (C.) (dir.), *La nouvelle économie libérale*, Presses de Sciences Po, 1983.
- MÉLANDRI (P.) (dir.), *Le Welfare State en Amérique du Nord*, Société d'études nord-américaines, L'Harmattan, coll. L'Aire anglophone, 2001.
- MÉNARD (C.), *L'économie des organisations*, La découverte, coll. Repères, 1995.
- MERCIER (J.), *L'administration publique : de l'école classique au nouveau management public*, Québec, Les Presses Universitaires de Laval, 2002.
- MIAILLE (M.) (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1995.
- MISES (L. Von), *Abrégé de l'action humaine, traité d'économie* (trad. et préf. G. Dréan ; l'ouvrage en anglais date de 1949), Les Belles lettres, coll. Bibliothèque classique de la liberté, 2004.

- MOCKLE (D.), *La gouvernance, le droit et l'État : la question du droit dans la gouvernance publique*, Bruxelles, Bruylant, coll. Mondialisation et droit international, 2007
- MONTAGUTELLI (M.), *Histoire de l'enseignement aux États-Unis*, Belin, coll. Histoire de l'éducation, 2000.
- MONTALEMBERT (M. de) (dir.), *La protection sociale en France*, La Documentation française, 5<sup>e</sup> éd., 2008.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748 ; éd. établie par L. Versini, 2 vols., Gallimard, 1995.
- MORAND (C-A.), *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, L.G.D.J., coll. Droit et Société, t. 26, 1999.
- MORDACQ (F.), *La réforme de l'État par l'audit*, L.G.D.J., coll. Systèmes, 2009.
- MOREAU-DEFARGES (P.), *La gouvernance*, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 3<sup>e</sup> éd., 2008.
- MUELLER (D. C.), *Analyse des décisions publiques* (présent. X. Greffé, trad. P. de Lavergne ; l'ouvrage en anglais date de 1980), Economica, coll. Cambridge Surveys of Economic Literature, 1982.
- MULLER (P.), *Les politiques publiques*, PUF, coll. Que sais-je ?, 7<sup>e</sup> éd., 2008.
- NORTH (D. C.), *Le processus du développement économique* (trad. M. Le Seac'h, préf. C. Ménard ; l'ouvrage en anglais date de 2005), éd. d'Organisation, 2005.
- NORTH (D. C.) et THOMAS (R. P.), *L'essor du monde occidental : une nouvelle histoire économique* (trad. J-M. Denis ; l'ouvrage en anglais date de 1973), Flammarion, coll. Histoire vivante, 1980.
- OST (F.) et KERCHOVE (M. van de), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2000.
- PALIER (B.), *La réforme des retraites*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2003.
- PALIER (B.), *La réforme des systèmes de santé*, PUF, coll. Que sais-je, 4<sup>e</sup> éd., 2009.
- PARETO (V.), *Cours d'économie politique*, 2 t., 1897, réédition Genève, Droz, 1964.
- PASQUIER (R.), SIMOULIN (V.) et WEISBEIN (J.) (dir.), *La gouvernance territoriale. Pratiques, discours et théories*, L.G.D.J., coll. Droit et Société série politique, t. 44, 2007.
- PELLET (R.) (dir.), *Finances publiques et redistribution sociale*, Economica, 2006.
- PESQUEUX (Y.), *Gouvernance et privatisation*, PUF, coll. Politique élatée, 2007.
- PICARD (P.), *Éléments de microéconomie*, t. 1, *Théorie et applications*, Montchrestien, coll. Précis Domat, 7<sup>e</sup> éd., 2007.
- PICARD Le (O.), ADLER (J-C.) et BOUVIER (N.), *Lobbying. Les règles du jeu*, éd. d'Organisation, 2000.
- PIKETTY (T.), *Les hauts revenus en France au XX<sup>e</sup> siècle. Inégalités et redistribution, 1901 – 1998*, Grasset, 2001.
- PLATTEAU (J-P.), *Les économistes classiques et le sous-développement*, t. 2, Namur, Presses Universitaires de Namur, 1978.
- POLANYI (K.), *La grande transformation : aux origines politiques et économiques de notre temps*, (trad. C. Malamoud et M. Angeno, préf. L. Dumont ; l'ouvrage en anglais date de 1944), Gallimard, coll. Bibliothèque des sciences humaines, 1983.
- PUIGELIER (C.) (dir.), *La loi : bilan et perspectives* (préf. J. Foyer), Economica, Collection Études juridiques, vol. 22, 2005.

QUIRK (J.) et SAPOSNIK (R.), *Théorie de l'équilibre général et économie du bien-être* (trad. J-J. Laffont et G. Laroque ; l'ouvrage en anglais date de 1968), PUF, 1974.

RAFFARIN (J-P.), *Pour une nouvelle gouvernance*, Archipel, 2002.

RENARD (D.), CAILLOSSE (J.) et BÉCHILLON (D. de) (dir.), *L'analyse des politiques publiques aux prises avec le droit*, L.G.D.J., coll. Droit et Société série politique, t. 30, 2000.

ROCHE (J-J.) (dir.), *Insécurités publiques, sécurité privée ?*, *Essais sur les nouveaux mercenaires*, Economica, coll. Défense, 2005.

ROMAN (J.), *La démocratie des individus*, Calmann-Lévy, coll. Essai société, 1998.

ROSANVALLON (P.), *Le capitalisme utopique, critique de l'idéologie économique*, Le Seuil, coll. Sociologie politique, 1979, (l'ouvrage a été réédité et modifiée plusieurs fois ; notamment en 1999 sous le titre *Le capitalisme utopique, histoire de l'idée de marché*, Le Seuil, coll. Points Essais, 3<sup>e</sup> éd., 1999).

ROSANVALLON (P.), *L'État en France de 1789 à nos jours*, Le Seuil, coll. Points Histoire, 1990.

ROSANVALLON (P.), *La crise de l'État providence*, Le Seuil, coll. Points Essais, 3<sup>e</sup> éd., 1992.

ROSANVALLON (P.), *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Gallimard, coll. Folio, 2003.

ROSANVALLON (P.), *Le modèle politique français : la société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, Le Seuil, coll. L'Univers historique, 2004.

ROULAND (N.), *L'État français et le pluralisme*, Odile Jacob, 1995.

ROUSSEAU (J-J.), *Du contrat social* ; réédition présentée par R-G. Schwartzberg, Seghers, 1971.

SALIN (P.), *Libéralisme*, Odile Jacob, 2000.

SCHNAPPER (D.), *Qu'est-ce que la citoyenneté ?*, Gallimard, coll. Folio, 2000.

SCHWARTZ (Ba.), *Le paradoxe du choix. Comment la culture de l'abondance éloigne du bonheur*, (trad. I-S. Lecorné ; l'ouvrage en anglais date de 2003), Michel Laffont, 2006.

SCHWARTZ (Be.), *Le droit administratif américain : notions générale* (préf. H. Puget), Sirey, 1952.

SEDJARI (A.) (dir.), *Quel État pour le 21<sup>e</sup> siècle ?*, L'Harmattan, coll. Espace et territoires, 2001.

SEDJARI (A.) (dir.), *Administration, gouvernance et décision publique*, L'Harmattan, coll. Espace et territoires, 2004.

SÉNELLART (M.), *Les arts de gouverner : du regimen médiéval au concept de gouvernement*, Le Seuil, coll. Des travaux, 1995.

SERVERIN (É.) et BERTHOUD (A.), *La production des normes entre État et société civile : les figures de l'institution et de la norme entre États et sociétés civiles*, L'Harmattan, 2000.

SHKLAR (J.), *La citoyenneté américaine : la quête de l'intégration* (trad. O. Camy ; l'ouvrage en anglais date de 1991), Calmann-Lévy, coll. Liberté de l'esprit, 1991.

SIROËN (J-M.), *Le désordre monétaire international*, Hatier, coll. J. Brémond, 1991.

SIROËN (J-M.), *Finances internationales*, Armand Colin, coll. U, 1993.

SIROËN (J-M.), *L'économie mondiale, contraintes et perspectives*, t. 2, Armand Colin, coll. Cursus, 1994.

SMITH (A.), *Théorie des sentiments moraux* (trad. et intro. M. Biziou, C. Gautier et J-F. Pradeau ; l'ouvrage en anglais date de 1758), PUF, Quadrige, 2003.

- SMITH (A.), *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations* (trad. en trois tomes, sous la direction de J-M. Servet ; l'ouvrage en anglais date de 1776), Economica, à partir de 2000.
- SOWELL (T.), *La loi de Say, une analyse historique* (trad. C. Budin et G. Millière ; l'ouvrage en anglais date de 1972), Litec, coll. Liberalia, 1991.
- SUPIOT (A.), *Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du droit*, Le Seuil, coll. La couleur des idées, 2005.
- SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, Quadrige, 2<sup>e</sup> éd., 2007.
- TERREL (J.), *Les théories du pacte social : droit naturel, souveraineté et contrat de Bodin à Rousseau*, Le Seuil, coll. Point Essais, 2001.
- TOCQUEVILLE (A. de), *De la démocratie en Amérique*, 1835 ; réédition avec une préf. de F. Furet, Garnier-Flammarion, 2 t., 1981.
- TOCQUEVILLE (A. de), *Œuvres complètes*, t. 5, vol. 1, Gallimard, 2<sup>e</sup> éd., 1957.
- TOINET (M-F.) (dir.), *L'État en Amérique*, Presses de Sciences Po, 1989.
- TOINET (M-F.), KEMPF (H.) et LACORNE (D.), *Le libéralisme à l'américaine. L'État et le marché*, Economica, coll. Politique comparée, 1989.
- TOUCHARD (J.), *Histoire des idées politiques*, 2 t., PUF, Quadrige, 2001.
- TRIFFIN (R.), *L'or et la crise du dollar* (trad. sous la dir. de J. R. Boudeville ; l'ouvrage en anglais date de 1960), PUF, coll. Théoria, 1962.
- TRIFFIN (R.), *Le nouveau système monétaire et financier international : ordre ou désordre*, Genève, Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, coll. conférences, n° 13, 1977.
- TRONQUOY (P.) (dir.), *Le modèle social français*, Cahiers français, n° 330, La Documentation française, 2006.
- TRONQUOY (P.) (dir.), *La réforme de l'État*, Cahiers français, n° 346, La Documentation française, 2008.
- TROSA (S.), *Le guide de la gestion par programmes. Vers une culture de résultats*, éd. d'Organisation, coll. Service public, 2002.
- TULLOCK (G.), *Le Marché politique, analyse économique des processus politiques* (l'ouvrage en anglais date de 1976), Economica, 1978.
- TUNC (A.), *Les États-Unis* (préf. G. Burdeau), L.G.D.J., 3<sup>e</sup> éd., 1973.
- VALLÉE (A.), *Pourquoi l'impôt : voyage à travers le paysage fiscal*, Publi-union, 1997.
- VALLÉE (A.), *Les systèmes fiscaux*, Le Seuil, coll. Points Economie, 2000.
- WEBER (M.), *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Plon, coll. Recherches en sciences humaines, 2<sup>e</sup> éd., 1967.
- WILLIAMSON (O. E.), *Les institutions de l'économie* (trad. R. Coeurderoy et E. Maincent, sous la dir. de M. Gherman ; l'ouvrage en anglais date de 1985), Interéditions, 1994.
- WOLFF (J.) et BOUVIER (J.) (dir.), *Deux siècles de fiscalité française, 19<sup>e</sup> - 20<sup>e</sup> siècles, histoire, économie, politique*, Mouton éd., coll. Le savoir historique, 1973.
- WOOD (G. S.), *La création de la République américaine : 1776 - 1787* (trad. F. Delastre, introduction de C. Lefort ; l'ouvrage en anglais date de 1969), Belin, coll. Littérature et politique, 1991.

ZOLLER (É.) (dir.), *La conception américaine de la laïcité*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005.  
ZOLLER (É.) (dir.), *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008.

## 2 En anglais

ALSTON (F. M.), WORTHINGTON (M. M.) et GOLDSMAN (L. P.), *Contracting with the Federal Government*, 3<sup>d</sup> ed., Somerset, Wiley & Sons, 1992.

AMAN (A. C., Jr.), *The Democracy Deficit. Taming Globalization through Law Reform*, NY, NY University Press, 2004.

ARENDT (H.), *On Revolution*, NY, Viking Press, 1965.

ARROW (J. K.), *Social Choice and Individual Values*, London, Chapman & Hall, 1951.

BAILY (B.), *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge, Harvard University Press, 1967.

BAILY (B.), DAVIS (D. B.), DONALD (D. H.), THOMAS (J. L.), WIEBE (R. H.) et WOOD (G. S.), *The Great Republic: A History of the American People*, Boston, Little Brown, 1977.

BECKER (G.), *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago, University of Chicago Press, 1976.

BEER (S. H.), *To Make a Nation: The Rediscovery of America Federalism*, Cambridge, Harvard University Press, 1993.

BEHN (R. D.), *Rethinking Democratic Accountability*, Washington DC, Brookings Institution Press, 2001.

BERLE (A. A.) et MEANS (G. C.), *The Modern Corporation and Private Property*, NY, Commerce Clearing House, 1932.

BERLIN (I.), *Two Concepts of Liberty*, Oxford, Clarendon Press, 1958.

BRENNAN (G.) et BUCHANAN (J.), *The Reason of Rules. Constitutional Political Economy*, Cambridge University Press, 1985.

BREYER (S.), *Regulation and its Reform*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.

BROWNLEE (E. W.), *Federal Taxation in America: A Short History*, Cambridge University Press, 1996.

BUCHANAN (J.) et TULLOCK (G.), *The Calculus of Consent: Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1965.

BUCHANAN (J.) et WAGNER (R.), *Democracy in Deficit: The Political Legacy of Lord Keynes*, NY, Academic Press, Harcourt Brace Jovanovich, 1977.

CRENSON (M. A.) et GINSBERG (B.), *Downsizing Democracy. How America Sidelined Its Citizens and Privatized Its Public*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2002.

CROZIER (M.), HUNTINGTON (S. P.) et WATANUKI (J.), *The Crisis of Democracy: Report on the Governability of Democracies to the Trilateral Commission*, NY, NY University Press, 1975.

CROUCH (C.), EDER (K.) et TAMBINI (D.) (dir.), *Citizenship, Markets, and the State*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

DEMMERS (J.), FERNANDEZ (A. E.) et HOGENBOOM (J. et B.) (dir.), *Good Governance in the Era of Global Neoliberalism*, London, Routledge, 2004.

DONAHUE (J. D.), *The Privatization Decision: Public Ends, Private Means*, NY, Basic Books, 1989.

DONAHUE (J. D.) et NYE (J. S.) (dir.), *Governance Amid Bigger, Better Markets by Visions of Governance in the 21st Century (Program)*, Washington DC, Brookings Institution Press, 2001.

DOWN (A.), *An Economic Theory of Democracy*, NY, Harper and Row, 1957.

DRY (M.) (dir.), *The Anti-Federalist: An Abridgment of the Complete Anti-Federalist (with Commentary and Notes by Herbert J. Storing)*, Chicago, University of Chicago Press, 1985.

EINHORN (R.), *American Taxation, American Slavery*, Chicago, University of Chicago Press, 2006.

FEIGENBAUM (H. B.), HAMMETT (C.) et HENIG (J. R.), *Shrinking the State: The Political Underpinnings of Privatization*, Cambridge University Press, 1999.

FREEMAN (J.) et MINOW (M.) (dir.), *Government by Contract. Outsourcing and American Democracy*, Cambridge, Harvard University Press, 2009.

FRIEDMAN (L. M.), *American Law in the 20<sup>th</sup> Century*, New Haven and London, Yale University Press, 2002.

FRIEDMAN (M.) et JACOBSON-SCHWARTZ (A.), *A Monetary History of the United States, 1867-1960*, Princeton, Princeton University Press, 1963.

FRIEDMAN (M.) et ROOSA (R. V.), *The Balance of Payments: Free versus Fixed Exchange Rates. Rational Debate Seminar*, Washington DC, American Enterprise Institute, 1967.

GIBSON (A.), *Interpreting the Founding: Guide to the Enduring Debates over the Origins and Foundations of the American Republic*, Lawrence, University Press of Kansas, 2006.

GILBERT (N.), *Transformation of the Welfare State: The Silent Surrender of Public Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

GILMORE (G.), *The Ages of American Law*, New Haven, Yale University Press, 1977.

GOLDSMITH (S.) et EGGERS (W. D.), *Governing by Network: The New Shape of the Public Sector*, Washington DC, Brookings Institution Press, 2004.

GRANT (T. D.) (dir.), *Lobbying, Government Relations and Campaign Finance Worldwide. Navigating the Laws, Regulations and Practices of National Regimes*, Oceana Publications, Oxford University Press, 2005.

GUTMANN (A.), *Democratic Education*, Princeton, Princeton University Press, 1987.

GWARTNEY (J. D.) et WAGNER (R. E.) (dir.), *Public Choice and Constitutional Economics*, London, JAI Press, 1988.

HACKER (J. S.), *The Divided Welfare State: The Battle over Public and Private Social Benefits in the United States*, Cambridge University Press, 2002.

HARTZ (L.), *The Liberal Tradition in America. An Interpretation of American Political Thought since the Revolution*, Harcourt, Brace, 1955.

HAYEK (F. A.), *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, London, Routledge, 1978.

- HAYEK (F. A.), *The Counter-Revolution of Science. Studies on the Abuse of Reason*, Indianapolis, Liberty Press, 1979.
- HAYEK (F. A.), *Personal Recollections of Keynes and the 'Keynesian Revolution'*, reproduit in B. Caldwell (dir.), *Contra Keynes and Cambridge: Essays and Correspondence*, vol. 9, *The Collected works of Friedrich August Hayek*, Chicago, University of Chicago Press, 1995.
- HOLMES (S.) et SUNSTEIN (C. R.), *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, NY, W. W. Norton, 1999.
- HORWITZ (M. J.), *The Transformation of American Law, 1780 – 1860*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.
- HOWARD (C.), *The Hidden Welfare State: Tax Expenditures and Social Policy in the United States*, Princeton, Princeton University Press, 1997.
- HYDEN (G.), *No Shortcuts to Progress: African Development Management in Perspective*, Berkeley, University of California Press, 1983.
- ISRAEL (A.), *Institutional Development. Incentives to Performance*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1987.
- KAHN (S.) et MINNICH (E.), *The Fox in the Henhouse. How Privatization Threatens Democracy*, San Francisco, BK Publishers, 2005.
- KATZ (M. B.), *The Price of Citizenship: Redefining the American Welfare State*, NY, Owl book, 2002.
- KETTL (D. F.), *Government by Proxy: (Mis?) Managing Federal Programs*, NY, CQ Press, 1988.
- KETTL (D. F.), *The Transformation of Governance. Public Administration for the Twenty-first Century America*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2002.
- LAFFONT (J-J.), *Incentives and Political Economy*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- LARSON (M. A.), *Tax Rebellion USA. Why and How Thousands of Patriotic Americans Are Resisting the IRS*, Old Greenwich, Devin Adair, 1974.
- LASKI (H. J.), *Studies in the Problem of Sovereignty*, New Haven, Yale University Press, 1917.
- LIGHT (P. C.), *The True Size of Government*, Washington DC, Brooking Institution Press, 1999.
- LINDERT (P.), *Growing Public: Social Spending and Economic Growth since the 18<sup>th</sup> Century*, 2. vols., Cambridge University Press, 2004.
- LIPS (D.) et FEINBERG (E.), *Homeschooling: A Growing Option in American Education*, The Heritage Foundation, 2008.
- LIPS (D.) et FEINBERG (E.), *School Choice: 2006 Progress Report*, The Heritage Foundation, 2006.
- LYNN (L. E.), *Public Management: Old and New*, NY & London, Routledge, 2006.
- MARSHALL (T. H.), *Citizenship and Social Class, and Other Essays*, Cambridge University Press, 1950.
- McLAUGHLIN (A. C.), *The Foundations of American Constitutionalism*, NY, NY University Press, 1932.
- McLAUGHLIN (A. C.), *A Constitutional History of the United States*, NY, Appleton – Century Company, 1935.

- MILLER (A. S.), *The Modern Corporate State. Private Governments and the American Constitution*, Westport, Greenwood Press, 1976.
- MINOGUE (M.), POLIDANO (C.) et HULME (D.) (dir.), *Beyond New Public Management: Changing Ideas and Practices in Governance*, Northampton, E. Elgar, 1998.
- MUELLER (D. C.), *Public Choice III*, Cambridge University Press, 2003.
- MUELLER (D. C.), *The Public Choice Approach to Politics*, Brookfield, E. Elgar, 1993.
- MULHERON (R.), *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*, Oxford and Portland, Hart, 2004.
- NESS (I.), *Encyclopedia of Interest Groups and Lobbyists in the United States*, Armonk, Sharpe Reference, 2000.
- NEUHAUS (R.), BERGER (P.) et NOVAK (M.) (dir.), *To Empower People. From State to Civil Society*, Washington DC, AEI Press, 2<sup>nd</sup> ed., 1996.
- OLSON (M.), *The Logic of Collective Action*, Cambridge, Harvard University Press, 1965.
- OLSSSEN (M.), CODD (J.) et O'NEILL (A-M.), *Education Policy: Globalization, Citizenship and Democracy*, London, Sage Publication, 2004.
- OSBORNE (D.) et GAEBLER (T.), *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*, Reading, Addison-Wesley, 1992.
- PETER (S.), *Government by the Market? – The Politics of Public Choice*, San Fransisco, Westview Press, 1993.
- PETERS (B. G.), *Institutional Theory in Political Science: The New Institutionalism*, London, Continuum, 2<sup>nd</sup> ed., 2005.
- PIERRE (J.) (dir.), *Debating Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- ROSENAU (J.) et CZEMPIEL (E-O.) (dir.), *Governance without Government. Order and Change in World Politics*, Cambridge University Press, 1992.
- ROSSITER (C.), *Seedtime of the Republic: The Origin of the American Tradition of Political Liberty*, NY, Harcourt, Brace and Company, 1953.
- ROWLEY (C. K.) (dir.), *Constitutional Political Economy in a Public Choice Perspective*, London, Kluwer Academic Publishers, 1997.
- ROWLEY (C. K.) (dir.), *Public Choice Theory*, vol. III: *The Separation of Powers and Constitutional Political Economy*, Brookfield, E. Elgar Publishing, 1993.
- RUSSELL (J. W.), *Double Standard: Social Policy in Europe and the United States*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2006.
- SALAMON (L. M.) (dir.), *Global Civil Society: Dimensions of the Nonprofit Sector*, Baltimore, Johns Hopkins Comparative Nonprofit Sector project, 1999.
- SALAMON (L. M.) (dir.), *The Tools of Government. A guide to the New Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

- SCHULTZE (C.), *The Public Use of Private Interest*, Washington DC, Brookings Institution Press, 1977.
- SEIDMAN (L. M.) et TUSHNET (M. V.), *Remnants of Belief: Contemporary Constitutional Issues*, Oxford, Oxford University Press, 1996.
- SELF (P.), *Government by the Market? – The Politics of Public Choice*, San Francisco, Westview Press, 1993.
- SIMON (H.), *Administrative Behavior*, NY, Mac Millan, 1947.
- SINOPOLI (R.), *The Foundations of American Citizenship. Liberalism, the Constitution, and Civic Virtue*, Oxford, Oxford University Press, 1992.
- SKOUSEN (M.), *Vienna & Chicago, Friends or Foes? A Tale of Two Schools of Free-Market Economics*, Washington DC, Capital Press, 2005.
- SMITH (R. M.), *Civic Ideals: Conflicting Visions of Citizenship in US History*, New Haven, Yale University Press, 1997.
- STEUERLE (C. E.), *Contemporary US Tax Policy*, Washington DC, Urban Institute Press, 2004.
- STEUERLE (C. E.), PETERSON (G.), REISCHAUER (R. D.) et OOMS (V. D.), *Vouchers and the Provision of Public Services*, Washington DC, Brookings Institution Press, 2000.
- SUNSTEIN (C. R.), *Free Markets and Social Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1997.
- SUNSTEIN (C. R.), *The Second Bill of Rights. FDR's Unfinished Revolution and Why we Need it More than Ever*, NY, Basic Books, 2004.
- SURREY (S. S.), *Pathways to Tax Reform: The Concept of Tax Expenditures*, Cambridge, Harvard University Press, 1973.
- TUSHNET (M. V.), *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2007.
- VERKUIL (P. R.), *Outsourcing Sovereignty. Why Privatization of Government Functions Threatens Democracy and What we Can do About it*, Cambridge University Press, 2007.
- WILLIAMSON (J.), *Latin American Readjustment: How Much has Happened*, Washington DC, Institute for International Economics, 1990.
- ZORACK (J. L.), *The Lobbying Handbook*, Washington DC, Beacham Pub., 1990.

### C) Thèses (dont ouvrages issus de thèses)

- ADOLPH (A.), *Le Vote obligatoire*. Thèse, dact., Faculté de droit de Paris, 1901.
- ARDANT (G.), *Théorie sociologique de l'impôt*, 2 t., SEVPEN, 1965.
- BELLESCIZE (R. de), *Les services publics constitutionnels* (préf. Y. Gaudemet), L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, t. 244, 2005.
- BORGETTO (M.), *La fraternité en droit public français : le passé, le présent et l'avenir de la solidarité* (préf. Philippe Ardant), L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, t. 170, 1993.

- CALANDRI (L.), *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français* (préf. S. Regourd), L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, t. 259, 2009.
- CALVÈS (G.), *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis : le problème de la discrimination positive* (préf. J. Chevallier), L.G.D.J., coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 86, 1998.
- CAPT (G.), *Les procédures administratives en droit américain*, Lausanne, Droz, 1989.
- CATTEAU (D.), *La LOLF et la modernisation de la gestion publique. La performance, fondement d'un droit public financier rénové* (préf. X. Vandendriessche), Dalloz, coll. Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2007.
- CHOPIN (T.), *La République « une et divisible » : les fondements de la fédération américaine* (préf. P. Rosanvallon), Plon, 2002.
- CLAMOUR (G.), *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché* (préf. J-L. Autin), Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 51, 2006.
- COURTOIS-CHAMPENOIS (E.), *Le droit du travail américain, un droit de l'entreprise : contribution à l'étude comparée des sources du droit du travail français et américain* (préf. D. Berra), Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002.
- DELAUNAY (Bé.), *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945* (préf. C. Debouy), L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, t. 172, 1993.
- DONNELLY (C. M.), *Delegation of Governmental Power to Private Parties. A Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- DUMONT (G.), *La citoyenneté administrative*, Thèse, dact., Paris II, 2002.
- ESPUGLAS (P.), *Conseil constitutionnel et service public* (préf. G. Vedel), L.G.D.J., coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 80, 1994.
- GAY (L.), *Les « droits-créances » constitutionnels* (préf. O. Dutheillet de Lamothe), Bruxelles, Bruylant, coll. de droit public comparé et européen, 2007.
- GLIOZZO (T.), *L'état fédéré américain* (préf. O. Gohin), Bruxelles, Bruylant, coll. Bibliothèque européenne, Droit constitutionnel – Science politique, vol. 4, 2004.
- GODBOUT (L.), *L'intervention gouvernementale par la politique fiscale, le rôle des dépenses fiscales. Étude comparée : Canada, États-Unis, France* (préf. P. Beltrame), Economica, 2006.
- GROSCLAUDE (L.), *La liberté d'expression dans la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême des États-Unis*, Thèse, dact., Paris II, 2003.
- GUÉGAN-LÉCUYER (A.), *Domages de masse et responsabilité civile* (préf. P. Jourdain, avant-propos G. Viney), L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 472, 2006.
- HOUILLON (G.), *Le lobbying en droit public*, Thèse, dact., Paris V, 2008.
- LATOURNALD (A. G.), *L'action économique de l'État dans la Richesse des Nations. Analyse de la nature et du rôle de l'État dans l'œuvre de Smith*, Thèse, dact., Paris I, 2000.
- MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé* (préf. J. Ghestin), L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 411, 2004.

- MERLAND (G.), *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel* (préf. D. Rousseau), L.G.D.J., coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 121, 2005.
- MICHON (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français*, Thèse, dact., Paris II, 2008.
- MONIOLLE (C.), *Les agents non titulaires de la fonction publique de l'État. Entre précarité et pérennité* (préf. P. Rodière), L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, t. 208, 1999.
- PATRIKIOS (A.), *L'arbitrage en matière administrative* (préf. Y. Gaudemet), L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, t. 189, 1997.
- RANGEON (F.), *L'idéologie de l'intérêt général* (préf. G. Vedel), Economica, coll. Politique comparée, 1986.
- ROMY (I.), *Mise en œuvre de la protection de l'environnement, des citoyens suits aux solutions suisses*, Fribourg, éd. universitaires Fribourg Suisse, 1997.
- SCOFFONI (G.), *Le droit à l'information administrative aux États-Unis : du modèle américain au système français de transparence* (préf. J.-C. Vénézia), Economica, coll. Science et droit administratifs, 1992.
- TRUCHET (D.), *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État* (préf. J. Boulouis), L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, t. 125, 1977.
- VALENTIN (V.), *Les conceptions néo-libérales du droit* (préf. J. Chevallier), Economica, coll. Corpus Essais, 2002.
- VALLUY (J.), *Le gouvernement partenarial. Étude de la prolifération des activités de gouvernement conventionnelles (AGC) dans deux configurations de politiques de l'environnement industriel en France*, Thèse, dact., Paris I, 1999.
- VERGNIOLE de CHANTAL (F.), *Le fédéralisme américain en question : de 1964 à nos jours* (préf. D. Lacorne), Dijon, éd. Universitaires de Dijon, coll. Sociétés, 2006.

### **III) ARTICLES**

#### **A) Articles, revues, chroniques et contributions**

##### **1) En français**

- AMSELEK (P.), L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales, *RDP*, 1982, n° 2, pp. 273 – 294.
- APD*, L'américanisation du droit, Dalloz, t. 45, 2001.
- ARONDEL (P.), « Bonne gouvernance » : l'art du double langage ?, *Cité*, n° 41 (Du jacobinisme à la gouvernance), 2003, pp. 51 – 57.
- ARONDEL-ROHAUT (M.), Gouvernance et libéralisme : une logique de pouvoir non démocratique, *Cité*, n° 41 (Du jacobinisme à la gouvernance), 2003, pp. 31 – 38.
- ASSELAIN (J.-C.), Un siècle d'histoire fiscale de la France. Le mirage de l'impôt progressif sur le revenu, in M. Lévy-Leboyer, M. Lescure et A. Plessis (dir.), *L'impôt en France aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles*, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2006, pp. 67 – 89.
- ASSOUS (M.), Kalecki était-il keynésien avant Keynes ?, *Revue économique*, vol. 57, n° 2, 2006, pp. 165 – 183.

- AUBY (J-B.), La bataille de San Romano: Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif, *AJDA*, 20 novembre 2001, pp. 912 – 926.
- AUBY (J-B.), Le rôle de la distinction du droit public et du droit privé dans le droit français, in J-B. Auby et M. Freedland (dir.), *La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques : une entente assez cordiale ?*, éd. Panthéon-Assas, 2004, pp. 19 – 27.
- AUBY (J-B.), Régulations et droit administratif, in *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 209 – 234.
- AUBY (J-B.), Droit administratif et démocratie, in M. Lombard (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, pp. 13 – 28.
- AUTIN (J-L.), Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public, in M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1995, pp. 43 – 55.
- BALME (R.) et CHABANET (D.), Action collective et gouvernance de l'Union européenne, in R. Balm, D. Chabanet, V. Wright (dir.), *L'action collective en Europe. Collective Action in Europe*, Presses de Sciences Po, 2002, pp. 21 – 120.
- BARILARI (A.), Quelques questions autour de la RGPP, *RFFP*, n° 102, 2008, pp. 155 – 159.
- BAUDEL (J-M.), L'accès à la justice: la situation en France, *RIDC*, vol. 58, n° 2, 2006, pp. 477 – 491.
- BAZEX (M.) et BLAZY (S.), Le dispositif de réponse à la crise financière, *DA*, n° 12, 2008, pp. 51 – 54.
- BEAUD (O.), Fédéralisme et souveraineté : notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération, *RDP*, 1998, n°1, pp. 83 – 122.
- BEZES (P.), Le tournant néomanagérial de l'administration française, in O. Borraz et V. Guiraudon (dir.), *Politiques publique. La France dans la gouvernance européenne, France dans l'Europe*, t. 1, Presses de Sciences Po, 2008, pp. 215 – 254.
- BIENVENU (J-J.), Impôts et propriété dans l'esprit de la Déclaration, *Droits*, n° 8, 1988, pp. 135 – 142.
- BOURGAULT (J.), Les réformes budgétaires de type managérial : observations chez quelques précurseurs, *RFAP*, n° 117, 2006, pp. 69 – 83.
- BOURRINET (J.), Le Grenelle de l'environnement : une nouvelle approche des politiques environnementales ?, *LPA*, n° 81, 22 avril 2008, pp. 81 – 90.
- BOUVARD (M.), La mesure de la performance, *RFFP*, n° 91, 2006, pp. 31 – 38.
- BOUVIER (M.), Mutations des finances publiques et crise du pouvoir politique, *RFFP*, n° 79, 2002, pp. 241 – 258.
- BOUVIER (M.), Nouvelle gouvernance et philosophie de la loi organique du 1<sup>er</sup> août 2001 : aux frontières du réel et de l'utopie, in A. Sedjari (dir.), *Administration, gouvernance et décision publique*, L'Harmattan, coll. Espace et territoires, 2004, pp. 319 – 345.
- BOUVIER (M.), Inventer une nouvelle gouvernance financière publique : fonder l'État du XXI<sup>e</sup> siècle, éditorial au n° 100 de la *RFFP*, 2007, pp. 3 – 5.
- BOUVIER (M.), La notion de capacité contributive des contribuables dans la société post-moderne, *RFFP*, n° 100, 2007, pp. 83 – 93.
- BOUVIER (M.), La révision générale des politiques publiques et la métamorphose de l'État, *AJDA*, n° 7, 25 février 2008, pp. 329 – 333.

- BOUVIER (M.), La constitutionnalisation de la programmation pluriannuelle des finances publiques, *LPA*, n° 254, 19 décembre 2008, pp. 50 – 52.
- BOYER (R.), Le tournant des sciences sociales, *L'Économie politique*, n° 6, avril 2000, pp. 12 – 38.
- BRACONNIER (S.), Arbitrage et contrats publics d'affaires, vers la consécration d'un principe d'arbitrabilité, in *Contrats publics : mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, vol. 2, pp. 319 – 337.
- BRENDER (A.) Marchés financiers, gouvernance et croissance mondiale, in T. de Montbrial (dir.), *Observation et théorie des relations internationales*, t. 2, IFRI, coll. Travaux et recherches de l'IFRI, 2001, pp. 53 – 78.
- BRUNHOFF (S. de), La critique keynésienne du « laissez faire », in Alain Barrère, *Keynes aujourd'hui : théories et politiques*, Economica, 1985, pp. 561 – 572.
- BÜTSCHI (D.) et CATTACIN (S.), L'État incitateur : nouvelles pratiques de la subsidiarité dans le système du bien-être suisse, *Annuaire suisse de science politique*, vol. 33, 1993, pp. 143 – 162.
- CAILLOSSE (J.), Le droit administratif contre la performance publique ?, *AJDA*, n° 3, 20 mars 1999, pp. 195 – 211.
- CAILLOSSE (J.), Interrogation méthodologique sur le « tournant » contractuel de l'action publique, in *mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, vol. 2, pp. 469 – 492.
- CAILLOSSE (J.), Questions sur l'identité juridique de la gouvernance, in R. Pasquier, V. Simoulin et J. Weisbein (dir.), *La gouvernance territoriale. Pratiques, discours et théories*, L.G.D.J., coll. Droit et Société série politique, t. 44, 2007, pp. 35 – 64.
- CAILLOSSE (J.), Le « public » du droit administratif. Une catégorie juridique pour l'action publique, in *Terres du droit : mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009, pp. 383 – 407.
- CALMETTE (J-F.), La loi organique relative aux lois de finances (Lof) : un texte, un esprit, une pratique, *RFAP*, n° 117, 2006, pp. 43 – 55.
- CASTAGNÈDE (B.), Le contrôle constitutionnel d'égalité fiscale, *LPA*, n° 86, 1er et 2 mai 2001, pp. 4 – 14.
- CHALTIEL (F.), La citoyenneté européenne, *CCC*, n° 23, 2007, pp. 64 – 69.
- CHEUNG (A. B. L.) La compréhension des réformes du secteur public : tendances mondiales et questions diverses, *RISA*, vol. 63, n°4, 1997, pp. 513 – 537.
- CHEVALLIER (J.), L'association au service public, *JCP-G*, 1974, n° 2667.
- CHEVALLIER (J.), Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes, *JCP-G*, 1986, n° 3254.
- CHEVALLIER (J.), Les enjeux de la déréglementation, *RDP*, 1987, n° 2, pp. 281 – 319.
- CHEVALLIER (J.), De quelques usages du concept de régulation, in M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, éd. L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1995, pp. 71 – 93.
- CHEVALLIER (J.), Régulation et polycentrisme dans l'administration française, *RA*, n° 301, 1998, pp. 43 – 53.
- CHEVALLIER (J.), Les transformations de la citoyenneté, *Regards sur l'actualité*, avril 1999, pp. 3 – 18.
- CHEVALLIER (J.), Conclusion, in Y. Fortin (dir.), *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1999, pp. 397 – 414.

- CHEVALLIER (J.), La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ?, *RFAP*, n° 105 – 106, 2003, pp. 203 – 217.
- CHEVALLIER (J.), L'État régulateur, *RFAP*, n° 111, 2004, pp. 473 – 482.
- CHEVALLIER (J.), Conclusion, in B. Basdevant-Gaudemet (dir.), *Contrat ou Institution : un enjeu de société*, L.G.D.J., coll. Systèmes – Droit, 2004, pp. 183 – 186.
- CHEVALLIER (J.), Loi et contrat dans l'action publique, *CCC*, n° 17, 2004, pp. 81 – 86.
- CHEVALLIER (J.), La science administrative et le paradigme de l'action publique, in *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 267 – 292.
- CHEVALLIER (J.), La gouvernance et le droit, in *Mélanges en l'honneur de Paul Amserek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 189 – 207.
- CHEVALLIER (J.), L'État stratège, in *Le temps de l'État : mélanges en l'honneur de Pierre Birnbaum*, Fayard, 2007, pp. 372 – 385.
- CHEVALLIER (J.), Contractualisation et régulation, in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008, pp. 83 – 93.
- CHEVALLIER (J.), Droit et action publique, in *Études offertes au professeur Michel Miaille*, Faculté de droit de Montpellier, 2008, vol. 2, pp. 421 – 433.
- CLAY (T.), Arbitrage pour les personnes morales de droit public : le grand bazar !, *LPA*, n° 60-61, 25 mars 2008, pp. 3 – 5.
- COLLET (M.), Constitution et prélèvements obligatoires, *LPA*, n° 16, 22 janvier 2009, pp. 58 – 67.
- COMMAILLE (J.), La régulation des temporalités juridiques par le social et le politique, in F. Ost et M. Van Hoecke (dir.), *Temps et droit. : Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 317 – 337.
- CONAN (M.), La loi organique relative aux lois de finances n'entrera totalement en vigueur qu'en 2007, *RDP*, 2006, n° 1, pp. 31 – 36.
- COURRÈGES (A.) et VEROT (C.), L'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques : quelques éclairages sur un rapport récemment remis au Garde des Sceaux, *RFDA*, n° 3, 2007, pp. 489 – 493.
- CROUY CHANEL (E. de), La citoyenneté fiscale, *APD*, L'impôt, vol. 42, 2002, pp. 39 – 77.
- CROWLEY (J.), Usages de la gouvernance et de la gouvernementalité, *Critiques internationales*, n° 21, 2003, pp. 52 – 61.
- CUSTOS (D.), Agences indépendantes de régulation américaines (Independent Regulatory Commissions ou IRC) et Autorités Administratives Indépendantes françaises (AAI). L'exemple de la Federal Communications Commission (FCC) et de l'Autorité de Régulation des Télécommunications (ART), *RPMP*, vol. 20, 2002, pp. 66 – 84.
- CUSTOS (D.), La notion américaine de régulation, in G. Marcou et F. Moderne (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Comparaisons et commentaires* (t. 1), L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2005, pp. 145 – 165.
- CUSTOS (D.), Droits administratifs américain et français : source et procédure, *RIDC*, vol. 59, n° 2, 2007, pp. 285 – 305.

- DAGUERRE (A.), La réforme de l'aide sociale aux États-Unis : modèle ou repoussoir ?, *RDSS*, n° 3, 2001, pp. 437 – 451.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.), La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation, in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, L.G.D.J., coll. Droit et Société, Recherche et travaux, t. 16, 2007, pp. 167 – 178.
- DELAUNAY (Be.), L'article 295 CE et la neutralité supposée à l'égard du régime de propriété dans les États membres, conférence donnée lors du colloque sur « La privatisation de l'État » à l'Université Paris Descartes les lundi 18 et mardi 19 mai 2009 (à paraître).
- DELCOURT (X.), La raison de la gouvernance, in D. Georgakakis et M. de Lassalle (dir.), *La « nouvelle gouvernance européenne »*. Genèses et usages politiques d'une livre blanc, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2008, pp. 91 – 116.
- DELFOSSÉ (A.) et PENIGUEL (J-F.), Loi TEPA ; présentation des nouvelles mesures fiscales, *JCP-N*, n° 38, 21 septembre 2007, pp. 16 – 51.
- DELHOSTE (M-F.), Démocratie participative : de l'échec de l'organisation étatique à l'avenir du projet citoyen, *RFDA*, 2007, pp. 1061 – 1070.
- DENOIX de SAINT-MARC (R.), La question de l'administration contractuelle, *AJDA*, n° 19, 19 mai 2003, pp. 970 – 971.
- DENQUIN (J-M.), Démocratie participative et démocratie semi-directe, *CCC*, n° 23, 2007, pp. 95 – 98.
- DOSTALER (G.), Keynes et Bretton Woods, *Interventions économiques*, n° 26, 1994-1995, pp. 53 – 78 (<http://classiques.uqac.ca/contemporains/>).
- DOSTALER (G.), Keynes et la politique, 2002 (<http://classiques.uqac.ca/contemporains/>).
- DOSTALER (G.), Néolibéralisme, keynésianisme et traditions libérales, *Cahiers d'épistémologie de l'Université du Québec à Montréal*, n° 9803, 1998, (<http://www.unites.uqam.ca/philo/pdf/9803.pdf>).
- DUBOIS (J-P.), Citoyenneté, citoyennetés, in P. Gonod et J-P. Dubois (dir.), *Citoyenneté, souveraineté, société civile*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003, pp. 49 – 67.
- DUFOUR (O.), « Le temps est venu de supprimer le juge d'instruction », *LPA*, n° 18, 26 janvier 2009, pp. 4 – 5.
- DUMONT (H.) et TULKENS (F.), Citoyenneté et responsabilité en droit public, in H. Dumont, F. Ost et S. Van Drooghenbroeck, *La responsabilité, face cachée des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 171 – 259.
- DUTHEIL de la ROCHÈRE (J.), Les agences de régulation européenne : quels problèmes juridiques ?, in *Terres du droit : mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009, pp. 57 – 70.
- EISENMANN (C.), Droit public, Droit privé (En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIX<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle), *RDP*, 1952, pp. 903 – 979.
- ESCLASSAN (M-C.), La fiscalité entre institution et contrat, in B. Basdevant-Gaudemet (dir.), *Contrat ou Institution : un enjeu de société*, L.G.D.J., coll. Systèmes – Droit, 2004, pp. 87 – 102.
- FABERON (J-Y.), État et citoyenneté, *LPA*, n° 223, 8 nov. 2006, pp. 3 – 6.
- FATH (S.), Protestantisme et lien social aux États-Unis, *Archives de sciences sociales des Religions*, vol. 108, 1999, pp. 5 – 24.

- FAVOREU (L.), Service public et Constitution, *AJDA*, n° spécial, 20 juin 1997, pp. 16 – 19.
- FENOUILLET (D.) et GONOD (P.), Le parrainage républicain, entre citoyenneté et état civil, in P. Gonod et J-P. Dubois (dir.), *Citoyenneté, souveraineté, société civile*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003, pp. 89 – 102.
- FRISON-ROCHE (M-A.), La victoire du citoyen-client, *Sociétal*, n° 30, 2000, pp. 49 – 54.
- GAUDEMET (P-M.), Un mode d'intervention économique : les dépenses fiscales, in *L'intervention économique de la puissance publique. Études en l'honneur du Doyen Georges Péquignot*, CERAM, 1984, t. 1, pp. 321 – 339.
- GÉRARD (P.), Les droits de l'homme et les limites de l'individualisme : l'exemple de la liberté d'expression, in H. Dumont, F. Ost et S. Van Drooghenbroeck, *La responsabilité, face cachée des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 153 – 170.
- GOHIN (O.), Loi et contrat dans les rapports entre collectivités publiques, *CCC*, n° 17, 2004, pp. 148 – 160.
- GOUADAIN (D.), « D'hier à demain, quels devoirs fiscaux ? Matériaux pour une mise en perspective », in G. Ferréol (dir.), *Rapport à autrui et personne citoyenne*, Presses Universitaires du Septentrion, 2002, pp. 41 – 72.
- GUEZ (J.), Le principe de progressivité de l'impôt sur le revenu : un principe introuvable ?, *Dr. Fis.*, n° 23, juin 2006, pp. 1072 – 1076.
- HAMILTON (M.), Les origines religieuses de la clause américaine de non-établissement, in É. Zoller (dir.), *La conception américaine de la laïcité*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, pp. 71 – 88.
- HAQUET (A.), Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes. Réflexions sur son objet et sa légitimité, *RDP*, 2008, n° 2, pp. 395 – 420.
- HOWARD (D. A.), Les droits et la Constitution. La protection judiciaire des droits sociaux en droit constitutionnel américain, *RFSP*, vol. 40, n° 2, 1990, pp. 173 – 191.
- HUFTY (M.), L'objet « gouvernance », in M. Hufty, A. Dormeier Freire, P. Plagnat et V. Neumann (dir.), *Jeux de gouvernance : regards et réflexions sur un concept*, Karthala, coll. Développements, 2007 pp. 13 – 28.
- ISLER (T.), La loi du 14 avril 2003 relative à la répression de l'activité de mercenaire, in J-J Roche, *Insécurité publiques, sécurité privée ?*, *Essais sur les nouveaux mercenaires*, Economica, coll. Défense, 2005, pp. 85 – 115.
- JAN (P.), Élections américaines 2004 : système électoral en convalescence, *RDP*, 2005, n° 1, pp. 113 – 117.
- JAN (P.), La loi organique du 1er août 2001 relative aux lois de finances ou l'entrée en scène de la culture de performance et de résultat, *LPA*, n° 146, 25 juillet 2005, pp. 6 – 12.
- JAUME (L.), Unité et pluralité : la souveraineté nationale, in F. Hamon et J. Lelièvre (dir.), *L'héritage politique de la révolution française*, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires de Lille, coll. Politiques, 1993, pp. 55 – 72.
- JEAN-PIERRE (D.), La privatisation du droit de la fonction publique, *JCP A*, n° 29, 15 juillet 2003, pp. 973 – 978.
- JÉGOUZO (Y.), L'administration contractuelle en question, in *Mouvement du droit public. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, pp. 543 – 556.

- KAGAN (R.), L'Europe devrait-elle s'inquiéter d'un « légalisme contradictoire à l'américaine » ?, *Droit et société*, n° 48, 2001, pp. 471 – 493.
- KEMPF (H.), L'État est-il trop gros ?, in C. Meidinger (dir.), *La nouvelle économie libérale*, Presses de Sciences Po, 1983, pp. 191 – 226.
- LACORNE (D.), Aux origines du fédéralisme américain : l'impossibilité de l'État, in M-F. Toinet (dir.), *L'État en Amérique*, Presses de Sciences Po, 1989, pp. 38 – 53.
- LAFARGE (F.), La révision générale des politiques publiques : sa méthode et ses finalités, in P. Tronquoy (dir.), *La réforme de l'État*, Cahiers français, n° 346, La Documentation française, 2008, pp. 22 – 26.
- LAROCHE-GISSEROT (F.), Les *class actions* américaines, *LPA*, n° 115, 10 juin 2005, pp. 7 – 10.
- LASSALE (J-P.), Le fédéralisme financier aux États-Unis, *RFFP*, n° 20, 1987, pp. 13 – 35.
- LASSALE (J-P.), De l'État-administratif à l'État-stratège, *RFFP*, n° 73, 2001, pp. 87 – 91.
- Le CLAINCHE (M.), Introduction, *RFAP*, n° 117, 2006, pp. 5 – 10.
- Le GALÈS (P.), Du gouvernement des villes à la gouvernance urbaine, *RFSP*, vol. 45, n° 1, 1995, pp. 57 – 95.
- Le GALÈS (P.), Régulation, gouvernance et territoire, in J. Commaille et B. Jobert (dir.), *Les métamorphoses de la régulation politique*, L.G.D.J., coll. Droit et Société, t. 24, 1999, pp. 203 – 240.
- LECA (J.), La gouvernance de la France sous la Cinquième République. Une perspective de sociologie comparative, in F. d'Arcy et L. Rouban (dir.), *De la V<sup>e</sup> République à l'Europe : hommage à Jean-Louis Quermonne*, Presses de Sciences Po, 1996, pp. 329 – 365.
- LECOQC (P-A.), L'approche constitutionnelle et législative de la privatisation de la sécurité en France, in J-J. Roche (dir.), *Insécurité publiques, sécurité privée ? Essais sur les nouveaux mercenaires*, Economica, coll. Défense, 2005, pp. 47 – 84.
- LEGENBRE (P.), Remarques sur la re-féodalisation de la France, in *Études en l'honneur de Georges Dupuis* (préf. G. Vedel), L.G.D.J., 1997, pp. 201 – 211.
- LEGRAND (P.), Comparer, *RIDC*, vol. 48, n° 2, 1996, pp. 279 – 318.
- LERESCHE (J-P.) (dir.), Gouvernance et coordination des politiques publiques, in J-P. Leresche (dir.), *Gouvernance locale, coopération et légitimité : le cas de la Suisse dans une perspective comparée*, Pedone, coll. Pouvoir local, 2001, pp. 29 – 66.
- LINOTTE (D.), Actualité du droit des contrats de partenariat ; note sous Conseil constitutionnel du 24 juillet 2008, *Gaz. Pal.*, n° 222, 9 août 2008, pp. 2 – 4.
- LYNCH (F. M.) et WALKER (J. G.), L'évolution des impôts sur le revenu des personnes physiques en France depuis 1945 dans un cadre comparatif, in M. Lévy-Leboyer, M. Lescure et A. Plessis (dir.), *L'impôt en France aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles*, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2006, pp. 91 – 107.
- M'RAD (H.), La démocratie d'opinion : le dépassement de la démocratie représentative ?, in R. Ben Achour, J. Gicquel et S. Milacic (dir.), *La démocratie représentative devant un défi historique*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 103 – 128.
- MADIOT (Y.), De la place des devoirs dans une théorie générale des droits de l'homme, in *Pouvoir et liberté, études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 209 – 227.

MAINGUY (D.) (dir.), L'introduction en droit français des *class actions*, LPA, n° 254, 22 décembre 2005, pp. 6 – 28.

MANIN (B.), Hayek et la question du libéralisme, *RFSP*, vol. 33, n° 1, 1983, pp. 41 – 64.

MANIN (B.), Frontières, freins et contrepoids : la séparation des pouvoirs dans le débat constitutionnel américain de 1787, *RFSP*, vol. 44, n° 2, 1994, pp. 257 – 293.

MARAIS (B. du), Régulation, service public et démocratie : une décennie de mutations, in M. Lombard, *Régulation économique et démocratie*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, pp. 41 – 49.

MARCOU (G.), Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé, in G. Marcou et F. Moderne (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Comparaisons et commentaires*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2005, t. 1, pp. 11 – 63.

MARCOU (G.), La notion juridique de régulation, *AJDA*, n° 7, 20 février 2006, pp. 347 – 353.

MARDIÈRE (C. de la), La privatisation de l'impôt, conférence donnée lors du colloque sur « La privatisation de l'État » à l'Université Paris Descartes les lundi 18 et mardi 19 mai 2009 (à paraître).

MELLERAY (F.), MAUGÜÉ (C.) et COURRÈGES (A.), Code du travail et personnes publiques, *AJDA*, n° 16, 28 avril 2008, pp. 855 – 860.

MERRIEN (F-X.), Les différents types de l'État-providence, in P. Tronquoy (dir.), *Le modèle social français*, Cahiers français, n° 330, La Documentation française, 2006, pp. 3 – 8.

MICHELET (K.), La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la procédure administrative non contentieuse, *AJDA*, n° 14, 14 octobre 2002, pp. 949 – 955.

MIGEON (F-D.), La RGPP, un cadre de réforme structurant au service d'une maîtrise durable de la dépense publique, *RFFP*, n° 102, 2008, pp. 167 – 174.

MODERNE (F.), Les usages de la notion de « régulation » dans le droit positif et la doctrine juridique, in G. Marcou et F. Moderne (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale, Comparaisons et commentaires*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2005, t. 1, pp. 71 – 85.

MOLINA (P-A.), Le Conseil constitutionnel précise les conditions de privatisation des services publics, *RJEP*, 2007, pp. 41 – 52.

MORAND (C-A.), Régulation, complexité et pluralisme juridiques, in *Mélanges Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 615 – 630.

MORANGE (J.), La conception française de la liberté d'expression, in É. Zoller (dir.), *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008, pp. 157 – 172.

MOREAU (J.), De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel, *AJDA*, 20 janv. 1965, pp. 3 – 17.

MOREAU (L.), La contractualisation de l'exercice de la police administrative, in *Contrats publics : mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, vol. 2, pp. 171 – 190.

MORVAN (P.), La liberté d'expression des travailleurs en droits français et américain, in É. Zoller (dir.), *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008, pp. 173 – 203.

MUIR-WATT (H.), La fonction subversive du droit comparé, *RIDC*, vol. 53, n° 2, 2000, pp. 503 – 527.

MUIR-WATT (H.), Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil, in B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil* (préf. G. Canivet), éd. Cujas, 2002, pp. 37 – 45.

- NANDRIN (J-P.), La question des devoirs dans les premières déclarations de droits de l'Homme, *in* H. Dumont, F. Ost et S. Van Drooghenbroeck, *La responsabilité, face cachée des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 75 – 89.
- NEDJAR (D.), Initiative et référendum aux États-Unis. Contribution à l'étude des normes d'origine populaire et du droit référendaire, *RDP*, 1993, n° 6, pp. 1585 – 1642.
- NICOUD (F.), La participation des personnes privées à la sécurité publique : actualité et perspectives, *RDP*, n° 5, 2006, pp. 1247 – 1274.
- PADIOLEAU (J-G.), Une piété française. La réforme de l'État, *Le Débat*, n° 119, 2002, pp. 20 – 34.
- PALIER (B.), Le système français de protection sociale : architecture et évolutions, *in* P. Tronquoy (dir.), *Cahiers français*, n° 330, La Documentation française, 2006, pp. 9 – 14.
- PAYE (O.), La gouvernance. D'une notion polysémique à un concept politologique, *Revue Études internationales*, vol. 36, 2005, pp. 13 – 41.
- PEREIRA (B.), Justice négociée : efficacité répressive et droits de la défense ?, *D.*, 2005, pp. 2041 – 2049.
- PÉRÉON (P.), La délégation des services publics administratifs, *AJDA*, n° 27, 19 juillet 2004, pp. 1449 – 1459.
- PHILIP (L.), Observations sur les communications de MM. Prétot et Rousseau, *in* R. Pellet (dir.), *Finances publiques et redistribution sociale*, *Economica*, 2006, pp. 117 – 122.
- PICARD (É.), L'état du droit comparé en France, en 1999, *RIDC*, vol. 51, n° 4, 1999, pp. 885 – 915.
- PIN (X.), La privatisation du procès pénal, *RSC*, n° 2, 2002, pp. 245 – 261.
- PONTIER (J-M.), L'intérêt général existe-t-il encore ?, *D.*, 1998, pp. 327 – 333.
- PRADEL (J.), Tous les péchés du juge d'instruction méritent-ils sa mise à mort ?, *D.*, 2009, pp. 438 – 439.
- PRÉTOT (X.), Proportionnalité et progressivité des prélèvements obligatoires. À propos de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, *in* R. Pellet (dir.), *Finances publiques et redistribution sociale*, *Economica*, 2006, pp. 91 – 105.
- PRÉVOST (J-G.), Milton Friedman, pensée politique et propagande, *in* M. Lavoie et M. Seccareccia (dir.), *Milton Friedman et son œuvre*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, coll. Politique et économie, 1993, pp. 35 – 48.
- RAPP (L.), Le service public : l'expérience américaine, *AJDA*, n° spécial, 1997, pp. 159 – 164.
- RAYNAUD (P.), Révolution française et révolution américaine, *in* F. Furet (dir.), *L'héritage de la Révolution française*, Hachette, 1989, pp. 35 – 55.
- RENARD (D.), L'analyse des politiques publiques aux prises avec le droit, brèves remarques sur un débat, *in* D. Renard, J. Caillosse, D. de Béchillon (dir.), *L'analyse des politiques publiques au prise avec le droit*, L.G.D.J., coll. Droit et Société série politique, t. 30, 2000, pp. 9 – 23.
- Revue du MAUSS*, L'université en crise : mort ou résurrection ?, *La Découverte* n° 33, 2009, pp. 141 – 184.
- RFSP*, Les approches nationales des politiques publiques, Presses de Science Po, n° 1, 2002.
- RICHER (L.), Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif, *AJDA*, n° 1, 1997, p. 3 – 9.
- RICHER (L.), L'État et les transformations de l'action publique : des politiques de réforme aux nouvelles théories politiques, *in* A. Sedjari (dir.), *Quel État pour le 21<sup>e</sup> siècle ?*, L'Harmattan, coll. Espace et territoires, 2001, pp. 91 – 107.

- RICHER (L.), La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques, *AJDA*, n° 19, 19 mai 2003, pp. 973 – 975.
- RICHER (L.), Réformer l'État : pourquoi et pour quoi ?, in P. Tronquoy (dir.), *La réforme de l'État*, Cahiers français, n° 346, La Documentation française, 2008, pp. 3 – 7.
- ROBIN-OLIVIER (S.), Consultations, négociations, accords... : recherche sur les voies de développement du droit dans l'Union européenne, in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *Approche renouvelée de la contractualisation*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, coll. Institut de droit des affaires, 2007, pp. 63 – 73.
- RODRIGUES (S.), Quelques considérations juridiques en faveur d'un statut pérenne des autorités européennes de régulation, *AJDA*, n° 22, 14 juin 2004, p. 1179 – 1182.
- ROUBAN (L.), Évaluation des politiques publiques et mouvements de dérégulation aux États-Unis, *RFAP*, n° 29, 1984, pp. 85 – 115.
- SAULNIER (F.), Essai sur la gouvernance et les transformations actuelles du droit public, n° 1, *RRJ*, 2007, pp. 305 – 332.
- SAUVIAT (C.), Un système de santé en crise ... bien que privatisé, *Chronique internationale de l'IRES*, n° 91, novembre 2004, pp. 17 – 37.
- SIMOULIN (V.), La gouvernance territoriale : dynamiques discursives, stratégiques et organisationnelles, in R. Pasquier, V. Simoulin et J. Weisbein (dir.), *La gouvernance territoriale. Pratiques, discours et théories*, L.G.D.J., coll. Droit et Société série politique, t. 44, 2007, pp. 15 – 32.
- STEPHANOU (C. A.), La nouvelles gouvernance européenne : bilan et perspectives, *CDE*, n° 5 – 6, 2006, pp. 581 – 628.
- STEVENSON (R. B.), Le « procureur général privé » dans le droit des sociétés des États-Unis, *RIDC*, vol. 30, n° 3, 1978, pp. 779 – 790.
- SUPIOT (A.), La fonction anthropologique du droit, *Esprit*, n° 272, 2001, pp. 151 – 172.
- SUPIOT (A.), Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale, in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *Approche critique de la contractualisation*, L.G.D.J., coll. Droit et Société, Recherche et travaux, t. 16, 2007, pp. 19 – 44.
- TALLINEAU (L.), Quarante ans de propositions de réforme de l'ordonnance du 2 janvier 1959, *RFFP*, n° 73, 2001, pp. 19 – 29.
- TALLINEAU (L.), Des droits et des devoirs, in *Frontière du droit, critique des droits, billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, L.G.D.J., 2007, pp. 201 – 209.
- TEITGEN-COLLY (C.), La contractualisation de la répression ?, in B. Basdevant-Gaudemet (dir.), *Contrat ou Institution : un enjeu de société*, L.G.D.J., coll. Systèmes – Droit, 2004, pp. 58 – 68.
- TERNEYRE (P.), L'arbitrage des litiges contractuels intéressant les personnes publiques, *BJCP*, n° 52, juin 2007, pp. 170 – 180.
- TERNEYRE (P.), Secteur public et concurrence : la convergence des principes. À propos de la liberté contractuelle, *AJDA*, n° 35, 15 octobre 2007, pp. 1906 – 1911.
- TERNEYRE (P.), L'État régulateur. Qu'est-ce que la régulation économique des marchés ?, *CFPA*, n° 271, octobre 2007, pp. 5 – 8.

TERNEYRE (P.) et VÉROT (C.), Le projet de réforme de l'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques est tout à fait viable, *AJDA*, n° 17, 5 mai 2008, pp. 905 – 910.

THÉVENARD (É.), La révolution par le marché : le *managed care*, bilan et perspectives, in P. Mélandri, *Le Welfare state en Amérique du Nord*, Société d'études nord-américaines, L'Harmattan, coll. L'Aire anglophone, 2001, pp. 95 – 110.

TIMSIT (G.), La régulation. La notion et le phénomène, *RFAP*, n° 109, 2004, pp. 5 – 11.

TIMSIT (G.), La réforme de l'État. Le choix de la focale, in *Terres du droit : mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009, pp. 175 – 186.

VEDEL (G.), Présentation, *RFFP*, n° 1, 1983, pp. 1 – 6.

VERDUSSEN (M.), DEPRÉ (S.) et BOMBOIS (T.), Les devoirs fondamentaux en droit constitutionnel comparé, in H. Dumont, F. Ost et S. Van Drooghenbroeck, *La responsabilité, face cachée des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 261 – 291.

WALINE (J.), Les contrats entre personnes publiques, *RFDA*, n° 2, 2006, pp. 229 – 234.

WOLFF (J.), Fiscalité et développement en France entre 1919 et 1939, in J. Wolff et J. Bouvier (dir.), *Deux siècles de fiscalité française, 19<sup>e</sup>- 20<sup>e</sup> siècles, histoire, économie, politique*, Mouton éditeur, coll. Le savoir historique, 1973, pp. 263 – 283.

XIFARAS (M.), introduction, in T. Berns, J-C. Dupont et M. Xifaras (dir.), *Philosophie de l'impôt*, Bruxelles, Bruylant, coll. Penser le droit, 2006, pp. 1 – 15.

ZAPF (H.) et TOULEMONT (B.), Loi de finances pour 2009, *Gaz. Pal.*, n° 50, 19 février 2009, pp. 2 – 16.

ZOLLER (É.), Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie, *RFDA*, n° 4, 2004, pp. 757 – 771.

ZOLLER (É.), Les pouvoirs budgétaires du Congrès des États-Unis, *RFFP*, n° 86, 2004, pp. 267 – 308.

ZOLLER (É.), La laïcité aux États-Unis ou la séparation des Églises et de l'État dans la société pluraliste in É. Zoller (dir.), *La conception américaine de la laïcité*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, pp. 3 – 32.

ZOLLER (É.), Droit et régulation, Conférence prononcée le 27 octobre 2008 devant l'Académie des Sciences Morales et Politiques (disponible sur le site Internet de l'Académie).

## 2) En anglais

ADAIR (D.), The Tenth Federalist Revisited, *Wm. & Mary Q.*, vol. 8, 1951, pp. 48 – 67.

ALCHIAN (A.) et DEMSETZ (H.), Production, Information Costs, and Economic Organization, *Am. Econ. Rev.*, vol. 62, 1972, pp. 777 – 795.

ALEXANDER (K.) et ALEXANDER (K.), Vouchers and the Privatization of American Education: Justifying Racial Resegregation from Brown to Zelman, *U. Ill. L. Rev.*, 2004, pp. 1131 – 1154.

AMAN (A. C., Jr.), Privatization, Prisons, Democracy, and Human Rights: The Need to Extend the Province of Administrative Law, *Ind. J. of Global Legal Stud.*, vol. 12, 2005, pp. 511 – 550.

ANILLO (A. I.), The National Endowment for the Humanities: Control of Funding Versus Academic Freedom, *Vand. L. J.*, vol. 45, 1992, pp. 455 – 486.

AVANT (D.), The Privatization of Security and Change in the Control of Force, *Int. Stud. Perspect.*, vol. 5, 2004, pp. 153 – 157.

AVI-YONAH (R. S.), Why Tax the Rich? Efficiency, Equity and Progressive Taxation, *Yale L. J.*, vol. 111, 2002, pp. 1391 – 1416.

BAILEY (M.), Toward a New Constitution for a Future Country, in Charles Rowley (dir.), *Constitutional Political Economy in a Public Choice Perspective*, London, Kluwer Academic Publishers, 1997, pp. 73 – 115.

BAKER (L. A.), Conditional Federal Spending After Lopez, *Colum. L. Rev.*, vol. 95, 1995, pp. 1911 – 1989.

BARAK-EREZ (D.), A State Action Doctrine for an Age of Privatization, *Syracuse L. Rev.*, vol. 45, 1995, pp. 1169 – 1192.

BARAK-EREZ (D.), Civil Rights in the Privatized State: A Comparative View, *Anglo-Am. L. Rev.*, vol. 28, 1999, pp. 503 – 534.

BARNETT (R.) et SUNSTEIN (C. R.), Constitutive Commitments and Roosevelt’s Second Bill of Rights: A Dialogue, *Drake L. Rev.*, vol. 53, 2005, pp. 205 – 229.

BEAM (D.) et COLAN (T.), Grants, in L. Salamon (dir.), *The Tools of Government. A guide to the New Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 340 – 380.

BEERMANN (J. M.), Privatization and Political Accountability, *Fordham Urb. L. J.*, vol. 28, 2001, pp. 1507 – 1557.

BEERMANN (J. M.), Administrative-Law-Like Obligations on Privatize[ed] Entities, *UCLA L. Rev.*, vol. 49, 2002, pp. 1717 – 1737.

BEERMANN (J. M.), The Unhappy History of Civil Rights Legislation, Fifty Years Later, *Conn. L. Rev.*, vol. 34, 2002, pp. 981 – 1035.

BENTLEY (C.), Constrained by the Liberal Tradition: Why the Supreme Court Has not Found Positive Rights in the American Constitution, *B.Y.U. L. Rev.*, 2007, pp. 1721 – 1765.

BITTKER (B. I.), Constitutional Limits on the Taxing Power of the Federal Government, *Tax Law.*, vol. 41, 1987, pp. 3 – 12.

BLACK (C. L., Jr.), The Supreme Court, 1966 Term – Foreword: “State action,” Equal protection, and California’s proposition 14, *Harv. L. Rev.*, vol. 81, 1967, pp. 69 – 109.

BLUM (C.), Flat Tax: A Panacea for Privacy Concerns?, *Am. U. L. Rev.*, vol. 54, 2005, pp. 1241 – 1280.

BODEN (M. A.), Compassion Inaction: Why President Bush’s Faith-Based Initiatives Violates the Establishment Clause, *Seattle U. L. Rev.*, vol. 29, 2006, pp. 991 – 1030.

BREYER (S.), Analyzing Regularory Failure: Mismatches, Less Restrictive Alternatives, and Reform, *Harv. L. Rev.*, vol. 92, 1979, pp. 547 – 609.

BUCHANAN (G. S.), A Conceptual History of the State Action Doctrine: The Search for Governmental Responsibility, *Hous. L. Rev.*, vol. 34, 1997, pp. 333 – 424.

BUCHANAN (J.), The Balanced Budget Amendment: Clarifying the Arguments, in Charles Rowley (dir.), *Constitutional Political Economy in a Public Choice Perspective*, London, Kluwer Academic Publishers, 1997, pp. 117 – 138.

- BURLEY (A-M.), Regulating the World: Multilateralism, International Law and the Projection of the New Deal Regulatory State », in J. G. Ruggie (dir.), *Multilateralism Matters. The Theory and Praxis of an Institutional Form*, NY, Columbia University Press, coll. New Directions in World politics, 1993, pp. 125 – 156.
- CALABRESI (G.) Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, *Yale L. J.*, vol. 70, 1961, pp. 499 – 553.
- CHASE (O.), ADR and the Culture of Litigation, the Example of the United States of America in L. Cadet (dir), *Médiation et arbitrage : alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Litec, coll. Pratiques professionnelles, 2005, pp. 135 – 151.
- CHEMERINSKY (E.) Rethinking State action, *Nw. U. L. Rev.*, vol. 80, 1986, pp. 503 – 557.
- CITRON (R. D.), Lessons from the Damages Decision Following United States v. Winstar Corp., *Pub. Cont. L. J.*, vol. 32, 2002, pp. 1 – 38.
- CROSS (F. B.), The Error of Positive Rights, *UCLA L. Rev.*, vol. 48, 2001, pp. 857 – 924.
- DANA (D.) et KONIAK (S. P.), Bargaining in the Shadow of Democracy, *U. Penn. L. Rev.*, vol. 148, 1999, pp. 473 – 559.
- DANNIN (E.), Red Tape or Accountability: Privatization, Public-ization, and Public Values, *Cornell J. L. & Pub. Pol’y*, vol. 15, 2006, pp. 111 – 163.
- DILLER (M.), The Revolution in Welfare Administration: Rules, Discretion, and Entrepreneurial Government, *N.Y.U. L. Rev.*, vol. 75, 2000, pp. 1121 – 1220.
- DILLER (M.), Introduction: Redefining the Public Sector: Accountability and Democracy in the Era of Privatization, *Fordham Urb. L. J.*, vol. 28, 2001, pp. 1307 – 1316.
- DJANKOV (S.), GLAESER (E.), La PORTA (R.), LOPEZ-de-SILANES (F.), et SHLEIFER (A.), The New Comparative Economics, *J. Comp. Econ.*, vol. 31, 2003, pp. 595 – 619.
- EASTERBROOK (F. H.), The State of Madison’s Vision of the State: A Public Choice Perspective, *Harv. L. Rev.*, vol. 107, 1328 – 1347.
- ELICKSON (R. C.), Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors: A Critique of Classical Law and Economics, *Chi.-Kent L. Rev.*, vol. 65, 1989, pp. 23 – 55.
- FAIRFAX (L. M.), The Silent Resurrection of Plessy: The Supreme Court’s Acquiescence in the Resegregation of America’s Schools, *Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev.*, vol. 9, 1999, pp. 1 – 57.
- FLEISCHACKER (S.), Adam Smith’s Reception Among the American Founders, 1776 – 1790, *Wm. & Mary Q.*, vol. 59, 2002, pp. 897 – 924.
- FORBATH (W. E.), Constitutional Welfare Rights: A History, Critique and Reconstruction, *Fordham L. Rev.*, vol. 69, 2001, 1221 – 1291.
- FREEMAN (J.), The Contracting State, *Fla. St. U. L. Rev.*, vol. 28, 2000, pp. 155 – 214.
- FREEMAN (J.), The Private Role in Public Governance, *N.Y.U. L. Rev.*, vol. 75, 2000, pp. 543 – 675.
- FREEMAN (J.), Extending Public Law Norms Through Privatization, *Harv. L. Rev.*, vol. 116, 2003, pp. 1285 – 1352.

FRIENDLYN (H. J.), The Public Private Penumbra – Fourteen Years Later, *U. Penn. L. Rev.*, vol. 130, 1982, pp. 1289 – 1295.

FRIES (S. D.), Staatstheorie and the New American Science of Politics, *J. Hist. Ideas*, vol. 34, 1973, pp. 391 – 404.

FUNK (W.), Bargaining Toward the New Millennium: Regulatory Negotiation and the Subversion of the Public Interest, *Duke L. J.*, vol. 46, 1997, pp. 1351 – 1388.

GILLETTE (C. P.) et STEPHAN III (P. B.), Constitutional Limitations on Privatization, *Am. J. Comp. L.*, vol. 46, 1998, pp. 481 – 502.

GILMAN (M. E.), Legal Accountability in an Era of Privatized Welfare, *Cal. L. Rev.*, vol. 89, 2001, pp. 569 – 642.

GLENDON (M. A.), Rights in Twentieth Century Constitutions, *U. Chi. L. Rev.*, vol. 59, 1992, pp. 519 – 538.

GOLDFIEN (J.), Negotiated Rulemaking and the Public Interest, *J. Am. Arb.*, vol. 5, 2006, pp. 81 – 95.

GUTTMAN (D.), Governance by Contract: Constitutional Visions. Time for Reflection and Choice, *Pub. Cont. L. J.*, vol. 33, 2004, pp. 321 – 360.

HACKER (J. S.), Privatizing Risk Without Privatizing the Welfare State: The Hidden Politics of Social Policy Retrenchment in the United States, *Am. Pol. Sci. Rev.*, vol. 98, 2004, pp. 243 – 260.

HAMILTON (G. G.), Patriarchalism in Imperial China and Western Europe: A Revision of Weber's Sociology of Domination, *Theor. & Soc.*, vol. 13, 1984, pp. 393 – 425.

HARTER (P. J.), Negotiating Regulations: A Cure for Malaise, *Geo. L. J.*, vol. 71, 1982, pp. 1 – 113.

HARTER (P. J.), Administrative Law in the United States, in R. Seerden et F. Stroink (dir.), *Administrative Law of the European Union, its Members States and the United States. A Comparative Analysis*, The Hage, Kluwer Law International, 2002, pp. 307 – 344.

HEEN (M. L.), Congress, Public Values, and the Financing of Private Choice, *Ohio St. L. J.*, vol. 65, 2004, pp. 853 – 912.

HERSHKOFF (H.), Positive Rights and State Constitutions: The Limits of Federal Rationality Review, *Harv. L. Rev.*, vol. 112, 1999, pp. 1131 – 1196.

HERSHKOFF (H.), The New Jersey Constitution: Positive Rights, Common Law Entitlements, and State Action, *Alb. L. Rev.*, vol. 69, 2005 – 2006, pp. 553 – 559.

HISSAM (M.), The Impact of Executive Order 13422 on Presidential Oversight of Agency Administration, *Geo. Wash. L. Rev.*, vol. 76, 2008, pp. 1292 – 1307.

HOOD (C.), Public Administration and Public Policy: Intellectual Challenges for the 1990s, *Aust. J. Pub. Admin.*, vol. 48, 1989, pp. 346 – 358.

HOWARD (C.), Tax expenditures, in L. Salamon (dir.), *The Tools of Government. A guide to the New Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 410 – 444.

HOWARD (J. M.), When Two Tax Theories Collide: A Look at the History and Future of Progressive and Proportionate Personal Income Taxation, *Washburn L. J.*, vol. 32, 1992, pp. 43 – 76.

HUHN (W. R.), The State Action Doctrine and the Principle of Democratic Choice, *Hofstra L. Rev.*, vol. 34, 2005 – 2006, pp. 1379 – 1460.

JENSEN (M.C.) et MECKLING (W.H.), Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure, *J. Financ. Econ.*, vol. 3, 1976, pp. 305 – 360.

JOH (E. E.), Conceptualizing the Private Police, *Utah L. Rev.*, 2005, pp. 573 – 617.

KABOOLIAN (L.), The New Public Management: Challenging the Boundaries of the Management vs. Administration Debate, *Pub. Admin. Rev.*, vol. 58, 1998, pp. 189 – 193.

KAHN (B.), Bush v. Holmes: School Vouchers and State Constitutions, *N.Y.U. J. Legis. & Pub. Pol'y*, 2005-2006, vol. 9, pp. 833 – 845.

KAHN (R. F.), The Relation of Home Investment to Unemployment, *Econ. J.*, vol. 41, 1931, pp. 173 – 198.

KEARNEY (J. D.) et MERRILL (T. W.), The Great Transformation of Regulated Industries Law, *Colum. L. Rev.*, vol. 98, 1998, pp. 1323 – 1409.

KELMAN (S.), Contracting, in L. Salamon (dir.), *The Tools of Government. A Guide to the New Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 282 – 318.

KENNEDY (S. S.), When is Private Public? State Action in the Era of Privatization and Public Private Partnership, *Geo. Mason U. Civ. Rts L. J.*, vol. 11, 2001, pp. 203 – 223.

KOBAYASHI, (B. H.) et RIBSTEIN (L. E.), Class Action Lawyers as Lawmakers, *Ariz. L. Rev.*, vol. 46, 2004, pp. 733 – 780.

KORNHAUSER (M. E.), Legitimacy and the Right of Revolution: The Role of Tax Protests and Anti-Tax Rhetoric in America, *Buff. L. Rev.*, vol. 50, 2002, pp. 819 – 930.

KRUEGER (A. O.), The Political Economy of the Rent-seeking Society, *Am. Econ. Rev.*, vol. 64, 1974, pp. 291 – 303.

LABORDE (C.), The Concept of the State in British and French Political Thought, *Polit. Stud.*, vol. 48, 2000, pp. 540 – 557.

LARBI (G. A.), The New Public Management Approach and Crisis States, *United Nations Research Institute for Social Development*, Discussion Paper, n° 112, septembre 1999.

LAZEAR (E.), Economic Imperialism, *Q. J. Econ.*, vol. 115, 2000, pp. 99 – 146.

LEVIN (H. M.) et BELFIELD (C. R.), Families as Contractual Partners in Education, *UCLA L. Rev.*, vol. 49, 2002, pp. 1799 – 1824.

LOWI (T.), Four Systems of Policy, Politics and Choice, *Pub. Admin. Rev.*, vol. 39, 1972, pp. 314 – 325.

MATTHEW (D. B.), The Moral Hazard Problem With Privatization of Public Enforcement: The Case of Pharmaceutical Fraud, *U. Mich. J. L. Reform*, vol. 40, 2007, pp. 281 – 339.

McCABE (B.) et VINZANT (J.), Governance Lessons: The Case of Charter Schools, *Admin. & Soc'y*, vol. 31, 1999, pp. 361 – 377.

McCLUSKEY (M.), Efficiency and Social Citizenship: Challenging the Neoliberal Attack on the Welfare State, *Indiana L. J.*, vol. 78, 2003, pp. 783 – 876.

METZGER (G. M.), Privatization as Delegation, *Colum. L. Rev.*, vol. 103, 2003, pp. 1367 – 1502.

MICHAELS (J. D.), Beyond Accountability: The Constitutional, Democratic, and Strategic Problems with Privatizing War, *Wash. U. L. Q.*, vol. 82, 2004, pp. 1001 – 1127.

- MILWARD (H. B.) et PROVAN (K. G.), Governing the Hollow State, *J. Pub. Admin. Res. Theor.*, vol. 10, 2000, pp. 359 – 380.
- MINOW (M.), Outsourcing Power: How Privatizing Military Efforts Challenges Accountability, Professionalism, and Democracy, *B. C. L. Rev.*, vol. 46, 2005, pp. 989 – 1026.
- MOE (R. C.), Exploring the Limits of Privatization, *Pub. Admin. Rev.*, vol. 47, 1987, pp. 453 – 460.
- MOORE (M. H.), The Market Versus the Forum, in J. Donahue and J. Nye (dir.), *Governance Amid Bigger, Better Markets by Visions of Governance in the 21st Century*, Washington DC, Brookings Institution Press, 2001, pp. 306 – 335.
- MOORE (M. H.), Public Values in an Era of Privatization, *Harv. L. Rev.*, vol. 116, 2003, pp. 1212 – 1228.
- MOSHER (F. C.), The Changing Responsibilities and Tactics of the Federal Government, *Pub. Admin. Rev.*, vol. 40, 1980, pp. 541 – 547.
- MUTH (J.), Rational Expectations and the Price Movements, *Econometrica*, vol. 29, 1961, pp. 315 – 335.
- NAGY (D. M.), Playing Peekaboo with Constitutional Law: The PCAOB and its Public / Private Status, *Notre Dame L. Rev.*, vol. 80, 2005, pp. 975 – 1071.
- NORTH (D. C.), The New Institutional Economics and Development, 1992 (disponible sur <http://www.econ.iastate.edu/tesfatsi/NewInstE.North.pdf>).
- O'BRIEN (M. T.), Private School Tuition Vouchers and the Realities of Racial Politics, *Tenn. L. Rev.*, vol. 64, 1997, pp. 359 – 407.
- PETERS (B. G.) et PIERRE (J.), Governance Without Government?, Rethinking Public Administration, *J. Pub. Admin. Res. Theor.*, vol. 8, 1998, pp. 223 – 243.
- PHILIPPS (L.), Taxing the Market Citizen: Fiscal Policy and Inequality in an Age of Privatization, *L. Contemp. Prob.*, vol. 63, 2000, pp. 111 – 132.
- PIKETTY (T.) et SAEZ (E.), How Progressive is the U.S. Federal Tax System? A Historical and International Perspective, *J. Econ. Perspect.*, vol. 21, 2007, pp. 3 – 24.
- POLLITT (C.), Convergence or Divergence: What Has Been Happening in Europe, in C. Pollitt, S. van Thiel et V. Homburg, *New Public Management in Europe: Adaptation and Alternatives*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2007, pp. 11 – 25.
- POST (R. C.), Subsidized Speech, *Yale L. J.*, vol. 106, 1996, pp. 151 – 195.
- PRINDLE (D.), The Invisible Hand of James Madison, *Constit. Pol. Econ.*, vol. 15, 2004, pp. 223 – 237.
- PROCACCI (G.), Poor Citizens: Social Citizenship Versus Individualization of Welfare, in C. Crouch, K. Eder et D. Tambini (dir.), *Citizenship, Markets, and the State*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 49 – 68.
- RABIN (R. L.), Federal Regulation in Historical Perspective, *Stan. L. Rev.*, vol. 38, 1986, pp. 1189 – 1326.
- ROBINSON (J. C.), Health Savings Accounts – the Ownership Society in Health Care, *New Engl. J. Med.*, vol. 353, 2005, pp. 1199 – 1202.
- ROSS (J. E.), The Entrenched Position of Plea Bargaining in the United States Legal Practice, *Am. J. Comp. L.*, vol. 54, 2006, pp. 717 – 732.

RUBENSTEIN (W. B.), On What a « Private Attorney General » is – and Why it Matters, *Vand. L. Rev.*, vol. 57, 2004, pp. 2129 – 2173.

SALAMON (L. M.), Rethinking Public Management: Third-Party Government and the Changing Forms of Government Action, *Pub. Pol’y*, vol. 29, 1981, pp. 255 – 275.

SCHWARTZ (H.), The Wisdom and Enforceability of Welfare Rights as Constitutional Rights, *Hum. Rts. Brief*, vol. 8, 2001, pp. 2 – 3.

SINGER (J. W.), No Right to Exclude: Public Accommodations and Private property, *Nw. U. L. Rev.*, vol. 90, 1996, pp. 1283 – 1495.

SKLANSKY (D. A.), Private Police and Democracy, *Am. Crim. L. Rev.*, vol. 43, 2006, pp. 89 – 105.

SOMERS (M.), Romancing the Market, Reviling the State: Historicizing Liberalism, Privatization, and the Competing Claims to Civil Society, in C. Crouch, K. Eder et D. Tambini (dir.), *Citizenship, Markets, and the State*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 23 – 48.

SORRESSO (E. B.), A Philosophy of Privatization: Rationing Health Care Through the Medicare Modernization Act of 2003, *J. L. & Health*, vol. 21, 2008, pp. 29 – 44.

STEUERLE (C. E.) et TOMBLBY (E.), Vouchers, in L. Salamon (dir.), *The Tools of Government. A Guide to the New Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 445 – 465.

STEWART (R. B.), The Reformation of American Administrative Law, *Harv. L. Rev.*, vol. 88, 1975, pp. 1669 – 1813.

STIEFEL (J.), ERISA Preemption of Chapter 58: The Future of the “Pay or Play” Model of Health Care Legislation, *Am. J. Law & Med.*, vol. 33, 2007, pp. 683 – 701.

SULLIVAN (H. J.), Privatization of Public Services: A Growing Threat to Constitutional Rights, *Pub. Admin. Rev.*, vol. 47, 1987, pp. 461 – 467.

SUMMERS (C. W.), The Privatization of Personal Freedoms and Enrichment of Democracy: Some Lessons from Labor Law, *U. Ill. L. Rev.*, 1986, pp. 689 – 723.

SUNSTEIN (C. R.), Interest Groups in American Public Law, *Stan. L. Rev.*, vol. 38, 1985, pp. 29 – 87.

SUNSTEIN (C. R.), Constitutionalism after the New Deal, *Harv. L. Rev.*, vol. 101, 1987, pp. 421 – 510.

THOMPSON (B. H.), The Continuing Innovations of Citizen Enforcement, *U. Ill. L. Rev.*, 2000, pp. 185 – 236.

TIRARD (M.), Privatization and Public Law Values: A View from France, *Ind. J. of Global Legal Stud.*, vol. 15, 2008, pp. 285 – 304.

TREBILCOCK (M. J.) et IACOBUCCI (E. M.), Privatization and Accountability, *Harv. L. Rev.*, vol. 116, 2003, pp. 1422 – 1453.

TROPER (M.), Who Needs a Third Party Effect Doctrine? – The Case of France, in A. Sajo et R. Uitz (dir.), *The Constitution in Private Relations. Expanding Constitutionalism*, The Hague, Eleven Publishing, 2005, pp. 115 – 128.

TUSHNET (M.), State Action, Social Welfare Rights, and the Judicial Role: Some Comparative Observations (disponible sur <http://ccc.uchicago.edu/docs/StateAction.pdf>).

- VERKUIL (P. R.), The Emerging Concept of Administrative Procedure, *Colum. L. Rev.*, vol. 78, 1978, pp. 258 – 329.
- VERKUIL (P. R.), Privatizing Due Process, *Admin. L. Rev.*, vol. 57, 2005, pp. 963 – 993.
- VERKUIL (P. R.), Public Law Limitations on Privatization of Government Functions, *N.C. L. Rev.*, vol. 84, 2005, pp. 397 – 469.
- VERKUIL (P. R.), Outsourcing and the Duty to Govern, in M. Minow et J. Freeman (dir.), *Government by Contract. Outsourcing and American Democracy*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, pp. 310 – 334.
- VINER (J.), Adam Smith and Laissez Faire, *J. Polit. Econ.*, vol. 35, 1927, pp. 198 – 232.
- WEINGAST (B. R.), The Economic Role of Political Institutions: Market-Preserving Federalism and Economic Development, *J. L. Econ. & Org.*, vol. 11, 1995, pp. 1 – 31, pp. 1 – 31.
- WEST (E. G.), Tom Paine's Voucher Scheme for Public Education, *Southern Econ. J.*, vol. 33, 1967, pp. 375 – 382.
- WHITMAN (G.), Against the New Paternalism. Internalities and the Economics of Self-Control, *Cato Policy Analysis*, n° 563, 2006 (disponible sur le site Internet [www.cato.org](http://www.cato.org)).
- WILLIAMS (D.) et YOUNG (T.), Governance, The World Bank and Liberal Theory, *Polit. Stud.*, vol. 42, 1994, pp. 84 – 100.
- WILLIAMSON (O. E.), Public and Private Bureaucracies: A Transaction Cost Economics Perspective, *J. L. Econ. & Org.*, vol. 15, 1999, pp. 306 – 342.
- WILLIAMSON (O. E.), The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead, *J. Econ. Lit.*, vol. 38, 2005, pp. 595 – 613.
- WINTER (R. K., Jr.), Changing Concepts of Equality: From Equality before the Law to the Welfare State, *Wash. U. L. Q.*, vol. 57, 1979, pp. 741 – 755.
- WOOD (S. G.), FLETCHER (D. C.) et HOLLEY (R. F.), Regulation, Deregulation and Re-regulation: An American Perspective, *B.Y.U. L. Rev.*, 1987, pp. 381 – 465.
- WOOTEN (J. A.), A Legislative and Political History of Erisa Preemption, *J. Pension. Benef.*, vol. 14, 2006, pp. 31 – 35 (partie I) ; vol. 14, 2007, pp. 5 – 10 (partie II) ; et vol. 15, 2008, pp. 15 – 21 (partie III).

## **B)** Articles de presse

- RUEFF (J.), « Les voies du retour au plein emploi », *Le Monde*, 20 et 21 février 1976.
- « M. Darcos écarte la mise en concurrence des écoles », *Le Monde*, 3 octobre 2008, p. 12.
- « Les policiers s'inquiètent d'une privatisation de la sécurité alors que leurs effectifs baissent », *Le Monde*, 19 décembre 2008, p. 10.
- GAUCHET (M.), « La démocratie du privé perturbe le collectif », *Libération*, 28 avril 2009, pp. 6 et s.
- « Crise : les libéraux plaident non-coupable », *Le Monde Économie*, 10 juin 2009, pp. 4 – 5.
- « Régulation financière : M. Obama dévoile sa réforme », *Le Monde*, 18 juin 2009, p. 16.

## IV) RAPPORT et DOCUMENTS OFFICIELS<sup>2</sup>

### A) En France

#### 1) Assemblée nationale

CHARIÉ (J-P.), *Rapport d'information sur le lobbying*, n° 613, janvier 2008.

MIGAUD (D.), *Rapport d'information sur le prélèvement à la source et le rapprochement et la fusion de l'IR et de la CSG*, n° 3779, mars 2007.

#### 2) Sénat

BOURDIN (J.), *Rapport d'information sur l'information économique aux États-Unis*, n° 326, mai 2001.

BRAUN (G.), *Rapport d'information sur une étude comparative portant sur la réforme de l'État à l'étranger*, n° 348, mai 2001.

COURTOIS (J-P.) et GAUTIER (C.), *La vidéosurveillance : pour un nouvel encadrement juridique*, n° 131, décembre 2008.

*Le référendum d'initiative populaire*, Les documents de travail du Sénat, Série législation comparée, n° 110, 2002.

GÉLARD (P.), *Les autorités administratives indépendantes*, Office parlementaire d'évaluation de la législation, n° 404, 2006.

MARINI (P.), *Rapport d'information sur les prélèvements obligatoires et leur évolution*, n° 55, novembre 2003.

MARINI (P.), *Rapport d'information sur les prélèvements obligatoires et leur évolution*, n° 41, octobre 2006.

#### 3) Conseil d'État

- Section du rapport et des études, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La Documentation française, 1993.

- Rapport public 1999, *L'intérêt général*, EDCE, n° 50, La Documentation française, 1999.

- Rapport public 2001, *Les Autorités Administratives Indépendantes*, EDCE, n° 52, La Documentation française, 2001.

- Rapport public 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, EDCE, n° 57, La Documentation française, 2006.

- Rapport public 2008, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, La Documentation française, 2008.

---

<sup>2</sup> La grande majorité de ces rapports et documents est disponible en ligne sur les sites Internet des institutions.

4) Minéfi (Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie) et Ministère du Budget, des comptes publics et de la fonction publique

- *La démarche de performance : stratégie, objectifs, indicateurs. Guide méthodologique pour l'application de la LOLF*, juin 2004.

- *Rapport sur les modalités de mise en place d'une imposition minimale sur le revenu des personnes physiques en application de l'article 15 de la loi n° 2007-1233 du 21 août*, octobre 2007.

- *Projet de loi de Finances pour 2007. Rapport sur les prélèvements obligatoires*, 2006.

- *Révision générale des politiques publiques. Premier rapport au Président de la République*, décembre 2008.

- *Projet de loi de finances pour 2009. Évaluation des voies et moyens, Dépenses fiscales*, t. 2, 2008.

- *Révision générale des politiques publiques. Deuxième rapport au Président de la République*, mai 2009.

5) Conseil économique, social et environnemental

BOURVEN (M.) et ZEHR (Y.), *La crise bancaire et la régulation financière*, La Documentation française, 2009.

6) Conseil d'analyse économique

ARKWRIGHT (E.), BOISSIEU (C. de), LORENZI (J-H) et SAMSON (J.), *Économie politique de la LOLF*, La Documentation française, 2007.

7) Conseil des impôts / Conseil des prélèvements obligatoires

- *4<sup>e</sup> Rapport au Président de la République relatif à l'impôt sur le revenu*, 1979.

- *La fiscalité dérogatoire. Pour un réexamen des dépenses fiscales*, 21<sup>e</sup> Rapport au Président de la République, La Documentation française, 2003.

- *Fiscalité et Environnement*, 23<sup>e</sup> Rapport au Président de la République, La Documentation française, 2005.

- *Sens et limites de la comparaison des taux de prélèvements obligatoires entre pays développés*, La Documentation française, 2008.

- *Le patrimoine des ménages*, La Documentation française, 2009.

8) Divers

- *Rapport public du groupe de travail sur l'arbitrage*, réuni au Conseil d'État sous la présidence du président Daniel Labetoulle, remis au garde des Sceaux le 27 mars 2007.

- Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques 2007, *Dixième rapport d'activités*, La Documentation française, 2008.

- Centre d'analyse stratégique, *La participation des citoyens et l'action publique*, La Documentation française, n° 13, 2008.

## **B)** Aux États-Unis

BROWNLOW (L.), *Report of the Committee with Studies of Administrative Management in the Federal Government*, 1937.

### Sites Internet officiels :

Département de l'Éducation : <http://www.ed.gov>

Département de la Justice : <http://www.usdoj.gov>

Maison blanche : <http://www.whitehouse.gov>

Cour suprême des États-Unis : <http://www.supremecourtus.gov>

Données budgétaires et financières : <http://www.gpoaccess.gov/usbudget> et <http://www.cbo.gov>

## **C)** Institutions internationales et européennes

### 1) Banque mondiale

#### - Rapports et documents

- *Accelerated Development in Sub-Saharan Africa: An Agenda for Action*, Washington DC, World Bank, 1981.

- *Sub-Saharan Africa: From Crisis to Sustainable Growth. A Long-Term Perspective Study*, Washington DC, World Bank, 1989.

- *Governance and Development*, Washington DC, World Bank, 1992.

- *Governance, The World Bank's Experience*, Washington DC, World Bank, 1994.

- *World Development Report 1997. The State in a Changing World*, Washington DC, World Bank, 1997.

- *Reforming Public Institutions and Strengthening Governance, A World Bank Strategy*, Washington DC, World Bank, Public Sector Group, 2000.

- *World Development Report 2002, Building Institutions for Markets*, Washington DC, World Bank, 2001.

- Rapports *Doing Business* (v. <http://www.doingbusiness.org/>).

- Rapports *Governance Matters* (v. <http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.asp>).

#### - Documents assimilés

BURKI (S. J.) et PERRY (G.), *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*, Washington DC, World Bank, 1998.

LAL (D.), *The Political Economy of the Predatory State*, Washington DC, World Bank, Development Research Department, Discussion Paper 105, 1984.

Van ARKADIE (B.), *The Role of Institutions in Development*, Washington DC, World Bank, Proceedings of the First Annual World Conference on Development Economics 1990.

VIRMANI (A.), *The Microeconomics of a Corrupt Tax Bureaucracy*, Washington DC, World Bank, Development Research Department, 1983.

WELLISZ (S.) et FINDLAY (R.), The State and the Invisible Hand, *World Bank Research Observer*, vol. 3, n° 1, 1988, pp. 59 – 80.

## 2) OCDE (Organisation pour la Coopération et le Développement Économique)

- *Dépenses fiscales : expériences récentes*, éd. OCDE, 1996.

- ADEMA (W.) et LADAIQUE (M.), *Net Social Expenditure, 2005 Edition. More comprehensive Measures of Social Support*, OCDE Social Employment and Migration Working Papers, n° 29, 2005.

- *Éliminer la paperasserie. La simplification administrative dans les pays de l'OCDE*, éd. OCDE, 2003.

*Statistiques des recettes publiques, 1965 – 2006*, éd. OCDE, 2007.

## 3) Commission européenne

- *Gouvernance européenne, un livre blanc*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2001.

- *La supervision du système financier européen*, rapport rendu le 25 février 2009 par le groupe présidé par Jacques de la Rosière.

- Sur les débats concernant la réforme de la régulation financière européenne, v. [http://ec.europa.eu/internal\\_market/finances/committees/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/finances/committees/index_fr.htm)

## 4) Divers

ABED (G. T.) et GUPTA (S.), *Governance, Corruption, and Economic Performance*, International Monetary Fund, 2002.

# INDEX DE JURISPRUDENCE

(Les chiffres renvoient aux pages)

## I) Jurisprudence française

### A) Conseil constitutionnel

Décision n° 77-87 DC du 23 Novembre 1977 –  
*Liberté d'enseignement et de conscience*, 247,  
270

Décision n° 77-92 DC du 18 janvier 1978 – Loi  
relative à la mensualisation et à la procédure  
conventionnelle, 339

Décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979 –  
*Continuité du service public*, 373

Décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984 – *Loi  
relative à l'enseignement supérieur*, 287

Décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986 – Loi  
autorisant le gouvernement à prendre diverses  
mesures d'ordre économique et social, 252

Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986 – *Loi  
relative à la liberté de communication*, 373

Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 –  
*Liberté de communication*, 227

Décision n° 89-271 DC du 11 janvier 1990 – Loi  
relative à la limitation des dépenses électorales  
et à la clarification du financement des activités  
politiques, 212

Décision n° 90-285 DC du 28 décembre 1990 –  
*Loi de finances pour 1991*, 253

Décision n° 95-369 DC du 28 décembre 1995 – *Loi  
de Finances pour 1996*, 289

Décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997 – *Loi  
créant les plans épargne retraite*, 289

Décision n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000 –  
*Loi de finances rectificative pour 2000*, 289

Décision n° 2002-461 DC du 29 Août 2002 – Loi  
d'orientation et de programmation pour la  
justice, 266

Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 – Loi  
habilitant le gouvernement à simplifier le droit,  
253

Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003 –  
Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au  
séjour des étrangers en France et à la nationalité,  
266

Décision n° 2005-528 DC du 15 décembre 2005 –  
Loi de financement de la sécurité sociale pour  
2006, 3

Décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005 –  
*Loi de Finances pour 2006*, 422

Décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008 – *Loi  
relative aux contrats de partenariat*, 253

Décision n° 2009-579 DC du 9 avril 2009 – Loi  
organique relative à l'application des articles 34-  
1, 39 et 44 de la Constitution, 222

### B) Juridictions administratives

#### 1) Conseil d'État

10 janv. 1902, Cie nouvelle du gaz de Deville-Lès-  
Rouen, 373

30 novembre 1923, *Couitéas*, 288

17 juin 1932, Ville de Castelnaudary, 258

Ass., 13 mai 1938, Caisse primaire Aide et  
Protection, 247

Sect., 4 février 1944, *Sieur Guieysse*, 288  
 Sect., 9 mars 1951, Société des concerts du conservatoire, 288, 369  
 20 juillet 1971, *Ville de Sochaux*, 185, 192  
 Ass., 8 juin 1973, *Dame Peynet*, 370  
 20 janvier 1978, Syndicat national de l'enseignement technique agricole privé, 229  
 Ass., 8 décembre 1978, *GISTI*, 370  
 13 juin 1980, *Mme Bonjean*, 373  
 Sect., 23 avril 1982, Ville de Toulouse c. Mme Aragnou, 370  
 Ass. 7 juillet 1989, *Ordonneau*, 234  
 1<sup>er</sup> avril 1994, *Commune de Menton*, 258  
 29 décembre 1997, *Commune d'Ostricourt*, 258  
 20 mars 1998, SEM de sécurité active et de télématique, 258  
 29 octobre 2008, *LEEM*, 3  
 Avis du 7 octobre 1986, n° 340609, 253, 254, 269

## 2) Tribunal administratif

TA Orléans, 29 avril 2008, *Lenoir*, 253

## C) Tribunal des conflits

9 décembre 1899, Association syndicale du Canal de Gignac, 422

## II) Jurisprudence américaine

### A) Cour suprême des États-Unis

*Barron v. Mayor & City Council of Baltimore* (1833), 341  
*Blum v. Yaretsky* (1982), 353, 357  
*Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Ass'n.* (2001), 352, 358  
*Brown v. Board of education of Topeka* (1954), 415

*Brushaber v. Union Pacific Railroad* (1916), 391  
*Buckley v. Valeo* (1976), 211, 249  
*Carter v. Carter Coal Co.* (1936), 228, 229  
*Charles River Bridge v. Warren Bridge* (1837), 181, 343  
*Civil Rights Cases* (1883), 344, 345, 349, 351  
*Compania General de Tabacos de Filipinas v. Collector of Internal Revenue* (1927), 380  
*Currin v. Wallace* (1939), 228  
*Dandridge v. Williams* (1970), 343  
*DeShaney v. Winnebago County* (1989), 340  
*Dred Scott v. Sandford* (1857), 398  
*Edmonson v. Leesville Concrete Company, Inc.* (1991), 346  
*Election Commission v. Wisconsin Right to Life* (2007), 215  
*Everson v. Board of Education of the Township of Ewing et al.* (1947), 306  
*FCC v. League of Women Voters* (1984), 286  
*FCC v. Nat'l Broad CO., Inc.* (1943), 263  
*Flagg Brothers Inc v. Brooks* (1978), 353  
*Fullilove v. Klutznick* (1980), 283  
*Gitlow v. New York* (1925), 342  
*Goldberg v. Kelly* (1970), 343  
*Green v. County School Board* (1968), 417  
*Heart of Atlanta Motel v. United States* (1964), 349  
*Hudgens v. NLRB* (1976), 346  
*Humphrey's Executor v. United States* (1935), 225  
*Jackson v. Metropolitan Edison Co.* (1974), 352, 353  
*JW Hampton, Jr. & Co. v. United States* (1928), 226  
*Kelo v. City of New London* (2005), 191  
*Keyishian v. Board of Regents* (1967), 182, 287  
*Knowlton v. Moore* (1900), 282  
*Legal Services Corporation v. Velasquez* (2001), 287  
*Lemon v. Kurtzman* (1971), 306  
*Lindsey v. Normet* (1972), 343  
*Lochner v. New York* (1905), 191, 348

Locke v. Davey (2004), 309  
 Lugar v. Edmondson Oil Co. (1982), 346  
 Marbury v. Madison (1803), 173  
 Marsh v. Alabama (1946), 353  
 Mathews v. Elridge (1976), 343  
 McConnell v. Federal Election Commission (2003),  
 213  
 Milliken v. Bradley (1974), 417  
 Mistretta v. United States (1989), 250  
 Mitchell v. Helms (2000), 306  
 Mueller v. Allen (1983), 306  
 National Endowment for the Arts v. Finley (1998),  
 287, 288  
 National Labor Relations Board v. Jones &  
 Laughlin Steel Corp. (1936), 348, 350  
 NCAA v. Tarkanian (1988), 358  
 New State Ice Co. v. Liebmann (1932), 188  
 Palko v. Connecticut (1937), 342  
 Panama Refining Co. et al. v. Ryan et al. (1935),  
 226  
 Plessy v. Ferguson (1896), 415, 417  
 Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co. (1895), 390  
 Printz v. United States (1997), 174  
 Regan v. Taxation without Representation of  
 Washington (1983), 284, 286  
 Rendell-Baker v. Kohn (1982), 352  
 Richardson v. McKnight (1997), 358  
 Rosenberg v. University of Virginia (1995), 287  
*Rust v. Sullivan* (1991), 286, 292  
 San Francisco Arts & Athletics, Inc. v. United  
 States Olympic Comm. (1987), 358  
 Schechter Poultry Corp. et al. v. United States  
 (1935), 226

*South Dakota v. Dole* (1987), 208, 283, 284  
 Speiser v. Randall (1958), 286  
 Sunshine Anthracite Coal Co. v. Adkins (1940),  
 228  
 Sweezy v. New Hampshire (1957), 287  
 United States v. Allegheny-Ludlum Steel Corp.  
 (1972), 239  
 United States v. Butler (1936), 283, 285  
 United States v. Cruikshank (1875), 344  
 United States v. Harriss (1954), 220  
*United States v. Lopez* (1995), 174, 283, 414  
 United States v. Morrison (2000), 345, 349  
 United States v. Nova Scotia Food Products Corp.  
 (1977), 239, 241  
 United States v. Winstar Corp. et al. (1996), 242  
 West v. Atkins (1988), 357  
 Whitman v. American Trucking Associations Inc.  
 (2001), 365  
 Zelman v. Simmons-Harris (2002), 285, 307, 308

#### B) Autres juridictions

Bush v. Holmes (2006), 308  
 Kotterman v. Killian (1999), 308  
 Griffith v. Bower (2001), 308

### III) Jurisprudence européenne

13 juin 1958, Meroni et Cie c/ Haute autorité de la  
 CECA, 228, 366

## INDEX DES NOMS

*(Les chiffres renvoient aux pages)*

- ADAIR, Douglas, 180  
AGLIETTA, Michel, 41, 44, 45, 49, 55, 56, 431  
AMAN, Alfred C., Jr., 199, 223, 226, 261, 265,  
271, 334, 346, 357, 362  
AMSELEK, Paul, 10, 153  
ARDANT, Gabriel, 385, 389, 393, 396, 419  
ARENDE, Hannah, 187  
ARONDEL, Philippe, 102, 146  
ARONDEL-ROHAUT, Madeleine, 145  
ARROW, Kenneth J., 78  
AUBY, Jean-Bernard, 15, 20, 150, 151, 153, 331,  
339, 428  
AUTIN, Jean-Louis, 1, 17, 372  
AVRIL, Pierre, 216  
  
BAILY, Bernard, 160-164  
BANQUE MONDIALE, 1, 9, 21, 27-29, 43, 44, 66,  
91, 92, 95-100, 102-109, 112, 139, 145-148,  
153, 154, 157, 186, 192-195, 201, 422, 426  
BARAK-EREZ, Daphne, 348, 361, 365  
BARILARI, André, 318, 320, 326  
BASLÉ, Maurice, 392, 393  
BAZEX, Michel, 433  
BEAUD, Michel, 35, 36, 60, 70, 72, 73, 134  
BEAUD, Olivier, 147, 187  
BÉCHILLON, Denys de, 24, 196  
BECKER, Gary S., 73, 136  
BEER, Samuel H., 162  
BEERMANN, Jack M., 245, 249, 343, 348, 356,  
358, 362  
BELLESCIZE, Ramu de, 253  
BELTRAME, Pierre, 279, 388  
BERTHOUD, Arnaud, 209  
BEZES, Philippe, 197, 325, 326  
BIENVENU, Jean-Jacques, 391  
BLACK, Charles, 354  
BLAZY, Sophie, 433  
BORGETTO, Michel, 338, 396  
BORRAZ, Olivier, 10, 325  
BOURGAULT, Jacques, 311, 313, 315, 317, 325  
BOUTMY, Émile, 160, 170  
BOUVARD, Michel, 322  
BOUVIER, Michel, 65, 318, 320, 321, 323, 326,  
328, 384, 385, 388, 403, 411  
BOYER, Robert, 70, 73  
BRACONNIER, Stéphane, 261  
BRANDEIS, Louis D., 188  
BREYER, Stephen J., 182, 207, 230, 232, 293  
BROWNLEE, Elliott W., 183, 390, 393, 411  
BROWNLOW, Louis, 225  
BRUNET, Pierre, 8, 153, 233  
BUCHANAN, G. Sidney, 344  
BUCHANAN, James McGill, 74-80, 90, 136, 192  
BURDEAU, Georges, 24, 103, 114, 128, 183, 188,  
332  
BURLEY, Anne-Marie, 37, 42  
BUSH, George W., 189, 199, 215, 231, 250, 271,  
277, 297, 315, 316, 411, 412  
BÜTSCHI, Danielle, 91  
  
CADIET, Loïc, 258, 260  
CAILLOSSE, Jacques, 9, 19, 24, 25, 151, 185, 323,  
328, 428  
CALABRESI, Guido, 83  
CALANDRI, Laurence, 11, 15, 16, 25, 233-237  
CALMETTE, Jean-François, 323, 324  
CALVÈS, Gwénaële, 416  
CAPT, Gloria, 237-239  
CARRÉ de MALBERG, Raymond, 381  
CASTAGNÈDE, Bernard, 289

CATTACIN, Sandro, 91  
 CATTEAU, Damien, 314, 317-320  
 CHALTIEL, Florence, 423  
 CHAPUS, René, 8, 191, 227, 229, 261  
 CHASSAGNARD-PINET, Sandrine, 10, 11, 207, 216  
 CHEMERINSKY, Erwin, 348, 349, 361  
 CHÉROT, Jean-Yves, 8, 253  
 CHEVALLIER, Jacques, 2-8, 10, 15, 16, 19, 23, 24, 28, 67, 90, 101, 148-152, 185, 187, 196-198, 206, 207, 224, 225, 230-233, 235, 260, 264, 330, 332, 369, 375, 387, 396, 401, 423, 431  
 CITRON, Roger D., 243  
 CLAMOUR, Guylain, 17, 185, 234, 428  
 CLAY, Thomas, 258, 262  
 CLINTON, William J., 205, 301, 315, 410  
 COASE, Ronald H., 3, 74, 81-88, 90, 97, 98, 134, 230, 231  
 COHEN-TANUGI, Laurent, 24, 183, 188, 190, 195, 206, 220, 221, 236, 430  
 COLLET, Martin, 280, 281, 289, 397, 422  
 COMMAILLE, Jacques, 4  
 CONAN, Matthieu, 319  
 CONSEIL D'ÉTAT, 3, 9-11, 14, 17, 19, 20, 185, 186, 192, 197, 200, 201, 207, 222, 227, 229, 232, 234, 238, 247, 253, 254, 258, 259, 261, 262, 269, 288, 331, 339, 370-374, 428  
 CONSTANT, Benjamin, 21  
 CONSTANTINESCO, Léontin-Jean, 25  
 CORNU, Gérard, 2, 4, 11, 16, 152, 262  
 COURTOIS-CHAMPENOIS, Estelle, 349, 369  
 CRENSON, Matthew A., 245, 332, 405, 406, 409  
 CROUY CHANEL, Emmanuel de, 384, 392  
 CROZET, Yves, 77  
 CUSTOS, Dominique, 16, 191, 206, 223-225, 227, 231, 234-236, 238, 267, 348, 356  
 CZEMPIEL, Ernst-Otto, 2  
  
 DAM, Kenneth W., 39, 40, 43, 46, 54  
 DANNIN, Ellen, 356, 360-363  
 DAVID, René, 435  
 DEBBASCH, Charles, 191  
 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Françoise, 153  
 DELAS, Jean-Pierre, 44, 49, 50, 53, 54  
 DELAUNAY, Bénédicte, 237  
 DELAUNAY, Benoît, 254  
 DELEULE, Didier, 114, 125, 142  
 DELHOSTE, Marie-France, 237  
 DELMAS-MARTY, Mireille, 3  
 DELVOLVÉ, Pierre, 8, 209, 224, 229, 233, 294  
 DEMEULENAERE, Pierre, 35, 70, 137, 144  
 DENOIX de SAINT-MARC, Renaud, 11, 20, 229  
 DENQUIN, Jean-Marie, 209, 218  
 DEZALAY, Yves, 194  
 DILLER, Matthew, 207, 271  
 DJANKOV, Simeon, 89, 106  
 DONAHUE, John D., 152  
 DONNELLY, Catherine M., 226, 248, 250, 251, 351-354, 365, 366  
 DORD, Olivier, 190, 191  
 DOSTALER, Gilles, 35, 36, 45, 60, 61, 64, 70, 72, 73, 134  
 DOUAT, Étienne, 281  
 DOWN, Anthony, 78  
 DRAGO, Roland, 216  
 DUGUIT, Léon, 341, 428  
 DUMONT, Gilles, 237  
 DUMONT, Hugues, 403  
 DUMONT, Louis, 128  
 DUTHEIL de la ROCHÈRE, Jacqueline, 229  
  
 EASTERBROOK, Franck, 192  
 EINHORN, Robin L., 389, 390  
 EISENMANN, Charles, 20, 207  
 ELLUL, Jacques, 14  
 ESCLASSAN, Marie-Christine, 255, 318  
 ESPING-ANDERSEN, Gøsta, 299, 302  
  
 FAIRFAX, Lisa M., 417

FAVOREU, Louis, 8, 247, 252, 332, 335, 336, 338, 346, 367  
 FENOUILLET, Dominique, 397  
 FLEISCHACKER, Samuel, 180  
 FOUCAULT, Michel, 25, 117, 119, 120, 126-128, 131, 135, 150, 153, 178  
 FOURNIER, Jacques, 2  
 FRANKFURTER, Felix, 288  
 FREEDLAND, Mark, 20, 339  
 FREEMAN Jody, 12, 199, 204, 207, 208, 228, 240, 242, 250, 266, 272, 354, 359-363, 366  
 FRIEDMAN, Lawrence M., 183, 343  
 FRIEDMAN, Milton, 53, 57-60, 72, 133  
 FRIER, Pierre-Laurent, 8, 234, 235, 237, 373  
 FRISON-ROCHE, Marie-Anne, 233  
 FUNK, William F., 241  
 FURET, François, 177, 178  
  
 GAEBLER, David, 6, 107  
 GARTH, Bryant G., 194  
 GAUCHET, Marcel, 117, 124, 129, 145, 178, 187, 386, 401, 403-407, 409, 414, 422, 423  
 GAUDEMET, Jean, 14  
 GAUDEMET, Paul-Marie, 281  
 GAUDEMET, Yves, 8, 247, 254, 262, 269  
 GAUDIN, Jean-Pierre, 1, 9, 10  
 GAY, Laurence, 336, 338  
 GEFFROY, Jean-Baptiste, 384, 385, 391  
 GEITHNER, Timothy F., 432  
 GICQUEL, Jean, 209, 216, 405  
 GILBERT, Neil, 299  
 GILMORE, Grant, 183, 210, 341  
 GINSBERG, Benjamin, 245, 332, 405, 406, 409  
 GODBOUT, Luc, 279, 280, 293, 395  
 GODWIN, William, 138, 141  
 GOHIN, Olivier, 217, 331  
 GONOD, Pascale, 396, 397  
 GORE, Albert A., Jr., 410  
 GOUADAIN, Daniel, 377, 378, 420  
 GREFFE, Xavier, 69, 76  
  
 GRISTI, Éric, 311, 320, 325  
 GUERRIEN, Bernard, 69  
 GUEZ, Julien, 388  
 GUINCHARD, Serge, 260, 264  
 GUTMANN, Amy, 409  
  
 HACKER, Jacob S., 298-300, 303  
 HAGE, Armand, 211, 215, 241  
 HAMILTON, Marci A., 161  
 HAMON, Francis, 8, 212, 217, 218  
 HAQUET, Arnaud, 227  
 HARTER, Philipp J., 241  
 HARTZ, Louis, 178  
 HAURIOU, Maurice, 422  
 HAYEK, Friedrich A., 57, 61-67, 69, 71, 133, 140, 142-144, 193, 402  
 HEEN, Mary L., 280, 405  
 HEGEL, Georg W. F., 132  
 HERSHKOFF, Helen, 342, 349  
 HIEZ, David, 10, 11, 207, 216  
 HIRSCHMAN, Albert O., 126  
 HOLMES, Oliver W., 182, 380  
 HORWITZ, Morton J., 181, 182, 342  
 HUFTY, Marc, 11, 105  
 HUHNS, Wilson R., 344, 349  
 HUME, David, 21, 127, 141, 180  
 HYDEN, Goran, 94  
  
 JACKSON, Vicky C., 354, 364  
 JAN, Pascal, 211, 322  
 JAUME, Lucien, 115, 118, 121, 122, 125, 127, 131, 140, 178, 184, 332, 340  
 JEAN-PIERRE, Didier, 208, 327  
 JÉGOUZO, Yves, 331, 408  
 JELLINEK, Georg, 336, 338, 387  
 JÈZE, Gaston, 167, 379  
 JOH, Elizabeth E., 257  
 JOHNSON, Lyndon B., 183, 343  
  
 KAGAN, Robert, 259

KASPI, André, 160, 268  
 KATZ, Michael B., 270  
 KEMPF, Hubert, 135, 198  
 KERCHOVE, Michel van de, 10  
 KETTL, Donald F., 6, 12, 107, 199  
 KEYNES, John M., 30-38, 43, 45, 49, 53, 55, 58-61, 66, 68, 70, 72, 74, 90, 134, 142, 432  
 KORNHAUSER, Marjorie E., 389, 390, 393  
  
 LACORNE, Denis, 126, 127, 164, 180, 181, 187, 188, 198, 199  
 LASCOUMES, Pierre, 150  
 LASSALLE, Jean-Pierre, 9, 278, 318  
 LAUBADÈRE, André de, 229  
 LAUVAUX, Philippe, 188, 313, 322  
 LAVAL, Christian, 130  
 Le DIVELLEC, Armel, 18, 170  
 Le GALÈS, Patrick, 9, 21, 23, 150, 195, 197  
 Le ROY, Étienne, 9  
 LECA, Jean, 4  
 LECOCQ, Pierre-André, 256, 258, 374  
 LEGENDRE, Pierre, 408  
 LEGRAND, Pierre, 435  
 LEMENNICIER, Bertrand, 61, 81, 84, 135, 141  
 LEPAGE, Henri, 63, 77, 140, 141  
 LERESCHE, Jean-Philippe, 1, 9  
 LEROY, Marc, 384  
 LEVINET, Serge, 341, 377  
 LIGHT, Paul C., 207  
 LINDERT, Peter, 394  
 LINOTTE, Didier, 8, 253  
 LOCKE, John, 123, 125-127, 163, 181, 340  
 LOMBARD, Martine, 15  
 LOWI, Theodore J., 206  
  
 MACKAAY, Ejan, 81  
 MADIOT, Yves, 377, 386  
 MADISON, James, 164, 166-169, 172-174, 180, 184, 192-194, 217, 282  
 MAGNETTE, Paul, 157, 181, 182, 184, 341, 397, 399  
 MANDEVILLE, Bernard, 127, 129  
 MANENT, Pierre, 116, 117, 386, 407, 423  
 MANIN, Bernard, 63, 172  
 MARAIS, Bertrand du, 8, 16, 22, 189, 191, 224, 238, 347  
 MARCOU, Gérard, 15, 225, 226, 231  
 MARDIÈRE, Christophe de la, 255  
 MARINI, Philippe, 412, 420  
 MARSHALL, T. H., 68, 387, 396, 399  
 MARTINEZ, Jean-Claude, 392  
 MASSARDIER, Gilles, 18  
 McLAUGHLIN, Andrew C., 162, 163  
 MEHL, Lucien, 388  
 MEKKI, Mustapha, 243  
 MELLERAY, Fabrice, 368  
 MERLAND, Guillaume, 185  
 METZGER, Gilliam E., 272, 273, 360, 361  
 MIGAUD, Didier, 311, 420  
 MINOW, Martha, 12, 199, 204, 208, 255, 359, 362, 366  
 MOATTI, Sandra, 41, 44, 45, 49, 55, 56  
 MOCKLE, Daniel, 6, 10, 109, 149, 196, 311, 322  
 MODERNE, Franck, 15, 229, 331, 408  
 MOE, Ronald C., 250  
 MONIOLLE, Carole, 369  
 MONTAGUTELLI, Malie, 268, 309, 417  
 MONTESQUIEU, 124, 126, 128, 170  
 MOORE, Mark H., 282, 406, 407  
 MORAND, Charles-Albert, 5, 18, 150  
 MORANGE, Jean, 367  
 MORDACQ, Frank, 311, 325  
 MOREAU, Jacques, 229  
 MOREAU-DEFARGES, Philippe, 1  
 MORVAN, Patrick, 349, 350, 368  
 MOSHER, Frederick C., 199  
 MOULIN, Richard, 8, 153, 233  
 MUELLER, Dennis C., 76, 80, 90, 93  
 MUIR-WATT, Horatia, 85, 435

MULLER, Pierre, 9, 10  
MUNDELL, Robert, 45, 56, 69

NAGY, Donna M., 228  
NORTH, Douglas C., 80, 81, 89, 90, 98, 193  
NOWAK, John E., 227, 228, 281, 351, 352  
NYE, Joseph S., 407

OBAMA, Barack H., 28, 211, 212, 215, 269, 272,  
277, 294, 301, 413, 414, 416, 428, 432-434  
ORSONI, Gilbert, 276, 277  
OSBORNE, Ted, 6, 107  
OST, François, 10

PADIOLEAU, Jean-Gustave, 9  
PALIER, Bruno, 301, 303  
PARETO, Vilfredo, 69-71, 80, 88, 103, 145  
PAYE, Olivier, 3, 8  
PELLET, Rémi, 394, 397, 420  
PETERS, B. Guy, 85, 107-109  
PETIT, Jacques, 8, 234, 235, 237, 373  
PHILIP, Loïc, 241, 247, 252, 397  
PHILIPPS, Lisa, 208, 275  
PICARD, Étienne, 23, 70, 220  
PIERRE, Jon, 2, 21  
PIKETTY, Thomas, 393, 394, 412, 420-422  
POLANYI, Karl, 30  
POLLITT, Christopher, 197, 328  
PONTIER, Jean-Marie, 185  
POST, Robert C., 286, 291  
PRADEL, Jean, 267  
PRÉTOT, Xavier, 397, 420  
PUIGELIER, Catherine, 216

RAFFARIN, Jean-Pierre, 1  
RANGEON, François, 14, 185  
RAPP, Lucien, 348  
RAYNAUD, Philippe, 4, 57, 114, 123, 124, 168,  
169, 176, 178  
REAGAN, Ronald W., 53, 277, 411, 412

RENARD, Didier, 24, 196  
RIBOT, Catherine, 372  
RICHER, Laurent, 8, 229, 261, 331, 372  
RIVIER, Marie-Claire, 260  
ROCHE, Jean-Jacques, 256, 257, 374  
RODRIGUES, Stéphane, 229  
ROLLAND, Louis, 372  
ROMAN, Joël, 408  
ROMI, Raphaël, 8  
ROOSEVELT, Franklin D., 36, 43, 174, 225, 343,  
350, 393  
ROOSEVELT, Theodore, 183  
ROSANVALLON, Pierre, 115, 129, 131, 138, 178,  
184, 185, 188, 197, 338, 342  
ROSENAU, James N., 2  
ROSIÈRE, Jacques de la, 432  
ROSSITER, Clinton, 161-164  
ROTHSTEIN, Mark A., 350, 368  
ROTUNDA, Donald D., 227, 228, 281, 351, 352  
ROUBAN, Luc, 4, 150, 230, 328, 347, 428  
ROULAND, Norbert, 118  
ROUSSEAU, Jean-Jacques, 21, 123, 184, 397  
RUBENSTEIN, William B., 263  
RUEFF, Jacques, 54

SAEZ, Emmanuel, 394, 412, 420, 421  
SALAMON, Lester M., 6, 7, 12, 189, 199, 208  
SARKOZY, Nicolas, 431  
SAUVÉ, Jean-Marc, 13, 331  
SCALIA, Antonin, 250  
SCHNAPPER, Dominique, 332  
SCHUCK, Peter H., 347  
SCHWARTZ, Barry, 408  
SCHWARTZ, Bernard, 206, 339  
SCOFFONI, Guy, 241  
SEIDMAN, Louis M., 364  
SÉNELLART, Michel, 25, 116, 125  
SERVERIN, Évelyne, 209  
SHKLAR, Judith N., 398  
SIMOULIN, Vincent, 9, 10

SINOPOLI, Richard C., 169, 181  
 SIROËN, Jean-Marc, 39, 43, 55, 56  
 SMITH, Adam, 31, 113, 114, 125, 127-129, 131,  
 133-138, 141, 180, 193  
 STEPHANOU, Constantin A., 1, 8  
 STEUERLE, C. Eugene, 278, 279, 295  
 STEVENS, John P., 365  
 STEWART, Richard B., 240  
 SULLIVAN, Harold J., 286, 356  
 SUNSTEIN, Cass R., 181, 183, 204, 239, 341, 343,  
 348, 389, 416  
 SUPIOT, Alain, 191, 368, 401, 403, 405, 407, 408  
 SURREY, Stanley S., 279  
  
 TALLINEAU, Lucile, 318, 377, 380  
 TEITGEN-COLLY, Catherine, 260  
 TERNEYRE, Philippe, 234, 261, 262, 339, 340,  
 424  
 THATCHER, Margaret, 53  
 TIMSIT, Gérard, 15, 17, 328  
 TOCQUEVILLE, Alexis de, 165, 168, 177-179,  
 189, 191, 259  
 TOINET, Marie-France, 198  
 TREBILCOCK, Michael J., 359  
 TRIBE, Laurence H., 228, 282, 284  
 TRIFFIN, Robert, 49, 51  
 TROPER, Michel, 8, 212, 217, 218, 368  
 TRUCHET, Didier, 20  
  
 TULLOCK, Gordon, 75-79, 192  
 TUNC, André, 167, 183  
 TUSHNET, Mark V., 337, 354, 364, 365  
  
 VALENTIN, Vincent, 66, 78  
 VALLÉE, Anne, 276, 379, 388  
 VALLUY, Jérôme, 240  
 VEDEL, Georges, 333, 384, 385  
 VERGNIOLE de CHANTAL, François, 199  
 VERKUIL, Paul R., 183, 236, 248-251, 256, 353,  
 359-362, 364, 366  
 VÉROT, Célia, 262  
 VILLIERS, Michel de, 8, 18, 170  
 VINER, Jacob S., 134  
  
 WALINE, Jean, 8, 254, 331  
 WALINE, Marcel, 20  
 WEBER, Max, 118, 188  
 WILLIAMSON, Oliver E., 81, 87-89, 136  
 WINTER, Ralph K., Jr., 341  
 WOLFF, Jacques, 392, 393  
 WOOD, Gordon S., 159, 165, 169, 170, 223  
  
 XIFARAS, Mikhaïl, 384  
  
 ZOLLER, Élisabeth, 14, 18, 19, 148, 168, 170, 173,  
 188-190, 223, 226, 230, 236, 240, 306, 313, 348,  
 352, 368, 400

## INDEX DES MATIÈRES

(Les chiffres renvoient aux pages)

- AAI (Agences administratives indépendantes, v. agences indépendantes), 16, 227, 232-238
- ACCOUNTABILITY (responsabilité), 346, 360
- ACTION DE GROUPES (*class actions*), 263, 264
- AGENCES INDÉPENDANTES (v. AAI), 42, 223, 225, 227, 230-236, 434
- ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT (*Law and Economics*), 71, 81, 83-85, 88, 90, 323, 403
- APA (Administrative Procedure Act), 236, 239-241, 346, 362
- APPOINTMENT CLAUSE, 249
- APPROCHE INSTRUMENTALE, 149-151, 198
- ARBITRAGE (v. MARC), 259-262, 327
- AUTO-ORGANISATION (v. État libéral, bonne gouvernance), 91, 110, 153, 155, 195, 290, 292, 293, 395, 427, 429
- BIEN COMMUN (v. bien public, intérêt général), 14, 83, 119-121, 124, 126, 159
- BIEN PUBLIC (intérêt public, v. intérêt général, régulation sociale), 14, 17-20, 22, 27, 28, 30, 32, 34, 36, 37, 43, 46, 52-54, 57, 58, 61, 65, 66, 67, 70, 74, 75, 81, 85, 87, 90, 91, 93, 101-103, 106, 115, 125, 127-129, 132, 141, 144, 153, 157, 163-171, 175, 176, 179, 180, 182, 183, 186, 188, 189, 191, 195, 204, 210, 212, 219, 230, 238, 263, 274, 276, 290, 294, 300, 308, 311, 323, 330, 334, 335, 337-339, 343, 346, 395, 397, 425-429, 431, 433
- BONNE GOUVERNANCE, 1, 9, 21, 27-29, 65, 66, 91, 92, 95-113, 132, 135, 139-149, 154, 156, 157, 186, 192, 194-196, 200, 202, 203, 330, 426
- BRETTON WOODS, 37, 41-46, 49, 54, 56, 432
- BUDGET (v. LOLF, performance), 275, 310, 312, 313-321, 324, 330, 334, 361, 392, 413
- CAMPAGNES ÉLECTORALES, 210-216, 220, 249
- CHARTER SCHOOLS (v. éducation, choix scolaire), 269, 309, 418
- CHOC PÉTROLIER, 47, 51, 52
- CHOIX SCOLAIRE (v. éducation), 268, 269, 304-309, 409, 414, 416, 417
- CITIZEN SUIT (action de citoyen), 265
- CITOYEN-CONSOMMATEUR (v. citoyenneté, démocratie contre elle-même), 205, 377, 400, 401, 404, 406, 409
- CITOYENNETÉ (en France et aux États-Unis, v. impôt, droits et devoirs), 186, 205, 331-334, 376-378, 382, 383-388, 392, 395-401, 403, 404, 406, 408-410, 413-415, 418, 422, 423, 425, 426
- CITOYENNETÉ SOCIALE, 387, 396, 399, 404
- CONSENSUS DE WASHINGTON, 92-95, 102
- CONTRACTUALISATION (v. gestion déléguée, privatisation, incitation financière, PPP), 10-12, 16, 20, 24, 153, 191, 198, 207, 208, 216, 229, 235, 238, 240, 242, 243, 247, 254, 260, 268, 278, 327, 330, 331, 377, 405, 408, 414, 423, 428, 434
- CONTRAT SOCIAL, 114, 122-124, 126, 128-130, 163, 184, 193, 323, 329, 382, 384, 398
- COURBE DE PHILIPPS, 35, 49, 58, 69
- COÛTS DE TRANSACTION (v. analyse économique du droit, théorème de Coase), 80-89, 97, 98, 103
- CRISE FINANCIÈRE (2008, v. SEC, TARP), 28, 56, 230, 232, 242, 302, 426, 431-433
- DÉCENTRALISATION, 6, 9, 185, 204, 325, 331

DÉMOCRATIE CONTRE ELLE-MÊME (v. citoyenneté, citoyen-consommateur), 403, 404, 406, 407, 409, 423

DÉMOCRATIE DIRECTE (et semi-directe), 216-218

DÉMOCRATIE PARTICIPATIVE, 209, 218-222, 235, 405

DÉMOCRATIE REPRÉSENTATIVE (v. représentation), 209, 216-218, 221, 222, 405

DÉPENSES FISCALES (*tax expenditures*, v. incitation financière), 199, 276, 279-281, 288, 292, 296, 299, 300, 302, 305, 380, 395, 411

DÉRÉGLEMENTATION, 108, 152, 207, 277

DÉRÉGULATION, 56, 152, 208, 230-232, 347

DOING BUSINESS (rapports), 105, 106

DROIT PUBLIC (comme droit de la chose publique, v. *res publica*), 17, 18, 24, 190, 205, 355, 427

DROITS ET DEVOIRS (v. citoyenneté), 378, 382, 383, 385, 401

DROITS FONDAMENTAUX, 187, 237, 251, 254, 332, 334, 335, 337-340, 344, 346, 347, 349, 352, 354, 356, 358, 360, 361, 364-370, 372, 376-378, 398, 430

DROITS NATURELS, 120-124, 128, 163, 339, 382, 396

DROITS POSITIFS (droits créances), 340, 341, 343, 396, 399

ÉCOLE CLASSIQUE, 31, 33, 37, 46, 58, 62, 66, 67, 134, 141, 145, 146, 182

ÉCOLE DES CHOIX PUBLICS (*Public choice*), 74-81, 90, 93, 97, 99, 142, 192, 323

ÉCOLE NÉOCLASSIQUE (v. néolibéralisme), 31, 71, 108, 134, 135

ÉDUCATION (v. choix scolaire), 103, 137, 187, 248, 254, 267-270, 273, 279, 294, 295, 303-306, 308, 309, 310, 341, 353, 374, 409, 415-417, 424

EMPIRISME (v. rationalisme), 140, 141

ERISA (Employment Retirement Income Security Act, v. retraite), 298, 303

ÉTAT LIBÉRAL (v. auto-organisation, bonne gouvernance), 103, 114, 128, 138, 143, 148, 149, 151, 152, 155, 183, 188, 328, 342

ÉTAT-PROVIDENCE (*Welfare State*), 27, 28, 36, 63, 64, 101, 138, 151, 152, 247, 248, 267, 270, 272, 294, 295, 299, 301, 302, 322, 379, 386, 387, 394, 402

EUROPE, 1, 3, 23, 50, 55, 56, 89, 117, 118, 161, 162, 175, 177, 178, 186, 187, 196, 221, 224, 225, 271, 338, 348, 379, 423, 431-433

FACTIONS, 167, 168, 170, 174, 180, 184, 217

FÉDÉRALISME, 144, 174, 187, 188, 190, 195, 199, 204, 208, 250, 271, 277, 278, 281, 282, 342, 349, 390, 414

FOIA (Freedom of Information Act), 241, 362

GESTION DÉLÉGUÉE (v. services publics, privatisation, contractualisation), 244, 247, 366, 371

GOUVERNEMENTALITÉ, 8, 25, 119, 150, 153

GOVERNANCE MATTERS (rapports), 104, 105

GPRA (Government Performance and Result Act, v. NPR), 196, 205, 316, 317, 324, 327

HEARINGS (auditions), 219

HOMO OECONOMICUS (v. néolibéralisme, individualisme méthodologique), 70, 71, 73, 76, 85, 128, 144, 181

IMPÔT (v. citoyenneté, prélèvements obligatoires, pression fiscale), 65, 163, 255, 279, 280, 282, 288, 289, 293, 300, 302, 379, 380, 383-396, 399, 403, 404, 406, 408, 410, 412, 413, 419-422

INCITATION FINANCIÈRE (v. dépenses fiscales, contractualisation), 276, 283, 291, 292, 296, 308

INDIVIDUALISME MÉTHODOLOGIQUE (v. homo oeconomicus, néolibéralisme), 70, 73, 96

- INFORMAL RULEMAKING* (v. pouvoir réglementaire, *rulemaking*), 236, 239
- INHERENTLY GOVERNMENTAL FUNCTIONS* (v. gestion déléguée, services publics constitutionnels, privatisation), 251
- INTÉRÊT GÉNÉRAL (v. bien public, modèle français), 14, 17, 19-22, 32, 77, 79, 110, 121, 127, 129, 131, 148, 151, 155, 175, 179, 180, 182, 184-186, 189-191, 195-197, 200, 201, 206, 221, 225, 233, 234, 243, 262, 289, 294, 320, 338, 339, 365, 370, 372, 373, 375, 396, 424, 426, 428, 429, 432
- JUGE (rôle en France et aux États-Unis), 190, 191, 264, 339
- KEYNÉSIANISME, 35, 134
- LAISSEZ-FAIRE (v. libéralisme, néolibéralisme, main invisible), 31, 32, 37, 42, 46, 53, 57, 66, 68, 130, 134, 135, 138, 146, 201, 431, 434
- LIBÉRALISME (v. main invisible, néolibéralisme, laissez-faire), 27, 28, 31, 61, 63, 64, 73, 114-117, 120-122, 125-128, 131-147, 152, 153, 169, 175, 178, 180, 181, 189, 198, 233, 414, 428, 432
- LIBERTÉ D'EXPRESSION (v. *Unconstitutional conditions*), 182, 211, 214, 284-286, 290, 291, 339, 348, 349, 350, 367-369
- LOBBYING, 183, 190, 210, 216, 218-222, 286
- LOIS DU SERVICE PUBLIC (Lois de Rolland), 372, 375
- LOLF (loi organique relative aux lois de finances, v. performance, budget), 311, 312, 314, 317-326
- MACROÉCONOMIE, 35, 67, 68, 72
- MAIN INVISIBLE (v. libéralisme, laissez-faire), 56, 113, 128, 129, 131, 133, 134, 137, 138, 145, 147, 180, 230
- MARC (v. arbitrage), 259, 261, 262, 327
- MARCHÉ POLITIQUE (v. école des choix publics), 77, 78, 79
- MICROÉCONOMIE, 35, 67, 68, 70, 71, 73
- MODÈLE AMÉRICAIN (v. modèle français), 24, 115, 127, 158, 164, 166, 169, 170, 175, 180-187, 192, 195, 196, 198, 199, 204, 210, 212, 219, 221, 225, 232, 240, 241, 244, 251, 254, 262, 266, 270, 274, 278, 290, 292, 293, 298, 299, 301, 308, 328, 333, 341, 347, 360, 363-365, 376, 387, 391, 394, 395, 398, 410, 418, 423, 433
- MODÈLE FRANÇAIS (v. modèle américain), 14, 19, 22, 185, 193, 194, 197, 198, 204, 209, 222, 232, 252, 257, 270, 273, 301, 324, 328, 331, 338, 366, 371, 392, 396, 418, 424, 428, 430, 433
- MONÉTARISME, 60, 72, 433
- NEGOTIATED RULEMAKING* (v. pouvoir réglementaire, *rulemaking*), 241, 242
- NÉOLIBÉRALISME (v. individualisme méthodologique, homo oeconomicus, libéralisme, école néoclassique), 73, 130, 132-135, 139, 145, 192, 193, 404, 428
- NEW DEAL*, 37, 42, 174, 183, 204, 206, 225, 240, 297, 315, 324, 330, 343, 348, 394, 399, 400, 410, 411, 413, 427, 435
- NEW PUBLIC MANAGEMENT* (Nouveau management public), 107, 196, 316
- NON DELEGATION DOCTRINE, 226, 241, 248, 361
- NOTICE and COMMENT* (v. pouvoir réglementaire, *rulemaking*), 242
- NPR (National Performance Review, v. GPRA), 316
- OIRA (Office of Information and Regulatory Affairs, v. OMB), 231
- OMB (Office of Management and Budget), 231, 232, 250, 251, 316
- ONU (Organisation des Nations Unies), 38, 41-43,

OPTIMUM (de Pareto et de Kaldor-Hicks), 69, 80, 129

PERFORMANCE (v. budget, LOLF), 275, 310-323, 325, 327, 328, 330

PLANIFICATION, 63, 86, 94, 131, 224, 233

POLICE, 119, 120, 229, 247, 253, 254, 257, 328

POUVOIR DE DÉPENSER, 281-284

POUVOIR DE TAXER, 281, 282

POUVOIR RÉGLEMENTAIRE (*rulemaking*), 16, 209, 222, 227, 229, 234, 235, 237, 238

PPP (Partenariats public-privé, v. gestion déléguée, contractualisation), 246, 253

PRÉLÈVEMENTS OBLIGATOIRES (v. impôt, pression fiscale), 144, 152, 276, 280, 281, 293, 300, 379, 392, 394-397, 404, 405, 412, 419-422

PRESSION FISCALE (v. prélèvement obligatoires, impôt), 276, 379, 392-395, 404, 411, 413, 419-422

PRISONS, 266-269, 327

PRIVATE ATTORNEY GENERAL, 262, 263

PRIVATISATION (v. gestion déléguée, contractualisation, *inherently governmental functions*), 93, 104, 106-109, 148, 152, 199, 208, 232, 244, 245, 253-256, 258, 267, 275, 277, 301, 325, 327, 328, 374, 405, 413

PROGRESSIVITÉ (v. impôt, citoyenneté, proportionnalité), 282, 385, 388, 392, 393, 394, 404, 411, 413, 419-421

PROPORTIONNALITÉ (v. impôt, citoyenneté, progressivité), 282, 289, 385, 394, 404, 412, 420

PROTECTION SOCIALE (v. santé, retraite), 35, 252, 271, 297-302, 309, 339, 392, 395, 396, 411, 419

PUISSANCE DE L'ÉTAT, 136, 147, 188

PUISSANCE PUBLIQUE, 10, 16, 18, 23, 25, 131, 150, 229, 237, 281, 338, 364, 368, 374

PVD (pays en voie de développement), 27, 91, 92, 94, 96, 100, 101, 104

QUI TAM ACTION, 250, 264

RACISME (v. citoyenneté, ségrégation), 346

RATIONALISME (v. empirisme), 140, 142

REFÉODALISATION, 408, 414, 424

RÉGULATION (dans le domaine économique), 16, 232-234

RÉGULATION SOCIALE (v. bien public), 13, 14, 17, 20, 21, 26-28, 36, 47, 50, 70, 74, 90, 91, 95, 98, 100, 109, 110, 112, 113, 126, 145, 149, 151, 152, 155, 156, 195, 198-205, 208, 223, 230, 251, 271, 292, 294, 324, 325, 327, 328, 330, 331, 335, 337, 364-366, 374, 397, 405, 426, 429, 431

REPRÉSENTATION (v. démocratie représentative), 159, 161-169, 173-177, 179, 180, 182, 184, 209, 210, 229, 397

*RES PUBLICA* (chose publique, v. droit public), 2, 14, 18, 103, 274, 364, 427

RETRAITE (v. protection sociale, *ERISA*), 270, 272, 289, 295-298, 300-304, 327, 394

RGPP (Révision générale des politiques publiques), 325-328

*RULEMAKING* (pouvoir réglementaire, v. *notice and comment*, *Negotiated rulemaking*), 223, 226, 236, 239

SANTÉ (v. protection sociale), 35, 189, 252, 254, 271, 272, 295-297, 300-304, 336, 338, 374, 375, 387, 394, 395, 413, 432

*SCHOOL VOUCHERS* (v. éducation, choix scolaire), 305, 309, 409

SEC (Security and Exchange Commission, v. crise financière), 232, 434

SÉGRÉGATION (v. citoyenneté, racisme), 418

SÉPARATION DES POUVOIRS, 99, 114, 123, 124, 128, 142, 165, 170-173, 190, 193, 194, 219, 226, 231, 236, 335

SERVICES PUBLICS (v. gestion déléguée, privatisation, contractualisation), 96, 108, 209,

244, 246, 247, 252, 253, 258, 259, 263, 270, 288, 311, 327, 370-373, 405, 428

SERVICES PUBLICS CONSTITUTIONNELS (v. privatisation, gestion déléguée, *inherently governmental functions*), 252, 253, 370, 371

SOUVERAINETÉ NATIONALE (v. souveraineté populaire), 184, 209

SOUVERAINETÉ POPULAIRE (v. souveraineté nationale), 115, 170, 175, 209, 229, 259

STATE ACTION DOCTRINE, 248, 347, 351, 357, 358, 364, 368

SUBVENTIONS (*grants*), 271, 277, 278, 283, 287, 308, 362

TARP (*Troubled Asset Relief Program*, v. crise financière), 433, 434

THÉORÈME DE COASE (v. analyse économique du droit, coûts de transaction), 81, 82, 230

TRENTE GLORIEUSES, 48, 50, 394

UNCONSTITUTIONAL CONDITIONS (v. liberté d'expression), 284, 288, 334

VOLONTÉ GÉNÉRALE (v. intérêt général, modèle français), 19, 131, 165, 178, 184, 197, 274, 396, 400

# TABLE DES MATIÈRES

<b>REMERCIEMENTS</b> .....	<b>iii</b>
<b>SOMMAIRE</b> .....	<b>iv</b>
<b>TABLES DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS</b> .....	<b>v</b>

## **INTRODUCTION**..... **1**

I) Le domaine du sujet : la gouvernance publique interne .....	2
II) La gouvernance publique interne, approche doctrinale comparée .....	3
1) Les définitions .....	4
(a) En France .....	4
(b) Aux États-Unis.....	6
2) Les débats concernant la portée de la gouvernance .....	7
(a) Le scepticisme français .....	8
(b) Le pragmatisme américain .....	12
III) La problématique et les perspectives de la recherche en droit public comparé .....	13
1) Cadre théorique pour penser la gouvernance.....	13
(a) Gouvernance, intérêt public et régulation sociale .....	14
(b) Gouvernance et droit public.....	17
2) Portée comparée : les modèles en présence .....	19
IV) Thèse soutenue, questions méthodologiques, et plan de l'étude.....	22
1) Thèse soutenue .....	22
2) Questions méthodologiques.....	23
3) Plan de l'étude .....	26

## **PARTIE I : DES FONDEMENTS THÉORIQUES RÉACTIVÉS**..... **27**

### TITRE I) La modernité de la gouvernance .....

29

#### **Chapitre 1** : Le déclin de la régulation par l'État .....

30

##### Section 1) Les fondements de la régulation par l'État .....

30

<b>§1. Au niveau national : l'œuvre de John M. Keynes</b> .....	30
A. La déconstruction du « laissez-faire » .....	31
1) La contestation du principe autorégulateur de l'école classique.....	31
2) L'explication technique des erreurs de la théorie classique.....	33
B. La reconstruction d'une nouvelle régulation par l'État.....	34
1) Synthèse keynésienne .....	34
2) Portée : l'État acteur essentiel de l'intérêt public.....	35
<b>§2. Au niveau international : le système institutionnel après 1945</b> .....	37
A. La déconstruction du « laissez-faire » .....	37
1) La régulation au niveau international jusqu'en 1945.....	37
2) L'exemple dans le domaine monétaire .....	39
B. La reconstruction d'une nouvelle régulation par les États .....	41
1) La nouvelle régulation globale du système de l'ONU .....	42
2) L'exemple du système monétaire international de Bretton Woods .....	43
(a) Le dispositif mis en place .....	44
(b) La portée pour la régulation .....	45
<b>Section 2) La remise en cause de la régulation par l'État</b> .....	47
<b>§1. La crise économique comme catalyseur de limites pratiques</b> .....	47
A. Les causes de la crise .....	47
1) Les facteurs endémiques liés à la prospérité d'après-guerre.....	48
(a) Les caractéristiques nationales .....	48
(b) Les caractéristiques internationales liées au rôle du dollar .....	49
2) L'aggravation des déséquilibres par des facteurs conjoncturels .....	50
(a) L'amplification croissante des déséquilibres.....	50
(b) La crise énergétique .....	51
B. Les conséquences de la crise.....	52
1) Les transformations au niveau national .....	52
(a) L'inefficacité de la régulation par l'État.....	52
(b) La marche vers un nouveau paradigme : l'État arbitre du bien public.....	53
2) Les transformations au niveau international .....	54
(a) L'inefficacité de la régulation par les États : l'échec de Bretton Woods .....	54
(b) La marche vers un nouveau paradigme : le marché comme régulateur .....	55
<b>§2. La crise économique comme révélateur d'une critique scientifique</b> .....	57
A. La critique économique par Milton Friedman .....	58
1) Le fondement : le rôle de la monnaie.....	58
2) Les conséquences pour l'intérêt public .....	59

B. La critique politique par Friedrich Hayek.....	61
1) Le fondement : la conception du marché.....	61
2) Les conséquences pour l'intérêt public.....	63
Conclusion chapitre 1.....	65
<b>Chapitre 2 : L'hégémonie de la régulation par le marché.....</b>	<b>66</b>
Section 1) L'extension du raisonnement économique à l'État.....	67
§1. Les fondements.....	67
A. Le triomphe de la microéconomie néoclassique.....	67
1) Microéconomie, macroéconomie, et intérêt public.....	68
2) L'extension de la microéconomie par la théorie des choix rationnels.....	70
B. La portée.....	71
1) L'approfondissement de la critique keynésienne.....	71
(a) L'approfondissement des théories de Friedrich Hayek.....	71
(b) L'approfondissement des théories de Milton Friedman.....	72
2) L'ouverture de nouveaux champs de recherche.....	73
§2. L'extension directe par les théories des choix publics ( <i>Public choice</i> ).....	74
A. Les fondements : l'analyse économique de l'intérêt public.....	75
1) Une réaction à une conception traditionnelle.....	75
2) La nouvelle vision économique.....	76
B. Les développements.....	77
1) Approche positive.....	77
(a) La critique économique de la démocratie et du processus électoral.....	78
(b) La critique économique de la fonction publique.....	78
2) Approche normative.....	79
§3. L'extension indirecte par les théories coasiennes.....	81
A. Ronald Coase et l'origine de l'analyse économique du droit.....	81
1) Les fondements : le « théorème de Coase ».....	81
2) Les conséquences pour l'intérêt public.....	83
B. Ronald Coase et l'origine de la nouvelle économie institutionnelle.....	85
1) Les fondements.....	86
2) Les développements institutionnels.....	87
(a) Les approfondissements.....	88
(b) Les conséquences pour l'intérêt public.....	88

Section 2) L'extension du raisonnement économique à l'État par la « bonne gouvernance »	91
<b>§1.</b> La « bonne gouvernance » dans les pays en voie de développement	91
A. Un cadre idéologique favorable à une régulation par le marché	92
1) Le succès du « consensus de Washington »	92
2) La contestation apparente du « consensus de Washington »	93
B. Des fondements techniques confirmant une régulation par le marché	95
1) Approche positive	95
(a) L'apparition	95
(b) Les approfondissements	97
2) Approche normative	99
(a) L'État limité comme condition de la « bonne gouvernance »	99
(b) La « bonne gouvernance » ou la mise en place par un État limité d'institutions favorisant le marché	100
<b>§2.</b> L'application de la « bonne gouvernance » aux pays développés	101
A. Une application liée au modèle de réalisation de l'intérêt public	101
1) Les écueils à dépasser	101
2) Un retour orienté par et pour une coordination sociale de marché	102
B. Le cadre d'application	104
1) Le rôle de la Banque mondiale dans l'extension	104
(a) Les rapports sur les « problèmes de gouvernance » ( <i>Governance Matters</i> )	104
(b) Les rapports sur la « pratique des affaires » ( <i>Doing Business</i> )	105
2) Les conséquences de l'extension pour la gouvernance publique	107
(a) La pratique de la « bonne gouvernance » dans les pays développés	107
(α) Les théories visant à réformer l'État dans les pays développés	107
(β) Les liens avec la « bonne gouvernance »	108
(b) La gouvernance dans la continuité de la « bonne gouvernance »	109
(α) Un prolongement logique	109
(β) Un prolongement à préciser	110
Conclusion chapitre 2 et Titre I	112
<b>TITRE II) L'ancienneté de la gouvernance</b>	113
<b>Chapitre 1 : La théorie libérale</b>	114
Section 1) L'évolution jusqu'à Adam Smith	114
<b>§1.</b> Le libéralisme comme contestation des souverainetés absolues	115

A. Les souverainetés absolues .....	116
1) Une souveraineté de l'Église en déclin .....	116
(a) La contestation de la souveraineté temporelle de l'Église.....	116
(b) La contestation de la souveraineté spirituelle de l'Église .....	117
2) L'affirmation corrélatrice de la souveraineté royale .....	118
(a) Sa construction .....	118
(b) La nouvelle fonction gouvernementale .....	119
B. La réaction contre les souverainetés absolues.....	120
1) Un principe commun d'émancipation individuelle.....	120
(a) Le principe hiérarchique.....	121
(b) La réaction par l'affirmation des droits naturels .....	121
2) Les conséquences pour l'intérêt public .....	122
(a) Les théories du contrat social .....	123
(b) L'apport de la séparation des pouvoirs.....	124
<b>§2. Le libéralisme économique comme rupture avec la souveraineté.....</b>	<b>125</b>
A. Les prémices .....	125
1) L'évolution par la notion d'intérêt .....	126
2) Les conséquences.....	127
B. La consécration par la « main invisible » d'Adam Smith.....	128
1) La « main invisible » source de réalisation du bien public.....	129
2) Les conséquences.....	130
(a) La rupture avec la souveraineté économique .....	130
(b) La rupture avec la souveraineté politique.....	131
<b>Section 2) Les racines libérales de la gouvernance publique .....</b>	<b>132</b>
<b>§1. Du libéralisme au néolibéralisme.....</b>	<b>132</b>
A. Une recherche infructueuse par l'opposition entre État et marché .....	133
1) Les incohérences entre libéralisme économique et néolibéralisme .....	133
(a) La postérité de la « main invisible ».....	133
(b) La postérité corrélatrice de la limitation de l'État .....	135
2) Les incohérences d'Adam Smith .....	136
(a) La reconnaissance d'un rôle pour l'État.....	137
(b) Les contradictions apparentes .....	138
3) Le dilemme .....	139
B. Une recherche fructueuse par la conception de l'intérêt public.....	140
1) Le déplacement de perspective nécessaire.....	140
(a) La nature du déplacement.....	140

(b) Les effets du déplacement .....	141
2) La portée pour les théories néolibérales : l'exemple de Friedrich Hayek .....	143
(a) Les fondements conceptuels .....	143
(b) L'approche normative : le modèle d'État libéral minimal .....	144
<b>§2. Du libéralisme à la gouvernance publique .....</b>	<b>144</b>
A. Le libéralisme et la gouvernance .....	145
1) Relecture libérale du rôle de l'État dans le sous-développement .....	145
(a) Les liens entre la « bonne gouvernance » et la théorie libérale .....	145
(b) Des liens confirmés par la théorie classique du sous-développement .....	146
2) Portée pour le droit public et la gouvernance .....	147
(a) La contestation de la puissance d'État .....	148
(b) La promotion de l'État libéral .....	148
B. La gouvernance et les instruments de l'État .....	149
1) L'approche instrumentale .....	150
2) L'approche instrumentale de la gouvernance publique .....	152
(a) Approche téléologique des instruments de gouvernance .....	152
(b) Approfondissements comparés .....	154
 Conclusion chapitre 1 .....	 156
 <b>Chapitre 2 : Le modèle libéral américain .....</b>	 <b>157</b>
 Section 1) Les fondements .....	 157
<b>§1. La rupture de 1776 .....</b>	<b>158</b>
A. Le contexte .....	158
1) La science politique anglaise au XVIII <sup>e</sup> siècle .....	158
2) Le particularisme américain lié à la colonisation britannique .....	159
(a) La nature de la colonisation .....	160
(b) Les caractéristiques de la colonisation .....	161
B. Les évolutions de 1776 .....	162
1) La remise en cause des principes constitutionnels traditionnels .....	162
2) Portée pour la conception de l'intérêt public .....	164
<b>§2. La rupture de 1787 .....</b>	<b>166</b>
A. La recherche du bien public après 1776 .....	166
1) Une problématique renouvelée .....	166
2) Une solution renouvelée .....	168
B. Les moyens mis en œuvre .....	170

1) La nouvelle théorie américaine de la séparation des pouvoirs.....	170
(a) Retour sur la théorie classique.....	171
(b) Une séparation renforcée.....	172
2) L'extension de la République .....	173
(a) L'appui à la séparation du pouvoir.....	173
(b) L'appui à la multiplication des factions et à la représentation .....	174
Section 2) Les racines américaines de la gouvernance publique.....	175
§1. Relecture historique et comparée de la conception américaine du bien public.....	176
A. Mise en perspective .....	176
1) Les circonstances .....	176
2) Les effets.....	177
B. Les conséquences pour le bien public.....	179
1) La conception libérale-pluraliste aux États-Unis.....	179
(a) Précisions concernant l'expérience de 1787.....	179
(b) Une conception à approfondir par l'histoire postérieure.....	181
2) La conception volontariste en France comme contre-exemple.....	184
§2. Du modèle libéral américain à la gouvernance publique.....	186
A. Du modèle américain à la « bonne gouvernance » .....	186
1) Le modèle en perspectives.....	186
(a) L'État et ses missions.....	186
(b) La nature du droit public.....	189
2) Les liens avec la « bonne gouvernance ».....	192
(a) Le néolibéralisme et l'expérience de 1787.....	192
(b) La Banque mondiale et l'expérience de 1787.....	194
B. Conséquences pour la gouvernance.....	194
1) De la « bonne gouvernance » à la gouvernance.....	195
(a) Approche américaine de la gouvernance.....	195
(b) Approche française de la gouvernance.....	196
2) Approfondissements comparés.....	198
(a) Précisions sur la gouvernance aux États-Unis.....	198
(b) Précisions sur la gouvernance en France.....	200
Conclusion chapitre 2 et Titre 2 .....	202
Conclusion PARTIE I .....	203

**PARTIE II : UNE MISE EN ŒUVRE RENOUVELÉE..... 204**

TITRE I) La gouvernance et les transformations des instruments de l'État ..... 206

**Chapitre 1** : Les instruments juridiques ..... 209

Section 1) La production des normes législatives et réglementaires..... 209

**§1.** Les normes législatives ..... 210

A. En amont : le financement des campagnes législatives ..... 210

1) Les fondements du régime juridique..... 211

2) Les conséquences..... 212

(a) Les dispositifs théoriques limitant l'expression des intérêts privés..... 212

(α) Un encadrement croissant des financements privés..... 213

(β) L'instauration d'un financement public ..... 213

(b) Un véritable financement par des fonds privés aux États-Unis..... 214

(α) Des limites contournées ..... 214

(β) Un financement public délaissé ..... 215

B. Le processus d'élaboration des lois ..... 216

1) Intérêts privés et démocratie directe ou semi-directe..... 216

2) Intérêts privés et démocratie représentative..... 218

(a) Cadre général..... 218

(b) La question du lobbying..... 219

(α) Le dispositif américain..... 219

(β) Les interrogations en France..... 221

**§2.** Les normes réglementaires..... 222

A. La fonction réglementaire au cœur de l'action publique américaine..... 223

1) L'importance traditionnelle des agences..... 223

(a) Le rôle historique des agences indépendantes ..... 223

(b) La constitutionnalité des délégations législatives aux agences ..... 226

2) Les transformations contemporaines ..... 229

(a) Les mutations américaines : de la *deregulation* à la crise financière ..... 230

(b) Les évolutions françaises : le rôle des AAI..... 232

B. Le processus d'élaboration des règlements..... 235

1) Le cœur du dispositif américain : la participation de tous les intérêts concernés . 236

(a) Un principe général fondateur ..... 236

(b) Application à la procédure de droit commun : l'*Informal rulemaking* ..... 239

2) Les évolutions vers une véritable contractualisation ..... 240

(a) L'augmentation croissante de la participation.....	240
(b) Les expériences de contractualisation .....	242
Section 2) La gestion d'activités .....	243
§1. La gestion déléguée au profit de personnes privées.....	244
A. La notion.....	244
1) Approche <i>stricto sensu</i> .....	244
(a) Les dilemmes comparatistes de la « privatisation » .....	245
(b) Le rapprochement par la notion de délégation de services publics .....	246
2) Approche <i>lato sensu</i> .....	247
B. Le domaine.....	248
1) L'approche libérale américaine.....	248
(a) La recherche vaine de limites constitutionnelles .....	248
(b) Portée.....	250
2) L'approche républicaine française .....	251
(a) L'existence de limites constitutionnelles.....	252
(b) Portée.....	253
§2. L'expansion croissante des délégations .....	254
A. Les fonctions régaliennes .....	255
1) La sécurité.....	255
(a) La sécurité extérieure .....	255
(b) La sécurité intérieure .....	257
2) La justice.....	258
(a) L'augmentation du recours aux MARC .....	259
(α) Les MARC.....	259
(β) L'exemple de l'arbitrage en matière administrative .....	261
(b) L'exercice de l'action publique par des intérêts privés .....	262
(α) Synthèse par la notion de « procureur général privé ».....	263
(β) Applications .....	263
(c) Les activités carcérales .....	265
B. Les fonctions non commerciales de l'État .....	267
1) Les fonctions éducatives .....	267
(a) Présentation du secteur outre-Atlantique.....	268
(b) Les formes de délégations .....	269
2) Les fonctions de l'État-providence .....	270
(a) Le système d'assistance.....	270
(b) Le système d'assurance .....	271

Conclusion chapitre 1 .....	274
<b>Chapitre 2 : Les instruments financiers</b> .....	<b>275</b>
Section 1) Les mécanismes incitatifs .....	275
<b>§1. Les instruments d'incitation financière</b> .....	<b>276</b>
A. Les notions.....	276
1) Les mécanismes concernant les ressources publiques .....	276
2) Les mécanismes concernant les charges publiques.....	277
(a) Les subventions publiques ( <i>grants</i> ).....	277
(b) Les bons ( <i>vouchers</i> ) .....	278
3) Les dépenses fiscales ( <i>tax expenditures</i> ), mécanisme hybride .....	279
B. Le régime juridique.....	281
1) Données financières générales aux États-Unis .....	281
(a) Le pouvoir de taxer.....	282
(b) Le pouvoir de dépenser .....	282
2) Problématique particulière des incitations financières.....	283
(a) Aux États-Unis .....	284
(α) La doctrine des conditions inconstitutionnelles .....	284
(β) L'exemple topique de la liberté d'expression .....	286
(b) En France .....	288
3) Synthèse par une approche téléologique.....	290
(a) Retour sur la jurisprudence américaine .....	290
(b) Le dépassement nécessaire.....	291
(α) Les incitations financières comme intervention publique.....	292
(β) La prise en compte du domaine des incitations .....	293
<b>§2. L'expansion croissante des incitations financières</b> .....	<b>294</b>
A. Les fonctions d'assurance de l'État-providence .....	295
1) La santé .....	295
(a) Accroître l'intérêt privé dans la santé publique.....	295
(b) Augmenter l'intérêt privé dans la santé privée.....	296
2) La retraite .....	297
(a) Introduire l'intérêt privé dans la retraite publique.....	297
(b) Augmenter l'intérêt privé dans la retraite privée.....	298
3) Synthèse comparée sur la protection sociale.....	299
(a) Les deux modèles .....	299
(α) Le système américain.....	299

(β) Le système français.....	301
(b) Portée pour l'étude .....	302
B. Les fonctions éducatives .....	304
1) Les différents instruments.....	304
(a) L'approfondissement du choix scolaire.....	304
(b) Les différents mécanismes financiers.....	305
2) Les difficultés juridiques spécifiques à l'éducation .....	305
(a) La problématique du Premier amendement.....	306
(b) L'approfondissement par la décision <i>Zelman v. Simmons-Harris</i> .....	307
(c) La portée de <i>Zelman</i> et les débats actuels.....	308
3) Synthèse comparée sur l'éducation.....	309
Section 2) Le budget et la performance.....	310
<b>§1.</b> La mise en place de la performance budgétaire .....	312
A. Aux États-Unis.....	312
1) Les fondements .....	312
(a) Présentation synthétique du processus budgétaire américain .....	312
(b) Les premiers pas de la performance budgétaire .....	313
2) Les perfectionnements récents.....	315
(a) Le tournant lié à la réforme du gouvernement fédéral .....	315
(b) Le lien entre la performance et le budget .....	316
(c) Les limites propres au système américain .....	317
B. En France .....	318
1) Cadre général de la LOLF.....	318
2) La déclinaison de la performance dans le budget .....	319
<b>§2.</b> La portée pour la gouvernance.....	321
A. Le dépassement des questions budgétaires.....	321
1) Un comparatif budgétaire à dépasser .....	321
2) Réforme budgétaire et réforme de l'État.....	322
(a) Le débat sur la compatibilité entre performance et droit public .....	322
(b) La situation américaine .....	324
B. Perspectives pour la gouvernance en France .....	325
1) L'exemple topique de la Révision générale des politiques publiques .....	326
2) Les premières décisions concrètes .....	327
Conclusion chapitre 2 et Titre I.....	330

TITRE II) La gouvernance et les transformations de la citoyenneté .....	332
<b>Chapitre 1</b> : La remise en cause des droits fondamentaux des citoyens.....	334
Section 1) Au fondement du problème : la protection des droits aux États-Unis.....	335
§1. La situation du problème : le rôle de l'État face aux droits fondamentaux .....	335
A. La classification des droits par le prisme du rôle de l'État .....	335
1) Classification traditionnelle des droits des citoyens .....	336
2) Le prisme du rôle de l'État.....	336
B. Les conceptions française et américaine .....	338
1) La conception française .....	338
2) La conception américaine .....	340
§2. Conséquences pour le domaine de la protection des droits aux États-Unis .....	344
A. Le principe : une protection organisée contre l'État.....	344
1) L'énoncé historique .....	344
2) Les conséquences.....	345
B) Les atténuations du principe .....	347
1) Les dispositifs législatifs.....	347
(a) Les progrès relatifs de la législation.....	347
(b) L'exemple du droit applicable aux relations de travail .....	349
2) La doctrine de l'action d'État ( <i>State action doctrine</i> ).....	351
(a) La doctrine.....	351
(b) La difficile application .....	352
Section 2) Les droits fondamentaux en danger face à la gouvernance.....	354
§1. Les problèmes américains face aux délégations .....	355
A. Les difficultés concrètes .....	355
1) Un double écueil .....	355
(a) Les dangers pour les droits des citoyens .....	355
(b) Les dangers pour la responsabilité du gouvernement.....	356
2) L'incohérence de la doctrine de l'action d'État .....	357
B. L'inefficacité des remèdes proposés .....	359
1) Des solutions diverses.....	359
(a) Les fins poursuivies.....	359
(α) La limitation en amont du domaine des délégations.....	359
(β) L'extension en aval de garanties protectrices des droits.....	360
(b) Les moyens envisagés .....	361

2) Le dilemme des solutions proposées.....	363
(a) Le dilemme pratique.....	363
(b) Le nœud du dilemme : la conception américaine du droit public .....	363
(c) L'ouverture nécessaire : penser autrement le droit public.....	365
§2. Mise en perspective par les solutions françaises.....	366
A. Une protection générale des droits fondamentaux.....	367
1) Une protection verticale et horizontale .....	367
2) L'exemple du droit applicable aux relations de travail.....	368
B. Une protection particulière dans les hypothèses de délégation.....	370
1) En amont : retour sur la limitation du domaine des délégations .....	371
2) En aval : le régime juridique de l'exercice des délégations .....	371
(a) Les délégations de services publics (les délégations <i>stricto sensu</i> ).....	372
(b) La participation à des activités liées à la chose publique (les délégations <i>lato sensu</i> ) .....	373
Conclusion chapitre 1 .....	376
<b>Chapitre 2 : L'affaiblissement corrélatif des devoirs des citoyens .....</b>	<b>377</b>
Section 1) L'importance des devoirs dans la construction de la citoyenneté.....	378
§1. Les devoirs aux fondements de la citoyenneté.....	378
A. Les différents devoirs .....	378
1) Les devoirs du contribuable .....	379
2) Les autres devoirs du citoyen.....	380
(a) Les débats liés au vote.....	381
(b) Les devoirs supplémentaires .....	381
B. La dialectique des droits et des devoirs des citoyens.....	382
1) La problématique .....	382
(a) Les devoirs comme compléments des droits .....	383
(b) L'impôt comme illustration.....	383
2) Les droits et les devoirs aux fondements du lien politique et social .....	386
§2. Les particularismes nationaux.....	388
A. Au cœur des particularismes : la conception de l'impôt.....	388
1) Les fondements historiques des divergences modernes.....	389
(a) Les différences de la fin du XVIII <sup>e</sup> siècle à la Première guerre mondiale.....	389
(b) Des différences à apprécier après la Première guerre mondiale.....	392
2) L'évolution des divergences à partir des années 1930.....	393

B. La portée pour les conceptions française et américaine de la citoyenneté.....	396
1) La citoyenneté républicaine française.....	396
2) La citoyenneté libérale-pluraliste américaine .....	398
Section 2) Les déséquilibres causés par le « citoyen-consommateur » de la gouvernance....	400
§1. Un phénomène commun .....	401
A. Le déséquilibre de la citoyenneté.....	401
1) Un contexte lié au succès de « l’hyper individualisme » .....	401
2) Les conséquences pour la citoyenneté .....	403
(a) L’affaiblissement des devoirs fiscaux .....	403
(b) La marche vers une « citoyenneté individuelle » .....	404
B. Les dangers du déséquilibre.....	406
1) Le risque d’une « démocratie contre elle-même » .....	407
2) Illustration dans le domaine éducatif .....	408
§2. Une portée différente .....	410
A. La compatibilité avec le modèle américain .....	410
1) Un certain retour aux sources.....	410
(a) Les évolutions fiscales depuis 1980 .....	410
(b) Le sens global des changements.....	413
2) Les dangers de ce retour aux sources : l’exemple des discriminations raciales dans le secteur éducatif.....	414
(a) Le traitement historique des discriminations raciales aux États-Unis .....	415
(b) Les nouveaux dangers issus du « choix scolaire » .....	416
B. L’incompatibilité avec le modèle français .....	418
1) Un retour certain sur les sources.....	418
(a) Les évolutions fiscales depuis 1980 .....	418
(α) la pression fiscale.....	419
(β) la progressivité.....	419
(γ) les mesures très récentes .....	421
(b) Le sens global des changements.....	422
2) Les dangers de ce retour sur les sources .....	423
Conclusion chapitre 2 et Titre 2 .....	425
Conclusion PARTIE II.....	426

**CONCLUSION GÉNÉRALE ..... 427**

I) La gouvernance publique aux États-Unis et en France..... 427

- 1) Intérêt public et droit public ..... 427
- 2) Conséquences pour la gouvernance..... 429

II) Les perspectives d'évolution entre les modèles américain et français ..... 429

III) Les perspectives ouvertes par la crise financière et économique..... 431

**INDICATIONS BIBLIOGRAPHIQUES ..... 436**

I) Dictionnaires..... 436

II) Ouvrages..... 436

- A. Ouvrages généraux..... 436
- B. Ouvrages spéciaux ..... 439
- C. Thèses (dont ouvrages issus de thèses)..... 453

III) Articles ..... 455

- A. Articles, revues, chroniques et contributions ..... 455
- B. Articles de presse ..... 472

IV) Rapports et documents officiels ..... 473

- A. En France ..... 473
- B. Aux États-Unis..... 475
- C. Institutions internationaux et européennes ..... 475

**INDEX DE JURISPRUDENCE ..... 477**

**INDEX DES NOMS ..... 480**

**INDEX DES MATIÈRES..... 486**

**TABLE DES MATIÈRES ..... 491**

