

ProfilSup

DROIT PUBLIC

COURS, MÉTHODOLOGIE
ET FICHES TECHNIQUES

- *Université*
- *IEP*
- *Concours administratifs*

Renaud Thielé



II. Leçons de droit public

Plan général du cours

Première section – L'intérêt général

C'est l'existence d'un intérêt général qui justifie l'existence même du droit public. Historiquement, la mission originelle de la puissance publique est d'assurer la protection des populations et de leurs biens : l'ordre public constitue ainsi le noyau historique de l'intérêt général (*thème 1*).

Mais, assez rapidement, les États ont également pris à cœur le développement économique de leur territoire (*thème 2*).

Ce n'est en revanche qu'à partir du XIX^e siècle et, surtout, du XX^e siècle, que les États se donnent véritablement pour objectif de garantir la justice sociale (*thème 3*).

Deuxième section – L'organisation

Au fur et à mesure du développement de ces missions, l'organisation de la puissance publique évolue dans le sens d'une plus grande subsidiarité et d'une plus grande autonomie des acteurs publics chargés de mettre en œuvre des politiques publiques.

On assiste d'abord, du point de vue de l'État, à un triple mouvement de déconcentration – qui se traduit par un renforcement des prérogatives des agents de l'État dans les territoires au détriment des autorités centrales –, d'agencification (ou décentralisation *fonctionnelle*) qui se traduit par la multiplication des opérateurs, généralement autonomes, chargés de la mise en œuvre au niveau national d'une politique déterminée, et de constitution d'autorités administratives ou publiques indépendantes (*thème 4*).

On assiste ensuite à un mouvement de décentralisation territoriale qui conduit à confier à des collectivités territoriales et des établissements de coopération intercommunale une grande partie des politiques de développement du territoire ainsi que la gestion des services publics industriels et commerciaux, l'État conservant une prééminence dans la protection de l'ordre public mais également dans la gestion des services publics administratifs essentiels, notamment l'éducation et la santé (*thème 5*).

Employés par ces différentes structures, les agents publics sont soumis à un droit particulier destinés à assurer à la fois leur loyauté vis-à-vis du pouvoir démocratiquement élu et leur neutralité dans l'accomplissement de leurs missions (*thème 6*).

Troisième section – La recherche du consentement

La montée en puissance des pouvoirs publics pose, d'une manière de plus en plus aiguë, la question du consentement : celui des citoyens et des administrés, mais également le consentement nécessaire à une coordination harmonieuse entre les acteurs chargés de mettre en œuvre les politiques publiques.

Le mode principal d'octroi du consentement est le mode démocratique. Le XVIII^e siècle et la Révolution règlent la question du consentement grâce à la fiction du « contrat social » : chaque citoyen est supposé avoir consenti à être régi par une loi votée par la majorité et qui s'impose à tous, même s'il n'est pas personnellement favorable à la loi. Le consentement démocratique ainsi donné permet d'imposer une loi, qui se définit comme une norme unilatérale et contraignante. Aujourd'hui, ce mode de consentement démocratique s'enrichit de la recherche d'une association sans cesse croissante des citoyens à la prise de décision publique, tout en posant, de plus en plus, la question de l'articulation entre la sphère du politique et la sphère scientifique et expertale (*thème 7*).

Mais le consentement démocratique n'est pas le seul mode d'obtention du consentement : celui-ci peut également être obtenu, dans certains cas, par le biais de la contractualisation qui permet d'assurer le consentement des intéressés (*thème 8*).

Plus récemment reconnu, le « droit souple » est également un outil de recherche du consentement : en effet, il s'agit d'orienter les comportements sans les contraindre juridiquement (*thème 9*).

Quatrième section – La garantie des droits

Mais la société ne se borne pas à cette exigence de consentement. L'individu s'estime désormais titulaire de droits, qu'il doit pouvoir faire prévaloir même vis-à-vis des pouvoirs publics démocratiques. Cette garantie des droits suppose d'assurer la sécurité juridique (*thème 10*), le contrôle juridictionnel des actes (*thème 11*) et de pouvoir engager la responsabilité des pouvoirs publics en cas d'action dommageable (*thème 12*).

L'ouvrage finit sur un thème additionnel : le numérique et la vie privée (*thème 13*).

Section I. **L'intérêt général**

La notion d'intérêt général irrigue l'ensemble du droit public, dont elle constitue le cœur : c'est au nom de l'intérêt général que sont apportées des limitations aux intérêts particuliers et aux droits et libertés qui les protègent. Le tableau suivant recense les différentes déclinaisons de l'intérêt général, ainsi que les instruments juridiques qui ont été développés pour les atteindre.

Intérêt général		Mécanismes juridiques
Sauvegarde de l'ordre	Sécurité internationale	Établissement d'un ordre international par le droit <ul style="list-style-type: none"> • sécurité collective (Charte de l'ONU) • intégration régionale (traités de l'UE), coopération.
		Instruments permettant de protéger contre les agressions <ul style="list-style-type: none"> • état d'exception: état de siège, art. 16 de la Constitution • réquisition militaire, mobilisation • secret défense
	Ordre public intérieur	Ordre public au sens strict <ul style="list-style-type: none"> • sanctions pénales • police administrative générale
		Ordre public social <ul style="list-style-type: none"> • droit du travail, police des licenciements (PSE, salarié protégé) • police administrative spéciale des étrangers
Ordre public environnemental <ul style="list-style-type: none"> • polices spéciales de l'urbanisme et de l'environnement (ICPE, eau, OGM, produits phytopharmaceutiques, biodiversité...) • principe de précaution • marché des droits à polluer 		
Développement économique		Ordre public économique <ul style="list-style-type: none"> • professions réglementées • régulation (financière, économique, numérique)
	Interventions économiques	Aides économiques au secteur privé <ul style="list-style-type: none"> • Fiscalité incitative • Concours financiers: subventions, prêts publics, garanties d'emprunt publiques, prises de participation publique
		Production publique <ul style="list-style-type: none"> • infrastructures • expropriation, domanialité publique • services publics administratifs • services publics industriels et commerciaux (eau, énergie, transports publics, poste) • nationalisations, privatisations

Justice sociale	Justice réparatrice	<p>Réparation d'un préjudice</p> <ul style="list-style-type: none"> • causé par une faute (responsabilité pour faute) • causé par un aléa (responsabilité pour risque, assurance ou fonds de solidarité) • causé au nom de l'intérêt général (responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques)
	Justice distributive	<p>La conception libérale : à chacun selon ses mérites</p> <ul style="list-style-type: none"> • libre concurrence dans tous les domaines : économie (libéralisme économique), la commande publique (égalité d'accès à la commande publique), la fonction publique (méritocratie) • égalité des chances : égal accès à l'éducation et la culture • discrimination positive <p>La conception sociale : chacun selon ses besoins</p> <ul style="list-style-type: none"> • progressivité fiscale • tarification sociale des services publics • aides sociales

Thème 1. L'ordre public

De la police administrative aux « buts monumentaux » de la régulation

Plan du thème

- I. La notion d'ordre public s'est considérablement enrichie
 - A. La notion d'ordre public s'est considérablement élargie
 - B. Le droit public s'est adapté pour répondre à ses nouvelles finalités
- II. Cette montée en puissance de l'ordre public affecte les équilibres institutionnels et fragilise la garantie des droits
 - A. La montée en puissance des régimes de police modifie des équilibres institutionnels traditionnels et est susceptible de fragiliser la garantie des droits
 - B. La multiplication des autorités de régulation pose des enjeux inédits en termes de séparation des pouvoirs et de contrôle

Il n'y a que les plus grands dangers qui puissent balancer celui d'altérer l'ordre public, et l'on ne doit jamais arrêter le pouvoir sacré des lois que quand il s'agit du salut de la patrie.

Jean-Jacques Rousseau, *Le Contrat social*, 1762¹

Je préfère commettre une injustice que de tolérer un désordre.

Goethe, *Le siège de Mayence*, 1793²

«L'ordre public, c'est aussi cela : un pilier du pacte social». C'est par ces mots que l'ancien vice-président du Conseil d'État, Jean-Marc Sauvé, concluait son intervention sur «L'ordre public» lors de la conférence «Regards croisés» à la Cour de cassation en 2017³.

De fait, la préservation de l'ordre public est au cœur des missions d'intérêt général de la puissance publique. Significativement, jusqu'au XIX^e siècle, le terme de «police» est synonyme du terme d'«administration». Sous l'Ancien Régime, les agents du Roi (baillis ou sénéchaux, puis intendants) dans les provinces et généralités – l'équivalent des régions et départements modernes – cumulent les fonctions de police (ils formulent des interdictions

1. Rousseau, Jean-Jacques. 1762. *Du contrat social*. J'ai lu, 2023, ISBN 978-2290385050, 112 p.
 2. Goethe, Johann Wolfgang von. 1793. *Belagerung von Mainz (Le siège de Mayence)*. Nota : cette citation doit être révisée dans son contexte : faisant alors partie de la suite du duc de Weimar, qui avait repris la ville de Mayence aux Français, Goethe sauve du lynchage un Français que la population locale accusait d'avoir pillé la cathédrale. Il se le voit reprocher par un compagnon d'armes nommé Gore. Dans son récit, Goethe note : « Mon bon Gore ne pouvait se satisfaire du fait que, à mes risques et périls, je me sois comporté de manière si audacieuse envers un inconnu, peut-être envers un criminel. Je (...) lui dis, pour finir, impatientement : Cela tient finalement à ma nature, je préfère commettre une injustice que de tolérer un désordre »
 3. Sauvé, Jean-Marc. 2017. *L'ordre public*, discours du 24 février 2017, prononcé lors de la conférence «Regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation».

et édictent des réglementations) et de répression (ils condamnent les auteurs d'infractions).

Toutefois, la notion d'ordre public a profondément évolué depuis cette époque.

Première évolution : cette notion s'est considérablement étendue. Comme le relevait Jean-Marc Sauvé, il existe donc bien deux conceptions de l'ordre public : une conception étroite qui s'identifie aux buts de la police administrative générale, et une conception large⁴. En effet, on ne peut que remarquer le caractère dual de cette notion, qui a une conception étroite correspondant aux buts assignés à la police administrative générale, qui vise à garantir un ordre essentiellement sécuritaire et sanitaire (sécurité et tranquillité publique, santé et salubrité publiques) complété par de rares aspects immatériels (moralité publique et dignité de la personne humaine), mais également une conception large : on peut en effet parler d'ordre public *social*, d'ordre public *économique* ou encore d'ordre public *environnemental*.

Seconde évolution : à partir de la Révolution française, des droits individuels sont progressivement venus encadrer le pouvoir des autorités publiques : interdiction de la détention arbitraire (« habeas corpus »), liberté d'expression, présomption d'innocence, liberté du commerce et de l'industrie, etc. Une fois ces droits proclamés, leur effectivité est garantie progressivement par les lois puis par la mise en place, après 1945, de juges chargés d'en assurer le respect. On assiste alors à un phénomène de « fondamentalisation » des droits, c'est-à-dire que les droits individuels sont désormais inscrits à un niveau élevé de la hiérarchie des normes.

La multiplication, depuis un siècle, des régimes de police administrative spéciale, et notamment la multiplication des d'exception dans la période récente (état d'urgence puis état d'urgence sanitaire) doit-elle faire craindre une régression des libertés ?

I. La notion d'ordre public a connu un double mouvement d'enrichissement et d'encadrement

A. La notion d'ordre public s'est considérablement élargie

1. La notion d'ordre public était initialement centrée sur la sécurité et la salubrité publiques

L'ordre public au sens le plus élémentaire, qui préserve sécurité les individus contre les atteintes physiques à leurs personnes ou à leur propriété, s'impose dès le xvii^e siècle comme la principale justification théorique de l'État moderne⁵. Le xix^e siècle et le début du xx^e siècle mettent l'accent sur

4. Ibid.

5. Hobbes, Thomas. 1651. *Le Léviathan*. Folio, 2000, ISBN 978-2070752256, 1024 p.