

Théorie et pratique de l'État

Objectifs

Ce cours traite de problèmes actuels de l'administration de l'État et de diverses politiques publiques. Chaque sujet est abordé sous ses divers aspects, qui mêlent les rappels historiques et les développements les plus récents, les règles juridiques et l'organisation institutionnelle, les enjeux économiques et financiers, la pratique administrative. Ce cours est l'occasion d'une réflexion, utile dans l'optique des concours administratifs, sur l'action de l'État et son évolution.

Table des matières

Synopsis du cours

PARTIE 0

INTRODUCTION GÉNÉRALE À LA THÉORIE DE L'ÉTAT

Erreur ! Source du renvoi introuvable.

- . Domination, souveraineté
- . La raison d'État
- . Domination, obligation d'obéissance
- . La nature du lien politique ; le corps politique
- . La vision holistique du politique et le paradigme contractuel

Erreur ! Source du renvoi introuvable.

- . La politique comme rapport entre égaux : le modèle de la démocratie antique
- . Souveraineté, « État mixte » et division des pouvoirs
- . La doctrine moderne de la séparation des pouvoirs
- . La pluralité en politique : la place du conflit

Erreur ! Source du renvoi introuvable.

- . Décision, délibération ; l'idée d'une légitimité procédurale
- . Démocratie et légitimité procédurale
- . Décision et norme ; l'état d'exception, la norme fondamentale
- . Loi et *common Law* ; droit naturel et droit positif

Erreur ! Source du renvoi introuvable.

- . La logique de l'État
- . Prélèvement et emprise
- . Utopie politique et emprise
- . Le totalitarisme
- . Bio-pouvoir et maîtrise du vivant

Erreur ! Source du renvoi introuvable.

- . Unité de l'Humanité et Empire
- . Le droit des gens et l'organisation politique des rapports entre États
- . L'idée d'un droit cosmopolitique

Erreur ! Source du renvoi introuvable.

PARTIE 2

ORGANISATION DES POUVOIRS ET ACTION ADMINISTRATIVE

Erreur ! Source du renvoi introuvable.

- 2.1. L'administration dans la philosophie
- 2.2. L'administration confrontée aux principes de l'État de droit
- 2.3. La pratique législative et réglementaire dans les démocraties modernes
- 2.4. La « régulation » entre action administrative et office du juge

Chapitre 6. L'administration et l'État de droit

- . Doctrines politiques et formation de l'administration moderne
 - . L'administration dans la théorie de la souveraineté
 - . Prodromes de l'administration moderne

- . Construction de l'administration d'État par la monarchie française
- . L'administration dans la philosophie de l'État post-révolutionnaire

Hegel

Marx

- . L'administration comme objet de la Sociologie
- . L'administration dans l'État de droit
- . L'idée de régulation et les autorités administratives indépendantes (AAI)
- . La technocratie

Erreur ! Source du renvoi introuvable.

- . Souveraineté et service public
- . Service public en approche économique
- . Service public et droit communautaire

Erreur ! Source du renvoi introuvable.

- . Séparation des pouvoirs et pouvoir judiciaire
- . L'autorité judiciaire en France
- . Vers un véritable pouvoir judiciaire ?
- . L'enjeu de la procédure pénale
- . Éléments de politique pénale et pénitentiaire

Erreur ! Source du renvoi introuvable.

- . Fondements
- . Crise
- . Perspectives

Erreur ! Source du renvoi introuvable.

- . Aux sources intellectuelles de l'idée de technocratie
- . Figures contemporaines de la technocratie

Erreur ! Source du renvoi introuvable.

- . Statut éthique et juridique de la vie
- . Les conséquences sur l'action publique
- . L'État et l'exigence bioéthique

Erreur ! Source du renvoi introuvable.

- . Marché et institution
- . Marché et action collective : le dilemme étatique
- . Marché, efficacité, justice, démocratie

Erreur ! Source du renvoi introuvable.

- . Qu'est-ce que la République ?
- . Qu'est-ce que le libéralisme ?
- . Qu'est-ce que le communautarisme ?
- . République et Communauté(s)

Erreur ! Source du renvoi introuvable.

- . L'École telle qu'elle devrait être : les projets éducatifs de la révolution française
- . L'École telle qu'elle fût : l'œuvre de la III^e République
- . L'École telle qu'elle est devenue
- . Perspectives

Erreur ! Source du renvoi introuvable.

- . Droit de la guerre (éléments de théorie juridique de la guerre)
- . La politique de défense
- . Intelligence et raison d'État

Erreur ! Source du renvoi introuvable.

- . Une histoire chargée
- . L'autorité judiciaire en France
- . Va-t-on vers un véritable pouvoir judiciaire en France ?

Chapitre _. La notion française de service public au contact du droit communautaire

Synopsis du cours

Ce cours un peu spécial est un cours de culture générale axé sur les problèmes de l'État et de l'action administrative. Il contient des éléments de philosophie politique, de sociologie de l'État et mobilisera tous les éléments théoriques – y compris l'économie – qui permettent de dire quelque chose de l'État et de l'action de ses organes. Cependant, l'utilisation de ces connaissances sera faite, non pas dans l'esprit de connaître l'histoire des idées politiques, mais toujours avec un regard descendant sur notre modeste monde, notre bien matériel 'État français' et notre bien prosaïque 'Action administrative' de fonctionnaire français. Autrement dit, on essaiera de croiser des choses qui relèvent de la théorie de l'État avec des choses qui sont issues de l'expérience de l'action administrative, du quotidien vécu des fonctionnaires, des difficultés quotidiennes auxquelles l'action administrative peut être confrontée ; c'est-à-dire des problèmes pratiques qu'il est possible de rencontrer dans une carrière de fonctionnaire.

Une autre idée importante est que l'on essaiera toujours de mettre en perspective le présent de l'État avec l'histoire. On n'imagine souvent pas, ou peu, à quel point dans cette matière le présent est surdéterminé par le passé. Un des objectifs de ce cours sera donc de casser cette idée d'indépendance du présent vis-à-vis du passé. En effet, beaucoup des problèmes institutionnels français, beaucoup des problèmes d'évolution structurelle de l'organisation de l'État – de l'organisation des pouvoirs de manière générale –, beaucoup des problèmes des modalités de l'Action administrative, ne sont en réalité dans leur version contemporaine que la version actualisée de problématiques qui ont "serpenté" tout au long de l'histoire des deux ou trois siècles passés.

Prenons deux exemples. Tout d'abord, la question des réformes des institutions judiciaires et du statut de l'autorité judiciaire. Les difficultés que l'on a, par exemple sur les vingt dernières années, pour avancer dans cette question et remettre au net le statut de l'autorité judiciaire et consolider le cas échéant son indépendance, pour améliorer son efficacité, pour définir ses relations avec les pouvoirs exécutif et législatif ; les tentatives avortées de réflexion et de réforme : la grande tentative de réflexion lancée par François Mitterrand en 1993, la tentative de réforme lancée par Jacques Chirac en 1997, les travaux lancés par l'actuelle présidence mais qui sont eux-mêmes en voie de délitement ; toutes ces difficultés que l'on a à redéfinir le statut et les missions de l'autorité judiciaire ne sont en réalité que la poursuite d'une très longue histoire qui se commence sous la monarchie française, avant même la monarchie absolue, à l'époque des parlements et des cours souveraines (ou cours supérieures), puis à l'époque de la monarchie absolue avec ce bras de fer terrible qui fut lancé par l'administration de Louis XIV à l'égard desdites cours et desdits parlements, puis de l'héritage que nous tirons de la Révolution française, etc. C'est un très vieux problème, et si ce problème a du mal à trouver sa solution en France, c'est parce que nous sommes les héritiers d'une histoire assez chargée et assez pesante.

Autre exemple : on vit actuellement, depuis une vingtaine d'années, l'apparition d'objets nouveaux dans le paysage institutionnel que sont les autorités administratives indépendantes (AAI). Nous devons avoir une réflexion sur ce type d'objet, voire également le type d'objet encore naissant que l'on appelle les autorités publiques indépendantes (API) ; et nous aurons à voir comment ce type d'institution peut s'insérer, ou a du mal à s'insérer, dans un dispositif institutionnel qui est immensément marqué par les doctrines de la souveraineté de l'État, doctrines dont les conséquences sont notamment l'unité de pensée et de volonté, la centralisation et l'unicité du pouvoir de référence. Ce problème que nous avons aujourd'hui de faire une place aux autorités administratives indépendantes n'existerait pas si nous étions un autre État que celui que nous sommes (si nous avons été forgés dans la tradition de la séparation des pouvoirs par exemple, cela poserait beaucoup moins de problèmes que ça peut en poser en France aujourd'hui).

Donc, d'une manière générale, nous essaierons d'éclairer le présent à la lumière du passé, de l'histoire, non pas pour présenter un présent comme totalement asservi et ligoté aux legs du passé, mais pour donner une signification plus intense aux débats actuels, non pas pour dire qu'on ne peut rien faire mais pour dire que « si on veut faire, il faut tenir compte de ce que ».

Ce cours sera divisé en deux grandes parties. Dans une première partie, on essaiera de faire à très grands traits un peu de théorie générale de l'État et on visitera un certain nombre de grandes doctrines qui ont véritablement structuré ou servi à structurer l'organisation des pouvoirs en France, la définition des missions de ces pouvoirs, de leurs compétences, etc. Nous ferons par exemple un détour par les doctrines de la souveraineté mais aussi par une théorie très intéressante du XVII^e siècle qui s'appelle la théorie de la raison d'État. Nous verrons comment on a cherché à donner un fondement juridique aux doctrines de la souveraineté, donc comment on a articulé le principe de souveraineté avec le principe du droit et de l'obligation d'obéissance. Nous visiterons aussi une autre tradition, également présente en France même si elle a toujours été plus ou moins minorée, qu'on va appeler pour simplifier la doctrine de la séparation des pouvoirs, et nous verrons comment cette doctrine, dont les protagonistes principaux à l'époque moderne sont le philosophe anglais John Locke et le français Montesquieu, a été présente, par exemple dans les travaux des différentes assemblées constituantes au moment de la Révolution française, et comment elle s'est acclimatée au contexte français qui avait été pétri dans le moule des doctrines de la souveraineté (nous verrons comment l'idée d'une division des pouvoirs est devenue en France l'idée d'une séparation fonctionnelle des pouvoirs). Nous visiterons les grands modèles politiques qui mettent l'accent sur la reconnaissance de la pluralité, de la diversité, de légalité ; et nous ferons une visite de ce qu'il faut retenir de la démocratie antique grecque, etc.

Nous poserons quelques notions cardinales sur des problèmes tels que le rapport entre le droit naturel et le droit positif, sur le rapport entre le droit et la décision, sur le rapport entre la norme et l'exception, sur la notion de la légitimité procédurale (car nous vivons dans des régimes acquis à l'idée que la légitimité d'une décision tient en partie voire parfois intégralement à la régularité de la procédure qui l'a produite).

Sans essayer de faire un abécédaire de la science politique, nous essaierons de mettre en place et de poser un certain nombre de principes fondamentaux et d'idées cardinales qui en principe devraient vous habiter définitivement, parce que ce sont des notions qui ont des débouchés, des applications, et qui servent à comprendre des choses parfois infiniment pratiques et infiniment petites.

La deuxième partie de ce cours sera consacrée à envisager des problématiques de l'action administrative. Par exemple, d'abord la problématique de l'administration elle-même : que faut-il dire et savoir de cette machine/institution particulière qui ne se confond pas avec les pouvoirs politiques et qui s'appelle l'administration (ou les administrations) ? Quelle représentation en a-t-il été donné dans la philosophie politique ? Pendant longtemps l'administration était un objet inexistant dans les doctrines de l'État tant était grande la

fusion/l'identité entre la volonté du souverain et l'exécution de cette volonté du souverain. Il n'était pas identifié qu'entre la volonté et la réalité il y avait une mise en œuvre, et que cette mise en œuvre passait par des organes qui s'appelaient l'administration. Donc, l'administration est « apparue » dans l'histoire de la philosophie politique. Puis, elle est devenue un objet de critique sociologique : avec Max Weber a été créée une discipline nouvelle qu'on peut appeler la Sociologie de l'État ou la Sociologie de l'administration. Cette discipline a eu quelques aboutissements intéressants et quelques aboutissements sans doute désastreux. Les aboutissements intéressants sont certaines doctrines de sociologie américaine, à commencer par la sociologie de l'action collective ; au Canada il y a eu aussi des travaux très intéressants de sociologie administrative ; et il y a eu également une école de sociologie américaine qui s'appelle l'école du *Public Choice* et qui a été l'une des fortes matrices de ce courant libéral voire ultralibéral de critique de l'État qui a dominé la pensée américaine puis anglo-saxonne dans les années soixante-dix et quatre-vingt, et qui a pesé sur énormément des réformes et de travaux institutionnels ainsi que sur des questions de l'organisation des pouvoirs publics, pour le meilleur et pour le pire.

Et nous essaierons de voir concrètement ce que c'est pour une administration que de travailler conformément aux principes qui sont normalement les principes de soumission, c'est-à-dire : le principe de légalité et donc la soumission à l'autorité du pouvoir politique, la soumission de l'action administrative à la hiérarchie des normes juridiques, la soumission de l'administration au principe de la séparation des pouvoirs.

Nous traiterons la question du service public. Il est d'un lieu commun de dire qu'il y a une crise de la notion de service public, et *de facto* il y a une crise du service public. C'est une crise à la fois de légitimité et d'efficacité. Là encore depuis une vingtaine d'années, on assiste à une remise en cause, d'abord de l'étendue du champ de ce qui s'appelle le « service public », et simultanément à une virulente critique des défauts d'efficacité du service public. Ça nous amènera là aussi à repenser le problème de ce qu'on appelle le service public *ab initio*, en remontant aux racines, aux sources, et en essayant de voir quelle est l'origine de la notion de service public : Comment et dans quelles conditions est-elle apparue en France ? Comment est-elle apparue d'abord chez les juristes, chez les théoriciens du droit constitutionnel ? (À cela s'attache le nom d'un grand de l'Histoire du droit : Léon Duguit [1859-1928]). Nous essaierons de voir comment la notion de service public est apparue aussi dans les travaux des économistes ; et comment, du coup, une doctrine du service public s'est forgée en France entre 1880 (la III^e République triomphante – et plus exactement la République radicale, avec la confluence d'un certain nombre de tendances intellectuelles dont la grande Sociologie d'Émile Durkheim [1858-1917], le mouvement du solidarisme (qui a joué un rôle très important) auquel s'attache la figure de Léon Bourgeois [1851-1925]) jusqu'aux années soixante, avec des phases de consolidation et d'accélération, et notamment la vague des grandes réformes d'après la Seconde Guerre mondiale qui a donné naissance à la fois à la doctrine la plus consistante et au champ du service public le plus étendu.

Donc, nous essaierons de voir d'où cela vient, sur quels fondements cela a reposé (aussi bien quant à la délimitation du périmètre qu'aux modalités de fonctionnement). Puis, nous essaierons de voir qu'est-ce qui est à l'origine de toutes ces difficultés que l'on ressent actuellement, à la fois quant au périmètre du service public que quant au mode de fonctionnement ; et comment, en partie, cette crise du « service public à la française » résulte d'une friction entre le modèle qui s'était créé en France et puis la construction européenne. En effet, même si le compromis n'est pas impossible, au départ il y a friction : depuis vingt ans, tous les grands secteurs du service public, notamment industriel et commercial, ont subi des transformations extrêmement profondes sous l'effet de directives européennes, c'est-à-dire d'une orientation de la construction européenne. Nous verrons comment cela s'est passé, comment fonctionnent les traités européens, comment les traités européens et la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (aujourd'hui Cour de justice de l'Union européenne) ont petit à petit façonné une doctrine des *“Public Utilities”* (de ce qu'on appelle les « services publics » mais qui ailleurs s'appellent autrement), des grands

réseaux, des grands services d'intérêt collectif, légèrement en décalage par rapport à la tradition que nous avons en France et pourquoi cela a provoqué des changements et des bouleversements structureaux assez importants.

Nous reviendrons sur ce qui est sûrement l'un des problèmes centraux de l'État français actuel et qui est le problème de l'autorité et du pouvoir judiciaire. Là aussi nous ferons l'histoire de cette problématique – l'histoire ancienne et l'histoire plus récente (contemporaine) – et nous essaierons de faire de la prospective. Nous parlerons pour cela des réformes récemment introduites, non pas pour faire de la technique mais pour en dégager la signification (par exemple la fameuse question prioritaire de constitutionnalité). Nous parlerons de la problématique du rôle du parquet et de sa présence au sein de l'institution judiciaire, de son degré ou non de subordination hiérarchique au gouvernement, de la hiérarchisation ou non du parquet, du rôle du parquet dans les procédures, etc. Nous parlerons également des projets de réforme de la procédure pénale, et nous essaierons d'en dégager là-aussi la signification à l'échelle de toute une histoire et les difficultés. À cette occasion, nous aborderons cette figure nouvelle de l'administration que nous évoquions précédemment, les autorités administratives indépendantes, et surtout ce concept nouveau qui s'appelle la régulation et qui tend à devenir un des modes privilégiés de l'action administrative. Ainsi on pourrait imaginer à la limite que, si on allait au bout de l'évolution actuelle, dans cent ans on n'aurait plus qu'une grande agence centrale de l'État qui s'occuperait de façon régaliennne de l'impôt et de la police, et puis que la plupart des autres formes d'intervention de l'administration seraient confiées à des autorités administratives indépendantes. Nous parlerons de cette évolution et de sa signification.

Nous parlerons de la question de l'État providence, là-aussi parce que c'est un problème. Il y a évidemment une crise de l'État providence et, dans la mesure où cet État providence est un élément central du compromis social français, il est très important de prendre la mesure de l'ampleur de cette crise, de sa gravité, de diagnostiquer exactement les causes et les modalités de cette crise et éventuellement de faire un peu de prospective sur les possibilités de rénover cet État providence, de le réhabiliter, ou au contraire la nécessité d'en faire définitivement le sacrifice. La question à ce stade restera ouverte.

Bibliographie

Voltaire, *Le siècle de Louis XV*

Alexis DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*

Dominique CHAGNOLLAUD, *Le premier des ordres*

H.E. LANGES, *Louis XIII*

Françoise HILDESHEINER, *Du siècle d'Or au Grand siècle. L'État en France et en Espagne (XVI^e-XVII^e siècle)*, Paris : Flammarion, 2000.

Étienne THUAU & Gérard MAIRET, *Raison d'État et pensée politique à l'époque de Richelieu*

Daniel DESSERT, *Argent, pouvoirs et société au grand siècle*

PREMIÈRE PARTIE
INTRODUCTION GÉNÉRALE À LA THÉORIE DE
L'ÉTAT

Domination et consentement : le pouvoir politique et la figure de l'un

[1 heure 41 minutes 00 secondes]

Domination, souveraineté

La raison d'État

Domination, obligation d'obéissance

La nature du lien politique ; le corps politique

La vision holistique du politique et le paradigme contractuel

« Ce qui s'est passé dans ces parlements de Pau et de Rennes ne regarde pas mes autres parlements ; j'en ai usé à l'égard de ces deux cours comme il en importait à mon autorité, et je n'en dois compte à personne.

Je n'aurais pas d'autre réponse à tant de remontrances qui m'ont été faites à ce sujet, si leur réunion, l'indécence du style, la témérité des principes les plus erronés et l'affectation d'expressions nouvelles pour les caractériser, ne manifestaient les conséquences pernicieuses de ce système d'unité que j'ai déjà proscrit et qu'on voudrait établir en principe, en même temps qu'on ose le mettre en pratique.

Je ne souffrirai pas qu'il se forme en mon royaume une association qui ferait dégénérer en une confédération de résistance le lien naturel des devoirs et des obligations communes, ni qu'il s'introduise dans la Monarchie un corps imaginaire qui ne pourrait qu'en troubler l'harmonie ; la magistrature ne forme point un corps, ni un ordre séparé des trois ordres du Royaume ; les magistrats sont des officiers chargés de m'acquitter du devoir vraiment royal de rendre la justice à mes sujets, fonction qui les attache à ma personne et qui les rendra toujours recommandables à mes yeux. Je connais l'importance de leurs services : c'est donc une illusion, qui ne tend qu'à ébranler la confiance par de fausses alarmes, que d'imaginer un projet formé d'anéantir la magistrature et de lui supposer des ennemis auprès du trône ; ses seuls, ses vrais ennemis sont ceux qui, dans son propre sein, lui font tenir un langage opposé à ses principes ; qui lui font dire que tous les parlements ne font qu'un seul et même corps, distribué en plusieurs classes ; que ce corps, nécessairement indivisible, est de l'essence même de la Monarchie qui lui sert de base ; qu'il est le siège, le tribunal, l'organe de la Nation ; qu'il est le protecteur et le dépositaire essentiel de sa liberté, de ses intérêts, de ses droits ;

qu'il lui répond de ce dépôt et serait criminel envers elle s'il l'abandonnait ; qu'il est comptable de toutes les parties du bien public, non seulement du Roi, mais aussi à la Nation ; qu'il est juge entre le roi et son peuple ; que, gardien respectif, il maintient l'équilibre du gouvernement, en réprimant également l'excès de la liberté et l'abus du pouvoir ; que les parlements coopèrent avec la puissance souveraine dans l'établissement des lois ; qu'ils peuvent quelquefois par leur seul effort s'affranchir d'une loi enregistrée et la regarder à juste titre comme non existante ; qu'ils doivent opposer une barrière insurmontable aux décisions qu'ils attribuent à l'autorité arbitraire et qu'ils appellent des actes illégaux, ainsi qu'aux ordres qu'ils prétendent surpris, et que, s'il en résulte un combat d'autorité, il est de leur devoir d'abandonner leurs fonctions et de se démettre de leurs offices, sans que leurs démissions puissent être reçues.

Entreprendre d'ériger en principe des nouveautés aussi pernicieuses, c'est faire injure à la magistrature, démentir son institution, trahir ses intérêts et méconnaître les véritables lois fondamentales de l'État ; comme s'il était permis d'oublier que c'est en ma seule personne que réside la puissance souveraine, dont le caractère propre est l'esprit de conseil, de justice et de raison ; que c'est de moi seul que mes cours tiennent leur existence et leur autorité ; que la plénitude de cette autorité, qu'elles n'exercent qu'en mon nom, demeure toujours en moi, et que l'usage n'en peut jamais être tourné contre moi ; que c'est à moi seul qu'appartient le pouvoir législatif sans dépendance et sans partage ; que c'est par ma seule autorité que mes cours procèdent, non à la formation, mais à l'enregistrement, à la publication, à l'exécution de la loi, et qu'il leur est permis de me remontrer ce qui est du devoir de bons et utiles conseillers ; que l'ordre public tout entier émane de moi et que les droits et intérêts de la Nation, dont on ose faire un corps séparé du Monarque, sont nécessairement unis avec les miens et ne reposent qu'en mes mains.

(...) Si (...) mes cours persévéraient dans le refus de s'y soumettre, au lieu d'enregistrer du très exprès commandement du Roi (...) si elles entreprenaient d'anéantir par leur seul effort des lois enregistrées solennellement, si enfin, lorsque mon autorité a été forcée de se déployer dans toute son étendue, elles osaient encore lutter contre elle par des arrêts de défense (...) la confusion et l'anarchie prendraient la place de l'ordre légitime et le spectacle scandaleux d'une contradiction rivale de ma puissance souveraine me réduirait à la triste nécessité d'employer tout le pouvoir que j'ai reçu de Dieu pour préserver mes peuples des suites funestes de ces entreprises (...) ».

Égalité, pluralité, séparation des pouvoirs : le pouvoir politique et la figure du divers

La politique comme rapport entre égaux : le modèle de la démocratie antique

Souveraineté, « État mixte » et division des pouvoirs

La doctrine moderne de la séparation des pouvoirs

La pluralité en politique : la place du conflit

Procédure, norme, décision : le pouvoir politique et les figures de la légitimité

Dans ce qu'on appelle un « acte politique », il y a à l'évidence plusieurs composantes, que l'acte politique soit une norme générale (loi, règlement) ou qu'il s'agisse d'une décision particulière résultant ou non d'une norme déjà établie. S'agissant d'une décision qui s'inscrit dans une norme, elle peut le faire de deux façons : tout d'abord, parce qu'une norme peut dire qui est compétent pour prendre une décision, et ensuite parce qu'une norme peut fixer le contenu et/ou le champ dans lequel la décision doit être prise.

On entend donc la signification du terme « acte politique » de manière extrêmement large, depuis la norme générale jusqu'à la décision discrétionnaire prise dans les matières les plus particulières qui soient.

L'acte politique, ainsi entendu de manière large, comporte plusieurs composantes :

- il y a, tout d'abord, la personne qui prend l'acte, et sa compétence pour le prendre ;
- il y a, ensuite, la procédure qui y conduit, et en particulier la délibération qui a précédé l'acte ;
- il y a, enfin, le fait que cette décision soit prise et exécutée, c'est-à-dire la présence d'une volonté de la mettre en œuvre et de lui donner de la force, de la rendre exécutoire (de lui donner force de loi).

Donc, au minimum, on a ces trois éléments dans l'acte politique : la procédure – et notamment la délibération –, la décision elle-même, et la personne qui la prend, et troisièmement la force qu'elle acquiert, la puissance d'être exécutée qui est la sienne.

Ces distinctions deviennent absolument déterminantes lorsqu'on se pose les questions suivantes :

- Qu'est-ce qui donne à l'acte politique sa valeur au regard du droit ? (C'est-à-dire dire : qu'est-ce qui rend l'acte politique légitime ou licite ?)
- Qu'est-ce qui donne à l'acte politique sa valeur au regard des finalités de la politique ?

Cette question se scinde en deux car, d'un côté on a une question qui renvoie au droit, et qui est la question : qu'est-ce qui rend cette décision, cet acte politique, légitime, c'est-à-dire digne d'être obéie ? (Autrement dit, qu'est-ce qui en fait un ordre que l'on doit exécuter ?). Et, une autre partie de la question renvoie au fait : qu'est-ce qui fait que cet acte politique s'insère dans l'ordre de la réalité, devient effectif ? Qu'est-ce qui fait de l'acte politique un fait politique ? Si on prend par exemple une loi, comment le problème se pose-t-il par rapport aux questions mises en avant ? Tout d'abord, on voit très bien que faire une loi, c'est plusieurs choses : en premier lieu, c'est la délibérer ; en second lieu, c'est la décider, la voter ; et en troisième lieu, c'est la mettre en œuvre, c'est-à-dire la promulguer et réunir tous les moyens nécessaires pour son application.

On voit très bien comment, à propos d'une loi, vont se décliner les questions que l'on a posées :

- premièrement, qu'est-ce qui en fait un élément de

[7 minutes]

Décision, délibération ; l'idée d'une légitimité procédurale

Démocratie et légitimité procédurale

Décision et norme ; l'état d'exception, la norme fondamentale

Loi et *common Law* ; droit naturel et droit positif

Étendue et limite du pouvoir politique

Ce chapitre est une réflexion sur, comme le titre l'indique, l'étendue et la limite du pouvoir politique. Que peut-on dire d'un point de vue de principes sur la compétence du politique ? Jusqu'où le politique peut-il se saisir du vivant et du social ?

La logique de l'État

Prélèvement et emprise

Utopie politique et emprise

Le totalitarisme

Bio-pouvoir et maîtrise du vivant

Le concept de bio-pouvoir a été créé par Michel Foucault [1926-1984] dans ses cours au Collège de France, et même dans ses premiers travaux. Celui-ci a mis en évidence le fait que, pratiquement au moment même où s'affirmait l'idée d'autonomie de la conscience, d'autonomie de la pensée, de liberté de penser, de contracter, etc. (au XVII^e siècle et tout au long des Lumières), on voyait se développer une autre tendance des États qui était celle de la maîtrise d'éléments qui auparavant étaient laissés à eux-mêmes tels que : la démographie, la répartition des populations, les migrations, les mœurs, la sexualité, la maladie mentale, etc. Foucault a donc montré comment petit à petit l'État s'est emparé de la mission de, en tout cas connaître dans le détail, et éventuellement maîtriser, des aspects de la vie des sociétés qui étaient auparavant relativement à l'extérieur de la sphère d'action des politiques. Ça fait partie évidemment d'une réflexion sur les éventuelles limites de l'emprise du pouvoir politique.

On a eu, au XX^e siècle, les grands totalitarismes, et l'un des aspects importants de ces grands projets totalitaires est qu'aucune limite n'était assignée à la puissance du politique et que dans le principe le politique pouvait s'emparer de tout ce qui pouvait servir à la réalisation de certains objectifs politiques. Il y avait derrière cela des idées de réforme complète de l'humanité, de réforme de toutes les races, etc. ; et du coup, tout ce qui pouvait contribuer à l'accomplissement de cet objectif ambitieux était bon à faire et était dans l'ordre de compétence du politique. C'est comme ça qu'on a vu apparaître les grandes pratiques eugénistes (ayant pour but de transformer le patrimoine génétique de l'espèce humaine afin d'atteindre un idéal déterminé, notamment sous le nazisme), et que l'on pourrait voir, le cas échéant, ressurgir à la faveur des progrès de la biotechnologie, du génie génétique, etc., des ambitions de ce genre, qui ont été popularisées par de grands romans de contre-utopie du XX^e siècle : *Le meilleur des mondes* d'Aldous Huxley et *1984* de Georges Orwell, qui sont emblématiques de cette contre-utopie et dont la matrice est le roman *Nous autres* d'Eugène Zamiatine, écrit en 1924 et peu connu.

Ainsi, on peut réfléchir et on doit toujours réfléchir sur la question de : quelle est la limite, s'il y en a, de la compétence du politique ? Le politique doit-il s'arrêter quelque part ou pas ? La doctrine des droits individuels fondamentaux, par exemple, est une doctrine des limites du politique. La vieille doctrine du droit naturel, entendu comme étant les principes qui sont issus de la nature elle-même, est aussi une limite du pouvoir politique. On a par exemple des doctrines très absolutistes, comme celle de Thomas Hobbes (dans le *Léviathan*), qui sont vraiment des doctrines modernes du pouvoir englobant, souverain, sans limites. Mais chez Hobbes, la doctrine politique est fondée sur une anthropologie, sur une étude de la nature humaine. Et alors la nature humaine, les lois de la nature, font qu'un être vivant qui est menacé tend à se sauver. De cette loi de la nature résulte le fait, chez Hobbes, qu'aucun État ne devra punir le fait pour un condamné à mort d'essayer d'échapper à la mort. C'est une loi naturelle qui constitue une limite du pouvoir politique, et, même dans le cadre de théories qui justifient jusqu'aux extrêmes limites l'idée d'une domination sur les hommes, on peut néanmoins théoriser l'existence de limites.

Politique, identité et universel

Unité de l'Humanité et Empire

**Le droit des gens et l'organisation politique des rapports
entre États**

L'idée d'un droit cosmopolitique

Histoire et politique

DEUXIÈME PARTIE
ORGANISATION DES POUVOIRS ET
ACTION ADMINISTRATIVE

Administration (action administrative) et État de droit

La simple définition de l'objet que constitue l'Administration est une démarche qui doit être clairement caractérisée. En effet si, on prend le droit constitutionnel – qui organise les rapports entre les trois grands pouvoirs –, il y a une catégorie qui s'appelle le « pouvoir exécutif » ; et en droit administratif – qui encadre l'action du pouvoir exécutif –, il y a un ensemble de considérés qui englobent aussi bien le gouvernement que les services administratifs. Donc, le droit constitutionnel aussi bien que le droit administratif ne cerne pas très précisément cet objet qu'on appelle « l'Administration ».

L'objet dont on parle (l'Administration) n'est en fait pas véritablement une catégorie juridique mais plutôt une catégorie sociologique car, sur le plan du droit, il n'y a pas de distinction qui est faite entre l'Administration proprement dite et les autres organes du pouvoir exécutif. Or, ce dont nous allons parler maintenant, c'est de l'Administration comme distinguée de l'élément proprement politique du pouvoir exécutif. Cette distinction provient du fait qu'il y a, dans le pouvoir exécutif, un élément qui est celui issu du suffrage universel, de l'élection, du mandat de représentation – qu'on va appeler le Gouvernement –, et un autre élément qui n'a pas un mandat de représentation, qui n'est pas issu de l'élection, qui n'a pas de dimension proprement politique, et qui est composé de l'ensemble des services administratifs – que l'on va appeler l'Administration.

Pour être plus précis, cet ensemble appelé « Administration » (avec un grand « A ») doit d'abord être distingué de l'autorité judiciaire. L'autorité judiciaire n'est pas à proprement parler une administration, parce que le principe de l'indépendance des magistrats les soustrait, dans l'exercice de leurs fonctions, aux rapports hiérarchiques.

Si cette distinction devait être raffinée, on dirait que l'autorité judiciaire est aussi une administration parce que le Parquet est, lui, soumis au rapport hiérarchique et que, d'autre part parce que, dans certaines de ses fonctions, la machine judiciaire est une administration : administration pénitentiaire, police judiciaire, par exemple, sont des éléments de l'autorité judiciaire, mais sont pourtant des administrations. En revanche, les juges du siège, dans l'exercice de leur fonction de juger, ne relèvent pas de l'Administration.

On pourrait également distinguer l'Administration proprement dite des « Conseils », c'est-à-dire des institutions qui entourent les détenteurs du pouvoir politique et qui les assistent (ou les conseillent, ou les éclairent) dans la préparation des décisions politiques. En ce sens, les cabinets ministériels ne sont pas véritablement l'Administration car, dans leur origine, ils sont beaucoup plus divers (la composition des cabinets ministériels n'obéit pas aux mêmes règles que la constitution des administrations : pas de recrutement par concours, ni de carrière, ni nécessairement de statut de la fonction publique), même si le cabinet ministériel est massivement constitué de fonctionnaires (qui sont en détachement).

Au titre des conseils, on peut également citer le Conseil d'État qui, dans ses fonctions consultatives, n'a d'obligation à l'égard du pouvoir politique

[Le 11-01-2011]

[2 heures 4 minutes]

Doctrines politiques et formation de l'administration moderne

L'administration dans la théorie de la souveraineté

Prodromes de l'administration moderne

Construction de l'administration d'État par la monarchie française

L'administration dans la philosophie de l'État post-révolutionnaire

Hegel

Marx

L'administration comme objet de la Sociologie

L'administration dans l'État de droit

L'idée de régulation et les autorités administratives indépendantes (AAI)

La technocratie

Le service public

Souveraineté et service public

Service public en approche économique

Service public et droit communautaire

Autorité et pouvoirs judiciaires

Séparation des pouvoirs et pouvoir judiciaire

L'autorité judiciaire en France

Vers un véritable pouvoir judiciaire ?

L'enjeu de la procédure pénale

Éléments de politique pénale et pénitentiaire

L'État-providence

Fondements

Crise

On s'accorde à considérer qu'il y a une crise de l'État-providence depuis la fin des années 1980. Un des marqueurs de cette problématique est un livre de Pierre Rosanvallon sorti 1981 et intitulé *La crise de l'État-providence*.

On s'accorde aussi à considérer que cette crise est double : elle est à la fois une crise d'efficacité et une crise de légitimité, les deux étant bien évidemment imbriquées. En effet, la légitimité d'une institution fait partie de son efficacité (elle peut être moins légitimée si elle est moins efficace), mais en même temps, son efficacité peut provenir de sa légitimité à agir.

Crise d'efficacité

Cette crise d'efficacité est avant tout (mais pas uniquement) une crise financière. Il y a une contrainte financière globale, un ciseau financier terrible, qui pèse sur les institutions de l'État-providence.

Il y a un lien intrinsèque assez fort entre l'État-providence et la situation de plein-emploi. L'État-providence a bien marché à l'époque du plein-emploi ; il a aussi contribué au plein-emploi et à sa pérennité pendant trente à quarante années. Mais, quel que soit le sens dans lequel on prend ce lien – à savoir que (la réussite de) l'État-providence est conditionné(e) par le plein-emploi et que lui-même y contribue –, il y a un lien qui est le suivant :

- lorsqu'il y a plein-emploi, il y a maximisation des gains de croissance, ce qui dégage des marges et des garanties pour la croissance ;

- dans un système massivement financé par prélèvement sur les revenus du travail, le plein-emploi maximise les recettes, c'est-à-dire les ressources, de l'État-providence ;
- dans la mesure où le plein-emploi est lié à un niveau élevé d'activité et génère des ressources fiscales importantes, la partie des prestations de l'État-providence qui est financée par l'impôt est également financée par la situation de plein-emploi ;
- du côté des dépenses, en situation de plein-emploi, un certain nombre de risques qui sont couverts (comme le risque de perte d'emploi) présentent un caractère vraiment conjoncturel et aléatoire (presque accidentel).

Pour résumer, durant les Trente Glorieuses, les taux de chômage ne dépassaient jamais 4 à 5 %, ce qui maximisait les ressources et minimisait les dépenses, au titre au moins de la couverture de perte d'emploi.

Depuis une vingtaine d'années, toutes ces conditions se sont pratiquement inversées. Il s'est donc créé un ciseau qui fonctionne à la fois du côté des dépenses et du côté des recettes.

Du côté des dépenses, il y a tout d'abord une inflation des besoins qui est liée aux cinq grands risques traditionnellement couverts (maladie, accident du travail, famille, retraite et chômage). Une première raison à cela est que certains risques couverts qui avaient un caractère aléatoire ont changé de fréquence et sont devenus beaucoup plus structurels. Le premier exemple est qu'il y a un taux de chômage élevé de la population active dans un contexte où le taux d'emploi de la population est lui-même faible et en diminution constante ; et le taux d'emploi ne baisse pas seulement de la hausse du chômage mais aussi du fait de la prolongation des études et du rajeunissement de l'âge effectif de cessation d'activité. En France, il y a un vrai problème à ce sujet car le taux d'emploi de la population – c'est-à-dire la population effectivement occupée rapportée à l'ensemble de la population, voire même rapportée à l'ensemble de la population active susceptible de travailler – est particulièrement faible. Évidemment, quand les gens ne sont pas au travail (pour une raison ou pour une autre), il faut quand même leur assurer une subsistance, et donc le tirage sur les ressources de l'État-providence à ce titre a eu tendance à croître sans discontinuer depuis une trentaine d'années, et plus particulièrement depuis 1993.

- Dès 1983-1984 sont apparus les premiers signes de la crise d'adaptation du tissu industriel français : c'est l'époque des crises de la sidérurgie, des mines, d'une partie de l'automobile, de la machine-outil. Déjà il y a eu des signes d'alerte, et ces crises ont été relativement mal traitées parce qu'on a fermé, de manière parfois trop rapide, sans gérer les conséquences (au niveau de la Lorraine, on a connu un véritable désert d'activité du fait des fermetures d'industrie).
- En 1989, du fait de la chute du Mur de Berlin et de la réunification allemande, des besoins de financement énormes ont été exprimés par l'Allemagne. Cela a conduit à des emprunts en Mark à des taux élevés pour attirer à tout prix les financements internationaux ; et, si on voulait que la monnaie Franc reste attachée au Mark, il fallait suivre cette hausse des taux (pour éviter qu'il y ait une prime négative sur le Franc). Les taux d'intérêt en France ont donc commencé à atteindre des niveaux colossaux (certains emprunts d'État ont été réalisés à des taux à deux chiffres !). Le choix a été fait à l'époque sous la présidence de François Mitterrand de laisser le Franc arrimé au Mark, choix qui a été très discuté, avec un aspect politique lié à cette décision. Mais, sur le plan économique, la France a payé ce choix extrêmement cher (le coût du capital devenant prohibitif avec des taux d'intérêt aussi élevés, empêchant par là-même le financement des dépenses étatiques).
- Entre 1990 et 1993, il y a eu environ un million de chômeurs en plus quasiment d'un seul coup. Et c'est à ce moment-là qu'on a atteint ce niveau de chômeurs qui est devenu quasi-structurel (de l'ordre de 10 % de la population active). L'impact sur les coûts de l'assurance chômage s'en est suivi immédiatement, et le seul traitement qu'on a pu donner depuis a été la diminution du niveau et de la durée des garanties. Le chômage qui était frictionnel jusqu'alors est devenu structurel, à un niveau relativement élevé.

Deuxièmement, toujours du côté des dépenses, les dépenses de retraite connaissent une explosion qui est liée à la structure démographique de la population (dû au pic de naissances de l'immédiate après-guerre), à la croissance de l'espérance de vie, et en même temps à la tendance constante, pour traiter le chômage, à réduire l'âge de départ effectif à la retraite (ou plutôt de cessation d'activité).

[10 minutes]

apparition de nouveaux risques.

Perspectives

La technocratie

Aux sources intellectuelles de l'idée de technocratie

Figures contemporaines de la technocratie

Séparation des pouvoirs et institution(s) judiciaire(s)

Ce sont Hérodote (dans ses *Histoires*) et Aristote (dans son texte *La Politique*) qui ont, pour la première fois (semble-t-il), théorisé le fait que le pouvoir politique était constitué en réalité de trois pouvoirs :

- le pouvoir de légiférer ;
- le pouvoir de commander, donc d'exécuter ;
- le pouvoir de juger.

Jusqu'à présent, la réflexion, en Occident du moins, est enfermée dans cette trilogie : pour l'essentiel, tous les pouvoirs se ramènent à l'un de ces trois-là. Et depuis ce moment-là, du coup, l'articulation entre ces trois pouvoirs constitue l'enjeu principal des Constitutions – qu'est-ce qu'une Constitution ? C'est un texte fondamental qui organise les rapports entre ces trois pouvoirs – ; c'est aussi l'un des enjeux majeurs de la philosophie politique ; et c'est l'une des questions qui, véritablement, anime la vie politique, la vie des institutions politiques. Et s'il est un pays où cela a du sens, où cela est vrai, c'est bien la France.

En parlant d'« institution judiciaire » dans l'intitulé de ce chapitre, nous ne parlons ni d'« autorité » ni de « pouvoir » judiciaire, laissant ainsi ouverte la question d'autorité ou de pouvoir. Aujourd'hui, l'institution judiciaire en France est reconnue comme une autorité (d'après le Titre VIII de la Constitution de la V^e République), mais pas comme un pouvoir.

Le plan que nous suivrons est le suivant : dans la première partie, nous essaierons de donner des éléments d'histoire de l'institution judiciaire en France ; dans une deuxième partie, nous ferons un point sur l'état et la place aujourd'hui de l'institution judiciaire ; et dans une troisième partie nous poserons la question : vers un véritable pouvoir judiciaire ? où nous examinerons en quoi consisterait l'instauration d'un pouvoir judiciaire, et où nous ferons un peu d'histoire récente de la justice car nous avons véritablement en France une histoire qui bégaye sur cette question et des tendances qui poussent à l'érection d'un véritable pouvoir judiciaire et d'autres tendances, plus puissantes encore, qui nous empêchent d'aller au bout de cette tendance. Enfin, nous ferons un point, à la fois parce qu'il est d'actualité et aussi parce qu'il est d'une véritable importance, sur la question de la procédure pénale (qui n'est pas étrangère à la question de la relation entre les pouvoirs) et de sa réforme actuelle.

Une histoire chargée

Nous nous rattachons à une tradition politique qui veut que, comme le dit l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 : « Toute société dans laquelle la

garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution ».

On perçoit par là le sens fort du terme « Constitution », car toute société qui ne garantit pas les droits ni la séparation des pouvoirs n'est pas constituée, n'est pas un corps politique, n'a pas d'existence en tant que corps politique ! Elle n'est qu'un simple État de fait, qu'une société à l'image d'une société, et qui n'est pas sorti de l'état « nature » ; c'est un simple rassemblement d'individus.

On voit donc l'importance qui est donnée par cet énoncé au principe de la séparation des pouvoirs. On considère d'ailleurs que cet article établit aussi un lien entre la garantie des droits et la séparation des pouvoirs.

En réalité, la simplicité apparente de cet énoncé cache que le statut de l'institution judiciaire, en France, est un enjeu historique colossal et une question d'une grande complexité, notamment parce que le statut de l'institution judiciaire en France peut être rattaché à deux traditions intellectuelles (toujours les mêmes) qui sont : d'une part les doctrines de la souveraineté, et d'autre part les doctrines de la séparation des pouvoirs. Et l'État français ne va pas très bien depuis un certain temps parce qu'il est le siège d'une friction de deux plaques tectoniques, friction qui n'arrive pas à se stabiliser, à parvenir à l'état d'équilibre, entre ce que nous devons à la doctrine de la souveraineté, le fait que l'État français a été construit sous l'égide de la souveraineté, et que, en même temps, cet État a été travaillé de l'intérieur par les doctrines libérales de la séparation des pouvoirs ; et il s'est créé toujours entre ces deux traditions des interactions, des compromis, des états d'équilibre, mais des équilibres qui sont restés imparfaits et instables. La construction européenne est l'épisode qui a ré-ouvert des lits de fractures qui s'étaient colmatés.

Le statut et la place de l'institution judiciaire s'est d'abord théorisé et représenté à l'intérieur de doctrines de la souveraineté. Que disent ces doctrines ? En résumant (beaucoup), depuis les théoriciens de l'Empire romain jusqu'aux grands juristes français, disent les choses suivantes :

- Premièrement, la justice est une dette du souverain (c'est la première dette de la souveraineté). Rendre la justice est le premier devoir d'un souverain. Rendre ou restituer la justice est une restitution ; c'est rendre ou restituer à chacun son dû. La justice en tant que fonction publique est une fonction distributive ; elle se perçoit comme l'acte de rendre à chacun, d'une certaine manière, ce qu'il avait déjà par droit naturel, avant que les institutions ne viennent déformer cette répartition qui était de nature, de volonté divine. En rendant la justice, le souverain restitue à chacun son droit d'origine ; c'est donc son premier devoir.
- Deuxièmement, comment le souverain doit-il rendre justice ? Notamment, est-ce qu'il doit rendre justice en personne ou pas ? C'est là que les choses se compliquent. La première idée, sacralisée par l'image de Saint-Louis rendant justice à Vincennes, est la tradition du souverain qui rend justice en personne ; c'est l'idéal médiéval du roi justicier, qui s'arrête un moment et qui, tout le temps (toutes les semaines, tous les mois, etc.), prévoit un temps pour abandonner les affaires du royaume (les affaires générales, les grands projets) et qui, humblement, consacre une partie de son temps pour trancher les causes les plus pénibles, les plus petites, les plus mesquines.

Cet idéal du roi justicier prévaut assez largement jusqu'aux XIII^e et XIV^e siècles, même si évidemment il avait déjà des exceptions parce que le roi déléguait à un certain nombre de conseils puis aux fameuses cours souveraines une partie de son pouvoir de rendre la justice.

Mais il a fallu attendre le XVI^e siècle pour voir défendre, avec Jean Bodin (grand théoricien de la souveraineté) dans les *Six Livres de la République*, la thèse absolument inverse selon laquelle le souverain ne doit pas rendre la justice en personne. Ainsi, dans le Livre III des *Six Livres de la République*, il y a un Chapitre VI intitulé « S'il est expédiant que le Prince juge les sujets et qu'il se communique souvent à eux » dans lequel Bodin défend catégoriquement la réponse "non, le souverain ne doit pas rendre justice en personne".

Alors pourquoi ? Bodin reprend et capitalise des idées qui avaient déjà été émises avant lui par d'autres juristes, notamment l'idée que le Roi n'est pas juriste. Rendre justice n'est pas uniquement une affaire d'instinct ou de juger, c'est une technique, et il y a des principes pour maintenir la cohérence ; et donc le Roi ne pourra rendre la justice que s'il la rend conseillé par des gens qui connaissent la matière, le droit. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, quel que soit ensuite les institutions qui rendent la justice, quand le souverain rend la justice, il la rend au minimum en son Conseil et, le cas échéant, il la rend par l'intermédiaire de ses cours, de ses parlements (le Roi ne rend plus la justice seul quasiment depuis le XIV^e siècle).

[1 heure 58 minutes]

Le pouvoir et la vie

La catastrophe sanitaire est devenue l'une des grandes angoisses des États modernes, et ceci pour une raison presque accidentelle qui est que la société ne supporte plus le malheur. Et donc, là où il y a malheur, il y a forcément une faute et un coupable. La société ne supporte plus l'idée qu'un grand malheur puisse être causé par erreur, par le hasard, ou par des choses hors d'atteinte. Plus grand est le malheur, plus grand doit être le responsable, et plus grande doit forcément être la faute.

Tous les grands scandales sanitaires (vache folle, maladie de Creutzfeldt-Jakob, etc.) ont donné naissance à des mouvements d'opinion qui tendaient à la pénalisation, à la recherche de responsables pénaux. Cela s'est traduit notamment par des modifications du Code Pénal, par exemple l'introduction dans les années 1990 des règles sur la mise en danger de la vie d'autrui.

La crise sanitaire est devenue l'angoisse des fonctionnaires et l'angoisse des hommes politiques pour une raison un peu triviale qui est qu'ils peuvent se retrouver chacun, qui disposait du pouvoir d'empêcher, incriminés pénalement pour ne pas avoir fait usage de ce pouvoir d'empêcher.

Mais, plus fondamentalement, ces grandes crises sanitaires sont l'obsession des États pour une raison simple qui est que les sociétés développées ne supportent plus l'idée qu'on fasse le sacrifice d'aucune vie humaine. La vie humaine dans le moindre de ses spécimens individuels a acquis une valeur sacrée au sens propre du terme, c'est-à-dire que rien ne peut être sacrifié ; il n'est rien dans la valeur qui puisse équivaloir à une vie humaine. Et donc, l'idée qu'une personne soit morte parce que telle poche de plasma qui pouvait être filtrée, chauffée, etc., ne l'ait pas été ; qu'un travailleur qui aurait pu être sauvé avec des protections suffisantes contre l'amiante et qui ne l'a pas été parce qu'indolence, appât du gain des entreprises qui ne voulaient pas dépenser d'argent ; l'idée même que, pour quelque raison que ce soit, on ait pu sacrifier ne serait-ce qu'une vie humaine est devenue insupportable. Le phénomène de la prise d'otages est par exemple un pur produit de cet état de la société moderne ; si ces sociétés n'étaient pas dans cet état d'esprit, la prise d'otages n'aurait pas de sens. Parce que : qu'est-ce que la prise d'otages (notamment pour émettre des revendications à l'égard de l'État) ? On sort de plusieurs siècles, voire plusieurs millénaires, de dogmes selon lesquels rien ne vient à la hauteur des intérêts de l'État, qui l'emportent sur tout le reste. La notion de « raison d'État » exprime cela. Et donc, tout doit être sacrifié à l'intérêt et à la raison de l'État, y compris dans les grands empires de l'Antiquité des milliers voire des millions d'hommes : s'il faut construire la Grande Muraille de Chine en dix ans et que pour ça il faut mettre 50 millions de personnes dessus et que 3 millions d'entre elles vont rester sur le carreau, ça vaut la peine. On sort d'une histoire millénaire dans laquelle pratiquement tout peut être sacrifié aux intérêts de l'État et on entre dans une période où rien ne peut être sacrifié à la perte d'une vie humaine singulière. C'est pour cela que la prise d'otages est efficace ; parce que l'État qui est confronté à une prise d'otages se trouve confronté au dilemme suivant : sauver la vie des otages et concéder (avouer) que les intérêts supérieurs de l'État ne sont pas si supérieurs que

ça, ou continuer à faire prévaloir les intérêts supérieurs de l'État et démontrer son inhumanité alors que ce qui le fonde face aux preneurs d'otages, ce sont soi-disant les valeurs d'humanité. C'est un dilemme absolument diabolique pour les États. La seule façon de s'en sortir est de neutraliser les preneurs d'otages avant qu'ils aient pu faire du mal aux gens (c'est rôle des tireurs d'élite) parce que, en soi, la prise d'otage pose aux États qui gouvernent les sociétés modernes une question absolue insoluble.

La question des atteintes à la vie humaine est donc devenue une obsession permanente de l'action administrative, notamment la prévention des risques sous toutes leurs formes : environnementale, sanitaire, alimentaire, thérapeutique, épidémique... La sur-réaction que l'État français a eu, en 2010, à propos de la grippe A, ne peut pas s'expliquer indépendamment de ce contexte et indépendamment du traumatisme qu'ont été pour les administrations et les ministères le scandale du sang contaminé et le problème de l'ESB (maladie de la vache folle), auxquels on peut rattacher aussi le problème de l'amiante. Cette hyperréactivité signale simplement que ce type de problème-là (la prévention des atteintes à la vie humaine) est devenu une des obsessions des autorités publiques.

C'est le thème de ce chapitre : montrer d'abord comment le statut juridique et éthique de la vie s'est trouvé modifié, comment l'État se trouve confronté à des situations toujours plus nouvelles et plus difficiles à traiter dans la mesure où les atteintes à la vie proviennent d'une démultiplication des pouvoirs d'action (techniques, technologiques, industriels...) qui en général ne sont pas dans la main des États mais dans celles des entreprises, sociétés privées ou opérateurs de la société civile, tant et si bien que ce n'est plus l'État qui est à l'origine directe des dangers/menaces contre la vie humaine (contrairement à ce qui pouvait exister il y a des siècles), mais l'État est toujours en situation de réaction face à des dangers ou des menaces contre l'intégrité de la vie humaine. L'État court après le danger, et il doit toujours être au courant des dernières inventions qui potentiellement portent des risques pour l'intégrité de la vie humaine ; et il doit être capable en temps voulu, de manière pratiquement immédiate, y compris dans des contextes d'incertitude, d'adopter les réponses appropriées. C'est cette merveille des temps modernes que l'on appelle le principe de précaution, qui est foncièrement une gageüre parce que c'est une impossibilité : il faut, dans les meilleurs délais et dans une situation d'incertitude sur l'existence d'un risque ou la quantification de ce risque, donner les réponses appropriées et proportionnées, c'est-à-dire suffisantes pour empêcher le risque de se réaliser et pas trop massive pour permettre à l'invention et aux activités humaines de continuer à se développer.

L'un des objets de cet exposé est de s'interroger sur la portée et les effets du principe de précaution, principe qui a reçu via la Charte de l'Environnement une consécration constitutionnelle, mais qui reste néanmoins énormément discuté (un certain nombre d'écrivains et d'analystes du secteur de l'industrie argumentent contre le principe de précaution ou qui argumentent pour en limiter le champ d'application aux actions publiques par exemple). Mais il y a aussi pour les entreprises la question du régime de responsabilité qu'elles encourent pour la mise en marché de produits ou de composants dont elles n'ont pas pu encore évaluer les risques qu'ils peuvent comporter pour la santé humaine ou pour l'environnement. C'est aussi un enjeu des politiques actuelles, c'est-à-dire : le régime de responsabilité de l'invention technologique est-il suffisamment sévère ou devrait-il être renforcé ? L'Union européenne a adopté il y a quelques années une directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux, par exemple, mais ce régime de responsabilité n'intègre pas ce qu'on appelle le « risque de développement », c'est-à-dire les risques qui sont consécutifs à une insuffisance de connaissances des effets potentiels d'un produit ou d'un composant. C'est d'ailleurs la source d'un conflit persistant entre la France et la Commission européenne sur la transposition de cette directive. Celle-ci n'a toujours pas été transposée en droit français car en France le régime de la garantie des vices cachés et le principe général de responsabilité voudraient que la responsabilité de l'auteur de la mise en marché d'un produit s'étende aussi aux risques qui sont créés et qui résultent d'une absence de connaissance préalable des éventuels dangers du produit. Dans ce domaine, on a tout le problème des

substances chimiques qui sont répandues à loisir dans tout un tas de produits et dont personne ne connaît, à dose déterminée, les effets sur l'environnement et/ou sur la santé humaine (la directive REACH a commencé à se pencher sur la chose, mais ce n'est qu'un tout début). On a aussi tout le problème des nanotechnologies, qui est un problème majeur et qui est traité de manière manifestement insuffisante (notamment à l'échelle européenne).

Bizarrement, dans le même temps où on a dit à l'État de s'occuper de ses affaires (c'est-à-dire qu'il n'a pas à s'intéresser à la façon dont vivent les gens) – c'est-à-dire dans le même temps où on a refoulé l'État de la vie privée et du domaine des valeurs –, on invoque l'État pour qu'il nous aide à voir le juste et l'injuste dans un certain nombre de matières. Ce sont les problèmes de bioéthique : la procréation médicale assistée, l'insémination par donneur anonyme, la fécondation *in vitro*, la gestation pour le compte de tiers, le clonage, la culture d'embryons à des fins thérapeutiques ou à des fins de recherche, diagnostic anténatal, etc. Ces problèmes sont-ils licites ou pas ? Aucune religion, aucun corps de principes ne nous donne d'étalon qui nous permet de distinguer dans ces matières le juste de l'injuste, le permis de l'interdit. Il faut que nous fabriquions la norme dans un état de contingence absolue. C'est-à-dire que, sachant que nous n'avons pas de principe supérieur qui nous guide (sauf quelques-uns : l'intégrité de la vie humaine et la indisponibilité du corps humain), dans un climat d'incertitude et aussi pris que nous sommes par le désir d'embellir la vie, nous devons fabriquer de la norme. Et pour cela, nous nous adressons à l'État. D'où tous ces conseils d'éthique, ces commissions parlementaires de révision des lois bioéthiques, etc. ; tous ces travaux institutionnels qui visent à faire sortir de la société une norme assez communément acceptée sur toutes les questions de la bioéthique.

Toutes ces questions et les volontés qui l'accompagnent – notamment le désir d'embellir la vie – sont un des traits de la société moderne. C'est la conséquence, d'abord de l'élévation du niveau de vie, du niveau de santé ; et c'est en grande partie la conséquence de cette chose dont on a du mal à mesurer l'exception qui est la santé à la portée de tous. Toute personne normalement, et même d'ailleurs pas normalement constituée, peut nourrir l'ambition légitime d'avoir accès à une vie normale ; c'est-à-dire si elle est touchée par une affection, de la voir guérie – et les progrès médicaux incessants nous amènent à l'idée qu'il n'y a pas de maladie qui résistera au progrès des techniques diagnostiques et thérapeutiques –, et toute personne affectée d'un handicap peut nourrir l'ambition légitime de voir ce handicap réparé (en nature ou par des prestations compensatoires) ou atténué (tous les dispositifs sociaux d'aide aux personnes handicapées destinés à faciliter leur mobilité, leur accès aux études et au travail, la prise en charge des enfants handicapés précoces ou des handicapés adultes, etc.). On a fait des pas tellement importants dans ce processus qu'on en vient à penser qu'on doit forcément de continuer (avoir une durée de vie allongée, vivre bien plus longtemps...). On est toujours dans cette période débutée au XVIII^e siècle, à l'apogée de Lumières, qui est marquée par l'idéologie du progrès indéfini. C'est une nouveauté dans l'histoire des sociétés humaines, parce que beaucoup d'entre elles ont été imprimées par un schéma temporel cyclique de l'anéantissement du monde et de la régénération du monde par périodes (schéma de la révolution périodique). L'idée du progrès indéfini est par exemple complètement étrangère à la cité grecque antique ou à la plupart des autres grandes sociétés antiques. Avec les religions monothéistes, nous avons été façonnés par un autre schéma temporel qui est une sorte de division du temps en trois grandes périodes. Il y avait l'« avant » le moment natif, c'est-à-dire avant le « grand moment » : la révélation, la naissance du Christ, l'apparition du prophète, le retour aux terres promises, etc. ; ce « avant » était un monde noir dont on n'a pas à dire grand-chose, une sorte de Préhistoire dans l'Histoire. Puis le « grand moment » ouvre un temps, mais un temps qui est lui-même un intérim, puisqu'à cette histoire il y a un terme qui est le Millenium, le Jugement Dernier, le retour du Messie, etc. Donc, quoi que nous fassions ou quoi qu'il nous arrive dans l'histoire de notre vie terrestre, ça ne sera jamais qu'un intérim

marqué par toutes sortes d'imperfections, d'aléas, de misères ; c'est notre lot de porter les trois calamités bibliques : besoin, rareté, travail ; qui resteront attachées à nos pas jusqu'à la fin.

Certaines religions sont plus optimistes que d'autres, comme l'Hébraïsme, ou le Judaïsme qui est une religion très optimiste : quels que soient les malheurs, on peut toujours espérer de l'avenir ; il ne faut jamais prédire l'avenir parce que « chaque seconde est le trou d'aiguilles par lequel le messie peut venir se glisser » disent les sages ; les plus grandes merveilles pourraient advenir n'importe quand, même au plus profond des drames. Et puis, à l'autre bout, il y a l'Islam, qui semble être une religion particulièrement pessimiste, si l'on en croit du moins la lettre du Coran : chaque génération est pire que la précédente ; tout va de mal en pis ; au fond, le temps des perfections est le temps des origines (c'est-à-dire le temps du prophète) et toute l'histoire qui se déroule postérieurement est le temps d'une dégradation. Mais, quelle que soit la coloration plutôt pessimiste ou optimiste de ces religions, dans tous ces monothéismes le temps de l'histoire terrestre est « à l'intérieur ». Ce n'est donc pas une histoire qui mérite d'être tellement valorisée ; en tout cas elle ne mérite pas d'être survalorisée. Elle n'est qu'un « moindre » quelque chose par rapport à ce qui se passe après (et qui est le retour du messie, puis la vie éternelle...).

Ce qui se passe à la fin du XVIII^e siècle, c'est l'apparition d'une nouvelle structure temporelle (d'un nouveau *pattern*) qui est celle du progrès indéfini. D'après cette nouvelle idéologie : premièrement, le siège de toute notre histoire est l'histoire terrestre (il n'en existe pas d'autre) ; et deuxièmement, on ne voit pas pourquoi on s'arrêterait de progresser. Les techniques sont en voie de progression indéfinie, et l'espère humaine elle-même, les capacités de connaissance voire la valeur morale de l'humanité, ne va pas cesser de progresser. Nous sommes encore sur la lancée de cette idéologie au moment où, pour la première fois, cette idéologie butte sur ses limites. Avec les grandes aventures totalitaires, elle a buté sur l'idée que l'humanité en tant que collectivité organisée est en voie de perfectionnement permanent (on a vu que le pire peut naître, y compris des sociétés les plus développées).

Secondement, avec le développement industriel, on a vu que le développement industriel ne suffit pas pour éradiquer la rareté. Nous vivons dans ce régime économique qui a beaucoup de qualités mais qui a aussi ce défaut de reconstituer sans arrêt la rareté que par ailleurs il abolit. On produit cent ou deux cents fois plus qu'il y a deux siècles, mais on a toujours des besoins pressants. Il y a toujours des besoins qui sont considérés comme fondamentaux et qui sont mal satisfaits. Donc, nous avons un rapport bizarre avec la rareté.

Il existe une troisième barrière qui est l'écologie. On se rend compte que l'idée du progrès indéfini a pour condisciple/corrélat l'idée d'une possibilité de tirage indéfini sur la nature. Or la nature est un stock, et les stocks se renouvellent plus ou moins lentement (voire pas du tout).

Une quatrième limite est que, autant le XX^e siècle a été un siècle de progrès monstrueusement importants dans tous les domaines de la science, autant ces progrès eux-mêmes ont démultiplié les zones d'inconnu/d'inconnaissance auxquelles nous sommes confrontés. Plus la science avance, plus, à mesure qu'elle résout des problèmes, elle dévoile des champs de problèmes non résolus et de plus en plus difficiles à résoudre. Donc, même sur le plan des connaissances, l'idée d'un progrès indéfini en a pris un coup. Par ailleurs, on sait que dans différents domaines de la science on bute sur des limites qui sont apparemment infranchissables. Par exemple, en physique, on sait qu'il y a des minima en deçà desquels on ne peut pas descendre parce que nous sommes constitués de la matière même (c'est un problème structurel). De même, sur la connaissance de l'univers, on sait très bien qu'on ne peut connaître les étapes primitives de l'univers qu'en percevant ex post les émissions, les rayonnements, issus de ces étapes primitives. Donc, nous sommes sur une pente du temps, et nous ne pouvons pas remonter cette pente (en clair, nous ne connaissons jamais les états de l'univers qui ont pu exister avant les rayonnements que nous percevons aujourd'hui).

Petit à petit, nous sommes amenés à cette idée qu'il y a des limites, et nous allons découvrir aussi cette autre limite que le coût de l'embellissement marginal de la vie (de l'année supplémentaire de vie acquise ou du bien-être marginal acquis par quelque opération de

chirurgie que ce soit) risque de devenir absolument prohibitif. Ce qu'on appelle la « crise de l'État providence », c'est un peu ça : nous sommes rentrés depuis une vingtaine d'années dans une zone de turbulence dans laquelle le coût marginal du gain de bien-être rapporté à l'ensemble de la richesse totale devient de plus en plus élevé.

Globalement, le budget de l'assurance-maladie obligatoire, quelles que soient toutes les réformes qu'on a pu faire, a augmenté de 6 à 8 % tous les ans sans discontinuer pendant les vingt dernières années. Et donc, nous allons être confrontés à une limite qui est : le coût marginal du bien-être supplémentaire acquis est-il encore supportable par rapport à l'état de richesse de la société ? Cet état de richesse se caractérise notamment par le fait que chaque année depuis 4-5 ans, deux à trois points de croissance nous sont ponctionnés par la Chine et que, avec un taux d'emploi très faible et un taux de chômage très élevé, l'assiette financière de tous les régimes de protection sociale se trouve fragilisée.

Donc, nous sommes entrés dans une période où on découvre la dureté de certaines barrières, certaines limites, assez multiples. Nous nous trouvons vraiment à la période de la fin de certaines illusions (période de la fin du XX^e siècle-début du XXI^e siècle), notamment celle du progrès indéfini. Mais, nous ne sommes pas encore prêts à nous poser cette question. Cela peut choquer, mais nous avons tous des parents ou des grands-parents âgés et nous avons tous été confrontés au problème des dernières années de vie, et nous savons très bien que ces dernières années de vie sont à la fois, pour beaucoup de gens, les plus inutiles de toute leur vie – parce que ce sont de toute façon des années de souffrance. Par exemple, quand on passe dix ans avec Alzheimer ou cinq ans après avoir eu un arrêt vasculaire cérébral (AVC) qui vous a détruit les trois-quarts du cerveau ; c'est la partie de la vie la plus inutile. Et la personne, même si elle garde un minimum de conscience, est la première à dire que, vraiment, ça ne vaut pas la peine d'être vécu. Ce sont en même temps les parties les plus coûteuses ; ainsi, la moitié des dépenses de soins qu'engendre une personne sont provoquées dans la dernière année de sa vie (en clair : une personne engendre la moitié de ses dépenses de soin de toute sa vie dans la dernière année de sa vie), ce qui est normal car l'année où l'on va mourir est celle où on a été le plus malade avant ; mis à part les accidents.

On peut faire de l'acharnement thérapeutique, on peut multiplier les actes de soin, même complètement désespérés. Mais il y a un moment où l'on bute sur une barrière économique, où on bute sur des choix. Les actes de soin sont confrontés à un régime de rareté (ils n'y échappent pas), et on doit faire un arbitrage. Nous ne sommes pas encore mûrs pour nous poser explicitement le problème, mais on peut dire que lorsque l'on est le chef d'un service hospitalier, c'est une question que l'on se pose évidemment tous les jours. Quand vous êtes dans un service d'anesthésie-réanimation, que vous avez dix-huit machines et que vingt-deux personnes sont arrivées, que faites-vous ? Ainsi, on est confronté à des décisions relatives au jugement de l'état des personnes : si un patient est dans un état de coma irréversible (aucune chance de s'en sortir donc), il faut couper la machine. Donc, dans les services de la santé, tous les jours on fait des comptes, et tous les jours on fait des arbitrages.

Les sociétés avancées de l'Occident sont bien sûr plus proches de prendre conscience de ces limites parce qu'elles y sont confrontées. Au niveau de l'endettement, tous les pays développés, qui limitent le champ d'action des États et qui donc amènent ces États à réduire leurs ambitions (c'est-à-dire à tailler dans un certain nombre de services), nous prédisposent à comprendre un peu mieux les limites qu'un pays en développement comme la Chine où effectivement on a l'impression que tout explose et que tout peut continuer indéfiniment comme ça. Quand on est dans un pays où tout est en boum grâce au développement et où on peut se dire que chacun à sa chance, et quand on est dans une séquence temporelle où d'années en années les choses vont encore mieux, on est moins disposé à accéder à ce genre d'idées. Quand, d'autre part, pour la première fois de votre vie vous avez accès à des éléments de confort moderne, etc., vous êtes assez peu disposés à l'exercice de lucidité. Ainsi, les Chinois ont accès pour la première fois à la voiture, et ils ont accès directement aux voitures d'aujourd'hui, ce qui représente pour eux une révolution. Donc, ils sont assez peu préparés à se rendre compte de limites. D'autre part, en Chine toujours, en matière de prestations

sociales, les réformes des années quatre-vingt ont provoqué la destruction très brutale de tous les systèmes de protection sociale tels qu'ils existaient auparavant (c'était l'usine/l'entreprise qui s'occupait de tous : enfants, etc.), mais l'État et les provinces ont reconstruit depuis les systèmes de protection sociale. Certes, ils sont loin d'être parfaits et sont loin de ceux qu'il y a en France, mais ils sont nettement mieux qu'avant. Donc les gens ont globalement un sentiment d'amélioration, même s'il y a des inégalités absolument gigantesques et des frustrations. Ça ne rend pas les gens tout à fait disposés à tenir un discours de catastrophe. En ce sens-là, il y a peut-être un décalage dans le temps entre différents types de sociétés. Cela dit, les problèmes sont communs et on va tous les rencontrer un jour ou l'autre.

L'État et le marché

Marché et institution

Marché et action collective : le dilemme étatique

Marché, efficacité, justice, démocratie

République, libéralisme et communauté(s)

Qu'est-ce que la République ?

Qu'est-ce que le libéralisme ?

Qu'est-ce que le communautarisme ?

République et Communauté(s)

Éléments de politique éducative

L'École telle qu'elle devrait être : les projets éducatifs de la révolution française

L'École telle qu'elle fût : l'œuvre de la III^e République

L'École telle qu'elle est devenue

Perspectives

Éléments de politique militaire et de défense

Droit de la guerre (éléments de théorie juridique de la guerre)

La politique de défense

Intelligence et raison d'État