

**SUJET N° 1**  
**LE DROIT PEUT-IL ÊTRE**  
**UN INSTRUMENT DES MUTATIONS**  
**DE L'ÉTAT ?<sup>1</sup>**

---

1. ENA, concours externe, 2016.

# PROPOSITION DE CORRIGÉ

## Rémi DECOU-PAOLINI

## Frédéric PUIGSERVER

---

### **Le droit peut-il être un instrument des mutations de l'État ?**

On peut observer, au fil du temps, de profondes transformations affectant l'État, tant dans son organisation, ses institutions, que dans les modalités de son action. De telles « mutations » dépassent, par leur nature et leur ampleur, les simples adaptations auxquelles l'État – pris sous sa forme globale de système juridique souverain ou sous celle plus limitée de personne morale attributaire de compétences sur l'ensemble du territoire – procède en permanence. Ces mutations de l'État peuvent être le fait d'une volonté politique assumée, tendant, par exemple, à déconcentrer ou à décentraliser le pouvoir. Elles peuvent aussi consister dans des évolutions plus spontanées ou même subies, liées à des changements intervenus dans la société et l'environnement de l'État, notamment la diffusion de l'économie de marché. Enfin, certaines de ces mutations sont durables, tandis que d'autres, comme en matière de lutte contre la menace terroriste, peuvent avoir, du moins peut-on l'espérer, une vocation plus temporaire.

Face à ces mutations de l'État, il arrive que le droit soit regardé par certains acteurs comme une contrainte, un frein, voire comme un obstacle au changement. En obligeant au respect de certaines procédures ou règles de fond, imposées notamment par une hiérarchie des normes à laquelle sont soumis les acteurs publics et qu'il est difficile à adapter, il serait un facteur d'inertie et de conservatisme. Et il est vrai que, dans un État de droit, le rôle du droit ne se conçoit pas d'abord comme un instrument de réforme, mais plutôt comme une limitation des pouvoirs de l'État. Le droit constitue, dans cette perspective, une entrave nécessaire à la capacité d'action de l'État, justifiée par la protection des libertés.

Pourtant, le droit « permet » tout autant qu'il « ordonne ou interdit » (Portalis). Et il fournit ainsi naturellement, par la réglementation, l'instrument de mise en œuvre de toute réforme administrative, répondant à un besoin de mutation de l'État. Parfois même, le droit – et plus précisément la jurisprudence – constitue un aiguillon pour la réforme administrative qu'il suscite. Mais le droit demeure, dans certains autres cas, un obstacle dirimant aux mutations de l'État, lorsque ces mutations sont susceptibles de changer la nature même de l'État ou de porter une atteinte aux droits et libertés qui garantissent l'État de droit.

Ainsi, le droit peut être l'instrument des mutations de l'État en offrant le cadre adapté au renouvellement de son organisation comme de ses modalités d'intervention(I), mais s'il peut également susciter certaines de ces mutations, le droit peut parfois les freiner ou y faire radicalement obstacle lorsqu'elles risquent de heurter l'État de droit (II).

## I. Le droit accompagne, en leur offrant un cadre juridique sûr, celles des mutations de l'État qui répondent à un besoin de modernisation

### A. Le droit a permis non seulement l'évolution des structures administratives classiques, mais aussi l'apparition de nouvelles formes d'administrations

#### 1. Les transformations de l'administration classique ont touché les structures centrales et déconcentrées de l'État

Au niveau central, l'administration de l'État repose classiquement, dans le respect du principe hiérarchique et dans celui de subordination à l'autorité politique<sup>6</sup>, sur des directions d'administration centrales, comprenant elles-mêmes des services, sous-directions et bureaux<sup>7</sup>. C'est ce « canevas » qui est classiquement reproduit lorsqu'est créé un nouveau ministère<sup>8</sup>.

Conformément au principe de la déconcentration, « *les administrations centrales assurent, au niveau national, un rôle de conception, d'animation, d'appui des services déconcentrés, d'orientation, d'évaluation et de contrôle* », tandis que sont confiés aux « *échelons territoriaux (...) le pouvoir, les moyens et la capacité d'initiative pour animer, coordonner et mettre en œuvre les politiques publiques définies au niveau national et européen* »<sup>9</sup>. Toutefois, lorsqu'il est apparu que certaines missions à caractère opérationnel, telle la gestion du régime de retraite des fonctionnaires de l'État<sup>10</sup>, gagneraient à être exercées au plan national, mais avec une plus grande autonomie, la création d'un nouveau cadre juridique, avec les services à compétence nationale (SCN)<sup>11</sup>, a constitué une réponse adaptée (les Archives nationales ou des structures disposant de compétences économiques ou financières spécialisées comme l'Agence France Trésor ou l'Agence des participations de l'État ont également été constituées sous la forme de SCN).

De même, la formule de l'établissement public (EP) pourvoit depuis longtemps, mais au prix de la création de nouvelles personnes morales, au besoin d'autonomisation de la gestion de certains aspects des politiques publiques, comme en matière d'immigration et d'asile avec l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII) ou l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA). Dans la période récente, ce besoin a été satisfait, avec la création des agences régionales de santé (ARS)<sup>12</sup> sous la forme d'une catégorie *ad hoc*<sup>13</sup>, y compris dans le cas où il s'agissait de procéder à la fusion d'organismes de droit public et de droit privé, en conservant des agents relevant des deux statuts.

Enfin, au niveau déconcentré, tandis que le nombre de services de l'État dans la région a été fortement réduit, la mise en place, avec les directions départementales interministérielles

---

6. Article 20 de la Constitution du 4 octobre 1958.

7. Décret n°87-389 du 15 juin 1987 relatif à l'organisation des services d'administration centrale.

8. Décret n° 2007-1891 du 26 décembre 2007 portant organisation de l'administration centrale du ministère de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du codéveloppement.

9. Décret n° 2015-510 du 7 mai 2015 portant charte de la déconcentration.

10. Décret n° 2009-1052 du 26 août 2009 portant création du service des retraites de l'État.

11. Décret n°97-464 du 9 mai 1997 relatif à la création et à l'organisation des services à compétence nationale.

12. Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires.

13. Article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958.

(DDI)<sup>14</sup>, d'un cadre juridique commun aux services de l'État dans le département, a apporté tout à la fois une utile simplification au paysage institutionnel local mais également une adaptation à la réalité des départements, avec un nombre de directions interministérielles – trois ou quatre – variant en fonction des besoins des départements.

## 2. Dans des cas où le recours à l'administration classique a paru insuffisant, des administrations d'un genre nouveau ont été créées

Ainsi, lorsque la protection des libertés a justifié des garanties d'indépendance vis-à-vis de l'exécutif, comme en matière de données personnelles<sup>15</sup>, ou lorsque, plus tard, il en a été de même en matière de régulation, afin de garantir une bonne concurrence<sup>16</sup>, a été inventée, avec les autorités administratives indépendantes (AAI), une nouvelle catégorie d'administration, rapidement pourvue d'un cadre juridique sûr<sup>17</sup>. Dans un souci de renforcement de leur indépendance, certaines de ces autorités ont été érigées en personnes morales distinctes de l'État, sous la forme, comme l'Agence française de lutte contre le dopage (AFLD), d'autorités publiques indépendantes (API). Le Défenseur des droits, qui est une autorité administrative née du regroupement de quatre précédentes autorités, bénéficie même d'une base constitutionnelle<sup>18</sup>. Le statut général des AAI et des API a été clarifié et leurs modalités de fonctionnement précisées par les récentes lois organiques et ordinaire du 20 janvier 2017<sup>19</sup> qui en ont notamment limité le nombre, ramené de 42 à 26, dans le but de leur assurer une meilleure lisibilité.

La création des groupements d'intérêt public (GIP), d'abord dans le domaine de la recherche<sup>20</sup>, puis en matière sociale, a répondu à la préoccupation de donner un cadre institutionnel à la coopération d'organismes publics et privés. Cette nouvelle forme d'administration, plus partenariale, dispose désormais d'un cadre juridique commun<sup>21</sup>.

Enfin, même si la France reste un État unitaire<sup>22</sup>, les aspirations de certaines entités locales à une plus large autonomie ont été accompagnées par la reconnaissance, par le droit, d'une diversité de statuts. Ainsi, la Constitution reconnaît, à côté des communes, des départements et des régions, les collectivités à statut particulier, disposant de compétences étendues et d'une gouvernance propre, selon un statut fixé par la loi, comme c'est le cas de Paris, à la fois ville et département, de la collectivité territoriale de Corse (CTC)<sup>23</sup> et, tout récemment, de la métropole de Lyon<sup>24</sup>. En outre-mer, outre les collectivités de

---

14. Décret n° 2009-1484 du 3 décembre 2009 relatif aux directions départementales interministérielles.

15. Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

16. Création du Conseil de la concurrence par l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

17. Cons. const. déc. n° 86-217 DC, *Loi relative à la liberté de communication*.

18. Article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ; loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

19. Loi organique n° 2017-54 du 20 janvier 2017 relative aux AAI et API ; loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des AAI et des API.

20. Loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France.

21. Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit ; droit ; cf. également, s'agissant des conditions de modification des conventions constitutives des GIP, CE, 12 octobre 2016, *Société Centrale d'achat de l'hospitalisation privée et publique*, B, n° 389998.

22. Article 1<sup>er</sup> de la Constitution du 4 octobre 1958.

23. Loi n° 91-428 du 13 mai 1991 portant statut de la collectivité territoriale de Corse.

24. Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles.

la Martinique et de la Guyane, qui exercent depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016 les compétences exercées auparavant pour leurs conseils généraux et régionaux respectifs, certaines collectivités peuvent être dotées de l'autonomie<sup>25</sup>, telles la Polynésie française<sup>26</sup>, tandis que la Nouvelle-Calédonie jouit d'un statut à part, marqué par une autonomie très poussée et rendant possible, à la suite des accords de Matignon (1988) puis de Nouméa (1998) une évolution possible vers l'indépendance<sup>27</sup>.

## **B. Le droit a également conforté l'apparition de nouvelles modalités de l'action de l'État, faisant une place plus large au public et davantage en prise avec la réalité économique**

### **1. Le cadre juridique de l'action administrative est marqué par la recherche d'une plus grande place donnée au public**

Le public exprime depuis longtemps un désir de proximité dans ses rapports avec les administrations. L'affirmation du principe de la déconcentration<sup>28</sup>, en vertu duquel, pour reprendre l'exposé des motifs du décret du 25 mars 1852 renforçant les pouvoirs des préfets, « on peut gouverner de loin mais on n'administre que de près », a conduit à déconcentrer très largement la prise des décisions administratives individuelles. Mais, plus encore, la préoccupation du public pour une administration plus simple d'accès, plus transparente et procédant davantage par voie d'adhésion que d'autorité, a entraîné un profond mouvement de réforme de l'État. Il en est résulté le développement des guichets uniques, notamment en matière fiscale et sociale, et des services publics dématérialisés<sup>29</sup>, ainsi qu'un cadre juridique nouveau pour les relations entre le public et les administrations<sup>30</sup>.

Les évolutions du droit traduisent également la recherche d'une plus grande légitimité de la décision publique, obtenue par la participation du public<sup>31</sup>. Aux procédés habituels de consultations, reposant sur des commissions administratives à caractère consultatif, a été ajoutée, dans la période récente, la possibilité d'organiser des consultations ouvertes, dématérialisées<sup>32</sup>. En matière de décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement, l'exigence de participation du public procède d'une disposition constitutionnelle expresse<sup>33</sup>.

Le renforcement des garanties apportées au public en matière de moralisation de la vie publique, de déontologie et de prévention des conflits d'intérêts<sup>34</sup> participe du même mouvement.

---

25. Article 74 de la Constitution du 4 octobre 1958.

26. Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française.

27. Titre XIII de la Constitution du 4 octobre 1958.

28. Décret du 7 mai 2015 préc.

29. [www.service-public.fr](http://www.service-public.fr)

30. Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du Code des relations entre le public et l'administration (CRPA).

31. Consulter autrement, participer effectivement, Rapport public du Conseil d'État, 2011.

32. Loi du 17 mai 2011 préc. ; décret n° 2011-1832 du 8 décembre 2011 relatif aux consultations ouvertes sur l'internet, aujourd'hui codifié au CRPA.

33. Article 7 de la Charte de l'environnement.

34. Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique ; loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

## 2. Pour tenir compte de la réalité économique, l'action administrative emprunte des instruments nouveaux

Issues notamment du droit de l'Union européenne (UE), les règles de la concurrence, tenant à l'interdiction des abus de position dominante et au régime des aides d'État, sont désormais opposables aux décisions de l'administration<sup>35</sup>. Ainsi, même lorsqu'elle emprunte des modalités d'action classiques, comme pour la gestion de son domaine, celle-ci doit tenir compte de leurs effets sur l'économie<sup>36</sup>.

Plus largement, la nécessité de l'ouverture à la concurrence des grands services publics a induit un cadre renouvelé de l'intervention de la puissance publique, que l'on peut qualifier de régulation. Dans ce cadre, la question de l'accès aux données publiques, ainsi que leur réutilisation, constitue un enjeu particulier, qui a été saisi par le droit<sup>37</sup>.

Enfin, la jurisprudence avait déjà consacré, avec les directives<sup>38</sup>, désormais appelées « lignes directrices »<sup>39</sup>, l'existence d'un instrument nouveau, destiné à encadrer l'action de l'administration dans des domaines où elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation, notamment pour l'attribution d'une subvention. Au-delà, elle a accompagné l'émergence, dans les pratiques administratives, de documents de « droit souple »<sup>40</sup>, tels les chartes, guides de bonne pratique, parfois rendus opposables à l'administration comme en matière fiscale<sup>41</sup>, ou encore les prises de position. En donnant à ces actes un régime juridique sûr, tout en ouvrant la possibilité de contester certains d'entre eux<sup>42</sup>, le droit a aidé à une profonde mutation des modalités de l'action administrative et pris notamment en compte les incidences de ces actes sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent.

## II. En favorisant ou, selon le cas, en constituant un obstacle à certaines des mutations de l'État, le droit assume sa fonction de régulateur des rapports sociaux d'un État de droit

### A. Certaines mutations de l'État, souhaitables pour l'approfondissement de l'État de droit, sont accompagnées ou suscitées par la jurisprudence, qui joue un rôle de précurseur

#### 1. L'action administrative est soumise à un principe de sécurité juridique

Si l'action administrative doit permettre d'adapter l'État, en particulier les services publics, en vertu du principe de mutabilité, aux évolutions de la société, le droit conduit à prendre

---

35. CE Sect. 3 nov. 1997, *Société Million et Marais* ; CE Sect. avis 22 nov. 2000, *Société L & P Publicité SARL*.

36. CE Sect. 26 mars 1999, *Société EDA*.

37. Document 5 : Loi n° 2015-1779 du 28 décembre 2015 relative à la gratuité et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public.

38. CE Sect. 11 déc. 1970, *Crédit foncier de France*.

39. Document 4 : CE Sect. 4 févr. 2015, *Ministre de l'intérieur*.

40. Document 2 : Résolution du Parlement européen du 4 septembre 2007 sur les implications juridiques et institutionnelles du recours aux instruments juridiques non contraignants.

41. Document 7 : Charte des droits et obligations du contribuable vérifié.

42. CE 21 mars 2016, *Société NC Numericable, A*, n° 390023.

en compte les impératifs de sécurité juridique qui doivent accompagner et faciliter ces adaptations. Dans le prolongement de solutions déjà dégagées en droit européen et inspirées par le principe de confiance légitime, le Conseil d'État a ainsi reconnu un principe de sécurité juridique, imposant notamment au pouvoir réglementaire d'édicter les mesures transitoires impliquées par la mise en œuvre d'une réglementation nouvelle<sup>43</sup>.

Mais l'impératif de sécurité juridique peut également justifier, afin d'assurer une meilleure stabilité de la règle de droit, la mise en place d'un contrôle en matière de normes applicables aux collectivités territoriales et des bonnes pratiques en matière d'entrée en vigueur différée, et à une date fixe, des normes applicables aux entreprises. La régulation des normes applicables aux collectivités territoriales a ainsi conduit à la création de la commission consultative d'évaluation des normes (CCEN) transformée, avec des pouvoirs renforcés, en Conseil national d'évaluation des normes (CNEN)<sup>44</sup>.

L'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la norme, dégagé par le Conseil constitutionnel<sup>45</sup> et repris par le juge administratif<sup>46</sup>, impose à l'État de produire des normes claires. Cette exigence a conduit à faire évoluer l'organisation administrative en structurant la fonction juridique dans les ministères, souvent sous la forme d'une direction des affaires juridiques intégrée au secrétariat général et de la désignation d'un haut fonctionnaire chargé de la qualité de la réglementation. L'objectif d'accessibilité de la norme de droit a également conduit à relancer le travail de codification des normes en s'appuyant sur la Commission supérieure de codification (CSC), rattachée au Premier ministre. À cette fin, une nouvelle doctrine de codification du droit par ordonnance, sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, a été définie par le Gouvernement et validée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel<sup>47</sup>.

## 2. L'administration recherche à améliorer ses relations avec le public

Le travail de codification des dispositions législatives s'effectue normalement à droit textuel et jurisprudentiel constant mais certains projets de codification ont un champ plus vaste et contribuent à la clarification de notions juridiques comme à la simplification du droit. L'exemple du nouveau Code des relations entre le public et l'administration (CRPA)<sup>48</sup>, qui répond à l'objectif adopté par le Comité interministériel pour la modernisation de l'action publique (CIMAP) de décembre 2012 de mieux adapter les textes de droit à leurs destinataires, en donne une illustration éclatante. Ce code, qui entremêle pour une meilleure lisibilité les dispositions législatives et les dispositions réglementaires, a permis notamment de préciser et de simplifier les règles applicables en matière d'abrogation et de retrait des décisions.

Le droit jurisprudentiel et textuel peut aussi être une source d'évolution des pratiques administratives comme le montre le renforcement, au bénéfice des usagers du service public

---

43. CE Ass 24 mars 2006, *Société KPMG* ou encore, mentionnant un « principe de sécurité juridique, reconnu tant en droit interne que par l'ordre juridique communautaire », CE Sect. 27 octobre 2006, *Société Techna et autres*.

44. Loi n° 2013-921 du 17 octobre 2013 portant création du Conseil national d'évaluation des normes applicables aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics.

45. Cons. const. déc. n° 99-421 DC du 16 décembre 1999.

46. Voir notamment CE 10 févr. 2016, *Fédération nationale des mines et de l'énergie – Confédération générale du travail*, qui juge que les normes dont l'application est rendue obligatoire doivent être consultables gratuitement.

47. La décision précitée Cons. const. déc. n° 99-421 DC du 16 décembre 1999.

48. Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du Code des relations entre le public et l'administration.

hospitalier, du droit à l'information des patients. D'abord reconnu par la jurisprudence<sup>49</sup>, ce droit à l'information a été repris par le législateur et figure aujourd'hui à l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique, issu de la loi du 4 mars 2002<sup>50</sup> et à nouveau enrichi par la loi du 26 janvier 2016<sup>51</sup>. Il en résulte que tout manquement à l'obligation d'information présente un caractère fautif sous réserve de considérations d'urgence, de l'impossibilité de satisfaire à cette obligation ou du refus du patient lui-même d'être informé des risques.

## B. Certaines autres mutations de l'État peuvent, temporairement ou durablement, être encadrées ou limitées par le droit

### 1. Le droit peut encadrer strictement voire freiner les mutations de l'État

Les mutations de l'État peuvent nécessiter une approche progressive, sous la forme d'expérimentations, afin de s'assurer que les adaptations envisagées sont bien justifiées avant qu'il soit procédé à leur éventuelle généralisation. Si la possibilité d'expérimentation a d'abord été reconnue par la jurisprudence constitutionnelle<sup>52</sup>, un cadre juridique approprié a ensuite été posé à l'article 37-1 de la Constitution<sup>53</sup>, issu de la révision constitutionnelle de 2003. En vertu de ces dispositions, « *la loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental* ». Cette faculté, de dérogation, pour un objet et une durée limités, au principe d'égalité, a notamment été mise en œuvre par la loi de 2004 relative aux libertés et responsabilités locales<sup>54</sup> qui a ouvert à l'État la possibilité de confier à la région le soin d'élaborer un schéma régional de développement économique. Mais encore faut-il que le Parlement définisse de façon suffisamment précise l'objet et les conditions de l'expérimentation et ne méconnaisse pas les autres exigences de valeur constitutionnelles<sup>55</sup>.

Un cadre particulier d'expérimentation normative a également été institué à l'article 72 alinéa 4 de la Constitution, par la même révision de 2003, au bénéfice des collectivités territoriales<sup>56</sup>. Il s'est agi cette fois de surmonter les réticences exprimées précédemment par le Conseil constitutionnel s'agissant des évolutions prévues pour la Corse<sup>57</sup>. Ce droit à l'expérimentation, qui est strictement défini dans la mesure où ne doivent pas être en cause les « *conditions essentielles d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti* », doit être conféré par la loi ou le règlement, pour une durée n'excédant pas cinq ans, renouvelable pour une durée maximale de trois ans<sup>58</sup>. Les dispositions de l'article 72 alinéa 4 permettent en particulier au Parlement, par exception à l'article 34 et au principe d'égalité devant la loi, de déléguer temporairement sa compétence à des collectivités, afin de les voir mettre en œuvre, dans leur ressort, des mesures de nature législatives susceptibles d'être ultérieurement généralisées.

---

49. CE Sect 5 janv. 2000, *Consorts Telle*.

50. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

51. Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

52. Cons. const. déc. n° 93-322 DC du 28 juillet 1993, *Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel*.

53. Document 1 : Constitution du 4 octobre 1958.

54. Loi n° 2004-809 du 13 août 2004.

55. Cons. const. déc. n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009.

56. Document 1 : Constitution du 4 octobre 1958.

57. Cons. const. déc. n° 2002-454 DC du 17 janvier 2002.

58. Cons. const. déc. n° 2003-478 DC du 30 juillet 2003 et loi organique n° 2003-704 du 1<sup>er</sup> août 2003 relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales.

Dans un autre ordre d'idée, en application de l'article 54 de la Constitution, lorsqu'un engagement international « *comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution* ». Cette exigence juridique est donc susceptible de limiter ou de freiner les évolutions souhaitées par les pouvoirs publics à la suite d'accords négociés avec d'autres États.

Si l'expérience fait apparaître, en particulier en matière de droit européen – voir la révision adoptée à la suite du traité de Maastricht –, que la Constitution est généralement mise en révision pour permettre la ratification des traités signés par la France, cet ordre des choses n'est pas systématique. Ainsi la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, signée sous l'égide du Conseil de l'Europe le 7 mai 1999, a été regardée comme comportant des stipulations portant atteinte « aux principes constitutionnels d'indivisibilité de la République, d'égalité devant la loi et d'unicité du peuple français »<sup>59</sup> et cette déclaration de contrariété n'a été suivie d'aucune révision de la Constitution, rendant ainsi impossible la ratification de la charte. Il en résulte que dans notre droit l'enseignement d'une langue régionale ne peut revêtir un caractère obligatoire ni pour les élèves ni pour les enseignants<sup>60</sup>.

## 2. Le droit peut être un obstacle dirimant aux mutations de l'État

Le droit, en ce qu'il traduit des exigences fortes de notre système juridique, fait notamment obstacle à ce que des activités régaliennes soient déléguées au secteur privé. Des activités, qui relèvent des seules prérogatives de la puissance publique, ne peuvent donc pas être déléguées au secteur privé : il en est ainsi des activités de police administrative de l'État<sup>61</sup>, seules pouvant être déléguées des tâches matérielles d'exécution comme l'enlèvement de véhicules.

Le droit peut surtout constituer, face à certaines évolutions susceptibles de remettre en cause les principes et fondements mêmes de la France, définie à l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution comme « *une République indivisible, laïque, démocratique et sociale* », la protection ultime. Le principe d'indivisibilité de la République, déjà mentionné au sujet des incidences éventuelles de certains engagements internationaux, peut en particulier faire obstacle à l'adoption de lois qui conduiraient à sa méconnaissance. Le droit de sécession n'est ainsi ouvert par la Constitution qu'au bénéfice des seules collectivités d'outre-mer ayant précédemment bénéficié du statut de territoires d'outre-mer<sup>62</sup>.

En combinaison avec le principe d'égalité, le principe d'indivisibilité de la République commande l'unité – ou l'unicité – du peuple français et interdit en conséquence toute différenciation entre citoyens qui contreviendrait à cette exigence<sup>63</sup>. Mais il reste toujours loisible au constituant, en dernier lieu, de faire sauter le « verrou constitutionnel » comme il l'a fait notamment en autorisant en Nouvelle-Calédonie, à la suite de la constitutionnalisation des accords de Nouméa par l'article 77 de la Constitution, l'institution d'une préférence territoriale en matière d'emploi.

59. Cons. const. déc. n° 99-412 DC du 15 juin 1999.

60. Cons. const. déc. n° 2002-454 DC du 17 janvier 2002.

61. CE 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary* et plus récemment, interdisant le transfert par contrat de la mission de surveillance des voies publiques, CE 29 décembre 1997, *Commune d'Ostricourt*.

62. Cons. const. déc. n° 87-226 DC du 2 juin 1987 et n° 91-290 DC du 9 mai 1991.

63. Cons. const. déc. n° 2002-454 DC du 17 janvier 2002.

Au total, le droit est autant un instrument des mutations de l'État, qu'il rend possibles et sûres, qu'un moteur des ces mutations, lorsque les principes que dégage la jurisprudence induisent de nouvelles pratiques et impriment, de ce fait, à l'État, un nouveau visage. Le droit constitue aussi un obstacle aux mutations de l'État, que l'édition d'une règle de droit nouvelle peut permettre, dans certains cas, de surmonter. Le respect de l'État de droit conditionne, dans tous les cas, ces mutations dont la polyvalence trouve un écho dans la diversité du système juridique.