Congrès AFSP Aix 2015
ST 31 : « Rendre faillible le secteur public : processus, instruments et acteurs de la mise en crise financière des services publics »

Charles Bosvieux-Onyekwelu
CESSP (Centre européen de sociologie et de science politique)
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
charles.bosvieux-onyekwelu@normalesup.org

« *Le public et le privé : une relecture de la LOLF à l'aune des recompositions disciplinaires à l'œuvre dans le champ juridique* »

« *Il est de bon ton de dire : l'État français est une sorte d'exception archaïque. Ce n'est pas vrai du tout. Le service public, les transports publics, l'hôpital public, l'école publique, etc., tout cela est une civilisation tout à fait extraordinaire qui a été difficile à construire. Pour inventer l'idée de "public" par opposition à "privé", il a fallu des générations de juristes, de philosophes* »

Pierre Bourdieu, *Propos sur le champ politique*[1]

Votée à l'été 2001 et progressivement entrée en vigueur entre 2002 et 2006, la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) a été globalement peu étudiée par les sciences sociales, si ce n'est dans ses applications locales propres à chaque ministère[2]. Un certain nombre de chercheur-se.s ont, chemin faisant, rencontré la LOLF dans leur recherche (par exemple dans ce vaste sous-champ de la discipline que sont les « politiques publiques »), mais les études *d'ensemble* sont tendanciellement abandonnées aux juristes, la LOLF tombant dans le cœur de

[1] BOURDIEU, *Propos sur le champ politique*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 2000, page 46.
[2] Ainsi, pour le ministère de l'Intérieur, LEMOINE Benjamin, « Les mœurs financières de l'État : la carrière de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) au ministère de l'Intérieur (2004-2006) », mémoire de master, Université Paris Dauphine, 2006 ; MUCCHIELLI Laurent, « Le nouveau management de la sécurité à l'épreuve : délinquance et activité policière sous le ministère Sarkozy (2002-2007) », *Champ pénal*, volume V, 2008 [disponible en ligne] ; pour le ministère de l'Enseignement supérieur, EYRAUD Corinne, EL MIRI Mustapha et PEREZ Patrick, « Les enjeux de quantification dans la LOLF : le cas de l'enseignement supérieur », *Revue française de socio-économie*, numéro 7, 2011, pages 147-168 ; LINHARDT Dominique et MUNIESA Fabian, « Du ministère à l'agence : étude d'un processus d'altération politique », *Politix*, numéro 95, 2011, pages 73-102 ; pour le ministère de la Justice, WILLEMEZ Laurent, « Réformisme managérial et transformation de sens : justiciables et professionnels face à la "modernisation" de la justice », *Savoir/Agir* numéro 14, 2010, pages 17-22.

métier des finances publiques, sous-discipline du droit public. Le but de ce papier est précisément de reprendre l'ensemble de la loi organique à partir de l'entrée qui est la mienne, à savoir un point de vue juridiquement informé sur ce qui apparaît selon moi comme la matrice des politiques d'austérité qui sont suivies depuis plusieurs années.

Chez les politistes, l'identification *politique* de la LOLF est en général bien connue, surtout par ceux/celles qui travaillent sur les politiques et les structures publiques, lesquelles ont été nécessairement affectées par la loi organique. Chez les juristes, en revanche, la problématique politique est souvent évacuée au nom du positivisme qui domine actuellement la doctrine juridique française. S'essayer à caractériser la LOLF comme un élément central de la mise en crise des services publics, fondée sur une conception gestionnaire de la rationalité ainsi que sur le primat de l'objectivité du chiffre, c'est tenter d'étudier la LOLF pour elle-même, donc moins dans une perspective de politiques publiques que de sociologie (historique) du droit. En d'autres termes, il s'agit d'essayer d'opérer une jonction entre la synchronie et la diachronie des services publics en tant qu'ils dépendent d'un cadre juridique spécifique. Dans mon cas, cela signifie étalonner le « terrain » historique sur lequel je travaille dans le cadre de ma thèse[3] par rapport à un phénomène de mise en crise des services publics auxquels, en tant qu'enseignant.e.s-chercheur-se.s exerçant dans des structures publiques, nous sommes tous/toutes confronté.e.s. Cela étant, il faut bien évidemment préciser que le « terrain » historique dont il est question (la troisième République) est, bien antérieur à la mise en place de la LOLF. C'est néanmoins un « terrain » au cours duquel se précise la *summa divisio* du droit français (*i.e.* la distinction entre droit public et droit privé), sur laquelle s'est construit le monopole des juristes sur la « théorie », ou disons le mode d'emploi (périmètre, mode de gestion, mode de financement) du service public. Un des buts de mon intervention est ainsi de confronter ce cadre lourd hérité du droit public, contraignant pour les administrations, avec la logique managériale qui irrigue la loi organique.

Assurant le passage rêvé, pour reprendre la formule de Saint-Simon « *du gouvernement des hommes à l'administration des choses* », la LOLF apparaît ainsi comme l'*instrument* qui commande à tous les autres ; elle s'inscrit dans un air du temps, une « *forme tout à fait nouvelle de gouvernance* »[4] qu'on ne peut saisir qu'en la rattachant aux autres « réformes » (RGPP, MAP) intervenues après 2001. Une relecture de la LOLF à l'aune de la redistribution des compétences disciplinaires intervenue au siècle dernier dans les mondes du droit permet alors de remettre cette séquence en perspective, en suivant l'idée que, en sociologie du droit, une juridiction (au sens strict de compétence pour dire le droit) est un pouvoir, et que « *par un fait de nature, l'objet-droit produit nécessairement une attirance réciproque entre la sphère des décideurs et celle des savants* »[5]. Par conséquent, le politique se cache (et même apparaît parfois explicitement) derrière le « technique », et c'est pour cette raison qu'il est utile de remonter la

[3] Ce « terrain » historique s'inscrit donc dans un travail de doctorat qui, au croisement de la sociohistoire du politique et de l'histoire sociale des idées, vise à expliquer comment le droit administratif de la troisième République a pu trouver dans le service public une catégorie organisatrice de son discours tout autant qu'un nouveau langage sur l'État. Par notamment une prosopographie analysant et reconstituant les carrières des membres du Conseil d'État entre 1873 et 1940 ainsi que celles des professeurs de droit de l'époque, je m'intéresse aux interactions entre décideurs politiques, hauts fonctionnaires et universitaires, et aussi à la diffusion de cette notion de service public au-delà du champ juridique, au travers de questions comme le droit de grève et la syndicalisation à l'intérieur de la fonction publique, ou encore la mise en place progressive de l'impôt sur le revenu. En termes méthodologiques, je recours à la fois à la sociologie des champs et à la sociologie des professions, et les archives que j'utilise dans ce cadre sont essentiellement celles du Conseil d'État, celles des facultés de droit, celles du Gouvernement et celles du monde syndical.

[4] BOUVIER Michel, ESCLASSAN Marie-Christine et LASSALE Jean-Pierre, *Finances publiques*, Paris, LGDJ, 2014, page 10.

[5] JAMIN Christophe et JESTAZ Philippe, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, page 177.

longue chaîne des raisons qui, en droit, « transsubstantialisent », c'est-à-dire permettent de produire de l'universel à partir de cas d'espèces singuliers.

Ce que ce texte se chargera de justifier, c'est donc le côté « principiel » de la loi organique : si, comme on l'a mentionné, d'autres « réformes » sont passées depuis la LOLF, il n'empêche que celle-ci reste, par sa dimension architectonique, « la salle des machines » des finances publiques, ce qui justifie qu'on en revienne au cœur de la chose. En termes de méthode, je pars, à côté du « terrain » historique qui constitue la trame de ma thèse, d'une expérience de réflexivité par rapport à l'occasion qui m'a été donnée d'enseigner pendant deux ans les finances publiques à des juristes de deuxième année. Il s'agit ainsi de proposer un retour réflexif sur l'enseignement de cette matière par un politiste. En termes de matériau, je mobilise une bonne partie de la bibliographie déjà existante sur le sujet en essayant de croiser des sources juridiques et des travaux en sciences sociales ; j'y ajoute un échantillonnage des revues savantes et de la presse généraliste au moment du vote de la LOLF à l'été 2001.

Quel peut être l'apport de l'histoire pour une approche *politiste* de la question des services publics ? S'il est toujours délicat de revenir dans l'histoire des origines, on peut également penser, comme le dit Pierre Bourdieu, qu'il n'est « *sans doute pas d'instrument de rupture plus puissant que la reconstruction de la genèse* »[6]. Surtout, il est important, lorsqu'on cherche à rompre avec ce que Delphine Dulong appelle « *une analyse objectiviste des institutions* », de « *sortir de l'anonymat du langage juridique pour redécouvrir les acteurs qui sont et font l'histoire immédiate des institutions, les enjeux symboliques et pratiques qui les animent, les rapports de force entre eux, voire les compromis constitutifs des prescriptions figées dans la règle de droit* »[7]. Dans le cas du service public, il est ainsi dangereux de procéder à une généalogie continue, allant de l'évergétisme des cités grecques au *NHS* britannique en passant par les banalités seigneuriales et les Ateliers nationaux : il y a là une continuité apparente qui masque de formidables ruptures, et on frise le contresens historique si on omet de poser la question de la genèse d'un champ du *public*, au carrefour du champ politique, du champ juridique et du champ bureaucratique :

> Il est important de savoir que l'Église a longtemps rempli des fonctions quasi étatiques d'intérêt général, de service public ; qu'elle a réalisé la première *concentration de capital public* affecté à des fins publiques – éducation, soins des malades, des orphelins, etc. Ce qui explique qu'elle soit entrée en concurrence très violente avec l'État au moment où l'État "social" se mettait en place, au cours du dix-neuvième siècle. L'ordre du "public", de la "chose publique", se constitue historiquement à travers l'émergence d'un champ où des actes d'intérêt général, de service public, soient possibles, encouragés, connus, reconnus et récompensés.[8]

Se rendre sensible à cette absence de continuité historique, c'est voir que depuis la période dont nous allons parler, le vocable de service public s'est chargé de différentes couches sédimentées de significations, à partir d'un mouvement jurisprudentiel lancé à la fin du dix-neuvième siècle et qui a imprimé sa marque à la place qu'occupe le service public dans la culture politique

---

[6] BOURDIEU Pierre, *Raisons pratiques*, Paris, Éditions du Seuil, 1994, page 207.
[7] DULONG Delphine, « Le Premier ministre en actes et en coulisses : l'histoire comme outil et objet d'analyse sociologique des institutions » *in* OFFERLÉ Michel et ROUSSO Henry (dir.), *La fabrique interdisciplinaire*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2008, page 49.
[8] BOURDIEU Pierre, *Raisons pratiques*, œuvre citée, page 208.

française. C'est pourquoi une enquête historique sur le moment républicain des services publics implique de faire retour sur la structuration de ce sous-champ du droit qu'est le droit administratif.

Un certain nombre de travaux ont, en science politique, déjà œuvré à cette reconstitution génétique des différentes branches du droit. On peut ainsi mentionner les travaux de Guillaume Sacriste sur le droit constitutionnel tertio-républicain[9], ceux de Bastien François sur le droit constitutionnel de la cinquième République[10], ou, plus récemment, la thèse de Julie Bailleux sur le droit communautaire[11]. Ces travaux ont en commun de partir du principe que « les disciplines disciplinent » : elles disciplinent le monde social comme les agents qui gravitent dans leur champ. Les travaux en question s'inscrivent dans un courant qu'on a parfois cherché à baptiser « Études institutionnelles »[12], et dans une aire disciplinaire qu'ont cherché à occuper un temps les sciences camérales[13]. Pour en revenir à la LOLF, celle-ci a été analysée du point de vue de son impact disciplinaire[14], mais sans que cette réflexion ne dépasse les frontières du droit public. Ces enjeux disciplinaires, en ce qu'ils touchent à la définition de la division entre le public et le privé, remettent en cause des « *jurisdictions* »[15], des « cœurs de métier »[16], remises en cause que l'on aimerait saisir dans le cadre d'un renouveau dans l'approche par la science politique des objets dits « juridiques », qui puisse reconnaître à ces derniers leur efficace propre, sans oublier que cette efficace doit beaucoup à l'hétéronomie du droit, ce qui est encore plus vrai en finances publiques, matière hétéroclite mélange de droit public, d'histoire, de comptabilité et d'économie.

Au sein de la sociologie du droit, il existe un débat récurrent entre deux approches opposées, l'internalisme et l'externalisme. Le conflit entre ces deux approches pose la question du « *statut des matériaux juridiques* »[17] dans l'analyse que la sociologie peut produire sur le droit. Sans vraiment trancher entre ces deux perspectives, on peut soutenir que l'autonomie relative du champ juridique cohabite avec l'efficace propre du droit, et que, « *s'il est de la vocation même de la sociologie de rappeler que, selon le mot de Montesquieu, on ne transforme pas la société par décret, il reste que la conscience des conditions sociales de l'efficacité des actes juridiques ne doit pas conduire à ignorer ou à nier ce qui fait l'efficacité propre de la règle, du règlement et de la loi* »[18]. La détermination du droit par des forces extérieures, notamment politiques, est tendanciellement niée par la plupart des juristes (en tout cas

---

[9] SACRISTE Guillaume, *La République des constitutionnalistes : professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Paris, Presses de Sciences-po, 2011.

[10] FRANÇOIS Bastien, *Naissance d'une constitution : la cinquième République (1958-1962)*, Paris, Presses de Sciences-po, 1996. Voir également « La constitution du droit ? La doctrine constitutionnelle à la recherche d'une légitimité juridique et d'un horizon pratique », *in* BERNARD Alain et POIRMEUR Yves (dir.), *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993, pages 210-229.

[11] BAILLEUX Julie, *Penser l'Europe par le droit : l'invention du droit communautaire en France*, Paris, Dalloz, 2014.

[12] FRANÇOIS Bastien, « Droit constitutionnel et/ou institutions politiques : pour sortir de la réserve d'indiens » *in* SFEZ Lucien (dir.), *Science politique et interdisciplinarité*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2002, page 37.

[13] Sur ce thème, voir AUDREN Frédéric, LABORIER Pascale, NAPOLI Paolo et VOGEL Jakob (dir.), *Les sciences camérales : activités pratiques et histoire des dispositifs publics*, Paris, PUF, 2011.

[14] ABATE Bernard, *La nouvelle gestion publique : ce que nous avons appris*, Paris, LGDJ, 2014

[15] ABBOTT Andrew, *The system of professions: an essay on the division of expert labor*, Chicago, University of Chicago Press, 1988, page 2 et *passim*.

[16] C'est par cette expression que j'entends traduire la notion, centrale chez Abbott, de « *heartland of work* » (cf. *The system of professions*, œuvre citée, page 71).

[17] ISRAËL Liora, « Question(s) de méthodes : se saisir du droit en sociologue », *Droit et société*, numéro 69/70, 2008, pages 381-395.

[18] BOURDIEU Pierre, « La force du droit : éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, numéro 64, 1986, page 14.

français.e.s), qui croient fermement à l'autonomie de leur champ. Cette croyance s'associe à un positivisme qui est aujourd'hui dominant dans la doctrine, et qui, en finances publiques, donne lieu à des travaux d'une technicité parfois assommante[19]. Il s'agit donc de voir ce qu'engendre pour notre approche ce positivisme « dur » d'une bonne partie de la doctrine.

Les historiens font généralement commencer le vingtième siècle en 1914. Cependant, dans le cas du droit et de la pensée juridique française, cette date ne correspond à aucun véritable jalon. C'est en effet surtout entre 1880 et 1920 qu'intervient une forme de rupture avec le dix-neuvième siècle, à partir du moment où les juristes voient leur statut d'expert du social, qui fondait le caractère normatif de la doctrine d'alors, menacé par l'essor des autres sciences de la société, au premier rang desquelles la sociologie. Les juristes sont inquiets car, comme le montre la défense par Duguit du vote plural[20], ils sont habités par ce qui menace leur contrôle social, par cette peur du nombre, de cette masse que le système politique n'est pas certain de pouvoir absorber par le suffrage universel. Le droit administratif apparaît alors comme un champ, c'est-à-dire un lieu à la fois de pratiques et de prises de position où sont produites des représentations sur l'État pour parler au nom de l'État. Il se crée ainsi un système d'entente, de « *transactions collusives* », pour reprendre l'expression célèbre de Michel Dobry, qu'on pourrait dénommer aussi système de services croisés : les juristes donnent au pouvoir temporel des moyens de domination, et le pouvoir temporel les laissent définir ce qu'est la norme de domination au nom de l'Etat. On retrouve là le thème, tout à fait structurant dans le cas de l'histoire des services publics, d'un intérêt au désintéressement des agents investis dans le champ :

> Tout permet de supposer que les écrits par lesquels les juristes visent à imposer leur vision de l'État, notamment leur idée de "l'utilité publique" (dont ils sont les inventeurs), sont aussi des stratégies par lesquelles ils visent à faire reconnaître leur préséance en affirmant la préséance du "service public" avec lequel ils ont partie liée.[21]

On est là au cœur des transactions collusives, pour reprendre à nouveau l'expression de Michel Dobry, entre ceux qui disent le droit (les juges) et ceux qui le commentent (les arrêtistes), et de l'homologie structurelle entre le champ juridique et le champ bureaucratique. On pourrait dire, pour synthétiser, que cette forme de désintéressement constitue la profession de foi des juristes de droit public, et qu'elles se rejoignent dans l'*ethos* des professeurs et des hauts fonctionnaires, puisque « *la droiture de ceux qui disent le droit est à la fois l'un des fondements de l'effet que*

---

[19] En guise d'exception à ce positivisme, on peut mentionner les travaux de Pierre Lalumière, notamment son article, aujourd'hui daté mais toujours précieux pour qui est intéressé.e par une approche sociologique des finances publiques, « Les cadres sociaux de la connaissance financière », *Revue de science et de législation financières*, janvier 1963, pages 30-42.

[20] « *Quelque paradoxal que cela puisse paraître, le suffrage universel absolument égalitaire, tel qu'il est pratiqué en France et dans divers pays, est contraire à la fois à l'égalité et à la solidarité sociale. Non point que l'État doive ne pas accorder à tous le droit de vote ; mais il ne doit pas le concéder à tous dans la même mesure. Pris en son principe, le système du vote plural correspond beaucoup plus exactement à la règle de droit que le vote égal de tous* », écrit Duguit dans *L'État, le droit objectif et la loi positive* (Paris, Dalloz, 2003 [1901], page 284).

[21] BOURDIEU Pierre, « De la maison du roi à la raison d'État : un modèle de la genèse du champ bureaucratique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, numéro 118, 1997, page 65.

le droit exerce au dehors, et un effet que le droit exerce sur ceux qui exercent le droit, et qui, pour avoir le droit de dire le droit, doivent être "droits" »[22].

La peur du nombre qui habite les juristes de l'époque investis dans la construction et la légitimation du droit administratif s'inscrit dans la nébuleuse du champ réformateur décrite par Christian Topalov[23]. Pour ces professeurs et ces hauts fonctionnaires qui se lancent dans l'édification d'un droit administratif républicain, il s'agit en effet de consacrer un sous-champ dominé du champ juridique, champ juridique au sein duquel le droit civil apparaît comme le droit le plus autonomisé à l'égard de la politique. C'est pourquoi l'approche de cette période sous l'angle de la sociologie des professions peut avoir du sens : universaliser, à partir des espèces empiriques qui se présentent au Conseil d'État sous la forme du contentieux, des principes relatifs aux administrations de l'État, aptes à fonder la « bonne parole » sur les services publics, c'est par là-même délimiter les contours d'une matière que l'on veut nouvelle. Cette matière est une *profession*, à la fois au sens d'occupation sur le marché du travail et au sens plus sacerdotal de « profession de foi ». De même que pour le service public, on ne doit cependant pas se laisser abuser par l'usage de ce terme :

> Cette fétichisation croissante de constructions sociales propres au vingtième siècle nord-américain conduit nécessairement à observer que les "professions" ainsi entendues sont faiblement constituées en France à la fin du siècle dernier. Elle permet surtout de discerner par contraste combien étaient ouvertes les dynamiques de "professionnalisation" à l'œuvre à cette époque. S'il n'est guère intéressant de décerner un brevet sociologique à tel ou tel groupe professionnel, il l'est plus d'observer comment les groupes se construisent en négociant les formes de leur identité institutionnelle. Pour les anciennes spécialités comme pour les nouvelles, étaient en jeu à la fois le contenu et la revendication de savoir, les frontières des spécialités et leurs hiérarchies internes et externes, les règles de l'attribution du titre et les modes d'organisation des pratiquants : ordre, corps, société professionnelle ou syndicat – notions parfois elles-mêmes en cours de définition –, le débat ne se conclura généralement que tard dans le siècle suivant. Dans un contexte où l'émergence de nouvelles spécialités ou professions allait de pair avec la mise en place de nouvelles instances de certification des savoirs, l'investissement d'un domaine de réforme pouvait devenir une ressource décisive.[24]

A l'époque dont nous parlons, le Conseil d'État assure également, outre sa fonction contentieuse, « le Conseil de l'État »[25]. Il est un point de passage obligé des élites administratives, « recrutant » ses membres au tour extérieur ou, et de plus en plus, par la voie du concours de l'auditorat. Pour ces milieux dans lesquels « *les savoirs se construisent intellectuellement et se légitiment socialement dans des lieux communs avec des amateurs et des praticiens de toutes sortes* »[26], les sujets donnés au concours de l'auditorat sont des indications précieuses sur la formation des futurs membres de l'institution. Concernant ce concours, les archives regroupées à Pierrefitte sous les cotes AL//5255 à AL//5277 laissent apparaître qu'en 1872, les épreuves avaient pour programme les principes généraux du droit

---

[22] BOURDIEU Pierre, « Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective », *in* CHAZEL François et COMMAILLE Jacques (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, page 97.

[23] TOPALOV Christian (dir.), *Laboratoires du nouveau siècle : la nébuleuse réformatrice et ses réseaux en France (1880-1914)*, Paris, Éditions de l'EHESS, 1999.

[24] *Ibidem*, page 434.

[25] Pour reprendre un jeu de mots de la revue *Actes* (« Le conseil de l'État », *Actes de la recherche en sciences sociales*, numéros 193 et 194, 2012). Il n'est pas indifférent de constater que dans ces deux numéros (« Expertise privée et réformes des services publics » et « Le "moment RGPP" »), il est très peu question du Conseil d'État. Nous aurons l'occasion de revenir *infra* sur cet effacement des juristes du Conseil d'État dans la promotion des savoirs et idées néo-managériaux.

[26] TOPALOV Christian (dir.), *Laboratoires du nouveau siècle : la nébuleuse réformatrice et ses réseaux en France (1880-1914)*, œuvre citée, page 463.

politique et constitutionnel en France, les principes généraux du droit des gens, les principes généraux du droit civil français et de l'organisation judiciaire de la France, l'organisation administrative et l'économie politique ; le concours en lui-même consistait en une épreuve préparatoire écrite et en une épreuve définitive, comprenant une composition écrite et une épreuve orale. En 1877, la première épreuve était ainsi formulée : « Exposez l'organisation actuelle de l'armée de terre, le mode de recrutement, la constitution des cadres, l'état des officiers, les recours. Comparez le système actuel avec les systèmes antérieurs y compris celui de la loi de 1818 ». La seconde épreuve écrite était plus spécialisée : elle prenait la forme de conclusions du commissaire du gouvernement ou de rapports préfectoraux sur une affaire donnée. Les sujets d'oral étaient encore plus précis : en 1872, « Les lieux de sépulture » ; en 1888, « Le régime de l'octroi » ; en 1919, « Coalitions et syndicats ». En décembre 1940, la première composition se présentait de la façon suivante : « Aperçu général de la diversité que présente la France, tant en ce qui concerne son étendue que ses modalités, le rôle de l'État et des personnes administratives secondaires dans la satisfaction des besoins de caractère collectif ». Cet échantillon montre bien que la formation donnée aux membres du Conseil recrutés par l'ancien concours était essentiellement axée vers les questions juridiques ; à ce sujet, Marie-Christine Kessler rapporte de manière significative que plusieurs des membres du Conseil d'État issus de l'ancien concours avec qui elle a réalisé des entretiens lui ont signalé « *l'ignorance dans laquelle ils étaient des questions de technique économique et financière* »[27].

Dans cette époque où les frontières entre « réformes » et sciences sont très poreuses, le Conseil d'État se retrouve dans une position de passeur. Ses membres occupent de nombreuses fonctions diverses dans l'administration au sens large, y compris dans ce qu'on appellerait aujourd'hui le secteur parapublic ou les sociétés d'économie mixte comme les sociétés de prévoyance. Paul Grunebaum-Ballin, par exemple, préside l'Office des habitations à bon marché de la Seine à partir de 1926, après avoir été le directeur de cabinet d'Aristide Briand au ministère de la Justice et des Cultes ; Alfred Picard, pour sa part, dirige le contrôle de l'exploitation des chemins de fer de l'Est entre 1872 et 1879. Le domaine des chemins de fer est d'ailleurs à l'époque le grand sujet du moment pour les administrateurs issus du Conseil d'État ; leur présence massive dans les compagnies qui gèrent alors ce moyen de transport sur les différentes parties du territoire les fait apparaître comme « *des hommes parfaitement indépendants de la démocratie, à qui l'on confie les plus redoutables fonctions du gouvernement* »[28]. Dans la même veine, *La tribune des fonctionnaires*, organe de la CGT, s'en prend, dans son numéro du 6 novembre 1937, aux « émigrés du Conseil d'État », accusés de truster les postes de représentants des Compagnies au conseil d'administration de la toute jeune SNCF – 8 sur 12 de ces représentants sont d'anciens membres du Conseil. Tous ces « émigrés » (*i.e.* ces conseillers d'État « hors les murs ») « *n'ont pas l'ambition de forcer les portes des conseils du gouvernement* » ; il y a ceux qui « *se contentent des conseils d'administration des sociétés par action concessionnaires de grands services publics et qui se laissent enlever par l'oligarchie financière* »[29].

Au-delà de la dénonciation des membres du Conseil d'État comme suppôts du grand capital, et si l'on revient à la question de l'intérêt des juristes de la fin du dix-neuvième pour la (re)fondation du droit public, il faut se rendre sensible à l'effet que produisent les efforts de ces juristes pour tenter de légitimer l'existence du droit administratif en prenant soin de le distinguer

[27] KESSLER Marie-Christine, *Le Conseil d'État*, Paris, Armand Colin, 1968, page 301.
[28] DELAISI Francis, *La démocratie et les financiers* (Paris, La Guerre sociale, 1910), cité *in* FOUGÈRE Louis (dir.), *Le Conseil d'État: son histoire à travers les documents d'époque (1799-1974)*, Paris, Éditions du CNRS, 1974, page 738.
[29] *Ibidem*, page 739.

de la sphère politique, « *un peu à la manière des civilistes qui ont réussi à légitimer le Code civil en le dépolitisant, c'est-à-dire en refusant d'en faire le produit du seul projet napoléonien* »[30]. « *Mon code est perdu* », s'était d'ailleurs exclamé Napoléon lorsqu'il avait appris que Maleville, un jurisconsulte par ailleurs patenté, s'apprêtait à en publier un premier commentaire. D'autre part, comme cela a été mis en évidence au cours du régime de Vichy[31], il est évident que la doctrine « *ne peut commenter une loi sans lui donner au moins une apparence de quitus moral et politique* »[32].

En même temps que les administrativistes, en commentant la production normative, la font accéder à une sorte de « dignité » juridique, ils participent à l'élaboration et à la définition d'une forme d'universel étatique : il y a ainsi comme une captation de cette ressource symbolique qu'est l'universel. C'est à la lumière de ce phénomène de captation que l'on peut comprendre l'exorbitance de l'État (pour employer un terme prisé des publicistes) telle qu'elle s'exprime dans la décision *Blanco* (Tribunal des conflits, 8 février 1873) :

> Considérant que la responsabilité, qui peut incomber à l'Etat, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier ; que cette responsabilité n'est ni générale ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés.

Cet arrêt, dont on explique aujourd'hui à tous les étudiant.e.s de deuxième année de droit qu'il est la grande décision fondatrice du droit administratif[33], est exemplaire : il illustre à merveille comment se construit un récit solide et fort, bénéficiant de toutes les ressources de la rhétorique juridique. Il faut en effet rappeler que la décision Blanco n'a pas connu de réception particulière par les théoriciens du droit de l'époque, et que c'est surtout avec la publication du célèbre ouvrage de Laferrière *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*[34] que va s'organiser la reconstitution qui va faire de la décision Blanco l'acte inaugural du droit administratif républicain (alors que pourtant, certains des éléments de Blanco étaient déjà développés dans l'arrêt *Rothschild* du 6 décembre 1855). Ici, il faut encore une fois avoir égard au risque d'anachronisme : lorsque le commissaire du gouvernement David et, à sa suite, la formation de jugement parle de service public, « public » s'oppose plus à « civil » qu'à « privé » ou à « entreprise », en ce sens que les juges auraient aussi très bien pu dire « service étatique ».

Au-delà la décision Blanco, il apparaît que si le service public est devenu indissociable du droit administratif dans les années 1880, c'est en fait comme un habillage, comme une bannière. Les problèmes qui se posent aux juristes de l'époque sont en effet des problèmes de

---

[30] JAMIN Christophe et JESTAZ Philippe, *La doctrine*, œuvre citée, page 112.

[31] Sur la controverse liée à l'attitude des juristes sous Vichy, on pourra se reporter aux développements que Christophe Jamin et Philippe Jestaz consacrent à cette question (pages 250-252 de *La doctrine*). Voir également LOCHAK Danièle, « La doctrine sous Vichy et les mésaventures du positivisme » in LOCHAK Danièle (dir.), *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, pages 252-285 ; voir également, dans le même ouvrage, TROPER Michel, « La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle Lochak) », pages 286-292 ; voir enfin MILET Marc, *Les professeurs de droit citoyens : entre ordre juridique et espace public, contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, thèse, Université Paris II, 2000, tome 1, page 277.

[32] JAMIN Christophe et JESTAZ Philippe, *La doctrine*, œuvre citée, page 250.

[33] Elle est d'ailleurs la première décision citée dans cet instrument de légitimation et de classification qu'est le *GAJA*, à l'écriture duquel participe « le chœur à deux voix de la doctrine et de la jurisprudence », c'est-à-dire les professeurs de droit et les membres du Conseil d'État.

[34] LAFERRIÈRE Edouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, LGDJ, 1998 [1886]

répartition (y a-t-il service public ou non ? Responsabilité de l'État ou non ? Compétence des juridictions judiciaires ou des juridictions administratives ?) et donc de *qualification*. On comprend alors que si la qualification juridique des faits revêtait une importance si cruciale à l'époque, c'est parce qu'il fallait trouver au droit administratif un cœur de métier. Par conséquent, à chaque fois qu'on plantait le drapeau « service public » sur une affaire, on augmentait la compétence du droit administratif au détriment de celle du droit civil[35]. Le public et le privé au sens de la jurisprudence du Conseil d'État, c'est donc la main droite et main gauche de l'État dans la sociologie de Bourdieu, mais nettement revisité : le service public « tolérable » aux yeux de la juridiction administrative se compose du régalien (ce qu'on appelle alors le service public « par nature ») et d'une partie du social (le service public par destination) ; tout le reste est laissé à l'économie.

Il serait alors possible, pour mieux comprendre cette reconstitution de la genèse juridique des services publics dans le cas français, de recourir à la métaphore de la magie. Le service public tel qu'il est vu par les publicistes nous fait en effet penser, pour le dire comme Rémi Lenoir, que « *même au cœur de l'État rationnel, il y a de la magie* »[36]. Par les « tours de passe-passe » qui sont consubstantiels au travail d'universalisation d'un savoir issu de la pratique, ce service public-là nous rappelle en effet qu'il y a de la magie dans le social, nous faisant sentir, comme le dit Mauss, « *ces moments fugitifs où la société prend* »[37]. Pour ne donner qu'un exemple, le Conseil d'État juge en 1906, dans une affaire où la Chambre syndicale des propriétaires de bains attaquait un établissement de bains-douches géré par la Ville de Paris, qu'« *il résulte de l'instruction que ces bains sont gratuits, sous la seule réserve d'une redevance de 10 centimes pour la location du linge, et que, dans ces conditions, ils ne peuvent être considérés comme faisant l'objet d'un commerce ou d'une industrie* », et « *que l'installation de cet établissement ne constitue qu'une amélioration apportée dans le fonctionnement du service public et général de l'hygiène* »[38]. En convoquant ce critère du non-enrichissement comme antagoniste du commerce et de l'industrie, les juges font bien plus que régler une affaire : ils tracent une ligne de démarcation entre le public et le privé qui, véritable acte de magie sociale, peut compter sur la puissance que lui procure la voix de la jurisprudence.

L'idée même de service public entretient un rapport avec la notion de gratuité, étant entendu qu'ici la gratuité n'est jamais totale puisqu'il s'agit en réalité de financer une activité par l'impôt plutôt que de faire payer l'usager-ère. Or cette notion de gratuité, ou, pour mieux le dire, son usage, constitue bien une ressource potentiellement rattachable au capital symbolique des individus :

> L'autonomie du champ juridique, comme l'autonomie du champ littéraire ou l'autonomie du champ religieux, s'affirme fondamentalement par rapport à l'économie. Etre autonome, c'est être à distance de l'économie, c'est être désintéressé, c'est être pur, opposition qui sépare l'univers juridique de l'univers des affaires, mais qui se retrouve, au sein du champ

[35] A l'inverse, plus tard, une fois que le droit administratif se sera constitué, qualifier une activité de service public à caractère industriel et commercial (ce qui, en vertu de la jurisprudence « Bac d'Eloka », entraîne presque automatiquement la compétence de la juridiction judiciaire) apparaîtra comme un bon moyen de désengorger les tribunaux administratifs.

[36] LENOIR Rémi, « L'État selon Bourdieu : une monopolisation de l'universel », *Revue suisse de science politique*, volume 20 (1), mars 2014, page 12.

[37] Cité par CHANIAL Philippe, *La sociologie comme philosophie politique et réciproquement*, Paris, La Découverte, 2011, page 21.

[38] CE, 02 février 1906, *Chambre syndicale des propriétaires de bains de Paris contre Ville de Paris*, Recueil Lebon, page 81.

> juridique lui-même, sous la forme de l'opposition entre le droit privé et le droit des affaires, sous la forme d'une hiérarchie à l'intérieur de l'espace du droit.[39]

On ne répètera ainsi jamais assez que la cartographie des disciplines juridiques s'assortit d'une *hiérarchisation*, du plus digne au plus pratique, du plus rémunérateur (tant symboliquement que pécuniairement) au plus ingrat, *a fortiori* dans ces mondes principalement bourgeois, « *où il convient de laisser dans l'ombre tout ce qui a trait à l'argent* »[40].

On aurait tort, cependant, d'hypostasier la séparation entre le public et le privé telle que les juges du Conseil d'État ont contribué à la façonner. Cette opposition est même à relativiser, puisque, dès le début du vingtième siècle, ont été admises ce qu'on pourrait appeler des stratégies d'accommodement. Ces accommodements sont venus tempérer la triple identité service public = personne publique = statut de la fonction publique. Ce régime spécifique repose sur trois critères distincts : un critère organique, un critère formel, et un critère matériel. Selon le critère organique, pour qu'il y ait service public, il faut que l'activité soit exercée par une personne publique. En vertu du critère formel, cette personne publique doit être soumise à un régime exorbitant du droit commun. Le critère matériel, enfin, ressortit à la nature précise de l'activité exercée par l'organe. Ce régime spécifique et la triple identité sur laquelle il repose ne s'est en fait jamais trouvé totalement vérifié, en raison du phénomène d'hybridation entre services publics et gestion privée. Ainsi, l'arrêt *Terrier* (CE, 6 février 1933), dans lequel était en cause un différend lié à la destruction des vipères par les particuliers et qui applique la solution dégagée par Blanco au contentieux des collectivités locales (« *Qu'il s'agisse des intérêts nationaux ou des intérêts locaux, du moment où l'on est en présence de besoins collectifs auxquels les personnes publiques sont tenues de pourvoir, la gestion de ces intérêts ne saurait être considérée comme gouvernée nécessairement par les principes du droit civil* »[41]), a également pour apport de valider le fait que toutes les activités de l'administration ne relèvent pas automatiquement du « public » : « *Il appartient à la jurisprudence de déterminer, pour les personnes publiques locales comme elle le fait pour l'État, dans quels cas on se trouve en présence d'un service public fonctionnant avec ses règles propres et son caractère administratif, ou au contraire en face d'actes qui, tout en intéressant la communauté, empruntent la forme de la gestion privée et entendent se maintenir exclusivement sur le terrain des rapports de particulier à particulier, dans les conditions du droit privé* »[42]. Ce phénomène d'hybridation va se trouver parachevé en 1938 avec l'arrêt *Caisse primaire « Aide et protection*, dans un de ces secteurs typiquement hybrides de la troisième République que sont les assurances sociales. Il ne s'agit alors plus de reconnaître la gestion privée des personnes publiques, mais la gestion publique des personnes privées : « *L'aspect que notre droit offre à présent* […] *n'est pas celui d'une séparation absolue et tranchée entre le domaine du droit public et celui du droit privé, mais celui d'une gradation, d'une hiérarchie des services, où, d'échelon en échelon, les deux droits se combinent et s'interpénètrent* »[43].

Dans l'entre-deux-guerres, c'est sur la catégorie de service public à caractère industriel et commercial (SPIC), sorte d'entre-deux entre l'État et le marché, que vont se concentrer les stratégies d'accommodement évoquées *supra*. Comme le note Laurent de Carratier Dubois, cette notion « *montre que le droit républicain invente des instruments juridiques qui s'éloignent*

---

[39] BOURDIEU Pierre, « Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective », chapitre d'ouvrage cité, page 97.
[40] TOPALOV Christian (dir.), *Laboratoires du nouveau siècle : la nébuleuse réformatrice et ses réseaux en France (1880-1914)*, œuvre citée, page 359.
[41] Conclusions de Jean Romieu, commissaire du gouvernement, sur l'affaire Terrier.
[42] *Ibidem*.
[43] Conclusions de Roger Latournerie, commissaire du gouvenement, sur l'affaire Caisse primaire « Aide et protection ».

du paradigme libéral du "faire faire" et qui, en même temps, maintiennent certains aspects d'un libéralisme traditionnel »[44]. De manière plus générale, la juridiction administrative n'a aucun mal à accepter des solutions mixtes public/privé comme la concession ou la délégation de service public. La seule limite franche – quoique flexible – que les juges établissent entre le privé et le secteur public tient à l'idée de « carence de l'initiative privée »[45] : seule cette notion justifie que les services publics, notamment communaux, puissent être créés dans le domaine économique. Jacques Tardieu, commissaire du gouvernement, déclare ainsi dans ses conclusions sur l'arrêt *Winkell* (CE, 7 août 1909) : « *Quand l'État, les départements ou les communes se substituent à la libre initiative des particuliers, c'est afin de satisfaire des besoins généraux auxquels l'initiative privée ne pourrait assurer qu'une satisfaction incomplète et déterminante* ».

On peut donc s'apercevoir, comme les exemples de sujets donnés au concours de l'auditorat pouvaient déjà le laisser suggérer, que la doctrine et la culture économique des membres du Conseil d'État est assez fruste. Cette relative ignorance est en grande partie liée à la dénégation de l'économique. Pourtant, sur la période étudiée, deux juristes, dont l'un est passé par le Conseil d'État, s'escriment à construire et à faire accepter la discipline de l'économie politique : il s'agit de Cauwès et de Colson[46]. Ces « nouveaux » économistes universitaires sont dédaignés au sein de leur propre faculté, où les professeurs de droit romain et de droit civil demeurent au sommet de la hiérarchie, et où l'économie politique ne compte pas parmi les disciplines majeures. De plus, les sciences sociales naissantes sont, au même titre que l'économie politique, considérées par les universitaires juristes comme des sciences du *fait*, ce qui est absurde puisqu'il y a une appréciation du fait même dans le droit, qui n'est pas non plus entièrement une science de bibliothèque. Il faut ajouter à cela qu'une discipline comme l'économie politique a pendant longtemps été considérée comme le cheval de Troie d'une forme suspecte de libéralisme. Aussi, c'est cette séparation d'avec l'économie qui a permis à une matière comme les finances publiques de se développer au début du vingtième siècle, matière qui ne faisait que « juridiciser » la dimension financière de l'activité des services publics. C'est Gaston Jèze, un administrativiste membre de l'école du service public de Léon Duguit, qui, en tant que professeur à la faculté de droit de Paris chargé du cours de « législation financière » (comme on dit à l'époque), va investir ce champ inexploré du « droit » et faire accéder les finances publiques à la reconnaissance universitaire[47]. Du point de vue de la chronologie, ce n'est qu'en 1889 que la matière est introduite en tant que matière distincte en licence de droit ; le cours de législation financière est ensuite rendu obligatoire en 1924-1925. Jèze, qui joue également un rôle d'expert auprès du Parti radical, crée en 1903 la *Revue de science et de législation financières*, puis, en 1908, il prend la direction de la *Revue pratique du contentieux et des impôts*. Dans les années 1930, fort de son statut d'universitaire dominant sur les questions financières, Jèze se fait le grand théoricien de l'orthodoxie budgétaire, et, déjà largement

[44] DE CARRATIER DUBOIS Laurent, « Le Conseil d'État, l'économie et le service public : concessions et services publics industriels et commerciaux (années 1880-1950) » *in* DARD Olivier et MARGAIRAZ Michel (dir.), « Le service public, l'économie, la République (1780-1960) », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, numéro 52-3, juillet-septembre 2005, pages 51-74.

[45] Cf. CE, section, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*.

[46] On peut renvoyer, pour un aperçu plus détaillé de l'itinéraire et des doctrines respectifs de Cauwès et Colson, à LE VAN-LEMESLE Lucette, « Cauwès et Colson, le juriste et l'ingénieur : une ou deux conceptions du service public ? » *in* DARD Olivier et MARGAIRAZ Michel (dir.), « Le service public, l'économie, la République (1780-1960) », numéro spécial de revue cité, pages 75-87.

[47] Pour plus de détails sur le fondateur de la discipline en France, on pourra consulter MOLINIER Joël, « L'apport de Gaston Jèze à la théorie des finances publiques », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, numéro 12, 1991, pages 55-70.

favorable au conseil technocratique des gouvernants, défend l'application d'une politique de rigueur, en marquant son hostilité à la fixation d'une finalité sociale aux opérations financières.

Précisément en ce qu'elles juridicisent les questions économiques (au lieu d'économiciser les questions juridiques), les finances publiques du droit français ne correspondent pas du tout à une version hexagonale du courant états-unien de l'analyse économique du droit (*Law and Economics*). La distinction structurante, bien qu'émoussée dans la pratique, entre le droit public et le droit privé explique pourquoi, pendant longtemps, la greffe de ce courant n'a jamais pris en France, « résistance » que la LOLF a fait voler en éclat. Aux États-Unis, le courant *Law and Economics* correspond à la branche du réalisme présentée comme « scientifique », par opposition à la version dite de gauche qu'est le mouvement des *Critical Legal Studies*. Il a pour berceau la faculté de droit de Chicago, qui a été la première à recruter un économiste en la personne de Henry Simons. Mais c'est surtout Aaron Director qui, à partir de cette matière passerelle qu'est le droit de la concurrence, va permettre à ce courant d'essaimer : en 1958, il crée le *Journal of Law and Economics*, où Ronald Coase (économiste futur Prix Nobel) va publier deux ans plus tard son article fondamental « *The problem of social cost*[48]. En 1972, le livre de synthèse de Posner (un juge qui vulgarise cette théorie) *Economic analysis of Law* assure la diffusion des idées du courant au-delà du seul droit de la concurrence Vont suivre ensuite la création des revues *Research in Law and Economics* et, par Posner, du *Journal of legal studies*. Henry Manne, un autre grand nom de cette école de pensée, sera même le premier universitaire à organiser à l'Université de Miami un programme intensif de formation à l'analyse économique du droit destiné aux juges fédéraux.

La question de la réception française de l'analyse économique du droit peut, d'une certaine manière, être éclairée par les travaux d'Yves Dezalay sur « les marchands de droit ». Dans son article sur « La production doctrinale comme objet et terrain de luttes politiques et professionnelles »[49], ce dernier souligne que, à l'intérieur du champ juridique, « *la privatisation de l'expertise et du savoir s'accélère* », du fait de « *toute une série de phénomènes convergents qui rendent de plus en plus floue la frontière entre praticiens et producteurs de droit savant et qu'on peut lire, soit comme une privatisation des lieux de production du savoir juridique, soit comme une annexion de la doctrine ou, au moins, une réduction de son autonomie* »[50]. En d'autres termes, les « marchands de droit » ne sont plus subordonnés aux « juristes purs » détenteurs de la compétence légale et rationnelle. Cette césure se retrouve en France au sein de la discipline « finances publiques » qui, dans cette nouvelle ère où on applique de plus en plus au budget de l'État des règles qui sont issues de la comptabilité d'entreprise, se retrouve scindée entre ceux/celles qui défendent encore une conception juridique fondée sur le respect des règles du droit public, et ceux/celles qui se retrouvent davantage dans une conception gestionnaire, fondée sur davantage de flexibilité, avec notamment un recours plus large au contrat au détriment du statut de la fonction publique, jugé trop rigide, et une dénonciation du caractère trop contraignant des règles, dont un bon exemple est (pour les tenants de la conception gestionnaire des finances publiques) le droit de la commande publique[51].

Au moment d'en venir à une approche plus synchronique de la LOLF, il apparaît utile de dire un mot sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel autour de la loi organique, qui

---

[48] COASE Ronald, *Le coût du droit*, traduction d'Yves-Marie Morissette, Paris, PUF, 2000.
[49] *In* BERNARD Alain et POIRMEUR Yves (dir.), *La doctrine juridique*, œuvre citée, pages 230-239.
[50] *Ibidem*, page 239.
[51] Dans un dossier que le journal *Le Monde* du 16 mars 2004 consacrait aux finances publiques, Pierre Méhaignerie résumait ce point de vue gestionnaire en déclarant : « *Le secteur public produit souvent à 120 euros des services qui pourraient l'être à 100 euros, du fait essentiellement de l'empilement des structures et de la complexité des procédures* ».

lui a quasiment donné, par ricochet, une valeur constitutionnelle. On sait que le Conseil constitutionnel impose « *le respect des droits des gouvernés aux organes de la société politique* », et que, par ce travail, il peut établir « *les bases sociales et philosophiques de la communauté nationale* »[52]. L'ordonnance organique que la LOLF est venue remplacer avait été adoptée sur le fondement de l'ancien article 92 de la Constitution, qui permettait au Gouvernement de prendre « *les mesures législatives nécessaires à la mise en place des institutions* » par « *ordonnances ayant force de loi* ». Initialement, cette ordonnance avait donc été adoptée sans ratification du Parlement et sans contrôle par le Conseil constitutionnel. Cela n'a pas empêché ce dernier, dans une décision relative à une loi de finances rectificative pour 1960, de considérer que les lois de finances devaient être conformes à l'ordonnance organique. Le raisonnement suivi par le Conseil constitutionnel était le suivant : comme cette ordonnance détermine les dispositions qui doivent être présentes dans la loi de finances, elle détermine indirectement les normes qui doivent se trouver dans les lois ordinaires ; elle a donc une valeur constitutionnelle et s'impose à toutes les lois, ce qui conduit à poser l'ordonnance comme une composante du bloc de constitutionnalité.

Dans la mesure où elle est venue se substituer à l'ordonnance de janvier 1959, la LOLF a reçu par ricochet la même valeur constitutionnelle de loi à laquelle les lois des finances et les lois ordinaires sont tenues de se conformer. Ceci vaut pour le contrôle *a priori* exercé par le Conseil. En ce qui concerne le contrôle *a posteriori* permis depuis 2010 par l'introduction d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), force est de constater qu'une QPC qui soulèverait l'inconstitutionnalité de tout ou partie de la LOLF a très peu de chances d'aboutir. Pour pouvoir saisir le Conseil constitutionnel, il faut en effet, outre le filtre de la Cour de cassation et du Conseil d'État, arriver à démontrer que la disposition législative attaquée porte atteinte aux « *droits et libertés que la Constitution garantit* » (article 61-1 de la Constitution). Or le Conseil constitutionnel se refuse à reconnaître la présence de ces droits et libertés dans la loi organique, y compris lorsque le principe de consentement à l'impôt, protégé par l'article 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, est en cause (CC, 18 juin 2010, *Kimberly Clark*). Il est donc difficile pour le/la citoyen-n.e d'atteindre les grands principes qui commandent la LOLF, ce que le Conseil d'État a confirmé au sujet du principe de sincérité (CE, 15 juillet 2010, *Région Lorraine*). Quand on connaît l'importance et la primauté des normes constitutionnelles en droit interne, on peut alors se demander si la LOLF ne serait pas le TINA (« *There is no alternative* ») du droit financier et des politiques budgétaires. Ce détour par la Constitution permet donc de questionner la pseudo-neutralité de la LOLF, l'inscription dans le marbre du droit ayant tendance à dépolitiser des processus qui sont à la base des rapports de pouvoir (comme par exemple le rapport de forces entre Bercy et les ministères dits « dépensiers »).

Ce texte a cherché à remettre sur le métier une approche de la LOLF sous l'angle de la politisation, à partir d'une mise en perspective historique de la répartition entre le public et le privé dans les mondes du droit. Il ne s'agissait pas de se livrer à l'exercice, canonique chez les universitaires, du commentaire de législation, mais plutôt de suggérer que la façon dont les juristes, praticiens comme universitaires, entendent le service public dénote une relation de savoir/pouvoir, et que, sur la période tertio-républicaine, la construction de l'idée de service

[52] ROUSSEAU Dominique, « Une résurrection : la notion de Constitution », *Revue du droit public*, 1990, numéro 1, page 10.

public s'est apparentée à la sociodicée d'un savoir d'État. Au travers de la diversité des solutions offertes par la jurisprudence en droit administratif, on constate également que, pour les personnes amenées à trancher les répartitions de compétence entre l'État et les entreprises, et pour le dire en termes imagés, le privé n'est pas le diable ni le public le bon dieu. Dans un article synthétique sur la question, Henri Oberdorff avait bien noté ces oscillations en faisant remarquer que « *dans la pratique, il existe une très grande malléabilité de la notion de service public* », avant de s'exclamer : « *Quel décalage entre la crispation sur les principes et la souplesse sur les pratiques !* »[53].

Ce phénomène d'hybridation dans le jugement des juges conduirait à première vue à relativiser la portée de la LOLF. Il faut cependant ajouter que cette dernière a fait entrer les administrations dans une nouvelle ère, où, pour parler comme Foucault, la rationalisation (ou plutôt une certaine forme de rationalisation) devient l'horizon ultime du « souci de soi » de l'État. La LOLF, c'est en quelque sorte la fin du « l'intendance suivra » de de Gaulle, c'est-à-dire l'idée que le politique prime l'économique, ou, pour le dire en termes plus mesurés, que l'économique propose, et que le politique dispose. Une autre ligne de fuite s'attacherait plutôt au constat selon lequel la « privatisation » du droit budgétaire de l'État ne le rend pas factuellement plus performant, constat qui ne vient qu'accuser la relative absence du critère de la satisfaction du public dans les indicateurs de performance, ce qui pourrait aller dans le sens de la faillibilité, puisque cela montre que le but des « réformes » qui s'ancrent dans la LOLF n'est pas de rapprocher les services publics de la population, mais de les discipliner, le plus souvent à marche forcée. On aboutit ainsi au paradoxe selon lequel un vaste mouvement de réformes (réussi au bout de la 37e tentative, après 25 années de préparation en amont et qui a nécessité 5 années pour être mis en place), qui était censé améliorer l'efficacité des institutions, aboutit dans les faits à mettre en péril les structures publiques, et rend envisageable la prophétie de Hayek sur la paupérisation programmée de l'État[54].

[53] OBERDORFF Henri, « Signification de la notion de "service public à la française" » *in* KOVAR Robert et SIMON Denys (dir.), *Service public et communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, La Documentation française, 1998, tome II, page 91.

[54] Pour ne pas excéder la limite de 55 000 signes fixée par les organisateurs de la ST, je réserve mes développements sur l'approche synchronique de la LOLF (notamment sur son lexique, sur ses effets induits et sur les enjeux de quantification) pour la présentation orale de ce papier.