

MANUEL
INTÉGRAL
concours

Droit public

16^e édition

Philippe Georges
Guy Siat

droit constitutionnel

droit administratif général

droit de
la fonction publique

SIREY


Droit public

Chez le même éditeur

Dans la même collection

Droit européen et droit de l'Union européenne, P. Dollat, 3^e éd., 2010.

Droit pénal et procédure pénale, B. Bouloc, H. Matsopoulou, 1⁸e éd., 2011.

Finances publiques, R. Muzellec, 15^e éd., 2009.

Leçons de droit social et de droit de la santé, R. Pellet, A. Skzryerbak, 2^e éd., 2008.

Leçons d'économie contemporaine, sous la dir. d'I. Samson, 2^e éd., 2009.

Institutions françaises et européennes : bilan et perspectives, P. Gévert, 2003.

Administrations et fonctions publiques en France, S. Salon et J.-C. Savignac, 2002.

Collection Spécial concours

Attaché territorial, É. Ambacher, F. Bouvrain, M. Boyer, H. Duranton, M. Frangi, D. Miranda, 4^e éd., 2011.

IRA, J.-C. Savignac, 3^e éd., 2010.

Rédacteur territorial, sous la dir. d'A.-S. Hardy, 4^e éd., 2011.

Commissaire de police/Officier de police/Officier de gendarmerie, sous la dir. de F. Debove, 4^e éd., 2011.

Magistrat, sous la dir. de F. Debove, 4^e éd., 2010.

Contrôleur des impôts, sous la dir. de T. Sellin et J. Serba, 2^e éd., 2007.

Inspecteur des impôts, du trésor et des douanes, sous la dir. de G. Siat, 2^e éd., 2009.

Secrétaire administratif, sous la dir. de V. Cattoir-Jonville, 2005.

Droit public

Philippe **Georges**

Guy **Siat**

Maître de conférences de droit public
IPAG de Strasbourg (Université de Strasbourg)

16^e édition **2011**





Le pictogramme qui figure ci-dessus mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, particulièrement dans le domaine de l'édition technique et universitaire, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale d'achat de livres et de revues, au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

Nous rappelons donc que toute reproduction, partielle ou totale, de la présente publication est interdite sans autorisation de l'auteur, de son éditeur ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC, 20 rue des Grands-Augustins, 75006 Paris).

Éditions DALLOZ
31-35 rue Froidevaux, 75685 Paris Cedex. 14

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2^o et 3^o a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

Sommaire

Liste des documents	VII
Liste des principales abréviations.....	IX
Avant-propos.....	XI

Première partie

Institutions politiques, administratives et juridictionnelles.....	1
---	----------

Titre 1	
Notions générales sur les institutions politiques.....	3

Titre 2	
Les institutions politiques de la V^e République.....	47

Titre 3	
L'organisation administrative de la France.....	167

Titre 4	
La justice administrative.....	247

Deuxième partie

Les principes généraux de l'activité administrative...	283
---	------------

Titre 1	
Le principe de légalité et ses conséquences.....	285

Titre 2	
La notion de service public et son application.....	321

Titre 3	
L'acte administratif.....	347

Titre 4	
Les rapports de l'Administration avec les particuliers : la responsabilité administrative.....	381

Troisième partie

Le droit administratif appliqué.....	409
---	------------

Titre 1	
La fonction publique	411
Titre 2	
Les interventions de la puissance publique en matière immobilière	445
Annexe 1.....	519
Annexe 2.....	527
Index alphabétique.....	543
Table des matières.....	547

Liste des documents

- Document n° 1 Loi constitutionnelle du 3 juin 1958
- Document n° 2 Constitution du 4 octobre 1958
- Document n° 3 Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789
- Document n° 4 Tableau des élections présidentielles sous la V^e République
- Document n° 5 Tableau de l'exécutif sous la V^e République
- Document n° 6 Dissolutions prononcées sous la V^e République
- Document n° 7 Avis du Conseil constitutionnel du 23 avril 1961
- Document n° 8 Hémicycle du Palais-Bourbon (répartition des sièges)
- Document n° 9 Composition du Sénat après le renouvellement du 21 septembre 2008
- Document n° 10 Liste des présidents de l'Assemblée nationale
- Document n° 11 Tableau de la procédure législative
- Document n° 12 Révision de la Constitution (art. 89)
- Document n° 13 Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution
- Document n° 14 Tableau du rôle du Conseil constitutionnel dans le fonctionnement des pouvoirs publics (à l'exclusion de son rôle en matière électorale)
- Document n° 15 Tableau de la mise en jeu de la responsabilité politique du Gouvernement
- Document n° 16 Tableau indiquant la répartition des compétences entre les collectivités territoriales (à jour de la loi relative aux responsabilités locales)
- Document n° 17 Organigramme d'un ministère (ministère du Budget, simplifié)
- Document n° 18 L'administration territoriale de l'État en Alsace
- Document n° 19 Organisation des services départementaux de l'État
- Document n° 20 Organigramme de la commune
- Document n° 21 Organigramme du département
- Document n° 22 Organigramme de la région
- Document n° 23 Effectif de chaque conseil régional (loi du 11 avril 2003)
- Document n° 24 Carte des régions métropolitaines
- Document n° 25 L'organisation juridictionnelle
- Document n° 26 CE, Ass., Avis du 6 avr. 1990 *Société nationale des chemins de fer français*
- Document n° 27 Le mécanisme des conflits
- Document n° 28 CE, 7 juill. 1950, *Dehaene*
- Document n° 29 CE, Ass., 20 oct. 1989, *Nicolo, Rec. 190*, concl. Frydman
- Document n° 30 CE, 8 août 1919, *Labonne*
- Document n° 31 CE, 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*
- Document n° 32 CE, 19 oct. 1962, *Canal*
- Document n° 33 CE, 2 mars 1962, *Rubin de Servens*
- Document n° 34 CE, Ass., 30 oct. 2009
- Document n° 35 CE, Ass., 3 févr. 1989, *Compagnie Alitalia, Rec. 44*
- Document n° 36 CE, 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*
- Document n° 37 CE, 28 juin 1918, *Heyriès*
- Document n° 38 CE, 28 févr. 1919, *Dames Dol et Laurent*
- Document n° 39 T. confl., 27 mars 1952, *Dame de la Murette*
- Document n° 40 CE, Ass., 15 oct. 1993, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et gouverneur de la colonie royale de Hong-Kong*

- Document n° 41 CE, Sect., 18 déc. 2002, *Mme Duvignères*
- Document n° 42 CE, 29 mars 1901, *Casanova*, GAJA, n° 8
- Document n° 43 CE, 28 déc. 1906, *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges*, GAJA, n° 17
- Document n° 44 CE, Sect., 17 mai 1985, *Mme Menneret*, Rec. 149, concl. Pauti
- Document n° 45 CE, 31 juill. 1942, *Monpeurt*, GAJA, n° 52
- Document n° 46 CE, 2 avr. 1943, *Bouguen*, GAJA, n° 53
- Document n° 47 CE, 13 janv. 1961, *Magnier*, RDP, p. 155
- Document n° 48 Conclusions Laurent sur CE, 16 nov. 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*
- Document n° 49 Conclusions Tardieu sur CE, 7 août 1909, *Winkell*
- Document n° 50 CE, 7 oct. 1959, *Jacquier, Gaudam et Le Corno*
- Document n° 51 CE, 21 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*
- Document n° 52 T. confl., 15 janv. 1968, *Compagnie Air France c/ Époux Barbier*, GAJA n° 83
- Document n° 53 CE, 29 janv. 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*
- Document n° 54 CE, 11 déc. 1970, *Crédit foncier de France c/Demoiselle Gaupillat et Dame Ader*
- Document n° 55 CE, 25 juin 1948, *Société du journal « L'Aurore »*, Rec. 289
- Document n° 56 CE, Ass., 26 oct. 2001, *Ternon*
- Document n° 57 T. confl., 2 déc. 1902, *Société immobilière de Saint-Just*
- Document n° 58 T. confl., 8 juill. 1963, *Société entreprise Peyrot c/ Société autoroute Estérel-Côte d'Azur*
- Document n° 59 CE, 20 avr. 1956, *Époux Bertin et ministère de l'Agriculture c/ Consorts Grimouard*
- Document n° 60 T. confl., 24 juin 1968, *Forma*
- Document n° 61 CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*
- Document n° 62 CE, 10 févr. 1905, *Tomaso Grecco*
- Document n° 63 T. confl., 30 juill. 1873, *Pelletier*
- Document n° 64 CE, 3 févr. 1911, *Anguet*
- Document n° 65 CE, 26 juill. 1918, *Lemonnier*
- Document n° 66 CE, 18 nov. 1949, *Demoiselle Mimeur*
- Document n° 67 CE, 28 juill. 1951, *Laruelle et Delville*
- Document n° 68 CE, Ass., 10 avr. 1992, *Époux V.*, Rec. 171, concl. Légal
- Document n° 69 CE, 28 mars 1919, *Regnault-Desrozières*
- Document n° 70 CE, 24 juin 1949, *Consorts Lecomte*
- Document n° 71 CE, 21 juin 1895, *Cames*
- Document n° 72 CE, 22 nov. 1946, *Commune de Saint-Priest-la-Plaine*
- Document n° 73 CE, 14 janv. 1938, *Société anonyme de produits laitiers « La Fleurette »*
- Document n° 74 CE, 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radioélectrique*
- Document n° 75 CE, 30 nov. 1923, *Couitéas*
- Document n° 76 CE, 24 nov. 1961, *Consorts Letisserand*
- Document n° 77 CE, 21 mars 1947
- Document n° 78 CE, 10 mai 1912, *Abbé Bouteyre*
- Document n° 79 CE, 28 mai 1954, *Barel*
- Document n° 80 CE, 3 juill. 1936, *Demoiselle Bobard*, GAJA n° 51
- Document n° 81 Loi de finances du 22 avril 1905
- Document n° 82 CE, 7 juill. 1950, *Dehaene*
- Document n° 83 Extrait CGPPP
- Document n° 84 CE, 9 mai 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*
- Document n° 85 CE, 10 juin 1921, *Commune de Monségur*
- Document n° 86 T. confl., 28 mars 1955, *Effimieff*
- Document n° 87 CE, 20 avr. 1956, *ministre de l'Agriculture c/ Consorts Grimouard*

Liste des principales abréviations

AJDA	Actualité juridique – Droit administratif
CAA	Cours administratives d’appel
C. civ.	Code civil
C. élect.	Code électoral
C. urb.	Code de l’urbanisme
Cass.	Cour de cassation
CCH	Code de la construction et de l’habitation
CE	Conseil d’État
CEDH	Cour européenne des droits de l’Homme
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CGPPP	Code général de la propriété des personnes publiques
CJA	Code de justice administrative
Cons. const.	Conseil constitutionnel
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
EPA	Établissement public administratif
EPIC	Établissement public industriel et commercial
GAJA	<i>Les grands arrêts de la jurisprudence administrative</i> par MM. Long, Weil, Braibant, Delvolvé et Genevois
GDJA	<i>Les grandes décisions de la jurisprudence administrative</i>
<i>JO</i>	<i>Journal officiel</i>
LOLF	Loi organique relative aux lois de finances
POS	Plan d’occupation des sols
PLU	Plan local d’urbanisme
<i>Rec. CE</i>	<i>Recueil Lebon</i>
RFD adm.	Revue française de droit administratif
<i>RDP</i>	<i>Revue de droit public et de la science politique</i>
<i>S.</i>	<i>Recueil Sirey</i>
RGPP	Révision générale des politiques publiques
SCOT	Schéma de cohérence territoriale
TA	Tribunaux administratifs
T. confl.	tribunal des conflits

Avant-propos

Malgré la mise en œuvre des restrictions budgétaires, jamais la fonction publique n'a autant attiré de candidats aux différents concours administratifs... plus particulièrement les concours de catégorie A. La morosité du marché du travail explique sans doute cet engouement, mais il faut espérer que la **vocation de service public** que les candidats mettent régulièrement en avant n'est pas de pure forme...

Fidèle aux éditions précédentes, cette 16^e édition permet aux étudiants de disposer d'un ouvrage spécifique, conçu sur la base des programmes et dans l'esprit des principaux concours de catégorie A. Les épreuves des concours portent le plus souvent à la fois sur le droit constitutionnel (essentiellement la V^e République) et le droit administratif, enseignés dans les six semestres de la licence en droit. S'il semble possible à l'étudiant juriste, déjà diplômé ou au moins suffisamment avancé dans sa licence, d'utiliser des ouvrages ou des cours qu'il a déjà suivis pour se préparer à l'épreuve de droit public des concours administratifs, quitte à élaguer lui-même ce qui ne figure pas au programme et à effectuer sa synthèse personnelle, il paraît difficile, sinon impossible aux candidats non juristes provenant d'autres disciplines universitaires (littéraire, scientifique...) ou aux agents qui se présentent aux concours internes, de se préparer efficacement et rationnellement en l'absence d'un ouvrage spécialement conçu à cet effet.

C'est donc avant tout en vue de faciliter la tâche des candidats aux concours administratifs, juristes et surtout non juristes, que ce manuel a été élaboré. C'est aussi la raison qui nous a incités à le concevoir à la fois comme un instrument de référence où l'essentiel de ce qu'il est nécessaire de connaître est contenu, mais aussi comme un instrument de travail comportant des documents, des tableaux, des pistes de réflexion « Pour aller plus loin », des exemples de sujets de concours. De plus, aujourd'hui, l'intervention de l'État dans toutes les activités économiques et sociales est telle qu'il paraît difficile même à un citoyen ordinaire d'ignorer les notions essentielles concernant la Constitution et le fonctionnement de la V^e République, les collectivités territoriales, la fonction publique, les tribunaux administratifs, l'urbanisme... Sans prétendre faire œuvre originale, notre intention est de donner aux lecteurs, particulièrement aux candidats aux concours administratifs de catégorie A et B, l'instrument nécessaire à leur promotion et à une meilleure connaissance de leur milieu. Ils pourront tester leurs connaissances avec l'opuscule *100 questions en droit public* (Sirey, 2^e éd., 2008).

Philippe Georges, concepteur et auteur originel de ce manuel, brutalement et trop tôt disparu, avait parfaitement anticipé les besoins et les attentes des candidats aux concours administratifs. Que cette nouvelle édition de son ouvrage soit l'expression d'un respectueux et toujours fidèle hommage.

Première partie

**Institutions
politiques,
administratives
et juridictionnelles**

titre

1

Notions générales sur les institutions politiques

1

L'organisation constitutionnelle

1 L'organisation constitutionnelle d'un État moderne repose généralement sur la *constitution*. Il apparaît tout à fait essentiel que les institutions politiques soient soumises à des *règles juridiques* qui vont déterminer l'organisation et le fonctionnement de ces institutions ainsi que leurs rapports entre elles. Ce corpus de règles fondamentales s'impose aussi bien aux citoyens qu'à ceux qui exercent l'autorité politique. Ce document fondamental est appelé la constitution.

section 1

La notion de constitution : constitution écrite ou constitution coutumière

2 Dans la plupart des États, la constitution est un *document écrit* : c'est le cas de la France depuis plus de deux siècles. Il existe des États où les constitutions ne sont pas écrites, mais simplement coutumières, traditionnelles : elles ne reposent sur aucun texte ou sur seulement quelques documents épars : en fait, elles sont le fruit d'une certaine évolution historique. C'est le cas du Royaume-Uni, qui, s'il possède une constitution, n'a pas de constitution écrite.

La notion de constitution peut être prise dans deux acceptions :

Au sens matériel. – Elle désigne toutes les règles écrites concernant les institutions politiques de l'État. Ces règles peuvent être d'origine et de nature très diverses ; par exemple, ces règles peuvent être la constitution elle-même, c'est-à-dire un texte écrit et voté en termes solennels. Ces règles peuvent être également des lois organiques, c'est-à-dire des lois votées par le Parlement selon une procédure

particulière et qui complètent sur des points particuliers le texte constitutionnel (ex. : la LOLF). Ce peut être encore des lois ordinaires ou encore des règlements. Tous ces textes ont des régimes juridiques différents, ils n'ont en commun que leur objet qui concerne l'organisation des institutions politiques. Ces règles peuvent également ne pas être écrites dans le cas des constitutions coutumières.

Au sens formel. – La constitution, c'est le texte fondamental qui se distingue des autres non seulement par son objet particulier, mais aussi par son importance, son régime juridique et sa force juridique. La constitution est en effet supérieure aux autres règles écrites : celles-ci doivent s'y conformer. L'importance, la suprématie de la constitution par rapport aux autres règles écrites se manifestent à divers moments, mais tout particulièrement au moment de l'élaboration et au moment de la révision d'une constitution. À ce jour, l'État d'Israël n'a pas de constitution au sens formel.

section **2**

L'élaboration des constitutions

3 L'élaboration d'une constitution se révèle indispensable dans deux cas principaux : tout d'abord lorsque naît un État nouveau (États-Unis en 1787, les Balkans dans les années 90) ; ensuite lorsqu'un régime politique s'effondre, c'est par exemple le cas de la France après la Libération de 1944, c'est également son cas en 1958 avec la fin de la IV^e République. Lorsqu'il faut établir une constitution nouvelle, le problème va se poser de savoir quel est l'organe qualifié pour accomplir cette tâche (le problème s'est posé en Irak en 2004). Dans un système démocratique dans lequel la souveraineté appartient à la nation ou au peuple, on s'oriente dans la plupart des cas vers le système de l'Assemblée constituante, complété ou non par le procédé du référendum constituant. En 1958, la loi constitutionnelle du 3 juin avait confié au Gouvernement du général de Gaulle le soin d'établir un projet de constitution, qui, après examen par un comité consultatif constitutionnel, fut soumis à un référendum le 28 septembre de la même année. On parle ici de pouvoir constituant originaire, car il est destiné à combler un vide juridique.

Dans les systèmes politiques non démocratiques, l'élaboration d'une constitution exclut l'intervention sous une forme ou sous une autre du peuple. En France, on peut citer l'exemple de la Charte de 1814 qui avait été « octroyée » au peuple par le roi Louis XVIII.

Dans les systèmes démocratiques, on peut très schématiquement ramener à trois les types de procédés d'élaboration de la constitution utilisés. Tous font intervenir le peuple, car il est admis que le pouvoir constituant originaire lui appartient.

A. Le procédé de la convention

4 Les assemblées constituantes américaines portaient le nom de *convention* : il s'agissait d'assemblées ne détenant pas de pouvoir législatif ordinaire, mais qui

avaient été désignées uniquement pour élaborer et adopter une constitution (ne pas les confondre avec les conventions des partis qui se réunissent tous les 4 ans pour désigner les candidats aux élections présidentielles). Ce système met l'accent sur le caractère originel de l'opération constituante, puisque l'on réunit un corps constituant spécial ; il présente la caractéristique d'éviter une concentration des pouvoirs entre les mains de l'organe constituant, concentration qui éventuellement peut présenter des dangers.

B. Le procédé de l'Assemblée constituante et législative

5 C'était la solution traditionnellement adoptée en France, malgré les inconvénients qu'elle peut parfois entraîner. Ce système a été utilisé en France en 1848, 1871, 1945-1946. Toutefois, le souvenir des difficultés rencontrées à l'occasion de l'élaboration de la Constitution de 1946 a été à l'origine de la procédure utilisée en 1958. Dans ce cas, on assiste à une certaine concentration du pouvoir.

C. Le procédé du référendum constituant

6 Ce système peut se greffer sur le précédent, soit être utilisé à partir d'un texte établi par le Gouvernement ou un groupe de travail.

Dans le premier cas, la constitution élaborée et votée par une Assemblée constituante est ensuite soumise à la ratification du peuple par voie de référendum. C'est l'application dans l'élaboration de la constitution des procédés de démocratie semi-directe qui sont ici particulièrement justifiés, puisque ce sont les bases de l'organisation des pouvoirs publics qui sont en cause. C'est certainement le procédé le plus satisfaisant au plan de la démocratie.

Dans le second cas, l'utilisation du référendum permet d'obtenir directement la ratification d'un texte élaboré par le Gouvernement ou un groupe de travail. Ce système confère en réalité au Gouvernement le véritable pouvoir constituant et, s'il paraît souvent plus efficace, peut paraître moins démocratique que le précédent.

section 3

La révision des constitutions

7 La révision des constitutions ne pose pas les mêmes problèmes que leur élaboration : d'une part, parce qu'il ne s'agit pas de la création d'un statut constitutionnel, d'autre part, parce que l'opération de révision ne pose pas au même degré le problème de l'organe compétent, enfin parce que le procédé de révision est généralement prévu par la constitution elle-même. On parlera ici simplement de pouvoir constituant *dérivé*.

En définitive, la révision des constitutions pose plutôt un problème de technique bien que des aspects politiques y soient généralement inclus (*cf.* p. ex., la révision du 6 novembre 1962, la réforme relative au quinquennat en 2000 ou encore l'importante révision constitutionnelle du 23 juillet 2008).

§ 1 L'ouverture de la procédure de révision

8

Il s'agit de savoir qui a qualité pour décider de la révision. Selon le cas, l'ouverture de la procédure de révision peut être confiée soit au Gouvernement, soit au Parlement, soit au corps électoral. En France, l'initiative de la révision appartient concurremment au président de la République et aux membres du Parlement. Ainsi l'article 89 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose dans son alinéa premier : « l'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au président de la République sur proposition du Premier ministre et aux membres du Parlement ».

§ 2 La procédure de révision

9

Les procédures de révision sont variées, elles s'attachent généralement à éviter deux écueils :

- une trop grande facilité, qui risque d'entraîner l'instabilité de la constitution ;
- une trop grande rigueur, qui risque d'empêcher les modifications nécessaires.

Les trois principaux systèmes de révision sont :

- la révision par le Parlement, avec ou sans formation et procédure spéciales ;
- la révision par une Assemblée élue à cet effet ;
- l'intervention du peuple par voie de référendum.

Dans le système français, l'Assemblée et le peuple interviennent successivement et concurremment. Le projet ou la proposition de révision de la constitution doit être adopté d'abord par le Parlement, mais ne devient définitif qu'après avoir été approuvé par référendum. Toutefois, le référendum peut ne pas être utilisé lorsque le président de la République décide de soumettre le projet ou la proposition de révision au Parlement réuni en Congrès ; dans ce cas, le texte n'est approuvé que s'il réunit une majorité qualifiée qui est fixée aux trois-cinquièmes des suffrages exprimés (art. 89, Constitution du 4 octobre 1958).

C'est ici qu'intervient la distinction entre constitution souple et constitution rigide. Une constitution souple est celle qui peut être révisée par les organes et selon les procédures servant à l'adoption des lois ordinaires (Parlement). C'est

généralement le cas des constitutions coutumières. Une constitution rigide ne peut être révisée que par un organe distinct ou en suivant une procédure différente de celle servant à l'élaboration des lois ordinaires. C'est le cas de la plupart des constitutions écrites.

section **4**

Le contenu des constitutions

10 Les constitutions contiennent essentiellement les règles d'organisation générale des pouvoirs publics. Cependant, d'une part, elles ne contiennent pas toujours toutes ces règles, d'autre part, elles contiennent parfois, en plus de ces règles, d'autres dispositions.

Toutes les règles concernant les pouvoirs publics ne figurent pas dans la constitution.

À cet égard, la constitution est souvent complétée par des lois, en l'occurrence des lois organiques, voire des lois ordinaires. Ainsi, par exemple, le régime des élections des membres du Parlement est habituellement laissé en dehors de la constitution et se trouve fixé par une loi organique et une loi ordinaire : c'est le cas en France.

Les lois qui prolongent directement les dispositions de la constitution portent le nom de « lois organiques », lois qui ont certes un objet analogue à celui de la constitution, mais qui n'en font cependant pas partie et, par conséquent, ne bénéficient pas de la valeur juridique du texte constitutionnel. Ces lois organiques, quoique votées par le Parlement, sont souvent soumises à une procédure particulière (ex. : contrôle de constitutionnalité obligatoire). Elles ne peuvent intervenir que dans les domaines prévus expressément par la constitution.

La constitution peut aussi contenir des règles qui ne concernent pas l'organisation des pouvoirs publics.

Dans certains cas, la constitution proprement dite est précédée d'un texte qui porte le nom de « Déclaration des droits » ou de « Préambule » et qui contient l'énoncé des principes fondamentaux des droits des citoyens. On pourrait s'étonner que l'on insère ces proclamations des droits et libertés en tête des constitutions (ou même, dans certains cas, dans la constitution elle-même), puisqu'il ne s'agit pas ici de l'organisation des pouvoirs publics. La raison est que l'on veut donner à ces textes un caractère particulier de solennité, mais aussi que l'on veut souligner que ces droits et ces libertés s'imposent à l'État, à ses organes, législatif et exécutif. Ainsi, à la faveur de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, l'interdiction de la peine de mort a été inscrite dans la Constitution : « nul ne peut être condamné à la peine de mort » (art. 66-1). C'est-à-dire que ni les lois (actes du pouvoir législatif), ni les traités ne pourront y porter atteinte. Cela implique et explique que les textes constitutionnels doivent être considérés comme ayant une valeur supérieure aux lois et aux traités.

section 5

La valeur juridique des constitutions, le contrôle de la constitutionnalité des lois

11

La constitution, en général, est un texte détenant une valeur juridique supérieure aux autres textes, et particulièrement aux lois. Cette supériorité n'est toutefois pas toujours admise : il faut, à cet égard, reprendre la distinction entre les constitutions souples et les constitutions rigides.

Dans un régime de *constitution souple*, la constitution est considérée comme ayant la même force juridique que la loi ordinaire. La constitution et la loi se distinguent par leur objet distinct, mais non par leur valeur (en termes de hiérarchie) qui est la même.

Au contraire, dans un système de *constitution rigide*, la constitution est considérée comme un texte supérieur à tout autre texte, comme un texte suprême, fondamental.

Cette différence se traduit de deux façons :

- D'abord en ce qui concerne *la révision de la constitution* :
 - dans un État à constitution souple, celle-ci peut être révisée par l'organe législatif ordinaire (le Parlement), de la même façon que la loi ordinaire ;
 - dans un État à constitution rigide, celle-ci ne peut être révisée qu'au moyen d'une procédure particulière, renforcée ;
- La deuxième conséquence de la différence entre les deux systèmes réside dans le fait que, dans un système de constitution souple, *la loi ordinaire n'est pas tenue de respecter les règles qui figurent dans la constitution*. En effet, elle peut les contredire, ce qui revient en définitive à les modifier.

Par contre, dans un système de constitution rigide, où la constitution est supérieure à tout autre texte, *la loi ordinaire doit respecter la constitution*, c'est-à-dire qu'elle doit toujours être conforme aux dispositions qui y sont incluses. Une loi, *a fortiori* un règlement, qui serait contraire aux dispositions de la constitution, sera déclarée *inconstitutionnelle* et par conséquent privée de tout effet.

Le principal problème qui se pose ici est, en effet, celui de la sanction qui frappe une loi (ou tout autre texte) non conforme à la constitution.

Ce problème, qui ne se pose que dans les pays à constitution rigide, trouve des solutions très diversifiées :

- dans certains systèmes, il n'y a pas de sanction organisée : la constitution est bien supérieure à la loi, mais il n'y a aucun moyen de faire constater et

sanctionner une loi non conforme. La supériorité de la constitution demeure théorique ;

– dans d'autres systèmes, la sanction existe : c'est le *contrôle de constitutionnalité* de la loi qui comporte d'ailleurs des modalités diverses :

❶ § 1 **Contrôle par les tribunaux ordinaires (contrôle par voie d'exception)**

12 Dans certains États, ce sont tous les tribunaux qui détiennent le droit de contrôler la constitutionnalité des lois. L'exemple le plus typique est celui des États-Unis : dans ce pays, lorsque, au cours d'un procès opposant par exemple deux particuliers, l'un des plaideurs invoque à l'appui de sa thèse une loi qui lui donnerait raison et que son adversaire prétend que ladite loi est contraire à la constitution, le tribunal saisi a le droit de vérifier la conformité de cette loi avec la constitution. S'il estime que la loi est effectivement contraire à la constitution, *le tribunal ne l'appliquera pas* : il l'écartera de l'affaire en cause, *mais ne l'annulera pas*. En fait, si la décision est prise par une Cour suprême, elle s'imposera à tous les tribunaux. La loi inconstitutionnelle ne sera jamais appliquée : elle est pratiquement annulée.

❷ § 2 **Contrôle par un organe spécial (contrôle par voie d'action)**

13 Dans d'autres États, la constitution institue un organe spécial pour opérer le contrôle de la constitutionnalité des lois, par exemple une cour de justice spécialisée, une Cour suprême (cour constitutionnelle). On pourra alors déférer les lois soupçonnées d'être contraires à la constitution devant cette juridiction, qui, elle, aura la compétence non seulement d'en écarter l'application comme dans le système précédent, mais aussi d'en empêcher définitivement toute application, ce qui revient pratiquement à les annuler.

Ce système a été choisi en France, particulièrement depuis 1958. On n'a jamais, en effet, admis que les tribunaux ordinaires puissent contrôler la conformité des lois à la constitution. Actuellement, c'est un organe prévu par la constitution, le Conseil constitutionnel, qui, après qu'une loi a été votée, mais avant qu'elle ne soit promulguée, peut être saisi de la question de savoir si elle est conforme à la constitution. Si le Conseil constitutionnel estime que cette loi est inconstitutionnelle, elle ne sera pas promulguée, c'est-à-dire ne sera pas mise en application.

À ce stade, le problème demeure de savoir qui peut saisir l'organe compétent pour vérifier la conformité des lois à la constitution. Si l'on admet que les citoyens détiennent cette compétence, la violation de toute disposition concernant l'aménagement des institutions ou les libertés publiques prévues par la constitution pourra entraîner une intervention quasi systématique de l'organe et un contrôle très poussé. C'est de toute évidence le système le plus démocratique. Si on n'admet pas une intervention générale des citoyens, le système risque d'être moins satisfaisant. C'est le cas de la France qui n'admet la saisine de l'organe compétent (le Conseil constitutionnel) que par certaines autorités. Toutefois, depuis une révision de la constitution intervenue en 1974, les parlementaires (au moins 60 députés ou 60 sénateurs) peuvent saisir le Conseil constitutionnel. Le système de contrôle de la constitutionnalité des lois a été amélioré mais témoigne toujours de la vigueur de la conception traditionnelle de notre droit public selon laquelle le Parlement en votant la loi exprime la volonté du peuple souverain que le juge hésite à censurer.

La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 a complété le dispositif classique de contrôle de constitutionnalité des lois par l'admission de l'exception d'inconstitutionnalité, appelée « Question prioritaire de constitutionnalité »(QPC).

Le contrôle de constitutionnalité des lois est un élément important de la conception traditionnelle, en France, de la hiérarchie des normes : la supériorité de la constitution sur les lois organiques, les traités internationaux, les lois ordinaires et les règlements.

Pour aller plus loin Chapitre 1

La Constitution

Elle fait l'objet de plus en plus de révisions qui affectent sa vocation : régir l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics, ce qui suppose en tout premier lieu une certaine stabilité. En France, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 apparaît, par son ampleur, la plus importante de la V^e République : la pratique dira si un nouvel équilibre des pouvoirs en résultera. En effet, il n'est pas exclu que les nouvelles modalités du travail législatif (la coproduction législative) n'amènent la majorité parlementaire à s'opposer plus souvent au gouvernement, ce qui légitime alors que le président de la République soit reconnu comme le chef de la majorité parlementaire (à la place du Premier ministre).

Il est toujours intéressant de suivre aussi l'actualité constitutionnelle à l'étranger (la Constitution dans tel ou tel État : quel type de régime ? Quels principes fondamentaux d'organisation des pouvoirs ?...). Quelle séparation des pouvoirs ? À la séparation des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire, ne faut-il pas ajouter aujourd'hui l'exigence d'une autre forme de séparation, celle du pouvoir politique et du pouvoir religieux (problème de l'Iran) ou du pouvoir politique et d'un parti unique (problème de la Chine) ?

La Question prioritaire de constitutionnalité (QPC)

La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a profondément modifié le contrôle de la constitutionnalité des lois en ajoutant au mécanisme du contrôle par voie d'action un mécanisme original d'exception d'inconstitutionnalité ; c'est l'objet du nouvel article 61-1 de la Constitution complété par la loi organique du 10 décembre 2009. Très rapidement, la dénomination de Question prioritaire de constitutionnalité (QPC) s'est imposée. Depuis le 1^{er} mars 2010, tout justiciable peut demander l'abrogation de la loi qu'on lui oppose, s'il estime que celle-ci est contraire à la Constitution. Mais le justiciable ne peut pas saisir directement le Conseil constitutionnel : c'est la juridiction du fond saisie initialement qui

décide de transmettre (ou non) la QPC à la juridiction suprême dont elle relève ; celle-ci, Cour de cassation ou Conseil d'État, décidera elle-même de transmettre (ou non) la saisine au Conseil constitutionnel qui disposera de 3 mois pour juger de la pertinence de la QPC et pour prononcer l'abrogation (avec effet immédiat pour l'avenir) de la disposition législative qui a fait l'objet de la saisine. La juridiction saisie au fond tiendra évidemment compte de la décision du Conseil constitutionnel. Il est important de préciser que la disposition législative qui peut faire l'objet d'une QPC doit « porter atteinte aux droits fondamentaux » du plaignant.

La QPC subit un double filtre avant d'arriver au Conseil constitutionnel : le législateur organique a voulu éviter la banalisation de la procédure.

2

Le cadre des institutions politiques : l'État

14 Les institutions politiques ne peuvent exister, évoluer qu'à l'intérieur d'un cadre juridique qui ne peut être que l'État. L'État est une réalité de la vie internationale et nationale aisément perceptible mais complexe.

Dans le langage courant, l'État est un ensemble d'institutions, d'autorités chargées de fonctions publiques, au service des citoyens. Dans cette acception, on parle couramment des relations de l'État et des individus, on dénonce fréquemment l'intervention de l'État dans la vie privée. Cette conception courante n'est cependant pas acceptable. L'État ne se limite pas à l'ensemble des gouvernants, à ceux qui exercent le pouvoir politique ; l'État, ce sont non seulement les gouvernants, mais également les gouvernés. L'État constitue avant tout une société politique et juridique, c'est-à-dire un groupe d'individus soumis à une autorité commune. Quels rapports entre l'État et la nation ? La nation, telle que définie par Ernest Renan, trouve son support dans l'État. C'est le concept d'État nation. Celui-ci permet de traduire cette relation qui s'établit entre gouvernants et gouvernés, modelée autour de l'idée de défendre un héritage, des valeurs communes. L'État nation est bousculé par le développement du phénomène supranational (construction européenne), mais parallèlement émergent de nouveaux États (le plus souvent des micros États) par la volonté de donner à une nation un support juridique qui garantit l'indépendance, la souveraineté.

section 1

Les éléments de l'État

15 L'État, conçu comme une société politique, est composé d'un certain nombre d'éléments particuliers qui lui donnent ses principales caractéristiques. Ces éléments sont la population, le territoire sur lequel est fixée la population, un pouvoir politique qui régit la population.

§ 1 La population

16 L'État se compose d'un certain nombre d'individus qui constituent les ressortissants de l'État. Ces individus ont, conformément aux règles établies par le droit international et le droit national, la nationalité de cet État. La caractéristique de cette population du point de vue du droit, c'est son identité commune traduite par une même nationalité (en France, la nationalité donne droit à la délivrance de la carte nationale d'identité).

Cette *nationalité* établit entre l'État et eux-mêmes un lien juridique très solide que ne fait pas disparaître le fait de résider à l'étranger.

L'ensemble des ressortissants de l'État est parfois qualifié de *nation*. Ce terme de *nation* présente toutefois un certain nombre d'ambiguïtés : il en existe, en effet, des acceptions différentes. Généralement, on entend par nation un groupement humain dans lequel les individus se sentent unis les uns aux autres par des liens à la fois matériels et spirituels et se conçoivent comme différents des individus qui composent les autres groupements nationaux. Étant donné la complexité des facteurs sous l'influence desquels se sont formées les nations, diverses conceptions se sont fait jour au XIX^e siècle concernant l'importance respective de ces facteurs. Nous pouvons citer les deux principales conceptions : la conception allemande et la conception française.

La conception allemande a été fondée essentiellement sur des éléments techniques : race, religion, langue.

La doctrine française a considéré, elle, que la formation des nations est beaucoup plus complexe, et qu'à côté des éléments techniques, il faut faire entrer en ligne de compte des éléments historiques, des intérêts communs et surtout les liens spirituels, c'est-à-dire la volonté de vivre en commun. C'est la conception développée par Ernest Renan dans sa conférence prononcée à la Sorbonne le 11 mars 1882 : « Qu'est-ce qu'une nation ? »

Extrait : « ...Une nation est une âme, un principe spirituel. Deux choses, qui, à vrai dire, n'en font qu'une, constituent cette âme, ce principe spirituel. L'une est dans le passé, l'autre dans le présent. L'une est la possession en commun d'un riche legs de souvenirs ; l'autre est le consentement mutuel, le désir de vivre ensemble, la volonté de continuer à faire valoir l'héritage qu'on a reçu indivis... »

§ 2 Le territoire

17 Le deuxième élément de l'État, le territoire, présente une importance considérable, car si c'est la population qui est à la base de l'État, de la nation, cette population est fixée sur un territoire déterminé, qui devient le territoire de l'État. Il sert également à délimiter la zone d'exercice des compétences de l'État.

Les États sont tout d'abord des formations territoriales. Tout ce qui touche en conséquence au territoire de l'État doit être considéré comme ayant une grande

importance. Le problème des frontières de l'État entraîne un certain nombre de difficultés. En général, les frontières de l'État sont déterminées dans des traités et fixées sur le terrain avec un soin minutieux par des commissions de techniciens. Quelquefois, c'est la tradition qui a fixé les frontières de l'État ou encore une puissance extérieure. C'est le cas, fréquent en Afrique, des anciennes colonies qui, devenues indépendantes, ont hérité des frontières fixées par l'ancien colonisateur. Dans la plupart des États nouveaux, les frontières ont été conservées sans trop de difficultés, mais, dans certains cas, des difficultés sont nées de la part des États qui n'ont pas reconnu les frontières du colonisateur ou celles fixées par l'ONU. Un certain nombre de conflits se sont développés et ne sont pas encore totalement réglés en Afrique (ex. : le conflit du Sahara occidental).

Les frontières ne sont pas seulement terrestres, elles sont aussi maritimes, c'est-à-dire qu'elles sont fixées sur une bande qui suit le tracé des côtes et dont la largeur varie selon les États. La plupart des États ont fixé la largeur de cette mer territoriale à 12 milles marins (environ 22 km). Actuellement, la tendance est d'admettre des bandes plus larges ; les États se sont notamment dotés d'une zone économique exclusive d'une largeur de 200 milles (370 km). Les frontières sont aussi des frontières aériennes : fait partie du territoire tout l'espace aérien qui est situé au-dessus, c'est-à-dire la couche d'air atmosphérique qui surmonte les territoires terrestres et maritimes. L'État, en vertu de la convention de Chicago en date du 7 décembre 1944, peut en réglementer le survol.

L'importance attribuée, parmi les éléments de l'État, au territoire provient sans doute de ce qu'actuellement le *territoire sert de mesure et de limite à l'autorité du gouvernement de l'État*. Cette importance tient probablement aussi à ce que, dans l'histoire de l'humanité, la fixation des populations sur un territoire délimité par des frontières a été un grand événement qui a permis indirectement la formation des nations et par suite des États.

§ 3 Le pouvoir politique

18

Le pouvoir politique qui s'exerce sur la population basée sur le territoire de l'État constitue l'élément fondamental de l'État. Le pouvoir politique, élément formateur de l'État, est un des facteurs permanents de cohésion de la société politique.

Le phénomène du pouvoir politique correspond à une distinction simple et classique : celle des gouvernants et des gouvernés. On a en effet constaté que, dans toutes les formes de sociétés, il existe des personnes qui commandent et des personnes qui obéissent. Dans la société quasi parfaite qu'est l'État, les personnes qui commandent sont les gouvernants, les personnes qui obéissent sont les gouvernés. Le pouvoir politique n'est pas simplement la force brute, matérielle et physique. Le pouvoir politique est un pouvoir juridique, c'est-à-dire qu'il n'est pas seulement pratiqué dans les faits mais qu'il est aussi réglementé par le droit. Le pouvoir politique est institutionnalisé.

Les gouvernants sont les titulaires du pouvoir politique, mais on peut se demander quels sont en fait ceux qui, dans un État, exercent ce pouvoir. C'est-à-dire quels sont les titulaires légitimes du pouvoir politique.

Cette question de la *légitimité politique* a pour principal objet de déterminer les limites de l'obéissance à l'autorité politique. En effet, lorsqu'une autorité politique n'est pas légitime ou n'est plus légitime, les citoyens n'ont plus l'obligation d'obéir. Ce problème a donné lieu à différentes théories.

Tout d'abord, les *théories de droit divin*, qui consistent à estimer que le pouvoir politique a son origine en Dieu. En conséquence, ceux qui gouvernent sont investis d'une mission divine et exercent un pouvoir légitime.

Citons ensuite les *théories démocratiques*, selon lesquelles le pouvoir politique appartient au peuple, c'est-à-dire à l'ensemble des citoyens. Il n'y a donc pas à distinguer, dans ces théories, les gouvernants des gouvernés, puisqu'ils appartiennent les uns et les autres au peuple ; les premiers étant toutefois désignés par les seconds pour exercer le pouvoir politique au moyen des élections.

L'addition de ces éléments (population, territoire, pouvoir politique) est considérée de nos jours encore comme la condition nécessaire et suffisante pour que se forme un État : en droit international, on admet, que lorsqu'une population résidant sur un territoire se dote d'une organisation politique, elle crée par là même un État qui doit être reconnu par les autres membres de la société internationale au terme d'une procédure spéciale : la reconnaissance d'État. Ce principe connaît nombre d'exceptions qui tiennent à des considérations politiques propres aux relations internationales : certains États ont été reconnus comme tels, alors que même manquait l'élément humain (ainsi l'État d'Israël a été créé de toutes pièces sur un territoire enlevé aux pays arabes ; la population d'Israël est venue après la création de cet État) ; d'autres ne possèdent pas d'organisation politique véritable et sont soumis bon gré mal gré, à la domination d'un autre État, qui est le détenteur véritable du pouvoir (le Liban).

Au fond, le droit a consacré une réalité sociale qui est un fruit de l'histoire : les États sont nés du principe des nationalités ; un certain nombre d'individus composant une nation, parce qu'ils parlent la même langue, parce qu'ils possèdent un patrimoine culturel commun, sont tout naturellement amenés à se soumettre à une même autorité politique indépendante de celle des États voisins. Il reste dans le monde un certain nombre de cas douloureux : les États divisés.

section **2**

Les caractères juridiques de l'État

La personnalité juridique de l'État est une nécessité qui permet de rendre compte à la fois de sa capacité et sa continuité. L'État est une entité dotée de pouvoirs et de droits, d'une vie propre et indépendante de celle de ses membres et en particulier des gouvernants. C'est de l'État que les gouvernants reçoivent leurs pouvoirs, c'est en son nom qu'ils les exercent. L'État est permanent : les changements qui surviennent dans sa composition ou sa direction n'affectent pas son existence, ni la durée de ses décisions.

§ 1 La souveraineté

20

Elle signifie que l'État ne tient son autorité d'aucune autre organisation sociale et qu'il n'existe aucun groupe social qui lui soit supérieur. Dès lors, l'État est souverain dans l'ordre international et dans l'ordre interne.

↔ *Sur le plan international*

Cette souveraineté peut être volontairement aliénée par l'État qui s'oblige par des traités internationaux envers d'autres États. Il faut noter une tendance récente de la vie internationale, favorable à la création d'institutions internationales dotées d'un pouvoir normatif, dont les décisions s'imposent aux différents États par l'intermédiaire d'un véritable droit « supranational ». Ce dernier, toutefois, se heurte à une vive résistance des États, pour qui le principe de souveraineté reste fondamental. L'ONU a beaucoup de mal à faire respecter ses recommandations.

↔ *Sur le plan interne*

La souveraineté de l'État signifie que celui-ci détermine lui-même, librement, ses propres attributions et les exerce sans avoir à en référer à une autre autorité. De plus, il possède le pouvoir juridique d'édicter des règles de droit visant les individus et les groupes sociaux, réglementant les conditions dans lesquelles ces derniers peuvent être organisés et fonctionner : ainsi les collectivités territoriales – régions – départements et communes – restent-elles soumises au droit de l'État, leur autonomie étant limitée par la loi qui en précise l'étendue, variable selon les régimes, mais jamais générale.

§ 2 Le monopole de la contrainte organisée

21

Il distingue nettement l'État des autres groupes sociaux : ces derniers ne disposent d'aucune force légale pour contraindre leurs membres (un syndicat, un parti politique, une association peuvent sanctionner leurs membres par le blâme ou l'exclusion, mais ne disposent d'aucune sanction physique pour les contraindre à obéir), alors que l'État peut appréhender les individus, les emprisonner. Ce monopole est, tout naturellement, compensé par une garantie – plus ou moins

efficace selon les pays – des droits de l'individu. Dans les États modernes, ce monopole consiste surtout en la possibilité réservée à l'État d'édicter des règles de droit générales qui sanctionnent des attitudes sociales (ex. : le droit pénal).

section **3**

Les fonctions de l'État

22 Les fonctions assumées par l'État varient d'un pays à un autre et peuvent ne pas être les mêmes, selon les époques, dans un pays déterminé. On peut toutefois classer les fonctions assumées par l'État selon un double point de vue, d'abord selon une méthode traditionnelle au plan juridique, ensuite selon une méthode plus moderne au plan économique et social.

§ 1 Les fonctions juridiques de l'État

23 Il ne s'agit pas ici des tâches matérielles que l'État assume, mais de ses fonctions au sens juridique, c'est-à-dire des fonctions consistant à accomplir des actes définis du point de vue juridique.

À cet égard, on distingue trois fonctions essentielles de l'État qui correspondent à des pouvoirs différents :

- a) **La fonction législative**, au moyen d'actes législatifs, donc de lois (lois organiques ou ordinaires).
- b) **La fonction exécutive**, pose une règle abstraite, générale, l'acte exécutif vient l'appliquer à des cas concrets. Cette fonction se manifeste au moyen d'actes administratifs : actes décisionnels réglementaires (décrets, arrêtés...) et mesures d'ordre intérieur.
- c) **La fonction juridictionnelle**, elle applique la loi, l'exécute, mais dans des circonstances et en vue d'un but spécial : résoudre un litige, un procès au moyen d'un *acte juridictionnel* ou jugement.

Cette conception traditionnelle des fonctions de l'État, si elle demeure toujours en vigueur, paraît toutefois un peu désuète dans la mesure où elle ne couvre qu'un aspect partiel du rôle de l'État, celui qui correspond à un État neutre que l'on a appelé État gendarme parce que son rôle se bornait essentiellement à faire respecter l'ordre public.

§ 2 Les fonctions nouvelles de l'État

24 À l'époque contemporaine, l'État se caractérise non seulement par une fonction de prescription mais aussi par des activités de prestation : il organise des services publics destinés à fournir aux citoyens les prestations dont ils ont besoin.

De ce point de vue, l'État remplit deux fonctions essentielles :

En premier lieu, l'État *réglemente l'activité des membres de la société* par des prescriptions impératives auxquelles ceux-ci doivent se soumettre : non seulement il établit cette réglementation, mais il veille encore à l'exécution des règles qu'il a édictées. C'est le rôle traditionnel de l'État.

En second lieu, l'État *fournit aux membres de la collectivité des services et des biens*. Ces prestations sont de natures diverses et peuvent prendre une forme matérielle (aides financières, routes...) ou immatérielle (maintien de l'ordre, protection de la santé, enseignement). Elles sont assurées par des services publics de l'État ou par des organismes qu'il contrôle. C'est le rôle nouveau de l'État qui tend de plus en plus à l'emporter sur le premier.

section **4**

Les différentes catégories d'États

25 Il existe différentes sortes d'États : tous les États ne sont pas constitués de la même façon et ne reposent pas sur les mêmes principes. Il s'agit ici, non pas des différents modes de Gouvernement des États, mais des différentes modalités selon lesquelles peut se présenter la structure même de l'État.

La distinction essentielle oppose les *États unitaires* aux *États composés*.

§ 1 Les États simples ou unitaires

26 L'État simple ou unitaire (la République française par exemple) est un État à l'intérieur duquel les divisions que l'on peut rencontrer ne sont que des *divisions administratives*. Par exemple, en France, comme nous le verrons, les régions, les départements et les communes ne sont que des divisions administratives. On peut également dire que, dans l'État unitaire, la population de l'État est fixée sur un territoire sur lequel *s'exerce exclusivement et complètement le pouvoir politique de cet État*.

§ 2 Les États composés

27 L'État composé révèle, au contraire, des formes compliquées dans lesquelles des populations et des territoires distincts peuvent être soumis à un même pouvoir politique ou encore dans lesquels, au contraire, une population et un territoire peuvent dépendre simultanément de deux ou plusieurs pouvoirs politiques.

A. Les unions d'États

28 Dans cette sorte d'État, deux ou plusieurs populations sont soumises à un souverain et éventuellement à un *Gouvernement commun*.

C'est ce que l'on appelle une union personnelle ; par exemple, l'Autriche-Hongrie, jusqu'en 1918, était une Union personnelle (l'Autriche et la Hongrie étaient soumises à un même souverain et à un même Gouvernement).

Une autre sorte d'union d'États existe : les unions réelles. Ce sont des unions réalisées entre deux ou plusieurs États voisins ou contigus. Les unions d'États ont maintenant quasiment disparu : ce sont des formes archaïques dont il suffit de rappeler simplement qu'elles ont existé.

B. Les confédérations d'États

29 Les confédérations d'États constituent une catégorie d'États composés dans laquelle les différents États qui la composent *abandonnent une partie de leur compétence internationale à des organes communs*. Ces États conservent leur caractère d'État au point de vue du droit international et renoncent simplement à une partie de leur pouvoir. Ces associations résultent d'ailleurs d'un traité : *le pacte confédéral*. Les pouvoirs ainsi abandonnés sont confiés à un organe commun appelé la Diète, qui ne possède que des pouvoirs limités. En effet, au sein de cet organe, *le vote a lieu à l'unanimité des délégués* des gouvernements qui y sont représentés. Ces délégués reçoivent un mandat impératif de la part de leur Gouvernement respectif : c'est-à-dire qu'ils sont liés par les instructions qu'ils reçoivent. De toute façon, ces décisions ne peuvent être exécutées que par l'intermédiaire des gouvernements des États confédérés.

La confédération est un régime qui a également disparu, car c'est un régime faible. En réalité, la confédération n'est qu'une période de transition soit vers un État fédéral, soit vers plusieurs États indépendants. À titre d'exemple, les États-Unis, jusqu'en 1787, et la Suisse, de 1815 à 1848, ont été des confédérations d'États. Aujourd'hui, ne subsiste que la CEI (Communauté des États indépendants), dont le fonctionnement n'est pas très effectif. La CEI est composée de 11 États de l'ancienne Union soviétique, dont certains affichent clairement leur opposition au président Medvedev (en juin 2009, lors du dernier sommet de la CEI, la Géorgie s'est retirée de l'organisation).

C. Les États fédéraux

30 Ce sont des États distincts qui s'unissent comme membre d'un État fédéral ou, au contraire, un État unitaire qui éclate (ex. : la Belgique depuis 1993). Ainsi l'État fédéral superpose sur une même population et sur un même territoire le pouvoir de l'État fédéral, qui, en principe, apparaît seul dans ses rapports avec les autres États et les pouvoirs reconnus aux États fédérés qui le composent. L'État fédéral constitue une forme d'État très répandue ; en effet, il présente

l'avantage de respecter les particularités des États membres tout en assurant, par la puissance de l'État fédéral, l'autorité nécessaire sur le plan international.

Le régime de l'État fédéral est en vigueur aux États-Unis, en Suisse, en Russie, en Allemagne... Les raisons qui ont poussé certains États à constituer des États fédéraux sont diverses. Dans un État simple ou État unitaire, les diverses parties qui le composent sont parfois trop diverses pour que l'unité soit réalisée sans inconvénients. Aussi le besoin se fait-il sentir d'aller vers une dissociation en accordant plus d'autonomie à chacune des parties. Dans d'autres hypothèses (les plus fréquentes), certains États se sont sentis parfois trop faibles pour agir seuls. Ils ont éprouvé le besoin de s'unir tout en sauvegardant leur caractère propre. Souvent, cette unité s'est constituée face à un adversaire commun. C'est le cas de la Suisse.

Le fédéralisme est caractérisé par la tendance vers une autonomie législative gouvernementale et juridique accordée aux États, en même temps qu'il est caractérisé par une sphère commune de compétences réservées à l'État fédéral. Il faut d'ailleurs noter qu'à la base de l'État fédéral, il y a une constitution alors qu'à la base d'une confédération d'États, il y a un traité : le pacte confédéral. En définitive, la principale caractéristique de l'État fédéral est que la totalité des compétences internationales lui appartient : il les exerce seul.

Dans l'organisation fédérale, l'État fédéral et les États membres ont chacun leur constitution, leur Gouvernement, leur Parlement, leur législation. La répartition des compétences entre eux est assurée par la constitution fédérale. En principe, les matières les plus importantes sont laissées à l'échelon fédéral (diplomatie, défense, économie...), les autres sont exercées par les États membres. Les conflits qui peuvent naître de cette répartition sont généralement résolus par une Cour suprême fédérale. Toutefois, les États fédérés peuvent participer aux décisions fédérales par l'intermédiaire de l'une des deux assemblées du Parlement fédéral qui les représente directement.

Pour aller plus loin Chapitre 2

L'État, parfois fragile, mais toujours irremplaçable

Le plus souvent, un État est fragilisé par une menace sur ses frontières, une tentative d'atteinte à son intégrité : guerres et conflits asymétriques illustrant tristement cette réalité. La crise en Grèce en juin 2010 a montré que l'État pouvait aussi être attaqué financièrement, dès lors que lui-même fait appel aux fonds spéculatifs sur les marchés ; la crise a été surmontée provisoirement par la solidarité des États de l'Union européenne et par un recours (pas unanimement apprécié) au FMI...

Dès lors, il faut s'inquiéter plus que jamais de la défaillance des États : défaillance financière ou pire, déliquescence politique de l'État qui constitue alors une menace pour la sécurité internationale (développement de la piraterie maritime dans le golfe d'Aden en raison de la disparition de l'État somalien).

Dans les États défaillants, la communauté internationale s'efforce de reconstruire un minimum d'organisation sociale au profit des populations.

La crise économique, financière et sociale qui s'est propagée en 2008 des États-Unis aux pays européens a montré l'inefficacité des marchés à faire face ; partout, ce sont les États qui ont dû intervenir, soutenir financièrement tous les secteurs de l'économie, y compris le secteur bancaire.

Le nouveau visage de la souveraineté

La notion de souveraineté est attachée à celle d'État. Elle se traduit traditionnellement par l'expression de la puissance publique, à l'intérieur et le cas échéant à l'extérieur des frontières. Ainsi, historiquement, ce sont les aspects extrapatrimoniaux de la souveraineté qui sont les plus visibles. Mais il faut reconnaître que les préoccupations économiques tendent à donner à la souveraineté un caractère bien plus patrimonial : les revendications autour de la notion de zone économique exclusive sont à cet égard très éloquentes (contentieux franco canadien à

propos du plateau continental au large de Saint-Pierre-et-Miquelon). Les gisements de métaux rares se trouveront, dans l'avenir, au fond des mers, d'où l'importance d'affirmer la souveraineté sur les fonds marins... et d'en fixer les frontières.

3

Le fonctionnement des institutions politiques : le système démocratique

31 On peut essayer de définir la démocratie comme le régime dans lequel le pouvoir a sa source dans le *suffrage universel*, c'est-à-dire dans lequel tous les organes de l'État procèdent, les uns directement, les autres indirectement, du suffrage universel. En fait, la définition qui est la plus connue, sinon la plus exacte, réside dans cette formule : « *Gouvernement du peuple par le peuple et pour le peuple* ».

Cette définition, qui devait rester longtemps exacte, au moins pendant les XVIII^e et XIX^e siècles quand les démocraties ont renversé les monarchies absolues en Europe, s'est révélée moins adéquate quand les régimes totalitaires ou dictatoriaux se sont implantés dans certains pays au XX^e siècle, tout en se réclamant de la démocratie.

section 1

La démocratie représentative

32 La démocratie représentative est le régime dans lequel le peuple délègue l'exercice du pouvoir législatif à des représentants qu'il élit. On considère que par-là les citoyens donnent à leurs représentants un mandat pour légiférer en leur nom : c'est le *mandat représentatif*. Cette notion étant admise (et même de façon très générale), il faut aborder l'étude de deux questions qui y sont liées : comment sont désignés ces représentants ? C'est la question des systèmes électoraux ou des modes de scrutin ; comment vont-ils siéger ? C'est le problème du nombre des assemblées.

§ 1 Les divers modes de scrutin

33 Dans une démocratie, la désignation des représentants du peuple se fait au moyen de l'élection. Celle-ci peut se faire selon des procédés techniques divers que l'on appelle modes de scrutin ou systèmes électoraux.

A. Description des divers modes de scrutin

34 Dans un pays donné, pour des raisons pratiques mais parfois politiques, le territoire est divisé en un certain nombre de *circonscriptions électorales* dans lesquelles sont élus un ou plusieurs représentants. Le découpage des circonscriptions peut donner lieu à de vives polémiques (pratique du *gerrymandering*).

On rencontre d'abord deux grandes modalités de scrutin : *le scrutin uninominal* et *le scrutin de liste*.

1 ° Le scrutin uninominal

35 C'est le système dans lequel, dans chaque circonscription, est élu un seul représentant. Pour des élections destinées à renouveler une assemblée représentative, chaque circonscription est évidemment de petite dimension, mais pour des élections présidentielles, par exemple, la circonscription électorale atteint les dimensions du pays tout entier.

Le scrutin uninominal se pratique à *un* ou *deux tours*.

Dans le scrutin à un tour, le candidat qui obtient le plus grand nombre de voix (la majorité) est élu. Il n'y a donc besoin que d'un seul tour puisque, dès le premier tour, un candidat est élu. Ce type de scrutin est appliqué en Grande-Bretagne. Par sa brutalité, il garantit le vote utile, donc une majorité, mais il présente l'inconvénient d'écraser les petits partis et donc de réduire l'offre politique à deux partis principaux. Le vote utile l'emporte sur le libre choix démocratique.

Dans le scrutin à deux tours, le candidat qui arrive en tête au premier tour n'est élu que s'il obtient la majorité absolue des voix, c'est-à-dire plus de la moitié de la totalité des suffrages exprimés (on dit aussi la moitié des voix plus une, mais cette expression n'est pas exacte même si elle est commode à utiliser). Si cette majorité n'est pas atteinte, il y a *ballottage*, c'est-à-dire qu'aucun candidat n'est élu : il faut alors recommencer l'élection (en général une semaine après), et, au second tour, c'est le candidat qui obtient le plus de voix (*majorité simple* ou *majorité relative*) qui est élu.

Exemple de scrutin majoritaire uninominal :

Dans une circonscription, un siège est à pourvoir et il y a quatre candidats en compétition : Durand, Dupont, Dubois, Duval.

Scrutin uninominal à un tour :

- Durand obtient 22 000 voix ;
- Dupont obtient 18 000 voix ;

- Dubois obtient 43 000 voix ;
- Duval obtient 17 000 voix ;
- Total des suffrages exprimés : 100 000 voix.

C'est *Dubois* qui obtient le plus grand nombre de suffrages : il est élu (remarquons qu'il n'obtient pas la moitié des voix).

Scrutin uninominal à deux tours :

Au premier tour, mêmes résultats que dans l'exemple précédent, aucun candidat n'ayant obtenu la majorité absolue (plus de la moitié des voix), aucun n'est élu : il faut organiser un deuxième tour.

Au second tour, deux candidats, estimant qu'ils avaient peu de chances de l'emporter, ont préféré abandonner la compétition électorale en demandant à leurs électeurs de reporter leurs suffrages sur Durand (c'est ce que l'on appelle un *désistement*), ce sont Dupont et Duval.

Supposons que les électeurs obéissent à ces consignes, les résultats seront alors les suivants :

- Durand obtient 53 000 voix ;
- Dubois obtient 47 000 voix ;

Durand sera donc élu puisqu'il aura obtenu plus de voix que son adversaire.

Il faut préciser que si l'un des candidats avait obtenu dès le premier tour plus de la moitié des voix, c'est-à-dire plus de 50 000 voix puisque la totalité des suffrages exprimés est de 100 000, il aurait été élu et il n'y aurait pas eu lieu de procéder à un second tour.

Par définition, le scrutin uninominal ne peut être que majoritaire.

2 ° Le scrutin de liste

36

Dans ce système, dans chaque circonscription plusieurs représentants sont élus, on dit qu'il y a plusieurs sièges à pourvoir. Par conséquent, les candidats se présentent groupés en listes qui correspondent pratiquement aux diverses tendances politiques, aux divers partis et chaque électeur vote pour une liste. Plusieurs modalités existent dans ce mode de scrutin qui peuvent, selon les pays, soit coexister, soit n'exister qu'isolément, soit être totalement absentes.

Ce sont le *panachage*, qui consiste pour l'électeur à modifier la liste pour laquelle il vote en rayant certains candidats (liste incomplète) ou encore en remplaçant le nom des candidats de la liste par celui de candidats des autres listes et le *vote préférentiel* qui consiste à modifier l'ordre dans lequel les candidats sont inscrits sur la liste.

Le scrutin de liste connaît plusieurs applications en France : élections municipales, régionales, sénatoriales, élections au Parlement européen.

Le scrutin de liste peut être organisé selon deux grands types de systèmes électoraux : le *scrutin de liste majoritaire* et le *scrutin de liste à la représentation proportionnelle*.

a) *Le scrutin de liste majoritaire*

On applique, à la liste, les principes qui ont été dégagés pour le scrutin uninominal : c'est la liste qui obtient *le plus grand nombre de voix qui est élue*. Le scrutin de liste majoritaire peut être à un ou deux tours. Dans le *scrutin à un tour*, c'est la liste qui obtient le plus de voix qui est élue. Dans le *scrutin à deux tours*, pour qu'une liste soit élue dès le premier tour, il faut qu'elle obtienne la majorité absolue ; sinon on procède à un second tour, auquel cas c'est la liste qui obtient la majorité relative qui est élue.

b) *Le scrutin à la représentation proportionnelle*

Le but de ce mode de scrutin est d'obtenir, au sein des assemblées, que les partis et les tendances politiques soient représentés à proportion des voix obtenues dans les circonscriptions électorales retenues.

Il est évident que, dans le système majoritaire, il n'en est pas ainsi : si tous les candidats d'une liste arrivent en tête, ils seront élus mais ils pourront ne représenter qu'une minorité du corps électoral ce qui est le cas, par exemple, lorsqu'il y a de nombreuses listes en présence.

Dans le système de la représentation proportionnelle, la liste qui arrive en tête recueille certes une majorité de sièges, mais les autres listes se partagent une certaine proportion de sièges, naturellement plus faible que celle attribuée à la première, et à condition toutefois qu'elles recueillent un minimum de voix.

Pour établir cette proportion, il existe des modes de calcul assez divers et souvent complexes, car si le principe de la représentation proportionnelle est simple (chaque liste obtient un nombre de sièges proportionnel au nombre de ses voix), son application pose des problèmes pratiques difficiles en raison de *l'attribution des restes*.

Il est en effet très difficile de convertir un pourcentage de voix en un pourcentage équivalent de sièges. Raisonnons d'abord avec un exemple simple (mais théorique) :

Dans une circonscription il y a 3 listes en présence, 4 sièges à pourvoir et 100 000 suffrages exprimés :

- la liste A obtient 50 000 voix ;
- la liste B obtient 25 000 voix ;
- la liste C obtient 25 000 voix ;

Pour l'attribution des sièges, on commence par déterminer un chiffre de base : ce chiffre, baptisé *quotient électoral*, correspond au nombre de suffrages divisé par le nombre de sièges à pourvoir.

Dans notre exemple, le quotient sera :

100 000 suffrages exprimés = 25 000 sièges

- La liste A aura $50\,000 : 25\,000 = 2$ sièges ;
- La liste B aura $25\,000 : 25\,000 = 1$ siège ;

– La liste C aura $25\ 000 : 25\ 000 = 1$ siège.

Ainsi la liste A aura 2 sièges, la liste B 1 siège et la liste C 1 siège. Alors que, selon un système majoritaire, il est probable que la liste A aurait emporté les 4 sièges.

Mais, dans la réalité, l'attribution des sièges en proportion des voix obtenues ne peut pratiquement jamais donner de résultats exacts.

Donnons un exemple plus réel : dans une circonscription, il y a 3 listes en présence, 4 sièges à pourvoir et 127 342 suffrages exprimés :

A : 52 421 ;

B : 49 628 ;

C : 25 293.

Le quotient électoral sera de $127\ 342 : 4 = 31\ 837$.

– Liste A obtiendra : $52\ 421 - 31\ 837 = 1$ siège. Reste : 20 584 ;

– Liste B obtiendra : $49\ 628 - 31\ 837 = 1$ siège. Reste : 17 791 ;

– Liste C obtiendra : $25\ 293 - 31\ 837 = 0$ siège. Reste : 25 293.

Ainsi 2 sièges sont seulement attribués : il reste à la fois des sièges non attribués et des voix non utilisées. Il faut donc procéder à une attribution des « restes ».

Pour cela, ont été imaginées des formules diverses que nous ne pouvons étudier en détail. Citons d'abord le système le plus simple : celui des « plus forts restes », selon lequel on attribue les sièges non pourvus aux listes ayant les plus grands restes de voix non utilisées.

Dans notre exemple, on attribuera d'abord un siège à la liste C qui a 25 293 voix non utilisées, puis un deuxième siège à la liste A qui a 20 584 voix non utilisées. Ainsi tous les sièges seront attribués, mais on s'aperçoit que le système n'est pas parfait, car la liste B et la liste C auront chacune un siège alors que la première a près du double des voix de la seconde ; de même, la liste A aura deux sièges alors qu'elle n'a que 3 000 voix de plus que la liste B qui n'en a qu'un. C'est la raison pour laquelle on a imaginé d'autres systèmes plus justes mais aussi plus compliqués, dont le plus utilisé est celui de la « plus forte moyenne ».

Si l'on attribue les restes selon le système de la plus forte moyenne, la méthode consiste, pour chaque siège non pourvu, à l'attribuer fictivement à chacune des listes pour l'attribuer définitivement à celle dont le rapport est le plus élevé (rapport du nombre de voix obtenues au nombre de sièges, ce nombre comprenant les sièges attribués au quotient plus le siège fictif supplémentaire).

– Liste A : $52\ 421 = 1 + 1$ (fictif) = 26 210 ;

– Liste B : $49\ 628 = 1 + 1$ (fictif) = 24 814 ;

– Liste C : $25\ 293 = 0 + 1$ (fictif) = 25 293.

La liste A ayant la plus forte moyenne obtiendra le 3^e siège puis ensuite la liste C qui aura le 4^e siège après avoir opéré un nouveau calcul.

Afin de combiner l'efficacité du scrutin majoritaire et l'équité de la représentation proportionnelle, le législateur s'est orienté vers des scrutins mixtes (ex. : élections régionales et municipales).

B. Valeur des divers modes de scrutin

1 ° Scrutin uninominal et scrutin de liste

37

La caractéristique principale du scrutin uninominal est que, se déroulant généralement dans une circonscription de dimensions réduites et opposant un à un les candidats, il revêt fatalement un caractère personnel. Les électeurs connaissent mieux les candidats que dans le scrutin de liste, ce qui est sans doute un avantage, mais qui fait que l'on peut avoir tendance à voter davantage en fonction des personnes que des idées et des programmes. Par ailleurs, une fois le représentant élu, le résultat du scrutin uninominal est de placer le représentant dans une sorte de dépendance à l'égard de ses électeurs, qui peut orienter les attitudes de l'élu dans le sens de la satisfaction d'intérêts locaux plus que dans le sens de l'intérêt général.

Par contre, l'inconvénient du scrutin de liste est de placer l'élu dans un état de dépendance qui peut devenir excessif à l'égard du parti politique, celui-ci décidant de la place assignée à chaque candidat sur la liste.

2 ° Scrutin majoritaire et représentation proportionnelle

La représentation proportionnelle a l'avantage de donner une photographie plus exacte et plus équitable que le scrutin majoritaire de l'opinion publique, des diverses tendances politiques du pays.

Son grand inconvénient est qu'elle pousse à la multiplication des partis, en donnant une chance à chacun même aux plus petits, et surtout de niveler, d'égaliser leur représentation au sein du Parlement, rendant ainsi plus difficile la formation de majorités importantes et cohérentes mais plus facile par conséquent l'instabilité politique.

Ce système, au demeurant le plus juste, est peu utilisé parce que peu efficace. En France, la représentation proportionnelle a été utilisée sous la III^e République de 1914 à 1927 et sous la IV^e République de 1946 à 1958, mais a été très critiquée comme une des raisons essentielles de l'instabilité politique. Elle a été abandonnée sous la V^e République pour les élections législatives : le législateur est revenu au scrutin uninominal majoritaire à deux tours (il n'y a qu'aux élections législatives du 16 mars 1986, qu'un système de scrutin proportionnel départemental à la plus forte moyenne a été utilisé). À noter que le scrutin de liste et la représentation proportionnelle sont utilisés pour les élections au Parlement européen et, en partie, pour les élections sénatoriales. Il faut rappeler que le mode de scrutin relève d'une loi ordinaire.

§ 2 Le nombre d'assemblées

38 Les représentants élus par le peuple siègent au Parlement. Cette représentation sera-t-elle constituée par une seule assemblée, une chambre unique (c'est le *monocaméralisme*) ou par deux chambres (c'est le *bicaméralisme*) ?

Le choix entre les deux systèmes peut être dicté par des raisons *techniques* ou *politiques*.

Sur le plan technique, le système de l'assemblée unique représente l'avantage d'un vote plus rapide des textes de lois en évitant les retards dus aux « navettes » entre les deux assemblées. En revanche, la formule bicamérale présente l'avantage d'un examen plus approfondi, d'une étude plus poussée des projets de lois puisque chacune des deux assemblées les étudiera à fond.

Sur le plan politique, si l'une seulement des assemblées est élue démocratiquement, il est évident que seule celle-ci exprimera la volonté du peuple titulaire de la souveraineté : si la seconde assemblée a la même provenance (le suffrage universel) et donc la même composition que la première, elle sera inutile. Il est certain aussi que la formule d'une assemblée unique peut faire craindre un certain despotisme de sa part : une deuxième chambre constitue une garantie d'équilibre et peut faire contrepoids à une assemblée unique omnipotente.

Il faut signaler que souvent il n'y a pas eu de véritable choix entre le monocaméralisme et le bicaméralisme : la formule des deux assemblées s'est souvent imposée pour des *raisons historiques*.

On retrouve ces diverses raisons lorsqu'on étudie les divers types de « deuxième Chambre » qui existent. En effet, le problème essentiel est celui de la différenciation entre les assemblées, mais ce problème ne se pose en réalité que pour la deuxième (dite chambre haute) ; la première (dite chambre basse) est en général élue au suffrage universel direct. En Europe, il n'y a que relativement peu de cas de monocaméralisme : les Parlements grec, luxembourgeois, portugais, danois, suédois.

A. Les deuxièmes chambres aristocratiques

39 L'exemple typique est celui de la Grande-Bretagne : dans ce pays, un Parlement existe depuis plus de cinq siècles ; il a toujours comporté deux assemblées. La première, la *Chambre des Communes*, est élue au suffrage universel ; la deuxième, la *Chambre des Lords*, est composée de membres soit nommés à vie, soit à titre héréditaire. Ce bicaméralisme a une origine essentiellement historique et demeure de nos jours une survivance. En effet, au fur et à mesure que se développait en Grande-Bretagne un système démocratique, il a été admis difficilement que la *Chambre des Lords* puisse conserver les mêmes pouvoirs que la *Chambre des Communes* élue démocratiquement et s'opposer aux volontés de celle-ci. C'est pourquoi, à la suite de deux réformes intervenues en 1911 et en 1949, la *Chambre des Lords* a perdu pratiquement tous ses pouvoirs ; les textes de loi lui sont bien soumis pour examen, mais si elle refuse d'adopter le texte

voté par la Chambre des Communes, cette opposition n'a pour conséquence que de retarder l'adoption de la loi, non de l'empêcher. En 2007, le Premier ministre Tony Blair, avait engagé une nouvelle réforme visant à supprimer le droit, pour les Lords héréditaires, de siéger à la Chambre. À l'issue d'une longue transition, seuls les Lords nommés pourront siéger. La Chambre des Lords devrait ainsi progressivement passer de 1 295 membres à 540 (avec sans doute un quota de lords nommés).

B. Les deuxièmes chambres démocratiques

40

Elles sont élues mais devront être différenciées des premières chambres également élues, sinon elles risqueraient de faire double emploi.

Les procédés utilisés sont divers :

– la première chambre étant élue au *suffrage universel direct*, la deuxième chambre sera élue au *suffrage universel indirect* (à deux ou plusieurs degrés) ;

– la première chambre étant renouvelée intégralement à l'issue de la période prévue, la deuxième chambre est renouvelée par fraction et par roulement. Par exemple (c'est le cas du Sénat en France), elle est élue pour 6 ans et renouvelée par moitié tous les 3 ans ;

– la deuxième chambre est généralement composée de moins de représentants élus que la première et l'âge d'éligibilité est plus élevé.

En fait, ces divers procédés sont souvent combinés pour accentuer la différenciation.

C. Les deuxièmes chambres corporatives

41

Ce sont des assemblées basées sur l'idée de la représentation des intérêts, c'est-à-dire que leurs membres sont élus par catégorie d'intérêts économiques et sociaux. Dans les démocraties actuelles, ce type de deuxième chambre ne connaît guère d'applications. On rencontre parfois des Conseils économiques qui ne font pas partie du Parlement et qui n'ont que des attributions consultatives ; c'est-à-dire qu'ils ne donnent que des avis qu'il n'est pas obligatoire de suivre.

En France, le projet de réforme (en 1969) a visé à transformer le Sénat en une assemblée à caractère économique et social ayant dans certains domaines des pouvoirs de décision. Ce projet a échoué puisque le résultat du référendum du 27 avril 1969 a été négatif (conduisant à la démission immédiate du général de Gaulle).

D. Les deuxièmes chambres fédérales

42

Dans les États fédéraux, on trouve toujours deux assemblées. Cette règle est liée au fédéralisme lui-même, car la chambre haute y revêt une signification précise.

Alors que les députés élus à la chambre basse représentent *l'ensemble* de la population de l'État fédéral, les élus à la chambre haute représentent les États membres de l'État fédéral.

Cette double représentation s'effectue en principe ainsi : à la chambre haute, les États sont représentés de façon égale, c'est-à-dire que chaque État élit un *nombre égal* de représentants quel que soit le chiffre de sa population alors qu'à la chambre basse, les députés sont élus en *nombre proportionnel* au nombre d'habitants.

Aux États-Unis, où cette formule est appliquée, il existe au Congrès une première chambre dite Chambre des représentants, où chaque élu représente environ 540 000 habitants et une deuxième chambre dite Sénat, où chacun des États membres élit deux sénateurs, quelle que soit la population de l'État (les 100 sénateurs représentent les 50 États). Dans d'autres États fédéraux, la représentation des États fédérés est pondérée en fonction de la population (ex. : au *Bundesrat* allemand). Les États fédérés peuvent eux-mêmes se doter d'un parlement bicaméral (la majorité) ou monocaméral (le Nebraska pour les États-Unis, le Québec pour le Canada, la Bavière pour l'Allemagne).

section 2

La démocratie directe

43 La démocratie directe est le système dans lequel le peuple exerce lui-même la souveraineté dont il est titulaire.

Il paraît difficile, pour des raisons pratiques, que l'ensemble de la population puisse exercer elle-même toutes les fonctions de l'État, telles que gouverner ou juger, qui nécessitent des compétences techniques particulières. Toutefois, on peut penser qu'une des fonctions de l'État, la fonction législative, pourrait être exercée directement par le peuple. La loi (ainsi que nous le verrons plus tard) vise à poser des règles à caractère général et impersonnel : elle présente un caractère relativement solennel.

Cependant, il ne faut pas se leurrer, la véritable démocratie directe est quasi impossible dans les États modernes : on n'y rencontre en définitive qu'une forme atténuée, intermédiaire, *la démocratie semi-directe*. La démocratie directe, en effet, suppose un État dont le territoire soit de dimensions très modestes. Le seul exemple de véritable démocratie directe qui ait fonctionné que l'on peut citer (avec quelques réserves) est la démocratie athénienne dans l'Antiquité : les citoyens se réunissaient en corps législatif sur la place publique (*l'agora*) pour délibérer et adopter les lois. À l'heure actuelle, des éléments de démocratie directe subsistent en Suisse, dans les petits cantons montagnards, où, à certaines occasions, les citoyens se rassemblent pour voter des lois.

Faut-il alors, pour des raisons pratiques, abandonner toute volonté d'aboutir à la démocratie directe qui semble la plus proche d'un système idéal ? La réponse doit être nuancée. Dans un État moderne, aux dimensions importantes, il est

parfaitement possible d'utiliser des éléments de démocratie directe tels que, par exemple, le vote des lois par les citoyens directement au moyen du *référendum*. En France, depuis 1958, certaines lois peuvent effectivement être adoptées au moyen d'un référendum : le procédé a déjà été utilisé ; citons, à titre d'exemple, le référendum du 20 septembre 1992 visant à adopter une loi autorisant le président de la République à ratifier le traité de Maastricht.

On peut imaginer des solutions intermédiaires dans lesquelles les lois seraient votées d'abord par le Parlement, puis soumises à l'approbation des citoyens par voie de référendum. Ce système est utilisé dans certains pays comme en Suisse et en France, mais uniquement pour la révision de la Constitution.

La tendance actuelle est à l'utilisation croissante des procédés tirés de la démocratie directe. En dehors des raisons purement politiques qui l'expliquent, il faut évidemment faire une large part. au développement considérable des moyens modernes de communication (radio, télévision, Internet...), appelés encore les *mass medias*, qui mettent directement en contact le citoyen, le Gouvernement et les problèmes politiques. Signe des temps, la démocratie représentative est souvent contredite et malmenée par le « pouvoir de la rue », c'est-à-dire l'opinion publique. Certains partis de gauche prônent le développement de la « démocratie participative » qui allie pouvoir de représentation des élus et participation des électeurs aux processus de décision.

Pour aller plus loin Chapitre 3

Les modes de scrutin

Les modes de scrutin relèvent de la loi ordinaire. C'est le cas notamment du mode de scrutin pour les élections sénatoriales, pour les élections européennes et les élections régionales. Les résultats des élections régionales de mars 2010 sont un bon exemple pour apprécier la combinaison entre le scrutin de liste majoritaire et la représentation proportionnelle. De même, les débats sur le mode de scrutin applicable aux futurs conseillers territoriaux permettent d'alimenter la réflexion.

Le Sénat

En 2011, le Sénat arrive au terme de sa réforme entamée en 2004 : le nombre maximal de sénateurs est atteint (348 sénateurs), le renouvellement se fait par moitié et les sénateurs sont élus pour 6 ans (et non plus pour 9 ans). La pratique dira si l'influence de l'institution s'en trouvera renforcée. La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 n'a pas remis en cause l'inégalité entre les deux chambres : la responsabilité du gouvernement ne peut pas être engagée devant le Sénat (contrairement à l'Italie par exemple), en cas de difficulté, le gouvernement peut toujours demander à l'Assemblée nationale de se prononcer définitivement. À partir de 2014, il faudra mesurer l'impact de l'élection des conseillers territoriaux sur l'élection des sénateurs.

Les référendums

La démocratie directe est-elle plus efficace que la démocratie représentative ? Quelles réformes pourraient faire l'objet d'un vrai référendum de l'article 11 ? La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 a consacré le droit de pétition, mais la loi organique qui doit préciser le dispositif fait toujours débat (projet de loi organique du 22 décembre 2010 portant application de l'article 11 de la Constitution, Ass. nat., n° 3072). Il faut voir également les nouvelles formes référendaires issues de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 pour les collectivités d'outre-mer (art. 72-4)... mais aussi pour les collectivités territoriales de droit commun (art. 72-1, al. 2).

4

La typologie des institutions politiques : les régimes politiques

44

Les institutions politiques démocratiques se différencient surtout par les types de rapports qu'entretiennent les pouvoirs publics entre eux, spécialement le pouvoir législatif (Parlement) et le pouvoir exécutif (Gouvernement). C'est à ce point de vue qu'il faut se placer pour définir et classer les divers régimes politiques ou systèmes de Gouvernement dont les principaux sont le *régime parlementaire* et le *régime présidentiel*.

Il faut toutefois ajouter une précision : le régime politique d'un pays ne se qualifie pas uniquement par les rapports qu'entretiennent les pouvoirs publics entre eux. Il faut tenir compte également de la *réalité politique* qui est souvent différente du schéma théorique présenté. On ne peut décemment qualifier un régime politique en ignorant le nombre et les caractéristiques des partis politiques, les mœurs et les traditions politiques qui ont une incidence considérable sur la réalité.

La Grande-Bretagne, par exemple, pratique un régime parlementaire alors que les États-Unis ont un régime dit présidentiel (voir l'étude de ces deux régimes). Or en Grande-Bretagne, il n'existe que deux principaux partis politiques, les conservateurs et les travaillistes. Cette réalité politique a pour conséquence que le système politique britannique est différent de celui des autres États dont le régime est également parlementaire (par exemple l'Italie), mais où existent de nombreux partis, et peu différent de celui des États-Unis où n'existent d'ailleurs que deux partis.

Ceci dit, il est utile de définir les deux types de régimes politiques indiqués ci-dessus, car ils apparaissent comme les plus répandus (du moins en Occident) et les références qui y sont faites demeurent nombreuses.

Pour bien saisir la nature de ces régimes, il convient d'analyser un principe commun à la plupart des États modernes et qui domine la question des rapports des pouvoirs publics entre eux : *le principe de la séparation des pouvoirs*.

section 1

La séparation des pouvoirs

45 C'est une exigence primordiale pour toute démocratie. Comme le précise en substance la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, un État dans lequel la séparation des pouvoirs n'est pas assurée n'a pas de Constitution (article 16).

§ 1 Définition de la séparation des pouvoirs

46 Le principe de la séparation des pouvoirs vise à assurer la liberté en défendant les droits des gouvernés contre l'arbitraire éventuel des gouvernants. Montesquieu explique, dans *De l'Esprit des lois* (1748), que la liberté des individus est compromise parce que tout homme ou tout organe qui possède le pouvoir a tendance à en abuser. Pour défendre la liberté contre l'abus de pouvoir, il faut donc trouver un frein qui rende cet abus impossible. Le pouvoir souverain est, par définition, au-dessus de tout : aucun frein n'est donc assez puissant pour l'arrêter. Montesquieu en conclut qu'on ne peut arrêter le pouvoir que par le pouvoir : il faut donc le partager et attribuer ses différentes parts à des titulaires différents qui se feront mutuellement contrepoids. Sans cette séparation, assure-t-il, on ne peut garantir la liberté.

Cette théorie de la séparation des pouvoirs conduit en général à en distinguer trois :

- le pouvoir législatif, qui discute et vote les lois ;
- le pouvoir exécutif, qui assure leur exécution ;
- le pouvoir judiciaire, qui les applique aux particuliers pour juger leurs différends.

On peut d'ailleurs discuter sur le nombre et les attributions du pouvoir, mais, pour respecter la formule de Montesquieu, il suffit de distinguer deux pouvoirs :

- le pouvoir législatif, qui appartient normalement à un Parlement ;
- le pouvoir exécutif, qui appartient au chef de l'État et au Gouvernement.

§ 2 Séparation souple et séparation rigide

47 À l'époque de Montesquieu, on avait imaginé une *séparation rigide* des pouvoirs par laquelle chaque pouvoir représentant une force rigoureusement égale à

l'autre (pour éviter qu'un pouvoir plus fort ne soit porté à l'abus) était absolument indépendant et privé de toute communication avec un autre pouvoir.

Cette conception que l'on retrouve dans les régimes politiques de la période révolutionnaire a conduit à des échecs. En effet, les pouvoirs qui s'ignorent sont amenés à lutter l'un contre l'autre et à gouverner sans unité. Il faut donc prévoir entre les deux pouvoirs des liaisons organiques, afin d'éviter les inconvénients signalés plus haut.

Une autre formule est alors celle de la *séparation souple* des pouvoirs, c'est-à-dire que les pouvoirs, au lieu de s'ignorer, doivent aller de concert, travailler en commun à certaines tâches, avoir entre eux des rapports et des liaisons qui empêcheront leur opposition.

La formule de la séparation rigide des pouvoirs a été réalisée avec le régime présidentiel, où l'on distingue, d'une part, le pouvoir exécutif détenu par le président, d'autre part, le pouvoir législatif détenu par le Parlement ; entre les deux pouvoirs, il n'y a pas, en principe, de liaison organisée. La formule de la séparation souple des pouvoirs est réalisée avec le régime parlementaire, où l'on trouve, d'une part, le pouvoir exécutif, détenu par le chef de l'État (président de la République ou monarque) et par le chef du Gouvernement, d'autre part, le pouvoir législatif détenu par le Parlement.

Entre les deux pouvoirs, la liaison est assurée par le Cabinet des ministres, qui appartient d'ailleurs au pouvoir exécutif parce qu'il est nommé par le chef de l'État et qu'il exerce le Gouvernement ; mais il dépend également du pouvoir législatif parce qu'il est politiquement responsable devant le Parlement : il est obligé de se retirer quand la majorité ne le soutient plus. C'est d'ailleurs cette responsabilité politique et collective des ministres devant le Parlement qui est le signe distinctif du régime parlementaire.

section **2**

Le régime parlementaire

48 Le régime parlementaire est le plus pratiqué dans les démocraties représentatives. Il s'accommode aussi bien d'un chef de l'État élu que d'un monarque.

§ 1 Les éléments du régime parlementaire

49 Le régime parlementaire est un système politique réalisant une séparation des pouvoirs souple, c'est-à-dire établissant une collaboration constante entre le chef de l'État et le Parlement par l'intermédiaire du Cabinet ministériel, c'est-à-dire du Gouvernement, qui est responsable politiquement devant le Parlement.

Les mécanismes essentiels du régime parlementaire se sont modifiés à travers le temps et à travers l'espace, mais ils demeurent cependant les mêmes, tout au moins dans leur principe.

A. Le chef de l'État

50

Dans les pays où fonctionne le régime parlementaire, le chef de l'État est seulement la plus haute autorité du pays. C'est-à-dire qu'il n'est pas en même temps, comme dans les pays où le régime présidentiel est établi, le chef du Gouvernement.

Dans les régimes parlementaires, le chef de l'État est politiquement irresponsable ; les conflits entre le Gouvernement et le Parlement ne le concernent pas, du moins en théorie.

Il possède, toutefois, une certaine influence sur la marche des affaires gouvernementales, qui provient soit de son autorité personnelle, soit de son expérience politique, soit de la situation de monarchie héréditaire. Le chef de l'État peut, en régime parlementaire, être un monarque ou un président de la République. En France, par exemple, sous la III^e et la IV^e République, le président possédait une certaine influence, qui se manifestait par le choix du président du Conseil, par le droit qui lui appartenait de présider le Conseil des ministres, enfin par la faculté de ne pas signer, le cas échéant, les décrets qui lui étaient présentés. Sous la V^e (voir *infra* n° 88), ses pouvoirs se sont largement accrus entraînant une modification du régime lui-même.

B. Le Cabinet ministériel (Gouvernement)

51

C'est le rouage essentiel du régime parlementaire, car c'est lui qui établit la collaboration entre l'exécutif et le Parlement.

Le Cabinet ministériel est d'ailleurs parlementaire par ses origines et Gouvernemental par ses fonctions. Le Cabinet ministériel ne peut gouverner qu'avec la confiance du Parlement : s'il perd cette confiance, il est obligé de démissionner.

L'aptitude des ministres à gouverner avec la confiance du Parlement provient du fait que, théoriquement, les ministres sont choisis au sein du Parlement, qu'ils ont entrée au Parlement et qu'ils sont solidairement responsables devant le Parlement de la politique du Cabinet.

Il est significatif, en effet, que lorsque la confiance a été refusée au Cabinet, les ministres doivent démissionner ; or, comme la responsabilité du Cabinet tout entier peut être engagée à propos de l'action d'un seul ministre, les membres du Cabinet ont intérêt à se surveiller mutuellement.

Pour éviter que l'indépendance de chaque ministre au sein du Cabinet ne risque de devenir dangereuse pour l'ensemble du Gouvernement, l'action des divers membres du Gouvernement a été progressivement coordonnée par l'institution d'un Premier ministre ou président du Conseil sur lequel s'est concentré l'essentiel de la responsabilité politique.

C. Le Parlement

52 Le Parlement est en général composé de deux chambres dans les pays qui pratiquent le régime parlementaire.

Cette séparation en deux chambres n'est pas absolument indispensable pour le fonctionnement du régime parlementaire. Elle est cependant utile, afin que le Parlement ne soit pas trop puissant face à un exécutif qui est lui-même affaibli ou divisé en deux organes : chef de l'État et Gouvernement. La Grande-Bretagne est l'illustration classique du bicaméralisme. La Chambre des Communes est la chambre basse, élue au suffrage universel (élections anticipées de mai 2010 : les conservateurs ont obtenu une courte majorité ; pour former le gouvernement, ils ont dû s'allier à un parti émergent, le parti libéral-démocrate de Nick Clegg ; le premier ministre est le leader du parti conservateur, David Cameron).

§ 2 Le fonctionnement du régime parlementaire

53 Le principe fondamental est que le Gouvernement ne doit, ne peut gouverner qu'avec la confiance du Parlement ou plus précisément qu'à la condition de garder la confiance de la Chambre basse. Cette confiance est sanctionnée par la responsabilité politique, c'est-à-dire par la perte du pouvoir.

Les moyens pour vérifier si le Gouvernement possède toujours la confiance du Parlement sont au nombre de deux. Tantôt, c'est le Premier ministre qui prend l'initiative de la vérification, et pour cela pose la *question de confiance* ; tantôt au contraire, l'initiative du débat est prise par des membres de l'Assemblée, qui déposent une *motion de censure*.

Toutefois, le Gouvernement détient une arme qui lui permet d'exercer sur le Parlement une pression sérieuse et d'éviter souvent d'être mis en minorité. Cette arme est le droit de dissolution qui appartient normalement au chef de l'État et au Gouvernement, tout au moins à l'égard de l'Assemblée issue du suffrage universel (Chambre basse).

Le droit de dissolution signifie que, par-delà la confiance du Parlement, il y a la confiance de la nation. Un Gouvernement, mis en minorité par le Parlement, peut, s'il sent derrière lui la confiance du peuple, porter le débat devant le pays et demander aux électeurs de trancher le conflit entre le Parlement et lui-même.

En fait, un des aspects essentiels du régime parlementaire, et qui se déduit des éléments étudiés précédemment, est l'équilibre entre les pouvoirs.

En pratique, le parfait équilibre entre les pouvoirs que le régime parlementaire implique est très difficile, sinon impossible à réaliser. En effet, l'histoire enseigne qu'il a tendance à dégénérer.

• *Il se peut que le Parlement l'emporte sur le Gouvernement* et bride son action ; c'est le cas lorsque le droit de dissolution tombe en désuétude (III^e Répu-

blique) ou est d'un usage difficile (IV^e République), ce qui est un facteur d'instabilité ministérielle. Le régime parlementaire dégénère alors en un « régime d'assemblée », au sein duquel l'exécutif n'est qu'un simple pouvoir commis, dépourvu d'initiative propre.

• *Il se peut, à l'inverse, que le Gouvernement l'emporte sur le Parlement ;* ainsi en est-il quand l'exécutif peut prendre des décisions fondamentales sans avoir recours à la procédure législative normale (par le biais du référendum, par exemple) ou quand le contrôle de l'activité gouvernementale est limité, voire annihilé : par exemple, l'usage de la motion de censure peut être contrarié, comme c'est le cas sous la V^e République. On aboutit alors à un régime de « personnalisation du pouvoir », dans lequel les détenteurs du pouvoir gouvernent en bénéficiant d'un assentiment populaire d'autant plus facile à obtenir que le débat parlementaire est plus réduit.

Le régime parlementaire exige, de la part. des gouvernants, une grande rigueur morale, puisque la « règle du jeu » est très subtile, donc facile à tourner. C'est pourquoi, peut-être, il ne se caractérise pas par une grande stabilité – ce fut le cas en France entre 1920 et 1958, en Allemagne entre les deux guerres et en Italie depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale.

section **3**

Le régime présidentiel

54 Le régime présidentiel est né d'un accident historique, l'indépendance des États-Unis d'Amérique à la fin du XVIII^e siècle, alors que la théorie du parlementarisme n'avait pas encore été parfaitement formulée. C'est sans doute pourquoi le modèle américain du régime présidentiel a été l'objet d'une évolution qui en a quelque peu modifié le contenu. Il y a peu de régimes présidentiels de par le monde : les États-Unis, quelques États d'Amérique du Sud, l'Égypte...

§ 1 La théorie du régime présidentiel

55 Le régime présidentiel repose, d'une façon extrêmement stricte, sur le principe de séparation des pouvoirs. Les auteurs de la Constitution des États-Unis pensaient en effet que, pour éviter une domination du Congrès (le Parlement) par l'exécutif, il convenait que celui-ci n'eût aucune possibilité de faire pression sur celui-là. Aussi bien, s'agit-il aux États-Unis de deux pouvoirs parallèles ne disposant d'aucun moyen d'action réciproque : le président est élu directement par le peuple ; il dispose du pouvoir exécutif et s'entoure des ministres qu'il nomme et renvoie à son gré. Il n'y a pas de premier ministre, donc pas de gouvernement à proprement parler (on parle de l'administration Bush). Ni le président ni les ministres ne peuvent être renversés par le Congrès. Celui-ci se compose de deux assemblées (Chambre des représentants et Sénat) élues au suffrage universel ; le

Congrès dispose du pouvoir législatif dans son intégralité et ne peut être dissous par le président.

§ 2 L'évolution du régime présidentiel

56 Au schéma précédent, l'histoire a naturellement apporté quelques correctifs.

A. Sur le plan constitutionnel

57 La séparation des pouvoirs s'est assouplie : en effet, le Congrès peut mettre en cause la responsabilité pénale du président par la procédure de « l'empêchement » ; en sens inverse, le président peut opposer son veto à une loi votée par le Congrès, c'est-à-dire en refusant la mise en application.

On a pu alors constater, aux États-Unis, que si l'empêchement est tombé un peu en désuétude, l'usage du veto donne au président une arme qui n'est pas dénuée d'intérêt.

Par ailleurs, les rapports entre les pouvoirs sont rendus plus souples par le monopole du Congrès en matière budgétaire : un président sans crédits est privé de toute prérogative ; il doit donc tenir compte des critiques et des suggestions des parlementaires.

Enfin, il faut tenir compte de la place de la Cour suprême dans l'édifice constitutionnel américain : cette juridiction, entourée d'un immense prestige, contrôle très efficacement la conformité à la Constitution des actes juridiques pris par les différents organes de l'État ; elle assure ainsi une sorte d'arbitrage entre les pouvoirs et, surtout, est une garantie fondamentale d'exercice des libertés publiques.

B. Sur le plan politique

58 L'évolution du régime américain s'est faite dans le sens d'un renforcement des pouvoirs du président, qui tient à l'autorité que lui procure son élection au suffrage universel, à l'accroissement de l'appareil administratif qui l'entoure et au jumelage des élections présidentielle et parlementaire qui, assez souvent, amène au Congrès une majorité décidée à soutenir le président. Toutefois, depuis quelques années, on constate que le président ne dispose pas souvent d'une majorité parlementaire qui lui soit favorable.

Néanmoins, ceci ne doit pas laisser croire que le régime présidentiel est un régime de gouvernement personnel ; les partis politiques américains n'étant pas soumis à des idéologies rigides, le président est obligé presque continuellement de composer avec la majorité parlementaire, de négocier avec elle, et de tenir compte de l'état de l'opinion : car les élections présidentielles ont lieu tous les

4 ans – le mandat est de courte durée –, et l'arbitrage populaire est donc vite appelé à s'exercer.

Depuis plus de deux siècles, le régime présidentiel fonctionne aux États-Unis. C'est peut-être la raison pour laquelle d'autres pays ont été tentés de l'appliquer, en Amérique centrale et latine et en Afrique essentiellement, sans parvenir pour autant à mettre en place des institutions politiques stables.

Pour aller plus loin Chapitre 4

La VI^e République n'a pas vu le jour...

Dans la période qui a précédé la campagne électorale pour les élections présidentielles de 2007, des hommes politiques reconnus (notamment des anciens Premiers ministres) s'étaient ouvertement prononcés pour le passage à une VI^e République, avec à la clé, le passage au régime présidentiel à l'américaine... c'est-à-dire la suppression pure et simple de la fonction de Premier ministre. Le comité Balladur de modernisation et de rééquilibrage des institutions n'a pas souhaité préconiser une rupture aussi brutale avec le régime parlementaire, d'autant plus que la France est déjà, sous la V^e République, dans une forme originale de « parlementarisme rationalisé ».

Certains régimes sont inclassables

Les démocraties créées récemment s'inspirent généralement des grandes démocraties occidentales pour leur organisation constitutionnelle. Ainsi, le régime russe actuel (Constitution du 12 décembre 1993) tient à la fois du régime parlementaire et du régime présidentiel. C'est un régime hybride.

Le président de la fédération de Russie est élu au suffrage universel, son mandat est de 4 ans, renouvelable une seule fois. Le scrutin est majoritaire à 2 tours. Le président nomme le Premier ministre et, sur proposition de celui-ci, les autres membres du gouvernement.

Il faut remarquer la double responsabilité politique du gouvernement : en effet, ce dernier est à la fois responsable devant le président et devant la Douma.

Sur le modèle français, le président russe nomme le Premier ministre, dispose du droit de dissoudre la Douma, a le droit de grâce, peut décider un référendum et possède des pouvoirs spéciaux (assimilables à l'article 16 de notre Constitution).

Sur le modèle américain, le président russe détient un droit de veto sur les lois. Il adresse chaque année un message aux deux chambres sur « l'état de la fédération ».

La pratique des États montre que les régimes stéréotypés et qui correspondent parfaitement à l'étiquette de « parlementaire » ou de « présidentiel » sont de moins en moins nombreux.

2

Les institutions politiques de la V^e République

1

L'élaboration et la mise en place des institutions de la V^e République

60 La naissance de la V^e République est la conséquence directe de la faiblesse et de l'impuissance du régime né en 1946 des suites de la Seconde Guerre mondiale, et que la guerre d'Algérie devait contribuer à ruiner définitivement.

section 1

L'élaboration de la Constitution

61 Le 13 mai 1958, alors qu'à Paris un Gouvernement formé par Pierre Pflimlin (MRP) tente d'obtenir l'investiture de l'Assemblée nationale, des manifestants envahissent à Alger l'immeuble du Gouvernement général et créent des « Comités de salut public » dans le but de sauvegarder « l'Algérie française ». La situation est quasi insurrectionnelle, puisque l'autorité des pouvoirs publics, régulièrement désignée par la nation, n'est plus respectée et que, de plus, depuis près d'un mois, la France se débat dans une crise gouvernementale jusque-là sans issue.

Compte tenu des circonstances, le Gouvernement Pflimlin est investi rapidement par l'Assemblée, mais se trouve sans pouvoir réel. Partout, la situation se détériore, non seulement en Algérie mais aussi en métropole, où l'on craint un coup de force avec le soutien de l'armée. Des hommes politiques proches du général de Gaulle réclament son retour au pouvoir, seul recours capable, selon eux, de prévenir un risque de guerre civile. Le président de la République, René Coty, en accord avec les chefs des partis majoritaires (Pierre Pflimlin, Guy Mollet, Antoine Pinay) se décide à appeler le général de Gaulle à la tête du Gouverne-

ment. Celui-ci pose cependant comme condition qu'un « processus légal » soit engagé et que les moyens de gouverner lui soient procurés.

Après des négociations, tant entre les différents leaders politiques du régime moribond qu'avec les envoyés du mouvement d'Alger, un accord se fait sur les deux conditions :

– le général de Gaulle *utilisera la procédure prévue par la Constitution de 1946*, qui implique qu'il se présente devant l'Assemblée nationale pour recueillir son investiture ;

– toutefois, cette investiture est liée à *l'obtention par lui des pleins pouvoirs* qui lui permettront de rétablir le fonctionnement régulier des pouvoirs publics et, surtout, de procéder à un changement profond des institutions.

Le 1^{er} juin 1958, le général de Gaulle est investi comme président du Conseil. Le nouveau Gouvernement fait voter dès le lendemain une loi constitutionnelle (elle sera promulguée le 3 juin 1958) qui a pour but essentiel de modifier la procédure de révision de la Constitution, prévue dans son article 90. En fait, ce texte autorise le Gouvernement à procéder à l'élaboration d'un projet de Constitution qui devra être soumis au peuple par voie de référendum. La loi constitutionnelle du 3 juin 1958 indique les cinq principes fondamentaux que le Gouvernement est tenu de respecter : suffrage universel, séparation des pouvoirs exécutif et législatif, responsabilité du Gouvernement devant le Parlement, indépendance de l'autorité judiciaire et organisation des rapports entre la République et les peuples d'outre-mer. Il est en outre précisé que doit être consulté un Comité consultatif constitutionnel dont la composition est fixée à 26 parlementaires et 13 personnalités désignées par le Gouvernement.

Document n° 1 **Loi constitutionnelle du 3 juin 1958**

Article unique. – Par dérogation aux dispositions de son article 90, la constitution sera révisée par le Gouvernement investi le 1^{er} juin 1958, et ce dans les formes suivantes :

Le Gouvernement de la République établit un projet de loi constitutionnelle mettant en œuvre les principes ci-après :

1° Seul le suffrage universel est la source du pouvoir. C'est du suffrage universel ou des instances élues par lui que dérivent le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif.

2° Le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif doivent être respectivement séparés de façon que le Gouvernement et le Parlement assument chacun pour sa part. et sous sa responsabilité la plénitude de leurs attributions ;

3° Le Gouvernement doit être responsable devant le Parlement ;

4° L'autorité judiciaire doit demeurer indépendante pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles telles qu'elles sont définies par le Préambule de la Constitution de 1946 et par la Déclaration des droits de l'homme à laquelle il se réfère ;

5° La Constitution doit permettre d'organiser les rapports de la République avec les peuples qui lui sont associés.

Pour établir le projet, le Gouvernement recueille l'avis d'un comité consultatif où siègent notamment des membres du Parlement désignés par les commissions compétentes de l'Assemblée nationale et du Conseil de la République. Le nombre des membres du comité consultatif désignés par chacune des commissions est au moins égal au tiers du nombre des membres de ces commissions ; le nombre

total des membres du Comité consultatif désigné par les commissions est aux deux tiers des membres du comité.

Le projet de loi arrêté en Conseil des ministres, après avis du Conseil d'État, est soumis au référendum. La loi constitutionnelle portant révision de la constitution est promulguée par le président de la République dans les huit jours de son adoption.

L'élaboration de la nouvelle Constitution est activement poursuivie au cours de l'été 1958. Elle est l'œuvre d'un groupe de travail, réuni autour de Michel Debré, garde des Sceaux, dans le Gouvernement du général de Gaulle. *Le texte en préparation sera profondément influencé par les idées de ces deux hommes.*

- **Le général de Gaulle** imposera l'idée d'un *président de la République doté d'une autorité incontestable*, libéré des mécanismes de sujétion dans lesquels il était tenu jusqu'alors, arbitre « au-dessus des contingences politiques », en même temps que « garant de l'indépendance nationale ». Le projet de Constitution prévoira ainsi l'élection du président de la République par un large collège électoral, en même temps que la détention par lui de larges pouvoirs – dont certains seront exercés personnellement sans contreséing – et la possibilité, au cas de troubles graves, de recourir sans contrôle aux pleins pouvoirs (art. 16).

- **Michel Debré** sera à l'origine de nombreuses dispositions destinées à « *rationaliser* » le fonctionnement du régime parlementaire, c'est-à-dire à rééquilibrer les moyens d'action que détiennent, l'un à l'égard de l'autre, le Gouvernement et le Parlement. L'instabilité gouvernementale chronique des deux régimes précédents, III^e et IV^e République, devait disparaître par la mise en place de mécanismes constitutionnels destinés à renforcer la position du Gouvernement et à limiter les pouvoirs du Parlement. En même temps, le projet de Constitution comporte des dispositions destinées à *moraliser la vie politique française* : incompatibilité entre la fonction ministérielle et le mandat parlementaire, contrôle de la constitutionnalité des lois et de la régularité des élections politiques confié à un organisme juridictionnel.

Après que le Gouvernement eut adopté le texte du projet de Constitution qui s'inspirait nettement de ces idées, le Comité consultatif constitutionnel procéda à son examen sans y apporter de correctifs majeurs, sinon de terminologie. Le 4 septembre 1958, le général de Gaulle présenta solennellement au peuple français le projet définitif, et, conformément à la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, un référendum se déroula le 28 septembre 1958 qui (en métropole) donna les résultats suivants :

Électeurs	26 603 464	100	
Votants	22 596 850	84,94	
Abstentions	4 006 614	15,06	
Blancs ou nuls	303 549	1,1	
OUI	17 668 790	66,4	79,2
NON	4 624 511	17,3	20,7

Le projet de Constitution était donc adopté à une *très large majorité*. Sa promulgation, le 4 octobre 1958, marque le passage de la IV^e à la V^e République ; elle symbolise la naissance d'un nouveau régime politique. Conçue dans l'atmosphère troublée des événements du 13 mai 1958, la nouvelle République devait finalement naître dans une ambiance de régularité juridique satisfaisante. La publication du texte constitutionnel au *Journal officiel* du 5 octobre 1958 donnait le coup d'envoi à la mise en place des nouvelles institutions qu'il prévoyait.

section 2

La mise en place des nouvelles institutions

62

Les nouvelles institutions sont rapidement installées, conformément au titre XV de la Constitution (art. 90, 91 et 92 dans la rédaction initiale de la constitution), qui envisageait une période de 4 mois pour que soit achevée la mise en place du nouveau régime.

Pendant cette période transitoire, les institutions existantes restaient en fonction jusqu'à leur remplacement par celles prévues par la Constitution. Toutefois, l'article 92 indiquait que les mesures législatives nécessaires à la mise en place des institutions seraient prises en Conseil des ministres, après avis du Conseil d'État, par *ordonnance ayant force de loi*. Il s'agissait en réalité d'ordonnances portant loi organique, c'est-à-dire complétant la Constitution sur le plan de l'organisation des pouvoirs publics. De nombreuses ordonnances furent ainsi élaborées et adoptées par le Gouvernement du général de Gaulle, dans des délais relativement courts, pour que, dès le 4 février 1959 (terme prévu par la Constitution), le nouveau régime puisse fonctionner sans heurt. C'est ainsi que les élections à l'Assemblée nationale se déroulèrent les 23 et 30 novembre 1958. Elles furent marquées par la *victoire d'une nouvelle force politique*, l'Union pour la nouvelle République (UNR), de tendance gaulliste affirmée, et la défaite des partis politiques traditionnels, issus de la IV^e République. Le 21 décembre eut lieu l'élection présidentielle, qui vit la victoire du général de Gaulle avec 80 % des suffrages du collège électoral chargé de l'élire. Le 8 janvier 1959, le premier président de la V^e République s'installe à l'Élysée et désigne M. Michel Debré comme Premier ministre. Avec les élections au Sénat, qui eurent lieu le 19 avril 1959, prend fin la période d'installation des nouvelles institutions.

Toutefois les institutions mises en place en 1958 ne sont pas restées figées. Le texte initial a déjà été révisé à 24 reprises par :

– *la loi constitutionnelle du 4 juin 1960*, adoptée selon la procédure prévue à l'article 85 et portant sur la communauté ;

– *la loi constitutionnelle du 6 novembre 1962* adoptée selon la procédure référendaire de l'article 11, modifiant le mode d'élection du président de la République ;

– la loi constitutionnelle du 30 décembre 1963, adoptée selon une des procédures prévues à l'article 89, relative aux dates d'ouverture des sessions ordinaires du Parlement ;

– la loi constitutionnelle du 29 octobre 1974, adoptée par le Congrès selon une des procédures prévues à l'article 89, modifiant l'article 61 de la constitution relatif aux modalités de saisine du Conseil constitutionnel ;

- la loi constitutionnelle n° 76-527 du 18 juin 1976 ;
- la loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 ;
- la loi constitutionnelle n° 93-952 du 27 juillet 1993 ;
- la loi constitutionnelle n° 93-1256 du 25 novembre 1993 ;
- la loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995 ;
- la loi constitutionnelle n° 96-138 du 22 février 1996 ;
- la loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998 ;
- la loi constitutionnelle n° 99-49 du 25 janvier 1999 ;
- la loi constitutionnelle n° 99-568 du 8 juillet 1999 ;
- la loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 ;
- la loi constitutionnelle n° 2000-964 du 2 octobre 2000 ;
- la loi constitutionnelle n° 2003-267 du 25 mars 2003 ;
- la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 ;
- la loi constitutionnelle n° 2005-204 du 1^{er} mars 2005 ;
- la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 ;
- la loi constitutionnelle n° 2007-237 du 23 février 2007 ;
- la loi constitutionnelle n° 2007-238 du 23 février 2007 ;
- la loi constitutionnelle n° 2007-239 du 23 février 2007 ;
- la loi constitutionnelle n° 2008-103 du 4 février 2008 ;
- la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008.

Hormis les révisions de 1960 (ancien art. 85) et 1962 (art. 11), toutes ont été adoptées selon la procédure prévue expressément à l'article 89 de la Constitution.

C'est la réforme de 1962 qui a été la plus radicale et celle du 23 juillet 2008 la plus imposante : elles ont l'une et l'autre transformé l'équilibre du régime établi en 1958. En apparence, celle de 1962 n'a changé que le système de désignation du président de la République, dorénavant élu au suffrage universel direct, au lieu de l'être par un collège électoral composé de notables. En fait, le président exerce pleinement désormais la réalité des pouvoirs que lui confie la Constitution et que le peuple, titulaire de la souveraineté nationale, lui a expressément et directement délégués.

section **3**

Les principes généraux de la Constitution

63 Les principes généraux qui animent la Constitution de 1958 correspondent à ceux que la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 avait déterminés : on y retrouve le principe démocratique, le principe de la séparation des pouvoirs, le principe parlementaire et enfin le principe libéral.

§ 1 Le principe démocratique

64 Le pouvoir politique repose sur la désignation des organes politiques par le peuple au moyen du suffrage universel. La Constitution comporte de nombreuses et précises références au *principe démocratique*. Ainsi, l'article 1 indique que la France est une République « démocratique » et que « son principe est : Gouvernement du peuple par le peuple et pour le peuple ». L'article 3 précise que « la souveraineté nationale appartient au peuple, qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum », et que le suffrage est « toujours universel ». Ce qui est nouveau toutefois, c'est une certaine *limitation du principe représentatif traditionnel*, qui exigeait que la souveraineté nationale soit exercée plus par ses représentants que par le peuple lui-même. En effet, dans le nouveau régime, apparaissent des procédés de *démocratie semi-directe*, puisque le peuple peut prendre directement certaines décisions à caractère législatif (art. 11). Certes, sous l'empire de la Constitution de 1946, l'usage du référendum était déjà prévu, mais uniquement en matière de révision constitutionnelle et de façon limitée, alors que, dans le nouveau texte, il est prévu non seulement en matière constitutionnelle (art. 89), mais aussi en matière législative (art. 11). C'est le président de la République qui a la maîtrise de son utilisation dans les deux hypothèses ; depuis 1958, la procédure référendaire a été utilisée à plusieurs reprises : deux fois pour décider de la solution à apporter au conflit algérien, une fois pour modifier les articles de la Constitution relatifs au mode d'élection du président de la République, une fois en 1969, mais vouée à l'échec, pour instituer une réforme régionale et une transformation de la compétence et du rôle du Sénat, une fois, en 1972, à propos de l'élargissement de la Communauté européenne, une fois le 6 novembre 1988 à propos de l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie, une fois le 20 septembre 1992 à propos de l'autorisation de ratification du traité sur l'Union européenne (dit traité de Maastricht), une nouvelle fois le 24 septembre 2000 à propos de la révision constitutionnelle relative à la réduction du mandat présidentiel et enfin le 29 mai 2005 à propos de l'autorisation de ratifier le traité européen établissant une constitution européenne.

§ 2 Le principe de la séparation des pouvoirs et du parlementarisme

65

La loi constitutionnelle du 3 juin 1958 avait nettement précisé que les *pouvoirs devaient être séparés* et que le Gouvernement devait être responsable devant le Parlement.

Sur le premier point, la Constitution n'innove pas véritablement, puisqu'elle reprend une présentation traditionnelle où les divers pouvoirs (exécutif, législatif) sont séparés et dotés de compétences propres. À signaler que le troisième pouvoir dans la trilogie de Montesquieu, le pouvoir judiciaire, prend le nom d'« autorité judiciaire » (art. 64), dont l'indépendance est garantie par le président de la République. Il s'agit probablement d'une conséquence logique de l'évolution, qui a vu, depuis 1789, le « pouvoir » judiciaire perdre de son prestige sans que le changement de terminologie entraîne une diminution de son rôle traditionnel. L'article 66 de la Constitution confirme en effet que l'autorité judiciaire reste « gardienne de la liberté individuelle ».

La Constitution de 1958 maintient également le principe fondamental du régime parlementaire : la *responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée* élue directement par le peuple. Toutefois, le régime parlementaire décidé en 1958 et la pratique qui en a découlé, restent très éloignés du parlementarisme classique. Dans ce dernier type de régime, on a pu constater, sous les III^e et IV^e République, une nette prépondérance du Parlement. Dans le régime nouveau, une tendance contraire va se manifester en faveur d'un renforcement du rôle de l'exécutif. On y rencontre d'abord des éléments typiques du régime parlementaire :

– *l'existence d'un exécutif dualiste* : un président de la République politiquement irresponsable et un Gouvernement responsable devant l'Assemblée nationale ;

– *une séparation souple entre les deux pouvoirs*, qui se manifeste par une collaboration du législatif et de l'exécutif (intervention du Gouvernement dans la procédure d'élaboration de la loi, contrôle du Parlement sur l'exercice de la fonction gouvernementale) et par l'existence de moyens d'action réciproques (possibilité pour l'Assemblée nationale de renverser le Gouvernement, droit de dissolution de l'Assemblée nationale détenu par le président de la République).

Toutefois, ces éléments vont être organisés dans le but de renforcer la fonction exécutive (on a pu parler de *parlementarisme rationalisé*) :

– le droit de dissolution appartient au seul président de la République, qui est irresponsable politiquement ;

– la mise en jeu de la responsabilité politique du Gouvernement va être assortie de telles modalités qu'elle sera difficile à mettre en œuvre ;

– le partage des compétences législatives entre le Gouvernement et le Parlement entraînera une nette diminution du rôle de ce dernier dans son domaine privilégié de compétence ;

– de multiples dispositions au niveau de la procédure législative vont également renforcer le rôle de l'exécutif.

On peut aussi constater l'existence, dans le texte constitutionnel, de dispositions qui font penser à un *régime de type présidentiel* :

– l'élection du président de la République a lieu au suffrage universel direct (depuis la réforme de 1962) ;

– les pouvoirs du président sont considérables, et il nomme le chef du Gouvernement, qui est d'une certaine façon responsable devant lui.

Au total, si le principe parlementaire est théoriquement maintenu, il subit un certain nombre d'atteintes qui vont rejaillir sur la nature exacte du régime mis en place en 1958.

§ 3 Le principe libéral

66

La V^e République reprend à son compte les *libertés proclamées en 1789 et complétées par le Préambule de la Constitution de 1946*. Le principe libéral est donc réaffirmé, mais de façon indirecte : la Constitution ne contient pas de Déclaration de droits, et son Préambule, extrêmement court, se borne à reprendre les dispositions de « la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946 » et depuis 2005, par la Charte de l'environnement (voir *infra* **doc. n° 3**). Toutefois, malgré cette concision, l'essentiel est que les libertés publiques soient proclamées et garanties ; le texte même de la Constitution apportant même quelques précisions en ce qui concerne la liberté politique (droit pour les citoyens de créer des partis politiques respectant les principes constitutionnels) dans l'article 4, la liberté de conscience et l'égalité (art. 2), la liberté individuelle (art. 66).

Ces libertés sont garanties par la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité des lois dévolu à un organe juridictionnel : *le Conseil constitutionnel*.

Document n° 2 Constitution du 4 octobre 1958

PRÉAMBULE

Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004.

En vertu de ces principes et de celui de la libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d'outre-mer qui manifestent la volonté d'y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique.

ARTICLE PREMIER.

La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée.

La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales.

Titre premier
DE LA SOUVERAINETE

ARTICLE 2.

La langue de la République est le français.

L'emblème national est le drapeau tricolore, bleu, blanc, rouge.

L'hymne national est « La Marseillaise ».

La devise de la République est « Liberté, Égalité, Fraternité ».

Son principe est : gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple.

ARTICLE 3.

La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum.

Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice.

Le suffrage peut être direct ou indirect dans les conditions prévues par la Constitution. Il est toujours universel, égal et secret.

Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques.

ARTICLE 4.

Les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage. Ils se forment et exercent leur activité librement. Ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie.

Ils contribuent à la mise en œuvre du principe énoncé au second alinéa de l'article 1^{er} dans les conditions déterminées par la loi.

La loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation.

Titre II
LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE

ARTICLE 5.

Le président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État.

Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités.

ARTICLE 6.

Le président de la République est élu pour cinq ans au suffrage universel direct.

Nul ne peut exercer plus de deux mandats consécutifs.

Les modalités d'application du présent article sont fixées par une loi organique

ARTICLE 7.

Le président de la République est élu à la majorité absolue des suffrages exprimés. Si celle-ci n'est pas obtenue au premier tour de scrutin, il est procédé, le quatorzième jour suivant, à un second tour. Seuls peuvent s'y présenter les deux candidats qui, le cas échéant après retrait de candidats plus favorisés, se trouvent avoir recueilli le plus grand nombre de suffrages au premier tour.

Le scrutin est ouvert sur convocation du Gouvernement.

L'élection du nouveau Président a lieu vingt jours au moins et trente-cinq jours au plus avant l'expiration des pouvoirs du président en exercice.

En cas de vacance de la présidence de la République pour quelque cause que ce soit, ou d'empêchement constaté par le Conseil constitutionnel saisi par le Gouvernement et statuant à la majorité absolue de ses membres, les fonctions du président de la République, à l'exception de celles prévues aux articles 11 et 12 ci-dessous, sont provisoirement exercées par le président du Sénat et, si celui-ci est à son tour empêché d'exercer ces fonctions, par le Gouvernement.

En cas de vacance ou lorsque l'empêchement est déclaré définitif par le Conseil constitutionnel, le scrutin pour l'élection du nouveau Président a lieu, sauf cas de force majeure constaté par le Conseil constitutionnel, vingt jours au moins et trente-cinq jours au plus après l'ouverture de la vacance ou la déclaration du caractère définitif de l'empêchement.

Si, dans les sept jours précédant la date limite du dépôt des présentations de candidatures, une des personnes ayant, moins de trente jours avant cette date, annoncé publiquement sa décision d'être candidate décède ou se trouve empêchée, le Conseil constitutionnel peut décider de reporter l'élection.

Si, avant le premier tour, un des candidats décède ou se trouve empêché, le Conseil constitutionnel prononce le report de l'élection.

En cas de décès ou d'empêchement de l'un des deux candidats les plus favorisés au premier tour avant les retraits éventuels, le Conseil constitutionnel déclare qu'il doit être procédé de nouveau à l'ensemble des opérations électorales ; il en est de même en cas de décès ou d'empêchement de l'un des deux candidats restés en présence en vue du second tour.

Dans tous les cas, le Conseil constitutionnel est saisi dans les conditions fixées au deuxième alinéa de l'article 61 ci-dessous ou dans celles déterminées pour la présentation d'un candidat par la loi organique prévue à l'article 6 ci-dessus.

Le Conseil constitutionnel peut proroger les délais prévus aux troisième et cinquième alinéas sans que le scrutin puisse avoir lieu plus de trente-cinq jours après la date de la décision du Conseil constitutionnel. Si l'application des dispositions du présent alinéa a eu pour effet de reporter l'élection à une date postérieure à l'expiration des pouvoirs du Président en exercice, celui-ci demeure en fonction jusqu'à la proclamation de son successeur.

Il ne peut être fait application ni des articles 49 et 50 ni de l'article 89 de la Constitution durant la vacance de la présidence de la République ou durant la période qui s'écoule entre la déclaration du caractère définitif de l'empêchement du président de la République et l'élection de son successeur.

ARTICLE 8.

Le président de la République nomme le Premier ministre. Il met fin à ses fonctions sur la présentation par celui-ci de la démission du Gouvernement.

Sur la proposition du Premier ministre, il nomme les autres membres du Gouvernement et met fin à leurs fonctions.

ARTICLE 9.

Le président de la République préside le conseil des ministres.

ARTICLE 10.

Le président de la République promulgue les lois dans les quinze jours qui suivent la transmission au Gouvernement de la loi définitivement adoptée.

Il peut, avant l'expiration de ce délai, demander au Parlement une nouvelle délibération de la loi ou de certains de ses articles. Cette nouvelle délibération ne peut être refusée.

ARTICLE 11.

[dispositions en vigueur] Le président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux Assemblées, publiées au Journal Officiel, peut soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique ou sociale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions.

Lorsque le référendum est organisé sur proposition du Gouvernement, celui-ci fait, devant chaque assemblée, une déclaration qui est suivie d'un débat.

Lorsque le référendum a conclu à l'adoption du projet de loi, le président de la République promulgue la loi dans les quinze jours qui suivent la proclamation des résultats de la consultation.

ARTICLE 11.

[Entrée en vigueur dans les conditions fixées par les lois et lois organiques nécessaires à leur application (article 46-I de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008)] Le président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux Assemblées, publiées au Journal Officiel, peut soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions.

Lorsque le référendum est organisé sur proposition du Gouvernement, celui-ci fait, devant chaque assemblée, une déclaration qui est suivie d'un débat.

Un référendum portant sur un objet mentionné au premier alinéa peut être organisé à l'initiative d'un cinquième des membres du Parlement, soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales. Cette initiative prend la forme d'une proposition de loi et ne peut avoir pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an.

Les conditions de sa présentation et celles dans lesquelles le Conseil constitutionnel contrôle le respect des dispositions de l'alinéa précédent sont déterminées par une loi organique.

Si la proposition de loi n'a pas été examinée par les deux assemblées dans un délai fixé par la loi organique, le président de la République la soumet au référendum.

Lorsque la proposition de loi n'est pas adoptée par le peuple français, aucune nouvelle proposition de référendum portant sur le même sujet ne peut être présentée avant l'expiration d'un délai de deux ans suivant la date du scrutin.

Lorsque le référendum a conclu à l'adoption du projet ou de la proposition de loi, le président de la République promulgue la loi dans les quinze jours qui suivent la proclamation des résultats de la consultation.

ARTICLE 12.

Le président de la République peut, après consultation du Premier ministre et des présidents des assemblées, prononcer la dissolution de l'Assemblée nationale.

Les élections générales ont lieu vingt jours au moins et quarante jours au plus après la dissolution.

L'Assemblée nationale se réunit de plein droit le deuxième jeudi qui suit son élection. Si cette réunion a lieu en dehors de la période prévue pour la session ordinaire, une session est ouverte de droit pour une durée de quinze jours.

Il ne peut être procédé à une nouvelle dissolution dans l'année qui suit ces élections.

ARTICLE 13.

Le président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en conseil des ministres.

Il nomme aux emplois civils et militaires de l'État.

Les conseillers d'État, le grand chancelier de la Légion d'honneur, les ambassadeurs et envoyés extraordinaires, les conseillers maîtres à la Cour des comptes, les préfets, les représentants de l'État dans les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie, les officiers généraux, les recteurs des académies, les directeurs des administrations centrales sont nommés en conseil des ministres.

Une loi organique détermine les autres emplois auxquels il est pourvu en conseil des ministres ainsi que les conditions dans lesquelles le pouvoir de nomination du président de la République peut être par lui délégué pour être exercé en son nom.

Une loi organique détermine les emplois ou fonctions, autres que ceux mentionnés au troisième alinéa, pour lesquels, en raison de leur importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la Nation, le pouvoir de nomination du président de la République s'exerce après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée. Le président de la République ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions. La loi détermine les commissions permanentes compétentes selon les emplois ou fonctions concernés.

ARTICLE 14.

Le président de la République accrédite les ambassadeurs et les envoyés extraordinaires auprès des puissances étrangères ; les ambassadeurs et les envoyés extraordinaires étrangers sont accrédités auprès de lui.

ARTICLE 15.

Le président de la République est le chef des armées. Il préside les conseils et les comités supérieurs de la défense nationale.

ARTICLE 16.

Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel.

Il en informe la nation par un message.

Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil constitutionnel est consulté à leur sujet.

Le Parlement se réunit de plein droit.

L'Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels.

Après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs, aux fins d'examiner si les conditions énoncées au premier alinéa demeurent réunies. Il se prononce dans les délais les plus brefs par un avis public. Il procède de plein droit à cet examen et se prononce dans les mêmes conditions au terme de soixante jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels et à tout moment au-delà de cette durée.

ARTICLE 17.

Le président de la République a le droit de faire grâce à titre individuel.

ARTICLE 18.

Le président de la République communique avec les deux assemblées du Parlement par des messages qu'il fait lire et qui ne donnent lieu à aucun débat.

Il peut prendre la parole devant le Parlement réuni à cet effet en Congrès. Sa déclaration peut donner lieu, hors sa présence, à un débat qui ne fait l'objet d'aucun vote.

Hors session, les assemblées parlementaires sont réunies spécialement à cet effet.

ARTICLE 19.

Les actes du président de la République autres que ceux prévus aux articles 8 (1^{er} alinéa), 11, 12, 16, 18, 54, 56 et 61 sont contresignés par le Premier ministre et, le cas échéant, par les ministres responsables.

Titre III LE GOUVERNEMENT

ARTICLE 20.

Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la nation.

Il dispose de l'administration et de la force armée.

Il est responsable devant le Parlement dans les conditions et suivant les procédures prévues aux articles 49 et 50.

ARTICLE 21.

Le Premier ministre dirige l'action du Gouvernement. Il est responsable de la défense nationale. Il assure l'exécution des lois. Sous réserve des dispositions de l'article 13, il exerce le pouvoir réglementaire et nomme aux emplois civils et militaires.

Il peut déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres.

Il supplée, le cas échéant, le président de la République dans la présidence des conseils et comités prévus à l'article 15.

Il peut, à titre exceptionnel, le suppléer pour la présidence d'un conseil des ministres en vertu d'une délégation expresse et pour un ordre du jour déterminé.

ARTICLE 22.

Les actes du Premier ministre sont contresignés, le cas échéant, par les ministres chargés de leur exécution.

ARTICLE 23.

Les fonctions de membre du Gouvernement sont incompatibles avec l'exercice de tout mandat parlementaire, de toute fonction de représentation professionnelle à caractère national et de tout emploi public ou de toute activité professionnelle.

Une loi organique fixe les conditions dans lesquelles il est pourvu au remplacement des titulaires de tels mandats, fonctions ou emplois.

Le remplacement des membres du Parlement a lieu conformément aux dispositions de l'article 25.

Titre IV LE PARLEMENT

ARTICLE 24.

Le Parlement vote la loi. Il contrôle l'action du Gouvernement. Il évalue les politiques publiques.

Il comprend l'Assemblée nationale et le Sénat.

Les députés à l'Assemblée nationale, dont le nombre ne peut excéder cinq cent soixante-dix-sept, sont élus au suffrage direct.

Le Sénat, dont le nombre de membres ne peut excéder trois cent quarante-huit, est élu au suffrage indirect. Il assure la représentation des collectivités territoriales de la République.

Les Français établis hors de France sont représentés à l'Assemblée nationale et au Sénat.

ARTICLE 25.

Une loi organique fixe la durée des pouvoirs de chaque assemblée, le nombre de ses membres, leur indemnité, les conditions d'éligibilité, le régime des inéligibilités et des incompatibilités.

Elle fixe également les conditions dans lesquelles sont élues les personnes appelées à assurer, en cas de vacance du siège, le remplacement des députés ou des sénateurs jusqu'au renouvellement général ou partiel de l'assemblée à laquelle ils appartenaient ou leur remplacement temporaire en cas d'acceptation par eux de fonctions gouvernementales.

Une commission indépendante, dont la loi fixe la composition et les règles d'organisation et de fonctionnement, se prononce par un avis public sur les projets de texte et propositions de loi délimitant les circonscriptions pour l'élection des députés ou modifiant la répartition des sièges de députés ou de sénateurs.

ARTICLE 26.

Aucun membre du Parlement ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions.

Aucun membre du Parlement ne peut faire l'objet, en matière criminelle ou correctionnelle, d'une arrestation ou de toute autre mesure privative ou restrictive de liberté qu'avec l'autorisation du bureau de l'assemblée dont il fait partie. Cette autorisation n'est pas requise en cas de crime ou délit flagrant ou de condamnation définitive.

La détention, les mesures privatives ou restrictives de liberté ou la poursuite d'un membre du Parlement sont suspendues pour la durée de la session si l'assemblée dont il fait partie le requiert.

L'assemblée intéressée est réunie de plein droit pour des séances supplémentaires pour permettre, le cas échéant, l'application de l'alinéa ci-dessus.

ARTICLE 27.

Tout mandat impératif est nul.

Le droit de vote des membres du Parlement est personnel.

La loi organique peut autoriser exceptionnellement la délégation de vote. Dans ce cas, nul ne peut recevoir délégation de plus d'un mandat.

ARTICLE 28.

Le Parlement se réunit de plein droit en une session ordinaire qui commence le premier jour ouvrable d'octobre et prend fin le dernier jour ouvrable de juin.

Le nombre de jours de séance que chaque assemblée peut tenir au cours de la session ordinaire ne peut excéder cent vingt. Les semaines de séance sont fixées par chaque assemblée.

Le Premier ministre, après consultation du président de l'assemblée concernée, ou la majorité des membres de chaque assemblée peut décider la tenue de jours supplémentaires de séance.

Les jours et les horaires des séances sont déterminés par le règlement de chaque assemblée.

ARTICLE 29.

Le Parlement est réuni en session extraordinaire à la demande du Premier ministre ou de la majorité des membres composant l'Assemblée nationale, sur un ordre du jour déterminé.

Lorsque la session extraordinaire est tenue à la demande des membres de l'Assemblée nationale, le décret de clôture intervient dès que le Parlement a épuisé l'ordre du jour pour lequel il a été convoqué et au plus tard douze jours à compter de sa réunion.

Le Premier ministre peut seul demander une nouvelle session avant l'expiration du mois qui suit le décret de clôture.

ARTICLE 30.

Hors les cas dans lesquels le Parlement se réunit de plein droit, les sessions extraordinaires sont ouvertes et closes par décret du président de la République.

ARTICLE 31.

Les membres du Gouvernement ont accès aux deux assemblées. Ils sont entendus quand ils le demandent.

Ils peuvent se faire assister par des commissaires du Gouvernement.

ARTICLE 32.

Le président de l'Assemblée nationale est élu pour la durée de la législature. Le président du Sénat est élu après chaque renouvellement partiel.

ARTICLE 33.

Les séances des deux assemblées sont publiques. Le compte rendu intégral des débats est publié au Journal officiel.

Chaque assemblée peut siéger en comité secret à la demande du Premier ministre ou d'un dixième de ses membres.

Titre V
DES RAPPORTS ENTRE LE PARLEMENT ET LE GOUVERNEMENT

ARTICLE 34.

La loi fixe les règles concernant :

– les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ; les sujétions imposées par la défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ;

– la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ;

– la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ;

– l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ; le régime d'émission de la monnaie.

La loi fixe également les règles concernant :

– le régime électoral des assemblées parlementaires, des assemblées locales et des instances représentatives des Français établis hors de France ainsi que les conditions d'exercice des mandats électoraux et des fonctions électives des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales ;

– la création de catégories d'établissements publics ;

– les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État ;

– les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé.

La loi détermine les principes fondamentaux :

– de l'organisation générale de la défense nationale ;

– de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ;

– de l'enseignement ;

– de la préservation de l'environnement ;

– du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ;

– du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale.

Les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'État dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Les lois de financement de la sécurité sociale déterminent les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs de dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Des lois de programmation déterminent les objectifs de l'action de l'État.

Les orientations pluriannuelles des finances publiques sont définies par des lois de programmation. Elles s'inscrivent dans l'objectif d'équilibre des comptes des administrations publiques.

Les dispositions du présent article pourront être précisées et complétées par une loi organique.

ARTICLE 34-1.

Les assemblées peuvent voter des résolutions dans les conditions fixées par la loi organique.

Sont irrecevables et ne peuvent être inscrites à l'ordre du jour les propositions de résolution dont le Gouvernement estime que leur adoption ou leur rejet serait de nature à mettre en cause sa responsabilité ou qu'elles contiennent des injonctions à son égard.

ARTICLE 35.

La déclaration de guerre est autorisée par le Parlement.

Le Gouvernement informe le Parlement de sa décision de faire intervenir les forces armées à l'étranger, au plus tard trois jours après le début de l'intervention. Il précise les objectifs poursuivis. Cette information peut donner lieu à un débat qui n'est suivi d'aucun vote.

Lorsque la durée de l'intervention excède quatre mois, le Gouvernement soumet sa prolongation à l'autorisation du Parlement. Il peut demander à l'Assemblée nationale de décider en dernier ressort.

Si le Parlement n'est pas en session à l'expiration du délai de quatre mois, il se prononce à l'ouverture de la session suivante.

ARTICLE 36.

L'état de siège est décrété en Conseil des ministres.

Sa prorogation au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par le Parlement.

ARTICLE 37.

Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire.

Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'État. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent.

ARTICLE 37-1.

La loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental.

ARTICLE 38.

Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.

Les ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse.

A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif.

ARTICLE 39.

L'initiative des lois appartient concurremment au Premier ministre et aux membres du Parlement.

Les projets de loi sont délibérés en conseil des ministres après avis du Conseil d'État et déposés sur le bureau de l'une des deux assemblées. Les projets de loi de finances et de loi de financement de la sécurité sociale sont soumis en premier lieu à l'Assemblée nationale. Sans préjudice du premier alinéa de l'article 44, les projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales sont soumis en premier lieu au Sénat.

La présentation des projets de loi déposés devant l'Assemblée nationale ou le Sénat répond aux conditions fixées par une loi organique.

Les projets de loi ne peuvent être inscrits à l'ordre du jour si la Conférence des présidents de la première assemblée saisie constate que les règles fixées par la loi organique sont méconnues. En cas de désaccord entre la Conférence des présidents et le Gouvernement, le président de l'assemblée intéressée ou le Premier ministre peut saisir le Conseil constitutionnel qui statue dans un délai de huit jours.

Dans les conditions prévues par la loi, le président d'une assemblée peut soumettre pour avis au Conseil d'État, avant son examen en commission, une proposition de loi déposée par l'un des membres de cette assemblée, sauf si ce dernier s'y oppose.

ARTICLE 40.

Les propositions et amendements formulés par les membres du Parlement ne sont pas recevables lorsque leur adoption aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique.

ARTICLE 41.

S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le Gouvernement ou le président de l'assemblée saisie peut opposer l'irrecevabilité.

En cas de désaccord entre le Gouvernement et le président de l'assemblée intéressée, le Conseil constitutionnel, à la demande de l'un ou de l'autre, statue dans un délai de huit jours.

ARTICLE 42.

La discussion des projets et des propositions de loi porte, en séance, sur le texte adopté par la commission saisie en application de l'article 43 ou, à défaut, sur le texte dont l'assemblée a été saisie.

Toutefois, la discussion en séance des projets de révision constitutionnelle, des projets de loi de finances et des projets de loi de financement de la sécurité sociale porte, en première lecture devant la première assemblée saisie, sur le texte présenté par le Gouvernement et, pour les autres lectures, sur le texte transmis par l'autre assemblée.

La discussion en séance, en première lecture, d'un projet ou d'une proposition de loi ne peut intervenir, devant la première assemblée saisie, qu'à l'expiration d'un délai de six semaines après son dépôt. Elle ne peut intervenir, devant la seconde assemblée saisie, qu'à l'expiration d'un délai de quatre semaines à compter de sa transmission.

L'alinéa précédent ne s'applique pas si la procédure accélérée a été engagée dans les conditions prévues à l'article 45. Il ne s'applique pas non plus aux projets de loi de finances, aux projets de loi de financement de la sécurité sociale et aux projets relatifs aux états de crise.

ARTICLE 43.

Les projets et propositions de loi sont envoyés pour examen à l'une des commissions permanentes dont le nombre est limité à huit dans chaque assemblée.

A la demande du Gouvernement ou de l'assemblée qui en est saisie, les projets ou propositions de loi sont envoyés pour examen à une commission spécialement désignée à cet effet.

ARTICLE 44.

Les membres du Parlement et le Gouvernement ont le droit d'amendement. Ce droit s'exerce en séance ou en commission selon les conditions fixées par les règlements des assemblées, dans le cadre déterminé par une loi organique.

Après l'ouverture du débat, le Gouvernement peut s'opposer à l'examen de tout amendement qui n'a pas été antérieurement soumis à la commission.

Si le Gouvernement le demande, l'assemblée saisie se prononce par un seul vote sur tout ou partie du texte en discussion en ne retenant que les amendements proposés ou acceptés par le Gouvernement.

ARTICLE 45.

Tout projet ou proposition de loi est examiné successivement dans les deux assemblées du Parlement en vue de l'adoption d'un texte identique. Sans préjudice de l'application des articles 40 et 41, tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu'il présente un lien, même indirect, avec le texte déposé ou transmis.

Lorsque, par suite d'un désaccord entre les deux assemblées, un projet ou une proposition de loi n'a pu être adopté après deux lectures par chaque assemblée ou, si le Gouvernement a décidé d'engager la procédure accélérée sans que les Conférences des présidents s'y soient conjointement opposées, après une seule lecture par chacune d'entre elles, le Premier ministre ou, pour une proposition de loi, les présidents des deux assemblées agissant conjointement, ont la faculté de provoquer la réunion d'une commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion.

Le texte élaboré par la commission mixte peut être soumis par le Gouvernement pour approbation aux deux assemblées. Aucun amendement n'est recevable sauf accord du Gouvernement.

Si la commission mixte ne parvient pas à l'adoption d'un texte commun ou si ce texte n'est pas adopté dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, le Gouvernement peut, après une nouvelle lecture par l'Assemblée nationale et par le Sénat, demander à l'Assemblée nationale de statuer définitivement. En ce

cas, l'Assemblée nationale peut reprendre soit le texte élaboré par la commission mixte, soit le dernier texte voté par elle, modifié le cas échéant par un ou plusieurs des amendements adoptés par le Sénat.

ARTICLE 46.

Les lois auxquelles la Constitution confère le caractère de lois organiques sont votées et modifiées dans les conditions suivantes.

Le projet ou la proposition ne peut, en première lecture, être soumis à la délibération et au vote des assemblées qu'à l'expiration des délais fixés au troisième alinéa de l'article 42. Toutefois, si la procédure accélérée a été engagée dans les conditions prévues à l'article 45, le projet ou la proposition ne peut être soumis à la délibération de la première assemblée saisie avant l'expiration d'un délai de quinze jours après son dépôt.

La procédure de l'article 45 est applicable. Toutefois, faute d'accord entre les deux assemblées, le texte ne peut être adopté par l'Assemblée nationale en dernière lecture qu'à la majorité absolue de ses membres.

Les lois organiques relatives au Sénat doivent être votées dans les mêmes termes par les deux assemblées.

Les lois organiques ne peuvent être promulguées qu'après la déclaration par le Conseil constitutionnel de leur conformité à la Constitution.

ARTICLE 47.

Le Parlement vote les projets de loi de finances dans les conditions prévues par une loi organique.

Si l'Assemblée nationale ne s'est pas prononcée en première lecture dans le délai de quarante jours après le dépôt d'un projet, le Gouvernement saisit le Sénat qui doit statuer dans un délai de quinze jours. Il est ensuite procédé dans les conditions prévues à l'article 45.

Si le Parlement ne s'est pas prononcé dans un délai de soixante-dix jours, les dispositions du projet peuvent être mises en vigueur par ordonnance.

Si la loi de finances fixant les ressources et les charges d'un exercice n'a pas été déposée en temps utile pour être promulguée avant le début de cet exercice, le Gouvernement demande d'urgence au Parlement l'autorisation de percevoir les impôts et ouvre par décret les crédits se rapportant aux services votés.

Les délais prévus au présent article sont suspendus lorsque le Parlement n'est pas en session.

ARTICLE 47-1.

Le Parlement vote les projets de loi de financement de la sécurité sociale dans les conditions prévues par une loi organique.

Si l'Assemblée nationale ne s'est pas prononcée en première lecture dans le délai de vingt jours après le dépôt d'un projet, le Gouvernement saisit le Sénat qui doit statuer dans un délai de quinze jours. Il est ensuite procédé dans les conditions prévues à l'article 45.

Si le Parlement ne s'est pas prononcé dans un délai de cinquante jours, les dispositions du projet peuvent être mises en œuvre par ordonnance.

Les délais prévus au présent article sont suspendus lorsque le Parlement n'est pas en session et, pour chaque assemblée, au cours des semaines où elle a décidé de ne pas tenir séance, conformément au deuxième alinéa de l'article 28.

ARTICLE 47-2.

La Cour des comptes assiste le Parlement dans le contrôle de l'action du Gouvernement. Elle assiste le Parlement et le Gouvernement dans le contrôle de l'exécution des lois de finances et de l'application des lois de financement de la sécurité sociale ainsi que dans l'évaluation des politiques publiques. Par ses rapports publics, elle contribue à l'information des citoyens.

Les comptes des administrations publiques sont réguliers et sincères. Ils donnent une image fidèle du résultat de leur gestion, de leur patrimoine et de leur situation financière.

ARTICLE 48.

Sans préjudice de l'application des trois derniers alinéas de l'article 28, l'ordre du jour est fixé par chaque assemblée.

Deux semaines de séance sur quatre sont réservées par priorité, et dans l'ordre que le Gouvernement a fixé, à l'examen des textes et aux débats dont il demande l'inscription à l'ordre du jour.

En outre, l'examen des projets de loi de finances, des projets de loi de financement de la sécurité sociale et, sous réserve des dispositions de l'alinéa suivant, des textes transmis par l'autre assemblée depuis six semaines au moins, des projets relatifs aux états de crise et des demandes d'autorisation visées à l'article 35 est, à la demande du Gouvernement, inscrit à l'ordre du jour par priorité.

Une semaine de séance sur quatre est réservée par priorité et dans l'ordre fixé par chaque assemblée au contrôle de l'action du Gouvernement et à l'évaluation des politiques publiques.

Un jour de séance par mois est réservé à un ordre du jour arrêté par chaque assemblée à l'initiative des groupes d'opposition de l'assemblée intéressée ainsi qu'à celle des groupes minoritaires.

Une séance par semaine au moins, y compris pendant les sessions extraordinaires prévues à l'article 29, est réservée par priorité aux questions des membres du Parlement et aux réponses du Gouvernement.

ARTICLE 49.

Le Premier ministre, après délibération du conseil des ministres, engage devant l'Assemblée nationale la responsabilité du Gouvernement sur son programme ou éventuellement sur une déclaration de politique générale.

L'Assemblée nationale met en cause la responsabilité du Gouvernement par le vote d'une motion de censure. Une telle motion n'est recevable que si elle est signée par un dixième au moins des membres de l'Assemblée nationale. Le vote ne peut avoir lieu que quarante-huit heures après son dépôt. Seuls sont recensés les votes favorables à la motion de censure qui ne peut être adoptée qu'à la majorité des membres composant l'Assemblée. Sauf dans le cas prévu à l'alinéa ci-dessous, un député ne peut être signataire de plus de trois motions de censure au cours d'une même session ordinaire et de plus d'une au cours d'une même session extraordinaire.

Le Premier ministre peut, après délibération du conseil des ministres, engager la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée nationale sur le vote d'un projet de loi de finances ou de financement de la sécurité sociale. Dans ce cas, ce projet est considéré comme adopté, sauf si une motion de censure, déposée dans les vingt-quatre heures qui suivent, est votée dans les conditions prévues à l'alinéa précédent. Le Premier ministre peut, en outre, recourir à cette procédure pour un autre projet ou une proposition de loi par session.

Le Premier ministre a la faculté de demander au Sénat l'approbation d'une déclaration de politique générale.

ARTICLE 50.

Lorsque l'Assemblée nationale adopte une motion de censure ou lorsqu'elle désapprouve le programme ou une déclaration de politique générale du Gouvernement, le Premier ministre doit remettre au président de la République la démission du Gouvernement.

ARTICLE 50-1.

Devant l'une ou l'autre des assemblées, le Gouvernement peut, de sa propre initiative ou à la demande d'un groupe parlementaire au sens de l'article 51-1, faire, sur un sujet déterminé, une déclaration qui donne lieu à débat et peut, s'il le décide, faire l'objet d'un vote sans engager sa responsabilité.

ARTICLE 51.

La clôture de la session ordinaire ou des sessions extraordinaires est de droit retardée pour permettre, le cas échéant, l'application de l'article 49. A cette même fin, des séances supplémentaires sont de droit.

ARTICLE 51-1.

Le règlement de chaque assemblée détermine les droits des groupes parlementaires constitués en son sein. Il reconnaît des droits spécifiques aux groupes d'opposition de l'assemblée intéressée ainsi qu'aux groupes minoritaires.

ARTICLE 51-2.

Pour l'exercice des missions de contrôle et d'évaluation définies au premier alinéa de l'article 24, des commissions d'enquête peuvent être créées au sein de chaque assemblée pour recueillir, dans les conditions prévues par la loi, des éléments d'information.

La loi détermine leurs règles d'organisation et de fonctionnement. Leurs conditions de création sont fixées par le règlement de chaque assemblée.

Titre VI

DES TRAITES ET ACCORDS INTERNATIONAUX

ARTICLE 52.

Le président de la République négocie et ratifie les traités.

Il est informé de toute négociation tendant à la conclusion d'un accord international non soumis à ratification.

ARTICLE 53.

Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'État, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi.

Ils ne prennent effet qu'après avoir été ratifiés ou approuvés.

Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées.

ARTICLE 53-1.

La République peut conclure avec les États européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées.

Toutefois, même si la demande n'entre pas dans leur compétence en vertu de ces accords, les autorités de la République ont toujours le droit de donner asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif.

ARTICLE 53-2.

La République peut reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité signé le 18 juillet 1998.

ARTICLE 54.

Si le Conseil constitutionnel, saisi par le président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'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.

ARTICLE 55.

Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.

Titre VII
LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

ARTICLE 56.

Le Conseil constitutionnel comprend neuf membres, dont le mandat dure neuf ans et n'est pas renouvelable. Le Conseil constitutionnel se renouvelle par tiers tous les trois ans. Trois des membres sont nommés par le président de la République, trois par le président de l'Assemblée nationale, trois par le président du Sénat. La procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 est applicable à ces nominations. Les nominations effectuées par le président de chaque assemblée sont soumises au seul avis de la commission permanente compétente de l'assemblée concernée.

En sus des neuf membres prévus ci-dessus, font de droit partie à vie du Conseil constitutionnel les anciens Présidents de la République.

Le président est nommé par le président de la République. Il a voix prépondérante en cas de partage.

ARTICLE 57.

Les fonctions de membre du Conseil constitutionnel sont incompatibles avec celles de ministre ou de membre du Parlement. Les autres incompatibilités sont fixées par une loi organique.

ARTICLE 58.

Le Conseil constitutionnel veille à la régularité de l'élection du président de la République.

Il examine les réclamations et proclame les résultats du scrutin.

ARTICLE 59.

Le Conseil constitutionnel statue, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs.

ARTICLE 60.

Le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations de référendum prévues aux articles 11 et 89 et au titre XV. Il en proclame les résultats.

ARTICLE 61.

Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution.

Aux mêmes fins, les lois peuvent être déferées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs.

Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le Conseil constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois. Toutefois, à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours.

Dans ces mêmes cas, la saisine du Conseil constitutionnel suspend le délai de promulgation.

ARTICLE 61-1.

Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article.

ARTICLE 62.

Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ni mise en application.

Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause.

Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.

ARTICLE 63.

Une loi organique détermine les règles d'organisation et de fonctionnement du Conseil constitutionnel, la procédure qui est suivie devant lui et notamment les délais ouverts pour le saisis de contestations.

Titre VIII
DE L'AUTORITE JUDICIAIRE

ARTICLE 64.

Le président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire.

Il est assisté par le Conseil supérieur de la magistrature.

Une loi organique porte statut des magistrats.

Les magistrats du siège sont inamovibles.

ARTICLE 65.

Le Conseil supérieur de la magistrature comprend une formation compétente à l'égard des magistrats du siège et une formation compétente à l'égard des magistrats du parquet.

La formation compétente à l'égard des magistrats du siège est présidée par le premier président de la Cour de cassation. Elle comprend, en outre, cinq magistrats du siège et un magistrat du parquet, un conseiller d'État désigné par le Conseil d'État, un avocat ainsi que six personnalités qualifiées qui n'appartiennent ni au Parlement, ni à l'ordre judiciaire, ni à l'ordre administratif. Le président de la République, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat désignent chacun deux personnalités qualifiées. La procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 est applicable aux nominations des personnalités qualifiées. Les nominations effectuées par le président de chaque assemblée du Parlement sont soumises au seul avis de la commission permanente compétente de l'assemblée intéressée.

La formation compétente à l'égard des magistrats du parquet est présidée par le procureur général près la Cour de cassation. Elle comprend, en outre, cinq magistrats du parquet et un magistrat du siège, ainsi que le conseiller d'État, l'avocat et les six personnalités qualifiées mentionnés au deuxième alinéa.

La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du siège fait des propositions pour les nominations des magistrats du siège à la Cour de cassation, pour celles de premier président de cour d'appel et pour celles de président de tribunal de grande instance. Les autres magistrats du siège sont nommés sur son avis conforme.

La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet donne son avis sur les nominations qui concernent les magistrats du parquet.

La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du siège statue comme conseil de discipline des magistrats du siège. Elle comprend alors, outre les membres visés au deuxième alinéa, le magistrat du siège appartenant à la formation compétente à l'égard des magistrats du parquet.

La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet donne son avis sur les sanctions disciplinaires qui les concernent. Elle comprend alors, outre les membres visés au troisième alinéa, le magistrat du parquet appartenant à la formation compétente à l'égard des magistrats du siège.

Le Conseil supérieur de la magistrature se réunit en formation plénière pour répondre aux demandes d'avis formulées par le président de la République au titre de l'article 64. Il se prononce, dans la même formation, sur les questions relatives à la déontologie des magistrats ainsi que sur toute question relative au fonctionnement de la justice dont le saisit le ministre de la justice. La formation plénière comprend trois des cinq magistrats du siège mentionnés au deuxième alinéa, trois des cinq magistrats du parquet mentionnés au troisième alinéa, ainsi que le conseiller d'État, l'avocat et les six personnalités qualifiées mentionnés au deuxième alinéa. Elle est présidée par le premier président de la Cour de cassation, que peut suppléer le procureur général près cette cour.

Sauf en matière disciplinaire, le ministre de la justice peut participer aux séances des formations du Conseil supérieur de la magistrature.

Le Conseil supérieur de la magistrature peut être saisi par un justiciable dans les conditions fixées par une loi organique.

La loi organique détermine les conditions d'application du présent article.

ARTICLE 66.

Nul ne peut être arbitrairement détenu.

L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi.

ARTICLE 66-1.

Nul ne peut être condamné à la peine de mort.

Titre IX LA HAUTE COUR

ARTICLE 67.

Le président de la République n'est pas responsable des actes accomplis en cette qualité, sous réserve des dispositions des articles 53-2 et 68.

Il ne peut, durant son mandat et devant aucune juridiction ou autorité administrative française, être requis de témoigner non plus que faire l'objet d'une action, d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite. Tout délai de prescription ou de forclusion est suspendu.

Les instances et procédures auxquelles il est ainsi fait obstacle peuvent être reprises ou engagées contre lui à l'expiration d'un délai d'un mois suivant la cessation des fonctions.

ARTICLE 68.

Le président de la République ne peut être destitué qu'en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat. La destitution est prononcée par le Parlement constitué en Haute Cour.

La proposition de réunion de la Haute Cour adoptée par une des assemblées du Parlement est aussitôt transmise à l'autre qui se prononce dans les quinze jours.

La Haute Cour est présidée par le président de l'Assemblée nationale. Elle statue dans un délai d'un mois, à bulletins secrets, sur la destitution. Sa décision est d'effet immédiat.

Les décisions prises en application du présent article le sont à la majorité des deux tiers des membres composant l'assemblée concernée ou la Haute Cour. Toute délégation de vote est interdite. Seuls sont recensés les votes favorables à la proposition de réunion de la Haute Cour ou à la destitution.

Une loi organique fixe les conditions d'application du présent article.

Titre X

DE LA RESPONSABILITE PENALE DES MEMBRES DU GOUVERNEMENT

ARTICLE 68-1.

Les membres du Gouvernement sont pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés crimes ou délits au moment où ils ont été commis.

Ils sont jugés par la Cour de justice de la République.

La Cour de justice de la République est liée par la définition des crimes et délits ainsi que par la détermination des peines telles qu'elles résultent de la loi.

ARTICLE 68-2.

La Cour de justice de la République comprend quinze juges : douze parlementaires élus, en leur sein et en nombre égal, par l'Assemblée nationale et par le Sénat après chaque renouvellement général ou partiel de ces assemblées et trois magistrats du siège à la Cour de cassation, dont l'un préside la Cour de justice de la République.

Toute personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit commis par un membre du Gouvernement dans l'exercice de ses fonctions peut porter plainte auprès d'une commission des requêtes.

Cette commission ordonne soit le classement de la procédure, soit sa transmission au procureur général près la Cour de cassation aux fins de saisine de la Cour de justice de la République.

Le procureur général près la Cour de cassation peut aussi saisir d'office la Cour de justice de la République sur avis conforme de la commission des requêtes.

Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article.

ARTICLE 68-3.

Les dispositions du présent titre sont applicables aux faits commis avant son entrée en vigueur.

Titre XI

LE CONSEIL ECONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL

ARTICLE 69.

Le Conseil économique, social et environnemental, saisi par le Gouvernement, donne son avis sur les projets de loi, d'ordonnance ou de décret ainsi que sur les propositions de lois qui lui sont soumis.

Un membre du Conseil économique, social et environnemental peut être désigné par celui-ci pour exposer devant les assemblées parlementaires l'avis du Conseil sur les projets ou propositions qui lui ont été soumis.

Le Conseil économique, social et environnemental peut être saisi par voie de pétition dans les conditions fixées par une loi organique. Après examen de la pétition, il fait connaître au Gouvernement et au Parlement les suites qu'il propose d'y donner.

ARTICLE 70.

Le Conseil économique, social et environnemental peut être consulté par le Gouvernement et le Parlement sur tout problème de caractère économique, social ou environnemental. Le Gouvernement peut également le consulter sur les projets de loi de programmation définissant les orientations pluriannuelles des finances publiques. Tout plan ou tout projet de loi de programmation à caractère économique, social ou environnemental lui est soumis pour avis.

ARTICLE 71.

La composition du Conseil économique, social et environnemental, dont le nombre de membres ne peut excéder deux cent trente-trois, et ses règles de fonctionnement sont fixées par une loi organique.

Titre XI BIS

LE DÉFENSEUR DES DROITS

ARTICLE 71-1.

Le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences.

Il peut être saisi, dans les conditions prévues par la loi organique, par toute personne s'estimant lésée par le fonctionnement d'un service public ou d'un organisme visé au premier alinéa. Il peut se saisir d'office.

La loi organique définit les attributions et les modalités d'intervention du Défenseur des droits. Elle détermine les conditions dans lesquelles il peut être assisté par un collègue pour l'exercice de certaines de ses attributions.

Le Défenseur des droits est nommé par le président de la République pour un mandat de six ans non renouvelable, après application de la procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13. Ses fonctions sont incompatibles avec celles de membre du Gouvernement et de membre du Parlement. Les autres incompatibilités sont fixées par la loi organique.

Le Défenseur des droits rend compte de son activité au président de la République et au Parlement.

Titre XII DES COLLECTIVITES TERRITORIALES

ARTICLE 72.

Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi, le cas échéant en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa.

Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon.

Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences.

Dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences.

Aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre. Cependant, lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut autoriser l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune.

Dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'État, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois.

ARTICLE 72-1.

La loi fixe les conditions dans lesquelles les électeurs de chaque collectivité territoriale peuvent, par l'exercice du droit de pétition, demander l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante de cette collectivité d'une question relevant de sa compétence.

Dans les conditions prévues par la loi organique, les projets de délibération ou d'acte relevant de la compétence d'une collectivité territoriale peuvent, à son initiative, être soumis, par la voie du référendum, à la décision des électeurs de cette collectivité.

Lorsqu'il est envisagé de créer une collectivité territoriale dotée d'un statut particulier ou de modifier son organisation, il peut être décidé par la loi de consulter les électeurs inscrits dans les collectivités intéressées. La modification des limites des collectivités territoriales peut également donner lieu à la consultation des électeurs dans les conditions prévues par la loi.

ARTICLE 72-2.

Les collectivités territoriales bénéficient de ressources dont elles peuvent disposer librement dans les conditions fixées par la loi.

Elles peuvent recevoir tout ou partie du produit des impositions de toutes natures. La loi peut les autoriser à en fixer l'assiette et le taux dans les limites qu'elle détermine.

Les recettes fiscales et les autres ressources propres des collectivités territoriales représentent, pour chaque catégorie de collectivités, une part déterminante de l'ensemble de leurs ressources. La loi organique fixe les conditions dans lesquelles cette règle est mise en œuvre.

Tout transfert de compétences entre l'État et les collectivités territoriales s'accompagne de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice. Toute création ou extension de compétences ayant pour conséquence d'augmenter les dépenses des collectivités territoriales est accompagnée de ressources déterminées par la loi.

La loi prévoit des dispositifs de péréquation destinés à favoriser l'égalité entre les collectivités territoriales.

ARTICLE 72-3.

La République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer, dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité.

La Guadeloupe, la Guyane, la Martinique, La Réunion, Mayotte, Saint Barthélemy, Saint-Martin, Saint-Pierre-et-Miquelon, les îles Wallis et Futuna et la Polynésie française sont régies par l'article 73 pour les départements et les régions d'outre-mer, et pour les collectivités territoriales créées en application du dernier alinéa de l'article 73, et par l'article 74 pour les autres collectivités.

Le statut de la Nouvelle-Calédonie est régi par le titre XIII.

La loi détermine le régime législatif et l'organisation particulière des Terres australes et antarctiques françaises et de Clipperton.

ARTICLE 72-4.

Aucun changement, pour tout ou partie de l'une des collectivités mentionnées au deuxième alinéa de l'article 72-3, de l'un vers l'autre des régimes prévus par les articles 73 et 74, ne peut intervenir sans que le consentement des électeurs de la collectivité ou de la partie de collectivité intéressée ait été préalablement recueilli dans les conditions prévues à l'alinéa suivant. Ce changement de régime est décidé par une loi organique.

Le président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux assemblées, publiées au Journal officiel, peut décider de consulter les électeurs d'une collectivité territoriale située outre-mer sur une question relative à son organisation, à ses compétences ou à son régime législatif. Lorsque la consultation porte sur un changement prévu à l'alinéa précédent et est organisée sur proposition du Gouvernement, celui-ci fait, devant chaque assemblée, une déclaration qui est suivie d'un débat.

ARTICLE 73.

Dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit. Ils peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités.

Ces adaptations peuvent être décidées par ces collectivités dans les matières où s'exercent leurs compétences et si elles y ont été habilitées, selon le cas, par la loi ou par le règlement.

Par dérogation au premier alinéa et pour tenir compte de leurs spécificités, les collectivités régies par le présent article peuvent être habilitées, selon le cas, par la loi ou par le règlement, à fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire, dans un nombre limité de matières pouvant relever du domaine de la loi ou du règlement.

Ces règles ne peuvent porter sur la nationalité, les droits civiques, les garanties des libertés publiques, l'état et la capacité des personnes, l'organisation de la justice, le droit pénal, la procédure pénale, la politique étrangère, la défense, la sécurité et l'ordre publics, la monnaie, le crédit et les changes, ainsi que le droit électoral. Cette énumération pourra être précisée et complétée par une loi organique.

La disposition prévue aux deux précédents alinéas n'est pas applicable au département et à la région de La Réunion.

Les habilitations prévues aux deuxième et troisième alinéas sont décidées, à la demande de la collectivité concernée, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique. Elles ne peuvent intervenir lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti.

La création par la loi d'une collectivité se substituant à un département et une région d'outre-mer ou l'institution d'une assemblée délibérante unique pour ces deux collectivités ne peut intervenir sans qu'ait été recueilli, selon les formes prévues au second alinéa de l'article 72-4, le consentement des électeurs inscrits dans le ressort de ces collectivités.

ARTICLE 74.

Les collectivités d'outre-mer régies par le présent article ont un statut qui tient compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République.

Ce statut est défini par une loi organique, adoptée après avis de l'assemblée délibérante, qui fixe :

- les conditions dans lesquelles les lois et règlements y sont applicables ;
- les compétences de cette collectivité ; sous réserve de celles déjà exercées par elle, le transfert de compétences de l'État ne peut porter sur les matières énumérées au quatrième alinéa de l'article 73, précisées et complétées, le cas échéant, par la loi organique ;

- les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions de la collectivité et le régime électoral de son assemblée délibérante ;
- les conditions dans lesquelles ses institutions sont consultées sur les projets et propositions de loi et les projets d'ordonnance ou de décret comportant des dispositions particulières à la collectivité, ainsi que sur la ratification ou l'approbation d'engagements internationaux conclus dans les matières relevant de sa compétence.

La loi organique peut également déterminer, pour celles de ces collectivités qui sont dotées de l'autonomie, les conditions dans lesquelles :

- le Conseil d'État exerce un contrôle juridictionnel spécifique sur certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante intervenant au titre des compétences qu'elle exerce dans le domaine de la loi ;
- l'assemblée délibérante peut modifier une loi promulguée postérieurement à l'entrée en vigueur du statut de la collectivité, lorsque le Conseil constitutionnel, saisi notamment par les autorités de la collectivité, a constaté que la loi était intervenue dans le domaine de compétence de cette collectivité ;
- des mesures justifiées par les nécessités locales peuvent être prises par la collectivité en faveur de sa population, en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité professionnelle ou de protection du patrimoine foncier ;
- la collectivité peut participer, sous le contrôle de l'État, à l'exercice des compétences qu'il conserve, dans le respect des garanties accordées sur l'ensemble du territoire national pour l'exercice des libertés publiques.

Les autres modalités de l'organisation particulière des collectivités relevant du présent article sont définies et modifiées par la loi après consultation de leur assemblée délibérante.

ARTICLE 74-1.

Dans les collectivités d'outre-mer visées à l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie, le Gouvernement peut, par ordonnances, dans les matières qui demeurent de la compétence de l'État, étendre, avec les adaptations nécessaires, les dispositions de nature législative en vigueur en métropole ou adapter les dispositions de nature législative en vigueur à l'organisation particulière de la collectivité concernée, sous réserve que la loi n'ait pas expressément exclu, pour les dispositions en cause, le recours à cette procédure.

Les ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis des assemblées délibérantes intéressées et du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication. Elles deviennent caduques en l'absence de ratification par le Parlement dans le délai de dix-huit mois suivant cette publication.

ARTICLE 75.

Les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun, seul visé à l'article 34, conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé.

ARTICLE 75-1.

Les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France.

Titre XIII

DISPOSITIONS TRANSITOIRES RELATIVES A LA NOUVELLE-CALÉDONIE

ARTICLE 76.

Les populations de la Nouvelle-Calédonie sont appelées à se prononcer avant le 31 décembre 1998 sur les dispositions de l'accord signé à Nouméa le 5 mai 1998 et publié le 27 mai 1998 au Journal officiel de la République française.

Sont admises à participer au scrutin les personnes remplissant les conditions fixées à l'article 2 de la loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988.

Les mesures nécessaires à l'organisation du scrutin sont prises par décret en Conseil d'État délibéré en conseil des ministres.

ARTICLE 77.

Après approbation de l'accord lors de la consultation prévue à l'article 76, la loi organique, prise après avis de l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie, détermine, pour assurer l'évolution de la Nouvelle-Calédonie dans le respect des orientations définies par cet accord et selon les modalités nécessaires à sa mise en œuvre :

- les compétences de l'État qui seront transférées, de façon définitive, aux institutions de la Nouvelle-Calédonie, l'échelonnement et les modalités de ces transferts, ainsi que la répartition des charges résultant de ceux-ci ;

- les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions de la Nouvelle-Calédonie et notamment les conditions dans lesquelles certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie pourront être soumises avant publication au contrôle du Conseil constitutionnel ;
- les règles relatives à la citoyenneté, au régime électoral, à l'emploi et au statut civil coutumier ;
- les conditions et les délais dans lesquels les populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie seront amenées à se prononcer sur l'accession à la pleine souveraineté.

Les autres mesures nécessaires à la mise en œuvre de l'accord mentionné à l'article 76 sont définies par la loi.

Pour la définition du corps électoral appelé à élire les membres des assemblées délibérantes de la Nouvelle-Calédonie et des provinces, le tableau auquel se réfèrent l'accord mentionné à l'article 76 et les articles 188 et 189 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie est le tableau dressé à l'occasion du scrutin prévu audit article 76 et comprenant les personnes non admises à y participer.

Titre XIV DE LA FRANCOPHONIE ET DES ACCORDS D'ASSOCIATION

ARTICLE 87.

La République participe au développement de la solidarité et de la coopération entre les États et les peuples ayant le français en partage.

ARTICLE 88.

La République peut conclure des accords avec des États qui désirent s'associer à elle pour développer leurs civilisations.

Titre XV DE L'UNION EUROPEENNE

ARTICLE 88-1.

La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007.

ARTICLE 88-2.

La loi fixe les règles relatives au mandat d'arrêt européen en application des actes pris par les institutions de l'Union européenne.

ARTICLE 88-3.

Sous réserve de réciprocité et selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992, le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales peut être accordé aux seuls citoyens de l'Union résidant en France. Ces citoyens ne peuvent exercer les fonctions de maire ou d'adjoint ni participer à la désignation des électeurs sénatoriaux et à l'élection des sénateurs. Une loi organique votée dans les mêmes termes par les deux assemblées détermine les conditions d'application du présent article.

Article 88-4.

Le Gouvernement soumet à l'Assemblée nationale et au Sénat, dès leur transmission au Conseil de l'Union européenne, les projets d'actes législatifs européens et les autres projets ou propositions d'actes de l'Union européenne.

Selon des modalités fixées par le règlement de chaque assemblée, des résolutions européennes peuvent être adoptées, le cas échéant en dehors des sessions, sur les projets ou propositions mentionnés au premier alinéa, ainsi que sur tout document émanant d'une institution de l'Union européenne.

Au sein de chaque assemblée parlementaire est instituée une commission chargée des affaires européennes.

ARTICLE 88-5.

Tout projet de loi autorisant la ratification d'un traité relatif à l'adhésion d'un État à l'Union européenne est soumis au référendum par le président de la République.

Toutefois, par le vote d'une motion adoptée en termes identiques par chaque assemblée à la majorité des trois cinquièmes, le Parlement peut autoriser l'adoption du projet de loi selon la procédure prévue au troisième alinéa de l'article 89.

[cet article n'est pas applicable aux adhésions faisant suite à une conférence intergouvernementale dont la convocation a été décidée par le Conseil européen avant le 1^{er} juillet 2004]

Article 88-6.

L'Assemblée nationale ou le Sénat peuvent émettre un avis motivé sur la conformité d'un projet d'acte législatif européen au principe de subsidiarité. L'avis est adressé par le président de l'assemblée concernée aux présidents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission européenne. Le Gouvernement en est informé.

Chaque assemblée peut former un recours devant la Cour de justice de l'Union européenne contre un acte législatif européen pour violation du principe de subsidiarité. Ce recours est transmis à la Cour de justice de l'Union européenne par le Gouvernement.

À cette fin, des résolutions peuvent être adoptées, le cas échéant en dehors des sessions, selon des modalités d'initiative et de discussion fixées par le règlement de chaque assemblée. À la demande de soixante députés ou de soixante sénateurs, le recours est de droit.

Article 88-7.

Par le vote d'une motion adoptée en termes identiques par l'Assemblée nationale et le Sénat, le Parlement peut s'opposer à une modification des règles d'adoption d'actes de l'Union européenne dans les cas prévus, au titre de la révision simplifiée des traités ou de la coopération judiciaire civile, par le traité sur l'Union européenne et le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007.

Titre XVI DE LA REVISION

ARTICLE 89.

L'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au président de la République sur proposition du Premier ministre et aux membres du Parlement.

Le projet ou la proposition de révision doit être examiné dans les conditions de délai fixées au troisième alinéa de l'article 42 et voté par les deux assemblées en termes identiques. La révision est définitive après avoir été approuvée par référendum.

Toutefois, le projet de révision n'est pas présenté au référendum lorsque le président de la République décide de le soumettre au Parlement convoqué en Congrès ; dans ce cas, le projet de révision n'est approuvé que s'il réunit la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés. Le bureau du Congrès est celui de l'Assemblée nationale.

Aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire.

La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision.

Document n° 3 **Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789**

Les Représentants du Peuple français, constitués en Assemblée nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme, afin que cette déclaration, constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ; afin que les actes du pouvoir législatif et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés ; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous. En conséquence, l'Assemblée nationale reconnaît et déclare, en présence et sous les auspices de l'Être Suprême, les droits suivants de l'Homme et du Citoyen.

Art. 1^{er} Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.

2 Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.

3 Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément.

4 La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ; ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.

5 La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché ; et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.

6 La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité ; et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.

7 Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi, doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance.

8 La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.

9 Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi.

10 Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, mêmes religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi.

11 La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi.

12 La garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique ; cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée.

13 Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'Administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés.

14 Tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée.

15 La société a le droit de demander compte à tout agent public de son Administration.

16 Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.

17 La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.

Constitution du 27 octobre 1946

Préambule

Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et les libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des Droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

Il proclame, en outre, comme particulièrement nécessaires à notre temps, les principes politiques, économiques et sociaux ci-après :

La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme.

Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République.

Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances.

Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix.

Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent.

Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises.

Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité.

La nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement.

Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence.

La nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales.

La nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État.

La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international. Elle n'entreprendra aucune guerre dans des vues de conquête et n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple.

Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix.

La France forme avec les peuples d'outre-mer une Union fondée sur l'égalité des droits et des devoirs, sans distinction de race ni de religion.

L'Union française est composée de nations et de peuples qui mettent en commun ou coordonnent leurs ressources et leurs efforts pour développer leurs civilisations respectives, accroître leur bien-être et assurer leur sécurité.

Fidèle à sa mission traditionnelle, la France entend conduire les peuples dont elle a pris la charge à la liberté de s'administrer eux-mêmes et de gérer démocratiquement leurs propres affaires ; écartant tout système de colonisation fondé sur l'arbitraire, elle garantit à tous l'égal accès aux fonctions publiques et l'exercice individuel ou collectif des droits et libertés proclamés ou confirmés ci-dessus.

Charte de l'environnement de 2004 ⁽¹⁾

Le peuple français,

Considérant :

Que les ressources et les équilibres naturels ont conditionné l'émergence de l'humanité ;

Que l'avenir et l'existence même de l'humanité sont indissociables de son milieu naturel ;

Que l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains ;

Que l'homme exerce une influence croissante sur les conditions de la vie et sur sa propre évolution ;

Que la diversité biologique, l'épanouissement de la personne et le progrès des sociétés humaines sont affectés par certains modes de consommation ou de production et par l'exploitation excessive des ressources naturelles ;

Que la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation ;

Qu'afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins,

Proclame :

Article 1^{er}. – Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé.

Article 2. – Toute personne a le devoir de prendre part. à la préservation et à l'amélioration de l'environnement.

Article 3. – Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences.

– 1 Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 (JO du 2 mars 2005).

Article 4. – Toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi.

Article 5. – Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage.

Article 6. – Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. À cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social.

Article 7. – Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement.

Article 8. – L'éducation et la formation à l'environnement doivent contribuer à l'exercice des droits et devoirs définis par la présente Charte.

Article 9. – La recherche et l'innovation doivent apporter leur concours à la préservation et à la mise en valeur de l'environnement.

Article 10. – La présente Charte inspire l'action européenne et internationale de la France.

Pour aller plus loin Chapitre 1

La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 est l'aboutissement d'une intense réflexion sur l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics (rapport du comité Balladur). Il faut remarquer que si le corps de la Constitution a ainsi fait l'objet d'une profonde révision, affectant l'ensemble des pouvoirs publics constitutionnels, le Préambule de la Constitution n'a subi aucune révision qui permettrait d'amalgamer la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, le Préambule de la Constitution de 1946 et la Charte de l'environnement ajoutée en 2004.

Quelques emprunts au régime présidentiel américain

Le président de la République voit l'exercice de ses fonctions limité à deux mandats successifs de 5 ans. Le pouvoir de nomination qui lui est traditionnellement reconnu en application de l'article 13 de la Constitution a été encadré avec une consultation obligatoire, voire un droit de veto, des deux assemblées. Enfin, la mesure qui a soulevé le plus de polémiques est le droit pour le président de la République de réunir les deux assemblées en Congrès pour leur adresser, en personne, un message.

Finalement, l'article 20 relatif à la fonction gouvernementale et donc à la place du Premier ministre au sein des pouvoirs publics n'a pas été modifié... ce qui permet de relativiser les emprunts au régime présidentiel américain !

Une écriture plus « parlementariste » de nos institutions ?

Le régime parlementaire suppose une collaboration (le cas échéant rationalisée) entre le gouvernement et le Parlement : si la fonction gouvernementale n'a pas été formellement affectée par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, les

pouvoirs du Parlement ont eux été sensiblement corrigés dans un sens favorable à la fois à la fonction législative des parlementaires (coproduction législative, ordre du jour partagé) mais aussi à leur fonction de contrôle et d'évaluation des politiques publiques.

La Charte de l'environnement

À la suite de la révision constitutionnelle relative à la Charte de l'environnement, le préambule de la Constitution de 1958 s'est trouvé enrichi d'un texte de 10 articles définissant les principes de valeur constitutionnelle qui vont désormais contraindre les pouvoirs publics, y compris le législateur, en matière de protection de l'environnement et de développement durable. La disposition la plus remarquable est celle relative au principe de précaution : ce dernier a acquis valeur constitutionnelle.

2

L'organisation des pouvoirs publics

67

En apparence, l'organisation politique de la V^e République ne présente pas de différences fondamentales avec celle de la III^e ou de la IV^e République ; on y retrouve en effet le principe du dualisme de l'exécutif, de l'équilibre des pouvoirs et surtout la responsabilité politique du Gouvernement devant l'Assemblée nationale. La réalité est cependant autre : l'organisation des pouvoirs publics marque une *rupture très nette avec les régimes précédents*. Le président de la République devient le véritable chef de l'exécutif, avec de plus, depuis 1962, une légitimité élargie aux dimensions de la nation ; le Parlement voit son rôle diminuer, alors qu'auparavant il était la pièce maîtresse de l'édifice politique : la responsabilité politique du Gouvernement devant les élus de la nation est certes maintenue, mais sa mise en jeu est dotée d'aménagements qui la rendent difficile sinon aléatoire. Georges Pompidou a pu dire : « La III^e République était un Sénat, la IV^e République était une Assemblée, la V^e République est un Président ! ».

Ce qui caractérise l'organisation de ce régime peut s'analyser autour des trois éléments classiques : le chef de l'État, le Gouvernement et le Parlement.

section 1

Le président de la République

68

Michel Debré, dont nous avons indiqué le rôle primordial dans l'élaboration du texte constitutionnel, disait en 1958 que le président de la République était « la clé de voûte » des nouvelles institutions. Cette affirmation est confirmée par le texte de la Constitution qui place le président en tête de tous les organes constitutionnels, faisant de lui un *arbitre suprême* chargé de maintenir l'équilibre entre les divers organes et les diverses forces politiques du pays. Ce rôle d'arbitre s'est modifié avec le temps : si le président demeure à certains égards un arbitre, il est devenu depuis la réforme constitutionnelle de 1962, étant issu directement

du suffrage universel, le véritable et le seul chef de l'exécutif, le chef de la nation. La dimension politique exceptionnelle du général de Gaulle avait déjà permis cette évolution ; le président Georges Pompidou l'a confirmé au cours de son mandat et il est certain que les présidents Valéry Giscard d'Estaing, François Mitterrand, Jacques Chirac et Nicolas Sarkozy ont chacun voulu faire de leur fonction celle sur laquelle repose tout l'édifice politique.

sous-section 1

Le statut du président de la République

69

Avant 1958, en France, considérée comme étant un régime parlementaire classique, le président de la République devait son élection au Parlement qui, réuni en Congrès, le désignait pour 7 ans. La Constitution de 1958, dans son souci de rationalisation du régime parlementaire, a voulu faire échapper le président à cette dépendance à l'égard du Parlement en le faisant élire tout d'abord par un collège électoral qui débordait largement les seules assemblées et en maintenant son irresponsabilité politique face aux représentants de la nation.

Depuis la réforme constitutionnelle de 1962, le système primitif a été considérablement modifié par l'élection du président de la République au *suffrage universel direct*. L'irresponsabilité politique traditionnelle du chef de l'État a subsisté, en principe, tout en s'infléchissant vers une responsabilité politique de fait devant le peuple.

§ 1 L'élection du président de la République

70

En vertu de la réforme constitutionnelle du 2 octobre 2000, le président de la République exerce désormais sa fonction pendant 5 ans (et non plus 7 ans). Aucune restriction n'était à l'origine apportée à son éventuelle réélection, il apparaissait donc comme étant rééligible indéfiniment (art. 6 ancien). La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 a changé la donne en limitant l'exercice de la fonction présidentielle à deux mandats successifs (art. 6, al. 2).

Sa désignation a fait l'objet d'une réforme capitale en 1962 : avant cette date, en vertu de la rédaction initiale de l'article 6, le président était élu par un collège de notables, suite à la révision constitutionnelle, il est élu par le peuple tout entier.

A. Le système initial de 1958

71

La Constitution (art. 6), dans sa rédaction initiale, prévoyait l'élection du président de la République au *suffrage indirect* par un collège de grands électeurs,

selon un système majoritaire à deux tours : pour être élu au premier tour, il fallait plus de la moitié des voix (la majorité absolue) ; au second tour, la majorité relative suffisait. Le collège électoral était composé des parlementaires (députés et sénateurs), des conseillers généraux et des représentants élus des conseils municipaux à qui on pouvait ajouter des représentants des États qui faisaient partie de la Communauté. Le tout constituait un collège d'environ 82 000 grands électeurs au sein duquel les élus locaux ruraux prédominaient nettement. En effet, le collège électoral comprenait environ 70 000 notables ruraux dont plus de la moitié provenait des communes de moins de 1 500 habitants. Comme pour les élections sénatoriales (voir *infra* n° 118), les cités urbaines étaient nettement sous-représentées ; cet élément sociologique a joué un rôle certain dans la réforme du système primitif.

Ce mode de désignation du président a été utilisé lors de la première élection présidentielle organisée sous la V^e République, le 21 décembre 1958 :

Élection présidentielle du 21 décembre 1958

Inscrits	81 761	
Votants	81 234	
Suffrages exprimés	79 470	
<hr/>		
général de Gaulle	62 394	(78,5 %)
M. Marrane	10 354	(13,1 %)
M. Chatelet	6 722	(8,4 %)

B. Le système actuel (loi constitutionnelle du 6 nov. 1962 modifiée)

72 Le général de Gaulle, conscient des difficultés que pourraient rencontrer d'éventuels successeurs à sa fonction, non dotés comme lui d'un prestige personnel, avait envisagé dès 1961 de mettre en place un nouveau mode de désignation convenant mieux au « caractère de mandat populaire et national » de la fonction et destiné, selon lui, à renforcer « l'équation personnelle » du futur président. L'élection du président de la République au *suffrage universel* direct répondait à cette préoccupation.

La mise en œuvre de la réforme constitutionnelle fut délicate car le général de Gaulle voulut utiliser la procédure du référendum direct prévue à l'article 11, pour l'adoption de certaines lois, et non la procédure normale de la révision constitutionnelle, prévue à l'article 89, qui fait intervenir obligatoirement les deux assemblées (voir *infra* n° 131). Le conflit entre le président et le Parlement s'exacerba à un tel point que le Gouvernement Pompidou, mis en minorité par une motion de censure, dut démissionner et que l'Assemblée nationale fut dissoute par le président de la République.

Finalement, le projet de révision du mode de désignation du président de la République fut soumis au peuple lors du référendum du 28 octobre 1962 et approuvé par 61,7 % des suffrages exprimés. La loi constitutionnelle fut promulguée le 6 novembre 1962 : ses deux premiers articles ont valeur constitutionnelle (articles 6 et 7 de la Constitution) et le troisième a valeur de loi organique. Un règlement d'administration publique du 14 mars 1964 devait compléter les dispositions de la loi en ce qui concerne les candidatures, la campagne électorale et l'opération électorale elle-même. Plusieurs modifications du système initial sont intervenues sous la forme de lois organiques.

1 ° La présentation des candidats

73

La loi du 6 novembre 1962 avait établi un système de présentation afin d'éviter que n'importe quel citoyen puisse poser sa candidature à la présidence de la République. Chaque candidature devait être parrainée par *cent élus au moins* : membres du Parlement ou du Conseil économique et social, conseillers généraux ou maires. De plus, parmi les cent signataires devaient figurer des représentants d'au moins dix départements différents ou de territoires d'Outre-mer.

Ces limitations à la liberté de candidature ne constituent pas une atteinte au principe démocratique : le législateur a cherché à éviter les candidatures fantaisistes qui à chaque élection présidentielle se sont révélées plus nombreuses. La multiplicité des candidatures (particulièrement notable en 1974) présente de sérieux inconvénients : l'électeur risque d'être désorienté par trop de candidats, ceux-ci bénéficiant des moyens audiovisuels pour leur propagande électorale, or le temps d'antenne doit être partagé également entre tous les candidats ; l'élection présidentielle risque d'être dévalorisée par des candidats fantaisistes ou marginaux. L'expérience des trois premières élections présidentielles a toutefois montré que le barrage était insuffisant (12 candidats en mai 1974) : il était en effet facile en France de réunir cent signatures de notables lorsqu'on sait qu'il y a plus de 36 500 communes ; d'autant plus que les noms des signataires n'étaient pas rendus publics. Des projets de modification du système de présentation avaient été envisagés : augmentation notable du nombre des signatures exigées, accroissement du nombre de départements requis, publication des noms des signataires... Il faut évidemment éviter d'aller trop loin dans ce sens : l'accès à l'élection présidentielle doit être suffisamment ouvert pour que toutes les grandes tendances politiques y soient représentées, mais un juste équilibre doit pouvoir être trouvé.

La loi organique du 18 juin 1976 modifiant la loi du 6 novembre 1962 a bouleversé le système de présentation des candidats en tenant compte des critiques faites à l'encontre des modalités précédentes. La loi organique du 5 avril 2000, en vigueur aujourd'hui, reprend l'ensemble du dispositif de présentation des candidats.

Dorénavant, la qualité de parrain appartient aux seuls détenteurs d'un mandat électif politique : les parlementaires, les députés européens, les conseillers régionaux, les conseillers généraux, les conseillers de Paris, les membres des assemblées territoriales des collectivités d'outre-mer, les maires et les membres du Conseil des Français à l'étranger. Sont donc exclus de cette liste les membres du

Conseil économique et social qui y figuraient jusque-là, sans doute parce que ce ne sont pas des élus politiques (voir *infra* n° 144).

Dès lors, tout candidat doit recueillir 500 signatures provenant d'au moins 30 départements et collectivités d'outre-mer avec cette réserve selon laquelle plus d'un dixième des présentations d'un candidat ne pourront être les élus d'un même département ou d'une même collectivité d'outre-mer.

Enfin, et cette réforme est importante par sa vertu de dissuasion, le nom et la qualité des présentations sont rendus publics par le Conseil constitutionnel huit jours au moins avant le premier tour de scrutin, du moins dans la limite du nombre requis pour la validité des candidatures, soit 500.

Désormais, un contrôle plus strict est opéré sur les signataires de présentation : si elles émanent de parlementaires, de conseillers généraux ou régionaux, de conseillers de Paris ou des assemblées territoriales d'Outre-mer, elles doivent être certifiées par un membre du bureau de l'Assemblée ou du Conseil ; si elles émanent de maires, elles devront être revêtues du sceau de la mairie. Le plus important, toutefois, réside dans l'obligation de publier dorénavant au *Journal officiel* le nom et la qualité des élus qui ont présenté un candidat. Cette mesure risque d'être efficace pour limiter, sinon faire disparaître, les candidatures trop marginales ou fantaisistes sans pour autant interdire aux candidats représentant une tendance politique réelle la possibilité de se présenter. Le juste milieu paraît ainsi trouvé... L'élection présidentielle de mai 1981 n'a connu que dix candidats représentant la plupart des tendances politiques du pays ; celle de 1988 n'a mis en présence que neuf candidats, celle de 1995 également neuf candidats. Le système mis en place en 1976 semblait ainsi avoir donné satisfaction mais en 2002, il y a eu pas moins de 16 candidats ayant recueilli les 500 signatures... et tout de même 12 candidats en 2007.

2 ° La propagande électorale

74

Elle est réglementée strictement par l'article 3 de la loi du 6 novembre 1962 modifiée en dernier lieu par la loi organique 2001-100 du 5 février 2001. Le principe de base de cette réglementation est la *stricte égalité* qui doit régner entre les candidats. Compte tenu de l'importance de l'élection et de la fonction présidentielle, il importe que tous les candidats puissent disposer de la même façon des moyens audiovisuels et que des contrôles puissent être opérés. À cet effet, une *commission nationale de contrôle* de la campagne électorale a été instituée chargée de veiller au respect le plus absolu de l'égalité entre les candidats. La loi organique du 19 janvier 1995 modifiant diverses dispositions relatives à l'élection du président de la République et à celle des députés à l'Assemblée nationale prévoit un financement des campagnes pour l'élection du président de la République selon un système qui fixe à 15,48 millions d'euros pour les candidats présents au premier tour et à 20,67 millions pour les deux présents au second tour, le plafond des dépenses de campagne. Une somme égale à 8 % du montant du plafond qui leur est applicable est remboursée, à titre forfaitaire, à chaque candidat. Cette somme est portée à 50 % dudit plafond pour chaque candidat ayant obtenu plus de 5 % du total des suffrages exprimés au premier tour. Cette loi prévoit aussi l'obligation pour chaque candidat d'établir un

compte de campagne retraçant l'ensemble des recettes et des dépenses qui est publié au *Journal officiel* dans les 70 jours qui suivent l'élection du chef de l'État.

3 ° Le déroulement de l'élection

75

Le président de la République est élu au *scrutin majoritaire à deux tours*. Au premier tour, il faut qu'un candidat obtienne la *majorité absolue* (plus de la moitié des voix) pour être élu. Le principe est traditionnel, mais il y a fort peu de chances pour qu'il se réalise étant donné la diversité qui caractérise l'opinion politique française ainsi que le système relativement souple qui préside au dépôt des candidatures. *Au deuxième tour, la majorité relative suffit* mais ici un problème se pose : si autant de candidats qu'au premier tour pouvaient se présenter, il y aurait un risque de voir le président élu à une majorité relative équivalente à une minorité, ce qui affaiblirait son autorité dans le pays. C'est l'explication de la particularité introduite par la loi du 6 novembre 1962 : au second tour, *seuls peuvent se présenter* « les deux candidats qui, le cas échéant après retrait de candidats plus favorisés, se trouvent avoir recueilli le plus grand nombre de suffrages au premier tour » (art. 7 modifié de la Constitution). Grâce à ce système, le président de la République est nécessairement élu à la majorité absolue des suffrages exprimés. Il faut noter qu'en vertu des dispositions de la loi du 11 mars 1988, la déclaration de situation patrimoniale du candidat élu est dorénavant publiée par le Conseil constitutionnel en même temps que les résultats de l'élection.

La révision constitutionnelle de juin 1976 a modifié l'article 7 pour combler une lacune du système révisé en 1962 concernant l'hypothèse du décès ou de l'empêchement d'un candidat à l'élection présidentielle.

Il est désormais prévu que si, sept jours avant la date limite du dépôt des présentations de candidature, une personne qui avait annoncé au moins trente jours avant cette date publiquement sa décision d'être candidat décède ou se trouve empêchée, le Conseil constitutionnel a la possibilité de reporter l'élection.

Dans le cas où un candidat décède ou se trouve empêché avant le premier tour des élections, le Conseil constitutionnel est cette fois obligé de reporter l'élection.

Le plus intéressant dans la réforme concerne le cas d'un décès ou de l'empêchement d'un des deux candidats qui restent en présence après le premier tour ; dans ce cas, le Conseil constitutionnel doit déclarer qu'il doit être procédé de nouveau à l'ensemble des opérations électorales.

Cette modification attribue donc des compétences nouvelles au Conseil constitutionnel, qui, en tout état de cause, est chargé de constater l'empêchement d'un des candidats. Il est saisi soit selon la procédure de l'article 61 (voir *infra* n° 138), soit selon celle prévue par la loi organique du 6 novembre 1962 pour la présentation des candidatures.

L'article 7, dans ses 3^e et 5^e alinéas prévoit que l'élection présidentielle a lieu 20 jours au moins et 35 jours au plus avant l'expiration du mandat du président en exercice ; en cas de vacance ou d'empêchement, le scrutin a lieu 20 jours au moins et 35 jours au plus après l'ouverture de la vacance ou la constatation de

l'empêchement définitif. En cas de décès ou d'empêchement d'un candidat, ces délais peuvent être prorogés par le Conseil constitutionnel, mais le scrutin ne peut, de toute façon, avoir lieu plus de 35 jours après sa décision. Au cas où une telle décision reporterait l'élection à une date postérieure à l'expiration des pouvoirs du président en exercice, celui-ci demeurerait en fonction jusqu'à la proclamation de son successeur.

Cette réforme ne concerne évidemment qu'une hypothèse rarissime. Toutefois, si elle s'était produite, aucune solution valable n'existait dans la Constitution. À la limite, en cas de décès d'un candidat entre les deux tours, on aurait pu assister à une candidature unique, ce qui n'aurait pas été conforme à la tradition française et, en définitive, au principe démocratique. Il faut remarquer que cette réforme renforce le rôle du Conseil constitutionnel dans le fonctionnement de nos institutions.

Document n° 4
Tableau des élections présidentielles
sous la V^e République
5 et 19 décembre 1965

	<i>Premier tour</i>		<i>Second tour</i>	
Inscrits	28 913 422		28 902 704	
Votants	24 502 957		24 371 647	
Abstentions	4 410 465	(15,2 %)	4 531 057	(15,6 %)
Blancs ou nuls	248 403	(0,8 %)	668 213	(2,3 %)
Exprimés	24 254 554		23 703 434	
<i>Candidats</i>				
Charles De Gaulle	10 828 523	(44,6 %)	13 083 699	(55,1 %)
François Mitterrand	7 694 003	(34,7 %)	10 619 735	(44,8 %)
Jean Lecanuet	3 777 119	(15,5 %)		

1^{er} et 15 juin 1969

	<i>Premier tour</i>		<i>Second tour</i>	
Inscrits	29 513 361		29 500 334	
Votants	22 889 034		20 311 287	
Abstentions	6 614 327	(22,41 %)	9 189 047	(31,14 %)
Blancs ou nuls	295 036	(0,99 %)	1 303 798	(4,41 %)
Exprimés	22 603 998		19 007 489	

<i>Candidats</i>				
Georges Pompidou	10 051 816	(44,46 %)	11 064 371	(58,21 %)
Alain Poher	5 268 651	(23,30 %)	7 943 118	(41,78 %)
Jacques Duclos	4 808 285	(21,27 %)		

5 et 19 mai 1974

	<i>Premier tour</i>		<i>Second tour</i>	
Inscrits	30 601 953		30 600 775	
Votants	25 775 743		26 724 595	
Abstentions	4 827 210	(15,77 %)	3 876 180	(12,66 %)
Blancs ou nuls	237 107	(0,77 %)	356 788	(1,16 %)
Exprimés	25 538 616		26 367 807	
<i>Candidats</i>				
François Mitterrand	11 044 373	(43,24 %)	12 971 604	(49,19 %)
Valéry Giscard d'Estaing	8 326 774	(32,60 %)	13 396 203	(50,80 %)
Jacques Chaban-Delmas	3 857 728	(15,10 %)		

26 avril et 10 mai 1981

	<i>Premier tour</i>		<i>Second tour</i>	
Inscrits	36 398 859		36 392 678	
Votants	29 516 082	(81,09 %)	31 249 753	(85,86 %)
Abstentions	6 882 777	(18,90 %)	5 142 925	(14,13 %)
Blancs ou nuls	477 965	(1,31 %)	887 368	(2,43 %)
Exprimés	29 038 117		30 362 385	

	<i>Premier tour</i>		
<i>Candidats</i>	<i>Voix obtenues</i>	<i>Suffrages exprimés</i>	<i>% d'inscrits</i>
Valéry Giscard d'Estaing	8 222 432	28,31	22,58
François Mitterrand	7 505 960	25,84	20,62
Jacques Chirac	5 225 848	17,99	14,35
Georges Marchais	4 456 922	15,34	12,24

Brice Lalonde	1 126 254	3,87	3,04
Arlette Laguiller	668 057	2,30	1,83
Michel Crépeau	642 057	2,21	1,76
Michel Debré	481 821	1,65	1,32
Marie-France Garaud	386 623	1,33	1,06
Huguette Bouchardeau	321 353	1,10	0,88
	Second tour		
François Mitterrand	15 714 598	51,75	43,18
Valéry Giscard d'Estaing	14 647 787	48,24	40,24

24 avril et 8 mai 1988

	<i>Premier tour</i>	<i>Second tour</i>
Inscrits	38 128 507	38 168 869
Votants	31 027 972	32 085 071
Abstentions	(18,87 %)	(15,94 %)
Suffrages exprimés	30 406 038	30 923 249
Majorité absolue	15 203 020	15 461 625

<i>Candidats</i>	<i>Premier tour</i>		
	<i>Voix obtenues</i>	<i>% suffrages exprimés</i>	<i>% inscrits</i>
Raymond Barre	5 031 845	16,54	13,19
Pierre Juquin	639 084	2,10	1,67
Jean-Marie Le Pen	4 375 894	14,39	11,47
Jacques Chirac	6 063 514	19,94	15,40
François Mitterrand	10 367 220	34,09	27,19
Pierre Bousset	116 823	0,03	0,03
Antoine Waechter	1 149 642	3,78	3,01
Arlette Laguiller	606 017	1,99	1,58
André Lajoinie	2 055 995	6,76	5,39
	Second tour		
François Mitterrand	16 704 279	54,01	43,76
Jacques Chirac	14 218 970	45,98	37,25

23 avril et 7 mai 1995

	<i>Premier tour</i>		<i>Second tour</i>	
Inscrits	39 992 912		39 976 944	
Votants	31 345 794	(78,38)	31 845 819	(79,66)
Abstentions	8 647 118	(21,62)	8 131 125	(20,34)
Suffrages exprimés	30 462 633		29 943 671	
Majorité absolue	15 231 317		14 971 836	

	<i>Premier tour</i>		
<i>Candidats</i>	<i>Voix obtenues</i>	<i>% suffrages exprimés</i>	<i>% inscrits</i>
Philippe de Villiers	1 443 186	4,74	3,61
Jean-Marie Le Pen	4 570 838	15,00	11,43
Jacques Chirac	6 348 375	20,84	15,87
Arlette Laguiller	1 615 552	5,30	4,04
Jacques Cheminade	84 959	0,28	0,21
Lionel Jospin	7 097 786	23,30	17,75
Dominique Voynet	1 010 681	3,32	2,53
Édouard Balladur	5 658 796	18,58	14,15
Robert Hue	2 632 460	8,64	6,58
	<i>Second tour</i>		
Jacques Chirac	16 704 279	54,01	43,76
Lionel Jospin	14 218 970	45,98	37,25

21 avril et 5 mai 2002

	<i>Premier tour</i>		<i>Second tour</i>
Inscrits	41 194 689		41 191 169
Votants	29 495 733		32 832 295
Abstentions	11 698 956	27,86 %	8 358 874
Suffrages exprimés	28 498 471		31 062 988
Majorité absolue	14 249 236		15 531 495

<i>Candidats</i>	<i>Premier tour</i>	
	<i>Nombre de voix obtenues</i>	<i>% suffrages exprimés</i>
Bruno Mégret	667 026	2,34
Corinne Lepage	535 837	1,88
Daniel Gluckstein	132 686	0,47
François Bayrou	1 949 170	6,84
Jacques Chirac	5 665 855	19,88
Jean-Marie Le Pen	4 804 713	16,86
Christiane Taubira	660 447	2,32
Jean Saint-Josse	1 204 689	4,23
Noël Mamère	1 495 724	5,25
Lionel Jospin	4 610 113	16,18
Christine Boutin	339 112	1,19
Robert Hue	960 480	3,37
Jean-Pierre Chevènement	1 518 528	5,33
Alain Madelin	1 113 484	3,91
Arlette Laguiller	1 630 045	5,72
Oliver Besancenot	1 210 562	4,25
	<i>Second tour</i>	
Jacques Chirac	25 537 956	82,5
Jean-Marie Le Pen	5 525 032	17,5

22 avril et 6 mai 2007

	<i>Premier tour</i>		<i>Second tour</i>
Inscrits	44 472 834		44 472 834
Votants	37 254 242		37 342 004
Abstentions	7 218 592	16,23 %	7 130 729
Suffrages exprimés	36 719 396		35 773 578
Majorité absolue	18 359 699		17 886 790

Candidats	Premier tour	
	Nombre de voix obtenues	% suffrages exprimés
Oliver Besancenot	1 498 581	4,08
Marie-George Buffet	707 268	1,93
Gérard Schivardi	123 540	0,34
François Bayrou	6 820 119	18,57
José Bové	483 008	1,32
Dominique Voynet	576 666	1,57
Philippe de Villiers	818 407	2,23
Ségolène Royal	9 500 112	25,87
Frédéric Nihous	420 645	1,15
Jean-Marie Le Pen	3 834 530	10,44
Arlette Laguiller	487 857	1,33
Nicolas Sarkozy	11 448 663	31,18
	Second tour	
Nicolas Sarkozy	18 983 138	53,06
Ségolène Royal	16 790 440	46,94

Ainsi, de sa désignation directe par le peuple, le président de la République va tirer une *légitimité populaire* que seule l'Assemblée nationale, élue de la même façon, peut égaler. Aucun des régimes précédents, à l'exception de la Seconde République (1848-1852), n'avait donné à la fonction présidentielle une telle base. Sous la III^e et la IV^e, le président devait son pouvoir au Parlement qui l'avait élu et qui ne manquait aucune occasion de le lui rappeler lorsqu'il voulait véritablement exercer ses attributions, au demeurant très faibles. Avec le système mis en place en 1958, le président aurait pu difficilement contrebalancer l'Assemblée nationale issue, elle, du suffrage universel direct. La réforme de 1962, en lui donnant une assise populaire, a permis au président de la République non seulement d'exercer effectivement toutes ses attributions mais encore de les accroître. Le changement survenu en 1962 ne constitue donc pas une simple modification de la procédure électorale : c'est une *évolution radicale de notre système politique*.

§ 2 L'exercice de la fonction présidentielle

76

Le passage du septennat au quinquennat a encore accentué la présidentialisation du régime mais n'a pas remis en cause le principe d'irresponsabilité politique du président. Il faudra aussi un jour s'interroger sur le statut du conjoint du président de la République...

A. Le mandat présidentiel

1 ° La durée du mandat

77

En France, depuis la III^e République, la durée du mandat présidentiel a été traditionnellement de 7 ans. Sur ce plan, la V^e République n'a pas innové : elle a maintenu le septennat (art. 6 dans sa rédaction initiale). Toutefois, compte tenu des attributions du président (voir *infra* n° 84) et de son mode de désignation, l'idée de réduire la durée du mandat a été souvent évoquée. Le président Pompidou avait, dès 1973, proposé de ramener la durée du mandat à 5 ans. Pour cela, il fallait une révision de la Constitution : elle fut bel et bien entreprise à son initiative selon la procédure parlementaire traditionnelle de l'article 89. Le projet fut adopté par les deux assemblées séparément, mais à une majorité faible et sans doute insuffisante pour affronter le Congrès du Parlement (les deux chambres réunies) qui aurait dû approuver définitivement le projet à la majorité qualifiée des 3/5^e. La réunion de cette majorité lui ayant paru aléatoire, le président Pompidou avait préféré ne pas présenter son projet au Congrès.

Mais le débat n'a jamais véritablement cessé. Aussi, au printemps 2000, l'ancien président de la République Valéry Giscard d'Estaing a-t-il relancé l'idée du quinquennat avec le dépôt d'une proposition de loi constitutionnelle en ce sens. Le contexte de la cohabitation a poussé le Premier ministre et le président de la République à s'entendre sur l'enclenchement de la réforme. Le Gouvernement a déposé et fait adopter par le Parlement un projet de loi constitutionnelle relatif à la réduction de la durée du mandat présidentiel de 7 à 5 ans. Le président de la République a fait le choix de confier l'approbation définitive du texte au peuple par la voie du référendum, conformément à l'article 89 (référendum du 24 septembre 2000). Depuis la loi constitutionnelle du 2 octobre 2000, le nouvel article 6 dispose que le mandat présidentiel est de 5 ans.

2 ° La fin du mandat

78

Il se termine à l'expiration des 5 années, la nouvelle élection doit avoir lieu 20 jours au moins et 35 jours au plus avant la fin du mandat. Le président en fonction n'est désormais rééligible qu'une seule fois en vertu de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008.

Le mandat peut se terminer brutalement (décès, démission, empêchement constaté par le Conseil constitutionnel) : l'élection a lieu 20 jours au moins et

35 jours au plus après la vacance ou la constatation définitive de l'empêchement. Dans ce cas, l'intérim de la fonction présidentielle est assuré par le président du Sénat ou, si celui-ci est à son tour empêché, par le Gouvernement. Ainsi le président du Sénat, M. Alain Poher, a eu l'occasion à deux reprises d'exercer provisoirement les fonctions de président de la République, une fois en 1969 après la démission du général de Gaulle, une autre fois en 1974, après le décès du président Pompidou.

3 ° Le président par intérim n'exerce pas la plénitude des fonctions présidentielles

79

Ce qui est normal puisqu'il ne tient pas ses fonctions du peuple. D'après la Constitution (art. 7), il ne peut utiliser le référendum (art. 11) ni procéder à une dissolution de l'Assemblée nationale (art. 12) ; on peut d'ailleurs se demander si le président par intérim peut exercer pleinement les autres pouvoirs que la Constitution dévolue normalement au président de la République et qu'elle n'enlève pas à l'intérimaire. En réalité, l'expérience l'a prouvé, le président par intérim se borne à gérer « les affaires courantes ». Il est dans l'impossibilité de prendre une décision politique importante : son rôle est avant tout de permettre aux élections présidentielles de se dérouler conformément à la Constitution et à la loi. La responsabilité du Gouvernement ne peut pas être mise en jeu et il ne peut pas y avoir de révision de la Constitution.

B. La responsabilité présidentielle

80

Il faut traiter différemment la question de la responsabilité politique et celle de la responsabilité pénale.

1 ° Le principe de l'irresponsabilité politique

81

Traditionnellement, le président de la République est *irresponsable politiquement*. L'irresponsabilité signifie qu'aucun organe constitutionnel ne peut mettre un terme au mandat présidentiel. Sur ce point, il n'y a donc aucun changement. On a aussi vu que le résultat négatif d'un référendum décidé par le président de la République n'a aucun effet sur son mandat (le président Chirac n'a pas démissionné après le résultat négatif du référendum du 29 mai 2005... contrairement au général de Gaulle qui avait, lui, lié son sort au résultat du référendum du 27 avril 1969).

Il convient encore de préciser le contenu de l'irresponsabilité politique du président, qui est liée à la notion même de régime parlementaire et, par là, concerne en principe un chef de l'État qui n'est pas doté de pouvoirs propres. Dans un tel régime, les actes du président de la République n'ont pas de valeur par eux-mêmes : ils doivent, pour en acquérir, être *contresignés par les ministres*. L'institution du contreseing ministériel transfère la responsabilité politique de l'acte aux ministres, c'est-à-dire au Gouvernement. Pour les décrets du président de la République, ce sont les « ministres responsables » (art. 19) qui contresignent (par opposition aux décrets du Premier ministre qui sont contresignés par les « ministres chargés de leur exécution » (art. 22).

Dans le régime établi en 1958, la Constitution énumère les actes du président de la République non soumis au contreseing ministériel (art. 19). Il s'agit d'une innovation considérable par rapport aux régimes précédents, puisque certains actes vont être soustraits à cette obligation ; de surcroît, il s'agit *d'attributions politiquement importantes* :

- nomination du Premier ministre et de trois membres du Conseil constitutionnel ;
- recours au référendum ;
- messages adressés au Parlement ;
- dissolution de l'Assemblée nationale ;
- saisine du Conseil constitutionnel ;
- exercice des pouvoirs exceptionnels prévus à l'article 16.

En théorie, l'exercice de ces importants pouvoirs va échapper à toute responsabilité, en tout cas devant le Parlement. Est-ce à dire que le président va pouvoir les exercer sans aucun contrôle ?

On a pu avancer, pour répondre à cette interrogation, l'idée que le président serait responsable directement devant le peuple. En effet, depuis la réforme constitutionnelle de 1962, le président est élu directement par le peuple au suffrage universel, devant qui il est désormais responsable au même titre que les parlementaires qui procèdent du même type de désignation. Le peuple peut mettre en jeu cette responsabilité de plusieurs façons :

- à l'occasion d'une réélection ;
- à l'occasion d'une consultation de type référendaire (voir par exemple le référendum du 27 avril 1969, dont le résultat négatif devait entraîner la démission immédiate du général de Gaulle) ;
- à l'occasion d'élections législatives suivant une dissolution qui amèneraient à l'Assemblée nationale une majorité opposée au président de la République.

La pratique politique semble confirmer cette nouvelle orientation. Le général de Gaulle l'avait faite sienne, en se considérant directement responsable devant le peuple et en utilisant la procédure du référendum comme une véritable « question de confiance » populaire. Le président Pompidou, dans sa réforme inachevée de la Constitution, avait prévu la réduction du mandat présidentiel à 5 ans, afin justement que le président puisse engager sa responsabilité politique devant le peuple à intervalles réguliers et suffisamment rapprochés pour que celui-ci puisse exercer effectivement son contrôle. Désormais, c'est chose faite.

Cette nécessité d'admettre une responsabilité politique du président de la République se justifierait par ailleurs par l'importance des attributions qu'il détient.

2^o La responsabilité pénale

Déroulède (en 1899 pour complot contre la sûreté de l'État) et le Maréchal Pétain (pour haute trahison).

La Constitution, fidèle à la tradition, avait initialement consacré le Titre IX à la Haute Cour de justice dont le fonctionnement était lié au crime de « haute trahison ». Non seulement la Constitution ne précisait pas ce qu'il fallait entendre par haute trahison, mais surtout elle ne réglait pas la question de savoir si un président, durant l'exercice de sa fonction, pouvait faire l'objet ou non de poursuites pénales pour des actes moins graves qu'une haute trahison.

La loi constitutionnelle n° 2007-238 du 23 février 2007 relative au statut pénal du président de la République a supprimé la notion de « haute trahison » et a changé l'appellation de la Haute Cour de justice en Haute Cour.

Le nouvel article 67 al1 règle la question des actes répréhensibles commis dans l'exercice de la fonction présidentielle : les actes non détachables de la fonction présidentielle sont couverts par une immunité sans limite de durée ; c'est un régime d'irresponsabilité, valable au-delà de la fin du mandat présidentiel. Il y a deux exceptions à ce régime :

– les actes qualifiés de crimes internationaux peuvent faire l'objet de poursuites devant la Cour pénale internationale ;

– les « manquements manifestement incompatibles avec l'exercice du mandat présidentiel » sont susceptibles d'être jugés par la Haute Cour en vertu du nouvel article 68, al. 1. La Cour ne peut prononcer qu'une seule sanction : la destitution ! Or cette sanction est plus proche d'une sanction politique ou disciplinaire que d'une sanction pénale.

Pour les actes détachables de la fonction, l'immunité est limitée à la durée du mandat du président. Tant qu'il est en exercice, il ne peut pas être convoqué par un juge, ni faire l'objet d'aucun acte de poursuite. Les délais de prescription sont interrompus. En revanche, dès qu'il n'est plus en fonction, il peut être poursuivi selon le droit pénal commun : il redevient un justiciable ordinaire (actes de poursuite à l'encontre de Jacques Chirac pour des actes qui sont datés du temps où il était maire de Paris).

sous-section 2

Les attributions du président de la République

83

La Constitution de 1958 décrit de façon complète les attributions du président de la République en distinguant celles qu'il exerce en période normale et celles qu'il exerce en période exceptionnelle.

§ 1 Les pouvoirs du président de la République en période normale

84

L'article 5 de la Constitution fait du président de la République un *arbitre entre les pouvoirs*, ainsi que le garant du respect de la Constitution et du fonctionnement régulier des institutions.

Dans ces conditions, il se trouve à un point de convergence des relations qu'il entretient avec le Gouvernement, le Parlement et l'autorité judiciaire.

A. Les attributions du président de la République en relation avec le Gouvernement

85

Le chef de l'État, dans un régime de type parlementaire, détient traditionnellement un certain nombre d'attributions à l'égard du Gouvernement. Sous la V^e République, ces attributions se révèlent plus importantes que dans les régimes précédents, et, de plus, certaines sont exercées par le président sans contreseing (ex. : la nomination du Premier ministre).

1^o La nomination du Premier ministre et des membres du Gouvernement

86

L'article 8 de la Constitution prévoit que le *président de la République nomme le Premier ministre*. C'est une compétence personnelle du chef de l'État, qu'il exerce sans contreseing et qui revêt une signification particulière dans ce régime.

Dans les régimes précédents, en effet, la nomination du chef du Gouvernement (président du Conseil) par le président n'avait de valeur que formelle. La réalité de ce pouvoir reposait entre les mains de l'Assemblée nationale élue au suffrage universel, qui accordait, ou n'accordait pas, l'investiture, préalable obligatoire à toute nomination. Actuellement, l'acte de nomination émane du président et de lui seul, l'investiture ayant disparu. L'Assemblée nationale garde toujours la possibilité de manifester son désaccord vis-à-vis du choix présidentiel : elle ne peut le faire qu'*a posteriori* en votant une motion de censure (voir *infra* n° 155) qui obligera le gouvernement tout entier à démissionner. On a pu avancer l'idée que la nomination du Premier ministre et du Gouvernement devait être confirmée par un vote de l'Assemblée nationale en arguant du fait que l'article 49 de la Constitution dispose que le « Premier ministre, après délibération du Conseil des ministres, *engage* devant l'Assemblée nationale la responsabilité du Gouvernement sur son programme... ». Cette interprétation, n'a jamais été considérée comme une obligation par les divers Gouvernements qui ont été formés mais comme une simple faculté qui a parfois été utilisée. En définitive, la nomination par le président de la République est à la fois nécessaire et suffisante pour que le Premier ministre exerce ses fonctions. Il est évident que si le choix est libre, le président de la République doit tenir compte de la composition de l'Assemblée nationale devant qui le Premier ministre et le Gouvernement restent responsables.

En principe, le président de la République ne peut mettre fin aux fonctions du Premier ministre que sur présentation par celui-ci de la démission du Gouvernement (art. 8). Mais *la pratique a prouvé que le président de la République peut demander la démission du Premier ministre* : en 1962, Michel Debré a présenté sa démission au général de Gaulle sur la demande de celui-ci ; en 1968, Georges Pompidou avait agi de même (tout en étant placé « en réserve de la République ») ; enfin, en 1972, Jacques Chaban-Delmas avait démissionné de son poste de Premier ministre à la demande du président Pompidou alors que l'Assemblée nationale venait de lui accorder une large confiance.

La démission retentissante de Jacques Chirac, en août 1976, malgré les apparences, s'inscrit dans cette tradition et confirme que le Premier ministre ne peut rester à son poste après avoir perdu la confiance du chef de l'État.

Cette pratique, renforcée par l'élection du président au suffrage universel, confirme que désormais le *chef du Gouvernement est responsable, essentiellement sinon exclusivement devant le chef de l'État*. Toutefois, quand le président de la République se trouve privé d'un soutien parlementaire suffisant (périodes dites de cohabitation entre mars 1986 et mai 1988, entre mars 1993 et mai 1995 et entre juin 1997 et mai 2002), il doit tenir compte de la majorité à l'Assemblée nationale pour nommer le Premier ministre. L'autonomie de celui-ci s'en trouve nécessairement renforcée.

Document n° 5 **Tableau de l'exécutif sous la V^e République**

Élection	Présidents de la République	Nomination	Premiers ministres
21 décembre 1958	Charles de Gaulle	8 janvier 1959	Michel Debré
		15 avril 1962	Georges Pompidou (I)
		7 décembre 1962	Georges Pompidou (II)
19 décembre 1965	Charles de Gaulle	8 janvier 1966	Georges Pompidou (III)
		6 avril 1967	Georges Pompidou (IV)
		11 juillet 1968	Maurice Couve de Murville
15 juin 1969	Georges Pompidou	23 juin 1969	Jacques Chaban-Delmas
		6 juillet 1972	Pierre Mesmer (I)
		6 avril 1973	Pierre Mesmer (II)
		1 ^{er} mars 1974	Pierre Mesmer (III)
19 mai 1974	Valéry Giscard d'Estaing	28 mai 1974	Jacques Chirac
		27 août 1976	Raymond Barre (I)
		30 mars 1977	Raymond Barre (II)
		3 avril 1978	Raymond Barre (III)

10 mai 1981	François Mitterrand	22 mai 1981	Pierre Mauroy (I)
		23 juin 1981	Pierre Mauroy (II)
		24 mars 1983	Pierre Mauroy (III)
		16 juillet 1984	Laurent Fabius
8 mai 1988	François Mitterrand	20 mars 1986	Jacques Chirac
		10 mai 1988	Michel Rocard (I)
		23 juin 1988	Michel Rocard (II)
		15 mai 1991	Édith Cresson
7 mai 1995	Jacques Chirac	2 avril 1992	Pierre Bérégovoy
		29 mars 1993	Édouard Balladur
		17 mai 1995	Alain Juppé (I)
		7 novembre 1995	Alain Juppé (II)
5 mai 2002	Jacques Chirac	2 juin 1997	Lionel Jospin
		6 mai 2002	Jean-Pierre Raffarin (I)
		17 mai 2002	Jean-Pierre Raffarin (II)
		31 mars 2004	Jean-Pierre Raffarin (III)
6 mai 2007	Nicolas Sarkozy	1 ^{er} juin 2005	Dominique de Villepin
		17 mai 2007	François Fillon (I)
		18 juin 2007	François Fillon (II)
		14 novembre 2010	François Fillon (III)

L'article 8 prévoit également que le président de la République « sur la proposition du Premier ministre, (il) nomme les autres membres du Gouvernement et met fin à leurs fonctions ». Il appartient donc au Premier ministre de constituer et de modifier l'équipe de ministres avec laquelle il entend gouverner, avec l'accord du président de la République. En réalité, le chef de l'État détient également ici une compétence très importante : il est très certainement l'autorité la plus active dans la formation du Gouvernement. Son rôle ne se borne pas à enregistrer les propositions du Premier ministre mais aussi à lui suggérer et à lui imposer certaines personnalités qu'il souhaite voir entrer au Gouvernement. Toutefois, en période dite de cohabitation, la marge de manœuvre du président de la République a pu se trouver singulièrement réduite.

2 ° La présidence du Conseil des ministres

dents où l'essentiel des décisions importantes se prenait en dehors de cette formation, au sein du Conseil de cabinet présidé par le chef du Gouvernement. Depuis 1958, la situation s'est nettement modifiée, le Conseil des ministres est devenu la principale formation collégiale au niveau de l'exécutif, celle où se prennent toutes les décisions d'importance particulière. La fonction de présidence du Conseil des ministres est ainsi exercée par le chef de l'État de façon active : il en fait établir l'ordre du jour et en dirige les travaux. L'accroissement de l'importance de ce rôle a d'ailleurs été perçu par la Constitution qui prévoit (art. 21) que cette fonction ne peut être déléguée qu'exceptionnellement au Premier ministre, de façon expresse et sur un ordre du jour déterminé. La démarche est rare (ex. : le 7 septembre 2005, le premier ministre Dominique de Villepin avait présidé le Conseil des ministres en raison de l'hospitalisation du président Jacques Chirac).

3 ° Les attributions réglementaires

88

« Le président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des ministres » (art. 13). Le président est investi du *pouvoir réglementaire* qu'il partage avec le Premier ministre. Cette compétence appartenait auparavant essentiellement au chef du Gouvernement ; compte tenu des attributions nouvelles du chef de l'État, il a paru opportun de les lui confier en 1958. En principe, il ne peut signer les ordonnances et les décrets qu'après qu'ils aient été délibérés en Conseil des ministres. Toutefois, le président a pu signer des décrets qui n'avaient pas été délibérés auparavant en Conseil des ministres, et qui par conséquent auraient dû être signés par le Premier ministre, mais qui ont été déclarés cependant légaux par le Conseil d'État.

4 ° Le pouvoir de nomination de certains agents de l'État

89

En vertu de l'article 13, le président de la République nomme aux emplois civils et militaires de l'État. Ce pouvoir ne s'exerce qu'à l'égard des emplois les plus importants dont la nomination doit être faite en Conseil des ministres et dont la liste est prévue par l'article 13. Pour le reste, le président de la République délègue son pouvoir de nomination au Premier ministre sauf pour certains emplois (officiers, magistrats, professeurs d'université) pour lesquels la nomination est faite par le président de la République par voie de décrets.

La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 a introduit un droit de regard du Parlement pour un certain nombre de fonctions sensibles. Le droit de nomination du Président s'exerce après avis de la commission permanente compétente dans chacune des deux assemblées. L'article 13, dans sa nouvelle rédaction, précise que le Président ne pourra pas imposer une nomination si les votes négatifs des parlementaires consultés représentent trois cinquièmes des suffrages exprimés.

5 ° Les attributions en matière militaire

90

Le président de la République est le *chef des armées* (art. 15) et préside les Conseils et comités supérieurs de la Défense nationale. Ces pouvoirs tradition-

nels avaient auparavant un caractère protocolaire ; toutefois, depuis un décret du 14 janvier 1964 abrogé et remplacé par un décret du 12 juin 1996 portant détermination des responsabilités concernant les forces nucléaires, il appartient au seul chef de l'État d'engager la force nucléaire. Il s'agit bien d'une responsabilité majeure.

Même s'il n'y a plus de déclaration de guerre au sens formel, l'Armée française se trouve engagée sur un certain nombre de théâtres d'opérations. Tout naturellement, c'est le président de la République qui apprécie, le cas échéant, l'opportunité de l'engagement. Aux termes de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, l'intervention des forces françaises à l'étranger oblige désormais le gouvernement à informer formellement le Parlement. De plus, si l'opération extérieure (OPEX) dure plus de 4 mois, le gouvernement doit solliciter l'autorisation du Parlement (art. 35 dans sa nouvelle rédaction).

6 ° Les attributions diplomatiques

91

Le chef de l'État a toujours eu un rôle important en matière de relations avec l'extérieur, ne serait-ce que parce qu'il symbolise l'État lui-même. Toutefois, sous la V^e République, ses pouvoirs se sont nettement accrus dans ce domaine :

– le président *accrédite les ambassadeurs* et les envoyés extraordinaires français auprès des puissances étrangères ; de même les ambassadeurs et les envoyés extraordinaires sont accrédités auprès de lui (art. 14). Ce rôle est traditionnel ;

– le président intervient activement dans la *négociation des traités* ; ce pouvoir est nouveau car il n'existait pas sous la IV^e République où le Gouvernement exerçait cette compétence. En matière de ratification, il continue à jouer un rôle traditionnel qui consiste à mettre en application un traité après avoir obtenu l'autorisation du Parlement (art. 53) lorsqu'il s'agit de matières importantes. Il est, de plus, tenu informé de toute négociation tendant à la conclusion d'un accord international non soumis à ratification (on parle alors d'accord en forme simplifiée).

La pratique de la V^e République a amplement démontré le rôle essentiel joué par le président de la République en matière de politique étrangère et particulièrement européenne. C'est lui qui prend les décisions les plus importantes et qui représente la France dans les sommets européens. On mesure là encore toute la différence avec un régime parlementaire traditionnel comme La Grande-Bretagne, l'Allemagne ou l'Italie où c'est le premier ministre qui représente son pays (ex. : la chancelière Angela Merkel).

B. Les attributions du président de la République en relation avec le Parlement

92

Dans le régime parlementaire traditionnel, le président de la République a peu de rapports avec le Parlement devant qui il n'est pas responsable. Sous la V^e République, tant le texte constitutionnel que la pratique ont élargi les relations du président et du Parlement en lui attribuant de véritables moyens d'action qui se manifestent au niveau du fonctionnement et de la compétence du Parlement.

1 ° Le président de la République et le fonctionnement du Parlement

93

a) Les sessions extraordinaires

Le président ouvre et clôt par décret les sessions extraordinaires du Parlement qui ont lieu soit à la demande du Premier ministre soit à celle de la majorité des membres de l'Assemblée nationale (art. 30). Normalement, il s'agit ici d'une compétence liée : le président doit ouvrir la session extraordinaire dès lors que les conditions prévues par la Constitution sont réunies. Mais en 1960, alors que la majorité des députés avait demandé la réunion d'une session extraordinaire, le président de la République avait estimé qu'il avait un pouvoir d'appréciation et avait refusé de prendre le décret de convocation. En mars 1979, à la demande de 315 députés, le président de la République avait accepté de prendre le décret convoquant le Parlement en session extraordinaire en faisant néanmoins savoir que l'opportunité d'une telle réunion était de sa compétence. En 1987, dans le contexte de la cohabitation, le président de la République avait refusé de convoquer le Parlement en session extraordinaire, alors que la demande émanait du Premier ministre.

La session ordinaire annuelle, dont les dates sont prévues par la Constitution, ne relève pas de la compétence du président.

b) Le droit de dissolution

La Constitution de 1958 (art. 12) fait du droit de dissolution de l'Assemblée nationale (non du Sénat) *une prérogative personnelle du chef de l'État* qu'il exerce sans contresens et en pratique selon des conditions peu contraignantes :

- comme *condition de forme*, le président doit consulter le Premier ministre et les présidents des assemblées ;
- comme *conditions de fond*, le président peut user de son droit de dissolution de façon discrétionnaire à cette double réserve : il ne peut procéder à une nouvelle dissolution dans l'année qui suit les élections provoquées par une dissolution préalable ; la dissolution est impossible lorsque les pouvoirs exceptionnels de l'article 16 sont mis en œuvre.

Le droit de dissolution est un moyen d'action classique de l'exécutif dans les régimes parlementaires, il est en quelque sorte la contrepartie du pouvoir qu'a l'Assemblée nationale de mettre en jeu la responsabilité politique du Gouvernement. À ce titre, la dissolution constitue un moyen de dissuasion efficace à l'égard des députés avertis que tout renversement du Gouvernement (sauf les réserves précédemment indiquées) impliquerait sa mise en œuvre et donc de nouvelles élections. Il faut également relever que la dissolution peut être utilisée par l'exécutif pour choisir la date des élections en profitant d'une période où la majorité au pouvoir recueille dans l'opinion publique une impression favorable. La dissolution de convenance est régulièrement pratiquée en Grande-Bretagne.

La dissolution permet donc au peuple d'exprimer son opinion : c'est la raison pour laquelle elle doit être suivie rapidement de nouvelles élections. La Constitution prévoit que celles-ci doivent avoir lieu vingt jours au moins et quarante jours au plus après la dissolution.

Depuis 1958, la dissolution a été utilisée cinq fois : la première après que l'Assemblée eut renversé le Gouvernement Pompidou en 1962, la deuxième, en 1968, après les événements de Mai, la troisième le 18 mai 1981, après l'élection de François Mitterrand, la quatrième le 14 mai 1988 après la réélection de François Mitterrand et la cinquième le 21 avril 1997. L'issue malheureuse de cette dernière a entraîné la cohabitation entre le Président Jacques Chirac et le Premier ministre Lionel Jospin jusqu'au 6 mai 2002.

Document n° 6 **Dissolutions prononcées sous la V^e République**

Date	Circonstance	Dates nouvelles élections	Session de plein droit
9 octobre 1962	Censure votée contre le Gouvernement de G. Pompidou.	18 et 25 novembre 1962	
30 mai 1968	Avancer date élections pour résoudre crise de mai 1968.	23 et 30 juin 1968	11 au 25 juillet 1968
22 mai 1981	Mettre en concordance les majorités parlementaire et présidentielle	14 et 21 juin 1981	2 au 16 juillet 1981
14 mai 1988	Mettre en concordance les majorités parlementaire et présidentielle	5 et 12 juin 1988	1 au 7 juillet 1988
21 avril 1997	Avancer la date des élections	25 mai et 1 ^{er} juin 1997	

c) Le droit de message

Le président de la République peut communiquer avec les deux assemblées du Parlement par des messages : la tradition constitutionnelle lui interdisait de se rendre au Parlement (art. 18). Ces messages (qui sont assez rares) étaient lus par le président de chacune des assemblées et ne donnaient lieu à aucun débat. Si le Parlement n'est pas en session, il doit être réuni spécialement à cet effet.

La particularité du droit de message est qu'il s'exerce sans contreseing ministériel, le Gouvernement n'est donc pas consulté ni quant à son opportunité, ni quant à son contenu : il ne peut donc engager sa responsabilité. Depuis le début de la V^e République, 17 messages présidentiels ont été adressés au Parlement.

À l'issue d'âpres débats, une nouvelle procédure a été inscrite dans la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008. En effet, en vertu de l'article 18 alinéas 2 et 3, le président de la République est désormais habilité à prendre la parole devant le Parlement réuni en Congrès à Versailles. Ainsi le président Sarkozy a utilisé cette prérogative nouvelle en juin 2009 pour faire un certain nombre d'annonces politiques.

Cette procédure exacerbe les passions en France, alors que tout le monde trouve normal que le président Obama s'exprime régulièrement devant les parlementaires américains...

2^o Le président de la République et la compétence du Parlement

94

Le président de la République, depuis 1958, détient des prérogatives qui lui permettent d'intervenir dans la compétence législative du Parlement, soit au niveau de la procédure, soit par le choix du référendum.

a) Le président intervient dans la procédure législative

Si l'élaboration de la loi est une prérogative traditionnelle du Parlement, le président peut s'y immiscer de plusieurs façons :

• La promulgation des lois

Le président de la République doit obligatoirement promulguer les lois dans les quinze jours qui suivent leur adoption définitive par les assemblées (art. 10). Toutefois, il a la faculté de demander, avant l'expiration de ce délai de quinze jours, une nouvelle délibération de la loi entière ou de certains de ses articles (il le fait rarement). La promulgation consiste à décréter la mise en application de la loi votée par le Parlement ; cet acte, sous la forme d'un décret, est contresigné par le Premier ministre et le président ne peut pas refuser de l'accomplir. Le délai de 15 jours court à partir de l'adoption définitive de la loi. La saisine du Conseil constitutionnel suspend simplement cette durée de 15 jours jusqu'à la décision du Conseil constitutionnel. Le temps écoulé entre l'adoption définitive et la saisine est décompté après la décision du Conseil constitutionnel.

• La saisine du Conseil constitutionnel

Le président de la République peut saisir le Conseil constitutionnel pour vérifier la constitutionnalité d'une loi votée par le Parlement, avant qu'il n'ait promulgué celle-ci. Il faut avoir à l'esprit que le Président est le gardien, le protecteur de la Constitution.

b) Le droit de recours au référendum

L'article 11 de la Constitution permet au président de la République d'en appeler directement au peuple, en écartant l'intervention du Parlement, afin de lui faire adopter certaines dispositions à caractère législatif. Cette disposition, introduite en 1958, constitue une prérogative majeure du président de la République qui est toutefois réglémentée par la Constitution.

Il appartient, en principe, au Gouvernement pendant la durée des sessions ou aux assemblées de proposer au chef de l'État de soumettre au référendum certains projets de loi. Même si le président de la République ne détient pas juridiquement l'initiative en la matière, c'est lui qui l'exerce en réalité le plus souvent, car il dispose de moyens de pression suffisants sur le Premier ministre pour que celui-ci présente le projet souhaité par le président. En revanche, si l'initiative réelle émane effectivement du Gouvernement, le président de la République a toute latitude pour bloquer la procédure.

Le référendum ne peut porter que sur un *projet de loi concernant certaines matières énumérées par la Constitution*. Il s'agit d'abord de textes portant sur

l'organisation des pouvoirs publics ; la formulation est vague car elle peut concerner autant l'organisation des pouvoirs publics constitutionnels que non constitutionnels. L'interprétation donnée jusqu'ici a été la plus large et a permis, en 1962, de réviser la Constitution selon cette procédure (par définition, une loi constitutionnelle porte sur l'organisation des pouvoirs publics). Il s'agit ensuite de l'autorisation de ratifier un traité international (ex. : référendum sur le traité de Maastricht en 1992). Il s'agit enfin, suite à la réforme constitutionnelle du 4 août 1995 relative à l'élargissement du champ d'application du référendum de l'article 11, des projets de loi relatifs à la politique économique ou sociale du Gouvernement, ou encore des projets de loi relatifs aux services publics. La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 a explicitement ajouté le domaine environnemental.

Il faut noter que les problèmes de société n'ont pas été introduits dans le champ du référendum. Une innovation concernant la procédure du référendum a été introduite puisque le Parlement obtient le principe d'un débat préalable, sans vote, pour toute proposition de référendum émanant du Gouvernement.

Le référendum a été utilisé comme un moyen spécifique pour affirmer les pouvoirs de chef de l'État et en préciser les contours. Neuf référendums ont été organisés depuis l'entrée en vigueur de la Constitution :

- 8 janvier 1961 : à propos du principe d'autodétermination en Algérie ;
- 8 avril 1962 : sur les accords d'Évian mettant fin au conflit algérien ;
- 28 octobre 1962 : révision des articles 6 et 7 de la Constitution relatifs à l'élection du président de la République dorénavant élu au suffrage universel direct ;
- 27 avril 1969 : réforme des régions et du Sénat ; ce référendum est un échec : 53,17 % de votes négatifs contre 46,83 % de votes positifs (le général de Gaulle démissionne aussitôt) ;
- 23 avril 1972 : vote d'une loi autorisant le président de la République à ratifier le traité élargissant la Communauté économique européenne ;
- 6 novembre 1988 : vote d'une loi portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998 ;
- 20 septembre 1992 : vote d'une loi autorisant le président de la République à ratifier le traité sur l'Union européenne (traité dit de Maastricht) ;
- 24 septembre 2000 : révision de l'article 6 de la Constitution sur la durée du mandat du président de la République.
- 29 mai 2005 : autorisation de ratifier le traité européen établissant une constitution européenne (échec).

Là encore, la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 introduit une innovation de taille : le droit de pétition. Celle-ci doit être présentée par un cinquième des parlementaires soutenus par un dixième des électeurs inscrits (il appartient au Conseil constitutionnel de contrôler les signatures). Le Président est lié par cette initiative si le Parlement n'examine pas l'objet de la pétition sous la forme d'une proposition de loi dans un délai qui reste à fixer par une loi

organique : il doit alors soumettre le texte au référendum. Il faut remarquer que ce pouvoir propre du président de la République est ici relativisé, puisque la décision lui échappe... et pourtant c'est l'article entier qui reste dispensé du contreseing.

C. Les attributions du président de la République en relation avec l'autorité judiciaire

95 Conformément au principe de la séparation des pouvoirs, ces attributions sont réduites : l'autorité judiciaire doit être indépendante des pouvoirs exécutif et législatif. Toutefois, c'est le *président de la République qui est garant de cette indépendance* (art. 64 de la Constitution).

1 ° Le droit de faire grâce

96 Attribution traditionnelle du chef de l'État en France (droit régalien), le droit de grâce est exercé seul. Auparavant, sous la IV^e République, la décision de grâce devait être prise en collaboration avec le Conseil supérieur de la magistrature (voir *infra* n° 143). Sous l'actuelle Constitution, le président de la République doit, avant de signer un décret accordant ou refusant la grâce, prendre seulement l'avis du Conseil supérieur de la magistrature. À noter que ce décret doit être contresigné par le Premier ministre et par le ministre de la Justice (art. 18 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique sur le Conseil supérieur de la magistrature). La pratique de la V^e République avait admis les grâces collectives (la traditionnelle grâce présidentielle du 14 juillet pour différentes catégories de contraventions). Dans un souci de moralisation et de respect de l'autorité judiciaire, la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a précisé que la grâce présidentielle ne peut être qu'individuelle (art. 17).

2 ° Les attributions à l'égard du Conseil supérieur de la magistrature

97 Dans la rédaction initiale de la Constitution, le président de la République nommait les neuf membres du Conseil supérieur de la magistrature... C'était une façon originale de concevoir la séparation des pouvoirs et l'indépendance de l'autorité judiciaire... Un premier pas a été franchi avec la révision constitutionnelle du 27 juillet 1993 qui a limité les pouvoirs du président de la République à la nomination d'un seul des membres du Conseil et à la présidence de droit du Conseil.

La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a définitivement permis de rompre avec les mauvaises pratiques du passé. En effet, aux termes de l'article 65 dans sa nouvelle rédaction, le Conseil supérieur de la magistrature est désormais présidé de plein droit par le Président de la Cour de cassation ou le procureur général près la Cour de cassation, selon que le Conseil délibère en formation compétente à l'égard des magistrats du siège ou du parquet. Le président de la République n'intervient plus que pour désigner deux personnalités qualifiées qui s'ajoutent aux magistrats désignés par leurs pairs.

Il est clair que le président de la République est désormais extérieur au Conseil.

3 ° Les attributions à l'égard du Conseil constitutionnel

98

Le Conseil constitutionnel est un organe juridictionnel chargé d'un certain nombre de fonctions de régulation des institutions dont le contrôle de la constitutionnalité des lois.

À l'égard de cet organe, le président de la République dispose de certains pouvoirs :

– le président de la République nomme trois des neuf membres de ce Conseil (trois sont nommés par le président du Sénat, trois sont nommés par le président de l'Assemblée nationale). Il en nomme également le président (Jean-Louis Debré nommé en février 2007) ;

– le président de la République fait partie des autorités et personnes habilitées à saisir le Conseil constitutionnel (les autres étant le Premier ministre, les présidents des assemblées, soixante députés ou soixante sénateurs pour ce qui est du contrôle par voie d'action).

Ces pouvoirs vis-à-vis du Conseil constitutionnel constituent des prérogatives personnelles du président de la République : il les exerce sans contreseing.

On peut remarquer que les anciens présidents de la République sont membres de droit du Conseil constitutionnel.

§ 2 Les pouvoirs du président de la République en période exceptionnelle

99

L'article 16 de la Constitution de 1958 donne au président de la République des pouvoirs exorbitants en période exceptionnelle. Il s'agit d'une disposition originale dans nos institutions qui a donné lieu, lors de l'élaboration de la Constitution, à de vives discussions en raison des dangers que sa mise en application impliquerait. En effet, dans le cas où des circonstances exceptionnelles surgiraient, le président de la République se voit doté de la quasi-totalité des pouvoirs. Le danger naît de cette concentration des pouvoirs et aussi des conditions de sa mise en œuvre. Et pourtant, lors des toilettages successifs de la Constitution, l'article 16 n'a jamais été supprimé... La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 l'a même confirmé, en renforçant simplement les garanties en ce qui concerne la durée de mise en œuvre.

A. Les conditions de mise en œuvre de l'article 16

100

Le comité consultatif constitutionnel avait proposé que le Conseil constitutionnel constate l'existence des circonstances exceptionnelles. Cette suggestion n'a pas été retenue : c'est le seul chef de l'État qui apprécie si les circonstances

exigent la mise en application de l'article 16. Il est tenu toutefois de respecter des conditions de fond et des conditions de forme.

1 ° Les conditions de fond

Leur formulation dans le texte constitutionnel n'est guère précise : elle peut laisser place à des appréciations purement subjectives.

Il faut en premier lieu que « les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux » soient « menacés d'une manière grave et immédiate ». La rédaction en a été volontairement imprécise puisqu'il suffit d'une simple « menace » qui doit être « grave et immédiate » : la possibilité d'appréciation arbitraire est ainsi ouverte puisque seul le président de la République détermine si ces conditions sont réunies.

En second lieu, il faut que ces circonstances aient pour conséquence d'interrompre « le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels ». Cette disposition qui a été ajoutée lors de la discussion de l'avant-projet de Constitution devant le Comité consultatif constitutionnel, constitue une garantie plus sérieuse contre un risque d'arbitraire bien que la question de savoir à partir de quel moment les pouvoirs publics constitutionnels sont interrompus laisse place à de multiples possibilités d'interprétation.

2 ° Les conditions de forme

Deux conditions de forme s'imposent au président de la République : elles apparaissent bien légères et ne peuvent constituer en aucun cas un obstacle infranchissable pour le chef de l'État.

Avant d'utiliser l'article 16, le président de la République doit *consulter* officiellement le Premier ministre, les présidents des assemblées ainsi que le Conseil constitutionnel : il s'agit d'une formalité essentiellement protocolaire qui peut retarder, très peu, sa décision mais non pas l'empêcher. À ce jour, le Conseil constitutionnel n'a été sollicité qu'une seule fois (avis du 23 avr. 1961, voir *infra doc. n° 7*).

De plus, le président de la République doit *informer la Nation* par un message lorsqu'il met l'article 16 en application. Le message n'est pas préalable à sa décision ni même aux mesures qui peuvent être prises ; on peut même estimer que le message est nécessaire au président pour justifier sa décision aux yeux de l'opinion publique.

On peut donc considérer que le président de la République est seul compétent, sans conditions véritables, pour mettre en œuvre l'article 16.

B. L'étendue des pleins pouvoirs

domaines tant exécutif, législatif que judiciaire, en particulier dans les domaines qui touchent aux libertés publiques et aux droits des individus.

Les seules restrictions mentionnées par la Constitution ne sont qu'indirectes et sont liées à la finalité des mesures. Celles-ci « doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais les moyens d'accomplir leur mission ». On peut remarquer qu'il ne s'agit pas d'apprécier des résultats, mais de juger une « inspiration » ce qui laisse place à de nombreuses possibilités d'interprétation, d'autant plus que les délais ne sont pas précisés, sinon qu'ils ne doivent pas être très importants. En réalité, l'étendue des pouvoirs exceptionnels, n'est limitée que par l'utilisation du terme pouvoirs publics « constitutionnels » : normalement les pouvoirs publics doivent demeurer dans le cadre constitutionnel auquel il ne peut être porté atteinte.

C. Le contrôle de l'exercice des pleins pouvoirs

102

Deux organes doivent contrôler l'exercice des pleins pouvoirs qui peuvent, dans une certaine mesure, restreindre la liberté d'action présidentielle : le Conseil constitutionnel et le Parlement.

Le Conseil constitutionnel doit d'abord être consulté sur toutes les mesures prises en vertu de l'article 16, mais il ne s'agit que d'une simple consultation sans conséquence réelle.

Document n° 7

Avis du Conseil constitutionnel du 23 avril 1961

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,

Vu l'article 16 de la Constitution ;

Vu les articles 52, 53 et 54 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Vu la lettre du 22 avril 1961 par laquelle le président de la République consulte le Conseil constitutionnel sur l'éventuelle application de l'article 16 de la Constitution ;

Considérant qu'en Algérie, des officiers généraux sans commandement et, à leur suite, certains éléments militaires sont entrés en rébellion ouverte contre les pouvoirs publics constitutionnels dont ils usurpent l'autorité ; qu'au mépris de la souveraineté nationale et de la légalité républicaine, ils édictent des mesures de la seule compétence du Parlement et du Gouvernement ; qu'ils ont mis hors d'état de remplir leurs fonctions et privé de leur liberté les plus hautes autorités civiles et militaires d'Algérie, dépositaires des pouvoirs qui leur ont été délégués par le Gouvernement de la République en vue de la sauvegarde des intérêts nationaux, ainsi qu'un membre du Gouvernement même ; que leur but avoué est de s'emparer du pouvoir dans l'ensemble du pays ;

Considérant qu'en raison de ces actes de subversion, d'une part, les institutions de la République se trouvent menacées d'une manière grave et immédiate, d'autre part, les pouvoirs publics constitutionnels ne peuvent fonctionner d'une façon régulière,

EST D'AVIS

que sont réunies les conditions exigées par la Constitution pour l'application de son article 16.

Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 23 avril 1961.

Le président,

Léon Noël.

Il est prévu également que, pendant la durée de mise en application de l'article 16, le Parlement se réunit de plein droit et que, de plus, le président ne

peut, pendant cette période, dissoudre l'Assemblée nationale. Ainsi un contrôle parlementaire paraît possible mais on ne voit pas à quoi il pourrait aboutir puisque le président est pratiquement irresponsable devant le Parlement. La seule possibilité serait de traduire le président devant la Haute Cour pour « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat » (art. 68) s'il abusait de ses pouvoirs exceptionnels. En réalité, la seule justification de la réunion du Parlement est la possibilité de sensibiliser l'opinion publique sur le danger de telle ou telle mesure ; compte tenu de l'atmosphère de crise qui doit régner dans une telle période, on peut estimer que les risques liés à l'article 16 demeurent.

Depuis la promulgation de la Constitution en 1958, l'article 16 n'a été mis en application qu'une seule fois, en avril 1961 par le général de Gaulle. L'usage qu'il en avait fait était relativement modéré, mais la situation grave (le putsch des généraux en Algérie) avait été vite rétablie alors que la durée de son application s'était prolongée plus de 5 mois. C'est là d'ailleurs un autre danger de cet article qui, s'il peut se révéler indispensable pour pallier la gravité de certaines situations, n'en demeure pas moins encore insuffisamment assorti de garanties réelles malgré l'apport de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. En effet, cette dernière a complété l'article 16 par un alinéa aux termes duquel, au-delà de 30 jours d'application, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat, 60 députés ou 60 sénateurs peuvent saisir le Conseil constitutionnel. Ce dernier doit alors publier dans les délais les plus brefs un avis qui répond à la question de savoir si les conditions de l'article 16 sont encore réunies. Au-delà de 60 jours d'application, le Conseil constitutionnel émet un avis sans avoir besoin d'être saisi. On peut raisonnablement estimer, que si le Conseil constitutionnel devait être d'avis que la prolongation ne se justifie plus, le président de la République y mettrait fin aussitôt.

section 2

Le Gouvernement

103

Une sentence attribuée à Georges Pompidou traduit à elle seule toute la différence entre la fonction présidentielle et la fonction de Premier ministre, chef de gouvernement : « Il appartient au président de la République de s'occuper de la grandeur de la France et au Premier ministre du bonheur des Français ». Dans la constitution de la V^e République, un Titre entier, le Titre III, est consacré au Gouvernement. Il se compose de l'ensemble des ministres et secrétaires d'État placés sous l'autorité du Premier ministre. Sous les régimes précédents, le Gouvernement (ou cabinet) incarnait seul l'exécutif face au Parlement, le chef de l'État ayant essentiellement des fonctions honorifiques. Dans le régime actuel, le rôle du Gouvernement est moins important, compte tenu de l'accroissement de celui du président de la République. Toutefois, le Gouvernement reste à la charnière des pouvoirs exécutif et législatif. C'est par son intermédiaire que s'établissent les relations entre les pouvoirs.

Conformément à la tradition, le Gouvernement comprend un chef qui prend l'appellation de *Premier ministre* et des membres qui sont ministres ou secrétaires d'État. Dès sa nomination, le nouveau Premier ministre s'attache à la formation de son Gouvernement : il décide librement, sans aucune contrainte textuelle, du nombre de ministres, de leurs attributions respectives.

§ 1 Le Premier ministre

104 Cette appellation apparaît sous la V^e République. Auparavant, depuis la III^e République, le terme de président du Conseil était traditionnel pour désigner le chef du Gouvernement. Ce changement de terminologie marque la volonté de stabiliser la fonction mais aussi d'en diminuer l'importance tout en lui conservant des pouvoirs essentiels.

A. La nomination du Premier ministre

105 Sous la IV^e République, la nomination du chef du Gouvernement faisait l'objet de règles complexes. Sous le régime actuel, la procédure est beaucoup plus simple ; le président de la République nomme le Premier ministre par décret qui n'est pas contresigné (pouvoir propre). La nécessité de recueillir l'investiture de l'Assemblée nationale a disparu. Le Premier ministre ne peut, en principe, être révoqué par le président de la République mais, nous l'avons vu, une pratique s'est instaurée depuis 1962 qui veut que le président dispose en fait du pouvoir de provoquer la démission du Premier ministre ; celui-ci *procède beaucoup plus du président que du Parlement*. La pratique de l'investiture est maintenue dans les régimes parlementaires classiques, tels que l'Allemagne ou l'Italie.

B. Les pouvoirs du Premier ministre

106 Le Premier ministre est le chef du Gouvernement (art. 21 : « Le Premier ministre dirige l'action du Gouvernement ») ; son statut le place à la tête de la formation gouvernementale. Compte tenu des pouvoirs du président de la République, il apparaît nettement que le Premier ministre dans ce « bicéphalisme de l'exécutif » se présente plus comme un exécutant (de haut niveau, il est vrai) et comme un relais de la politique déterminée par le président, voire un « fusible »...

Toutefois, la Constitution lui octroie des prérogatives dans quatre domaines essentiels :

1^o La direction de l'activité gouvernementale

Les attributions du Premier ministre sont assez importantes : il propose la nomination et la révocation des membres du Gouvernement ; il nomme aux emplois civils et militaires (sauf ceux que le président de la République nomme en Conseil des ministres – cf. liste établie par l'art. 13 de la Constitution) ; il engage

la responsabilité de son Gouvernement devant l'Assemblée nationale, après autorisation du Conseil des ministres ; il peut, sur délégation expresse du président de la République, présider le Conseil des ministres de façon exceptionnelle.

2 ° Le pouvoir réglementaire

Le pouvoir d'exécuter les lois est une prérogative traditionnelle de l'exécutif accordée tantôt au Premier ministre seul, tantôt au président de la République après délibération du Conseil des ministres. Il s'agit d'édicter des actes administratifs généraux et impersonnels (les règlements), subordonnés aux lois et destinés à en assurer l'exécution. À côté de ce pouvoir réglementaire subordonné, la Constitution de 1958 a prévu un « *pouvoir réglementaire autonome* » exercé sous forme d'actes à caractère général et impersonnel, pris spontanément, en dehors de toute loi pour réglementer des matières situées hors du champ de la loi.

Le domaine du pouvoir réglementaire autonome, qui existait déjà sous le régime précédent, était particulièrement restreint car la loi avait vocation à intervenir dans tous les domaines : *la loi était la règle, le pouvoir réglementaire autonome, l'exception*. La Constitution de 1958, en délimitant de façon stricte le domaine de la loi (voir *infra* n° 128), a renversé le principe : dorénavant, le règlement autonome peut intervenir dans de nombreux domaines alors que la loi ne le peut que dans des matières étroitement délimitées par l'article 34 de la Constitution. Ainsi, des règlements autonomes peuvent intervenir dans tous les domaines qui ne relèvent plus de la loi. C'est un pouvoir considérable reconnu à l'exécutif, particulièrement au Premier ministre seul, qui peut notamment modifier lui-même les lois ou ordonnances intervenus avant la Constitution de 1958 dans des domaines que celle-ci a fait devenir réglementaire : il faut, pour cela, un décret pris après avis du Conseil d'État.

3 ° Les pouvoirs en relation avec le Parlement

Le Premier ministre joue un rôle important en relation avec le Parlement. Il a droit d'entrée et de parole aux assemblées ; il intervient fréquemment dans la procédure législative. Il peut demander la réunion du Parlement en session extraordinaire et décider la convocation d'une Commission mixte paritaire en cas de désaccord entre l'Assemblée nationale et le Sénat (voir *infra* n° 129). Il peut enfin, bien que la possibilité en soit peu utilisée, demander au Sénat l'approbation d'une déclaration de politique générale.

À côté de ces pouvoirs que l'on peut considérer comme normalement attachés à la fonction de Premier ministre, celui-ci détient un pouvoir d'avis et de proposition à l'égard du président de la République en cas d'application de l'article 12 (dissolution) et de l'article 16 (pouvoirs exceptionnels). Il peut également saisir le Conseil constitutionnel d'une loi ou d'un engagement international qu'il estimerait contraire à la Constitution.

4 ° Les relations avec la majorité

Il appartient traditionnellement au chef du Gouvernement depuis le début de la V^e République d'être directement en relation avec la majorité à l'Assemblée

nationale, au besoin pour l'encadrer et maintenir sa cohérence. Si le président de la République, issu directement du peuple tout entier, ne peut se rattacher à un parti déterminé, il est évident qu'il exerce ses fonctions avec d'autant plus de facilité et ses compétences avec d'autant plus de plénitude s'il dispose d'une majorité qui lui est favorable à l'Assemblée nationale. Le Premier ministre, qui émane du président, est chargé, surtout depuis 1962, de ce rôle essentiel d'intermédiaire entre le sommet de l'exécutif et les parlementaires qui le soutiennent. Ainsi, le Premier ministre intervient activement dans les opérations électorales (surtout au moment crucial de la désignation des candidats de la majorité) ; il ranime et maintient la discipline dans les rangs des formations de la majorité... Ce rôle est apparu avec plus d'ambiguïté sous le septennat de Valéry Giscard d'Estaing où, pour la première fois depuis 1958, le président n'était pas en liaison directe avec le principal parti de la majorité, mais il s'est réaffirmé sous le septennat de François Mitterrand jusqu'aux élections de 1986. Pendant les périodes dites de cohabitation (mars 1986 à mai 1988, mars 1993 à mai 1995 et juin 1997 à mai 2002), en raison de la distorsion entre la majorité présidentielle et la majorité parlementaire, le rôle du Premier ministre en tant que chef de la majorité a été nettement renforcé. Le Premier ministre François Fillon a précisé, à plusieurs reprises, qu'il était le chef naturel de la majorité parlementaire.

§ 2 Les ministres

107 Placés sous l'autorité du Premier ministre, les ministres disposent d'un certain nombre d'attributions qu'ils exercent individuellement en tant que chef d'un département ministériel (voir *infra* n° 185), ou collectivement en tant que membres du Gouvernement.

A. La désignation et la révocation

108 Les ministres sont nommés par le président de la République sur la proposition du Premier ministre. En principe, le rôle du chef de l'État est de pure forme, il ne devrait qu'entériner le choix du chef du Gouvernement. La réalité est autre : le président de la République joue un rôle décisif dans le choix des ministres. De la même façon, le président de la République peut mettre fin aux fonctions d'un ministre, sur la proposition du Premier ministre. Là encore, la prépondérance du chef de l'État joue, il lui est aisé de susciter une proposition du Premier ministre quand un ministre n'est plus en accord avec la politique qu'il a décidée ou parce qu'il ne bénéficie plus de sa confiance (les exemples ne manquent pas).

B. Les incompatibilités ministérielles

109 En plus des incompatibilités traditionnelles (fonction publique, privée...), la V^e République a innové en établissant une *incompatibilité entre la fonction ministérielle et le mandat parlementaire*. Cette incompatibilité, définie par l'article 23

de la Constitution, a été aménagée par une loi organique de 1958 (ordonnance n° 58-1099 du 17 novembre 1958). L'interdiction d'exercer simultanément les deux fonctions est totale : elle vise aussi bien le Premier ministre que tous les autres membres du Gouvernement, quel que soit leur rang (ministres ou secrétaires d'État). La formulation de cette incompatibilité rend nécessaire l'institution du « suppléant » qui sera amené à remplacer le parlementaire appelé à des fonctions au Gouvernement. Un délai d'un mois lui est accordé pour opter. Pendant ce délai, le parlementaire, membre du Gouvernement, ne peut prendre part à aucun scrutin et l'incompatibilité ne prend pas effet si le Gouvernement est démissionnaire avant l'expiration du délai. À signaler qu'en cas d'utilisation d'un scrutin de liste, l'institution du suppléant disparaît. Ce sont, en effet, les suivants de la liste qui remplacent les parlementaires qui deviennent membres du Gouvernement.

À l'origine, cette disposition avait pour but de transformer les mœurs parlementaires en réduisant, autant que possible, la « course aux portefeuilles ministériels », une des causes de l'instabilité ministérielle. En rendant impossible le cumul des deux fonctions, la psychologie du parlementaire se trouve transformée. L'application de cette mesure a été relativement difficile et n'a pas abouti aux résultats souhaités. En effet, les parlementaires devenus ministres n'en restent pas moins, malgré l'existence du suppléant ou du remplaçant, les véritables responsables politiques de leur circonscription. De plus, des conflits peuvent éclater entre l'ancien ministre qui n'est plus parlementaire mais souhaitait le redevenir, et l'ancien suppléant devenu parlementaire et qui souhaite le rester. Afin que la situation du parlementaire qui accepte une fonction de ministre soit moins précaire, voire franchement plus confortable, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a posé le principe qu'un tel parlementaire, à l'issue de sa fonction ministérielle, retrouve automatiquement son siège de député ou de sénateur (art. 25 de la Constitution ; voir aussi art. LO 176 C. élect. issu de la loi organique n° 2009-38 du 13 janv. 2009).

D'autres incompatibilités frappent les ministres : emploi public et en général toute activité professionnelle ou représentation professionnelle à caractère national. L'idée est d'éviter toute confusion et tout moyen de pression qu'un ministre pourrait exercer en arguant de sa fonction. De plus, une incompatibilité relative frappe les anciens ministres qui ne peuvent, pendant 6 mois après la fin de leurs fonctions, occuper certains emplois (direction d'entreprises publiques, présidence de conseil d'administration de certaines entreprises privées...).

C. La hiérarchie ministérielle

110

Il n'y a pas de hiérarchie entre les différents membres du Gouvernement, sinon de type protocolaire. Toutefois, on constate l'existence, à côté des ministres *stricto sensu*, de « sous-ministres », les secrétaires d'État et de « super ministres », les « ministres d'État ». Les ministres d'État étaient traditionnellement des hommes politiques qui représentaient au sein du Gouvernement les partis de la majorité mais sans diriger un département ministériel. Depuis 1958, l'appellation a changé de signification : les ministres d'État sont désormais placés à la tête d'un ministère particulièrement important, mais leur titre marque simplement

une préséance protocolaire par rapport aux autres membres du Gouvernement (Jean-Louis Borloo était le seul ministre d'État dans le premier gouvernement de François Fillon). Les ministres délégués et les secrétaires d'État sont généralement placés à la tête d'un ensemble de services, trop peu important toutefois pour constituer un véritable département ministériel ; ils sont rattachés à un ministre ou au Premier ministre et n'exercent de compétences que sur délégation de leur part.

Il faut remarquer que, s'il n'existe pas de véritable hiérarchie à l'intérieur du Gouvernement dans la mesure où aucun ministre (sauf naturellement le Premier ministre) ne peut donner d'instruction à un autre, il existe une prééminence de fait du ministre du Budget. Les ministres (et ministres délégués lorsqu'il y en a) siègent de plein droit au Conseil des ministres. En revanche, les secrétaires d'État ne siègent que ponctuellement, sur convocation expresse, lorsqu'une affaire de leur ressort est à l'ordre du jour.

§ 3 Les formations gouvernementales

111 L'ensemble constitué par le Premier ministre, les ministres et les secrétaires d'État forme un organe collectif doté d'attributions importantes.

A. Les divers types de formations gouvernementales

1 ° Le Conseil des ministres

112 C'est la formation la plus importante, la seule prévue par la Constitution : elle est constituée par la réunion de l'ensemble des ministres et du Premier ministre sous la présidence du président de la République. *Le Premier ministre peut suppléer de façon exceptionnelle le président de la République* pour présider le Conseil des ministres, à deux conditions prévues par l'article 21 de la Constitution : il faut une délégation expresse du président de la République ; le Conseil des ministres qui se réunit dans ces conditions ne peut délibérer que sur un ordre du jour limité (ex. : Dominique de Villepin a présidé le Conseil des ministres du 7 septembre 2005, suite à l'hospitalisation du président Chirac).

2 ° Les conseils interministériels

Les politiques publiques sont de plus en plus transversales (ex. : aménagement du territoire, politique de la ville) et nécessitent l'action de plusieurs ministères sous l'autorité du Premier ministre. Le découpage ministériel très sectoriel, est peu adapté à la coordination spontanée des ministres... Dès lors, ces réunions interministérielles, fort nombreuses, qui peuvent être présidées soit par le président de la République, soit par le Premier ministre, ont essentiellement pour rôle de préparer les travaux du Conseil des ministres et de réaliser les arbitrages politiques (ex. : le Comité interministériel pour l'aménagement et le développement du territoire).

B. Les pouvoirs du Gouvernement

113

Ce sont les pouvoirs collégiaux dont la Constitution dispose qu'ils s'exercent en Conseil des ministres ; ce sont les décisions en général les plus importantes que l'on peut analyser à deux niveaux : les pouvoirs normaux et les pouvoirs exceptionnels.

1 ° Les pouvoirs normaux

Ils sont définis par l'article 20 de la Constitution « le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation ». Il s'agit donc d'un rôle très général dont les limites sont incertaines, sauf à en répondre politiquement devant l'Assemblée nationale. Ce pouvoir gouvernemental général, en dehors du rôle d'impulsion, d'initiative et de création qu'il comporte, comprend également de nombreux pouvoirs attribués généralement au Premier ministre mais qui ne peuvent être exercés que collectivement, en Conseil des ministres. Ainsi, le pouvoir d'initiative en matière législative appartient au Premier ministre mais les projets de loi sont préparés et discutés en Conseil des ministres. Si le Premier ministre dispose du pouvoir réglementaire, de nombreux décrets sont délibérés en Conseil des ministres. Enfin, le Premier ministre ne peut engager la responsabilité de son Gouvernement qu'après délibération du Conseil des ministres. À signaler également que le Gouvernement peut proposer au président de la République d'organiser un référendum législatif (art. 11).

2 ° Les pouvoirs exceptionnels

Le Gouvernement dispose de deux pouvoirs qu'il peut exercer exceptionnellement.

a) Le pouvoir de légiférer par ordonnances

Le pouvoir législatif appartient de droit au Parlement (voir *infra* n° 126). Toutefois, de façon exceptionnelle, le Gouvernement peut légiférer par ordonnances, si le Parlement l'y autorise par une loi d'habilitation.

Sous la III^e République, une pratique semblable s'était instituée avec le système des « décrets-lois ». Après 1946, cette pratique de délégation du pouvoir législatif avait été interdite par la Constitution, mais très vite elle avait réapparu de façon officieuse (loi du 17 août 1948, avis du Conseil d'État du 6 février 1953). La Constitution de 1958, dans son article 38, n'a fait que régulariser une procédure ancienne en limitant son usage : le Gouvernement demande au Parlement l'autorisation de prendre des ordonnances ayant force de loi dans le domaine réservé à la loi par la Constitution, ceci pour l'exécution de son programme. Le Parlement ne peut déléguer ses pouvoirs que dans un domaine déterminé précisé par la loi d'habilitation et pour une période de temps limitée. Les ordonnances sont délibérées en Conseil des ministres et doivent être signées par le président de la République : elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le Gouvernement n'a pas déposé, avant la date fixée par la loi d'habilitation, un projet de loi portant ratification des ordonnances. Une fois la ratifi-

cation intervenue, les ordonnances acquièrent valeur législative : elles ne peuvent plus être modifiées que par une loi subséquente. La ratification est expresse, formalisée par la promulgation d'une loi de ratification ; suite à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, elle ne peut plus être implicite.

Depuis quelques années, des dizaines d'ordonnances ont été prises par les gouvernements successifs dans le cadre de la modernisation et de la simplification du droit.

Tant qu'elles ne sont pas ratifiées, les ordonnances restent des actes administratifs. Elles sont donc susceptibles d'être contrôlées par le juge administratif par la voie du recours pour excès de pouvoir (CE, 24 nov. 1961, *Fédération nationale des syndicats de Police*).

b) Le pouvoir de décréter l'état de siège ou l'état d'urgence

En cas de troubles d'une exceptionnelle gravité, le gouvernement peut, selon le cas, proclamer l'état de siège ou l'état d'urgence :

– *l'état de siège* (art. 36 Constitution) correspond à une menace extérieure qui se traduit par une atteinte à l'intégrité du territoire et à l'autorité de l'État. Il est décrété après délibération en Conseil des ministres, mais au plus pour une période de douze jours ; au-delà, une autorisation du Parlement est nécessaire. L'état de siège a pour effet de transférer aux autorités militaires les pouvoirs détenus normalement par les autorités civiles et de restreindre le régime des libertés ;

– *l'état d'urgence* correspond à une situation de troubles intérieurs. Ce régime a été créé par la loi du 3 avril 1955 dans le contexte des « événements » d'Algérie. Il est décrété après délibération en Conseil des ministres, mais seulement pour une période de douze jours ; au-delà, une autorisation du Parlement est nécessaire. Les préfets obtiennent des pouvoirs de police renforcés en matière d'ordre public (restrictions en matière de circulation, de réunion, etc.). L'état d'urgence a été utilisé pour mettre un terme aux violences urbaines à l'automne 2005 (décret du 8 novembre 2005). Il a été prorogé par le Parlement (loi du 18 novembre 2005) jusqu'à début décembre 2005.

section **3**

Le Parlement

114

En France, Le Parlement est traditionnellement *bicaméral* (composé de deux chambres) ; la V^e République n'a pas failli à la tradition en instituant deux assemblées : l'Assemblée nationale et le Sénat. La première est élue au suffrage universel direct et elle est composée de 577 députés ; la seconde est élue au suffrage universel indirect et elle est composée de 348 sénateurs (après le renouvellement partiel de 2011). Le Parlement, sous la V^e République, a subi une profonde mutation ; jusque-là, il était le détenteur quasi unique de la souveraineté populaire mais depuis la réforme constitutionnelle de 1962, il est concurrencé dans ce domaine par le président de la République qui est l'élu direct du peuple. De plus, les fonc-

tions du Parlement ont été sérieusement diminuées par la Constitution de 1958, tant au niveau du domaine de la loi qui a été considérablement amputé, qu'au niveau du contrôle qu'il peut exercer sur le Gouvernement qui a été rendu plus difficile. L'évolution politique a accentué cette tendance à la diminution des pouvoirs du Parlement, malgré un certain renouveau qui est sensible depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Il ne faut pas s'étonner de cet affaiblissement du Parlement que l'on retrouve dans de nombreux pays comparables à la France, et qui pourrait être un des traits caractéristiques des systèmes politiques actuels dans lesquels l'exécutif tend à accroître ses prérogatives. Toutefois, on peut remarquer que le Parlement français a particulièrement été touché dans sa structure, dans son fonctionnement ainsi que dans ses pouvoirs.

Les étudiants pourront visiter les sites Internet suivants :

www.assemblee-nationale.fr

www.senat.fr

§ 1 La structure du Parlement

115 Le Parlement est composé de deux assemblées dont les membres sont élus selon des systèmes différents.

A. La désignation des parlementaires

116 Dans un système comme le nôtre, où le Parlement est désigné démocratiquement, il apparaît nécessaire de diversifier le mode d'élection des deux assemblées afin qu'elles n'aient pas la même composition, ce qui rendrait inutile l'existence d'une seconde chambre.

1 ° L'élection des députés à l'Assemblée nationale

117 Les députés de la métropole, des départements, des collectivités d'Outre-mer et autres collectivités à statut spécial sont élus pour 5 ans. Depuis le début de la V^e République (ordonnance du 13 octobre 1958), les députés sont élus au *scrutin majoritaire uninominal à deux tours* (sauf en 1986 car le législateur avait institué le scrutin de liste et la représentation proportionnelle) dans le cadre de circonscriptions électorales qui sont l'addition d'un ou plusieurs arrondissements (art. L. 123 C. élec.). Un effort d'harmonisation a été réalisé pour égaliser au mieux le chiffre de population des circonscriptions (100 000 habitants en moyenne) : c'est l'objet de l'ordonnance n° 2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés. Dans une décision du 8 janvier 2009, le Conseil constitutionnel a jugé que la délimitation des circonscriptions doit reposer sur des bases « essentiellement » démographiques. Des écarts de population entre circonscriptions peuvent se justifier mais en aucun cas de plus de 20 % de la population moyenne des circonscriptions du département. Aux termes du Code électoral, un candidat pour être élu au premier tour, doit obtenir la majorité absolue des suffrages exprimés (plus de la

moitié des voix) et au moins les suffrages du quart. des électeurs inscrits. Au second tour, seuls peuvent se présenter les candidats ayant obtenu au premier tour un nombre de voix équivalant à 12,5 % au moins des électeurs inscrits. À noter une conséquence de l'incompatibilité entre la fonction de ministre et le mandat parlementaire : chaque candidat désigne son « suppléant », dont le nom figure sur le bulletin de vote à côté du sien. Ce suppléant est appelé à remplacer le député élu lorsque celui-ci devient ministre, membre du Conseil constitutionnel ou quand il décède (dans les autres hypothèses, il y a une élection partielle).

Le mode de scrutin fait l'objet d'une réflexion qui a pour objet d'intégrer une dose de représentation proportionnelle dans le système actuel.

Depuis le début de la V^e République, de nombreuses élections à l'Assemblée nationale ont eu lieu :

- **23 et 30 novembre 1958** : désignation de la première assemblée du régime ; défaite des partis de la V^e République (Parti communiste : 10 sièges ; Parti socialiste : 44 ; MRP : 56), victoire du parti gaulliste (UNR : 212 sièges).

- **18 et 25 novembre 1962** : à la suite de la dissolution de l'Assemblée ; confirmation du succès des gaullistes (UNR : 233 sièges), léger redressement de l'opposition de gauche (PC : 42 sièges ; Socialistes : 66).

- **5 et 11 novembre 1967** : renouvellement normal de l'Assemblée ; l'UNR se maintient (199 sièges) mais l'opposition de gauche marque un net redressement (Fédération gauche : 121 ; PC : 73).

- **23 et 30 juin 1968** : à la suite de la dissolution intervenue après les événements de mai 1968 ; victoire des gaullistes (UDR : 294 sièges, soit plus de la majorité absolue) mais défaite de l'opposition de gauche (PC : 34 ; Fédération gauche : 57).

- **4 et 11 mars 1973** : renouvellement normal de l'Assemblée ; l'UDR a perdu la majorité qu'elle détenait à elle seule mais l'ensemble qu'elle compose avec les Républicains indépendants et le Centre démocratie et progrès lui permet de conserver la majorité (UDR : 184 ; RI : 54 ; CDP : 23) ; par contre, l'opposition de gauche a marqué un progrès sensible (PC : 73 ; PS : 89 ; Radicaux gauche : 12).

- **12 et 19 mars 1978** : renouvellement normal de l'Assemblée ; la majorité sortante perd des sièges (10), mais conserve nettement la majorité (RPR : 153 ; UDF : 137, soit PR : 69, CDS : 35, Maj. prés. : 16, CNIP : 7, Rad. : 9, MDSF : 1). Au total, la majorité détient 290 sièges. Par contre, l'opposition de gauche, si elle gagne des sièges (17), ne réussit pas la percée qu'elle escomptait et obtient au total 201 sièges (PC : 86 ; PS : 104 ; MRG : 10 ; Divers : 1).

- **14 et 21 juin 1981** : renouvellement de l'Assemblée élue en mars 1978 après la dissolution prononcée le 18 mai 1981. La majorité la perd, le parti socialiste est le grand gagnant de ce scrutin puisque, à lui seul, il détient la majorité absolue à l'Assemblée nationale (PS : 269 ; PC : 44 ; RPR : 83 ; UDF : 61 ; divers gauche : 20 ; divers droite : 11).

- **16 mars 1986** : renouvellement de l'Assemblée élue en juin 1981, à son terme normal, mais selon le système de la représentation proportionnelle. La majorité de gauche sortante est battue, mais la nouvelle majorité RPR-UDF est fragile (3 sièges de majorité).

• **5 et 12 juin 1988** : renouvellement de l'Assemblée élue en mars 1986 après la dissolution prononcée le 14 mai 1988. La majorité sortante RPR-UDF est battue mais le parti socialiste ne détient qu'une majorité relative (PS et divers gauche : 277 ; PC : 27 ; UDF : 130 ; RPR : 128 ; divers droite : 14 ; FN : 1).

• **21 et 28 mars 1993** : renouvellement de l'Assemblée nationale élue en juin 1988 à son terme normal. La majorité sortante qui n'était que relative (PS et divers gauche) est sévèrement battue, l'ancienne opposition (RPR-UDF) détient dorénavant une majorité écrasante (RPR : 258 ; UDF : 215 ; divers droite ; 24, PS : 57 ; PC : 23).

• **25 mai et 1^{er} juin 1997** : renouvellement de l'Assemblée élue en mars 1993 après la dissolution prononcée le 21 avril 1997. La majorité sortante (RPR-UDF) est battue par une nouvelle majorité de gauche dite « plurielle » comprenant 319 députés (245 PS et apparentés, 37 PC, 8 écologistes et 29 divers gauche). L'opposition compte 257 députés (140 RPR, 109 UDF et 8 divers droite).

• **9 et 16 juin 2002** : renouvellement de l'Assemblée nationale à son terme normal. L'ancienne majorité PS-PCF est sévèrement battue. L'Union pour la majorité présidentielle (UMP), alliance du RPR et de l'UDF (à part. quelques réfractaires), détient une majorité écrasante (UMP : 369 ; divers droite : 6 ; UDF : 22 ; PS : 141 ; PCF. : 21).

• **10 et 17 juin 2007** : renouvellement de l'Assemblée nationale à son terme normal, après l'élection présidentielle. La majorité UMP est bien installée, même si elle est en recul par rapport à 2002 : UMP 321 sièges, PS 204 sièges, Nouveau Centre 22 sièges... et l'effondrement du Modem de François Bayrou avec 5 sièges seulement.

Document n° 8 Hémicycle du Palais-Bourbon (répartition des sièges)

Groupe	Membres	Membres apparentés	Total
Union pour un Mouvement Populaire	305	8	313
Socialiste, radical, citoyen et divers gauche	189	15	204
Gauche démocrate et républicaine	25	0	25
Nouveau Centre	23	2	25
<u>Total groupes</u>	542	25	567
Députés non inscrits			9
<u>Total des sièges pourvus</u>			576
<u>Sièges vacants</u>			1
<u>Total des sièges</u>			577

Composition au 24/06/2011

2^o L'élection des sénateurs

Les sénateurs sont élus, comme le prévoit la Constitution, au suffrage universel mais indirect. Il y a les sénateurs élus dans les départements et les sénateurs représentant les Français expatriés. Depuis le renouvellement partiel de septembre 2008,

le Sénat se compose de 343 sénateurs. Depuis le renouvellement de 2011, l'effectif a été porté à 348 sénateurs (maximum autorisé par la Constitution).

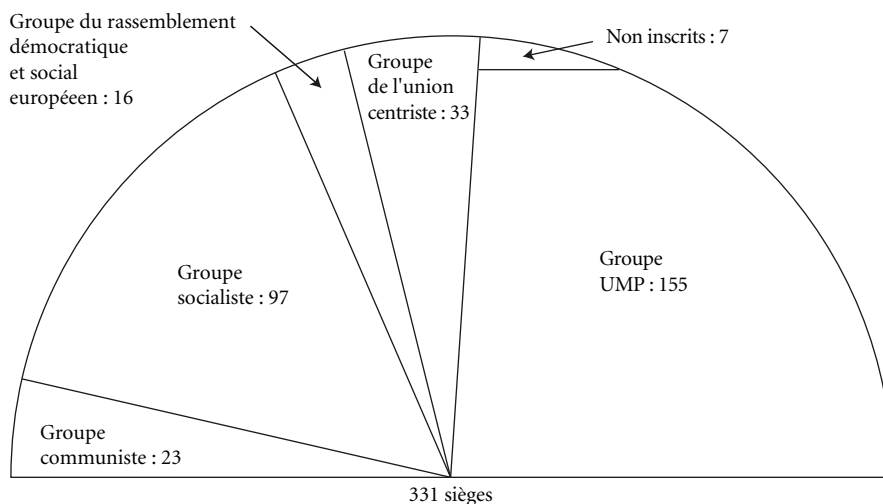
Les sénateurs élus dans les départements : ils sont élus par « les grands électeurs », c'est-à-dire par des personnes qui sont elles-mêmes déjà élues par le peuple, essentiellement au niveau des collectivités territoriales. Le collège qui procède à l'élection des sénateurs est composé par :

- les députés à l'Assemblée nationale (577 députés) ;
- les conseillers régionaux et les conseillers de l'Assemblée de Corse selon la répartition décidée par chaque Conseil et par l'Assemblée de Corse (1870 conseillers) ;
- les conseillers généraux (environ 4 000) ;
- les délégués des conseils municipaux (environ 142 000).

Ces derniers sont les plus nombreux, ils représentent environ 97 % du corps électoral sénatorial. La conséquence de cette proportion est la sur-représentation de la partie rurale du pays. La majorité absolue des délégués sénatoriaux (53 %) est issue des communes de moins de 1 500 habitants alors que ces communes ne représentent que 33 % de la population totale. Par contre, les villes de plus de 10 000 habitants, avec 41,5 % de la population, n'ont que 21,5 % des délégués sénatoriaux. À noter que le vote des grands électeurs sénatoriaux revêt un caractère obligatoire. À partir de 2014, il faudra tenir compte du remplacement des conseillers généraux et conseillers régionaux par les conseillers territoriaux.

Les sénateurs représentant les Français établis hors de France : en plus des 326 sénateurs élus dans les départements et des 10 sénateurs élus dans les collectivités d'outre mer et les collectivités à statut particulier, il y a 12 sénateurs élus au titre des Français établis à l'étranger (1,3 million de ressortissants immatriculés auprès des ambassades et des consulats). Les expatriés dûment immatriculés élisent l'Assemblée des Français de l'étranger. C'est cette assemblée qui forme le corps électoral appelé à élire les 12 sénateurs représentant les Français établis hors de France.

Document n° 9 Composition du Sénat après le renouvellement du 21 septembre 2008



La loi n° 2000-641 du 10 juillet 2000 avait déjà réformé le mode de scrutin. Aux termes de la loi n° 2003-697 du 30 juillet 2003 portant réforme de l'élection des sénateurs, le mode d'élection des sénateurs se trouve une nouvelle fois modifié :

– dans les départements élisant **trois sénateurs au plus**, l'élection a lieu au scrutin uninominal majoritaire à deux tours, avec possibilité de panachage (nouvel article L. 294 C. élec.) ; le scrutin uninominal implique que chaque candidat désigne un suppléant.

– dans les départements élisant **quatre sénateurs au moins**, l'élection se fait selon le scrutin de liste à la représentation proportionnelle à la plus forte moyenne, sans panachage, ni vote préférentiel (nouvel art. L. 295 C. élec.). Le scrutin de liste impose le respect de la parité hommes-femmes. Il n'y a pas lieu de désigner des suppléants. Chaque liste doit comporter deux noms de plus qu'il y a de sièges à pourvoir. Si un siège de sénateur devient vacant pendant la mandature, c'est le candidat venant sur la liste immédiatement après le dernier élu de celle-ci qui devient sénateur (art. LO 319 C. élec.).

Depuis les débuts de la V^e République, Les sénateurs étaient élus pour 9 ans et renouvelables par tiers tous les 3 ans. Ce système avait pour conséquence (c'était le but recherché) d'éviter tout bouleversement brutal dans la composition du Sénat. Au total, la représentation des diverses formations politiques était assez conforme à leur audience dans le pays, avec toutefois un certain décalage dû au système d'élection et au corps électoral (voir doc. n° 9). Ce système a été profondément modifié par la loi organique n° 2003-696 du 30 juillet 2003 portant réforme de la durée du mandat et de l'âge d'éligibilité des sénateurs, ainsi que de la composition du Sénat. En effet, au terme de la réforme qui a été appliquée dès le renouvellement partiel de 2004, plusieurs éléments fondamentaux sont totalement nouveaux : désormais, les sénateurs sont élus pour 6 ans (et non plus 9 ans), le renouvellement se fait par moitié (et non plus par tiers), l'âge d'éligibilité est abaissé à 30 ans (au lieu de 35 ans). De plus, le nombre des sénateurs élus dans les départements est progressivement passé à 328 et celui des sénateurs élus au titre des Français à l'étranger et des collectivités d'outre-mer à 20 sénateurs. En 2011, l'effectif total du Sénat a ainsi été porté à 348 sénateurs.

B Le statut des parlementaires

119

Le statut des parlementaires comprend un certain nombre de règles destinées à protéger les représentants du peuple dans l'exercice de leurs fonctions.

1^o Les règles relatives à l'accès au Parlement

120

a) Les inéligibilités

Pour être élu au Parlement, c'est-à-dire aussi bien à l'Assemblée nationale qu'au Sénat, un certain nombre de conditions sont à remplir :

- jouir de la nationalité française (depuis 10 ans pour les naturalisés) ;
- avoir la jouissance du droit de vote ;

- être dans une situation régulière au regard du Code de la Défense ;
- avoir 23 ans pour être élu à l'Assemblée nationale ; 30 ans pour être élu au Sénat.

À ceci s'ajoutent des inéligibilités absolues ou relatives :

- *inéligibilité absolue*, celle qui interdit d'être candidat dans toute circonscription à la suite, par exemple, d'une condamnation pour crime ;
- *inéligibilité relative*, celle qui interdit, par exemple, aux commerçants en état de liquidation judiciaire et aux condamnés pour faits de corruption électorale d'être candidats pendant 2 ans, celle qui interdit d'être candidat dans une circonscription où l'on a exercé des fonctions d'autorité susceptibles d'avoir une influence sur les électeurs (préfets, magistrats, officiers exerçant un commandement). Ces inéligibilités sont établies pour une durée de temps restreinte et elles sont toujours interprétées de manière restrictive.

b) Les incompatibilités

La fonction parlementaire doit être protégée de façon à éviter qu'elle ne puisse s'exercer en toute *indépendance*. C'est la raison d'être des incompatibilités qui viennent interdire l'exercice simultané du mandat parlementaire et d'autres fonctions.

- Nous avons déjà mentionné, et nous ne la rappelons ici que pour mémoire, ***l'incompatibilité du mandat parlementaire avec la fonction ministérielle***. Cette incompatibilité ayant rendu nécessaire l'institution du suppléant ou du remplaçant qui remplace le parlementaire qui devient ministre (voir *supra* n° 109 le statut du Gouvernement).

Deux autres grands groupes d'incompatibilités existent : les incompatibilités avec les fonctions publiques, les incompatibilités avec les fonctions privées.

- ***Les incompatibilités avec les fonctions publiques*** sont faciles à définir et peu gênantes dans leur application. On ne peut pas être à la fois parlementaire et fonctionnaire public en position d'activité. Le fonctionnaire qui est élu parlementaire est placé en position de détachement et pourra rejoindre son corps d'origine au terme de son mandat électif (ex. : député battu).

La mise en position de détachement ne crée pas de difficulté à l'Administration. Quant au fonctionnaire élu, il n'y trouve que des avantages. Cela lui permet de se consacrer exclusivement à son mandat ; et, en cas de vicissitudes électorales, il est assuré de retrouver sa fonction initiale.

- ***Les incompatibilités avec les fonctions privées*** ont été longuement débattues. Leur régime juridique est difficile à définir.

Il ne peut être procédé par voie de prohibition générale au risque d'interdire à la plus grande majorité des citoyens les fonctions de représentation. Une prohibition catégorielle s'impose mais la question est alors de définir les fonctions privées incompatibles.

La fonction parlementaire est aujourd'hui rendue incompatible avec des fonctions de direction et d'administration dans diverses catégories d'entreprises (entreprises nationales, établissements publics nationaux, entreprises privées subventionnées par l'État...).

Le parlementaire, dans les quinze jours qui suivent son élection, doit se démettre de ses fonctions incompatibles. Dans le même délai, il doit déclarer au bureau de l'Assemblée les fonctions qu'il entend conserver et, en cours de mandat, déclarer toute activité professionnelle nouvelle qu'il envisage d'exercer (art. LO 146 C. élect.).

S'il y a doute sur la compatibilité des fonctions ou activités exercées, ou en cas de contestation à ce sujet, le bureau de l'Assemblée intéressée, le garde des Sceaux ou le parlementaire lui-même saisit le *Conseil constitutionnel* qui apprécie souverainement. Dans l'affirmative, le parlementaire doit régulariser sa situation dans un délai de quinze jours ; à défaut, le Conseil constitutionnel le déclare démissionnaire d'office de son mandat.

Les implications de ces incompatibilités sont loin d'être aussi positives que les précédentes. Si elles soustraient dans certains cas le parlementaire à l'influence des groupes financiers et économiques avec lesquels il est obligé de rompre, elles laissent entier le problème de l'avenir du représentant au terme de ses fonctions politiques.

Il convient de remarquer qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre l'exercice d'un mandat de député ou de sénateur et celui de la profession d'avocat (il y a actuellement 53 parlementaires qui exercent, en parallèle, la profession d'avocat).

• **Les incompatibilités avec d'autres mandats électifs**, après de nombreux projets et de longues discussions, ont fait l'objet d'une nouvelle réforme avec la loi organique du 5 avril 2000 (art. LO 141 C. élect.). Dorénavant, le mandat parlementaire ne peut être cumulé qu'avec un seul des mandats suivants :

- conseiller régional ;
- conseiller général ;
- conseiller de Paris ;
- conseiller municipal dans une ville de plus de 3 500 habitants ;

Il faut d'une part. en déduire qu'un mandat parlementaire reste compatible avec un mandat local (même deux mandats locaux si le parlementaire est élu dans une commune de moins de 3 500 habitants) et d'autre part. que le mandat parlementaire reste compatible avec une fonction exécutive locale (les fonctions exécutives dans un EPCI ne sont pas prises en considération).

Cette réglementation du cumul des mandats constitue une véritable innovation en France qui a pour but de permettre au parlementaire de se consacrer de façon plus exclusive à son mandat. En vertu de la loi organique du 5 avril 2000, le mandat de parlementaire national est également incompatible avec celui de député européen (art. LO 137-1 C. élect.).

2^o Les règles relatives à l'exercice du mandat parlementaire

121

a) Les immunités parlementaires

Il s'agit de règles destinées à préserver le parlementaire dans l'exercice de ses fonctions. Deux dispositions interviennent ici ; elles sont prévues par l'article 26 de la Constitution modifié lors de la révision constitutionnelle du 4 août 1995 :

↔ **L'irresponsabilité du parlementaire**

Le parlementaire n'est responsable ni civilement ni pénalement des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions. C'est une immunité absolue en ce sens qu'elle interdit toute poursuite civile ou pénale et qu'elle joue même après la cessation du mandat. Elle ne couvre que les actes accomplis dans l'exercice des fonctions et non les opinions émises, par exemple, dans les réunions publiques ou dans les journaux.

↔ **L'inviolabilité du parlementaire**

Le système traditionnel, repris par la Constitution de 1958, a été remanié lors de la révision constitutionnelle du 4 août 1995 car il avait montré ses limites et des difficultés de mise en œuvre. De plus, le système de la session unique aurait entraîné un régime dérogatoire pendant neuf mois. Dorénavant, les parlementaires ne peuvent faire l'objet, en matière de crime ou de délit, d'une arrestation ou de toute autre mesure privative ou restrictive de liberté qu'avec l'autorisation du Bureau de l'assemblée à laquelle ils appartiennent.

Cette règle comporte deux limites : l'autorisation n'est pas requise en cas de crime ou de délit flagrant ou de condamnation définitive ; si l'assemblée dont fait partie le parlementaire le requiert, la détention, les mesures privatives ou restrictives de liberté ou les poursuites engagées sont suspendues pour la durée de la session. Dans ce dernier cas, l'assemblée intéressée est réunie de plein droit pour des séances supplémentaires si nécessaire.

Désormais et contrairement à la situation précédente, il n'y a plus d'autorisation préalable des assemblées pour l'ouverture de poursuites judiciaires à l'encontre d'un parlementaire en cours de session. Les parlementaires, contrairement aux ministres, relèvent toujours des tribunaux de droit commun.

b) L'indemnité parlementaire

Objet d'après discussions sous les III^e et IV^e Républiques, elle est moins contestée aujourd'hui. Cela tient à son régime précis. Elle comporte :

– **une part. fixe**, calculée par référence au traitement des fonctionnaires, catégorie « hors échelle » : elle est égale à la moyenne entre le traitement le plus bas et le plus élevé de cette catégorie ;

– **une indemnité de fonction** égale à 1/4 de l'indemnité fixe. Cette indemnité peut être réduite pour cause d'absentéisme aux travaux de l'Assemblée ou des commissions parlementaires. Mais la mesure est peu efficace car guère appliquée.

L'indemnité parlementaire permet aux députés ou sénateurs de faire face aux besoins de leur charge en toute indépendance.

L'indemnité mensuelle s'élève à 7 065 €.

② **Le fonctionnement du Parlement**

En principe, les parlementaires sont libres de décider des règles d'organisation du travail des assemblées. La Constitution de 1958 a cependant apporté un certain nombre de limites à ce pouvoir souverain des assemblées.

La Constitution a d'abord tenu à limiter le temps de session des assemblées de façon à éviter que celles-ci ne siègent de façon quasi permanente, soumettant le Gouvernement à un contrôle constant et excessif. Les assemblées ne sont plus aujourd'hui libres de siéger quand elles le désirent. La Constitution a aussi fixé un certain nombre de règles destinées à normaliser le fonctionnement du Parlement. Les assemblées, qui sous les III^e et IV^e Républiques avaient l'habitude de s'organiser en toute indépendance et souvent au mépris de la règle constitutionnelle, se voient rappeler à une stricte observation de celle-ci. C'est l'effet du parlementarisme rationalisé.

Enfin, un rôle important est accordé à l'exécutif dans le déroulement des débats... d'où l'importance du ministre chargé des relations avec le Parlement (ce portefeuille existe traditionnellement dans chaque gouvernement).

La signification de ces mesures arrêtées par la Constitution (et appliquées strictement par les pouvoirs publics) n'est pas à négliger. Elles concourent à expliquer le passage d'une situation où le législatif tenait l'exécutif en respect (III^e et IV^e Républiques) à une situation nouvelle où le pouvoir exécutif joue le premier rôle.

A. Les sessions parlementaires

123

Les sessions sont les périodes pendant lesquelles les assemblées siègent. La Constitution prévoit trois cas dans lesquels les assemblées sont autorisées à siéger : les sessions ordinaires, les sessions extraordinaires et les sessions de plein droit.

1^o La session ordinaire

Dans le système initial prévu en 1958, existaient deux sessions ordinaires qui permettaient aux assemblées de siéger environ 5 mois et demi dans l'année. Les sessions étaient réparties en deux périodes : la session d'automne et la session de printemps.

Ce temps de session était, aux dires des parlementaires et de nombreux auteurs, trop court. Il ne permettait pas aux assemblées de débattre sérieusement des questions dont elles étaient saisies par le Gouvernement ; ce qui ne manquait pas de renforcer la position de ce dernier et d'affaiblir leur rôle. On comprend mieux, dans ces conditions, que l'exécutif se soit montré hostile à un allongement des temps de session. Pourtant, sous la pression du Parlement, la réforme constitutionnelle du 4 août 1995 est revenue à un système équivalent à celui existant sous la IV^e République : celui d'une seule session ordinaire d'une durée plus longue. Dorénavant, le Parlement se réunit en une session ordinaire qui commence le premier jour ouvrable d'octobre et se termine le dernier jour ouvrable de juin, soit une durée de 9 mois ou 270 jours environ. Toutefois, le nombre réel de jours de séance est limité à 120 jours selon un dispositif de semaines de séance fixées par chaque assemblée. Si besoin était, le Premier ministre, après consultation du président de l'assemblée concernée, ou la majo-

rité des membres de chaque assemblée, peut décider la tenue de jours supplémentaires de séance.

2 ° Les sessions extraordinaires

Leur régime est arrêté par les articles 29 et 30 de la Constitution. En dehors de la session ordinaire, le Parlement peut se réunir en session extraordinaire à la demande du Premier ministre ou de la majorité des membres composant l'Assemblée nationale. Encore faut-il que le président de la République donne son accord.

C'est le sens qui a été donné à l'article 30 de la Constitution qui prévoit que, « hors les cas dans lesquels le Parlement se réunit de plein droit, les sessions extraordinaires sont ouvertes et closes par le président de la République ». De cette prérogative, apparemment formelle, d'ouverture et de clôture, le président de la République a fait une prérogative réelle (voir *supra* n° 92) .

Les sessions extraordinaires ne peuvent être réunies que sur un ordre du jour déterminé et le décret de clôture intervient au plus tard douze jours après l'ouverture lorsqu'elles sont demandées par les parlementaires. Lorsqu'elles sont demandées par le Gouvernement, aucun délai n'est imparti ; seul le Premier ministre peut demander une nouvelle session avant l'expiration du mois qui suit le décret de clôture.

3 ° Les sessions de plein droit

Elles sont prévues dans des cas exceptionnels.

Ainsi, après une dissolution, l'Assemblée nouvellement élue se réunit de plein droit le deuxième jeudi qui suit l'élection : si cette réunion a lieu en dehors des périodes prévues pour la session ordinaire, une session est ouverte de droit pour une durée de quinze jours (art. 12).

De même, le Parlement se réunit de plein droit lorsque le président de la République décide d'user des pouvoirs de l'article 16. La durée de la session n'est pas ici limitée. Le Parlement siège pendant toute la durée d'application des pleins pouvoirs et nous avons vu que l'Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant cette période.

B. L'organisation interne des assemblées

124

Elle est à la diligence de chacune des deux assemblées. Celles-ci doivent tenir compte des nombreuses dispositions de la Constitution et des lois organiques qui aménagent le travail parlementaire.

1 ° Le règlement des assemblées

C'est dans le règlement de chaque assemblée que sont arrêtées les règles relatives au fonctionnement interne des chambres. Chaque assemblée établit son propre règlement, susceptible de modification ultérieure.

Le particularisme de ce règlement sous la V^e République est d'être soumis à un contrôle de constitutionnalité. Autrement dit, les assemblées gardent la liberté de s'organiser mais à condition de ne pas porter atteinte à une disposition de la Constitution.

Ainsi a été jugée inconstitutionnelle en 1959 une disposition du règlement de l'Assemblée nationale introduisant une technique de contrôle du Gouvernement que la Constitution ne prévoyait pas expressément : les questions orales avec débat, suivies d'un vote.

Après la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, l'Assemblée nationale et le Sénat ont dû modifier de façon conséquente leur règlement pour l'adapter à la nouvelle situation.

2^o Les organes des assemblées

Ils dirigent le travail des assemblées. Il s'agit du bureau, des groupes parlementaires et des commissions.

a) Le bureau

Le président de l'Assemblée nationale est chargé de diriger les débats et d'administrer l'assemblée (ex. : art. 14 du règlement de l'Assemblée nationale). Il est assisté du bureau dont les fonctions constitutionnelles sont importantes (voir document n° 10).

Document n° 10 **Liste des présidents de l'Assemblée nationale**

1 ^{re} législature	9 décembre 1958	M. Jacques Chaban-Delmas
2 ^e législature	6 décembre 1962	M. Jacques Chaban-Delmas
3 ^e législature	3 avril 1967	M. Jacques Chaban-Delmas
4 ^e législature	11 juillet 1968	M. Jacques Chaban-Delmas
	25 juin 1969	M. Achille Peretti
5 ^e législature	2 avril 1973	M. Edgar Faure
6 ^e législature	3 avril 1978	M. Jacques Chaban-Delmas
7 ^e législature	2 juillet 1981	M. Louis Mermaz
8 ^e législature	2 avril 1986	M. Jacques Chaban-Delmas
9 ^e législature	23 juin 1988	M. Laurent Fabius
	22 janvier 1992	M. Henri Emmanuelli
10 ^e législature	2 avril 1993	M. Philippe Seguin
11 ^e législature	12 juin 1997	M. Laurent Fabius
	29 mars 2000	M. Raymond Forni

12 ^e législature	25 juin 2002	M. Jean-Louis Debré
12 ^e législature	28 février 2007	M. Patrick Ollier
13 ^e législature	26 juin 2007	M. Bernard Accoyer

Liste des présidents du Sénat

28 avril 1959	M. Gaston Monnerville
2 octobre 1962	M. Gaston Monnerville
2 octobre 1965	M. Gaston Monnerville
2 octobre 1968	M. Alain Poher
2 octobre 1971	M. Alain Poher
2 octobre 1974	M. Alain Poher
3 octobre 1977	M. Alain Poher
2 octobre 1980	M. Alain Poher
3 octobre 1983	M. Alain Poher
2 octobre 1986	M. Alain Poher
2 octobre 1989	M. Alain Poher
2 octobre 1992	M. René Monory
3 octobre 1995	M. René Monory
1 ^{er} octobre 1998	M. Christian Poncelet
2 octobre 2001	M. Christian Poncelet
4 octobre 2004	M. Christian Poncelet
1 ^{er} octobre 2008	M. Gérard Larcher

Le président de l'Assemblée nationale est élu au scrutin secret pour toute la durée de la législature ; le président du Sénat est élu dans les mêmes conditions mais après chaque renouvellement partiel de la Chambre (tous les 3 ans). La majorité absolue est requise aux deux premiers tours, au-delà, la majorité relative suffit.

Le président du Sénat a préséance sur le président de l'Assemblée nationale ; c'est la troisième autorité de l'État. Nous avons vu qu'en cas d'empêchement, décès ou démission du président de la République, il en assure l'intérim.

Les présidents des assemblées participent au contrôle de constitutionnalité des lois en nommant des membres du Conseil constitutionnel et en pouvant saisir cet organe. Ils sont aussi consultés en certaines occasions (par ex. art. 16).

Les autres membres du bureau (vice-présidents, secrétaires, questeurs) sont élus également par chaque Assemblée. Leurs fonctions sont essentiellement en rapport avec le travail parlementaire.

b) La Conférence des présidents

C'est l'organe compétent, au sein de chacune des deux assemblées, pour organiser le travail législatif en séance plénière. La Conférence est composée du président de l'Assemblée nationale (ou Sénat), des présidents de chaque commission permanente, du rapporteur général de la commission des finances, des présidents des groupes politiques et du président de la délégation pour l'Union européenne. Le Gouvernement y est représenté par le ministre chargé des relations avec le Parlement.

Le rôle de la Conférence est particulièrement important depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 : elle détermine notamment quelles sont les propositions qui seront examinées durant la semaine réservée aux textes d'origine parlementaire. Elle organise aussi la discussion générale des textes avec, notamment, l'attribution des temps de parole aux groupes politiques.

c) Les groupes parlementaires

Ce sont des groupes formés par les élus d'une même tendance politique reconnue par les assemblées. À l'Assemblée nationale comme au Sénat, pour être reconnu, un groupe doit compter au moins 15 membres (traditionnellement, il fallait 20 députés pour pouvoir constituer un groupe parlementaire à l'Assemblée nationale : l'Assemblée a adopté une modification de son règlement le 27 mai 2009 pour abaisser le seuil à 15 et s'aligner ainsi sur le Sénat).

Les présidents des groupes parlementaires participent à la conférence qui fixe l'ordre du jour des assemblées (ex. : président du groupe UMP à l'Assemblée).

Les groupes parlementaires désignent les membres des commissions.

d) Les commissions parlementaires

Ce sont des formations restreintes des assemblées. La Constitution prévoit deux types de commissions : les commissions permanentes et les commissions spéciales.

Les commissions permanentes sont désormais au nombre de 8 et spécialisées dans les grands domaines de l'activité législative :

- affaires culturelles
- affaires économiques
- affaires étrangères
- affaires sociales
- défense
- développement durable

- finances et contrôle budgétaire
- lois

Elles ont pour fonction principale de connaître des projets ou propositions de lois avant le débat public dans l'hémicycle. Leur rôle dans le processus législatif est très important. Leur travail législatif est complété, en aval, par des rapports d'application des lois. Elles sont composées chacune de 73 députés.

Les mêmes commissions sont constituées au Sénat.

Les commissions spéciales sont créées temporairement à la demande du Gouvernement et des assemblées, soit pour examiner un projet ou une proposition de loi, soit pour procéder à une enquête ou à un contrôle (commission d'enquête).

C. L'organisation des débats

125

C'est à ce niveau que l'exécutif se voit accorder par la Constitution de nombreuses prérogatives. Alors qu'en principe les parlementaires sont libres d'organiser à leur gré leurs débats, la Constitution vient fixer de nombreuses règles qui ne peuvent être transgressées.

1 ° L'ordre du jour des assemblées

Il est en principe fixé par les parlementaires (conférence des présidents), mais le Gouvernement peut imposer la priorité pour les projets qu'il défend ou les propositions de lois qu'il soutient (art. 48).

Il va de soi qu'une utilisation abusive de ce droit peut permettre de rejeter à tout jamais telle proposition de loi dont les parlementaires ou partie d'entre eux entendent débattre. Toutefois, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a prévu que, désormais, une semaine par mois (et non plus seulement une séance par mois) est réservée par priorité à l'ordre du jour fixé par chaque assemblée.

Aux termes de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, l'ordre du jour des assemblées est désormais partagé entre le Gouvernement et le Parlement.

– les deux premières semaines du mois sont réservées aux textes du Gouvernement ;

– une semaine est consacrée désormais au contrôle de l'action du Gouvernement ;

– une semaine est consacrée à l'examen des textes (propositions) voulus par chaque assemblée.

2 ° La discipline des débats

Les parlementaires voient leur liberté d'intervenir dans les débats fortement limitée. Il est vrai que les débats ne peuvent se dérouler sans un minimum de discipline : mais cette discipline est assez sévère pour les parlementaires tandis que les membres du Gouvernement, eux, en sont exempts.

Ainsi, les parlementaires, pour pouvoir intervenir dans les débats, doivent se faire inscrire préalablement auprès du président, attendre leur tour de parole et respecter le temps imparti. Des sanctions peuvent être infligées à ceux qui ne respectent pas la discipline.

Seuls les membres du Gouvernement, les présidents et rapporteurs des commissions peuvent intervenir à tout moment.

La même remarque vaut pour le droit d'amendement, c'est-à-dire le droit de proposer une modification du projet ou de la proposition de loi. Ce droit est la raison d'être des débats : sans droit d'amendement, le débat perd sa signification.

La Constitution a limité ce droit en prévoyant par son article 44 que le Gouvernement peut écarter, après l'ouverture du débat, les amendements qui n'ont pas été examinés en commission ; ainsi, le droit d'amendement lors du débat public relève-t-il du bon vouloir du Gouvernement.

Surtout, le Gouvernement peut ôter toute signification au droit d'amendement en demandant à l'Assemblée de se prononcer sur tout ou partie du texte en discussion et en ne retenant que les amendements proposés ou acceptés par lui. C'est ce qu'on appelle le vote bloqué (art. 44).

3^o Le vote

Le vote intervient au terme du débat ; l'adoption d'un texte est acquise à la majorité simple des suffrages exprimés ; une règle de quorum est en principe à appliquer (plus de la moitié des membres), mais en pratique elle ne l'est pas. Le vote est personnel. Il existe différentes modalités de vote : vote à main levée ; par assis et levé ; vote électronique : il suffit ici au parlementaire d'appuyer sur un plot électrique de son pupitre ; vote public à la tribune en certaines occasions (ex. : motion de censure) ; vote secret pour la désignation des personnes par exemple.

§ 3 Les pouvoirs du Parlement

126

Le Parlement exerce de nombreux pouvoirs dont les plus importants et les plus connus sont le *pouvoir législatif* et le *pouvoir de contrôler l'action du gouvernement*.

Toutefois, ponctuellement, dans les régimes de type parlementaire, le Parlement exerce aussi d'autres attributions : la révision de la Constitution, certaines interventions en matière juridictionnelle...

La Constitution de 1958 et la pratique qui en a été faite ont relativement affaibli le Parlement dans l'exercice de ces différents pouvoirs.

A. Le pouvoir législatif

127

L'article 34 de la Constitution s'exprime ainsi : « *La loi est votée par le Parlement* ». La compétence législative du Parlement est donc réaffirmée avec force.

Toutefois, ce pouvoir législatif est limité de deux façons : dans le domaine d'intervention de la loi et dans la procédure de son élaboration.

1 ° La limitation du domaine de la loi

128

Avant 1958, le Parlement était souverain en matière législative : il pouvait intervenir dans tous les domaines. L'article 34 de la Constitution de 1958 a rompu avec ce principe : désormais le *Parlement ne peut plus légiférer que dans des matières strictement déterminées par le texte constitutionnel* lui-même. De plus, un contrôle efficace a été mis en place pour maintenir le Parlement dans le domaine qui lui a été assigné, le domaine d'intervention du Parlement en matière législative peut encore être réduit : de par la volonté du Parlement lui-même qui peut déléguer son pouvoir législatif au Gouvernement : ce dernier pourra statuer par voie d'ordonnances (art. 38) ; de par la possibilité que détient le président de la République de soumettre certains projets de loi au référendum législatif (art. 11).

a) Le domaine de la loi

Délimité de façon stricte, le domaine législatif apparaît désormais comme l'exception : la compétence est législative, et appartient au Parlement, seulement si la matière fait partie de l'énumération donnée par l'article 34 de la Constitution. Cette énumération est faite de deux façons : pour certaines matières la loi « *fixe les règles* », il s'agit :

- des droits civiques et des libertés publiques ;
- du droit des personnes ;
- du droit pénal et de la procédure pénale, des juridictions et des magistrats ;
- des impôts et de la monnaie ;
- des régimes électoraux ;
- de la création de catégories d'établissements publics ;
- du statut des fonctionnaires ;
- des nationalisations.

Pour d'autres matières, la Constitution indique que la loi se borne à en fixer « *les principes fondamentaux* », il s'agit :

- de l'organisation de la défense nationale ;
- des collectivités territoriales ;
- de l'enseignement ;
- du droit de propriété et du droit des obligations ;
- du droit du travail.

Cette énumération ne semble pas limitative puisque l'article 34, *in fine*, indique que ces dispositions pourront être précisées et complétées par une loi organique. La formule n'est pas claire : on peut sans doute l'interpréter comme

laissant une possibilité d'extension du domaine législatif au Parlement lui-même qui devrait avoir recours, en ce cas, à une loi organique. Cette possibilité n'a pas été utilisée jusqu'à présent.

Toutes les matières n'appartiennent donc plus au Parlement : celles qui ne relèvent pas expressément du domaine de la loi, relèvent du pouvoir réglementaire (art. 37) c'est-à-dire de l'exécutif et normalement du Premier ministre. Pour faire respecter cette nouvelle distribution des compétences, un contrôle a été instauré.

b) Le contrôle de la compétence législative

La Constitution a prévu deux procédés à la disposition du Gouvernement pour maintenir le Parlement dans le domaine qui lui est assigné.

– S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition de loi ou une proposition d'amendement (modification) n'est pas du domaine de la loi, le Gouvernement peut opposer l'*irrecevabilité*. Si à ce sujet un désaccord survient entre le Gouvernement et le président de l'Assemblée intéressée, le Conseil constitutionnel sera appelé à statuer définitivement sur le caractère législatif ou réglementaire de la proposition ou de l'amendement (art. 41). Il s'agit d'un contrôle préventif qui intervient avant le vote. Cette procédure n'a été utilisée qu'une dizaine de fois depuis 1958.

– Si une loi a été promulguée et que le Gouvernement s'aperçoit qu'une disposition intervient en dehors du domaine de l'article 34, le Premier ministre peut saisir le *Conseil constitutionnel*. Si celui-ci déclare alors que ladite disposition a un caractère réglementaire, celle-ci pourra être modifiée par décret.

Le Conseil constitutionnel a largement ruiné l'idée qu'il y a une définition matérielle de la loi. En effet, dans sa décision du 30 juillet 1982 (blocage des prix et des revenus), il a refusé d'invalider une disposition législative qui relevait manifestement du domaine réglementaire (les contraventions non privatives de liberté). Depuis cette décision, il est communément admis que la loi peut empiéter sur le domaine réglementaire, tant que le gouvernement n'oppose pas la procédure de délégalisation (art. 37, al. 2).

Dans une circulaire du 19 janvier 2006 relative au respect des articles 34 et 37 de la Constitution, le Premier ministre a demandé à ses ministres de s'attacher à préserver le « prestige de la loi », à ne pas y porter atteinte en introduisant dans les textes législatifs des dispositions qui pourraient faire l'objet d'un décret, voire d'un arrêté.

c) La délégation du pouvoir législatif au Gouvernement

Comme cela a déjà été indiqué (voir *supra* n° 113), le Parlement peut sur demande du Gouvernement, déléguer le pouvoir législatif qu'il détient en vertu de la Constitution (art. 38). Cette délégation ne peut être consentie que par une loi d'habilitation et pour une durée limitée : les ordonnances prises par le Gouvernement entrent alors en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si un projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Aux termes de la révision constitu-

tionnelle du 23 juillet 2008, la ratification doit désormais être expresse. Quand le délai pendant lequel la délégation a été consentie est expiré, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par une loi.

Ainsi la délégation constitue, bien que volontairement consentie et temporaire, une limitation du pouvoir législatif du Parlement.

Jusqu'en 2003, le recours aux ordonnances était resté très mesuré. Il a d'abord été considérablement étendu à l'occasion de deux lois de « simplification du droit » qui comportent de larges habilitations. Puis sont intervenues pas moins de 9 lois d'habilitation en 2004 (la loi d'habilitation du 9 décembre 2004 comptait 60 articles d'habilitation). Depuis, la procédure est constamment activée : cela signifie-t-il que le calendrier du travail législatif ne suffit toujours pas, malgré la session unique ?

d) Le référendum législatif

Dans les domaines où l'article 11 de la Constitution donne compétence au président de la République pour soumettre des projets de loi au référendum (voir *supra* n° 94), il apparaît que là aussi la compétence législative du Parlement peut être restreinte par la seule volonté du président, sur proposition du Gouvernement. Il s'agit en effet de domaines importants (par exemple : l'organisation des pouvoirs publics) qui peuvent échapper à la compétence déjà réduite du Parlement.

2 ° La procédure législative

129

La procédure législative est constituée par les différentes opérations qui aboutissent à l'adoption d'une loi. L'importance de la loi, rendue plus aiguë par la réduction de son domaine, est telle qu'il est nécessaire de prévoir de façon stricte les différentes phases du cheminement qui sépare l'initiative de l'entrée en vigueur. En 1958, dans la perspective de la réduction globale des pouvoirs du Parlement, le constituant a utilisé les règles de procédure pour accroître encore davantage les pouvoirs du Gouvernement et amenuiser d'autant les prérogatives du Parlement, surtout celles de l'Assemblée nationale, élue au suffrage universel direct.

Malgré la création d'un domaine de la loi, l'inflation législative est à la fois spectaculaire et préoccupante. De 2002 à 2007 (XII^e législature), ce sont 469 lois qui ont été discutées et votées, dont 210 lois autorisant la ratification ou l'approbation d'un engagement international...

a) L'initiative de la loi

Elle appartient au Premier ministre et aux membres des deux assemblées. Les *projets de loi*, d'origine gouvernementale, comme les *propositions de loi*, d'origine parlementaire, peuvent être déposés soit sur le bureau de l'Assemblée nationale, soit sur le bureau du Sénat sauf exception : ainsi en matière financière, le projet de loi de finances est obligatoirement déposé en premier à l'Assemblée nationale. Lorsqu'il s'agit de projets de lois, ceux-ci doivent être délibérés en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État ; il n'y a pas d'autres conditions pour l'exercice de l'initiative gouvernementale. En revanche, les propositions (et les amendements) émanant des membres du Parlement ne sont pas recevables « lorsque leur

adoption aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique » (art. 40). Cette disposition, même si elle n'est pas toujours relevée par le Gouvernement, constitue une sérieuse limitation de l'initiative parlementaire en matière financière.

b) La discussion de la loi

Une fois le projet ou la proposition déposée, les commissions permanentes des deux assemblées en sont saisies, sauf lorsque le Gouvernement ou l'une des assemblées décident de les soumettre à une commission spécialement désignée à cet effet. La discussion en séance plénière a lieu ensuite ; on y note une limitation sérieuse des prérogatives des parlementaires. Néanmoins, en vertu de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, l'article 42 de la Constitution, dans sa nouvelle rédaction, prévoit que la discussion des projets de loi porte désormais sur le texte adopté par la commission compétente et non plus, comme précédemment, sur le texte initialement présenté par le Gouvernement (sauf les projets de lois de finances, de financement de la Sécurité sociale et les projets de lois constitutionnelles). De plus, une assemblée saisie d'un texte adopté par l'autre assemblée délibère sur le texte qui lui a été transmis (art. 42). Le Gouvernement dispose du droit de s'opposer à l'examen de tout amendement qui n'aurait pas été antérieurement soumis à la commission compétente.

c) Le vote de la loi

La Constitution dispose que la loi doit être votée dans les mêmes termes par les deux assemblées. C'est en réalité le principal problème de la procédure législative ; on observe que le Gouvernement joue un rôle important dans la réalisation de l'accord qui doit intervenir entre les deux chambres. Si le Gouvernement n'intervient pas, le Sénat est l'égal de l'Assemblée nationale, mais s'il intervient, le Sénat perd son pouvoir de décision car l'Assemblée nationale peut décider en dernier ressort, malgré l'opposition du Sénat.

Dans la première hypothèse, le Sénat et l'Assemblée nationale sont sur un pied d'égalité : une loi n'est considérée comme adoptée que si les deux assemblées sont d'accord sur un même texte. Une « navette » peut donc s'établir entre elles de façon indéfinie, le Sénat retrouve ainsi les pouvoirs qu'il avait sous la III^e République et peut ainsi bloquer toutes les réformes dont il ne veut pas. Il est évident qu'un blocage systématique aurait de graves inconvénients sur l'activité législative, il a donc fallu prévoir des solutions mais qui ne peuvent être mises en œuvre qu'avec l'intervention du Gouvernement.

Dans la seconde hypothèse, lorsque le désaccord persiste entre les deux assemblées après qu'un texte de loi ait été voté par deux fois par chacune d'entre elles (ou une seule fois en cas d'urgence) le Premier ministre (art. 45) peut décider la réunion d'une commission mixte paritaire comprenant un nombre égal de députés et de sénateurs (7 députés et 7 sénateurs). Cette commission essaie de trouver un compromis sur les seules dispositions pour lesquelles le désaccord subsiste. Si le compromis est trouvé et si le Gouvernement l'accepte, les assemblées en sont saisies.

La commission paritaire peut ne pas aboutir à un accord ; les assemblées peuvent rejeter le compromis élaboré. Dans ces deux cas, le Gouvernement peut,

après une nouvelle lecture par chaque assemblée, demander à l'*Assemblée nationale de statuer définitivement*. La loi adoptée est alors celle conforme à la volonté politique de l'Assemblée et non à celle du Sénat.

Le Gouvernement apparaît ainsi comme ayant un rôle essentiel : selon qu'il intervient ou non dans la procédure, il permettra à un texte d'être adopté ou de ne pas l'être. Les assemblées, elles, restent désarmées en cas de désaccord.

Si ces règles s'appliquent pour les lois ordinaires, des règles particulières s'appliquent aux lois organiques, aux lois de finances et aux lois de financement de la sécurité sociale.

La Constitution a prévu une catégorie spéciale de loi : *les lois organiques* qui ont pour but de prolonger et de rendre applicables certaines dispositions de la Constitution. Ce sont des lois d'une importance particulière dont l'élaboration obéit à des règles différentes de celles des lois ordinaires.

Un délai de quinze jours doit s'écouler entre le dépôt du projet ou de la proposition de loi organique sur le bureau de la première assemblée saisie et le début de la discussion en séance.

Les lois organiques relatives au Sénat doivent être adoptées par les deux assemblées en termes identiques.

Pour les lois organiques qui ne sont pas relatives au Sénat, en cas de désaccord, le Gouvernement peut intervenir en décidant la création d'une commission mixte paritaire mais si le désaccord persiste, le texte ne peut être adopté par l'Assemblée nationale, en dernière lecture, qu'à la majorité absolue de ses membres. Il est bon de rappeler que les lois organiques doivent obligatoirement être soumises au contrôle du Conseil constitutionnel avant leur promulgation.

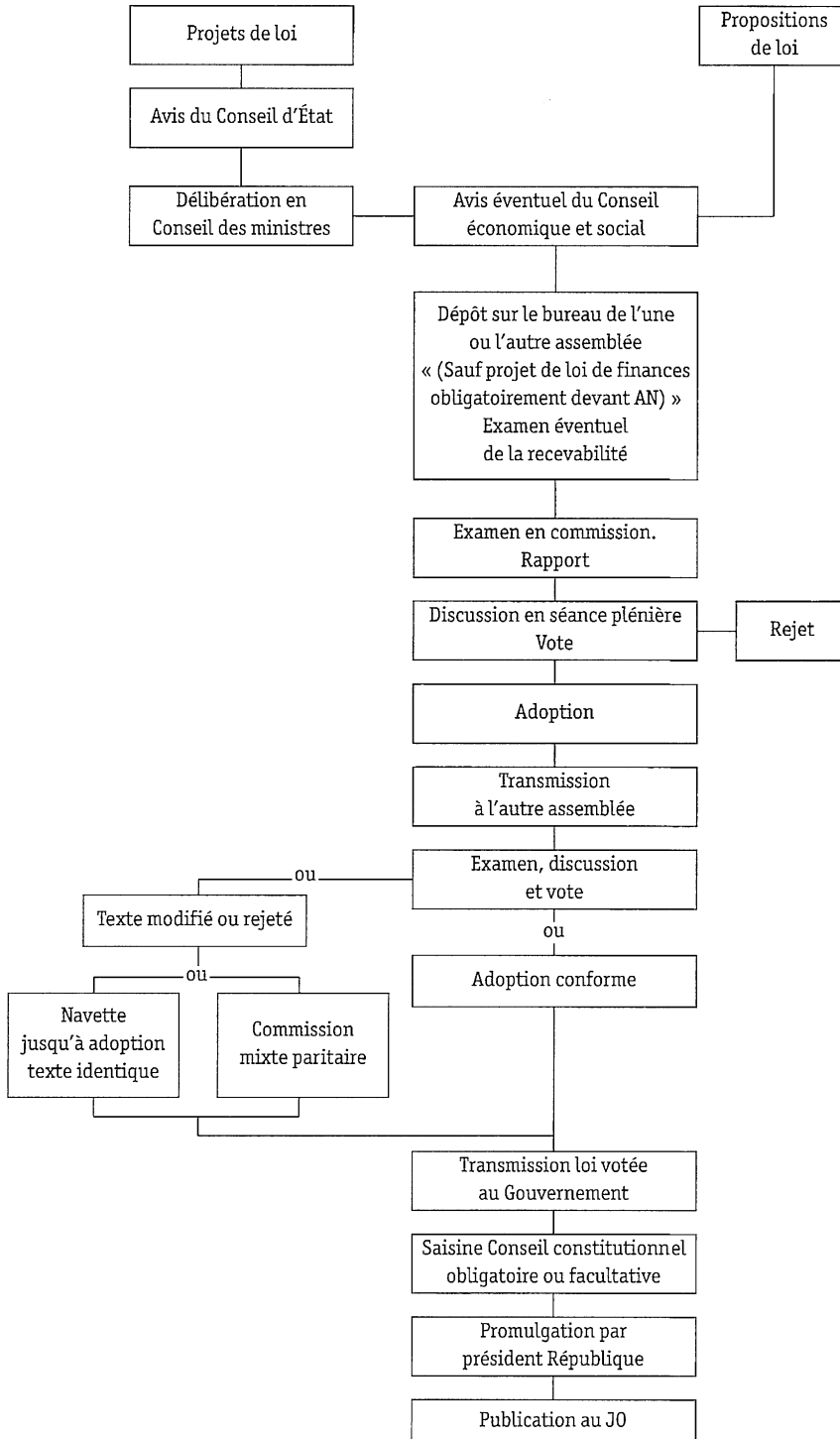
Les lois de finances obéissent également à une procédure spéciale qui enserme le Parlement dans des limites étroites en ce qui concerne le délai nécessaire pour les voter. L'Assemblée nationale dispose de 40 jours pour se prononcer sur le projet de budget de l'État ; le Sénat ne dispose, lui, que de 20 jours. De plus, si le Parlement ne s'est pas prononcé dans un délai de soixante-dix jours, les dispositions du projet peuvent être mises en vigueur par ordonnance (cf. *sur le régime des lois de finances* : la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances dite LOLF).

Enfin, en matière financière, l'article 47, alinéa 2, prévoit la constitution d'une commission mixte paritaire à l'issue de la première lecture en cas de désaccord entre les deux assemblées. À défaut de l'adoption d'un texte identique, c'est l'Assemblée nationale qui statue seule et en dernier ressort sur la loi de finances.

Les lois de financement de la Sécurité sociale, introduites dans la Constitution par la réforme du 22 février 1996 (L. const. n° 96-138, art. 34, 39 et 47-1) constituent une nouvelle catégorie de lois soumises à une procédure spéciale. Ces lois ont pour objet de déterminer les conditions générales de l'équilibre financier de la Sécurité sociale et, à partir des prévisions de recettes, de fixer les objectifs de dépense (l'ONDAM).

En fait, compte tenu du déficit persistant et aggravé de la Sécurité sociale, cette réforme constitutionnelle marque le souci de permettre un certain contrôle parlementaire, inexistant jusque-là, sur le financement de la Sécurité sociale.

Document n° 11
Tableau de la procédure législative



La procédure mise en place, précise que les projets de loi de financement de la Sécurité sociale, comme les projets de loi de finances, sont soumis en premier lieu à l'Assemblée nationale. Celle-ci dispose d'un délai de vingt jours après le dépôt du projet pour se prononcer. Si ce délai n'est pas respecté, le Gouvernement saisit le Sénat qui dispose d'un délai de quinze jours pour statuer. L'article 45 s'applique ensuite pour aboutir à l'adoption définitive du texte.

Au total, le Parlement dispose d'un délai de cinquante jours pour se prononcer, sinon les dispositions du projet peuvent être mises en œuvre par ordonnance.

À noter une conséquence de la réforme constitutionnelle du 4 août 1995 mettant en place une séance ordinaire unique : les délais indiqués ci-dessus sont suspendus lorsque le Parlement n'est pas en session et, pour chaque assemblée, au cours des semaines où elle a décidé de ne pas tenir séance.

d) La promulgation et la publication

Une fois la loi votée, elle est promulguée par le président de la République (voir *supra* n° 94) et publiée au *Journal officiel*. La loi devient exécutoire pour les citoyens le lendemain de sa publication au *Journal officiel* (ordonnance du 20 février 2004 modifiant l'article 2 du Code civil : la distinction entre Paris et la province a été supprimée). Site Internet à consulter : www.legifrance.gouv.fr

B. Les autres pouvoirs exercés par le Parlement

130

Outre le pouvoir de contrôler l'activité gouvernementale (voir *infra*, chapitre III), le Parlement exerce de nombreuses prérogatives, elles aussi réduites par la Constitution de 1958.

1 ° Le pouvoir constituant

131

La Constitution a prévu que sa révision était confiée au Parlement et au peuple. Toutefois ce pouvoir a été restreint depuis que le référendum de 1962, exercé directement, a été utilisé en cette matière.

a) La procédure de révision prévue à l'article 89 de la Constitution

Il prévoit qu'aucune révision constitutionnelle ne peut se faire sans l'accord des deux assemblées.

L'initiative de la révision appartient au président de la République, sur proposition du Premier ministre et aux membres du Parlement.

Si l'accord entre les deux chambres ne se réalise pas, la révision peut être bloquée car le Gouvernement ne peut intervenir ni par la constitution d'une commission mixte paritaire, ni en demandant à l'Assemblée nationale d'adopter le texte définitivement.

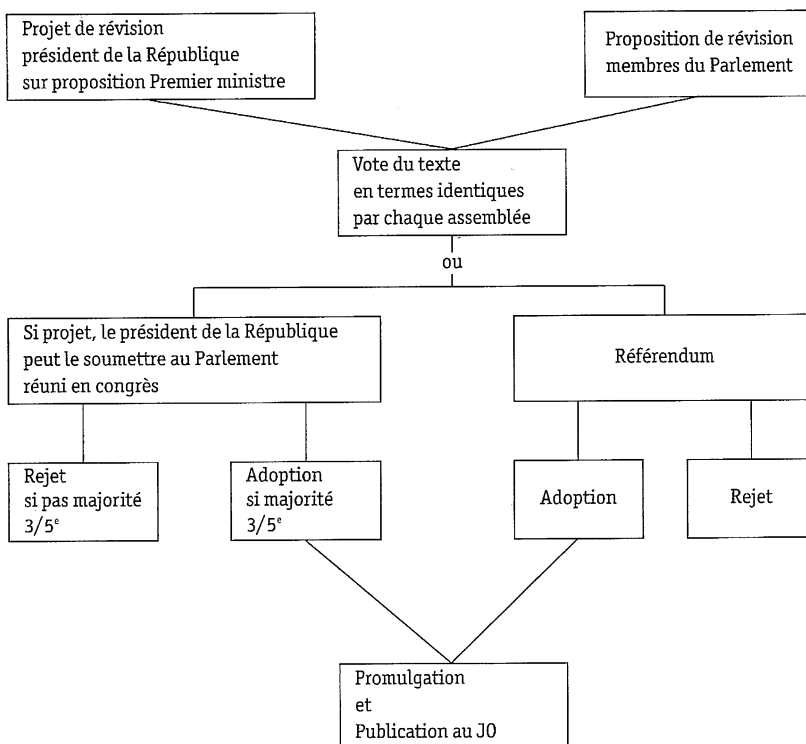
L'approbation définitive de la révision peut intervenir de deux façons :

– soit par la soumission du projet adopté par le Parlement au référendum ; cela a été le cas unique depuis 1958 pour la réforme du septennat (référendum du 24 septembre 2000) ;

– soit, s'il s'agit d'un projet de révision, lorsque le président de la République décide de soumettre le texte adopté au Parlement réuni en Congrès à Versailles (réunion commune des deux chambres). Dans ce cas, le projet de révision n'est approuvé définitivement que s'il réunit la majorité des trois-cinquièmes des suffrages exprimés.

Cette dernière procédure, qui évite le référendum, est la plus utilisée. Elle a été utilisée en dernier lieu pour ratifier l'imposante révision constitutionnelle du 23 juillet 2008.

Document n° 12 Révision de la Constitution (art. 89)



b) La révision selon l'article 11

Par deux fois, en 1962 et en 1969, une révision de la Constitution a été proposée en utilisant la procédure référendaire de l'article 11, prévue pour l'adoption de certaines lois. En 1962, il s'agissait de passer outre à l'opposition du Sénat hostile à l'élection du président de la République au suffrage universel direct. Il est vrai que

l'article 11 permet de soumettre au référendum des projets de lois portant sur l'organisation des pouvoirs publics mais il ne s'agit pas en principe de textes ayant pour effet de réviser la Constitution mais plutôt de la compléter et de la préciser. Un débat a été ouvert dès 1962 au sujet de la constitutionnalité de cette procédure ; il a été relancé en 1969 mais avec moins de vigueur. Il reste ouvert car on constate que si la révision doit normalement s'effectuer selon la procédure de l'article 89, il n'en demeure pas moins qu'aux deux référendums cités la participation électorale a été très forte, ce qui laisserait entendre que le peuple souverain a validé l'utilisation de cette procédure même si le second référendum a donné un résultat négatif.

Quoi qu'il en soit, l'utilisation de l'article 11 à cette fin constitue une réduction des pouvoirs du Parlement dans ce domaine essentiel.

2 ° Le pouvoir diplomatique

132

Le Parlement intervient peu en matière diplomatique. C'est l'exécutif qui détient les prérogatives principales en ce domaine ; mais deux pouvoirs sont traditionnellement reconnus au Parlement : celui d'autoriser la ratification des traités et celui de déclarer la guerre.

a) Le pouvoir d'autoriser la ratification des traités

Ce pouvoir ne concerne que les traités les plus importants (traités européens, traités de commerce, etc., cf. art. 53). Le chef de l'État ne peut ratifier ces traités qu'avec l'accord du Parlement. Pour les autres traités, il les ratifie directement (cf. les pouvoirs du président de la République, *supra* n° 84).

Il faut cependant rappeler que ce pouvoir d'autorisation peut être réduit par l'utilisation de l'article 11 qui prévoit que le président de la République peut soumettre au référendum tout projet de loi « tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions ». C'est la procédure qui a été utilisée lors de l'élargissement de la Communauté économique européenne (référendum du 23 avril 1972), ainsi que pour la ratification du traité de Maastricht (référendum du 20 septembre 1992), ou encore pour le traité instituant une constitution européenne (référendum du 29 mai 2005).

b) Le pouvoir d'autoriser la déclaration de guerre et d'autoriser la prolongation d'une OPEX

Il est inscrit dans la Constitution à l'article 35. C'est un droit traditionnellement reconnu au Parlement, mais il perd de sa consistance compte tenu des conditions de la guerre moderne. Celle-ci se dissimule souvent sous forme d'opérations extérieures ou d'assistance militaire décidée par l'exécutif (ex. : guerre du Golfe en 1991, Afghanistan en 2002, etc.).

La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a permis de compléter les pouvoirs du Parlement en précisant le régime des « opérations extérieures » (OPEX) :

– le Gouvernement doit informer le Parlement dans les 3 jours qui suivent la décision de déclencher une OPEX ; il peut y avoir un débat parlementaire, mais sans vote ;

– au bout de 4 mois d'intervention, le Gouvernement soumet la prolongation de l'OPEX. à l'autorisation du Parlement.

3^o Le pouvoir en matière juridictionnelle

133

Le pouvoir de juger est en principe confié aux tribunaux. Le Parlement intervient toutefois en trois hypothèses :

– en matière d'**organisation et de saisine** de la Haute Cour (voir *infra* n° 141) et de la Cour de justice de la République ;

– en matière de **saisine du Conseil constitutionnel** : depuis la révision constitutionnelle du 29 octobre 1974, soixante députés ou soixante sénateurs peuvent saisir le Conseil constitutionnel ;

– en matière d'**amnistie** : le Parlement a le pouvoir de voter une loi d'amnistie, c'est-à-dire une mesure qui supprime la condamnation et les effets des condamnations prononcées par les tribunaux à l'égard de toute une catégorie de personnes (et non comme la grâce à l'égard d'un individu nommément désigné).

Document n° 13

Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution

Le Congrès a adopté,

Le président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Article unique. – Le deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution est remplacé par la disposition suivante :

Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation par le président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'État.

Fait à Paris, le 29 octobre 1974.

VALÉRY GISCARD D'ESTAING.

Par le président de la République :

Le Premier ministre,

JACQUES CHIRAC.

Le garde des Sceaux, ministre de la Justice,

JEAN LECANUET.

section **4**

Les organes juridictionnels et consultatifs

134

À côté des organes classiques qui comprennent l'exécutif et le législatif, figurent d'autres organes qui interviennent dans le fonctionnement des pouvoirs publics.

Le plus important est le *Conseil constitutionnel*, innovation de la V^e République, dont la fonction principale est de contrôler la constitutionnalité des lois... et qui vit une véritable révolution avec la Question prioritaire de constitutionnalité.

Site internet à consulter : www.conseil-constitutionnel.fr

§ 1 Le Conseil constitutionnel

135 Juridiction politique suprême, le Conseil constitutionnel traduit, tant par sa composition que par ses attributions, le rôle important qu'il joue dans le fonctionnement du régime de la V^e République.

A. Composition et fonctionnement

136 Le Conseil constitutionnel comprend des membres nommés et des membres de droit.

Il y a *neuf membres nommés* :

- trois le sont par le président de la République ;
- trois le sont par le président du Sénat ;
- trois le sont par le président de l'Assemblée nationale.

Leur mandat est de 9 ans et non renouvelable ; le renouvellement se faisant par tiers tous les 3 ans. Un de ces neuf membres est désigné comme président du Conseil constitutionnel par le président de la République (Jean-Louis Debré depuis mars 2007).

Les membres de droit sont les anciens présidents de la République. Il faut remarquer que les deux anciens présidents Valéry Giscard d'Estaing et Jacques Chirac siègent de manière assidue. Régulièrement se pose la question de savoir si un membre de droit est astreint aux mêmes obligations, notamment l'obligation de réserve, que les membres nommés.

L'indépendance des membres du Conseil constitutionnel est garantie par des dispositions contenues dans la Constitution et l'ordonnance portant loi organique du 17 novembre 1958 :

- leur fonction est incompatible avec celle de membre du Gouvernement, du Parlement, du Conseil économique et social et avec tout emploi public ;
- ils ne peuvent prendre position publiquement sur une question de la compétence du Conseil ;
- ils perçoivent un traitement égal à celui de la catégorie la plus haute des emplois de l'État.

Les décisions du Conseil constitutionnel sont prises à la majorité des voix, elles sont motivées et publiées au *JO*.

En mars 2010 ont été nommés trois nouveaux membres du Conseil constitutionnel : le président de la République a nommé Michel Charasse, le président de l'Assemblée nationale a nommé Jacques Barrot et le président du Sénat a nommé Hubert Haenel.

B. Attributions

137 Le Conseil constitutionnel détient *trois attributions principales* :

- il contrôle la constitutionnalité des lois par voie d'action et par voie d'exception (voir *supra* n° 11) ;
- il est juge du contentieux des élections nationales et des référendums ;
- il intervient dans le fonctionnement des institutions.

1 ° *Le contrôle de la constitutionnalité des lois*

138 Admis avec une certaine réticence en 1958, le contrôle de constitutionnalité des lois s'exerçait initialement uniquement par voie d'action. La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a consacré, en plus, le contrôle par voie d'exception, appelé Question prioritaire de constitutionnalité (QPC).

a) *Le contrôle par voie d'action*

Ce contrôle a pour but d'assurer le respect de la Constitution par les pouvoirs publics et particulièrement par le Parlement qui se voit dorénavant obligé de demeurer dans le domaine législatif que la Constitution lui impose.

Le contrôle de constitutionnalité est obligatoire pour les lois organiques et le règlement des assemblées. Il est facultatif pour les autres textes de lois.

Ainsi, pour les lois ordinaires et les engagements internationaux, le contrôle du Conseil constitutionnel n'est pas obligatoire ; il peut être saisi par le *président de la République, le Premier ministre, le président du Sénat, le président de l'Assemblée nationale, soixante députés ou soixante sénateurs* (art. 61 modifié par la révision constitutionnelle du 29 octobre 1974, art. 54 modifié par la révision constitutionnelle du 25 juin 1992, voir *supra* **doc. n° 13**).

Le contrôle de constitutionnalité revêt deux formes. Il intervient d'abord sur des textes votés (lois organiques, lois ordinaires, règlements parlementaires) à l'exception des lois référendaires (déc. du 6 nov. 1962) et des lois constitutionnelles (DC 26 mars 2003). Le Conseil constitutionnel doit statuer dans un délai d'un mois (huit jours en cas d'urgence déclarée par le Gouvernement). Si le Conseil juge une disposition du texte ou tout le texte inconstitutionnel, cette disposition ou ce texte ne peuvent être promulgués par le président de la République, ils restent donc inapplicables. S'agissant d'un traité, celui-ci ne peut être ratifié ou approuvé qu'après une révision de la Constitution.

Par ailleurs, le Conseil peut intervenir sur des textes en cours d'élaboration pour interdire ou autoriser la poursuite de celle-ci. Il s'agit essentiellement de la stricte application de l'article 34 de la Constitution : si au cours des débats le

Gouvernement oppose l'irrecevabilité à une proposition de loi ou un amendement intervenant en dehors du domaine de la loi et qu'un désaccord subsiste entre le président de l'Assemblée et le Gouvernement à ce sujet, le Conseil constitutionnel est saisi et doit statuer dans les huit jours (art. 41).

À l'inverse, si le Gouvernement veut modifier par décret des dispositions d'une loi promulguée, en dehors des matières prévues par l'article 34, il ne peut le faire qu'après autorisation du Conseil constitutionnel, qui aura constaté que la matière en question appartient bien au domaine réglementaire (procédure de délégalisation de l'art. 37, al. 2).

Le Conseil constitutionnel a régulièrement l'occasion, de déclarer des dispositions législatives non conformes à la Constitution, ce qui constitue un net progrès par rapport au système antérieur à la V^e République, où n'existait pas de véritable contrôle de constitutionnalité. Ce contrôle permet d'assurer la suprématie de la norme constitutionnelle. L'élargissement du mode de saisine intervenu en 1974 a donné une vigueur nouvelle aux interventions du Conseil constitutionnel. Avec les décisions rendues le 16 juillet 1971, le 27 décembre 1973 et le 12 janvier 1977, à propos de la liberté d'association, du principe d'égalité devant la loi et de la fouille des véhicules, le Conseil constitutionnel a pu affirmer qu'il ne se bornait pas à trancher des conflits de compétence ou de procédure, mais qu'il pouvait intervenir sur le fond en se présentant comme un ferme défenseur de la Constitution et des libertés tant individuelles que collectives qu'elle proclame. En effet, ces décisions de référence ont consacré la notion de « bloc de constitutionnalité » : ce dernier englobe le corps de la constitution, mais également, le préambule de la constitution (donc aussi le préambule de 1946 et la Déclaration des droits de l'Homme de 1789, la Charte de l'environnement), les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, les lois organiques...

*b) Le contrôle par voie d'exception :
la Question prioritaire de constitutionnalité (QPC)*

Dès 1991, le président Mitterrand avait tenté d'imposer l'exception d'inconstitutionnalité mais sans succès. La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a consacré l'exception d'inconstitutionnalité dans le nouvel article 61-1 de la Constitution sans remettre en cause le contrôle par voie d'action. La loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 a appelé le nouveau dispositif la Question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Tout justiciable peut soutenir, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction judiciaire ou administrative, qu'une disposition législative qui lui est opposée porte « atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ». Dès lors, l'instance est suspendue. La juridiction saisie doit statuer sans délai sur la transmission de la Question à la juridiction suprême dont elle dépend : Cour de cassation ou Conseil d'État. Pour qu'elle soit transmissible, la Question doit être sérieuse et le Conseil constitutionnel ne doit pas y avoir déjà répondu à l'occasion de l'une de ses décisions. Le Conseil d'État ou la Cour de cassation a ensuite 3 mois pour se prononcer sur le caractère sérieux et nouveau de la Question : c'est le second filtre avant le renvoi devant le Conseil constitutionnel. S'il est

effectivement saisi, ce dernier doit alors se prononcer dans les 3 mois de la saisine ; l'audience est publique et contradictoire.

La procédure est entrée en vigueur le 1^{er} mars 2010. Très rapidement, les demandes de renvoi devant le Conseil constitutionnel ont afflué (les deux filtres successifs sont-ils suffisants ?). Sa première décision en la matière a été spectaculaire : en effet, par sa décision du 28 mai 2010-1 QPC, le Conseil constitutionnel a jugé que le dispositif de revalorisation des pensions militaires de retraite (communément appelé la dé cristallisation), qui crée des différences de régime en fonction de la nationalité du bénéficiaire, est contraire au principe d'égalité ; les dispositions législatives qui en sont le support sont abrogées depuis le 1^{er} janvier 2011.

2 ° *Le contentieux des élections et des référendums*

139

Le contrôle des élections présidentielles, législatives (députés et sénateurs) et des référendums a été confié au Conseil constitutionnel.

En matière d'*élection présidentielle*, son rôle est important : il intervient dans l'établissement de la liste des candidats, il veille à la régularité des opérations électorales, il connaît du contentieux électoral et proclame les résultats. Depuis la révision constitutionnelle du 18 juin 1976, son rôle en ce qui concerne l'élection présidentielle s'est encore accru (voir *supra* n° 75). Rappelons qu'au cas où un candidat potentiel à l'élection présidentielle décède ou se trouve empêché, le Conseil constitutionnel peut reporter l'élection et qu'il doit le faire au cas où cet événement se produirait après le dépôt des candidatures, mais avant le premier tour. Bien plus, si un des deux candidats restant en lice pour le second tour vient à décéder ou à être empêché avant celui-ci, le Conseil constitutionnel doit faire recommencer l'ensemble des opérations électorales.

Document n° 14

Tableau du rôle du Conseil constitutionnel dans le fonctionnement des pouvoirs publics (à l'exclusion de son rôle en matière électorale)

Compétence	Modalités	Autorités compétentes pour saisir	Rôle
A. – <i>Juridictionnelle</i> – Propositions de lois et amendements (art. 41).	Facultatif.	Premier ministre. Président de l'Assemblée concernée	Vérification du caractère législatif ou réglementaire.
– Lois (entre le vote et la promulgation (art. 61).	Facultatif.	Président de la République. Premier ministre. Président du Sénat. Président de l'Assemblée nationale. Soixante députés. Soixante sénateurs.	Vérification de constitutionnalité.
– Lois organiques (art. 46 et 61).	Obligatoire.	Premier ministre.	Vérification de constitutionnalité.

- Lois adoptées depuis 1958 dans le domaine réglementaire et que le gouvernement veut modifier par décret (art. 37).	Obligatoire.	Premier ministre.	Déclaration du caractère législatif ou réglementaire.
- Engagements internationaux (art. 54).	Facultatif.	Président de la république. Premier ministre. Président du Sénat. Président de l'Assemblée nationale. Soixante députés. Soixante sénateurs.	Vérification de conformité à la Constitution.
- Règlements des Assemblées (art. 61)	Obligatoire.	Président de l'Assemblée concernée	Vérification de constitutionnalité.
B. – Consultative			
- Mise en œuvre art. 16.	Obligatoire.	Président de la République.	Avis.
- Mesures prises en vertu art. 16.	Obligatoire.	Président de la République.	Avis.
C. – Décisionnelle			
- Empêchement du Président de la République d'exercer ses fonctions.	Facultatif.	Gouvernement.	Constate empêchement : intérim exercé par président du Sénat. Déclare empêchement définitif : organisation nouvelles élections.
- Décès ou empêchement d'un candidat à l'élection présidentielle : • avant dépôt candidature. • avant 1 ^{er} tour. • avant 2 ^e tour.	Facultatif.	Président de la République. Premier ministre. Président du Sénat. Président Assemblée nationale. Soixante députés. Soixante sénateurs. 500 personnes ayant présenté le candidat.	Report de l'élection. Recommencement des opérations électorales.
- Incompatibilités parlementaires.	Facultatif.	Bureau Assemblée intéressée. Garde des Sceaux. Parlementaire intéressé.	Vérification compatibilité. Si incompatibilité : démission d'office du parlementaire.

En matière d'élections *législatives*, il est surtout chargé du contentieux que les Assemblées assuraient elles-mêmes lors des régimes précédents. En vertu de la loi du 11 mars 1988 modifiée, le Conseil constitutionnel peut intervenir, *in fine*, pour contrôler le dépassement de financement d'une campagne électorale et prononcer l'inéligibilité d'un candidat pendant un an.

En matière de référendum, le Conseil constitutionnel contrôle la régularité des opérations de vote.

3 ° Les interventions dans le fonctionnement des institutions

140

En tant que régulateur de l'application de la Constitution, le Conseil constitutionnel intervient de plusieurs façons dans le fonctionnement de la Constitution, nous avons déjà eu l'occasion de les mentionner :

– en cas d'exercice de pouvoirs de l'article 16, il est consulté préalablement à sa mise en application et sur toutes les mesures arrêtées par le président de la République ;

– il peut constater, sur demande du Gouvernement, et à la majorité absolue de ses membres, l'empêchement du président de la République de remplir ses fonctions (art. 7) ;

– il peut se prononcer sur les questions d'incompatibilité entre le mandat parlementaire et l'exercice de certaines fonctions privées ou de certains mandats électifs. Lorsqu'un parlementaire n'est pas dans une situation conforme aux dispositions de la loi, le Conseil constitutionnel peut prononcer sa démission d'office.

§ 2 La Haute Cour (titre IX de la Constitution)

141

La loi constitutionnelle n° 2007-238 du 23 février 2007 relative au statut pénal du président de la République a supprimé la notion de « haute trahison » et a changé l'appellation de la Haute Cour de justice en Haute cour (voir *supra* n° 81). L'initiative de la destitution appartient désormais à l'une des deux chambres à la majorité qualifiée des deux tiers des membres composant l'assemblée. Si la proposition de la réunion de la Haute cour est retenue, elle est transmise à la seconde chambre qui doit également statuer à la majorité qualifiée. Si cette majorité est acquise, le Parlement est réuni en Haute cour pour statuer sur la destitution du président de la République.

La Haute cour est présidée par le président de l'Assemblée nationale.

§ 3 La Cour de justice de la République (art. 68-1, 68-2 et 68-3 de la Constitution)

142

À la suite de l'affaire dite du « sang contaminé », la Haute Cour de justice (ancienne appellation de la Haute cour), qui était primitivement compétente pour juger les membres du Gouvernement pour les crimes et délits accomplis dans l'exercice de leurs fonctions, avait montré ses limites et sa quasi-impossibilité d'aller jusqu'au bout de la procédure quand celle-ci était engagée. Une

réforme était nécessaire : elle a fait l'objet de la révision constitutionnelle du 27 juillet 1993 qui a introduit un nouveau titre (titre X) et deux nouveaux articles dans la Constitution (68-1 et 68-2) relatifs à la responsabilité pénale des membres du Gouvernement.

Depuis, c'est la Cour de justice de la République qui est compétente pour juger les membres du Gouvernement pour les crimes et délits accomplis dans l'exercice de leurs fonctions. Celle-ci comprend quinze juges : douze parlementaires élus, en leur sein et en nombre égal, par l'Assemblée nationale et par le Sénat après chaque renouvellement général ou partiel de ces assemblées et trois magistrats du siège à la Cour de cassation dont l'un préside la Cour de justice de la République.

Les possibilités de saisine de cette nouvelle juridiction sont assez larges puisque toute personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit commis par un membre du Gouvernement dans l'exercice de sa fonction peut porter plainte auprès d'une commission des requêtes. Celle-ci peut soit classer la procédure, soit la transmettre au procureur général près la Cour de cassation aux fins de saisine de la Cour de justice de la République. Le procureur général près la Cour de cassation peut saisir d'office la Cour de justice de la République sur avis conforme de la commission des requêtes.

La Cour de justice de la République est liée par les définitions des crimes et délits et la détermination des peines qui leur sont applicables telles qu'elles résultent de la loi (CJR, 9 mars 1999, *affaire Fabius, Dufoix et Hervé*, procès du sang contaminé avec la relaxe de Laurent Fabius, ancien Premier ministre ; CJR, 29 avr. 2010, *affaire Pasqua*). La Cour a jugé quatre affaires en 17 ans d'existence. Ses arrêts sont susceptibles d'un pourvoi en cassation (devant la Cour de cassation). On peut remarquer que certaines affaires, qui entrent pourtant dans le champ de compétence de la Cour, sont jugées par les tribunaux de droit commun (affaire Clearstream...) : les protagonistes ne demandent pas forcément le privilège de juridiction.

Pour les délits commis par des ministres en dehors de l'exercice des fonctions ministérielles, ce sont les tribunaux de droit commun qui sont seuls compétents.

§ 4 Le Conseil supérieur de la magistrature (CSM)

143

Organisme consultatif chargé d'assister le président de la République dans son rôle de garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire, le Conseil supérieur de la magistrature faisait depuis longtemps l'objet de critiques assez vives notamment en raison de l'immixtion du président de la République dans son fonctionnement.

Une première réforme est intervenue avec la révision constitutionnelle du 27 juillet 1993 pour renforcer l'indépendance de l'autorité judiciaire à l'égard du pouvoir exécutif. La loi organique du 5 février 1994 est venue préciser ses condi-

tions de mise en œuvre, notamment en ce qui concerne la désignation des magistrats siégeant dans les formations du Conseil supérieur de la magistrature. À noter cependant que le président de la République en restait le président, et le garde des Sceaux le vice-président. La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 a été l'occasion de parfaire la réforme de cette institution.

Le Conseil supérieur de la magistrature comprend désormais deux formations :

– une formation compétente à l'égard des magistrats du siège qui comprend en plus du président de la Cour de cassation, 5 magistrats du siège, un magistrat du parquet, un conseiller d'État désigné par le Conseil d'État et 6 personnalités n'appartenant ni au Parlement ni à l'ordre judiciaire, 2 désignées respectivement par le président de la République, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat ; cette formation fait des propositions pour les nominations des magistrats du siège à la Cour de cassation, pour celles de premier président de cour d'appel et pour celles de président de tribunal de grande instance. Les autres magistrats du siège sont nommés sur son avis conforme. Cette formation statue également comme conseil de discipline des magistrats du siège : elle est alors présidée par le premier président de la Cour de cassation ;

– une formation compétente à l'égard des magistrats du parquet qui comprend, outre le procureur général près la Cour de cassation, 5 magistrats du parquet et un magistrat du siège, le conseiller d'État et les 6 personnalités faisant partie de la formation compétente à l'égard des magistrats du siège. Cette formation donne son avis pour les nominations concernant les magistrats du parquet, sauf pour les emplois qui sont pourvus en Conseil des ministres.

Elle donne également son avis sur les sanctions disciplinaires concernant les magistrats du parquet.

La réforme de 2008 a parachevé la coupure du lien entre l'exécutif et le Conseil. Elle a incontestablement permis d'accroître l'indépendance de l'autorité judiciaire à l'égard du pouvoir exécutif. Le ministre de la Justice peut participer aux séances du Conseil (sauf en matière disciplinaire).

❶ 5 Le Conseil économique, social et environnemental (titre XI de la Constitution)

144

Cet organe prend la suite du Conseil économique de la IV^e République, mais ses pouvoirs sont moins importants. Il a une vocation purement consultative. Le qualificatif « d'environnemental » a été ajouté par la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008. Les modalités d'organisation et de fonctionnement du Conseil ont été précisées par une loi organique du 28 juin 2010.

A. Composition

145 Le Conseil économique comprend 233 membres, représentant les salariés, les entreprises, l'agriculture, les activités sociales, etc., ou particulièrement qualifiés dans le domaine économique, social, scientifique, culturel ou environnemental (163 membres élus par les organisations représentatives, 70 membres nommés par le gouvernement). Il y a 18 groupes de représentation.

B. Fonctionnement

146 Le Conseil est un organe consultatif qui rend des avis sur les questions qui entrent dans sa compétence. Ces avis peuvent être spontanés ou formulés à la demande du Gouvernement. Celui-ci saisit obligatoirement le Conseil pour les lois de programme ou les plans économiques et sociaux (à l'exception des lois de finances). Les avis ne lient pas juridiquement le Gouvernement, mais celui-ci tient compte volontiers de leurs observations.

La réforme constitutionnelle proposée le 27 avril 1969 au référendum par le général de Gaulle devait aboutir à la fusion du Conseil économique et social et du Sénat. Le rejet du projet par le peuple ne résout pas les problèmes que pose cette assemblée, qui ne rend pas les services qu'on est en droit d'attendre d'elle à un moment où les questions d'ordre économique et social sont primordiales pour la détermination de la politique générale.

Pour aller plus loin Chapitre 2

Le Conseil constitutionnel et le contrôle de conventionnalité

La question est de savoir si le Conseil constitutionnel, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois peut contrôler la conformité d'une loi par rapport à un engagement international. Il s'y refuse fermement : « il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi en application de l'article 61 ou 61-1, d'examiner la compatibilité d'une loi avec les engagements internationaux et européens de la France ; malgré la mention du traité de Lisbonne dans la Constitution, il ne lui revient pas de contrôler la compatibilité d'une loi avec les stipulations de ce traité... » DC 2010-605 du 12 mai 2010, loi relative aux jeux d'argent et de hasard en ligne.

S'agissant du droit dérivé, le Conseil constitutionnel, dans sa décision DC 2004-296 du 10 juin 2004 (loi sur la confiance dans l'économie numérique), s'est déclaré incompétent pour examiner la conformité d'une loi à la Constitution lorsqu'elle ne fait que transposer fidèlement une directive communautaire : la directive fait écran entre la loi et la Constitution.

Le président de la République et « l'hyperprésidentialisation »

Depuis 2007, de nombreuses critiques s'élèvent à l'encontre d'une prétendue dérive présidentieliste du régime, bien au-delà de la lettre et de l'esprit de la Constitution ; en clair, il est reproché au président de la République de décider de tout, d'intervenir dans les domaines traditionnellement réservés aux membres du gouvernement, voire au Premier ministre en personne... Une communication très active de l'Élysée a augmenté la perception de ce phénomène qui n'est pourtant pas nouveau : qui se souvient des « directives présidentielles » du président Giscard d'Estaing ? Effectivement, à bien des égards, le Premier ministre apparaît comme un « collaborateur » ou un « exécutant ». Cette situation typiquement française tranche avec l'effacement des présidents allemand, italien, etc.

3

Les rapports entre les pouvoirs publics

147 Dans un régime de type parlementaire comme l'est, au moins en principe, la V^e République, des rapports étroits s'établissent entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. Toutefois, la V^e République est marquée par la prééminence du chef de l'État qui n'est plus un simple représentant protocolaire comme dans les régimes précédents. Il apparaît au contraire comme le véritable moteur du régime. Depuis 2007, certains commentateurs qualifient même le régime d'« hyperprésidentieliste ». Dès lors, se pose également la question des rapports du président de la République avec le Gouvernement.

section 1

Les rapports entre le président de la République et le Gouvernement

148 Dans le texte même de la Constitution, le président de la République apparaît plutôt comme un arbitre, doté toutefois de pouvoirs importants. La pratique du pouvoir présidentiel par le général de Gaulle s'est traduite par le fait que le président de la République est devenu le chef véritable de l'exécutif. En effet, contrairement à la coutume des régimes parlementaires, il a utilisé pleinement, et même au-delà, les pouvoirs que la Constitution lui accorde. Ainsi, à partir de 1959, une politique du « domaine réservé » s'est instaurée : le président de la République détermine les options fondamentales dans les domaines les plus importants, notamment en matière de diplomatie et de défense. L'élection du président de la République au suffrage universel direct, suite à la révision de 1962, a rendu caduque cette notion de « domaine réservé » : le président de la

République est devenu le seul et unique responsable de la politique de l'État dans tous les domaines. Cette pratique s'est trouvée réaffirmée sans exception par les présidents successifs.

Dans ces conditions, les rapports du président de la République et du Gouvernement ne sont pas des relations d'indépendance mais de collaboration, on pourrait même dire parfois de subordination. Le Gouvernement, nommé par le président de la République, ne peut que suivre les directives du président et appliquer la politique qu'il définit. La légitimité démocratique du président l'emporte sur les attributions juridiques que la Constitution confère au Premier ministre et au Gouvernement et qui leur permettent, théoriquement, de faire front au président de la République (en période de cohabitation par exemple). Le Premier ministre et les membres du Gouvernement apparaissent, en fait sinon en droit, responsables devant le président comme ils le sont, constitutionnellement, devant l'Assemblée nationale.

Toutefois, ce système ne fonctionne que si le président de la République et le Premier ministre sont issus de la même majorité politique. En cas de distorsion, le Premier ministre, soutenu par sa majorité, retrouve plus d'indépendance par rapport au président de la République en faisant jouer pleinement la Constitution, notamment l'article 20. Ce schéma, dit de « cohabitation », a été appliqué après les élections de mars 1986, de mars 1993 et de juin 1997. En principe, avec le quinquennat et l'adaptation du calendrier électoral (les élections législatives interviennent à l'issue de l'élection présidentielle), il ne devrait plus y avoir de cohabitation : majorité présidentielle et majorité parlementaire devraient coïncider...

section **2**

Les rapports entre le Gouvernement et le Parlement

149

On retrouve le schéma classique du régime parlementaire : régime d'équilibre entre les pouvoirs marqué par des moyens d'action réciproques. Toutefois, sous la V^e République, ce schéma a été altéré par une prépondérance du Gouvernement.

❶ **1 Les moyens d'action du Parlement sur le Gouvernement**

150

Le Parlement dispose de moyens de contrôle et de moyens plus radicaux qui peuvent aboutir à mettre en jeu la responsabilité politique du Gouvernement.

A. Les moyens de contrôle

151 Il en existe deux principaux :

1 ° *Le contrôle par les commissions*

152 Les commissions permanentes de chaque assemblée exercent un certain contrôle sur les ministres mais ce sont surtout les commissions d'enquête, constituées au niveau de chaque assemblée, qui peuvent informer le Parlement sur certains faits particuliers (voir *supra* n° 124). Traditionnellement, en France, ce type de contrôle est encore considéré comme peu efficace. Pourtant des commissions d'enquête constituées à propos de certains scandales ont vu leurs rapports suivis d'effets (affaire d'Outreau).

2 ° *Les questions parlementaires*

153 Il y a d'abord les *questions orales*. Prévues par l'article 48 de la Constitution, elles sont traditionnelles en droit parlementaire français. Les parlementaires y sont très assidus, notamment en raison de la présence des chaînes de télévision.

Ce type de contrôle par les questions orales, considéré comme un moyen essentiel de contrôle à la disposition du Parlement, a été renforcé par la révision constitutionnelle du 4 août 1995 qui prévoit qu'une séance par semaine « au moins » est réservée par priorité aux questions des membres du Parlement et aux réponses du Gouvernement alors que la rédaction précédente n'en prévoyait qu'une. De fait, il y a maintenant chaque semaine deux séances de questions orales.

Il y a également les *questions écrites* (auxquelles il est répondu par écrit, en principe dans un délai de 2 mois, par publication au *Journal officiel*) qui portent sur des problèmes plus techniques. Chaque année, environ 20 000 questions écrites sont posées dans les deux assemblées.

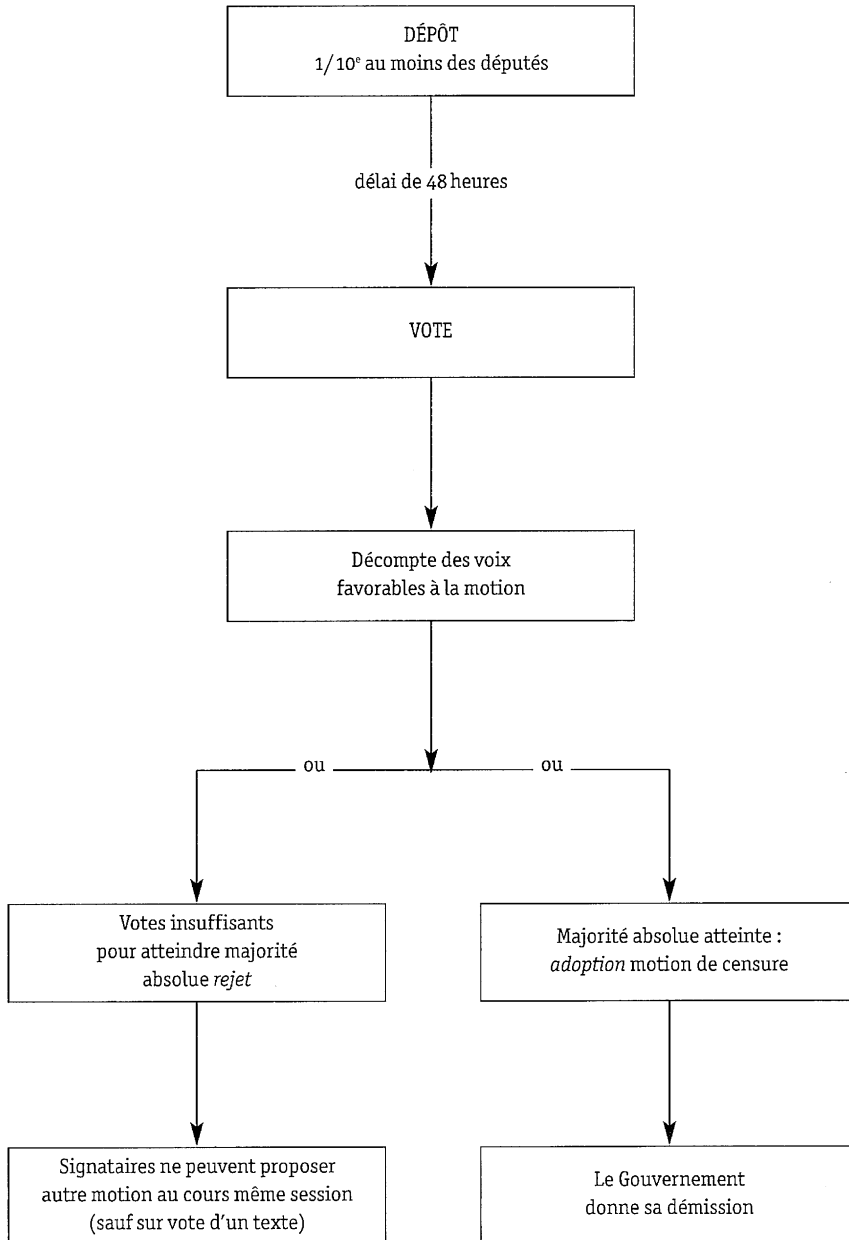
B. La mise en jeu de la responsabilité politique du Gouvernement

154 Seule l'Assemblée nationale peut mettre en cause la responsabilité politique du Gouvernement, c'est-à-dire l'obliger à démissionner s'il est mis en minorité. Les conditions requises pour ce faire sont toutefois plus difficiles à mettre en œuvre qu'auparavant. Si le Sénat ne peut pas mettre en jeu la responsabilité du Gouvernement, il peut néanmoins être appelé à approuver une déclaration de politique générale (sans sanction toutefois).

1 ° *La motion de censure*

155 C'est le moyen par lequel les députés provoquent un vote qui oblige le Gouvernement à démissionner si la motion recueille la majorité.

Document n° 15
Tableau de la mise en jeu de la responsabilité politique
du Gouvernement
Motion de censure



L'article 49 alinéa 2 de la Constitution prévoit :

– qu'une motion de censure n'est recevable que si elle est signée par un dixième au moins des députés composant l'Assemblée nationale (soit 58 députés au moins) ;

– que le vote sur la motion de censure ne peut avoir lieu que quarante-huit heures après son dépôt ;

– que la motion de censure requiert, pour être adoptée, une majorité qualifiée, c'est-à-dire la majorité absolue des membres composant l'Assemblée ; seuls sont recensés les votes favorables à la motion de censure, ce qui fait que l'abstention équivaut à une position favorable au Gouvernement ;

– enfin, depuis la révision constitutionnelle du 4 août 1995, un député ne peut être signataire de plus de trois motions de censure au cours d'une même session ordinaire et de plus d'une au cours d'une même session extraordinaire, sauf dans le cas d'une motion de censure déposée sur le vote d'un texte (art. 49 al. 3).

À ce jour, il n'y a qu'une seule motion de censure qui a effectivement recueilli la majorité requise pour que le gouvernement soit renversé : celle du 5 octobre 1962 renversant le gouvernement Pompidou (il faut rappeler, qu'à titre de sanction, le général de Gaulle a aussitôt dissous l'Assemblée nationale). L'opposition dépose régulièrement une motion de censure (depuis 2007, l'opposition a déposé trois motions de censure contre le gouvernement Fillon). Il faut bien comprendre que c'est le mécanisme de la motion de censure qui oblige le président de la République à tenir compte de la majorité parlementaire lorsqu'il procède à la nomination d'un nouveau premier ministre. En effet, si le Président s'affranchissait de la majorité parlementaire, le premier ministre serait immédiatement renversé !

2 ° La question de confiance

156

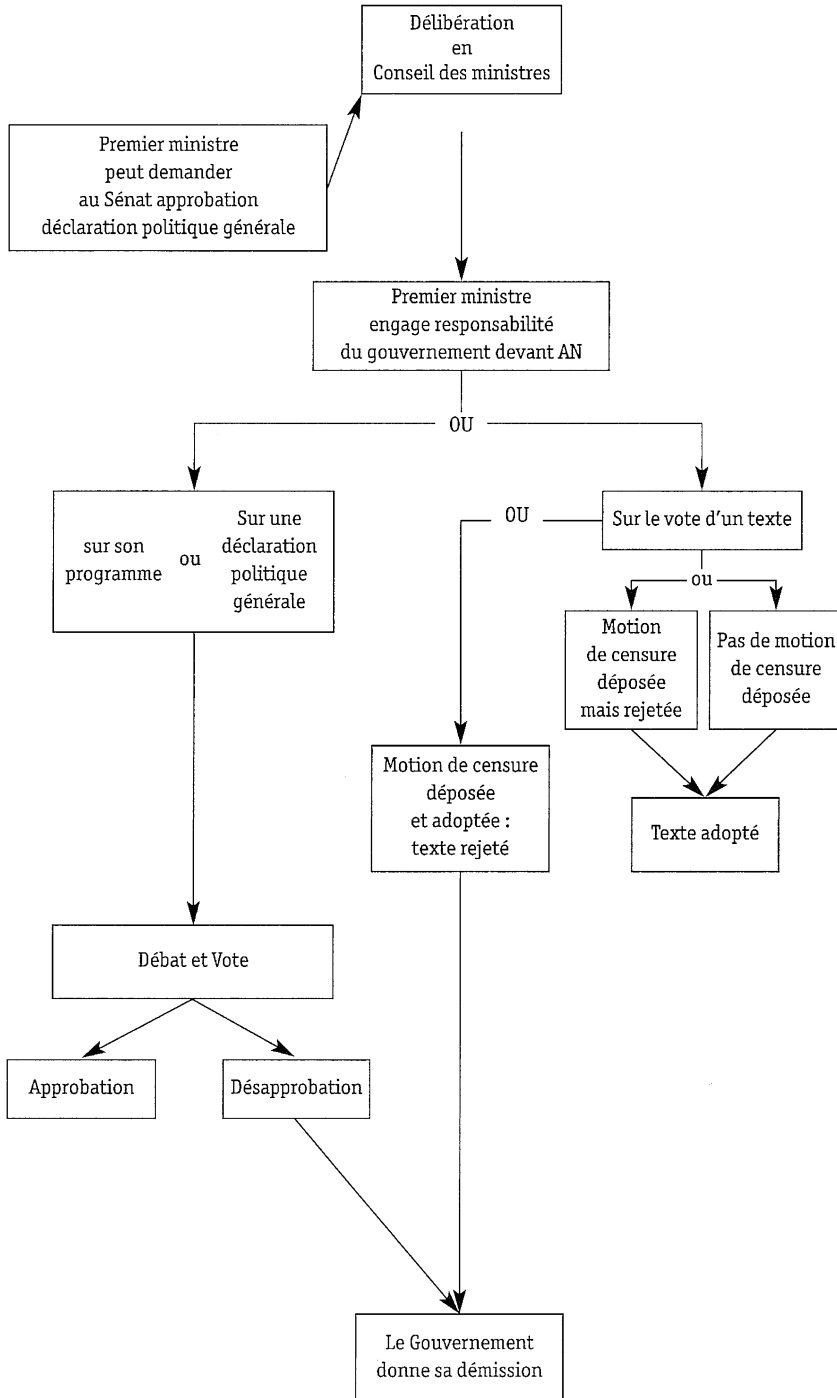
C'est un mécanisme qui intervient à l'initiative de l'exécutif et qui a pour conséquence d'engager la responsabilité du Gouvernement. La question de confiance peut être posée par le Premier ministre, après délibération du Conseil des ministres, sous deux formes différentes :

- sur un texte (art. 49 al 3) ;
- sur une déclaration de politique générale ou sur le programme du Gouvernement (art. 49, al. 1).

a) La question de confiance sur un texte de loi en discussion

La question de confiance sur un texte de loi en discussion (art. 49, al. 3) obéit à des règles compliquées qui reviennent finalement à faire voter la censure par les députés ; en effet, le texte en discussion est considéré comme adopté, sans aucun vote de l'Assemblée nationale, sauf si une motion de censure est déposée dans les vingt-quatre heures qui suivent et si celle-ci est adoptée selon les règles précédemment décrites. Il faut rappeler que cette procédure n'est évidemment employée qu'en dernier recours, lorsque le Gouvernement est confronté à une vive résistance de sa majorité. La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 a restreint les possibilités de recourir à cette procédure en la réservant prioritairement aux lois de finances et lois de financement de la Sécurité sociale : ce n'est qu'à titre subsidiaire qu'un seul autre texte de loi par session parlementaire peut être adopté selon l'article 49 al. 3.

Document n° 15 (suite)
Tableau de la mise en jeu de la responsabilité politique
du Gouvernement
Question de confiance



b) *L'engagement de la responsabilité du Gouvernement sur son programme ou sur une déclaration de politique générale (art. 49, al. 1).*

Le Gouvernement, lorsqu'il est nouvellement nommé, peut demander aux députés de se prononcer par un vote sur son programme (8 juin 2005 lors de l'entrée en fonction du gouvernement de M. de Villepin) ; par ailleurs, en tout temps, il peut demander un vote sur une déclaration de politique générale (3 juillet 2007 M. Fillon). Le vote sur cette question de confiance a lieu sans règles particulières de délai ou de majorité. Pour ne pas être désavoué, le Gouvernement doit obtenir la majorité simple en sa faveur.

La Constitution ne fait pas obligation au Gouvernement nouvellement nommé de se présenter devant l'Assemblée nationale pour faire approuver son programme ou même pour présenter une déclaration de politique générale. Aussi, les différents gouvernements de la V^e République ont-ils assez peu utilisé ces mécanismes de mise en jeu de la responsabilité qui ne reviennent pas au vote d'une motion de censure. On peut se demander si la « déclaration de politique générale » ne devrait pas être complétée par un débat sur les orientations budgétaires du gouvernement, voire par la présentation d'un « budget de législature ».

Enfin, la difficulté du contrôle de l'action gouvernementale sous la V^e République tient à ce qu'il n'y a pas d'alternative à la censure. La censure étant une arme redoutable (renversement du Gouvernement) et redoutée (dissolution quasi automatique de l'Assemblée nationale), les députés ne peuvent l'utiliser qu'exceptionnellement. Une seule motion de censure a eu un aboutissement sous la V^e République (1962). Le pouvoir de contrôle du Parlement s'en trouve considérablement affaibli.

❷ 2 Les moyens d'action de l'exécutif sur le Parlement

157 Dans un régime parlementaire, l'exécutif dispose du droit de dissoudre l'Assemblée nationale, contrepartie au droit que possède celle-ci de la contraindre à démissionner (vote d'une motion de censure). Sous la V^e République, ce moyen traditionnel a été renforcé et d'autres ont été créés.

A. Le droit de dissolution

158 Prévue à l'article 12 (voir *supra* n° 93), la dissolution peut être prononcée par le président de la République (lequel n'est pas responsable) après consultation du Premier ministre et des présidents des assemblées. La dissolution peut être décidée en toute liberté sous la seule réserve qu'un intervalle d'au moins un an sépare deux dissolutions consécutives. Utilisée à deux reprises par le général de Gaulle, 2 fois par François Mitterrand et une fois par le président Jacques Chirac, la dissolution a permis pratiquement à chaque fois de dénouer la crise au profit de l'exécutif ou de mettre en concordance les majorités présidentielle et parle-

mentaire (sauf en 1997 où la dissolution s'est soldée par la cohabitation) : c'est donc une arme de dissuasion redoutable dont il a été annoncé qu'elle serait utilisée systématiquement en cas de vote d'une motion de censure par l'Assemblée nationale (voir *supra* **doc. n° 6**).

B. La création de moyens d'action nouveaux

159

La Constitution en a créé trois : la délimitation du domaine de la loi, l'instauration de nombreuses procédures permettant au Gouvernement d'imposer sa volonté au Parlement, enfin le recours au référendum (voir *supra* **n° 94**).

Dans ce régime, l'exécutif apparaît donc comme disposant d'une nette prépondérance sur le Parlement. La question est ainsi posée de la véritable nature du régime de la V^e République.

La Constitution de 1958 s'applique depuis plus de 50 ans : le régime qu'elle a mis en place a évolué, le contexte politique, économique et social a changé, les forces politiques se sont transformées, les hommes ne sont plus les mêmes. Il importe donc d'avoir une idée, la plus nette possible, de ce que représente ce régime à l'heure actuelle.

Initialement, la Constitution a mis en place un régime de *type parlementaire rationalisé* avec prépondérance de l'exécutif. Par la suite, les atteintes aux principes de base du parlementarisme se sont multipliées : la plus importante étant l'élection du président de la République au suffrage universel direct en 1962. Le régime tend alors à évoluer vers un système de type présidentiel mais sans aller jusqu'à son aboutissement (malgré la réduction du mandat présidentiel et celle du mandat des sénateurs).

Il est évident que le régime actuel ne constitue pas véritablement un régime parlementaire. Le Parlement, s'il conserve des prérogatives importantes, n'est pas le maître du jeu politique et n'est plus la seule autorité issue du suffrage universel direct. Le président de la République est devenu le véritable responsable de la politique nationale lorsqu'il s'appuie sur une majorité au Parlement et sur le peuple. De plus, le Premier ministre et le Gouvernement ne disposent pas d'une véritable autonomie par rapport au président : le dualisme de l'exécutif traditionnel dans un régime parlementaire n'existe plus, sauf naturellement en période de cohabitation.

L'évolution vers un régime de type présidentiel n'est sans doute pas achevée. De plus, si le Parlement ne dispose pas de moyens de contrôle efficaces à l'encontre du président, il en détient à l'encontre du Gouvernement ; il ne saurait mettre en cause la politique du président qu'en renversant le Gouvernement. Mais le président de la République peut prononcer la dissolution de l'Assemblée nationale, ce qui est contraire au principe de l'indépendance des pouvoirs dans les régimes présidentiels et conforme au schéma des régimes parlementaires.

Ainsi, ni véritablement parlementaire, ni réellement présidentiel, le régime de la V^e République apparaît comme un *système original de type présidentieliste* qui se caractérise par le Gouvernement d'un président s'appuyant sur une légitimité démocratique due à son élection, sous le contrôle indirect d'un Parlement qui

traduit les variations de l'opinion publique. Il est donc nécessaire qu'une certaine cohérence existe entre la majorité présidentielle et la majorité parlementaire.

Sous la V^e République, une profonde mutation s'est opérée dans les forces politiques. On a pu constater, dès le début, le déclin de la classe politique des régimes parlementaires précédents, le président de la République s'appuyant plus sur l'opinion publique que sur les élites politiques traditionnelles. On a pu également constater, et c'est le fait essentiel, l'existence d'un parti majoritaire qui, depuis 1962, a permis au Gouvernement de s'appuyer sur une majorité solide, rendant pratiquement impossible l'adoption d'une motion de censure. L'existence d'une telle majorité conforme au schéma classique du régime parlementaire. Mais elle n'est pas sans danger pour le débat démocratique. C'est la raison pour laquelle la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 s'est attachée à reconnaître des droits spécifiques aux parlementaires qui ne sont pas membres de la majorité ; le nouvel article 51-1 exige que le règlement de chacune des deux assemblées reconnaisse des droits spécifiques aux groupes d'opposition et aux groupes minoritaires (ex. : le Règlement de l'Assemblée nationale, profondément remanié en 2009, pose le principe que seul un député de l'opposition peut présider la commission des finances).

Tout le système repose sur une présomption de majorité ; le Gouvernement, même s'il ne s'est pas soumis à la procédure de la présentation du programme ou de la déclaration de politique générale, est présumé disposer d'une majorité parlementaire, notamment à l'Assemblée nationale. Seuls les députés peuvent renverser cette présomption par l'adoption d'une motion de censure.

Un fait est certain : l'existence d'un consensus général sur les institutions (manifesté par un taux de participation important à la dernière élection présidentielle) et sur la nécessité de leur évolution dans le sens d'une plus grande participation des citoyens aux décisions politiques. L'essentiel est que l'évolution se produise dans le respect des principes démocratiques proclamés par la Constitution, notamment au moment où le fossé se creuse entre la classe politique et la population.

On peut se demander si l'un des effets majeurs de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 n'est pas de rendre le régime plus parlementaire qu'auparavant en approfondissant la séparation des pouvoirs : d'une part, une séparation plus nette entre le Parlement et le pouvoir exécutif avec des garanties pour les parlementaires directement inscrites dans la Constitution et d'autre part, une séparation plus marquée de l'autorité judiciaire par rapport aux pouvoirs exécutif et législatif (perceptible dans la réforme du Conseil supérieur de la magistrature). Finalement, la V^e République arrive peut-être seulement maintenant à pleine maturité.

Pour aller plus loin Chapitre 3

La qualité de la loi, nouvel enjeu du travail législatif

En 2008 et 2009, ce sont respectivement 55 et 41 lois qui ont été promulguées (excepté les lois autorisant l'approbation ou la ratification d'accords internationaux) ; du seul point de vue arithmétique, il y a moins de textes de lois qu'il y a quelques années. L'apparence est trompeuse : les lois sont de plus en plus longues, nécessitent de plus en plus de décrets d'application et, par ailleurs, le gouvernement bénéficie de plus en plus de l'autorisation de recourir aux ordonnances. Certains codes sont modifiés à maintes reprises : le CGCT l'a été 40 fois en 2009 !

La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a voulu créer des outils adéquats pour améliorer la qualité de la loi.

– Le Gouvernement a l'obligation de présenter, à l'appui de chaque projet de loi, une étude d'impact des dispositions envisagées (loi organique du 15 avril 2009 en ce sens). L'exposé des motifs ne suffit plus : le Gouvernement doit clairement informer le Parlement de tous les effets juridiques du projet et de ses conséquences budgétaires.

– L'article 39 *in fine* de la Constitution : le Conseil d'État peut être saisi pour examiner la légalité d'une proposition de loi. Auparavant, seuls les projets de loi étaient soumis à l'avis du Conseil d'État. Suite à la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, le président de l'Assemblée nationale ou du Sénat peut soumettre une proposition de loi, dès son dépôt, à l'avis du Conseil d'État (avant qu'elle ne soit transmise à la commission permanente compétente).

Il faut que le Parlement s'attache à des lois efficaces : toutes les dispositions doivent avoir une portée normative. Le Conseil constitutionnel a déjà l'occasion de l'affirmer à quelques reprises (DC du 29 juillet 2004 à propos de l'autonomie financière des collectivités territoriales : « la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative »).

Sujets de concours Titre 2

Administrateur de l'Assemblée nationale

1994 : Le Premier ministre sous la V^e République.

1992 : L'application de l'article 38 de la Constitution de 1958 relatif aux ordonnances.

Attaché d'administration centrale

1992 : Les pouvoirs du président de la République sous la V^e République.

Attaché d'administration hospitalière

2006 : Les ministres sous la V^e République.

2004 : Le référendum.

Attaché d'administration scolaire et universitaire (AASU) et AENES

2003 : La démocratie électorale est-elle en crise ?

1998 : Analysez et commentez l'alinéa 1 de l'article 3 de la Constitution de 1958 : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ».

1995 : La place du Gouvernement et du Premier ministre dans les institutions de la V^e République.

Attaché d'administration de la ville de Paris

1995 : Le Conseil constitutionnel.

1994 : Le pouvoir réglementaire sous la V^e République.

Attaché de préfecture

1993 : Une Constitution doit-elle être révisée ?

Attaché territorial

2008 : La loi sous la V^e République.

2001 : Peut-on parler d'un déclin de la loi en France depuis 1958 ?

1992 : Est-il possible d'accroître le pouvoir du Premier ministre français ?

Commissaire aux Armées

2008 : Les rapports au sein de l'exécutif de l'État en France.

2007 : La révision de la Constitution en France.

2004 : Le contrôle de constitutionnalité des lois.

2002 : Le président de la République, chef des Armées.

1995 : De l'usage du référendum constitutionnel en France.

Commissaire de police

2011 : Le Conseil constitutionnel, juge de l'exception.

2008 : La protection juridictionnelle des libertés publiques.

2007 : À quoi sert une Constitution ?

2006 : La France, République indivisible ?

1997 : La primauté de la loi.

Directeur d'établissement social et médico-social

2007 : La libre administration des collectivités locales.

2006 : L'autorité de la loi.

Directeur d'hôpital

2005 : Le référendum sous la V^e République.

École nationale de la magistrature (ENM)

2002 : Révisions constitutionnelles et VI^e République.

2000 : La primauté de la constitution vous semble-t-elle assurée de façon satisfaisante en France ?

1999 : La Constitution de 1958 constitue-t-elle un tournant dans l'histoire constitutionnelle française ?

1995 : La séparation des pouvoirs sous la V^e République.

Instituts régionaux d'Administration (IRA)

2007 : Les pouvoirs propres du président de la République (QRC).

2005 : Les ordonnances sous la V^e République.

2004 : La dissolution sous la V^e République.

2003 : Référendum et démocratie représentative.

1994 : L'évolution du rôle de l'exécutif dans les régimes contemporains de la France, du Royaume-Uni, de l'Allemagne et de l'Italie.

1993 : Le ministre.

1991 : Les rapports du président de la République et du Premier ministre sous la V^e République.

Inspecteur des affaires sanitaires et sociales (IASS)

2001 : Quel sens prend aujourd'hui l'article 72 de la Constitution ?

1992 : Les procédures de révision de la Constitution du 4 octobre 1958 modifiée.

Inspecteur des douanes

2009 : Le Conseil constitutionnel : acteur juridique ou politique ?

2008 : Dans quelle mesure la France évolue-t-elle vers un « régime présidentiel » ?

2004 : Le principe d'égalité en droit public.

2003 : Discutez cette affirmation : « En France, la cour suprême, c'est le peuple ». Charles de Gaulle.

1996 : Les relations entre les pouvoirs exécutif et législatif.

1994 : Le référendum et sa pratique sous la V^e République.

Inspecteur des impôts

1993 : L'Assemblée nationale et le Sénat sous la V^e République.

Inspecteur du travail

1995 : L'évolution du rôle du Conseil constitutionnel.

Inspecteur du trésor

2005 : Le référendum sous la V^e République.

2002 : Peut-on parler d'un déclin du rôle législatif du Parlement sous la V^e République ?

2001 : Le pouvoir réglementaire sous la V^e République.

2000 : Les pouvoirs du président de la République sous la V^e République.

1993 : Le référendum sous la V^e République.

1990 : le Premier ministre sous la V^e République.

Inspecteur de la jeunesse et des sports

1992 : Peut-on parler de déclin du Parlement ?

1991 : Le Sénat sous la V^e République.

Inspecteur de la concurrence et de la consommation (DGCCRF)

2008 : Le rôle du président de la République dans les institutions de la V^e République.

2005 : Le référendum sous la V^e République.

Officier de gendarmerie (EOGN)

2011 : Le contrôle a posteriori de la constitutionnalité des lois : la question prioritaire de constitutionnalité.

2010 : La protection juridictionnelle des libertés publiques.

2009 : Le Parlement de la V^e République.

2008 : La garantie des libertés publiques en droit public interne.

2007 : Le renforcement de l'exécutif sous la V^e République.

2005 : la révision de la Constitution de 1958.

2004 : Le principe de la séparation des pouvoirs appliqué à la procédure législative dans la Constitution de la V^e République.

Officier de police

2011 : La question prioritaire de constitutionnalité.

2010 : Le Premier ministre.

2009 : Le contrôle de la loi en France.

3

L'organisation administrative de la France

160

L'étude de l'organisation administrative française se situe dans le prolongement direct de celle de ses institutions politiques. Si le vote de la loi est la compétence essentielle du Parlement, l'exécution de la loi est la mission essentielle du Premier ministre. À cet effet, le chef du Gouvernement dispose de l'Administration et de la force armée (art. 21 de la Constitution). Le terme « exécution des lois » ne veut pas seulement dire l'application stricte de la loi ; il a un sens plus vaste : il comporte une tâche plus générale qui est d'assurer le minimum de conditions nécessaires à la continuité de la vie nationale, c'est-à-dire le maintien de l'ordre public et le bon fonctionnement des services publics. L'ensemble de ces missions est qualifié d'administratives et se distingue des missions politiques que le pouvoir exécutif doit également assumer (voir *supra* n° 113). L'étude de l'organisation administrative nous permettra de définir les principes généraux qui animent l'exercice de ces missions ainsi que les structures et les autorités (institutions) qui sont chargées de les assurer.

1

Les principes généraux de l'organisation administrative

161 L'étude de l'organisation administrative suppose la connaissance d'un certain nombre de principes de base et de définitions. Il importe surtout de faire la distinction entre les réformes de la décentralisation et de la déconcentration.

section 1

La notion de personne morale de droit public

162 L'un des premiers problèmes qui se posent est celui de savoir par quel procédé juridique l'Administration va pouvoir exercer ses activités, par quel moyen et de quelle façon elle va agir. La solution de ce problème réside dans la notion de *personne morale* (ou personne juridique).

§ 1 Définition de la personnalité morale

163 L'expression de personne morale désigne un sujet de droit qui n'est pas une personne physique, un être humain. Une personne physique, un individu est, moyennant certaines conditions, d'âge par exemple, *capable* d'accomplir certains actes de la vie juridique : négocier et signer des contrats, subir une expropriation, recevoir de l'argent si on lui a causé des dommages. Tout le monde n'est pas

sujet de droit ; par exemple, l'aliéné n'est pas un sujet de droit, il est réputé « incapable majeur ». Si nous sommes des sujets de droit, c'est parce que nous sommes des personnes appelées personnes physiques « capables ». Il y a d'autres sujets de droit que les personnes physiques : ce sont précisément les *personnes morales*. Une association – par ex. : une association d'étudiants – est une personne morale. Elle est composée de plusieurs personnes mais ces personnes, ensemble, constituent une autre personne, *la personne morale*, qui les représente collectivement. Un club de football est aussi une personne morale : les joueurs et les dirigeants la composent. Quand le président du club signe un contrat pour jouer un match, il ne signe pas pour lui, mais pour le club, c'est-à-dire pour l'ensemble des personnes qui le composent. *La personne morale est distincte des personnes qui la composent*. Elle constitue essentiellement une aptitude à la vie juridique.

L'État aussi est une personne morale, mais soumise au droit public, de même que les communes, les départements, les régions, les établissements publics, les GIP (groupement d'intérêt public) et certaines autorités administratives indépendantes. Toutes les administrations n'ont pas la personnalité morale : les services à compétence nationale n'ont pas la personnalité morale, ils dépendent de l'État, qui lui, a la personnalité morale.

Pour l'État, l'attribution de la personnalité morale n'a pas de source textuelle sûre. En revanche, pour les autres catégories d'institutions, l'attribution de la personnalité morale résulte du texte institutif.

❶ 2 Intérêt de la notion de personne morale

164 L'utilité de cette notion de personne morale apparaît nettement dans quatre cas.

1. Quand des individus se groupent en vue d'atteindre un certain but, il leur est nécessaire de posséder des moyens financiers, de faire tous les actes de la vie juridique, par exemple acheter, vendre, etc. C'est la personne morale qui va être propriétaire de ce patrimoine, de cet argent et qui va accomplir les actes. S'il en allait autrement, les biens devraient être considérés comme la propriété de tous les associés, tous les membres du groupe devraient apparaître dans tous les actes, les contrats, les procès. Ce serait très compliqué et pratiquement impossible à mettre en œuvre.

2. Même en l'absence de toute constitution de groupe, il est très utile de considérer qu'une personne spéciale gère une entreprise, par exemple.

L'Administration constitue précisément un ensemble d'organisations auxquelles la notion de personne morale permet de vivre et de se développer. Ainsi, apparaissent en droit administratif l'État, les régions, les départements, les communes, les collectivités d'Outre-mer, les établissements publics. Chacune de ces personnes est chargée de gérer un service ou un ensemble de services. Cha-

cune a son domaine, son budget. C'est elle qui intervient lorsqu'il y a lieu d'acquiescer, de vendre, de contracter, de plaider dans l'intérêt du service.

La notion de personnalité morale apparaît ainsi comme un moyen commode, permettant à des groupements d'accéder à la vie juridique de façon autonome et cohérente. Le groupement aura des organes qui agiront en son nom et pour son compte.

3. En droit administratif, cette notion présente un autre intérêt : elle est un moyen de limiter la toute-puissance de l'État. Si, dans un pays, d'autres personnes morales que l'État existent, elles détiendront de toute évidence face à lui une certaine autonomie, administrative ou financière. La notion de personnalité morale apparaît ainsi comme un procédé destiné à renforcer les libertés locales.

4. La personne morale ne peut agir qu'en fonction du but précis pour lequel elle a été créée.

section **2**

Déconcentration et décentralisation

165 L'organisation administrative peut être aménagée suivant deux systèmes différents : la déconcentration et la décentralisation. La déconcentration apparaît comme un aménagement de la centralisation.

§ 1 La déconcentration, aménagement de la centralisation

166 La déconcentration n'a de sens que par rapport à la centralisation qui peut exister dans l'organisation et le fonctionnement d'une institution donnée. La déconcentration est un aménagement de la centralisation : elle est surtout appliquée dans l'administration de l'État.

A. Définition

167 La centralisation administrative se caractérise par l'unité de direction : elle n'est qu'un aspect du phénomène plus général de centralisation, c'est-à-dire de la tendance à l'unité qui se manifeste dans les différents aspects de la vie publique : politique, économique.

La centralisation administrative consiste à réunir toute l'Administration en un centre unique de décision dirigé par les autorités centrales de l'État. Tous les

pouvoirs administratifs sont rassemblés entre les mains des autorités de l'État qui ne gèrent pas seulement les affaires d'intérêt national, mais aussi les affaires locales qui n'intéressent que des groupes de population ou de territoires restreints. Le pouvoir central imprime ainsi à tout le pays une direction unique, centralisée.

Dans un pays pleinement centralisé, il n'existe qu'une seule personne morale de droit public : l'État. Les divisions du pays (départements ou communes par exemple) ne sont que de simples circonscriptions territoriales, sans personnalité morale, et qui servent uniquement de cadre aux divers services administratifs de l'État.

La France, au début du XIX^e siècle, sous le régime napoléonien, était soumise à un régime de ce type.

B. Les justifications historiques de la centralisation

168 La centralisation a été justifiée par les avantages politiques et techniques qu'elle présente.

1 ° Les avantages politiques

De ce point de vue, la centralisation se révèle utile en tant qu'elle renforce la puissance externe et interne de l'État. L'État dispose ainsi complètement (mais pas forcément rapidement) de tous les moyens nécessaires pour prendre toutes les décisions, tant à l'intérieur qu'aux frontières du pays. De plus, la centralisation permet de lutter efficacement contre tous les éléments et groupements centrifuges qui viseraient à miner l'unité de l'État.

2 ° Les avantages techniques

Grâce à elle, les services publics fonctionnent de façon uniforme, donc plus « égale » quel que soit le point du territoire. L'unité de décision garantit l'égalité de traitement de tous les citoyens sur l'ensemble du territoire national.

Mais la centralisation présente aussi de sérieux inconvénients : elle génère des lourdeurs administratives, du retard dans le traitement de dossiers, des solutions déconnectées des réalités locales... et, de fait, beaucoup d'inégalités.

C. La déconcentration, principe d'organisation de l'Administration d'État

169 Un système centralisé présente aujourd'hui de graves inconvénients, car les autorités centrales sont incapables de prendre toutes les décisions avec la rapidité nécessaire : les circuits de préparation et d'exécution *sont trop lents*. De plus, leurs décisions risquent d'être *inadaptées*, car ces autorités ne sont pas à même de connaître avec précision les besoins des populations locales. C'est la raison pour laquelle la centralisation est inconcevable aujourd'hui dans la plupart des

secteurs de l'Administration. On trouve encore de la centralisation dans le système des examens nationaux (baccalauréat) et de certains concours administratifs : un seul concours, le même jour sur l'ensemble du territoire national, un seul et même sujet distribué à la même heure, un seul jury, une liste nationale de postes... À voir le nombre de recours contentieux sur ces concours nationaux « centralisés », on se rend bien compte que ce système est dépassé et dangereux, même s'il part d'une bonne intention : assurer l'égalité des candidats à l'accès à la fonction publique. Certains concours administratifs sont déjà déconcentrés, par exemple les IRA.

La déconcentration a pour objet d'assouplir la centralisation assurée par la concentration et de diminuer les inconvénients que nous venons de citer.

La déconcentration consiste à attribuer des pouvoirs de décision aux *représentants locaux* du pouvoir central (préfets par exemple). Ceux-ci ne sont pas de simples organes de transmission et d'exécution parce qu'ils détiennent, en vertu de la déconcentration, un pouvoir de décision au plan local. Toutefois, le système demeure centralisé dans la mesure où ces agents locaux demeurent *subordonnés* au pouvoir central. Ces éléments de subordination, qu'on retrouve dans le *pouvoir hiérarchique* qui pèse sur eux, sont un des plus caractéristiques de la déconcentration.

L'Administration centralisée, mais assortie du correctif de la déconcentration, présente l'aspect d'une pyramide d'agents reliés les uns aux autres par les liens de la hiérarchie : au sommet, on trouve le pouvoir central (le Gouvernement composé de ministres) ; aux échelons intermédiaires, se trouvent les préfets et, au bas de l'échelle, les simples agents d'exécution.

Grâce à cette subordination hiérarchique, se trouve réalisée l'unité complète de vues dans la gestion administrative et la soumission des intérêts locaux à l'intérêt national.

Pendant longtemps, la France a hésité entre une politique de décentralisation et de déconcentration. Depuis 1982, la décentralisation est privilégiée, mais la déconcentration des services de l'État s'impose d'autant plus pour garantir l'efficacité globale de l'action publique.

La déconcentration n'est plus aujourd'hui un simple aménagement du pouvoir de décision dans un système administratif centralisé. La loi du 6 février 1992, dite loi Joxe, ou encore ATR (Administration territoriale de la République) a posé le principe que l'administration de l'État doit être fondamentalement déconcentrée et que le principe de subsidiarité doit s'appliquer : ne doivent « remonter » à l'administration centrale que les seuls dossiers qui ne peuvent pas être traités au plan local par les responsables déconcentrés (préfet, chefs des services déconcentrés des ministères). Il est désormais acquis que la *décentralisation* ne peut pas être pleinement efficace si l'administration de l'État n'est pas suffisamment *déconcentrée*. Le renforcement des pouvoirs des préfets et la réorganisation des services de l'État au niveau départemental et régional vont tout à fait dans ce sens.

§ 2 La décentralisation

170 Dans les États modernes, on observe la manifestation de deux tendances contradictoires mais qui, en réalité, s'équilibrent : un mouvement centralisateur (facilité par la puissance de l'informatique) et un mouvement décentralisateur.

En effet, devant la multiplicité croissante des tâches à accomplir et des besoins à satisfaire, le pouvoir central est amené à se décharger d'une partie plus ou moins grande de ses compétences administratives au profit des collectivités territoriales (les communes, départements et régions) qui sont autant de personnes morales distinctes. L'autorité centrale, au lieu d'agir elle-même par ses agents, ne fait que contrôler l'action de ces collectivités territoriales juridiquement et financièrement autonomes : c'est la décentralisation.

A. La notion de décentralisation

171 La décentralisation consiste pour le pouvoir central à *transférer* certaines de ses compétences administratives à des autorités *qui ne dépendent pas hiérarchiquement de lui*. Elle consiste donc à multiplier les centres de direction autonome des affaires publiques. En effet, certains problèmes administratifs n'intéressent qu'un groupe ou qu'une partie du territoire ou de la population. Par la décentralisation, ce groupe ou collectivité *gère lui-même ses propres affaires* par ses propres moyens à l'aide *d'organes qu'il aura lui-même désignés*.

B. Les conditions de la décentralisation

172 Elle suppose deux conditions principales :

1 ° L'existence d'affaires locales

Il est nécessaire d'opérer une distinction, parmi la masse des besoins auxquels l'Administration doit pourvoir, entre ceux qui intéressent l'ensemble du territoire et de la population (la défense, par exemple) et ceux qui demeurent particuliers à une collectivité (les transports urbains, par exemple). La reconnaissance d'une liste d'*affaires locales*, distinctes des affaires nationales, est donc la première condition, nécessaire, de la décentralisation. Ce n'est d'ailleurs que tardivement qu'un partage entre affaires nationales et affaires locales a été opéré en France par l'acte 1 de la décentralisation (lois du 7 janvier et du 22 juillet 1983 relatives à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État) puis par l'acte 2 de la décentralisation (loi du 13 août 2004 relative aux libertés et aux responsabilités locales. Voir doc. n° 16 précisant la répartition des compétences entre les niveaux de collectivités territoriales). Ces affaires réputées locales sont autant de compétences que l'État transfère aux collectivités territoriales.

2 ° L'octroi de la personnalité morale

Pour gérer leurs affaires elles-mêmes, les collectivités ont besoin de la *personnalité morale* qui entraîne l'*autonomie administrative* et l'*autonomie budgétaire* sans lesquelles il n'y a pas de décentralisation.

La décentralisation ne peut donc exister qu'à partir du moment où les organes chargés de gérer les affaires de la collectivité en *émanent* et possèdent, à l'égard de l'État, une certaine *autonomie*. La décentralisation implique donc l'élection au suffrage universel des organes de la collectivité, seule garantie réelle de leur autonomie par rapport au pouvoir central.

Il ne peut ainsi y avoir de *décentralisation* que lorsque la loi accorde à des organes élus au suffrage universel direct un *pouvoir de décision sur les affaires locales*.

C. Les modalités de la décentralisation

173

Elles sont très diversifiées car toute une gamme de mesures peut faire varier du minimum au maximum le degré de la décentralisation, tant au niveau de l'élection des organes, des matières laissées à leur décision, des moyens mis à leur disposition ou des contrôles que l'État fait peser sur eux.

Il n'y a pas de contrainte de l'Union européenne en la matière, si ce n'est l'existence d'un niveau régional. Il faut remarquer qu'il existe cependant une autre contrainte européenne, celle du Conseil de l'Europe, sous la forme de la Charte européenne de l'autonomie locale signée à Strasbourg le 15 octobre 1985 et que la France, après de longues années de réticences (dont l'avis négatif du Conseil d'État) a ratifiée en 2007. La loi du 10 juillet 2006 a autorisé le président de la République à ratifier la Charte. La ratification par la France est intervenue par le décret du 3 mai 2007 portant publication de la Charte. Cette dernière constitue le premier instrument juridique multilatéral de référence qui définit et protège les conditions de l'autonomie locale en Europe (autonomie politique, administrative et financière), tout en respectant le principe de la souveraineté de l'État. On mesure, par exemple, l'importance prise par la notion d'autonomie financière. La Charte est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1988, après les premières approbations. La France faisait partie des États signataires en 1985 mais ce n'est donc qu'en 2007 qu'elle l'a ratifiée, avec trois réserves !

Il existe deux formes de décentralisation : la *décentralisation territoriale* et la *décentralisation par services* (dite encore *technique*).

1 ° La décentralisation territoriale

Elle consiste à ériger en collectivités territoriales des communautés d'habitants définies géographiquement (par exemple, régions, départements, communes). Elle a pour base le territoire et les intérêts particuliers des habitants d'une partie du territoire national. L'article 72 de la Constitution définit les catégories de collectivités territoriales : « ... les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 ».

Document n° 16
Tableau indiquant la répartition des compétences
entre les collectivités territoriales
(à jour de la loi relative aux responsabilités locales)

	Commune	Département	Région
Action sociale	<ul style="list-style-type: none"> • Établissement des demandes • Bureaux municipaux d'hygiène 	<ul style="list-style-type: none"> • Aide à l'enfance • Protection maternelle • Hébergement handicapés • Hébergement personnes âgées • Service social • Prévention sanitaire • Financement du RMI et du RMA • Fonds d'aide aux jeunes en difficulté 	
Enseignement	<ul style="list-style-type: none"> • Enseignement primaire 	<ul style="list-style-type: none"> • Collèges 	<ul style="list-style-type: none"> • Lycées • Établissements d'éducation spéciale
Économie et développement local	<ul style="list-style-type: none"> • Aides directes complémentaires • Chartes intercommunales d'aménagement 	<ul style="list-style-type: none"> • Aides directes complémentaires • Équipement rural • Financement de l'accueil des entreprises 	<ul style="list-style-type: none"> • Schéma régional de développement économique • Pôles de recherche • Aides directes • Contrat de plan avec l'État • Parc naturel régional
Transports	<ul style="list-style-type: none"> • Services de transports publics urbains 	<ul style="list-style-type: none"> • Transports scolaires • Services des transports non urbains 	<ul style="list-style-type: none"> • Trains régionaux • Aménagement des aéroports, ports et canaux
Culture	<ul style="list-style-type: none"> • Archives • Musées • Bibliothèques • Conservatoires muni- cipaux	<ul style="list-style-type: none"> • Archives • Musées • Bibliothèques centrales de prêt muni- cipaux	<ul style="list-style-type: none"> • Archives • Musées régionaux
Urbanisme	<ul style="list-style-type: none"> • Schémas directeurs • Plans d'occupation des sols • Autorisations d'occupation des sols (dont permis de construire) 		<ul style="list-style-type: none"> • Schéma d'aptitude et d'utilisation de la mer
Environnement	<ul style="list-style-type: none"> • Distribution en eau potable • Assainissement • Collecte et traitement des ordures ménagères 		<ul style="list-style-type: none"> • Protection et valorisation du patrimoine et des sites

Voirie	<ul style="list-style-type: none"> • Routes communales • Ports de plaisance 	<ul style="list-style-type: none"> • Routes départementales • Ports maritimes de pêche et de commerce 	
Formation professionnelle et apprentissage			<ul style="list-style-type: none"> • Formation professionnelle des jeunes • Actions de formation des moins de 26 ans • Fonds régional de l'apprentissage et de la formation
Logement	<ul style="list-style-type: none"> • Programme local de l'habitat (action en faveur des mal-logés) 	<ul style="list-style-type: none"> • Plans pour le logement des défavorisés 	

2 ° La décentralisation par services

Elle est fondée sur des considérations techniques. Elle consiste à donner l'autonomie à une catégorie particulière de services publics organisés sous la forme d'établissements publics, par exemple les universités ou les hôpitaux. Elle est fondée sur un besoin ou un intérêt déterminé, spécial, qui peut être ressenti à des endroits très différents du territoire et qui n'est pas lié à une portion déterminée du territoire. Certains services, nettement individualisés par leur objet ou leur structure, sont mis en quelque sorte hors de la hiérarchie et dotés de la personnalité morale, d'un patrimoine et d'organes propres chargés de diriger leur action. L'autorité supérieure n'exerce plus sur eux qu'un contrôle analogue à celui qui pèse sur les collectivités territoriales.

La décentralisation par services se traduit par la transformation d'un service public en établissement public (voir *infra* n° 248) doté de la personnalité morale.

Cette décentralisation technique est différente de la décentralisation territoriale au moins sur deux points fondamentaux : aux établissements publics s'applique de façon stricte le principe de spécialité, alors que les collectivités territoriales bénéficient de la « clause générale de compétence ». En ce qui concerne le contrôle de l'État, les collectivités territoriales bénéficient du contrôle de légalité, alors que les établissements publics sont soumis en principe à la tutelle (sauf l'exception des EPCI qui bénéficient du même régime que les collectivités territoriales).

§ 3 Le contrôle administratif dans le cadre de la déconcentration et de la décentralisation

contrôle s'exprime différemment selon le système d'organisation administrative envisagé. À la *déconcentration* correspond le *pouvoir hiérarchique*, à la *décentralisation* un *contrôle de légalité* qui a été institué par les lois du 2 mars et du 22 juillet 1982.

A. Le pouvoir hiérarchique (organisation centralisée et déconcentrée)

175 Il confie à l'autorité supérieure le droit de faire prévaloir sa volonté sur celle de l'agent subordonné. Il s'exerce sur les actes et comporte cinq attributs principaux :

- le pouvoir d'instruction qui permet au supérieur hiérarchique de donner à ses subordonnés des ordres ou instructions de service, soit générales, soit individuelles (circulaires, directives, instructions) ;
- le pouvoir d'approbation préalable ;
- le pouvoir d'annulation qui permet au supérieur de faire disparaître une décision illégale ou simplement inopportune du subordonné ;
- le pouvoir de réformation qui permet au supérieur de modifier la décision, de l'infirmier ;
- le pouvoir de suspension : la décision n'est pas appliquée provisoirement.

Mais le pouvoir hiérarchique ne comporte pas le pouvoir de substitution, sauf dans certains cas exceptionnels prévus par la loi.

Le pouvoir hiérarchique peut également s'exercer sur la personne des subordonnés : nomination, affectation, mutation, pouvoir disciplinaire. La déconcentration, il faut le redire, ne remet pas en cause le pouvoir hiérarchique.

B. Le contrôle sur les collectivités territoriales décentralisées et les établissements publics

176 Jusqu'aux lois du 2 mars et 22 juillet 1982, le contrôle qui s'exerçait sur les collectivités territoriales portait le nom de « tutelle administrative ». Depuis ces deux textes, un nouveau type de contrôle a été mis en place : le « contrôle de légalité ». La tutelle n'est plus applicable qu'aux seuls établissements publics de l'État.

1^o La tutelle administrative (établissements publics)

177 a) Définition de la tutelle

C'est le contrôle qu'exerce l'État sur les organes des établissements publics dans les limites fixées par la loi. Il y a autant de régimes de tutelle qu'il y a de catégories d'établissements publics (par exemple, la tutelle de l'État sur les uni-

versités est très légère en comparaison de celle sur le CNRS). Il n'y a pas de tutelle sans texte.

Ce contrôle est nécessaire, à la fois dans l'intérêt de l'État lui-même (nécessité de l'unité de l'État et du respect de la loi), dans celui de l'établissement public lui-même (pour éviter la mauvaise gestion).

Ce contrôle ne doit pas être poussé trop loin, sinon ce serait nier la notion même de décentralisation, même technique. Dans la centralisation, la *subordination est de principe et s'exerce sans texte* ; de plus, elle est totale. Dans la décentralisation, la liberté est la règle et le contrôle l'exception : un texte (de loi) doit en poser le principe, désigner l'autorité qui l'exerce au nom de l'État, en fixer l'étendue et les procédés. C'est un *pouvoir conditionné*.

b) Les autorités de tutelle

C'est l'État qui exerce la tutelle par ses agents. Jusqu'en 1982, c'est le préfet (voir *infra* n° 204) qui l'exerçait, tout au moins dans la décentralisation territoriale. Dans la décentralisation par services, la tutelle est exercée par la collectivité à laquelle est rattaché l'établissement public : c'est le ministre compétent, donc l'État, pour les établissements publics nationaux, par exemple le CNRS, l'ENA, les IRA, la SNCF ou encore l'ONF.

c) Les moyens de la tutelle

Elle peut s'exercer par une gamme étendue de mesures qui concernent soit la *personne* même des autorités décentralisées, soit les *actes* qu'elles accomplissent.

↔ **La tutelle sur les personnes**

Malgré la désignation par l'élection, l'État peut se réserver un certain pouvoir disciplinaire, à titre provisoire (suspension) ou même définitif (révocation). C'est un pouvoir très limité qui n'intervient que selon une procédure précise et selon des motifs fixés par la loi. De plus, s'agissant d'organes élus, il est prévu leur remplacement par d'autres élections.

↔ **La tutelle sur les actes**

C'est la plus importante : elle peut porter soit sur leur opportunité, soit sur leur légalité.

Elle se manifeste (par ordre de sévérité croissante) par :

– *l'approbation*, soit expresse, soit tacite ; dans ce dernier cas, la décision de l'établissement public devient exécutoire si l'autorité de tutelle a gardé le silence dans un délai déterminé (régime de l'accord implicite) ;

– *l'annulation* des actes illégaux, soit par l'autorité de tutelle elle-même, soit sur sa demande par le juge administratif ;

– *la substitution d'office* : si l'organe de la collectivité décentralisée ne se conforme pas à une obligation légale (en refusant de prendre une mesure obliga-

toire par exemple), l'autorité de tutelle peut être autorisée à agir à sa place, après l'avoir mise en demeure.

Le pouvoir de contrôle qui appartient ainsi au pouvoir central est étroitement limité par la loi et contrôlé par le juge. Une mesure de tutelle est une décision administrative et, comme telle, soumise au respect de la légalité. Tant les autorités décentralisées que les particuliers détiennent des *recours juridictionnels* à l'égard des mesures de tutelle (recours pour excès de pouvoir, par exemple). De plus, si l'État commet une faute dans l'exercice de la tutelle, il engage sa *responsabilité*.

2 ° Le contrôle de légalité (collectivités territoriales et établissements publics locaux)

178

Au contrôle de l'opportunité des actes des autorités locales qui était en fait inhérent à la notion de tutelle administrative, le législateur a substitué en 1982 un contrôle de la légalité des actes qui va s'exercer exclusivement *a posteriori*.

a) La transmission des principaux actes des collectivités territoriales au préfet

La décentralisation ne peut se concevoir qu'avec un contrôle administratif exercé par l'État (art. 72 de la Constitution). Ce contrôle, depuis 1982, prend la forme d'un contrôle de la légalité des actes des collectivités territoriales. Le préfet, représentant de l'État, est chargé de ce contrôle. Encore doit-il avoir connaissance des actes (décisions, délibérations) pris par les collectivités territoriales. Le législateur de 1982 a créé un système de « transmission des actes » au préfet. Les textes distinguent deux catégories d'actes : ceux qui doivent être transmis au représentant de l'État (préfet ou sous-préfet) et ceux qui ne sont pas soumis à cette obligation.

Les actes soumis à l'obligation de transmission sont énumérés de façon limitative par la loi, ce sont les actes les plus importants par leurs conséquences : délibérations des assemblées, décisions en matière de police, actes réglementaires, conventions relatives aux marchés, emprunts ou délégations de service public, décisions individuelles relatives à la nomination, l'avancement, les sanctions des agents locaux.

Par contre, les actes non réglementaires, qui sont les plus nombreux (actes de gestion courante, actes d'administration interne, conventions de moindre importance, et tous autres actes et échanges de correspondance) ne sont pas soumis à l'obligation de transmission.

Pour être exécutoires par les autorités locales, les actes soumis à l'obligation de transmission doivent être transmis au représentant de l'État sans condition de délai mais en fait le plus rapidement possible et doivent être publiés ou notifiés selon les cas. Ainsi les actes des autorités locales deviennent exécutoires dès qu'ils ont été transmis au représentant de l'État (il s'agit de la date de réception à la préfecture) et quand ils ont été publiés ou notifiés.

La loi du 13 août 2004 relative aux libertés et aux responsabilités locales avait déjà sensiblement allégé le nombre d'actes à transmettre au préfet (environ 5 millions d'actes par an). Elle avait également autorisé la transmission électronique (dispositif de télétransmission).

Il a bien fallu admettre que les actes transmis étaient encore trop nombreux et que les préfetures, même appuyées par les services déconcentrés, n'avaient pas les moyens d'assurer un contrôle efficace, encore moins systématique.

Sur la base de la loi d'habilitation du 12 mai 2009 (loi de simplification du droit et d'allégement des procédures), l'ordonnance du 17 novembre 2009 a simplifié et allégé l'exercice du contrôle de légalité, notamment dans le domaine des actes relatifs aux agents publics et de la voirie routière. Une circulaire du ministère de l'Intérieur du 13 décembre 2010 a dressé une liste des actes à transmettre.

Les actes non soumis à l'obligation de transmission sont exécutoires à la simple condition d'avoir été publiés ou notifiés.

b) Le rôle du préfet en matière de contrôle de la légalité des actes des autorités locales (le déferé préfectoral)

↪ **Le contrôle des actes soumis à l'obligation de transmission**

Le représentant de l'État n'apprécie pas l'opportunité de l'acte mais tous les éléments de sa légalité. Si l'acte lui apparaît légal, en principe son intervention s'arrête là. Toutefois, l'auteur de l'acte peut lui demander de l'informer de son intention de ne pas déferer l'acte au juge administratif. Dans ce cas, le représentant de l'État est amené à délivrer une sorte d'attestation de non-recours mais qui n'a qu'une portée relative et qui n'équivaut pas à un brevet de légalité. En effet, une personne lésée par un acte peut demander au représentant de l'État de saisir le juge administratif mais il ne s'agira, en aucun cas, d'une obligation pour lui de le faire (c'est le déferé provoqué). Au-delà de 2 mois, la collectivité territoriale n'a plus à craindre un déferé direct ou provoqué.

↪ **Le contrôle des actes non soumis à l'obligation de transmission**

Dans tous les cas, le préfet peut exercer sa mission de contrôle administratif sur ces actes, soit que l'autorité locale lui ait transmis l'acte sans y être obligée, soit qu'un tiers lui ait communiqué cet acte.

c) L'intervention du juge administratif

Seul le juge administratif peut prononcer l'annulation d'un acte d'une autorité locale soit sur le recours d'une personne intéressée (dans les conditions du droit commun, c'est-à-dire le recours pour excès de pouvoir), soit sur le déferé du préfet, représentant de l'État. Dans ce dernier cas, l'autorité locale doit être informée du recours immédiatement avec toutes les précisions sur les illégalités invoquées. Il est possible alors à l'autorité locale de modifier l'acte afin d'éviter un contentieux. En principe, le représentant de l'État doit informer les autorités locales de son intention de former un recours avant même de saisir le juge afin

que celles-ci puissent prendre, si elles le désirent, les mesures nécessaires pour éviter une annulation. Le préfet a 2 mois pour saisir le juge après la transmission. Dans le cas où la transmission n'est pas obligatoire, le délai est de 2 mois après la saisine par la personne lésée ou après la publication de l'acte dans l'hypothèse d'une saisine par un tiers.

Il est des cas où le représentant de l'État peut estimer, qu'en raison des conséquences particulières que l'exécution de l'acte peut entraîner, un sursis à exécution de la décision soit nécessaire et le demander au tribunal administratif. Celui-ci peut l'accorder dès lors qu'un des moyens avancés apparaît de nature à entraîner l'annulation. Toutefois, pour les actes non soumis à l'obligation de transmission, le représentant de l'État peut demander le sursis à exécution mais il ne pourra lui être accordé que si l'un des moyens d'annulation est sérieux et s'il y a urgence.

Un cas particulier doit être signalé : celui des actes de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle. Dans ce cas, le sursis sera accordé dans un délai de quarante-huit heures par le président du tribunal administratif (procédure du référé-liberté).

Devant les difficultés soulevées par les décisions des collectivités territoriales dans certains domaines sensibles (urbanisme, marchés publics, délégation de service public) dont l'applicabilité immédiate empêchait souvent un véritable contrôle de leur régularité, la loi du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire modifiée par la loi du 30 juin 2000 a prévu dans son article 27 un régime spécial de sursis à exécution dans ces matières. Ainsi, lorsque le préfet, dans les 10 jours de la réception de l'acte, demande le sursis à exécution de celui-ci, la suspension de son exécution est de droit. En revanche, si au terme d'un mois après réception, le juge des référés n'a pas statué, l'acte redevient exécutoire.

Une possibilité d'appel devant la cour administrative d'appel est prévue au profit du représentant de l'État au cas où il n'obtiendrait pas satisfaction devant le tribunal administratif et naturellement au profit de l'autorité locale dont l'un des actes aurait été annulé.

Les actes budgétaires sont également soumis au contrôle de légalité dans les mêmes conditions, avec l'obligation particulière pour l'exécutif local de transmettre les délibérations budgétaires dans les 15 jours de leur adoption. Toutefois, un contrôle particulier, opéré par la chambre régionale des comptes, peut intervenir lorsque le budget n'est pas voté dans le délai légal, quand il n'est pas voté en équilibre, qu'il y a un déficit dans le compte administratif ou qu'une dépense obligatoire n'a pas été inscrite : c'est le contrôle budgétaire. Il y a une différence fondamentale entre le contrôle budgétaire et le contrôle de légalité : le premier a pour objet de rétablir la régularité d'un budget ou d'un compte (la procédure fait intervenir le préfet et la chambre régionale des comptes), le second a pour objet l'annulation d'un acte administratif ou budgétaire par le juge administratif.

Dans son 21^e rapport sur le contrôle de légalité (mars 2011), le ministère de l'Intérieur (DGCL) fait état de 5 567 609 actes transmis en 2009 contre 6 347 752 actes transmis en 2006 (avant la réforme) et de 1 034 déferés (2 fois moins en 10 ans).

www.dgcl.interieur.gouv.fr

On voit ainsi la différence entre déconcentration et décentralisation. Dans la déconcentration, la décision est toujours prise au *nom de l'État* par un de ses agents : il y a seulement substitution d'un agent local (le préfet, par exemple) au supérieur hiérarchique (le ministre). Dans la *décentralisation*, la décision n'est plus prise au nom de l'État, mais au nom d'une collectivité territoriale et par un organe qui émane d'elle. Comme le disait à propos de la déconcentration Odilon Barrot au milieu du XIX^e siècle : « C'est toujours le même marteau qui frappe, mais on a raccourci le manche ».

Avec la décentralisation, ce n'est plus le même marteau et on a changé la main qui le tient.

Le choix entre centralisation corrigée par la déconcentration et la décentralisation tient compte des avantages et des inconvénients présentés par les deux systèmes.

À *l'actif* de la centralisation, on peut mettre le souci du rendement, l'efficacité administrative, son économie, la compétence de ses agents, son action en faveur de l'unité politique du pays. Mais le *passif* est lourd : lenteur, encombrement des administrations centrales, uniformité des solutions. La décentralisation présente incontestablement un *bilan plus positif* : elle est plus libérale (plus démocratique puisque reposant sur l'élection), plus adaptée aux problèmes, elle repose sur la participation des citoyens à la gestion de leurs propres affaires. À l'inverse, elle peut être dangereuse tant au point de vue politique (risque de briser l'unité nationale) qu'au point de vue administratif (mauvaise gestion, trop proche des intérêts locaux et par des non-techniciens).

En France, le choix entre les deux formules n'a pas été fait clairement. Il s'agit tout au plus d'un dosage entre une tradition centralisatrice très forte et ancienne et un mouvement décentralisateur lié au développement de la démocratie politique. L'étude de l'organisation administrative française actuelle montrera que c'est sous cette forme que se pose le problème. Si la loi du 2 mars 1982 est venue renforcer considérablement le mouvement en faveur de la décentralisation, notamment par la suppression de la tutelle administrative traditionnelle, la loi du 6 février 1992 relative à l'Administration territoriale de la République a voulu renforcer la déconcentration en affirmant dans son article 1^{er} que l'Administration territoriale de la République est assurée par les collectivités territoriales et par les services déconcentrés de l'État. Il est désormais acquis que la déconcentration et la décentralisation doivent progresser en parallèle. Il faut tout de même relever encore que la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 a posé le principe que la République est décentralisée. La décentralisation et l'autonomie locale bénéficient donc d'une protection constitutionnelle, alors que la déconcentration n'est imposée et protégée que par une loi ordinaire.

Pour aller plus loin Chapitre 1

La genèse de la réforme territoriale

Les candidats aux concours pourront utilement se reporter à un certain nombre de rapports parlementaires qui ont alimenté la préparation de la réforme territoriale (site Internet de l'Assemblée nationale et du Sénat).

Les questions de la décentralisation et de la gouvernance publique locale ont fait l'objet de plusieurs rapports d'experts qui ont fait date :

- en 1976, le rapport de la Commission Guichard ;
- en 2000, le rapport de la Commission Mauroy (ancien Premier ministre) intitulé « Refonder l'action publique locale » ;
- en 2009, le rapport du comité pour la réforme des collectivités locales présidé par Mr Edouard Balladur, ancien Premier ministre : « Il est temps de décider », mars 2009 (www.ladocumentationfrancaise.fr).

À propos de la loi du 16 décembre 2010 de réforme territoriale

La loi du 16 décembre 2010 apparaît comme un compromis : sur de nombreux sujets, la navette parlementaire a eu pour effet de faire reculer le gouvernement sur les points les plus ambitieux du projet de loi soumis initialement au Sénat. De plus, le projet initial, se composait d'une quarantaine d'articles. La loi finalement adoptée en comporte 90, résultat des multiples amendements qui ont enlevé au texte sa cohérence initiale.

Sujets de concours

Administrateur territorial

2009 : La clause générale de compétence.

2008 : Les niveaux d'administration en France.

2003 : La constitutionnalisation des collectivités locales.

2001 : Pouvoir réglementaire et collectivités territoriales.

Attaché territorial

2003 : La décentralisation et le principe d'égalité.

2002 : Faut-il encore décentraliser ?

2000 : Le contrôle des actes des collectivités territoriales.

1997 : Élection et décentralisation.

1996 : Le principe de la libre Administration des collectivités territoriales.

1995 : La déconcentration et la décentralisation sont-elles contradictoires ?

Attaché d'administration hospitalière

2002 : Réformer l'État par la décentralisation ?

Commissaire aux Armées

1999 : Décentralisation et déconcentration.

Commissaire de la police nationale

2001 : Pouvoir de police et décentralisation : évolution et enjeux.

Directeur d'hôpital

1994 : Faut-il revoir la répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales ?

Inspecteur des affaires sanitaires et sociales

1998 : Contrôle de légalité, procédure contentieuse et modalités pertinentes d'intervention d'un État moderne sur des collectivités autonomes.

1996 : Décentralisation et égalité des citoyens sur le territoire national.

Inspecteur des douanes

1998 : Le contrôle de l'État sur les actes des collectivités locales.

1997 : Déconcentration, décentralisation : vers un équilibre des pouvoirs au niveau local ?

Inspecteur du trésor

1996 : Le contrôle de l'État sur les collectivités décentralisées.

Inspecteur de la jeunesse, des sports et des loisirs

1992 : Délocalisation, déconcentration, décentralisation.

Inspecteur du travail

1994 : L'état actuel de la décentralisation.

2

L'Administration de l'État

179

La France est un État unitaire dont l'organisation administrative principale repose en premier lieu sur l'administration de l'État. Elle constitue une armature essentielle en termes de services publics. Elle est composée des services centraux (administration centrale) et des services déconcentrés (administration territoriale).

Il appartient à la Constitution de préciser quelles sont les autorités administratives supérieures. On distinguera ensuite l'administration centrale de l'administration territoriale.

L'administration centrale a une compétence géographique qui s'étend à l'ensemble du territoire national. En revanche, l'administration territoriale détient une compétence géographique limitée à une circonscription administrative, une fraction du territoire national, en pratique les limites du département, de l'arrondissement ou de la région. Un décret du 9 mai 1997 a créé la notion de Services à compétence nationale (SCN) pour désigner des services de l'État qui n'ont ni la qualité d'administration centrale, ni la qualité de services déconcentrés des ministères : ce sont des services dont le champ d'action est national, mais dont l'activité ne correspond pas aux missions traditionnelles d'une administration centrale (ex. : la formation continue au sein d'un ministère) : les SCN sont créés par décret ou par arrêté selon qu'ils sont placés sous l'autorité directe d'un ministre ou d'un chef de service ministériel. Au ministère des Finances, l'Agence des participations de l'État et l'Agence France trésor sont des SCN, de même que la nouvelle École nationale des finances publiques (décr. du 4 août 2010).

section 1

Les organes de l'Administration centrale

180

Les autorités administratives centrales sont constituées par le président de la République et le Gouvernement, lui-même composé du Premier ministre et des

ministres, autorités de décision à côté desquelles se trouvent un certain nombre d'organismes consultatifs.

Selon le cas, l'Administration est active (fonctions de gestion, de contrôle, d'inspection) ou consultative.

§ 1 Les autorités de décision

181 Le président de la République et le Premier ministre sont les autorités administratives suprêmes. Les ministères sont les chevilles ouvrières de l'Administration centrale.

A. Le président de la République

182 Le président de la République possède d'importants pouvoirs en matière administrative, qu'il exerce au moyen de décrets ou d'ordonnances. Il partage ces pouvoirs avec le Premier ministre selon une répartition peu claire.

1 ° Les décrets réglementaires

Ce sont des actes à portée générale et impersonnelle qui interviennent soit pour assurer l'application des lois dans les matières énumérées à l'article 34 de la Constitution, soit pour réglementer une matière non prévue à l'énumération de l'article 34, en vertu de l'article 37.

2 ° Les ordonnances

Ce sont des actes à portée générale et impersonnelle que le Gouvernement peut prendre, en vertu d'une habilitation générale du Parlement ou du peuple agissant par voie de référendum, dans des matières réservées par la Constitution à la loi (ce sont les anciens décrets-lois des III^e et IV^e Républiques). Ces décrets et ordonnances sont élaborés par le Premier ministre qui les soumet à la signature du président de la République.

3 ° Les emplois supérieurs

Selon l'article 13 de la Constitution de 1958, le président de la République **nomme à une série d'emplois supérieurs**, pour certains en Conseil des ministres (conseillers d'État, ambassadeurs, préfets, recteurs, directeurs des Administrations centrales, etc.), pour d'autres par décrets simples.

4 ° Les pouvoirs étendus

En période exceptionnelle, le président de la République exerce dans le cadre de l'article 16 de la Constitution un pouvoir étendu qui lui permet de prendre les

mesures exigées par les circonstances au moyen de **décisions** qui ont, selon le cas, la nature d'actes législatifs ou d'actes administratifs.

La plupart des actes du président de la République doivent être contresignés par le Premier ministre et les ministres responsables sauf ceux mentionnés à l'article 19.

B. Le Premier ministre

183 Les attributions administratives du Premier ministre demeurent très importantes malgré l'importance nouvelle des compétences que la Constitution de 1958 confie au président de la République ; le Gouvernement dispose de l'Administration et de la force armée, mais c'est le Premier ministre qui dirige l'action du Gouvernement (art. 21, al. 2). Le Premier ministre assure l'exécution des lois, exerce le pouvoir réglementaire et nomme aux emplois civils et militaires sous réserve de ceux qui sont de la compétence du président de la République, contrôle les administrations locales, etc. Aux termes de l'article 22 de la Constitution, les actes du Premier ministre sont contresignés, le cas échéant, par les ministres chargés de leur exécution.

Rappelons que c'est depuis 1935 que la présidence du Conseil a été organisée et étoffée depuis par le rattachement de services divers (direction générale de l'Administration et de la fonction publique, secrétariat général aux affaires européennes) et que depuis 1945 a été institué auprès du chef du Gouvernement un secrétariat général du Gouvernement chargé de la préparation des décrets ainsi que des réunions interministérielles.

C. Les ministres

184 Les ministres occupent une place particulièrement importante au sein de l'Administration centrale. D'une manière générale, ils sont investis d'une double qualité : en tant que membres du Gouvernement, ils participent à l'action collégiale de celui-ci et se révèlent comme des gouvernants dotés d'un *rôle politique* ; en tant que chefs de leurs départements ministériels respectifs, ils constituent essentiellement les *autorités administratives centrales*.

1 ° Les attributions administratives des ministres

185 Chaque ministre constitue le chef hiérarchique supérieur de son Administration.

Les ministres prennent d'abord eux-mêmes de multiples décisions relatives à la gestion des services publics compris dans leur département ministériel (CE, 7 févr. 1936, *Jamart*, GAJA, n° 48).

Sans doute beaucoup de décisions sont prises par leurs subordonnés et leurs représentants locaux, mais cette déconcentration n'existe que dans la mesure de textes qui les énumèrent ou des délégations que le ministre est en droit de prononcer.

À l'égard de l'ensemble du personnel relevant de leur ministère, les ministres exercent l'ensemble des compétences incluses dans la notion de pouvoir hiérarchique : pouvoir disciplinaire, pouvoir sur les actes des subordonnés, fixation des conditions de recrutement et nomination d'une partie de leur personnel.

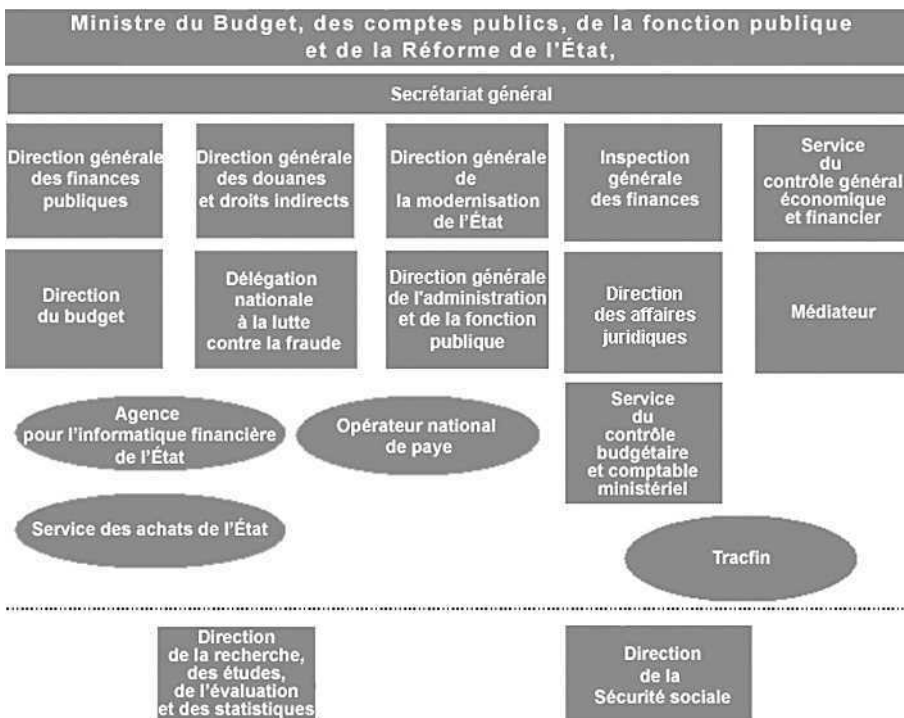
Ils exercent un certain pouvoir réglementaire : ils prennent eux-mêmes des arrêtés ministériels, décisions à portée générale et impersonnelle, dans le cas où un texte (loi ou décret) le prévoit, préparent et contresignent les décrets du Premier ministre qui touchent à leur département ministériel.

Les ministres représentent l'État, personne morale, en ce qui concerne les attributions de leur département ministériel : contrats, tribunaux.

2 ° L'organisation interne des ministères

186 Les services centraux des ministères comprennent le cabinet et les bureaux.

Document n° 17 Organigramme d'un ministère (ministère du Budget, simplifié)



a) Le cabinet

Il constitue l'élément politique attaché au ministre et qui change avec lui. Il comprend un directeur de cabinet, un chef de cabinet et des chefs adjoints, des conseillers techniques, des chargés de mission et des attachés. Les membres du

cabinet ministériel sont nommés *intuitu personae* par arrêté ministériel ; ils doivent remplir les conditions générales d'accès à la fonction publique. On constate un net accroissement des membres ainsi que des tâches exercées par les cabinets ministériels. Leur rôle est délicat à préciser : ils préparent le travail « politique » du ministre et servent de lien entre celui-ci et l'Administration. Les cabinets servent de tampon entre l'autorité politique (donc engagée) et la neutralité des fonctionnaires du ministère.

b) Les bureaux

Les bureaux (terme générique) sont l'élément permanent des ministères : ils sont formés de fonctionnaires qui restent en place même lorsque le ministre change. Ils sont organisés en directions placées sous l'autorité de directeurs généraux et de directeurs d'Administration centrale (emplois à la discrétion du Gouvernement). Les directions sont de plus en plus groupées sous l'autorité d'un secrétaire général du ministère (ex. : ministère des Affaires étrangères, ministère de l'Intérieur) et elles-mêmes sont divisées en sous-directions et en bureaux. Les fonctionnaires des ministères peuvent recevoir délégation de signature de leur ministre, sauf pour le contreseing des décrets.

La structure des ministères est pyramidale.

❶ 2 L'Administration consultative centrale

187 Elle désigne les organismes placés auprès de l'Administration active, afin de lui fournir des avis qu'elle a tantôt la faculté tantôt l'obligation de solliciter, mais qu'elle est en principe libre de suivre ou non.

A. Les organismes consultatifs généraux

188 Certains organismes consultatifs sont communs à plusieurs ministres, voire à l'ensemble de l'Administration.

- Le Conseil d'État – que nous étudierons ultérieurement – constitue en même temps qu'une juridiction suprême, le plus important des conseils juridiques de l'Administration et possède à ce titre une compétence absolument générale sur l'ensemble des affaires administratives.

- Le Conseil économique, social et environnemental a une compétence consultative limitée aux questions économiques, mais générale dans ce domaine.

- Bien plus spécialisé, il faut citer à cette place, à cause de son rôle de premier plan, le Conseil supérieur de la magistrature qui assure la nomination et l'avancement des magistrats du siège et la discipline de la magistrature dans les limites évoquées ci-avant.

B. Les organismes consultatifs spécialisés

189

Auprès de chaque ministère, il existe une multitude de conseils, comités ou commissions spécialisés dans telle ou telle matière. Certains ont une très grande importance : par exemple, le Conseil supérieur de la Défense nationale, organisme suprême en matière militaire ; le Conseil national du crédit ; le Conseil supérieur du travail ; etc. Ils visent à réaliser la confrontation des intérêts ou celles des opinions et comportent alors une représentation plus ou moins large, parfois paritaire des membres extérieurs à l'Administration.

En dehors de ces grands conseils, on trouve une multitude de petites commissions spécialisées dans l'examen de tel ou tel problème particulier qui ont l'inconvénient de ralentir beaucoup l'Administration lorsque certaines décisions ne peuvent pas être prises par le ministre avant qu'il ait réuni l'avis d'un certain nombre de commissions.

§ 3 Les autorités administratives indépendantes

190

La création d'autorités administratives indépendantes est relativement récente. Elle correspond à la nécessité de réguler les relations entre certaines activités de nature administrative et le pouvoir politique étatique.

Ce sont des autorités individuelles (ex. : le Défenseur des droits) ou collégiales : le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), la Commission nationale informatique et libertés (CNIL), la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), etc. Elles n'ont pas, en principe, la personnalité morale. Ces autorités ont une mission administrative : elles font partie de l'Administration active. Enfin, et c'est leur particularité, ces autorités sont indépendantes : dans l'exercice de leur mission, elles ne peuvent pas recevoir d'ordres. Elles ne sont pas soumises au pouvoir hiérarchique. L'indépendance de ces autorités pose la question de la compatibilité avec l'article 20 de la Constitution qui affirme que « le Gouvernement dispose de l'Administration ». En effet, la règle veut que l'Administration soit subordonnée au pouvoir politique légitime. Parce que les autorités administratives indépendantes interviennent dans des domaines sensibles, elles sont habilitées à prendre leurs décisions en toute « indépendance », avec une objectivité et une impartialité comparable à celle des magistrats. C'est la raison pour laquelle ces autorités ne peuvent pas recevoir d'instructions du Gouvernement. Mais leur indépendance ne les fait pas échapper au contrôle juridictionnel : leurs décisions, lorsqu'elles font grief, relèvent du contrôle du juge administratif (sauf le Conseil de la concurrence qui relève, lui, de la cour d'appel de Paris).

L'illustration la plus emblématique est celle du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), car pendant longtemps, le pouvoir politique a été suspecté de vouloir exercer la mainmise sur les chaînes de radio et de télévision. Il fallait définitivement couper le cordon ombilical entre les autorités supérieures de l'État et l'au-

diovisuel. Le CSA a été institué par une loi du 17 janvier 1989. C'est une instance de régulation, expressément qualifiée d'autorité administrative indépendante.

Le CSA se compose de 9 membres nommés par décret simple du président de la République. Trois sont choisis par le président de la République lui-même, trois autres par le président de l'Assemblée nationale, trois par le président du Sénat. Le président du CSA est choisi et nommé par le président de la République. Le mandat des membres est de 6 ans. L'indépendance des membres du CSA est assurée par le fait que leur mandat est ni renouvelable, ni révocable.

Le CSA a pour mission générale de garantir la liberté de communication. La loi lui accorde à la fois des pouvoirs de nomination (le CSA choisit et nomme 5 membres du conseil d'administration de France Télévision), de décision (il appartient au CSA d'attribuer ou de retirer les fréquences aux radios), de recommandation (recommandations aux partis politiques pendant les campagnes électorales), de contrôle et de sanction (amendes à TF1 ou France 3 pour non-respect des quotas d'œuvres françaises, etc.).

Il y a aujourd'hui une bonne quarantaine d'autorités administratives indépendantes, certaines étant qualifiées d'autorités publiques indépendantes, dotées elles de la personnalité morale (ex. : l'Autorité des marchés financiers art. L. 621 C. mon. et fin.). Il faudrait incontestablement une mise en cohérence juridique de toutes ces structures dont le seul dénominateur commun est d'échapper à l'autorité hiérarchique du gouvernement.

section **2**

L'Administration territoriale de l'État

191

L'Administration de l'État, en raison de la conception unitaire qui prévaut en France, a vocation à être présente sur l'ensemble du territoire. Elle le fait au moyen des services « territoriaux » que sont les services déconcentrés, au niveau départemental et régional, mais aussi grâce à des hauts fonctionnaires qui sont particulièrement chargés de la direction et la coordination des divers services de l'État au niveau territorial : les préfets. Ainsi, les préfetures et les services déconcentrés constituent l'ossature de l'administration territoriale de l'État.

§ 1 Les services déconcentrés

192

L'État est représenté au niveau territorial (essentiellement régional et départemental et pour certains services dans le cadre de l'arrondissement) par des services déconcentrés. Depuis la loi du 6 février 1992 et la mise en œuvre du principe de subsidiarité, la déconcentration est le principe : ne sont plus confiées

aux administrations centrales des ministères que les seules missions qui présentent un caractère national ou dont l'exécution, en vertu de la loi, ne peut être déléguée à leur échelon territorial. Les services déconcentrés ont en charge toutes les autres missions, notamment celles de l'action territoriale (politiques publiques territorialisées) et celles qui intéressent les relations entre l'État et les collectivités territoriales. Les services déconcentrés étaient pour la plupart, strictement ministériels et correspondaient au périmètre de compétence de leur ministère... ce qui ne facilitait pas forcément l'efficacité de l'action administrative et imposait une coordination parfois laborieuse.

A. La RéATE

193

La Réforme de l'Administration territoriale de l'État (RéATE) s'inscrit dans le cadre de la Révision générale des politiques publiques (RGPP). Pour que l'État soit plus efficace et plus lisible, la réforme a voulu simplifier l'organisation de ses services territoriaux. Cet axe de la réforme de l'État a été affirmé dès juillet 2007 ; en effet, l'administration déconcentrée était confrontée depuis plusieurs années déjà à trois grandes évolutions qu'elle avait de plus en plus de mal à prendre en compte : la décentralisation et le transfert des compétences, les nouvelles attentes des citoyens et surtout les nouveaux moyens de l'action administrative grâce aux nouvelles technologies. Une nouvelle conception de l'administration territoriale a été mise en chantier dès 2008, essentiellement par voie de circulaires. La réforme a été imposée à un rythme très soutenu : courant 2010, toutes les régions et tous les départements ont pu basculer dans la nouvelle organisation.

Cette réorganisation des services de l'État est très spectaculaire par son ampleur et par la logique « gestionnaire » qui l'a inspirée. Il faudrait la prolonger par une véritable déconcentration des crédits de l'État... sur ce point, la mise en œuvre de la LOLF est encore à la peine.

B. La nouvelle organisation des services déconcentrés

194

La nouvelle organisation des services déconcentrés de l'État s'articule autour d'une inversion du schéma d'organisation classique : auparavant, le principe était d'organiser les services déconcentrés à partir de l'échelon départemental (les directions départementales). Les services centraux des principaux ministères devaient être relayés par des services déconcentrés dans chaque département, avec le cas échéant un maillage infra-départemental (au niveau de l'arrondissement). Dès lors, les services régionaux apparaissaient le plus souvent comme un niveau de coordination, sauf pour les ministères dont l'action n'avait pas besoin d'un niveau départemental (ex. : les DRAC pour le ministère de la Culture).

La nouvelle organisation bouscule ce schéma classique : en fait, il est inversé. En effet, le niveau régional est devenu l'échelon de principe pour les ministères à réseau, tandis que le niveau départemental est devenu un niveau d'exécution. Le niveau régional est désormais le niveau le plus adapté à la programmation et à l'impulsion des stratégies territoriales de l'État, tandis que l'échelon départe-

mental est désormais le niveau de mise en œuvre des politiques publiques et du contact avec les usagers.

1 ° L'organisation des services de l'État au niveau régional

195

Depuis le 1^{er} janvier 2010, le niveau régional est le niveau de droit commun de l'administration territoriale de l'État. L'organisation traduit cette nouvelle priorité : de grandes directions interministérielles ont été créées autour d'enjeux majeurs. Elles regroupent ou redécoupent des services qui auparavant formaient chacun une direction régionale ministérielle. La clé de la nouvelle organisation repose essentiellement sur des regroupements et des recompositions de services : des fonctionnaires relevant de ministères différents sont donc appelés à travailler dans une seule et même direction régionale... sous l'autorité d'un seul et même directeur !

Il y a 8 nouvelles directions régionales (en lieu et place des anciennes 15 directions régionales) :

– la DREAL (Direction régionale de l'environnement, de l'aménagement et du logement). Elle regroupe sous l'autorité d'un seul directeur régional des fonctionnaires des anciennes DRE, DRIRE, DIREN... c'est-à-dire des cultures très différentes ;

– la DIRECCTE (Direction régionale des entreprises, de la concurrence et de la consommation, du travail et de l'emploi). Elle regroupe des fonctionnaires des anciennes DRETFP (ministère du Travail) et des fonctionnaires du ministère de l'Économie et des Finances (inspecteurs et contrôleurs de la consommation, de la concurrence et de la répression des fraudes) ;

– la DRJSCS (Direction régionale de la jeunesse, des sports et de la cohésion sociale), qui correspond peu ou prou à l'ancienne Direction régionale de la jeunesse et sports ;

– la DRAAF (Direction régionale de l'alimentation, de l'agriculture et de la forêt) ;

– la DRFIP (Direction régionale des finances publiques) qui correspond au regroupement de la trésorerie générale et de l'ancienne Direction des services fiscaux ;

– la DRAC (Direction régionale aux affaires culturelles) : c'est l'une des seules anciennes directions régionales qui sort indemne de la réforme : son périmètre est inchangé et elle reste fondamentalement ministérielle ;

– l'ARS (Agence régionale de santé) : elle a été créée de toutes pièces, avec notamment les agents de l'ancienne agence régionale d'hospitalisation et les agents des anciennes DRASS et DDASS ;

– le Rectorat d'Académie : il n'a subi aucune évolution.

Ces directions régionales ne sont pas relayées au niveau départemental par des directions départementales, mais par de simples « unités territoriales ».

2 ° L'organisation des services de l'État au niveau départemental

196

Les anciennes directions départementales ont fait l'objet d'une sévère recomposition. L'organigramme des services départementaux se décline désormais sous la forme de deux ou trois grandes directions interministérielles :

- la DDT (Direction départementale des territoires) ;
- la DDPP (Direction départementale de la protection des populations) ;
- la DDCS (Direction départementale de la cohésion sociale), uniquement dans les départements à forte densité urbaine.

Ce nouveau schéma montre que l'organisation est déliée du périmètre des ministères.

Il faut ajouter à ce schéma la DDFIP (Direction départementale des finances publiques) issue de la fusion des services départementaux de la trésorerie et de la Direction des services fiscaux.

Les autres services départementaux n'ont pas subi de reformatage :

- la DDSP : la Direction départementale de la sécurité publique ;
- le groupement départemental de gendarmerie ;
- l'inspection académique.

Cette restructuration des directions et des services s'est accompagnée d'un renforcement du rôle de direction du préfet.

Même si ce sont les contraintes budgétaires qui ont sans doute accéléré la mise en œuvre de ce grand chantier, il faut avoir à l'esprit que la réforme accompagne l'évolution des missions de l'État et qu'elle tire les conséquences d'un certain nombre de transferts de compétences aux collectivités territoriales : ainsi, il devenait illusoire d'entretenir des DDASS et des DRASS, alors que les personnels avaient très largement été transférés aux conseils généraux. Par ailleurs, il fallait aussi reproduire au niveau déconcentré les fusions qui avaient été entreprises au niveau des services centraux : la création de la DGFIP en 2008 a (enfin) permis de traduire au niveau territorial la fusion de la DGCP et de la DGI ; les DRFIP et DDFIP en sont le résultat : les services du trésor et les services fiscaux sont regroupés au sein de directions régionales et départementales unifiées. L'amalgame prendra encore quelque temps, mais il est déjà facilité par la fusion des anciennes écoles du trésor et de celles des impôts en une seule : l'École nationale des finances publiques (un moule unique facilite une culture unique).

§ 2 Le préfet

197

Le préfet représente l'État, personne morale, et chacun des membres du gouvernement. Il est aujourd'hui le pivot de la réforme territoriale de l'État. Institué par Napoléon, le préfet est indissociable du département. Primitivement garant de la centralisation, le préfet est devenu progressivement l'acteur principal de la déconcentration. Dès le Second Empire, les décrets « anti-remontées » ont en

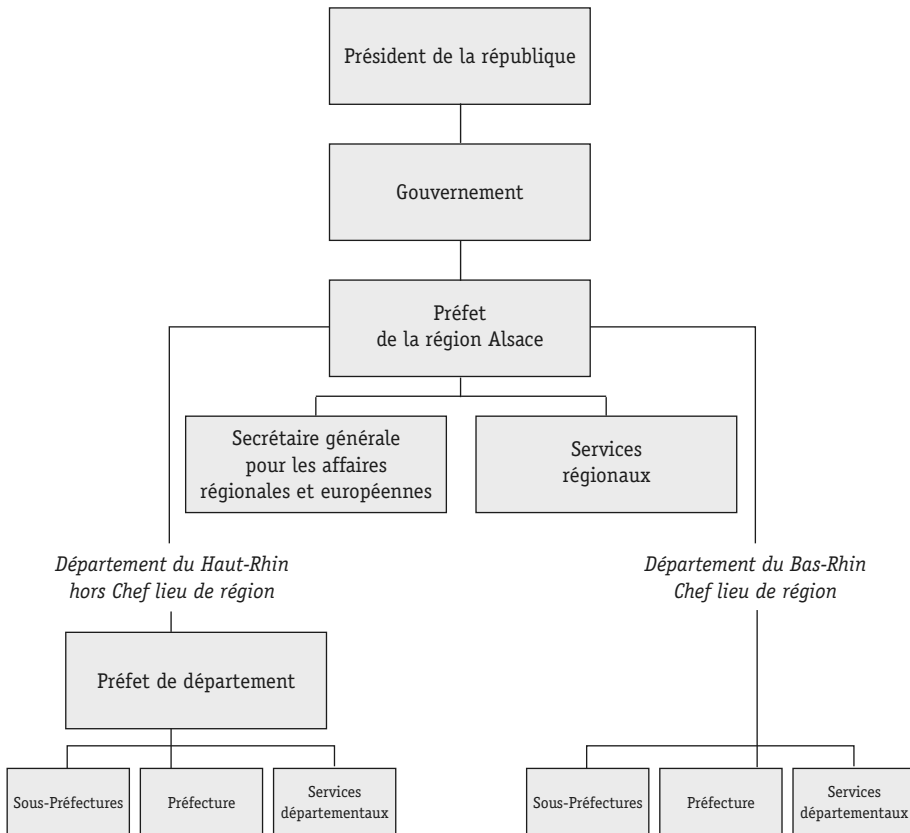
effet attribué des pouvoirs déconcentrés au préfet de département. Depuis, les préfets n'ont cessé de voir leurs attributions augmenter, notamment depuis la loi du 6 février 1992 (dite loi Joxe) qui a fait de la déconcentration le principe d'organisation des décisions administratives au sein de l'appareil d'État.

A. Le statut de préfet

198

Centralisation et déconcentration déterminent les caractéristiques de l'institution préfectorale : d'une part, le préfet est une autorité dépendant étroitement du pouvoir central (surtout du ministère de l'Intérieur), d'autre part, il est doté de pouvoirs et d'attributions très étendus qui ont été régulièrement renforcés.

Document n° 18 L'administration territoriale de l'État en Alsace



La situation juridique du préfet est profondément marquée par la conception napoléonienne d'une forte dépendance à l'égard du pouvoir central. Cependant, l'évolution générale des idées, l'aspiration à des garanties de carrière et surtout le considérable développement des tâches administratives et économiques du préfet ont conduit à tempérer la conception primitive du préfet, agent purement politique, et à rechercher un compromis entre cette conception et celle du préfet,

haut fonctionnaire à vocation administrative. Ce dosage a été réalisé par l'adoption d'un statut du préfet par un décret du 29 juillet 1964, certes modifié, mais toujours en vigueur.

1 ° Le recrutement

199

Les préfets, sont nommés par décret du président de la République en Conseil des ministres sur proposition du Premier ministre et du ministre de l'Intérieur. En ce qui concerne leur choix, aucune condition n'est imposée par les textes mais le décret du 29 juillet 1964 a prescrit que les 4/5^e des nominations de préfets doivent porter sur des sous-préfets (les sous-préfets ne peuvent être nommés préfets qu'après 4 ans d'ancienneté dans la première classe ou la hors-classe ; de même les agents supérieurs du ministère de l'Intérieur ne peuvent accéder aux échelons de la carrière préfectorale que suivant un tableau d'équivalence). 1/5^e des nominations est laissé à la discrétion du Gouvernement. Dans tous les cas, il s'agit d'un choix intuitu personae.

2 ° Les obligations spécifiques

200

L'emploi reste largement à la discrétion du Gouvernement (cf. la nomination ou la brutale mise à l'écart. très médiatisée de certains préfets) et les garanties disciplinaires sont moindres que celles prévues par le statut général des fonctionnaires : le préfet peut être muté d'office, nommé hors-cadre ou mis en disponibilité pour une période qui peut aller jusqu'à 5 ans sans que ces mesures aient un caractère disciplinaire. Les obligations professionnelles des préfets sont plus strictes que celle des autres fonctionnaires : ils ne peuvent s'absenter de leur département sans l'autorisation du ministre, ils sont tenus à un loyalisme très strict, ils n'ont pas le droit syndical ni le droit de grève. Les mesures disciplinaires proprement dites, qui peuvent aller jusqu'à la révocation ad nutum, ne comportent qu'une garantie : la communication du dossier.

3 ° Les auxiliaires du préfet

201

Le préfet dispose d'un ensemble de services qui constituent l'administration de la préfecture. Ses collaborateurs directs sont le secrétaire général de la préfecture et le directeur de cabinet qui sont membres du corps préfectoral ; en général, ce sont des sous-préfets.

Le préfet peut déléguer sa signature au secrétaire général et au directeur de cabinet et ainsi se décharger des décisions de portée secondaire.

Dans la pratique, le secrétaire général de préfecture veille au bon fonctionnement des services administratifs de la préfecture (notamment la qualité du service rendu à l'utilisateur) tandis que le directeur de cabinet du préfet, lui, est en charge des dossiers plus politiques, des déplacements du préfet, etc.

4 ° Les sous-préfets d'arrondissement

202

Le sous-préfet est l'autorité administrative placée à la tête de l'arrondissement. Ce dernier est une division administrative du département, une circonscription

administrative. Dans le cadre de l'arrondissement, le sous-préfet est l'auxiliaire du préfet ; il peut recevoir délégation du préfet pour exercer sous sa direction tout ou partie des attributions dévolues à ce dernier. Il est chargé d'animer et de coordonner l'action des services de l'État dans l'arrondissement. En fait, le sous-préfet est surtout l'interlocuteur privilégié des élus locaux dans l'arrondissement.

Les sous-préfets d'arrondissement sont en principe recrutés parmi les anciens élèves de l'ENA et parmi les fonctionnaires expérimentés ayant atteint le grade d'administrateur civil. Ils sont eux-mêmes assistés d'un secrétaire général de sous-préfecture, généralement un attaché principal de préfecture (parmi lesquels beaucoup d'anciens élèves des IRA).

B. Les attributions et les pouvoirs des préfets de département

1 ° Les attributions du préfet

203

Le préfet est avant tout dépositaire de l'autorité de l'État dans le département. En tant que délégué du Gouvernement, il est le représentant direct du Premier ministre et de chacun des ministres. Il dirige sous leur autorité les services des administrations civiles de l'État et à la charge des intérêts nationaux, du respect des lois et de l'ordre public. Il veille à l'exécution des règlements et des décisions gouvernementales.

Parmi ses attributions, on peut distinguer :

– des attributions à caractère politique : le préfet est dans le département le représentant politique du Gouvernement pour lequel il joue un rôle d'informateur et dont il explique et exécute les directives ;

– des attributions administratives qui sont les plus nombreuses. Le préfet assure dans le département l'exécution des lois et des décisions gouvernementales, il exerce le contrôle administratif des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, il est l'ordonnateur secondaire unique des dépenses de l'État dans le département, il dirige l'ensemble des services de l'État dans le département, représente l'État en justice et dans tous les actes de la vie civile. De plus, il est le responsable de l'ordre public, exerce la police administrative et il est responsable de la préparation et de l'exécution des mesures de sécurité civile (ex. : mise en œuvre du plan ORSEC).

2 ° Les pouvoirs du préfet

204

L'importance des pouvoirs du préfet de département dans l'exercice de ses attributions a été progressivement accrue et régulièrement renforcée depuis 1982.

D'une part, le préfet a reçu dans des conditions très larges un pouvoir propre de décision qui constitue aujourd'hui la règle générale.

D'autre part, depuis 1982, il exerce un pouvoir de direction sur les services déconcentrés des administrations civiles de l'État et a autorité directe sur les

chefs des services déconcentrés de l'État dans le département. Ces dispositions permettent de donner aux préfets tous les moyens nécessaires à la coordination et même dorénavant à la direction de l'action administrative. Il peut toutefois déléguer sa signature (mais non ses compétences) aux chefs des services administratifs de l'État dans le département pour les matières qui relèvent de leurs propres attributions. Pour renforcer ses pouvoirs à l'égard de ces derniers, le préfet a un pouvoir de proposition de notation annuelle.

Il faut cependant remarquer que, comme auparavant, le préfet voit un certain nombre de domaines échapper à son pouvoir de direction en raison du caractère particulier de certaines matières qui nécessitent d'être gérées de façon autonome : le contenu et la gestion de l'action éducative, la constatation et la répression des infractions à la législation du travail, le paiement des dépenses publiques, l'assiette et le recouvrement des impôts, les organismes de contrôle des comptes, la Justice.

3 ° Le préfet de région

205

Le préfet de région est le préfet du département dans lequel se trouve le chef-lieu de la région (principe du dédoublement fonctionnel). Institué par un décret du 14 mars 1964, sa fonction a d'abord été cantonnée à la mise en œuvre de la politique économique de l'État dans le cadre de la région économique, c'est-à-dire la région « circonscription administrative de l'État ». Son rôle était essentiellement de coordonner en la matière l'action des départements qui composent la « région administrative », notamment en ce qui concerne les décisions de l'État en matière d'investissements publics, la mise en œuvre des politiques publiques et d'aménagement du territoire. Après 1982, avec le développement de la région « collectivité territoriale », le rôle du préfet de région a progressivement évolué, afin d'être l'interlocuteur privilégié du président du conseil régional : ainsi, c'est lui qui a été amené à décider des investissements de l'État qui sont d'intérêt régional et départemental et à négocier pour le compte de l'État les contrats de plan État-région.

Cette évolution n'a pas remis en cause l'ordre d'importance des fonctions : le préfet de région était avant tout un préfet de département, accessoirement il exerçait la fonction de préfet de région... alors que dans la pratique, le préfet de région consacrait toujours plus de son temps aux affaires du niveau régional. Les décrets successifs n'avaient pas voulu prendre acte de cette évolution et reconnaître au préfet de région une véritable autorité sur les préfets de départements (lui-même étant avant tout un préfet de département). Ce schéma était imposé par l'idée que c'est le département qui est l'échelon de base et que la région administrative n'est qu'une superstructure (*bottom up*).

Or, dans les faits, le préfet de région s'est progressivement imposé comme ayant autorité sur les préfets de départements dans plusieurs domaines stratégiques, notamment en matière financière (répartition des crédits ministériels, choix des investissements). Il devenait de plus en plus difficile de ne pas prendre acte de l'inversion de l'ordre : c'est bien le niveau régional qui est devenu le plus pertinent, le plus structurant, alors que le cadre départemental est devenu le

niveau d'exécution, de mise en œuvre. Le décret du 16 février 2010 relatif aux pouvoirs des préfets a tenu compte de cette évolution :

– il affirme l'autorité du préfet de région sur les préfets des départements qui composent la région administrative ; c'est une véritable révolution, qui malheureusement n'apparaît pas clairement, car le préfet de région est aussi préfet de département (dédoublage fonctionnel). Le découplage des fonctions de préfet de département et de préfet de région aurait été souhaitable ;

– il affirme la prééminence de l'échelon régional sur le cadre départemental. Les services déconcentrés de l'État ont bien été recomposés dans ce sens (RÉATE).

Le préfet de région préside le comité de l'administration régionale (anciennement « conférence administrative régionale ») composée des préfets des départements, de l'administrateur général des finances et les principaux directeurs régionaux des services déconcentrés. Le rôle de ce comité est de réaliser les principaux arbitrages de niveau régional. Pour le seconder dans sa tâche, le préfet de région dispose d'un organe particulier, le Secrétariat général pour les affaires régionales (SGAR). Il a autorité sur les chefs ou responsables des services déconcentrés de l'État dans la région (DREAL, DIRECCTE, DRAC, etc.).

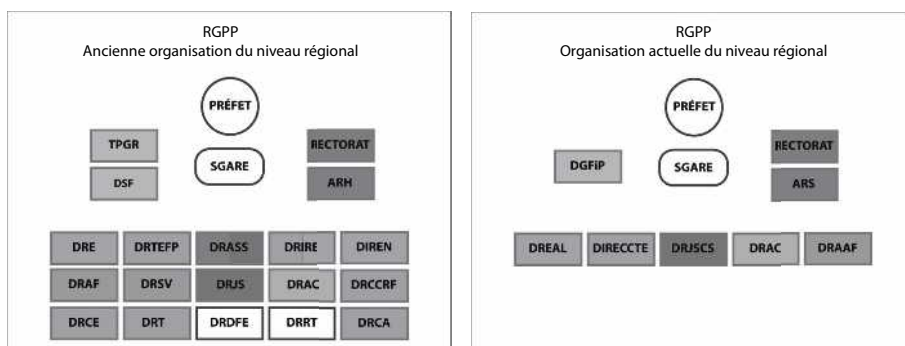
La supériorité du préfet de région connaît des exceptions, notamment en matière d'ordre public, de contrôle des actes des collectivités territoriales, d'intercommunalité : dans ces domaines, ce sont les préfets de département, ès qualités, qui sont compétents.

La recomposition de l'administration territoriale n'a de sens que si elle s'accompagne de l'attribution d'un véritable d'un pouvoir de décision : c'est le sens de la déconcentration.

Et la déconcentration est bien le pendant de la décentralisation. Plus les autorités décentralisées ont de compétences (par les transferts de compétences), plus elles éprouvent le besoin de disposer, à leur niveau, d'interlocuteurs capables d'engager juridiquement et financièrement l'État sans attendre « que le dossier soit remonté » à Paris !

Document n° 19 Organisation des services départementaux de l'État

1. Réforme de l'administration régionale : l'organisation



Pour aller plus loin Chapitre 2

La RGPP : la révision générale des politiques publiques

La démarche est originale : elle a été préconisée par deux *think tanks*, l'Institut Montaigne d'une part. et l'Institut de l'entreprise d'autre part. Ce second institut est présidé par Michel Pébereau, auteur du rapport sur la dette publique (*Rompre avec la facilité de la dette publique*, La Documentation française, 2005, 135 p.) qui est à la base des diverses décisions qui ont donné un coup d'arrêt à l'augmentation des dépenses publiques. Il est indéniable que la RGPP, dont l'aspect le plus spectaculaire est la réorganisation des administrations de l'État, a pour vocation d'aboutir à des économies budgétaires (le processus devrait permettre, à terme, de dégager 6 milliards d'euros d'économies).

La RGPP a pour objet principal de passer en revue l'ensemble des actions de l'État afin de dégager des économies et d'améliorer l'organisation administrative. C'est ainsi que le conseil de modernisation des politiques publiques du 11 juin 2008 a déterminé les grandes lignes de la RéATE : « Réorganiser l'État local, dans un sens permettant de mettre fin à l'éparpillement des services de l'État au niveau local ». Les décisions entérinées en conseil de modernisation avaient fait l'objet de plusieurs études et d'expérimentations... la réforme était donc déjà bien préparée. Il faut aussi remarquer que les administrations centrales des ministères ont elles-mêmes, fait l'objet de réorganisations douloureuses (la création de la DGFIP par la fusion de la DGI et de la DGCP, la réorganisation du ministère de la Défense, etc.).

La RGPP a porté entre 2008 et 2010 sur quatorze grands domaines d'action de l'État ainsi que sur six grandes politiques d'intervention de l'État associant l'État à d'autres acteurs (ex. : les relations entre l'État et les collectivités territoriales, voir rapport Lambert). En mars 2011, le gouvernement a ajouté une cinquantaine de mesures supplémentaires visant les opérateurs de l'État et les dépenses d'intervention. Un premier bilan estime les économies réalisées à 7 milliards d'euros, surtout grâce à la mise en œuvre de la doctrine du non-remplacement d'un fonctionnaire sur deux partant à la retraite.

La réalisation complète des décisions prises dans le cadre de la RGPP devrait s'achever en 2012.

Sujets de concours

Administrateur territorial

2007 : Droits et devoirs des collectivités publiques dans leurs relations avec les cultes.

Attaché territorial (interne)

2009 : Hiérarchie entre préfets de région et de départements : enfin !

Attaché d'administration hospitalière

2002 : Réformer l'État par la décentralisation ?

Commissariat aux Armées

1999 : Décentralisation et déconcentration.

Directeur d'hôpital

1991 : Commentez cette phrase du ministre de l'Intérieur présentant le projet de loi d'orientation sur l'Administration territoriale : « Il faut que le préfet soit le représentant d'un État déconcentré dans une France décentralisée. »

EN3S

2009 : Les autorités administratives indépendantes.

Inspecteur des douanes

2011 : Expliquez comment les préfets, dans le cadre des missions qui leur sont confiées, doivent concilier l'application des politiques gouvernementales et des politiques locales.

2007 : Le préfet est-il un fonctionnaire politique ?

Inspecteur des impôts

2010 : Déconcentration et décentralisation.

Inspecteur des affaires sanitaires et sociales

2010 : Doit-on faire évoluer l'organisation administrative de la France ?

Officier de gendarmerie

2005 : Le préfet dans le département.

2003 : L'organisation administrative : les autorités administratives indépendantes.

3

L'administration des collectivités territoriales

206 L'article 72 de la Constitution, dans sa rédaction actuelle, est issu de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003. Il dispose : « Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer... ».

L'étude des collectivités territoriales nous conduit à traiter principalement et successivement des trois niveaux de collectivités reconnues comme telles par la Constitution : la commune, le département et la région.

Il faut tenir compte d'une part. de l'importance prise par la coopération intercommunale et d'autre part. des évolutions qui sont inscrites dans la loi du 16 décembre 2010 relative à la réforme des collectivités territoriales et dont l'application est fixée en 2014.

section 1

La commune

207 La commune est caractérisée en France par plusieurs aspects :

– *l'ancienneté* : Les communes en France remontent loin dans le temps, au moins au Moyen Âge et même à l'époque romaine : elles constituent donc une *communauté naturelle*, ce qui les distingue du département.

– *le nombre* : il y a en France, au 1^{er} janvier 2011, un peu plus de 36 500 communes (36 779 exactement). À lui seul, notre pays compte pratiquement autant de communes que la somme des communes dans les autres États de l'Union européenne (à titre de comparaison, il n'y a que 13 000 communes en Allemagne, 8 074 en Italie, 8 082 en Espagne, etc.). Cette caractéristique entraîne une autre, c'est *le trop grand nombre de petites communes* : 32 000 communes ont moins de 2 000 habitants, près de 4 000 en ont moins de 100 !

– *l'uniformité* : Toutes ces communes, grandes ou petites, urbaines ou rurales, ont la même organisation juridique, sauf Paris, Marseille et Lyon à quelques nuances près.

– *l'échec des fusions* : avec une grande constance, depuis la Révolution, les tentatives de fusions des communes ont échoué (notamment la loi du 16 juillet 1971 appelée loi Marcellin). À défaut, la France a fait le pari de la coopération intercommunale.

Les communes sont les héritières des paroisses de l'Ancien régime. Chaque localité a vocation à être administrée sous la forme d'une commune... même si elle ne compte que peu d'habitants. Ce principe est très éloigné de l'organisation communale qui prévaut dans un certain nombre de pays voisins dans lesquels plusieurs localités ne sont administrées que sous la forme d'une seule commune. La conception française de l'organisation communale explique les problèmes que connaissent actuellement les communes. Chaque commune a une claire conscience de son existence et de la nécessité de la maintenir, mais, en raison de leur population réduite, de nombreuses communes manquent de ressources propres et suffisantes, ce qui leur interdit une autonomie complète et un développement harmonieux.

De plus, le développement récent de grosses agglomérations urbaines a posé d'autres problèmes, en particulier celui d'une égale répartition des charges entre le centre qui bénéficie de l'activité des habitants sans en supporter les inconvénients (notamment en matière d'équipements collectifs) et la *périphérie* qui, ne bénéficiant pas de l'activité des citoyens, en supporte toutefois les charges (problèmes des communes-dortoirs).

Depuis la grande loi municipale du 5 avril 1884, de nombreuses réformes ont modernisé le régime juridique et financier applicable aux communes, notamment la loi du 2 mars 1982, qui a supprimé la tutelle administrative et financière. Le problème de fond reste le trop grand nombre de petites communes. Alors que d'autres pays ont réussi à imposer une fusion autoritaire des petites communes (Allemagne, Grèce, etc.), la France a dû y renoncer au profit d'un dispositif plus lourd et plus coûteux : la coopération intercommunale (voir *infra* n° 223).

Les étudiants peuvent naviguer sur le site de l'Association des maires de France : www.amf.asso.fr

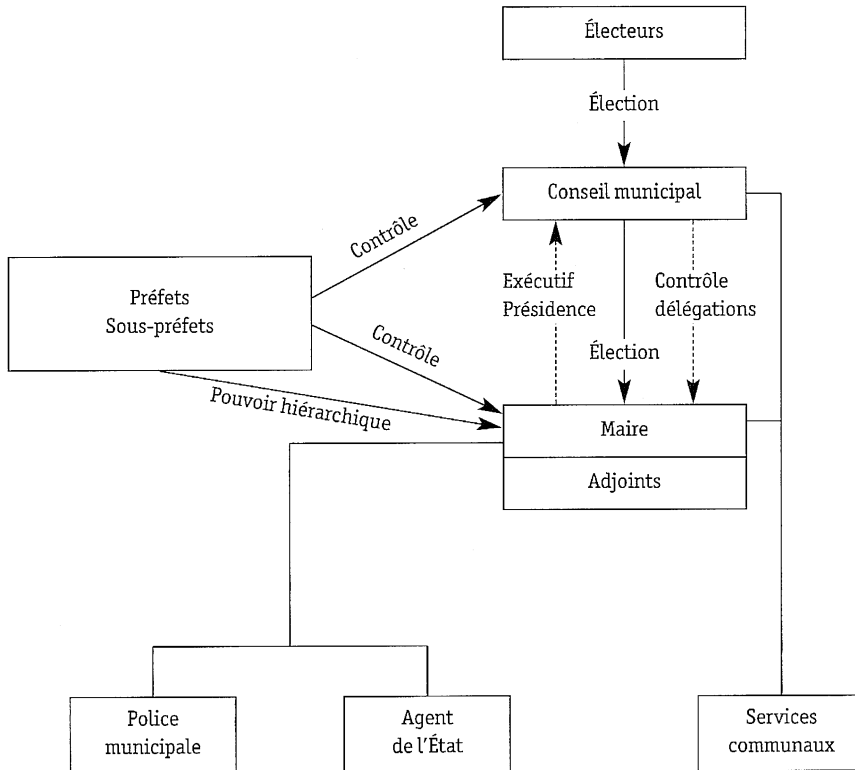
L'organisation de la commune repose sur un organe délibérant élu au suffrage universel, le conseil municipal, et un organe exécutif, le maire. Alexis de Tocqueville a pu écrire : « Les institutions communales sont à la liberté ce que l'école primaire est à la science, elles les mettent à la portée du peuple ».

§ 1 Le conseil municipal : organe délibérant

A. Composition

cas particuliers sont à signaler : Paris, Marseille et Lyon qui ont respectivement 163, 101 et 73 conseillers municipaux.

Document n° 20 Organigramme de la commune



Les conseillers municipaux sont élus au suffrage universel direct.

1 ° Conditions d'éligibilité

209

Sont *éligibles* tous les électeurs de la commune et les citoyens inscrits au rôle des contributions directes (ou justifiant qu'ils devaient y être inscrits au 1^{er} janvier de l'année de l'élection) âgés de 18 ans révolus. Il faut cependant préciser que les candidats doivent être de nationalité française ou ressortissants de l'un des États de l'Union européenne. La question du droit de vote et de l'éligibilité des étrangers (hors Union européenne) fait toujours débat.

Le nombre des conseillers qui ne résident pas dans la commune au moment de l'élection ne peut excéder le quart des membres du conseil.

Les députés et les sénateurs sont *éligibles* dans toutes les communes du département où ils ont été candidats.

a) Inéligibilités

Les *inéligibilités* peuvent être :

- *absolues* : les individus privés de leur droit électoral ; ceux qui sont pourvus d'un conseil judiciaire ; ceux qui sont exempts d'impôts locaux et ceux qui sont secourus par les CCAS sont inéligibles ;
- *relatives* : sont inéligibles également dans le ressort où ils exercent leurs fonctions la plupart des fonctionnaires d'autorité (corps préfectoral, ingénieurs d'État) et des magistrats ; en outre, les agents communaux ne peuvent être candidats dans la commune qui les emploie.

b) Incompatibilités

Elles frappent les membres du corps préfectoral, les fonctionnaires de police et les militaires de carrière.

Nul ne peut être membre de plusieurs conseils municipaux.

2 ° Mode d'élection

210

Actuellement, le système électoral des conseils municipaux varie selon l'importance démographique des communes. Il faut essentiellement distinguer entre les communes de moins de 3 500 habitants et les communes de plus de 3 500 habitants. Le mode de scrutin résultant de la loi du 19 novembre 1982 repose sur le scrutin majoritaire, mais avec une dose de représentation proportionnelle dans les communes de plus de 3 500 habitants.

a) Communes de moins de 3 500 habitants

C'est le scrutin majoritaire à deux tours qui s'applique. Néanmoins, le décompte des voix se fait par candidat et non par liste, car les électeurs bénéficient du droit de panachage et du vote préférentiel. Il convient de faire une distinction supplémentaire entre les communes de moins de 2 500 habitants et les communes dont la population légale est comprise entre 2 500 et 3 499 habitants.

↪ **Communes de moins de 2 500 habitants**

C'est le scrutin majoritaire à deux tours qui s'applique. Le régime est très souple, à la fois pour les candidats et pour les électeurs. En effet, les candidats peuvent former des listes complètes ou incomplètes, ou même se présenter individuellement. Les électeurs, eux, peuvent panacher leurs votes, adjoindre des noms de candidats, rayer des noms, sans que leur bulletin soit nul.

↪ **Communes de 2 500 à 3 499 habitants**

C'est aussi le système du scrutin majoritaire à deux tours qui s'applique, mais les candidats doivent se présenter par listes complètes (ex. : 23 candidats par liste pour une commune de 3 000 habitants). Les électeurs ont le droit de panacher les votes mais doivent déposer dans l'urne des bulletins qui comportent autant de noms qu'il y a de sièges à pourvoir. Pour être élus au premier tour,

les candidats doivent obtenir la majorité absolue des suffrages exprimés et un nombre de suffrages au moins égal au quart. de celui des électeurs inscrits.

b) Communes de 3 500 habitants et plus

La grande innovation introduite par la loi du 19 novembre 1982 a été l'institution d'un scrutin de liste à deux tours selon un système mixte qui comprend un scrutin majoritaire permettant à la liste arrivée en tête d'obtenir la majorité absolue des sièges et un scrutin proportionnel permettant la représentation des autres listes. Par ailleurs, une autre innovation a eu un effet non négligeable sur la constitution des listes : la parité femmes-hommes imposée par la loi du 6 juin 2000 tendant à favoriser l'égal accès des hommes et des femmes aux mandats électoraux (art. L. 264 C. élect.). Les listes doivent évidemment être complètes. Les électeurs n'ont aucun droit de panachage ou de vote préférentiel : les listes sont bloquées.

↪ ***Si une liste obtient la majorité absolue au premier tour de scrutin***

La moitié du nombre de sièges à pourvoir lui est attribuée (arrondie le cas échéant à l'entier supérieur) ; la seconde moitié des sièges à pourvoir est ensuite répartie entre toutes les listes à la représentation proportionnelle suivant la règle de la plus forte moyenne, à condition d'avoir obtenu au moins 5 % des suffrages exprimés. Ainsi la liste majoritaire est assurée d'avoir la majorité des sièges, puisque, en plus de la moitié des sièges qui lui est attribuée d'office, elle participe à la répartition de la seconde moitié des sièges.

↪ ***Si aucune liste n'obtient la majorité absolue au premier tour***

Alors un second tour a lieu, ouvert aux listes ayant été créditées au premier tour au moins 10 % des suffrages exprimés. Il est remarquable de noter que ces listes peuvent être modifiées dans leur composition pour comprendre des candidats présents au premier tour sur d'autres listes, sous réserve que celles-ci ne se présentent pas au second tour et qu'elles aient obtenu, au premier tour, au moins 5 % des suffrages exprimés. En cas de modification de la composition d'une liste, l'ordre de présentation peut également être modifié. Toutefois, les candidats ayant figuré sur une même liste au premier tour ne peuvent figurer au second tour que sur une seule liste. Les règles de la parité hommes-femmes doivent être respectées. À l'issue du second tour de scrutin, la liste qui a recueilli le plus grand nombre de voix obtient un nombre de sièges égal à la moitié au moins des sièges à pourvoir. La seconde moitié des sièges est répartie entre toutes les listes à la représentation proportionnelle suivant la règle de la plus forte moyenne sauf entre celles qui n'ont pas obtenu au moins 5 % des suffrages exprimés (mêmes règles qu'au premier tour). Ainsi la liste qui recueille le plus grand nombre de voix est sûre de détenir la majorité absolue des sièges au conseil municipal.

Le système de la loi du 19 novembre 1982 (et appliqué en dernier lieu lors des élections municipales de 2008) a réussi à gommer l'inconvénient majeur du scrutin majoritaire dans les communes de plus de 3 500 habitants : son caractère déformant, l'opposition étant écartée de la gestion des affaires communales pen-

dant 6 années. Avec le scrutin mixte et le bénéfice de la moitié des sièges pour la liste qui arrive en tête au premier tour, l'efficacité et l'équité sont conjuguées : la liste majoritaire est assurée d'avoir effectivement une majorité de sièges, donc de ne pas être menacée dans son existence et, par ailleurs, la représentation proportionnelle garantit que la minorité sera représentée et pourra faire valoir des points de vue différents.

3 ° Durée des fonctions

211 Le conseil municipal est élu pour 6 ans et renouvelé en entier.

En cas de dissolution d'un conseil municipal (par décret motivé du président de la République en Conseil des ministres et publié au *Journal officiel*), une *délégation spéciale* est nommée dans les huit jours par le préfet. Il est procédé à de nouvelles élections dans un délai de 2 mois, mais le nouveau conseil ne reste en fonction que jusqu'au renouvellement général des conseils municipaux.

Lorsqu'un siège devient vacant pour quelque cause que ce soit, c'est le candidat venant immédiatement après le dernier élu de la liste qui remplace le conseiller municipal élu sur cette liste et dont le siège est devenu vacant.

Toutefois, quand cette opération est devenue impossible faute de candidats restant sur la liste concernée, il est procédé au renouvellement du conseil municipal dans les 2 mois de la dernière vacance si le conseil a perdu le tiers de ses membres. Au cas où il est nécessaire de compléter le conseil avant l'élection d'un nouveau maire, on recourt à des élections complémentaires.

B. Fonctionnement

212 Le maire préside le conseil municipal.

Les séances des conseils sont publiques. Mais, sur la demande de trois membres ou du maire, le conseil peut décider de se former en comité secret.

Le maire a seul la police de l'assemblée.

Le compte rendu de la séance est affiché par extraits à la porte de la mairie ; de plus, tout habitant ou contribuable peut demander communication totale ou partielle des procès-verbaux.

Le conseil peut désigner en son sein des commissions qui peuvent se réunir dans l'intervalle des séances. Dans la pratique, c'est au sein des commissions que sont discutés les dossiers... seuls les dossiers « aboutis » sont présentés en conseil municipal.

Les fonctions de membre du conseil municipal sont gratuites. Seuls le maire et les adjoints ont droit à des indemnités.

Le conseil municipal se réunit obligatoirement au moins une fois par trimestre.

En outre, le maire peut réunir le conseil quand il le juge utile ; il y est obligé lorsque la demande lui en est faite par la moitié des conseillers. Le préfet peut aussi prescrire des convocations du conseil.

Toute convocation est faite par le maire, par écrit, au moins trois jours francs à l'avance sauf cas d'urgence.

Enfin des règles de quorum sont imposées par la loi : il faut la présence d'au moins la moitié des conseillers. Les délibérations sont adoptées à la majorité des suffrages exprimés.

C. Attributions du conseil municipal

213 Les actes du conseil municipal sont :

- les délibérations prises à la majorité des suffrages exprimés ;
- les avis donnés en vertu des textes (en matière de coopération intercommunale, les communes membres ont de plus en plus d'avis à émettre) ;
- les vœux sur « tous les objets d'intérêt local », ce qui, là encore, interdit les vœux de caractère politique ; mais le caractère extrêmement large de la formule permet au conseil d'exprimer des vœux sur toutes les affaires, qu'il ait ou non compétence pour les traiter, qui peuvent affecter la vie locale ; ce peut être, par exemple, l'incidence locale des mesures prises à l'échelon national.

• **Le conseil municipal bénéficie de la clause générale de compétence**

« Le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune », (art. L. 2121-29 CGCT).

Cette disposition a une très grande portée, puisqu'elle confère au conseil une compétence totale, dont la seule limite est territoriale : en principe, le conseil peut régler toutes les affaires, pourvu qu'elles concernent la commune.

• **Toutefois, en réalité, la compétence des conseils municipaux n'est pas aussi large**

Elle est relativisée par 4 éléments fondamentaux :

- les attributions propres au maire (ex. : pouvoir de police) ;
- la coopération intercommunale : les compétences déléguées à un EPCI ne sont plus de la compétence des conseils municipaux en raison du principe d'exclusivité ;
- les délégations au maire : voir *infra* n° 218 ;
- le référendum décisionnel introduit par la loi organique du 1^{er} août 2003 : le référendum décisionnel dessaisit le conseil municipal de la question qui a fait l'objet du référendum (c'est la différence entre le référendum décisionnel et le référendum consultatif).

D. Les principaux domaines de compétence du conseil municipal

1 ° Les services publics

214

Le conseil municipal est compétent pour délibérer sur la création, la transformation et la suppression des services publics communaux (sauf si le service a été délégué à un EPCI).

Le conseil municipal est également compétent pour décider du mode de gestion des services publics et des tarifs applicables aux usagers (ex. : tarifs d'entrée à la piscine municipale). Les services mis en œuvre par les communes sont infiniment plus nombreux que ceux qui sont créés par les départements ou les régions ; c'est dans le cadre communal en effet que se posent les problèmes les plus concrets et qu'il y a de véritables besoins immédiats en services de proximité : crèches et services périscolaires, services culturels et sportifs, etc.

Certains services sont obligatoires, par exemple l'enlèvement et le traitement des déchets ménagers. Dans la pratique, les communes délèguent ces services à une structure intercommunale.

2 ° La création, la transformation et la suppression des emplois communaux

La loi du 26 janvier 1984 a permis la constitution d'une véritable fonction publique territoriale. Les agents des collectivités territoriales sont des fonctionnaires, au même titre que les fonctionnaires de l'État, avec des droits et des obligations identiques (voir *infra* n° 493) : notamment en ce qui concerne le recrutement, l'emploi et la carrière (attaché territorial, rédacteur territorial, secrétaire de mairie...).

3 ° L'aménagement urbain

Ainsi, le PLU (Plan local d'urbanisme) doit être approuvé par le conseil municipal. C'est un document primordial pour le développement de la commune puisqu'il régleme le droit de construire (zones non constructibles).

4 ° Le domaine budgétaire, financier et fiscal

Les documents budgétaires sont le budget primitif, le budget supplémentaire et le compte administratif. Le conseil municipal vote le budget municipal ; il décide notamment des dépenses, il fixe le taux des impôts locaux, il détermine le montant des emprunts.

a) Les dépenses

Il faut distinguer entre les dépenses obligatoires et les dépenses facultatives. La liste des *dépenses obligatoires* comprend notamment la rémunération des agents communaux, la contribution communale aux dépenses d'aide sociale et l'ensemble des cotisations obligatoires (cotisation au CNFPT, au centre de gestion, etc.). L'article L. 1612-15 CGCT précise que ne sont obligatoires pour les

communes que les dépenses nécessaires à l'acquittement des dettes exigibles et les dépenses pour lesquelles la loi l'a expressément décidé.

L'énumération des *dépenses facultatives* est impossible : il s'agit entre autres des subventions accordées aux associations culturelles et sportives, de l'achat d'équipements, de travaux, etc.

b) Les recettes

Les communes bénéficient de recettes fiscales et non fiscales.

Les recettes fiscales sont essentiellement les quatre principaux impôts directs locaux : la contribution économique territoriale, la taxe d'habitation, la taxe foncière sur les propriétés bâties et la taxe foncière sur les propriétés non bâties.

Les recettes non fiscales présentent pour beaucoup de communes une grande importance en raison de la nécessité de freiner l'augmentation des impôts locaux :

- *les emprunts* sont accessibles aux collectivités territoriales dans les conditions du marché, auprès de l'ensemble des établissements bancaires (entière banalisation et libéralisation des emprunts depuis 1982)

- *les revenus des domaines* (bâtiments, forêts...) qui parfois ne sont pas négligeables ;

- *les dotations* en provenance de l'État et qui ont connu des développements récents :

- *la Dotation globale de fonctionnement* (DGF), créée par la loi du 3 janvier 1979. La DGF est constituée d'une dotation forfaitaire, sous forme de garantie de recette et d'une dotation de péréquation comprenant trois composantes : la DGF des regroupements de communes, la dotation de solidarité urbaine et la dotation de solidarité rurale⁽¹⁾...

- *la Dotation globale d'équipement* (DGE), qui est destinée à se substituer aux diverses subventions spécifiques d'équipement traditionnellement accordées par l'État aux collectivités territoriales.

Au total, les communes estiment que les ressources dont elles disposent sont insuffisantes pour faire face aux besoins nouveaux dont elles doivent assurer la satisfaction. Toutefois, la fiscalité locale n'a cessé de croître ces dernières années ; malgré les réformes, ce problème n'est pas en voie de solution : c'est un élément, le plus important sans doute, de la crise des communes. C'est la raison pour laquelle les gouvernements successifs ont envisagé une vaste réforme de la fiscalité locale qui n'a pas encore totalement abouti malgré d'une part, l'affirmation de l'autonomie fiscale dans le nouvel article 72-2 de la Constitution (loi constitutionnelle du 28 mars 2003) et la loi organique du 29 juillet 2004 relative à l'autonomie financière des communes et d'autre part, malgré la recomposition de la fiscalité locale par la loi de finances 2010.

– 1 En 2011, le montant de la DGF des communes est de 22 milliards d'euros.

E. Le contrôle sur le conseil municipal

1 ° Le contrôle sur les personnes

215 Le conseil municipal dans son ensemble peut être suspendu provisoirement par arrêté motivé du préfet, qui doit en rendre compte *immédiatement* au ministre de l'Intérieur. La durée de la suspension ne peut excéder un mois. Le conseil peut exceptionnellement être dissous : la décision est prise par le président de la République, par un décret motivé, en Conseil des ministres, et publié au *Journal officiel*. Le motif invoqué est en règle générale la paralysie de la vie administrative communale (provoquée le plus souvent par des dissensions personnelles au sein du conseil ou entre celui-ci et le maire) ; ces dissolutions sont extrêmement rares.

En cas de dissolution, la gestion des affaires courantes est assurée jusqu'à l'élection d'un nouveau conseil (dans les 2 mois) par une délégation spéciale, nommée par le préfet.

Une délégation spéciale est également constituée en cas de démission collective du conseil ou d'annulation de son élection par le juge administratif.

2 ° Le contrôle sur les actes

On peut distinguer le contrôle de légalité et le contrôle budgétaire.

La loi du 2 mars 1982 a supprimé la tutelle ainsi que le pouvoir d'annulation que le préfet pouvait exercer dans certaines conditions. Comme pour les autres niveaux de collectivités territoriales, ne subsiste plus qu'un contrôle de légalité qui s'exerce *a posteriori* (voir *supra* n° 178).

Un contrôle particulier est prévu sur les actes budgétaires. Il s'agit du contrôle budgétaire, mais qui ne peut être exercé que dans quatre cas précis : absence de vote du budget dans le délai légal, absence d'équilibre réel du budget, absence d'inscription d'une dépense obligatoire, existence d'un déficit dans le compte administratif. Ce contrôle met en œuvre l'intervention de la chambre régionale des comptes qui est chargée de conseiller le préfet et de proposer des mesures de redressement. Le but du contrôle n'est pas d'annuler l'acte budgétaire (c'est l'objet du contrôle de légalité), mais au contraire de « réparer » l'acte en faisant le nécessaire pour qu'il puisse être appliqué, même au prix de corrections imposées à la commune par la chambre régionale des comptes et le préfet.

Dans le cas où le budget de la commune n'est pas adopté dans les délais légaux, c'est-à-dire avant le 31 mars, le représentant de l'État saisit sans délai la chambre régionale des comptes qui formule des propositions pour le règlement du budget. C'est au représentant de l'État de régler alors le budget et de le rendre exécutoire. Si le budget de la commune n'est pas voté en équilibre réel, la chambre régionale des comptes saisie par le préfet propose les mesures nécessaires au rétablissement de l'équilibre budgétaire et demande au conseil municipal une nouvelle délibération dans un délai de 1 mois. Au cas où ce délai n'est pas respecté ou si les mesures de redressement sont jugées insuffisantes, le budget est réglé et rendu exécutoire par le préfet.

Il faut remarquer que l'existence de ce contrôle particulier sur les actes budgétaires ne fait pas obstacle à l'exercice du contrôle de légalité sur ces actes, notamment en ce qui concerne la régularité de la procédure d'adoption des délibérations budgétaires.

On s'aperçoit ainsi que si la loi du 2 mars 1982 a supprimé la tutelle administrative traditionnelle sous forme d'approbation et d'annulation, elle a maintenu la possibilité de substitution d'office. C'est le cas notamment en matière de dépense obligatoire : à la demande de la chambre régionale des comptes, le préfet peut, après mise en demeure, inscrire cette dépense au budget de la commune. Mais il faut reconnaître que les procédures de contrôle budgétaire sont très marginales.

❶ § 2 Le maire : organe exécutif de la commune

216 Le maire est l'organe exécutif de la commune. La réalité de sa fonction dépasse très largement ce caractère d'exécutif des décisions du conseil que lui confèrent les textes. Il est en fait l'organe essentiel de la gestion communale.

Le maire est assisté d'adjoints dont le nombre est à la discrétion du conseil municipal sans que leur nombre puisse excéder 30 % de l'effectif légal du conseil municipal. Le nom de « municipalité » donné parfois au groupe formé par le maire et ses adjoints n'a qu'une faible valeur juridique : l'exécutif de la commune est confié non à un collège, mais à un individu, le maire.

Les adjoints ne possèdent pas d'attributions propres : le maire peut simplement leur déléguer une partie des siennes ; l'adjoint désigné par l'ordre du tableau assure sa suppléance en cas d'empêchement. Les adjoints ont cependant, ès qualités, et même en l'absence de délégations du maire, la qualité d'officier de l'état civil et celle d'officier de police judiciaire (ce sont des fonctions exercées au nom de l'État et non au nom de la collectivité territoriale).

A. Élection du maire

217 L'élection du maire et des adjoints a lieu au scrutin secret et à la majorité absolue des suffrages exprimés après vérification du quorum (une fois décomptés les bulletins blancs et nuls, CE, 7 mars 1980, *élections de Brignoles*) ; si, après deux tours de scrutin, aucun candidat n'obtient la majorité absolue, il est procédé à un troisième tour et l'élection a lieu à la majorité relative. En cas d'égalité de suffrages, le plus âgé est déclaré élu.

Il n'existe qu'un seul cas d'inéligibilité particulier au maire : un maire qui a fait l'objet d'une mesure de révocation ne peut être élu avant un an ; certaines fonctions compatibles avec le mandat de conseiller ne le sont pas avec celui de maire. Il n'existe aucune incompatibilité entre le mandat municipal et les mandats parlementaires : en fait, dans les villes importantes, les maires sont fréquem-

ment des députés ou des sénateurs. Il faut rappeler toutefois les incompatibilités liées à la limitation du cumul des mandats introduites par la loi du 5 avril 2000 qui interdisent de cumuler le mandat de maire avec un des mandats suivants : président du conseil régional ou général (le cumul de deux fonctions exécutives locales étant désormais interdit).

Les maires et adjoints sont élus pour la même durée que le conseil municipal (le maire apparaît donc bien comme le chef de la majorité du conseil). Il faut préciser ici que les conseillers municipaux qui n'ont pas la nationalité française (ressortissants de l'Union) ne peuvent être élus maire ou adjoint.

Outre le cas rarissime de dissolution du conseil municipal, les fonctions du maire peuvent prendre fin de façon prématurée en cas de décès, d'inéligibilité (à la suite d'une condamnation par exemple), d'incompatibilité (qui aboutirait à la perte du mandat de conseiller), de démission (acceptée ou devenue définitive de plein droit) ou enfin de révocation. Le maire peut être suspendu pour un mois par arrêté du ministre de l'Intérieur.

Il convient de souligner que le conseil municipal n'a pas le pouvoir de mettre fin aux fonctions de maire.

Les fonctions de maire et d'adjoint au maire donnent droit à une indemnité : l'article L. 2123-20 CGCT fixe les indemnités maxima qui peuvent être allouées au maire et aux adjoints, par référence aux indices de l'échelle des traitements de la fonction publique. Le conseil municipal peut en outre y ajouter, le cas échéant, des frais de représentation ; le maire a droit enfin au remboursement de ses frais de mission. La situation du maire a été sensiblement améliorée successivement par la loi du 3 février 1992 relative aux conditions d'exercice des mandats locaux, par la loi du 5 avril 2000 et par la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité (chaque maire bénéficie de plein droit d'autorisations d'absence s'il est salarié, d'un crédit d'heures en fonction de l'importance de la commune).

B. Attributions du maire

218

Le maire est à la fois agent de l'État et exécutif de la commune. C'est la principale originalité : le maire n'est pas simplement le représentant de sa commune, il est aussi un agent de l'État. C'est ce que l'on appelle communément « la double casquette » ou de manière plus administrative, le dédoublement fonctionnel.

1 ° Agent de l'État

Les fonctions qu'il exerce à ce titre sont limitées :

- exécution des lois et règlements ;
- exécution des mesures de sûreté générale ;
- fonctions spéciales attribuées par les lois (officier d'état civil, officier de police judiciaire dans certaines limites) ;
- organisation des élections.

L'exercice de ces fonctions engage le cas échéant la responsabilité de l'État, non de la commune (ex. : l'état civil).

Le maire est placé comme agent de l'État soit sous l'autorité du préfet (ex. : l'organisation des élections) qui peut lui donner des instructions et des ordres, soit sous l'autorité du procureur de la République (ex. : pour les actes de l'état civil).

2 ° Exécutif de la commune

Certes, le maire, en tant qu'exécutif, doit exécuter les délibérations du conseil municipal. Ce n'est pas un rôle de simple exécutant car c'est le maire, et lui seul, qui fixe l'ordre du jour du conseil municipal (à part certaines délibérations dont l'inscription à l'ordre du jour peut être imposée directement par la loi).

Par ailleurs, la loi attribue au maire des pouvoirs propres et lui permet de bénéficier de délégations de compétences consenties par son conseil municipal.

a) Pouvoirs propres

Le plus important et le plus original est celui de police. Le maire est autorité de police : il peut ainsi prendre des arrêtés pour assurer le « bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques » (art. L. 2212-2 CGCT).

En fait, les pouvoirs du maire sont restreints dans un État comme le nôtre régi par des textes de portée générale, législatifs ou réglementaires, ainsi que par des principes généraux du droit. Ainsi, les mesures de police ne peuvent jamais être générales et absolues (ex. : l'illégalité de certains arrêtés anti-mendicité). Surtout, si sa compétence est totale dans les villes de moins de 10 000 habitants, elle ne comprend que la tranquillité et la salubrité dans les villes de plus de 10 000 habitants ; dans ce dernier cas, le maintien de l'ordre relève du préfet et le personnel de police (police nationale) échappe à l'autorité du maire.

Le maire possède également un autre pouvoir propre qu'il exerce au nom de la commune : la délivrance du permis de construire, du moins dans les communes où un Plan local d'urbanisme (PLU) a été approuvé.

Le maire est le chef hiérarchique des agents communaux ; il les recrute, nomme, note, dirige leur action dans les conditions fixées par leur statut ; il peut également les sanctionner (sanctions disciplinaires).

En aucun cas, le conseil municipal ne peut s'immiscer dans les pouvoirs propres du maire.

b) Pouvoir exercé par délégation du conseil municipal

Le conseil municipal peut déléguer certains de ses pouvoirs au maire, en principe pour la durée du mandat. Cette délégation est généralement consentie en début de mandat, pour un certain nombre de compétences bien identifiées. L'article L. 2122-22 CGCT dresse la liste des matières dans lesquelles le conseil municipal peut consentir une délégation au maire. Par exemple :

- prendre toute décision concernant la passation, l'exécution et le règlement des marchés de travaux qui peuvent être passés en la forme négociée ;
- exercer le droit de préemption urbain ;
- fixer dans certaines limites les tarifs des droits de voirie, de stationnement, de certains services publics communaux, etc.

C. Contrôle exercé sur le maire

1 ° Contrôle sur la personne du maire

219 Le maire (et les adjoints) peut, après avoir été entendu ou invité à fournir des explications écrites, être suspendu par un arrêté ministériel pour un temps qui n'excède pas un mois.

Le maire et les adjoints ne peuvent être révoqués que par décret du président de la République.

Les arrêtés de suspension et les décrets de révocation doivent être motivés.

Dans la quasi-totalité des cas, ces mesures sont la conséquence de poursuites et de condamnations pénales des intéressés.

2 ° Contrôle sur les actes

Les actes du maire sont soumis au contrôle de légalité dans les mêmes conditions que les actes du conseil municipal.

§ 3 Le régime spécial de Paris, Marseille et Lyon

220 Deux lois du 31 décembre 1982 sont intervenues pour régler les aspects particuliers du régime municipal de Paris, Marseille et Lyon, annoncés par la loi du 2 mars 1982. Elles définissent l'organisation administrative et le régime électoral de ces trois villes en tant que communes.

A. Le régime électoral

221 Le nouveau texte dispose que les conseils municipaux de Paris, Marseille et Lyon ont respectivement 163, 101 et 73 membres qui seront élus par secteurs. À noter qu'à Paris et Lyon, chaque secteur correspond à un arrondissement (respectivement 20 et 9) alors qu'à Marseille, où il y a 16 arrondissements, il n'y a que 6 secteurs électoraux. Ces secteurs électoraux constituent les circonscriptions pour la désignation des conseillers municipaux mais aussi des conseillers d'arrondissement. Chaque conseil d'arrondissement comprend un tiers de conseillers municipaux et deux tiers de conseillers d'arrondissement élus dans le secteur.

Dans le cadre de chacun de ces secteurs est applicable le système électoral en vigueur dans les communes de plus de 3 500 habitants.

B. L'organisation administrative

222

Si, dans chacune de ces grandes villes, le conseil municipal « règle par ses délibérations les affaires de la commune » comme cela se passe dans toutes les autres communes françaises et si le maire reste l'organe exécutif de l'ensemble de la commune, la grande différence réside dans l'existence de conseils et de maires d'arrondissement.

1 ° Le conseil d'arrondissement

Dans chaque arrondissement ou (pour Marseille) groupe d'arrondissements, la loi du 31 décembre 1982 a créé un conseil d'arrondissement composé de conseillers municipaux et de conseillers d'arrondissement élus dans l'arrondissement ou le groupe d'arrondissements à raison de deux conseillers d'arrondissement pour un conseiller municipal. Le conseil d'arrondissement a un rôle consultatif sur toute affaire intéressant l'arrondissement mais il a aussi un rôle délibérant et de gestion sur l'implantation et le programme d'aménagement d'équipements principalement destinés aux habitants de l'arrondissement : crèches, jardins d'enfants, haltes-garderies, maisons de jeunes, petits espaces verts, gymnases, stades... en fait tout ce que l'on peut appeler les équipements collectifs de proximité. Ils supportent leurs dépenses de fonctionnement. Les règles de fonctionnement des conseils municipaux s'appliquent aux conseils d'arrondissement.

Le régime financier des arrondissements est assez complexe, car le conseil municipal garde ses attributions financières et fiscales. Notamment, il vote les dépenses d'investissement, après consultation d'une « conférence de programmation des équipements » composée du maire de la commune et des maires d'arrondissement. Les recettes de fonctionnement dont dispose le conseil d'arrondissement sont constituées d'une dotation globale ainsi que d'une allocation égale aux recettes de fonctionnement des équipements et services dont la gestion relève du conseil d'arrondissement. La dotation globale constitue une dépense obligatoire pour la commune. Elle est exclusive de tout autre concours budgétaire de la commune.

2 ° Le maire d'arrondissement

Il préside le conseil d'arrondissement et il est élu, au sein de celui-ci, parmi les membres du conseil municipal, membres du conseil d'arrondissement. Il prépare et exécute les délibérations du conseil d'arrondissement. Il est officier d'état civil, préside la caisse des écoles et émet des avis en matière notamment d'utilisation du sol.

§ 4 La coopération intercommunale : l'intercommunalité

223

Nous avons déjà relevé l'inadaptation du cadre et des moyens d'action des communes : il y a trop de petites communes (32 000 communes de moins de 2 000 habitants). Alors que d'autres États ont résolu la question par une fusion autoritaire des communes (la Grèce en 1999), la France a dû y renoncer. En effet, toutes les tentatives de fusion, autoritaire ou incitative, des petites communes ont toujours été un échec (rappel de l'échec de la loi Marcellin du 16 juillet 1971). C'est la raison pour laquelle la France encourage la coopération intercommunale.

Le problème, déjà ancien, se pose en termes nouveaux depuis peu en raison :

- *de l'évolution économique et démographique* qui accroît le nombre des petites communes de plus en plus dépeuplées ;
- *du morcellement en entités juridiques distinctes*, ce qui gêne le développement des grandes agglomérations ;
- *des progrès du mode de vie* qui augmentent les besoins individuels et collectifs au moment où, surtout en milieu rural, l'amortissement des équipements nécessaires est supporté par une population dont l'importance décroît.

Dès la fin du XIX^e siècle, le législateur avait envisagé des formules de regroupement sous la forme syndicale (syndicats de communes). La multiplication des formes de regroupement n'a pas suffi à résoudre la question, ni celle du poids critique des petites communes, ni celle des agglomérations. Après les SIVU (Syndicat intercommunal à vocation unique), les SIVOM (Syndicat intercommunal à vocation multiple), les districts (créés par une ordonnance du 5 janvier 1959 et supprimés par la loi du 12 juillet 1999), les initiatives dans ce domaine se sont encore multipliées, notamment avec la loi du 6 février 1992 et la loi du 12 juillet 1999.

Le point commun entre toutes les structures de regroupement intercommunal est leur nature juridique : ce sont des établissements publics, donc des personnes morales de droit public (Établissement Public de Coopération Intercommunale). Étant donné que ces établissements publics procèdent des communes, la loi a posé le principe qu'ils bénéficient du régime de contrôle applicable aux communes, le contrôle de légalité (pour préserver le principe de la libre administration des collectivités territoriales). Les SIVU et les SIVOM, qui incarnent encore l'intercommunalité de gestion (le regroupement de plusieurs communes pour gérer en commun un ou plusieurs services publics), ont vocation à être absorbés progressivement par les formes communautaires.

On distingue fondamentalement aujourd'hui la coopération intercommunale de type syndical (intercommunalité de gestion) et la coopération de forme communautaire (l'intercommunalité de projet) qui se caractérise par « la fiscalité propre ». Mais, qu'ils soient de type syndical ou communautaire, les groupements intercommunaux prennent toujours la forme juridique de l'Établissement

public de coopération intercommunale (EPCI), soumis au contrôle de légalité exercé par le préfet.

La loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales prévoit l'achèvement de la carte de l'intercommunalité au 1^{er} juin 2013 : aucune commune française ne pourra plus rester en dehors d'une structure intercommunale de type communautaire (dite « à fiscalité propre »). La loi accorde aux préfets des pouvoirs extraordinaires afin de rationaliser la carte de l'intercommunalité : les EPCI qui n'ont pas une taille critique suffisante devront se fondre dans des ensembles plus importants : ainsi, il ne devra subsister aucune communauté de communes de moins de 5 000 habitants. La loi du 16 décembre 2010 prévoit l'élection des conseillers communautaires au suffrage universel à partir de 2014. La première élection de conseillers communautaires au suffrage universel aura lieu en même temps que l'élection des conseillers municipaux, en mars 2014. Par un système de fléchage, l'électeur désignera sur les listes municipales les candidats qu'il souhaite voir siéger au sein de la structure intercommunale.

Par ailleurs, la loi du 16 décembre 2010 crée encore deux nouvelles formes de structures intercommunales : les métropoles et les pôles métropolitains. De manière générale, le législateur accentue l'intégration communautaire au détriment des compétences communales ; mais, paradoxalement, les EPCI, toutes formes confondues, restent soumises au principe de spécialité qui régit le droit commun de tous les établissements publics. Ce sont les communes qui ont la qualité de « collectivités territoriales » et qui, à ce titre, bénéficient de la clause générale de compétence.

Au 1^{er} janvier 2011, il y avait 16 communautés urbaines, 191 communautés d'agglomération et 2 387 communautés de communes (statistiques DGCL).

A. L'intercommunalité de gestion : les syndicats de communes

224

L'intérêt des groupements intercommunaux est évident : ces groupements peuvent permettre à des communes ayant des intérêts identiques mais n'ayant pas les moyens suffisants pour en assurer isolément la pleine satisfaction, d'en organiser la gestion en commun (ex. : la collecte des ordures ménagères) ; dès 1890 (loi du 22 mars 1890), le législateur a permis aux communes de s'associer en vue de gérer en commun un service public sous la forme d'un *syndicat intercommunal à vocation unique*, établissement public doté d'un patrimoine propre et qui est institué à l'initiative des communes intéressées avec autorisation du préfet et avis du conseil général. Chaque commune y est représentée à égalité avec deux représentants. Ces syndicats de communes ne peuvent gérer qu'une seule compétence. L'ordonnance du 5 janvier 1959 a permis la constitution de syndicats à vocation multiple pour encourager la gestion de plusieurs compétences, par exemple plusieurs services publics (l'assainissement, la collecte et le traitement des ordures ménagères, la distribution de l'eau). On distingue depuis les SIVU et les SIVOM.

Le CGCT précise les conditions dans lesquelles un syndicat de communes peut être créé : il faut l'accord de la moitié des conseils municipaux représentant les deux tiers de la population ou l'accord des deux tiers des conseils municipaux représentant au moins la moitié de la population.

Les syndicats de communes ont connu un beau succès : il y a actuellement 12 157 SIVU et 1 452 SIVOM (statistiques DGCL au 1^{er} avril 2011). Les syndicats de communes financent leurs actions avec des contributions budgétaires des communes. Le législateur privilégie désormais la constitution des formes communautaires, dites « à fiscalité propre ». Dans un souci de mise en cohérence voulu par l'État, les EPCI à fiscalité propre ont vocation à absorber progressivement les compétences des syndicats de communes... mais cela n'est pas toujours possible : par exemple, l'enlèvement des ordures ménagères est très souvent confié à un SIVU, car les communes seules ne peuvent créer un tel service et que le périmètre d'une communauté de communes ne suffit pas à permettre une gestion équilibrée du service.

B. L'intercommunalité de projet (dite « à fiscalité propre »)

225 L'intercommunalité de projet correspond aux formes communautaires et aux métropoles.

1^o Les communautés de communes

226 Créées par la loi du 6 février 1992, elles constituent des EPCI dont le but est d'élaborer des projets communs de développement local et d'aménagement de l'espace en milieu rural. Il n'y a aucune exigence de population minimale.

La procédure de création est classique : c'est un arrêté préfectoral qui intervient sur demande des deux tiers au moins des communes intéressées représentant plus de la moitié de la population ou de la moitié des conseils municipaux représentant les deux tiers de la population. La création ne peut intervenir sans l'accord des communes dont la population est supérieure au quart. de la population totale des communes intéressées.

L'administration est confiée à un conseil de la communauté de communes dans lequel chaque commune a droit au moins à un siège, mais où aucune commune ne peut détenir à elle seule la majorité des sièges. La répartition des sièges est fonction de la population de chaque commune. Les compétences reposent sur deux types d'attributions :

- aménagement de l'espace et développement économique ;
- au moins une des quatre compétences suivantes :
 - protection et mise en valeur de l'environnement ;
 - logement et cadre de vie ;
 - création, aménagement et entretien de la voirie ;

– construction, entretien et fonctionnement d'équipements culturel et sportif et l'équipement de l'enseignement pré-élémentaire et élémentaire.

Dès leur création, les communautés de communes se sont développées rapidement. Il y en a 2 387 au 1^{er} janvier 2011. Leur régime fiscal est celui de la fiscalité propre additionnelle. Elles peuvent opter pour le régime de la contribution économique territoriale unique (près de 1 000 options actuellement). D'ici 2013, le but n'est pas d'en créer encore plus, mais plutôt d'en réduire le nombre par la fusion entre communautés de communes.

2 ° Les communautés d'agglomération

227

La loi du 12 juillet 1999 a reconnu explicitement la notion « d'agglomération » et a incité les villes moyennes à la solidarité urbaine. L'agglomération doit regrouper plusieurs communes formant un ensemble de 50 000 habitants au moins, sur un espace d'un seul tenant et sans enclave ; au moins une des communes membres doit avoir un minimum de 15 000 habitants. La formule de la communauté d'agglomération concerne directement les villes moyennes et leur périmètre d'attraction alors que celle de la communauté urbaine, il faut le rappeler, s'adresse désormais uniquement aux très grandes agglomérations (seuil de 450 000 habitants).

Les communautés d'agglomération sont créées dans l'esprit de l'intercommunalité de projet : les communes s'associent au sein d'un espace de solidarité, en vue d'élaborer et conduire ensemble un projet commun de développement urbain et d'aménagement de leur territoire. La loi leur impose d'importantes compétences obligatoires (aménagement, développement économique, logement, politique de la ville) mais aussi des compétences optionnelles (trois compétences à choisir parmi un groupe de cinq) ainsi que l'application de la contribution économique territoriale unique.

Grâce à une incitation financière très forte de la part. de l'État, la formule des communautés d'agglomération a connu un vif succès.

3 ° Les communautés urbaines

228

Les communautés urbaines ont été instituées par la loi du 31 décembre 1966. Le législateur a d'office créé 4 communautés urbaines : Bordeaux, Lille, Lyon et Strasbourg. C'est une forme de coopération intercommunale très intégrée : les communautés urbaines ont des compétences très larges (une douzaine de compétences obligatoires), à tel point que les communes membres n'ont plus que des compétences d'attribution, autant dire résiduelles. Il y a 16 communautés urbaines au 1^{er} janvier 2011. Leur création, limitée désormais aux agglomérations de plus de 450 000 habitants dans le même département (le seuil d'habitants a plusieurs fois été abaissé ou relevé), est décidée par la majorité qualifiée des conseils municipaux (2/3 des conseils municipaux représentant la moitié de la population ou la moitié des conseils municipaux représentant les 2/3 de la population). Dans les communautés urbaines, il est parfois difficile de faire cohabiter la ville-centre et les communes périphériques, dont certaines peu-

vent avoir un caractère entièrement rural. De plus, leur poids budgétaire est tel que se pose réellement la question de l'existence des petites communes.

Les *attributions* des communautés urbaines sont plus larges que celles des autres formes communautaires. Elles comprennent des attributions *obligatoirement* transférées (planification urbaine, aménagement, développement économique, création et équipements de nouvelles zones d'habitation ou d'activités, équipement scolaire, logement, protection contre l'incendie, transports urbains, eau, voirie, etc.), des attributions *facultativement* transférées (équipements culturels, sportifs, sanitaires...) sur décision du conseil de communauté ; enfin, le transfert de toute autre attribution peut être décidé avec accord des conseils municipaux. ⁽¹⁾

L'*Administration* de la communauté urbaine est confiée à un *conseil de communauté* composé de délégués des communes. La loi exige que chaque commune ait droit à au moins un siège au Conseil de communauté. L'exécutif se compose d'un bureau avec un président et plusieurs vice-présidents (de 4 à 12) élus dans les mêmes conditions que le maire et ses adjoints dans les communes. La loi du 12 juillet 1999 a posé le principe d'une solidarité fiscale et territoriale particulièrement forte : l'application de la contribution économique unique.

4 ° Les métropoles et les pôles métropolitains

229

La loi du 16 décembre 2010 a créé deux nouvelles structures de coopération intercommunale : les métropoles et les pôles métropolitains.

Les métropoles sont des EPCI regroupant un ensemble de communes représentant au moins 500 000 habitants, d'un seul tenant et sans enclave (art. L. 5217-1 CGCT).

Le régime juridique des métropoles est celui des communautés urbaines (sauf que les métropoles sont créées par décret alors que toutes les autres structures intercommunales sont créées par arrêté préfectoral), mais en termes de compétences, les métropoles apparaissent comme des super communautés urbaines. Il faut s'attendre à ce que plusieurs communautés urbaines existantes fassent le choix d'une transformation en « métropole ». En effet, la loi du 16 décembre 2010 a prévu que les métropoles exercent, au-delà des compétences qui leur sont attribuées directement par la loi et des compétences qui leur sont déléguées par les communes membres, des compétences relevant du département, de la région ou même de l'État. Le fait que les métropoles soient compétentes, de plein droit, sur leur territoire, d'un certain nombre de compétences dévolues normalement au département, vise à vider le département de son contenu... Si la communauté urbaine de Strasbourg se transforme en métropole, que restera-t-il au conseil général du Bas-Rhin (pratiquement la moitié de la population bas-rhinoise relève de l'actuelle communauté urbaine de Strasbourg).

Les pôles métropolitains sont des établissements publics locaux regroupant plusieurs EPCI existants (au minimum une population de 300 000 habitants) en

– 1 Outre les quatre communautés urbaines créées par la loi, existent celles de Brest, Cherbourg, Dunkerque, Le Mans, Montceau-les-Mines, Nancy, Alençon, Arras, Marseille, Nantes, Nice et Toulouse.

vue de développer, sur leur périmètre, une politique commune en matière économique, d'enseignement supérieur et de recherche, d'innovation, de développement durable. Ils n'ont pas la qualité d'EPCI à fiscalité propre.

En 2013, le maillage intercommunal du territoire national sera entièrement ordonné autour des communautés de communes, des communautés d'agglomération, des communautés urbaines et des métropoles. On peut raisonnablement penser que les structures intercommunales deviendront, à terme, le niveau pertinent pour les décisions locales et que les communes ne subsisteront qu'à titre résiduel (sauf en ce qui concerne le caractère emblématique du maire).

C. Le cas particulier des villes nouvelles

230 Dans les années 70, ont été créées de toutes pièces des « villes nouvelles ». La loi du 13 juillet 1983 (art. L 5321-1 CGCT) a proposé le choix entre deux formules :

– la création d'une *nouvelle commune* soit par la fusion des communes membres de l'agglomération nouvelle, soit par la transformation en commune unique des seules communes ou portion des communes comprises à l'intérieur du périmètre d'urbanisation révisé ;

– la création d'un *syndicat d'agglomération nouvelle* qui conserve la forme d'une structure de superposition (au 1^{er} janvier 2011, 5 syndicats d'agglomération nouvelle sont encore en place). Ils fonctionnent comme un syndicat de communes.

section 2

Le département

231 La loi du 2 mars 1982 a permis d'achever la transformation du département en collectivité territoriale par le transfert au président du conseil général des attributions exécutives auparavant détenues par le préfet. Il y a actuellement en France métropolitaine 96 départements, la Corse ayant été divisée en 2 départements (Haute-Corse et Corse du Sud). Il faut y ajouter 5 départements d'outre-mer qui ont un régime légèrement différent (Mayotte est un département depuis le 31 mars 2011).

Le département correspond aujourd'hui à un cadre qui couvre deux réalités administratives : le département, circonscription administrative de l'État, dirigé par le préfet et le département, collectivité territoriale, dirigé par le président du conseil général. C'est la collectivité territoriale qui nous intéresse ici.

Le département est administré par un organe délibérant, le conseil général, et par un organe exécutif, le président du conseil général.

§ 1 L'organe délibérant : le conseil général

232 Le conseil général est dans le département l'assemblée délibérante chargée de gérer les affaires locales. C'est un organe élu au suffrage universel direct.

Le régime juridique du conseil général est à tous égards commandé par les principes de la décentralisation territoriale. L'appellation de *conseil général* perdure alors que celle de *conseil départemental* serait sans doute plus lisible pour les citoyens (même la loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales a repris cette appellation).

A. Composition du conseil général

1 ° Le régime électoral

233 Le conseil général est composé des conseillers généraux. Il y a autant de conseillers généraux qu'il y a de cantons dans le département. Le canton est donc la circonscription électorale utilisée pour les élections cantonales. Le mode de scrutin est le scrutin uninominal à deux tours, chaque canton élit un conseiller général. Actuellement, il existe 3 841 cantons en métropole et 138 outre-mer.

Est éligible tout électeur ou électrice âgé de 21 ans et justifiant d'une attache personnelle avec le département. Cette attache peut consister soit dans le domicile, soit dans l'inscription « au rôle des contributions directes » dans le département, mais le nombre des conseillers non domiciliés dans le département ne peut excéder le quart du nombre total. Il y a incompatibilité entre le mandat de conseiller général et la fonction de préfet, sous-préfet, commissaire de police et d'une façon générale, toute fonction d'agent rétribué sur le budget du département ou d'entrepreneur de service public départemental. Il faut ajouter les incompatibilités nouvelles prévues par les lois du 5 avril 2000 et du 11 avril 2003 qui interdisent de cumuler plus de deux des mandats électoraux suivants : représentant au Parlement européen, conseiller régional, conseiller général, conseiller de Paris, conseiller municipal (quelle que soit la taille de la commune).

2 ° Le statut des membres du conseil général

Le conseil général est élu pour 6 ans avec renouvellement par moitié tous les 3 ans. Ainsi, lors des élections cantonales des 20 et 27 mars 2011, dans le département du Bas-Rhin, qui se compose de 44 cantons, seuls 22 cantons étaient renouvelables. Les fonctions de conseiller général donnent droit à une indemnité déterminée par référence « au montant du traitement correspondant à l'indice brut terminal de l'échelle indiciaire de la fonction publique ». Comme tous les élus locaux, les conseillers généraux bénéficient des mesures améliorant les conditions d'exercice des mandats locaux (autorisations d'absence, droit à la formation, crédit d'heures).

B. Fonctionnement du conseil général

234 La loi du 2 mars 1982 a modifié sensiblement le fonctionnement du conseil général.

1 ° Réunions du conseil général

Les conseils généraux doivent se réunir au moins une fois par trimestre à l'initiative de leur président. Celui-ci ayant la possibilité de le réunir chaque fois qu'il le juge utile. Le conseil général siège à « l'hôtel du département ». D'autres réunions sont également possibles : elles peuvent intervenir soit à la demande du bureau, soit à la demande du tiers des membres du conseil général sur un ordre du jour déterminé pour une durée qui ne peut dépasser 2 jours. En cas de circonstances exceptionnelles, il peut être réuni par décret du Premier ministre.

2 ° Organisation interne

Le conseil établit lui-même son règlement intérieur. Il élit tous les 3 ans son « bureau » composé d'un président, plusieurs vice-présidents et des secrétaires. Le bureau constitue l'équipe exécutive.

Les séances du conseil général sont publiques. Le public peut y assister et prendre communication des procès-verbaux.

Le conseil général peut déléguer une partie de ses compétences à « une commission permanente ». La commission permanente est une émanation de l'organe délibérant, composée du président du conseil général, de quatre à quinze vice-présidents, et éventuellement de plusieurs conseillers généraux ordinaires. Elle est élue à la représentation proportionnelle par le conseil général. Dans la pratique, on s'aperçoit que c'est la commission permanente qui prend le plus grand nombre de délibérations, par délégation du conseil général. Cela permet d'alléger la charge des séances plénières du conseil général. Seules les compétences budgétaires ne peuvent pas être déléguées à la commission permanente.

C. Compétences du conseil général

235 Selon le principe de la clause générale de compétence, « Le conseil général règle par ses délibérations les affaires du département » (art. L. 3211-1 CGCT). Il a accessoirement un rôle consultatif au moyen d'avis et de vœux.

1 ° Les principaux domaines de compétences

Malgré la clause générale de compétence, il faut bien reconnaître que les lois successives de décentralisation ont clairement marqué les domaines obligatoires d'intervention des conseils généraux.

a) L'action sanitaire et sociale

Suite à l'acte 2 de la décentralisation, les domaines d'intervention du conseil général se sont accrus et précisés. Les départements, donc les conseils généraux,

sont devenus le pivot de l'action sanitaire et sociale : politique d'aide aux personnes âgées, aux enfants en difficulté, aux handicapés, aux familles, prévention des fléaux sociaux, prévention du cancer, etc. Le secteur sanitaire et social est très lourd à gérer, car il s'accompagne de prestations financières. Ainsi, depuis le 1^{er} janvier 2002, les conseils généraux ont la charge de l'APA (Allocation personnalisée à l'autonomie) servie aux personnes dépendantes. Cette prestation nécessite de gros efforts financiers de la part des conseils généraux (donc des contribuables locaux). Il n'est pas rare qu'un conseil général consacre plus de 40 % de son budget annuel à l'action sociale. Ce domaine de compétence a encore été élargi par le législateur qui a transféré aux conseils généraux la responsabilité et le financement du RSA. Le surcoût que représente cette charge supplémentaire pour les départements est compensé par une fraction de la Taxe intérieure sur les produits pétroliers (TIPP).

b) La voirie

Les conseils généraux ont la responsabilité de la construction et de l'entretien des routes départementales et des ouvrages d'art qui y sont incorporées (ponts). C'est une compétence traditionnelle des conseils généraux, déjà affirmée dans la loi du 10 août 1871. Les lois de décentralisation de 1982 et 2004 n'ont fait que confirmer cette compétence. Le réseau des routes départementales est le plus dense de tous les pays européens : il y avait déjà 350 000 kilomètres de routes départementales à la charge des conseils généraux (pour 35 000 kilomètres de routes nationales à la charge de l'État). La loi relative aux responsabilités locales (acte II de la décentralisation) a transféré aux départements, depuis 2006, pas moins de 18 000 kilomètres de routes nationales...

c) Les collèges

Les conseils généraux, depuis 1986, ont la responsabilité de la construction, reconstruction, réhabilitation, rénovation et équipement des collèges. C'est une responsabilité très lourde, car elle nécessite constamment de coûteux investissements. Ce transfert de compétence de l'État aux départements est très mal compensé financièrement par l'État (dotation départementale d'équipement des collèges). En quelques années, les conseils généraux ont dû remettre en état le parc immobilier des collèges... laissé en piteux état par l'État (les sinistres collèges en structure métallique cf. la catastrophe du CES Pailleron). Suite à la loi du 13 août 2004, les conseils généraux ont dû prendre en charge, au titre du transfert de personnels, 43 000 agents de l'État appelés agents TOS (Techniciens et ouvriers de service). Ces agents ont eu 2 ans pour opter entre l'intégration pure et simple dans la fonction publique territoriale ou le maintien dans la fonction publique de l'État, en position de détachement à durée indéterminée (jusqu'à la retraite...). Pratiquement tous ont opté, sans hésiter, pour une intégration dans la fonction publique territoriale !

d) Les transports scolaires

Depuis 1983, les conseils généraux ont la charge des transports scolaires. Il revient à chaque conseil général d'organiser le transport des élèves (autocars, facilités tarifaires sur les lignes de la SNCF, etc.).

e) La bibliothèque départementale de prêt

Chaque département doit organiser un service départemental de lecture publique (mise à disposition d'ouvrages aux bibliothèques municipales sous-équipées, passage d'un bibliobus dans les villages, etc.).

2 ° Pouvoirs consultatifs

Le conseil général est régulièrement consulté par le préfet sur diverses opérations ou projets de l'État dans le département. Le conseil général peut aussi émettre des vœux spontanément en toute matière d'intérêt départemental.

3 ° Les fonctions individuelles des conseillers généraux

Ils sont membres du collège électoral chargé d'élire les sénateurs et font partie (au moins certains) de certains organismes tels que les conseils d'académie, conseils d'université, etc.

D. Le contrôle de légalité et le contrôle budgétaire

236

Le contrôle de légalité et le contrôle budgétaire s'exercent de la même manière pour les trois niveaux de collectivités territoriales, il n'y a pas lieu d'y consacrer des développements particuliers.

§ 2 L'organe exécutif : le président du conseil général

237

Le président du conseil général est élu lors de la première réunion de droit qui suit chaque renouvellement triennal à la majorité absolue des membres du conseil général aux deux premiers tours. La majorité relative suffit au troisième tour. Il est élu pour une durée de 3 ans.

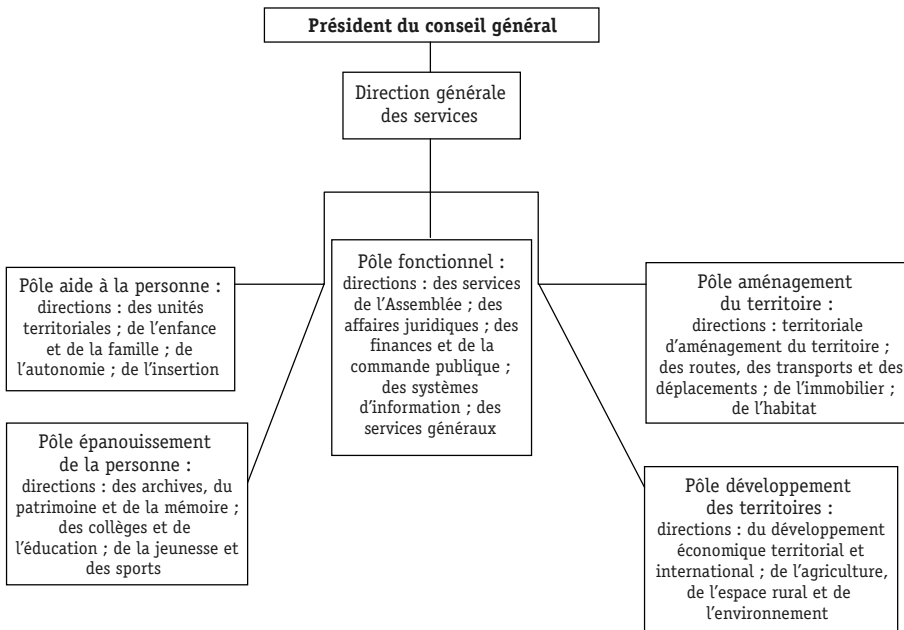
La fonction de président du conseil général est incompatible avec celle de président du conseil régional.

En vertu de l'article 25 de la loi du 2 mars 1982, le président du conseil général est devenu l'organe exécutif du département. C'est sans doute la mesure qui était la plus spectaculaire dans la loi du 2 mars 1982, car elle signifiait pour chaque président de conseil général l'obligation de constituer ses propres services. Aujourd'hui, chaque département dispose de services très étoffés et d'un hôtel du département dans lequel sont regroupés ces services.

Le président prépare et exécute les délibérations du conseil général et il est l'ordonnateur des dépenses du département. Il est le chef des services du département et il est le supérieur hiérarchique des agents du département (fonction publique territoriale). Il gère le domaine départemental. À ce titre, il exerce les pouvoirs de police spéciale afférents à cette gestion (police de la conservation des routes départementales).

Alors que l'on pouvait craindre que le département soit menacé, y compris dans son existence, par la montée en puissance des régions et par l'idée tenace que dans le « mille-feuilles institutionnel, c'est le département qui est en trop », il n'en est rien : la loi sur les responsabilités locales de 2004 a encore accru les compétences des conseils généraux et la loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales ne menace pas directement les départements (seule la montée en puissance des métropoles pourra en menacer certains).

Document n° 21 Organigramme simplifié du département du Bas-Rhin



section 3

La région

238

La transformation de la région en collectivité territoriale a été l'une des dispositions les plus remarquables de la loi du 2 mars 1982 (art. 59). Ainsi, après la tentative avortée de 1969, et l'institution timide par la loi du 5 juillet 1972 d'un établissement public régional (forme de décentralisation technique), la région accédait au même statut que les départements et les communes. Le mode d'élection des conseillers régionaux a été modifié à plusieurs reprises.

La région est administrée par un organe délibérant, le conseil régional, un organe exécutif, un organe consultatif, le conseil économique et social régional et un organe exécutif, le président du conseil régional.

§ 1 L'organisation de la région

239

Par rapport aux deux autres niveaux de collectivités territoriales, la région présente la particularité d'avoir en plus de l'assemblée délibérante, le conseil régional, une assemblée consultative, le Conseil économique, social et environnemental régional (CESER).

A. L'organe délibérant : le conseil régional

240

La loi du 11 avril 2003 a institué pour l'élection des conseillers régionaux un mode de scrutin de liste à 2 tours (inspiré par celui en vigueur pour les conseils municipaux) combinant scrutin majoritaire et représentation proportionnelle. À l'issue du premier tour de scrutin, la liste ayant recueilli la majorité absolue bénéficie d'une prime majoritaire égale au quart des sièges à pourvoir (arrondi à l'entier supérieur). Les autres sièges sont répartis à la proportionnelle entre les listes totalisant au moins 10 % des suffrages exprimés.

Si aucune liste n'obtient la majorité absolue, un second tour est organisé, et c'est la liste qui arrive en tête qui obtient la prime majoritaire. Les autres sièges sont répartis à la proportionnelle comme au premier tour. Il faut préciser qu'au second tour, seules peuvent se présenter les listes ayant obtenu au moins 10 % des suffrages exprimés. Celles ayant recueilli 5 % des voix au moins peuvent fusionner avec d'autres listes pour le second tour mais les candidats ayant figuré sur une même liste au 1^{er} tour ne peuvent figurer au second tour que sur une même liste. En cas d'égalité entre deux listes, priorité est donnée à celle dont la moyenne d'âge des candidats est la moins élevée.

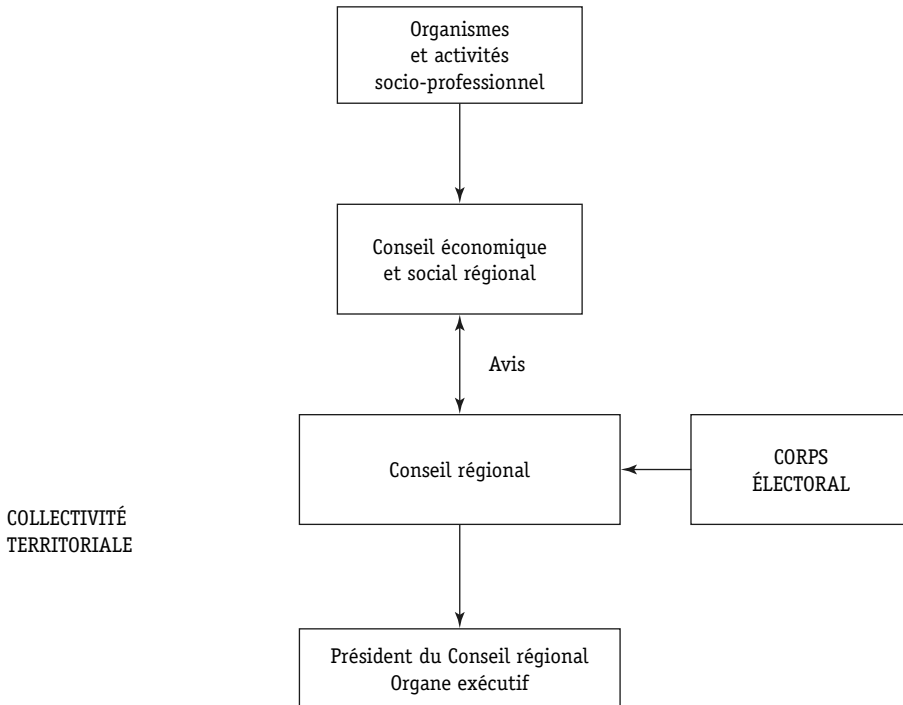
Suite aux élections régionales de mars 2010, la gauche a obtenu la majorité des sièges dans 21 des 22 régions de métropole (seul le conseil régional d'Alsace a une majorité de droite).

L'élection des conseillers régionaux a lieu, non pas dans le cadre logique d'une seule circonscription électorale qui serait la région, mais dans le cadre de chaque département composant la région ; la durée du mandat est de 6 ans.

Est éligible tout électeur âgé de 21 ans domicilié dans la région ou inscrit « au rôle d'une des contributions directes ». Ne sont pas éligibles les titulaires de certaines fonctions d'autorité exercées dans la région dans les mêmes conditions que les inéligibilités au niveau départemental. Les mêmes principes que pour le département s'appliquent également en ce qui concerne les incompatibilités, notamment en matière de cumul des mandats (loi du 5 avril 2000).

Le conseil régional est élu pour 6 ans et renouvelé intégralement. Quand un siège devient vacant pour quelque cause que ce soit, c'est le candidat qui vient sur la liste immédiatement après le dernier élu qui le remplace.

Document n° 22
Organigramme de la région



Le conseil régional établit son règlement intérieur et se réunit à l'initiative de son président, au moins une fois par trimestre. Il peut se réunir également à la demande du bureau, du tiers de ses membres pour un ordre du jour déterminé et pour une durée qui ne peut excéder 2 jours. Le conseil régional peut déléguer à la commission permanente un certain nombre de compétences.

Document n° 23
Effectif de chaque conseil régional (loi du 11 avril 2003)

Alsace	47	Guyane	31	Haute-Normandie	55
Aquitaine	85	Île de France	209	Nord-Pas-de-Calais	113
Auvergne	47	Languedoc-Roussillon	67	Pays de la Loire	93
Bourgogne	57	Limousin	43	Picardie	57
Bretagne	83	Lorraine	73	Poitou-Charentes	55
Centre	77	Martinique	41	Provence-Alpes-Côte d'Azur	123
Champagne-Ardenne	49	Midi-Pyrénées	91	Réunion	45
Franche-Comté	43	Basse-Normandie	47	Rhône-Alpes	157
Guadeloupe	41				

B. L'organe consultatif : le Conseil économique, social et environnemental régional (CESER)

241

Cette appellation de CESER a été consacrée par le Grenelle de l'environnement : elle est effective depuis le 1^{er} janvier 2011. Le CESER a un rôle purement consultatif, mais il permet souvent de mesurer le décalage entre les préoccupations des élus politiques et celles des forces vives de la région.

1 ° Composition et fonctionnement

Au-delà de la représentation politique, le conseil régional, le législateur a voulu que puissent s'exprimer les acteurs socioprofessionnels de la région. C'est la vocation du CESER.

Les salariés et les entreprises sont représentés selon le principe de l'égalité selon les pourcentages suivants :

- 35 % au moins pour les représentants des entreprises et activités professionnelles non salariés ;
- 35 % au moins pour les représentants des organisations syndicales de salariés ;
- 25 % au moins pour les représentants des organismes qui participent à la vie collective de la région ;
- 5 % au plus attribués à des personnalités qui, en raison de leur qualité ou de leurs activités, concourent au développement de la région.

2 ° Attributions

Le CESER est une assemblée consultative auprès du conseil régional et du président. Il est obligatoirement saisi pour avis, avant leur examen par le conseil régional, des documents concernant la préparation et l'exécution du contrat de plan État-région, les orientations générales du projet de budget régional et les orientations générales dans les domaines sur lesquels le conseil régional est appelé à délibérer. Le président du conseil régional peut lui demander des avis ou des études sur tout projet à caractère économique, social ou culturel (ex. : les questions de développement durable sont très à la mode). Spontanément, le CESER peut émettre des avis sur toute question entrant dans les compétences de la région.

C. L'organe exécutif : le président du conseil régional

242

Le conseil régional élit son président au scrutin majoritaire à trois tours (majorité absolue pour les deux premiers tours de scrutin, majorité relative au troisième tour). Le président est chargé de l'instruction des affaires et de l'exécution des délibérations : il est l'exécutif de la région. À ce titre, il est ordonnateur du budget de la région et il dirige les services que la région a constitués.

§ 2 Les compétences de la région

243

Le conseil régional bénéficie de la clause générale de compétence : il règle, par ses délibérations, les affaires de la région. Il est vrai pourtant que les régions ont spécialisé leurs interventions, et donc leurs budgets dans quelques domaines majeurs (transports régionaux, aides aux entreprises), de plus en plus dilués par les transferts de compétences imposés par le législateur lors de chaque vague de décentralisation. Ainsi, les régions se voient imposer de plus en plus de compétences de gestion alors qu'elles devraient rester des administrations de mission, des échelons de coordination et de mise en cohérence.

Les différentes lois de transferts de compétences qui se sont succédé depuis 1982 ont incontestablement renforcé les compétences de la région, mais sans pour autant affirmer son autorité ou son originalité, surtout par rapport au département. Ce n'est véritablement qu'en matière d'aide aux entreprises (lois du 27 février 2002 et du 13 août 2004) que le législateur a clairement affirmé que la région a un rôle de « chef de file ».

On peut dresser une liste des principales compétences des régions :

- la planification (contrat de projet État-région) ;
- l'action économique (chef de file en matière d'aide aux entreprises) ;
- la construction et l'équipement des lycées (avec le transfert des personnels TOS de l'Éducation nationale) ;
- la formation professionnelle et l'apprentissage (organisation de l'offre, gestion des centres d'apprentissage) ;
- le transport ferroviaire d'intérêt régional (incontestable succès avec une augmentation du nombre de voyageurs grâce à une offre modernisée et un matériel roulant renouvelé).

Les régions ont acquis une dimension politique que n'ont pas les départements (toutes les régions, sauf l'Alsace, ont actuellement un président de gauche ; par ex. : Ségolène Royal en Charente-Poitou).

§ 3 Le contrôle de l'État sur les actes de la région

244

Comme pour la commune et le département, les actes des autorités régionales sont exécutoires de plein droit après publication ou notification, et transmission au représentant de l'État dans la région (le préfet de région) pour les actes les plus importants. C'est donc le contrôle de légalité *a posteriori* exercé dans les mêmes conditions que pour les communes et les départements qui s'applique aux actes de la région (voir *supra* n° 178).

❷ 4 Les régions de métropole à statut particulier

A. La région Ile-de-France

245 La loi du 6 mai 1976 a créé la région d'Ile-de-France.

La loi du 2 mars 1982 a prévu l'alignement progressif du droit applicable à l'Ile-de-France sur le droit commun des régions et la loi du 4 février 1995 a précisé les moyens à mettre en œuvre pour assurer son développement qualitatif tout en maîtrisant sa croissance quantitative.

Il ne reste aujourd'hui que quelques spécificités en voie de résorption. La compétence du transport de voyageurs a pendant longtemps été une pomme de discorde entre l'État et la région, mais le Syndicat des Transports en Ile-de-France (STIF) est bien passé sous l'autorité du conseil régional d'Ile-de-France (décret du 10 juin 2005). C'est donc la région qui est désormais l'autorité organisatrice des transports de voyageurs (y compris pour la ville de Paris). Seul le développement du « Grand Paris » peut encore attiser les feux...

B. La région de Corse

246 La réforme introduite en mars 1982 n'ayant pas tenu toutes ses promesses, un nouveau statut, créé par la loi du 13 mai 1991, a été mis en place pour faire de cette région une collectivité territoriale à statut particulier. Ses organes sont l'assemblée de Corse, le conseil exécutif de Corse, assistés d'un conseil économique, social et culturel de Corse aux compétences élargies.

Les nouveautés résident essentiellement dans la composition de l'Assemblée qui est de 51 élus pour 6 ans au scrutin de liste à deux tours à la représentation proportionnelle avec une légère prime de 3 sièges à la liste arrivée en tête dans le cadre d'une circonscription unique pour toute la Corse. Cette assemblée, en plus des compétences qu'elle possédait déjà auparavant, peut contrôler le conseil exécutif et elle est consultée sur les projets de loi ou de décret comportant des dispositions spécifiques à la Corse.

La création d'un exécutif collégial responsable, le conseil exécutif de Corse, est un des aspects les plus innovants de cette réforme. Il est composé d'un président assisté de 8 conseillers exécutifs élus au scrutin de liste, lesquels ne peuvent en même temps être membres de l'assemblée. Le président est l'élément essentiel du nouveau dispositif car, outre les attributions classiques d'un exécutif local, il dispose d'un véritable pouvoir réglementaire. De plus, le conseil exécutif est responsable devant l'assemblée qui peut mettre en cause son existence par l'adoption d'une « motion de défiance ». Les deux anciens conseils sont remplacés par un seul conseil économique, social et culturel de la Corse regroupant les compétences précédentes.

Enfin, la nouvelle collectivité territoriale de Corse voit ses compétences accrues dans deux domaines particulièrement sensibles : l'identité culturelle (déjà prévue

dans la loi du 30 juillet 1982) et surtout le développement économique qui devient une attribution clé, notamment par la mission de programmation et celle d'interventionnisme économique qui sont précisées et amplifiées avec le renforcement des moyens financiers.

La loi du 22 janvier 2002 relative à la Corse a encore étendu les compétences de l'Assemblée de Corse. Toutefois, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 17 janvier 2002, a annulé la disposition de la loi qui autorisait l'Assemblée de Corse d'adapter « régionalement » les lois de la République (*cf.* JO du 23 janvier 2002).

Ainsi la Corse est une collectivité territoriale spécifique mais qui reste soumise au respect de la légalité tant administrative que budgétaire que le représentant de l'État est chargé de faire respecter dans des conditions analogues à celle du droit commun. Lors du référendum du 6 juillet 2003, les électeurs corses ont rejeté l'idée d'une collectivité territoriale unique englobant les deux départements corses.

section **4**

L'outre-mer

247

La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 a procédé à une refonte du cadre juridique applicable à l'outre-mer, en distinguant les collectivités soumises au principe de l'assimilation législative (départements et régions d'outre-mer) et les autres collectivités, soumises, elles, au principe de la spécialité législative (les anciens Territoires d'outre-mer appelés désormais Collectivités d'outre-mer).

Par une loi du 31 décembre 1982, les 4 départements d'outre-mer traditionnels (Guadeloupe, Guyane, Martinique et Réunion) ont été érigés en régions. Ces régions d'outre-mer sont des régions monodépartementales. En vertu de la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003, ces quatre régions d'outre-mer peuvent décider des évolutions institutionnelles tout en restant ancrées au sein de la République (ex. : la possibilité de fusionner les assemblées départementales et régionales). Suite à un référendum organisé fin 2004, la Martinique et la Guadeloupe avaient d'abord refusé la fusion de l'assemblée départementale et régionale. Deux nouvelles consultations organisées en janvier 2010 ont respectivement abouti au rejet de l'autonomie institutionnelle pour la Martinique et la Guyane et à la création d'une assemblée unique. La Martinique et la Guyane restent bien des régions monodépartementales, mais avec une assemblée unique se substituant au conseil général et au conseil régional (en principe en 2013).

Par ailleurs, les 2 communes de Saint-Martin et de Saint-Barthélemy, longtemps administrativement rattachées à la Guadeloupe ont obtenu d'être transformées en collectivités d'outre-mer afin de bénéficier d'une autonomie accrue (loi organique du 21 févr. 2007). Elles sont désormais régies par les articles LO 6220 et LO 6320 CGCT. Saint-Barthélemy accédera en 2012 au statut de « Pays et territoire d'outre mer » au sens de l'Union européenne et ne sera donc plus considéré comme « ultrapériphérique ».

La catégorie des collectivités d'outre-mer remplace celle des territoires d'outre-mer. Il y a cinq collectivités d'outre-mer, chacune ayant un statut spécifique (plus ou moins d'autonomie) : Saint-Pierre-et-Miquelon, (dont le statut se rapproche de la départementalisation), Wallis-et-Futuna, la Polynésie (dont le statut a fait l'objet d'une loi organique du 27 février 2004), Saint Barthélémy et Saint Martin.

Il faut rappeler ici que depuis le 31 mars 2011, Mayotte est devenue un département d'outre-mer avec une assemblée unique, le « conseil territorial » (lois n° 2010-1486 et 1487 du 7 déc. 2010 relatives au département de Mayotte).

La Nouvelle-Calédonie bénéficie d'un statut constitutionnel tout à fait particulier (titre XIII de la Constitution).

Document n° 24 Carte des régions métropolitaines



Pour aller plus loin Chapitre 3

Sont indiqués ici les principaux apports de la loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales.

Le renforcement de l'intercommunalité

C'est dans ce domaine que la loi du 16 décembre 2010 a les effets les plus immédiats : elle organise l'achèvement de la couverture intégrale du territoire par des EPCI à fiscalité propre, la rationalisation des périmètres des structures intercommunales et le renforcement de l'intercommunalité, notamment par la création des métropoles et des pôles métropolitains. Le rôle du préfet est déterminant en ce qui concerne les deux premiers aspects : en vertu de la loi du 16 décembre 2010, il dispose de pouvoirs exceptionnels pour mener à bien l'intégration des communes récalcitrantes dans un EPCI à fiscalité propre et pour rationaliser la carte des communautés afin d'aboutir, en 2013, à des groupements cohérents et ayant une taille critique suffisante pour mener à bien les compétences qui leur sont dévolues.

Les conseillers territoriaux

La loi du 16 décembre n'a pas remis en cause l'existence de trois niveaux de collectivités territoriales : quand bien même le gouvernement l'eût voulu, il eût fallu pour cela une révision constitutionnelle. Le législateur ordinaire, aux termes de l'article 72 de la Constitution, est compétent pour créer une catégorie de collectivité territoriale, en revanche, il ne l'est pas pour en supprimer une !

Est-ce à dire que rien n'a changé ? Pas tout à fait...

En effet, le législateur, dans le cadre qui lui est imparti, a pleinement reconnu l'intercommunalité en créant un « bloc communal » constitué des communes et

des EPCI à fiscalité propre. Toutefois, même la forme la plus intégrée de structure intercommunale, la métropole, ne bénéficie pas de la qualité de collectivité territoriale, donc de la clause générale de compétence.

Ce sont bien les communes qui ont la qualité de collectivité territoriale !

Par ailleurs, le législateur a créé le couple région-département en consacrant l'innovation majeure de la loi du 16 décembre 2010 : le conseiller territorial se substituera, en mars 2014, aux conseillers régionaux et aux conseillers généraux. L'une des questions les plus disputées de la loi a été le mode d'élection des conseillers territoriaux et notamment le mode de scrutin.

L'article 1 de la loi dispose : « Les conseillers territoriaux sont élus au scrutin uninominal à deux tours selon les modalités prévues au titre III du livre 1^{er} du Code électoral. Ils sont renouvelés intégralement tous les 6 ans ». Après des discussions très âpres, y compris au sein de la majorité parlementaire, le législateur s'est résolu à adopter un scrutin uninominal à deux tours dans le cadre de cantons recomposés. Seul un scrutin de liste aurait signifié le strict respect de la parité hommes-femmes (les sénateurs étaient en faveur d'une dose de représentation proportionnelle). Pour contourner la difficulté, le législateur impose aux partis politiques qui présentent les candidats une pénalité financière s'ils n'investissent pas autant de femmes que d'hommes.

Les conseillers territoriaux appliqueront le dédoublement fonctionnel : ils siègeront tantôt au titre du département et tantôt au titre de la région.

Il faut bien comprendre que les conseils généraux et les conseils régionaux subsistent, mais que les 3 493 conseillers territoriaux remplaceront, en mars 2014, à la fois les 4 037 conseillers généraux et les 1 880 conseillers régionaux. Ainsi, en Alsace, il y aura 74 conseillers territoriaux qui se substitueront à la fois aux 47 conseillers régionaux actuels, aux 44 conseillers généraux du Bas-Rhin et aux 31 conseillers généraux du Haut-Rhin. L'idée maîtresse est de créer une véritable coordination entre le conseil régional et les conseils généraux, bien plus que de faire des économies budgétaires par la suppression d'un certain nombre de postes d'élus. Certains regrettent que le rôle moteur de la région n'ait pas été affirmé plus clairement... mais il ne faut pas oublier que les « départementalistes » sont très bien représentés au Parlement.

Le législateur a par ailleurs entériné l'harmonisation du calendrier électoral pour qu'en mars 2014, il y ait coïncidence entre les élections municipales, intercommunales et « territoriales » (Loi du 16 février 2010 organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux).

La clarification des compétences : la fin de la clause générale de compétence pour les départements et les régions ?

Les collectivités territoriales bénéficient de la clause générale de compétence : elles sont en principe compétentes pour délibérer sur l'ensemble des affaires

locales qui relève de leur ressort territorial. Il appartient au juge administratif, le cas échéant, de dire si telle ou telle délibération relève bien de la collectivité considérée et si elle ne relève pas d'une autre collectivité.

Ainsi, les communes bénéficient bien de la clause générale de compétence... mais leurs compétences sont de plus en plus limitées par celles des EPCI (dès lors, ce n'est plus le conseil municipal qui est compétent mais le conseil communautaire en vertu du principe d'exclusivité).

La question de la clarification des compétences vise en fait les départements et les régions, qui, eux aussi, utilisent pleinement la clause générale de compétence pour intervenir dans les domaines les plus légitimes : sport, culture, environnement, etc. Il s'en suit une grande confusion dans l'exercice des compétences et des financements croisés parfois inextricables. C'est pourquoi le législateur a prévu de remplacer la formule traditionnelle (le conseil général règle par ses délibérations les affaires du département) par un dispositif plus rigoureux qui doit entrer en vigueur au 1^{er} janvier 2015. En effet, l'article 73 de la loi du 16 décembre 2010 ne rend les départements et les régions compétents que « ... dans les domaines de compétence que la loi lui attribue... ». Une loi de clarification des compétences doit intervenir avant l'échéance de 2015.

Attention : plusieurs aspects de la loi du 16 décembre 2010 ont été fortement critiqués par les partis de gauche qui ont promis aux élus locaux qu'en cas d'alternance en 2012, ils demanderaient l'abrogation des dispositions litigieuses (notamment le mode de scrutin applicable aux conseillers territoriaux).

Sujets de concours

Attaché territorial

2007 : L'avenir du département.

2005 : Acte II de la décentralisation : quelle place pour la région ?

2003 : La décentralisation et le principe d'égalité.

2002 : Faut-il encore décentraliser ?

2000 : Le contrôle des actes des collectivités territoriales.

1998 : Les communes, les départements et les régions règlent par leurs délibérations les affaires de leur compétence. Commentez.

1997 : Élection et décentralisation.

1996 : Le principe de la libre administration des collectivités territoriales.

1994 : La région et le département.

Commissaire de la police nationale

2001 : Pouvoir de police et décentralisation : évolution et enjeux.

Contrôleur des douanes

2006 : Le conseil régional.

2004 : Le département est-il une institution de trop ?

Directeur d'établissement social et médico-social

2007 : La libre administration des collectivités locales.

Inspecteur des douanes

2010 : Le département et la région sont-ils concurrents ou complémentaires au sein de l'organisation administrative ?

1991 : L'évolution du rôle et des compétences de la région en France.

Inspection de la jeunesse et des sports

1992 : Les pouvoirs de police du maire.

4

L'établissement public

248

À côté des personnes administratives à base territoriale nationale (l'État) ou locale (collectivités territoriales), il y a celles qui sont spécialisées dans une activité déterminée et qui sont d'ailleurs de types assez divers, ce sont les *établissements publics*.

La forme de l'établissement public correspond à une décentralisation technique ou décentralisation par service. L'établissement public peut être défini comme une personne juridique de droit public chargée d'assurer, le plus souvent, un *service public*. L'avantage du système, qui est sa raison d'être, est de permettre une gestion plus indépendante et plus souple : l'établissement public va pouvoir être dirigé par des spécialistes, par des techniciens ; les autorités administratives n'ayant à leur égard qu'un certain pouvoir de contrôle. Les établissements publics sont de types très variés : hôpitaux, universités, lycées, offices HLM, les IRA, l'ENA, le CNRS, etc.

Les établissements publics se sont multipliés. Le procédé de l'établissement public a été à l'origine essentiellement un mode de gestion de certains services publics de l'État. Puis avec l'interventionnisme dans le domaine économique, le procédé a été fréquemment utilisé par l'État dans les domaines industriel et commercial. Les collectivités territoriales utilisent, elles aussi, le procédé de l'établissement public : CCAS, SDIS, etc.

La formule de l'établissement public a également trouvé un domaine d'intervention considérable avec la coopération intercommunale : les syndicats de communes, les communautés urbaines et métropoles, les communautés d'agglomération et les communautés de communes sont des établissements publics appelés de manière générique Établissements publics de coopération intercommunale (EPCI).

section **1**

Le régime juridique des établissements publics

249 Une personne publique qui n'est ni l'État ni une collectivité territoriale est, sauf exception, un établissement public. Cette approche négative n'est pas satisfaisante, mais elle fait ressortir la difficulté de cerner la notion d'établissement public. Les Groupements d'intérêt public (GIP), qui ne sont pas juridiquement des établissements publics car ils sont créés par une convention constitutive, font partie des rares exceptions. Le tribunal des conflits a mis un terme au doute dans une décision du 14 février 2000 (T. confl., 14 févr. 2000, *GIP Habitat et interventions sociales pour les mal logés et les sans-abri*) : « Les GIP sont des personnes publiques soumises à un régime spécifique ». Reste le cas de la Banque de France : c'est une personne morale de droit public *sui generis*. Le statut d'établissement public ne pouvait pas être envisagé lors de la réforme de 1993 en raison de l'obligation, pour les banques centrales, d'avoir un statut leur garantissant l'indépendance. Le Conseil d'État a confirmé cette qualification *sui generis* (CE, 22 mars 2000, *Syndicat national autonome du personnel de la Banque de France*).

§ 1 La personnalité juridique des établissements publics

250 Les établissements publics ont la *personnalité juridique* appelée encore personne morale, c'est-à-dire qu'ils ont une existence autonome. Ils ont leur patrimoine, leur budget propre, ils peuvent conclure des contrats, agir en justice...

À l'origine, leur création supposait une loi votée par le Parlement. Toutefois, depuis 1958, la création par l'État des établissements publics n'est opérée par voie législative que s'il s'agit de la création d'une catégorie nouvelle d'établissements publics (ex. : loi du 4 janvier 2002 relative à la création de la catégorie des établissements publics de coopération culturelle) ; autrement, un décret suffit : c'est le pouvoir réglementaire qui est compétent pour créer les établissements publics.

La reconnaissance de la personnalité juridique permet, et c'est là le but recherché, de donner aux établissements publics une assez large autonomie administrative qui implique nécessairement une autonomie financière.

A. L'autonomie administrative des établissements publics

251 Cette autonomie administrative est marquée par le fait que l'établissement est dirigé par *une autorité qui lui est propre*. Dans la plupart des cas, cette autorité

est une assemblée collégiale (conseil d'administration) auquel sera adjoint un organe d'exécution, parfois élu mais le plus souvent nommé.

Ce mode de direction autonome constitue l'intérêt essentiel de l'institution puisqu'il permet de faire appel à des personnes spécialisées dans l'activité de chaque établissement. C'est ainsi que les universités, qui sont des établissements publics, sont administrées par un conseil (conseil d'université de 30 membres) composé de représentants des enseignants, du personnel et des étudiants, et dirigées par un président élu par ce conseil. Toutefois, les établissements publics ne sont pas des personnes juridiques absolument autonomes.

Dans la quasi-totalité des cas, ils sont rattachés à une personne administrative (État, collectivité territoriale).

Les autorités placées à la tête de l'établissement public ont des compétences qui leur sont propres, le régime de ces compétences ou pouvoirs va de la décentralisation minimale à *une assez grande décentralisation* avec tous les degrés intermédiaires. Un établissement public est soumis, en principe, à un contrôle de tutelle (ex. : tutelle du Premier ministre sur l'ENA et les IRA), mais l'intensité de la tutelle est très variable selon la catégorie d'établissement public.

B. L'autonomie financière

252

Les établissements publics ont un patrimoine distinct entièrement indépendant de celui de la collectivité (État ou collectivité territoriale) à laquelle ils sont rattachés.

Ainsi, ils ont leur propre comptabilité, leur *propre budget*, mais il ne faut pas se faire trop d'illusions sur l'autonomie financière des établissements publics : elle n'est pas garantie par une part. déterminante de ressources propres ; dans la plupart. des cas, tout au moins pour les établissements publics administratifs, leur budget est alimenté par des subventions « d'équilibre » de la collectivité à laquelle ils sont rattachés.

② La spécialité des établissements publics

253

Le principe de spécialité est la *caractéristique propre* des établissements publics (CE, Sect., 4 mars 1938, *consorts le Clerc*). C'est la différence fondamentale avec les collectivités territoriales qui, elles, bénéficient de la clause générale de compétence.

En effet, ils sont organisés pour assurer la satisfaction d'un besoin bien déterminé et de celui-là seulement. Pourquoi cette spécialisation ? Parce que le recours à l'autonomie administrative, qui permet l'autonomie de la gestion, ne peut se justifier et n'est souhaitable que pour une activité déterminée.

Il importe, toutefois, de bien comprendre la portée de cette spécialisation : il doit y avoir unité d'activité, unité de vue, mais cela ne veut pas dire que les établissements publics ne puissent effectuer qu'une seule activité ; cette dernière est limitée à des attributions étroitement liées entre elles, ainsi par exemple une chambre de commerce peut organiser des écoles professionnelles ou gérer des installations d'un port ou d'un aéroport, mais au contraire ne peut pas gérer un cinéma. De même, une université ne peut gérer que des activités d'enseignement et de recherche.

§ 3 Le critère des établissements publics

254 Il est nécessaire de préciser en quoi on reconnaît les établissements publics, parce qu'on pourrait facilement les confondre avec des organismes qui leur ressemblent, *les établissements privés reconnus d'utilité publique*.

Les établissements privés d'utilité publique sont de simples *organismes privés*, comme par exemple des fondations ou des associations, mais qui ont fait l'objet de la part. de l'Administration d'une reconnaissance d'utilité publique, qui a pour but de leur conférer le pouvoir de recevoir des dons et des legs. Mais ces organismes restent soumis au droit privé (ex. : Ligue contre le cancer).

Quand on se trouve devant un organisme de ce genre, il est donc très important de savoir s'il s'agit d'un établissement public ou d'un établissement d'utilité publique. Les conséquences sont importantes, car l'établissement d'utilité publique est soumis au droit privé alors que l'établissement public est soumis au *droit public*. Les agents des établissements publics peuvent avoir la qualité de fonctionnaires, les fonds ont le caractère de deniers publics. La distinction est quelquefois difficile à faire et de nos jours, il faut tenir compte de l'aspect général de l'établissement, ce qui n'est pas toujours chose aisée. Si bien que, souvent, on peut les confondre et qu'il faut quelquefois s'en remettre au juge administratif pour savoir s'il s'agit d'un établissement public ou d'un établissement d'utilité publique.

section 2

L'établissement public à caractère industriel et commercial

255 La jurisprudence a tenu à faire la distinction entre les Établissements publics administratifs (EPA) et les Établissements publics industriels et commerciaux (EPIC).

Depuis une cinquantaine d'années, l'évolution économique et politique a amené l'Administration à prendre en charge des activités du domaine industriel et commercial qui étaient autrefois considérées du domaine du secteur privé. Aucune forme juridique ne pouvait mieux convenir à cette nouvelle fonction que l'établissement public, organisme à la fois autonome et cependant contrôlé par l'État.

Pour qu'il puisse exercer les nouvelles fonctions qu'on attendait de lui, une adaptation était nécessaire ; il s'ensuivit que si, pour l'essentiel, les règles de l'établissement public administratif ont été conservées, l'établissement public industriel et commercial a été doté d'un régime juridique différent.

Ce régime est mixte et se présente comme une combinaison de règles du droit privé et du droit public.

Les établissements publics industriels et commerciaux sont considérés *comme des entreprises publiques*, c'est-à-dire qu'ils ont un objet industriel ou commercial, analogue aux entreprises privées, et qu'ils sont soumis au droit privé pour l'ensemble de leur activité. Mais, cette activité ayant été reconnue comme ayant un intérêt public, l'établissement public industriel et commercial se voit reconnaître des prérogatives et des privilèges relevant du droit public. C'est ainsi que son existence (création ou suppression) est soumise aux règles des établissements publics administratifs, que sa gestion est confiée à un directeur (qui est un fonctionnaire assisté d'un conseil d'administration). L'établissement public à caractère industriel et commercial est contrôlé du fait de la présence de fonctionnaires au sein du conseil d'Administration.

L'établissement public industriel et commercial est chargé d'un service public et il bénéficie à ce titre d'un certain nombre de privilèges reconnus généralement aux personnes administratives du droit public. C'est ainsi qu'il peut dans certains cas employer l'expropriation pour contraindre des propriétaires à lui céder les immeubles qui lui sont nécessaires ; il peut également entreprendre des travaux ayant le caractère de travaux publics ; c'est ainsi également et enfin qu'il ne peut pas être mis en faillite et que ses biens ne sont pas saisissables.

Le procédé de l'établissement public industriel et commercial est apparu particulièrement commode pour l'organisation des services publics, industriels ou commerciaux. Il a donc connu un succès croissant. Toutefois, son développement a entraîné de nombreuses incertitudes quand à sa définition et son régime juridique.

Ces incertitudes se sont accrues récemment avec la transformation d'un certain nombre d'EPIC en sociétés par actions : France Telecom, EDF, GDF, Aéroports de Paris, et plus récemment encore La Poste. Restent des EPIC : la SNCF et la RATP. La notion d'EP a aussi été concurrencée par des appellations plus modernes telles que celle « d'agence » : or, pour la plupart, les agences sont des établissements publics (ANRU, CNASEA). Enfin, dans le contexte de la mise en œuvre de la LOLF, c'est l'appellation « d'opérateur » qui masque souvent la forme juridique de l'établissement public. La loi de finances 2009 a identifié 655 opérateurs de l'État, pratiquement tous sont juridiquement des établissements publics.

Pour en savoir plus, vous pouvez consulter : *Conseil d'État, les établissements publics*, étude, 15 octobre 2009, 105 pages.

4

La justice administrative

256

Dans le système français, les procès dans lesquels l'Administration est partie (le contentieux administratif) sont portés devant des tribunaux spéciaux qui constituent la « juridiction administrative » et non devant les tribunaux ordinaires qui forment ce que l'on appelle la « *juridiction judiciaire* ». Cette dualité de juridiction n'est pas propre à la France (et aux pays qui ont été influencés par elle) ; mais elle n'existe pas pour autant dans de nombreux autres pays, par exemple les pays anglo-saxons ne connaissent qu'un seul ordre de juridiction. Cette formule de la dualité de juridiction, moins simple que celle d'un ordre juridictionnel unique, a été adoptée en France pour des raisons essentiellement d'ordre historique. C'est en effet sous la Révolution française que fut posé le principe fondamental de l'interdiction faite aux juges judiciaires de connaître des procès concernant l'Administration.

Cette interdiction était motivée par la méfiance des révolutionnaires à l'égard de la juridiction judiciaire, en raison des mauvais souvenirs qu'avaient laissés les Parlements de l'Ancien Régime (tribunaux de l'époque). Cette méfiance à l'égard des tribunaux judiciaires s'est traduite dans ce principe de *séparation des autorités administratives et judiciaires* et qui interdit aux juges de connaître des procès dirigés contre l'Administration.

Une fois l'interdiction posée, restait à savoir à qui ces procès allaient être confiés.

D'abord, sous la Révolution, ce fut l'Administration qui se jugea elle-même. Cette situation, profondément anormale, fut tempérée par l'apparition d'organismes qui sont les ancêtres des juridictions administratives actuelles : le *Conseil d'État* (créé par la Constitution de l'an VIII) et les *conseils de préfecture* (créés par la loi du 28 Pluviôse an VIII). Les autorités administratives prirent en effet l'habitude de consulter ces organismes, et surtout au niveau central de l'État, le Conseil d'État, avant de trancher tout différend opposant l'Administration aux particuliers. Or, comme dans la plupart des cas, le litige était tranché dans le

sens préconisé par le Conseil d'État, c'est en fait à lui qu'appartenait le soin de rendre la justice en matière administrative : on parlait alors de « *justice retenue* ». En 1872 (loi du 24 mai 1872), le législateur mit le droit en accord avec la pratique, le Conseil d'État put rendre la justice « au nom du peuple français », il obtenait la « *justice déléguée* » : la juridiction administrative était née.

La raison originelle de cette méfiance à l'encontre des tribunaux judiciaires a disparu de nos jours. Il n'y a plus de raison de se méfier du pouvoir judiciaire comme sous la Révolution. Comment alors expliquer le maintien (et le développement) d'une juridiction administrative autonome ? Essentiellement parce que le droit administratif qui s'applique aux procès administratifs est un droit particulier, très différent du droit privé, qui nécessite un juge spécialisé. On considère en effet que les juges judiciaires, habitués à juger des procès civils et à appliquer le droit privé, sont mal placés pour bien connaître et bien appliquer ce droit particulier qu'est le droit administratif, d'autant plus qu'il est un droit essentiellement d'*origine jurisprudentielle*. C'est le Conseil d'État qui a créé un grand nombre de théories particulières au droit administratif : il y a ainsi une liaison étroite entre l'existence d'une juridiction administrative autonome et celle d'un droit administratif particulier. De plus, le droit administratif suppose une connaissance et une appréciation exacte des exigences de la vie administrative, de l'activité des autorités administratives, exigences qu'il faut concilier avec la liberté des individus.

L'existence de juges administratifs spécialisés, au contact de la réalité administrative, apparaît ainsi comme totalement justifiée.

Nous étudierons successivement :

- l'organisation de la juridiction administrative ;
- la compétence du juge administratif.

1

L'organisation de la justice administrative

257

La juridiction administrative est constituée par un certain nombre de tribunaux dont « le Conseil d'État », les « tribunaux administratifs » et « les cours administratives d'appel » constituent les éléments principaux. À côté d'eux, on trouve des juridictions à compétence particulière comme la Cour des comptes, chargée de juger les comptes des comptables publics ou encore les tribunaux de pensions militaires...

Ce sont les tribunaux administratifs (TA), les cours administratives d'appel (CAA) et le Conseil d'État (CE) qui retiendront notre attention car ils constituent les juridictions principales de l'ordre juridictionnel administratif.

Deux principes gouvernent l'organisation de la justice administrative :

↪ **La séparation entre la juridiction judiciaire et la juridiction administrative**

Chacune de ces deux juridictions forme un ensemble distinct, hiérarchisé dont chacun a au sommet un tribunal suprême : la Cour de cassation pour la juridiction judiciaire, le Conseil d'État pour la juridiction administrative. Cette séparation est complète et en cas de conflits de compétence entre les deux juridictions, un tribunal spécial, le *tribunal des conflits* a été créé pour les résoudre.

↪ **La séparation entre l'Administration active et la juridiction administrative**

Ce principe, réel, supporte toutefois certaines atténuations. Pour qu'une juridiction administrative soit totalement indépendante de l'Administration, il faut que son personnel soit lui-même indépendant, composé non pas d'administrateurs, mais de véritables magistrats. Il faut également qu'elle n'accomplisse que sa mission de juge et que, conjointement, elle n'ait pas à administrer.

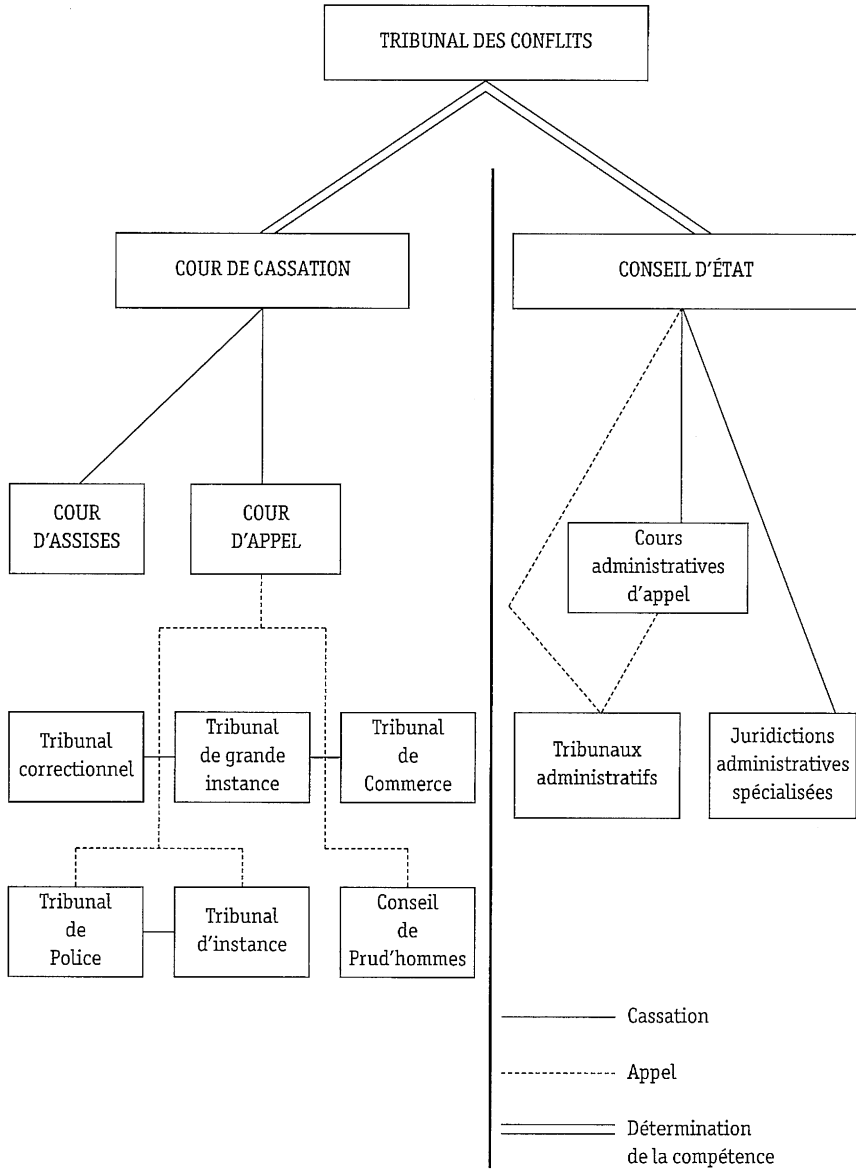
Or, en France, si les tribunaux de l'ordre administratif apparaissent de nos jours suffisamment indépendants de l'Administration active, il n'en a pas toujours été ainsi du moins en ce qui concerne les personnels des « tribunaux administratifs ». Toutefois, en ce qui concerne leur rôle, il est frappant de constater

que les juges administratifs cumulent avec leur fonction juridictionnelle celle de conseil de l'Administration. Ils fournissent en effet à l'Administration centrale (Conseil d'État) et territoriale de l'État (tribunaux administratifs) de nombreux avis. Cette dualité d'attributions crée un contact entre le juge et l'Administration.

Cette situation n'empêche toutefois pas la juridiction administrative d'être suffisamment séparée de l'Administration active car il ne s'agit que de tâches de consultation et non pas d'Administration : les juges ne donnent que des avis, ils ne prennent pas de décisions administratives.

Les juridictions administratives font l'objet d'une réforme en profondeur qui affecte à la fois leur organisation et la procédure juridictionnelle : la suppression du commissaire du gouvernement (déc. n° 2009-14 du 7 janv. 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions), la répartition des contentieux (déc. n° 2010-164 du 22 févr. 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives), etc.

Document n° 25
L'organisation juridictionnelle



section 1

Le Conseil d'État

258 C'est sans doute l'institution la plus importante. Il est à la fois la juridiction administrative suprême et le conseil juridique du pouvoir central. Le Conseil d'État a été créé par Napoléon Bonaparte (Constitution de l'an VIII) ; il est dans une certaine mesure le successeur du Conseil du Roi de l'Ancien Régime.

§ 1 Composition du Conseil d'État

259 Il comprend les catégories suivantes :

- *la présidence du Conseil d'État* appartient, depuis 1945, au Premier ministre ;
- *un vice-président et cinq présidents de sections* ;
- *des conseillers d'État en service ordinaire* et des conseillers d'État en service extraordinaire ; ces derniers sont choisis parmi les personnalités qualifiées dans les différents domaines de l'activité nationale pour une durée de 4 ans et ne peuvent pas participer au jugement des affaires contentieuses ;
- *des maîtres des requêtes* ;
- *des auditeurs de 1^{re} et 2^e classes.*

La majorité de ce personnel est recrutée à la sortie de l'École Nationale d'Administration. Les auditeurs de 1^{re} et 2^e classes en sont tous directement issus. Les maîtres des requêtes sont recrutés parmi les auditeurs de 1^{re} classe et les conseillers d'État en service ordinaire parmi les maîtres des requêtes au moyen de l'avancement qui se fait uniquement par la voie de l'ancienneté. Cependant, le Gouvernement peut nommer directement des maîtres des requêtes et des conseillers d'État en service ordinaire choisis parmi des fonctionnaires qui ne sont pas du Conseil d'État. Ce recrutement par le tour extérieur ne peut excéder le quart des places de maîtres des requêtes et le tiers des places de conseillers d'État.

Les membres du Conseil d'État ne bénéficient pas de la garantie d'inamovibilité accordée aux magistrats de l'ordre judiciaire. Ils peuvent être révoqués par un simple acte administratif. En fait, cette absence de garantie ne constitue pas un inconvénient sérieux : les membres du Conseil d'État ne font pas l'objet de révocation de la part du Gouvernement. De plus, l'avancement a lieu exclusivement à l'ancienneté. Il ne peut donc pas y avoir de pression extérieure.

Site Internet : www.conseil-Etat.fr

§ 2 Attributions

260 Le Conseil d'État a toujours eu un double rôle : juge et conseil.

A. Compétence consultative (avis du Conseil d'État)

261 Le Conseil d'État est l'organe consultatif du Gouvernement : il lui donne des « avis » sur les projets de lois et sur les actes réglementaires. Il est obligatoirement consulté pour avis sur les projets de loi (avant leur délibération en conseil des ministres), sur les décrets réglementaires de l'article 37, sur les ordonnances de l'article 38, ainsi que sur tous les décrets qui, en vertu d'une loi, doivent être pris « en conseil d'État ». En 2009, le Conseil d'État a dû examiner pas moins de 42 projets de lois, 9 projets d'ordonnances, 1 proposition de loi, ainsi que 4 projets de décrets (cf. rapport du Conseil d'État, juill. 2010). En matière d'actes individuels, le Gouvernement doit dans certains cas consulter le Conseil d'État (reconnaissance d'utilité publique d'association, d'expropriation, de travaux...). Par ailleurs, à titre facultatif, le Gouvernement peut solliciter l'avis du Conseil d'État pour tout autre projet de texte (4 avis ont été sollicités par le gouvernement en 2009). Enfin, de sa propre initiative, le Conseil d'État peut attirer l'attention du Gouvernement sur les réformes qui lui paraissent nécessaires.

B. Compétence juridictionnelle (arrêts du Conseil d'État)

262 Le Conseil d'État a des attributions très importantes en matière juridictionnelle.

1 ° Le Conseil d'État est juge en premier et dernier ressort pour les affaires les plus importantes

Le Conseil d'État est compétent pour connaître directement des recours contre les décrets, les actes réglementaires des ministres, des litiges relatifs à la situation individuelle des fonctionnaires nommés par décret, l'élection des parlementaires européens et des conseillers régionaux... Le décret du 22 février 2010 a ajouté les recours contre les circulaires et les instructions ministérielles ainsi que les contentieux mettant en cause des autorités nationales (autorités administratives indépendantes, autorités publiques indépendantes).

2 ° Le Conseil d'État, juge d'appel ou de cassation

Il constitue pour toutes les autres juridictions administratives soit le juge d'appel (à titre tout à fait résiduel pour les tribunaux administratifs, uniquement encore pour certains types de recours) soit le juge de cassation (pour toutes les juridictions administratives qui statuent en dernier ressort y compris pour les cours administratives d'appel).

§ 3 Le fonctionnement du Conseil d'État

263 Pour son fonctionnement, le Conseil d'État est divisé en un certain nombre de formations internes. Cette division a pour résultat de rétablir presque complètement la séparation de l'Administration et de la juridiction : ce sont en effet des formations différentes qui exercent d'une part les attributions consultatives et d'autre part, les attributions contentieuses.

A. Les formations administratives

264 Elles sont au nombre de cinq : la section des finances, la section de l'intérieur, la section des travaux publics, la section sociale et la section du rapport et des études. En outre, une commission permanente est chargée de donner des avis en cas d'urgence. Enfin, c'est l'assemblée générale comprenant tous les conseillers d'État qui est saisie des affaires les plus importantes.

Dans ses formations administratives, le Conseil d'État est chargé de donner des avis sur toutes les questions posées par le Gouvernement. L'avis est obligatoirement sollicité par le gouvernement pour les projets de loi, les projets d'ordonnance, certains projets de décret.

B. Les formations contentieuses

265 La principale formation contentieuse est la *section du contentieux* divisée en 10 sous-sections qui instruisent les affaires et les jugent. Les affaires les plus simples sont jugées par une seule sous-section (3 juges) ou deux sous-sections réunies. Le décret du 22 février 2010 a ouvert la possibilité de juger des affaires en trois ou quatre sous-sections réunies.

Lorsqu'une affaire présente des difficultés, elle peut être renvoyée devant la *section du contentieux*, ou encore devant l'*Assemblée du contentieux* (qui est composée du vice-président du Conseil d'État, des présidents de section, des deux présidents adjoints de la section du contentieux les plus anciens dans leurs fonctions, du président de la sous-section qui a instruit et du rapporteur). Le renvoi d'une affaire à ces deux formations contentieuses peut être demandé par le vice-président du Conseil d'État, par le président de la section du contentieux, par les rapporteurs publics, par les sous-sections ou les sections réunies. Ce sont les arrêts d'assemblée et de section qui constituent les principaux « grands arrêts de la jurisprudence administrative⁽¹⁾ »

– 1 *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 18^e éd., 2011.

section **2**

Les tribunaux administratifs

266 La loi du 28 Pluviôse An VIII avait créé dans chaque département un *conseil de préfecture* dont le rôle devait être comparable, au niveau du département, à celui joué par le Conseil d'État au niveau de l'État. Toutefois, les conseils de préfecture n'ont pas donné satisfaction tant au point de vue de leurs attributions, qui étaient demeurées modestes, qu'au point de vue de leur personnel trop dépendant de l'Administration préfectorale (le préfet en était le président et le secrétaire général, le commissaire du Gouvernement).

En 1926, un décret-loi a tenté de détacher les conseils de préfecture de l'Administration départementale et d'en faire une véritable juridiction autonome : les Conseils de préfecture devenaient interdépartementaux (22 au lieu de 90), le préfet et le secrétaire général cessaient d'y exercer des fonctions, un corps spécial de conseillers était créé.

Cette réforme devait pourtant se révéler insuffisante, surtout en ce qui concerne la compétence des conseils de préfecture qui n'avait pas été touchée et qui restait essentiellement une compétence d'attribution.

Aussi un décret du 30 septembre 1953 devait-il procéder à la réforme fondamentale en transformant les Conseils de préfecture en « *tribunaux administratifs* » dont la compétence va considérablement s'élargir aux dépens de celle du Conseil d'État. Depuis lors, les tribunaux administratifs sont les juridictions administratives de droit commun.

§ 1 L'organisation des tribunaux administratifs

267 Chaque tribunal administratif comprend un président et plusieurs conseillers dont l'un d'entre eux exerce les fonctions de rapporteur public. Le tribunal administratif de Paris (TAP), en raison du volume des affaires qui sont portées devant lui, est le plus étoffé : il est divisé en 7 sections. Les tribunaux administratifs de province peuvent comporter une ou plusieurs chambres. (tribunal administratif de Strasbourg : 5 chambres).

En principe, les membres des tribunaux administratifs sont recrutés parmi les anciens élèves de l'ENA, ce qui a eu pour résultat d'accroître nettement la qualité du recrutement. Il y a aussi, depuis 1989, un recrutement par concours spécifique chaque année. Toutefois, les possibilités de carrière sont moins intéressantes qu'au Conseil d'État, malgré la possibilité pour certains d'entre eux d'y accéder. Les membres du corps des tribunaux administratifs et des cours admi-

nistratives d'appel possèdent un statut qui leur donne de sérieuses garanties de qualité et d'indépendance. De plus, ils relèvent aussi du ministère de la Justice et sont soumis à l'inspection du Conseil d'État qui, depuis le 1^{er} janvier 1990, assure leur gestion. La loi du 6 janvier 1986 leur a donné un véritable statut législatif en faisant des conseillers des magistrats à part entière dont l'indépendance est garantie notamment par l'inamovibilité.

En 2011, il y a 42 tribunaux administratifs, dont 11 outre-mer. Les derniers à avoir été créés sont ceux de Melun, Cergy-Pontoise, Nîmes et Montreuil. Le contentieux administratif augmente de manière inquiétante : 172 195 affaires nouvelles ont été enregistrées en 2009 (cf. rapport du Conseil d'État, 2010).

❶ 2 La compétence des tribunaux administratifs

268 Comme le Conseil d'État, ils détiennent une double compétence, consultative et contentieuse.

A. Attributions consultatives

269 Elles sont relativement peu importantes : les tribunaux administratifs peuvent donner leur avis sur tous les problèmes qui leur sont posés par les préfets des départements de leur ressort. Auparavant, cette consultation était obligatoire dans de nombreux cas, mais elle a été supprimée de façon quasi générale. Dans la pratique, les préfets consultent très peu les tribunaux administratifs. En revanche, les conseillers de tribunal administratif, en raison de leur compétence et de leur impartialité, sont très sollicités pour présider quantité de commissions administratives.

B. Attributions contentieuses

270 Elles sont devenues importantes avec la réforme de 1953.

Les tribunaux administratifs *sont juges de droit commun* du contentieux administratif dans leur ressort territorial. Cela signifie qu'ils examinent toutes les affaires contentieuses en matière administrative, sauf celles que la loi attribue expressément et directement à une autre juridiction. À noter que les jugements des tribunaux administratifs peuvent être déférés aux cours administratives d'appel et, exceptionnellement, au Conseil d'État par la voie de l'appel.

Le ressort territorial de chaque tribunal administratif couvre plusieurs départements. En principe, le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel a son siège l'autorité administrative dont la décision est contestée. Toutefois, comme la plupart des décisions sont prises à Paris, il a été décidé, afin de ne pas trop encombrer ce tribunal, que certaines dérogations seraient accordées : par exem-

ple, pour les contrats administratifs, le tribunal compétent est celui du lieu d'exécution ; en matière de responsabilité, c'est celui du lieu où s'est produit le fait générateur du dommage...

Les affaires sont jugées à juge unique ou en formation collégiale dont l'unité de base est la chambre (trois magistrats). A chaque chambre est attaché un rapporteur public.

section **3**

Les cours administratives d'appel

271

La création des tribunaux administratifs en 1953 n'avait pu résoudre que provisoirement l'encombrement des juridictions administratives et la lenteur dans le prononcé des jugements qui en était la conséquence. Une réforme était nécessaire : elle a fait l'objet de la loi du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif qui a créé les *cours administratives d'appel* (au nombre de 8 aujourd'hui : Paris, Bordeaux, Lyon, Nancy, Nantes, Marseille, Douai et Versailles). Maintenant, ce sont les cours administratives d'appel qui commencent à être engorgées : 164 % de plus d'affaires enregistrées au cours de la dernière décennie... notamment du fait du contentieux des arrêtés de reconduite à la frontière (l'appel est depuis 2005 de la compétence des cours et non plus du Conseil d'État). En moyenne, ce sont 16 % des affaires jugées par les tribunaux administratifs qui font l'objet d'un appel.

§ 1 L'organisation des cours administratives d'appel

272

Chaque cour administrative d'appel est divisée en chambres. Elle est présidée par un conseiller d'État et comprend un certain nombre de membres appartenant au corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. À noter toutefois que pour siéger dans une de ces cours, il est nécessaire d'avoir au moins le grade de premier conseiller.

Un des éléments importants de la réforme est que depuis 1990, les membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel relèvent du secrétariat général du Conseil d'État et non plus du ministère de l'Intérieur pour leur gestion.

§ 2 Les attributions des cours administratives d'appel

273

Leurs attributions, uniquement juridictionnelles, sont de statuer sur les appels formés contre les jugements des tribunaux administratifs. Cette compétence de principe est toutefois assortie d'exceptions concernant les appels portant sur les recours en appréciation de la légalité et sur les litiges relatifs aux élections municipales et cantonales.

Les attributions des cours administratives d'appel avaient été limitées, au début, aux litiges de plein contentieux qui sont des procès essentiellement pécuniaires : impôts, indemnisation de dommages, règlements de marchés publics, pension et émoluments d'agents publics, amendes et réparations domaniales... ainsi que quelques contentieux spéciaux : (élections diverses, édifices menaçant ruine, installations classées...). Depuis le 1^{er} octobre 1995, les cours administratives d'appel exercent toutes les compétences prévues dans la loi du 31 décembre 1987. Il ne reste donc plus actuellement que deux exceptions à leur compétence d'appel : le Conseil d'État demeure juge d'appel pour les élections municipales et cantonales d'une part et pour les recours en appréciation de la légalité transmis par les juridictions judiciaires, d'autre part.

Les cours administratives d'appel rendent des arrêts qui peuvent être déférés au Conseil d'État par la voie du recours en cassation. À noter que si le Conseil d'État annule, par la voie de la cassation, une décision rendue en dernier ressort par une juridiction administrative, il peut soit renvoyer l'affaire devant la même juridiction, une autre juridiction de même nature ou même, si l'intérêt d'une bonne Administration de la justice l'exige, régler lui-même l'affaire au fond.

La loi du 31 décembre 1987 crée une procédure originale : le renvoi pour avis. Le juge (tribunal administratif ou cour administrative d'appel) peut surseoir à statuer en présence d'une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges et la renvoyer au Conseil d'État pour avis (voir CE, Avis du 6 avril 1990).

Document n° 26

CE, Ass., Avis du 6 avr. 1990

Société nationale des chemins de fer français

Vu, enregistré le 27 décembre 1989 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, le jugement du 13 décembre 1989 par lequel le tribunal administratif de Paris, avant de statuer sur la demande de la Société nationale des chemins de fer français tendant à ce que l'État soit condamné à verser à celle-ci une indemnité de 340 229,88 F en réparation du préjudice qu'elle a subi du fait de l'occupation des installations de la gare de Vias par un groupe de viticulteurs le 20 mai 1983, a décidé, en application des dispositions de l'article 12 de la loi no 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif, de transmettre le dossier de cette demande au Conseil d'État en soumettant à son examen la question de savoir si la responsabilité incombant à l'État au titre des prescriptions de l'article 92 de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État peut être engagée dans le cas où les dommages invoqués ont le caractère de frais supplémentaires d'exploitation ou de pertes de recettes ;

rend l'avis suivant :

Aux termes de l'article 92 de la loi du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État : « L'État est civilement responsable des dégâts et dommages résultant des crimes et délits commis, à force ouverte ou par violence, par des attroupements ou rassemblements armés ou non armés, soit contre les personnes, soit contre les biens... ».

Il résulte des dispositions précitées, qui n'énoncent aucune restriction quant à la nature des dommages indemnisables, que l'État est responsable des dégâts et dommages de toute nature qui sont la conséquence directe et certaine des crimes et délits visés par lesdites dispositions. La responsabilité de l'État peut ainsi être engagée, sur le fondement de ces dispositions, non seulement à raison de dommages corporels ou matériels, mais aussi, le cas échéant, lorsque les dommages invoqués ont le caractère d'un préjudice commercial consistant notamment en un accroissement de dépenses d'exploitation ou en une perte de recettes d'exploitation.

Le présent avis sera notifié au tribunal administratif de Paris, à la Société nationale des chemins de fer français et au ministre de l'Intérieur.

Il sera publié au Journal officiel de la République française.

2

La compétence du juge administratif

274 Le problème de la compétence du juge administratif se pose parce qu'en France existent deux ordres de juridiction. Quand un particulier est en désaccord avec l'Administration, il a deux juridictions devant lesquelles il peut tenter son recours, laquelle choisir ? Le problème de la répartition des compétences est donc de savoir quels sont les litiges qui relèvent de chacune des juridictions. Pour le savoir, il convient d'examiner d'abord par quel mécanisme technique s'opère cette répartition, ensuite en vertu de quels principes les matières sont dévolues à l'une ou l'autre juridiction.

section 1

La technique de la répartition des compétences

275 Initialement, la répartition des compétences devait surtout protéger l'administration contre les empiètements du juge judiciaire. Ce n'est que récemment que l'intérêt du justiciable a été pris en considération pour opérer une répartition plus claire entre les deux ordres de juridictions.

§ 1 Les divers procédés de répartition

276 Il est possible d'envisager que la répartition des compétences entre le juge judiciaire et le juge administratif soit déterminée soit par des textes, soit par le juge lui-même.

La première solution se rencontre quand un texte (une loi en général) énumère les matières attribuées à chaque juridiction. Dans notre système juridictionnel, ce procédé est utilisé mais de façon très partielle.

C'est la seconde solution qui est le plus généralement utilisée : en effet, dans la plupart des hypothèses, le législateur n'a pas indiqué avec précision les domaines de compétences respectifs des deux ordres de juridiction. Il s'est contenté de le faire, sous la forme d'un principe très général, par la *loi des 16-24 août 1790* :

« Les juges ne pourront troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs à raison de leurs fonctions. » Une telle formule a laissé au juge un immense champ d'interprétation ; ce sont les tribunaux eux-mêmes, tant judiciaires qu'administratifs, qui vont procéder en fait au partage des compétences, qui vont devenir les véritables déterminateurs des compétences. Ce système n'est toutefois pas sans inconvénients car le juge judiciaire et le juge administratif peuvent ne pas être d'accord sur le contenu des compétences appartenant à chacun d'entre eux. Le principe fondamental que chaque juge doit interpréter, à l'occasion des litiges qu'on lui soumet, peut entraîner facilement des divergences importantes étant donné les termes vagues avec lesquels il a été rédigé. Ces divergences d'interprétation prennent le nom de *conflits*, qu'un tribunal spécial est chargé de trancher : le *tribunal des conflits*.

§ 2 Le tribunal des conflits

277

Lorsqu'un conflit de compétence se produit, aucune des juridictions judiciaire ou administrative ne peut imposer sa solution à l'autre car aucune n'a prééminence sur l'autre : tant la Cour de cassation dans l'ordre judiciaire, que le Conseil d'État dans l'ordre administratif, sont des juges suprêmes. Il faut donc, pour trouver une solution aux conflits, qu'un organisme arbitral vienne dire quel est le juge compétent : c'est le *tribunal des conflits*.

A. L'organisation du tribunal des conflits

278

Créé par la loi du 24 mai 1872, le tribunal des conflits est une juridiction paritaire où les deux ordres sont représentés à égalité : la Cour de cassation désigne trois de ses membres et le Conseil d'État en fait autant. Ces six juges ainsi désignés en choisissent deux autres ainsi que deux suppléants : ce sont en général deux conseillers d'État et deux conseillers à la Cour de cassation. Ainsi le caractère paritaire du Tribunal est bien marqué.

Ces huit membres (ainsi que les deux suppléants) sont désignés pour 3 ans. Un problème se pose : étant donné le caractère paritaire de l'institution, que se passerait-il en cas de partage des voix ? Chaque groupe de juges défendant par exemple la compétence de l'ordre auquel il appartient. La solution qui a été trouvée consiste à confier la présidence du tribunal des conflits au garde des

Sceaux, ministre de la Justice. Cette solution a pu paraître critiquable car le garde des Sceaux est membre du Gouvernement, il risque donc d'être hostile à la compétence des tribunaux judiciaires et, de plus, peut ne pas posséder les compétences techniques nécessaires pour trancher un problème juridique extrêmement ardu. En fait, le danger est peu important : le garde des Sceaux n'intervient que très rarement (une dizaine de fois en tout depuis la création du tribunal des conflits) car le partage des voix est rare, de plus on ne peut pas dire que ses interventions aient été systématiquement hostiles aux tribunaux judiciaires.

Normalement, la présidence du tribunal des conflits est exercée par le vice-président élu par ses collègues et choisi alternativement parmi les représentants des deux ordres. Le tribunal des conflits tient une dizaine de séances par an.

B. La compétence du tribunal des conflits

279 Elle peut s'analyser autour de deux idées :

- le tribunal des conflits a d'abord un rôle d'arbitrage en présence de conflits d'attribution déjà nés. Ce rôle est traditionnel ;
- il a ensuite un rôle plus récent qui consiste soit à trancher au fond un litige au cas de *contrariété de décisions*, soit à *prévenir l'écllosion d'un conflit*.

1 ° Le règlement des conflits existants

280 Ce rôle traditionnel s'exerce différemment selon qu'il y a conflit positif ou conflit négatif.

a) Le conflit positif

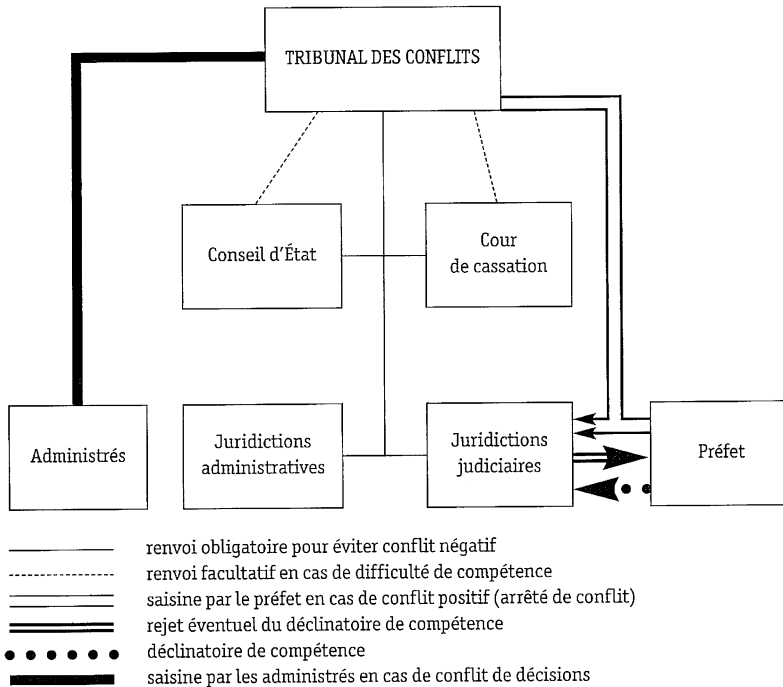
La procédure de conflit positif permet à l'*Administration* (et non au juge administratif) de revendiquer au bénéfice de l'ordre juridictionnel administratif des litiges portés devant le juge judiciaire et que ce dernier s'estime compétent pour juger.

C'est le préfet qui, au nom de l'*Administration*, adresse dans ce cas au parquet du tribunal judiciaire saisi un *déclinatoire de compétence*. Si le juge refuse de s'incliner devant l'invitation qui lui est faite de se dessaisir du litige, le préfet dispose d'un délai de quinze jours pour *élever le conflit* par arrêté motivé. Cet arrêté de conflit a pour effet de transmettre le dossier au tribunal des conflits qui doit statuer dans les 3 mois sur le bien fondé de l'arrêté de conflit.

Celui-ci a le choix entre deux solutions :

- *soit confirmer l'arrêté de conflit* : le tribunal judiciaire est définitivement dessaisi, le requérant doit alors porter son litige devant le tribunal administratif ;
- *soit annuler l'arrêté du conflit* : l'affaire reprend son cours devant le tribunal judiciaire saisi primitivement. Il y a, au pire, une vingtaine de conflits positifs par an.

Document n° 27
Le mécanisme des conflits



b) *Le conflit négatif*

Ce conflit existe quand les deux ordres de juridiction (judiciaire et administratif) se sont déclarés successivement incompétents pour examiner le même litige. Dans ce cas, le dernier tribunal saisi doit saisir le tribunal des conflits qui indiquera la juridiction compétente sans toutefois juger lui-même l'affaire au fond (décret du 25 juillet 1960). Ils sont extrêmement rares (un ou 2 cas par an).

2° *Les nouveaux rôles du tribunal des conflits*

281

Le règlement des conflits positifs et négatifs ne suffit pas à régler tous les problèmes. C'est pourquoi deux textes spéciaux ont élargi les compétences du tribunal des conflits au « conflit de décisions » et au « conflit sur renvoi ».

a) *Le conflit de décisions*

Cette compétence lui a été attribuée par une loi du 20 avril 1932 votée à l'occasion d'un litige qui avait abouti à un véritable déni de justice : l'affaire *Rosay* (T. confl. 8 mai 1933).

Le sieur Rosay avait été blessé dans une collision entre un véhicule de l'armée et la voiture d'un ami qui le transportait bénévolement. Le tribunal civil, saisi du recours intenté par le requérant contre le conducteur du véhicule privé, débouta le demandeur au motif qu'aucune faute n'était prouvée à l'encontre du

défendeur. Le sieur Rosay déposa alors un recours devant le Conseil d'État, mais il fut rejeté car la juridiction administrative jugea qu'en l'espèce l'État ne devait pas supporter les conséquences dommageables de l'accident. Les deux jugements apparurent ainsi comme contradictoires.

Dans une telle hypothèse, où deux juridictions parfaitement compétentes ont abouti à des décisions totalement contradictoires ou inconciliables, c'est le tribunal des conflits qui est compétent au fond : il juge lui-même l'affaire. Il faut noter que ce genre de conflit se rencontre heureusement très rarement.

b) Le renvoi au tribunal des conflits

Le décret du 25 juillet 1960 a permis au Conseil d'État et à la Cour de cassation (ou toute autre juridiction statuant souverainement), dans le cas où elles sont saisies d'un litige présentant une sérieuse difficulté de compétence, de renvoyer au tribunal des conflits le soin de trancher cette difficulté. Dans ce cas les juridictions suprêmes sursoient à statuer : c'est le tribunal des conflits qui indiquera, de manière souveraine, la juridiction compétente.

Il n'y a ainsi pas de conflit à proprement parler : on veut simplement prévenir la naissance d'une contrariété de jurisprudence entre les deux ordres de juridiction sur une question de compétence.

section **2**

Le contenu de la répartition des compétences

282

C'est un problème très important que celui des règles qui président à la répartition des compétences entre le juge judiciaire et le juge administratif. C'est aussi un des problèmes les plus complexes, partant les plus difficiles, du droit administratif français. En effet, le principe posé par la loi de 1790 (voir *supra* n° 256) est tellement vague dans son énoncé que le juge a été amené à en préciser le contenu. Or la jurisprudence n'est pas très certaine à cet égard ; les règles qu'elle pose sont complexes et évolutives. Il n'est donc pas facile de les connaître ni de les comprendre ; il faut y consacrer du temps. Pour présenter des concours administratifs, il est surtout indispensable de saisir les grandes lignes de la jurisprudence dont nous étudierons d'abord l'évolution, ensuite l'état actuel.

§ 1 L'évolution de la répartition des compétences

283

Le système le plus simple, et le plus logique, aurait consisté à faire juger par les tribunaux administratifs tous les procès dans lesquels l'Administration aurait été impliquée. Ce système fut utilisé pendant quelques années après la Révolution

mais fut rapidement abandonné car les tâches de l'Administration vont se diversifier et certaines de ses nouvelles activités vont ressembler à celles des particuliers. Il apparaîtra nécessaire que les litiges nés de ces activités soient de la compétence des tribunaux judiciaires. Comment alors faire la distinction entre les activités soumises au juge administratif et celles soumises au juge judiciaire ? Un certain nombre de critères ont été successivement utilisés.

A. La distinction des actes de puissance publique et des actes de gestion

284 Cette distinction, fondamentale dans la deuxième moitié du XIX^e siècle, reposait sur l'idée de *puissance publique*. Les actes de puissance publique étaient ceux pour lesquels l'Administration agit par *voie d'autorité*, en formulant des ordres ou des interdictions. Ces actes devaient être déférés aux *juridictions administratives*. Les *actes de gestion*, au contraire, concernaient ceux pour lesquels l'Administration agissait de la même manière que les particuliers (exemple : les contrats). Ces actes relevaient de la compétence des *juridictions judiciaires* et du droit privé.

Cette distinction connut un grand succès et fut pendant longtemps mise en œuvre, elle conduisait toutefois à des *difficultés d'interprétation*.

Une seule exception à ce principe existait : d'après une loi de 1793, les juridictions judiciaires n'avaient pas le droit de rendre l'État débiteur. Aussi les actes de gestion pour lesquels le requérant demandait une réparation pécuniaire devaient être portés devant le juge administratif.

B. Le critère du service public

285 Le juge a été amené à modifier sa jurisprudence et à abandonner le critère précédent, par l'extension considérable des prestations de service public de l'État qui devait entraîner une atténuation de la conception autoritaire.

C'est un arrêt célèbre du tribunal des conflits : (T. confl., 8 févr. 1873, *Blanco, GAJA*, n° 1), qui marqua l'abandon de la distinction acte d'autorité-acte de gestion en faisant appel à la notion nouvelle de *service public* au sens *d'activité d'une collectivité publique visant à satisfaire un besoin d'intérêt général*. Il faut d'ailleurs préciser que toutes les activités de l'Administration ne sont pas des activités de service public car l'Administration peut avoir une activité d'ordre privé (par exemple gérer son domaine privé).

En tout cas, pour de nombreux auteurs, la notion de service public va apparaître comme la notion clé justifiant le *régime juridique particulier*, ainsi que *la définition et les limites du droit administratif*.

Pour la jurisprudence également, la notion de service public sera la base de la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction (voir par exemple les arrêts *Terrier* du 6 février 1903, *GAJA*, n° 11 et *Feutry* du 29 février 1908). Désormais, relèveront des tribunaux administratifs « tout ce qui concerne

l'organisation et le fonctionnement des services publics proprement dits, généraux ou locaux... toutes les actions entre personnes publiques et tiers ou entre ces personnes publiques elles-mêmes, fondées sur l'exécution, l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un service public... » (Conclusions Romieu, commissaire du Gouvernement, dans l'affaire *Terrier*).

Il faut toutefois signaler une exception : il n'y a compétence administrative et application du droit administratif que dans la mesure où l'Administration utilise des procédés exorbitants du droit commun. Le juge va en effet opérer une distinction entre *la gestion publique* (application du droit administratif, compétence du juge administratif) et *la gestion privée* telle que la formation de contrats privés (application du droit privé, compétence du juge judiciaire). Mais cette distinction se fait à l'intérieur même du critère du service public.

C. La crise du critère du service public

286

Pendant une vingtaine d'années, la notion de service public devait pleinement remplir son rôle. Mais l'interventionnisme croissant de l'État allait entraîner une crise de la notion de service public, surtout en ce qui concerne son rôle pour délimiter l'application du droit administratif et la compétence du juge administratif.

En effet, certains services publics fonctionnent dans des conditions semblables à celles des entreprises privées, ce sont *les services publics industriels et commerciaux*. Ils sont donc soumis principalement au droit privé et à la compétence du juge judiciaire (T. confl., 22 janv. 1921, *GAJA*, n° 36, Affaire dite du *Bac d'Éloka*). De plus, la jurisprudence admettra que des tâches de service public puissent être confiées à de simples organismes particuliers qui seront ainsi, sous certains aspects, soumis au droit public et à la compétence des juges administratifs.

Ainsi le critère du service public ne pourra plus servir de manière infaillible à délimiter les compétences respectives du juge judiciaire et du juge administratif. Le problème reste posé.

§ 2 La délimitation actuelle des compétences

287

Il est extrêmement difficile d'en dresser un tableau exact. On peut dire que pour qu'un litige soit de la compétence du juge administratif, il faut qu'*une activité administrative soit en cause*. Ceci entraîne l'exclusion de la compétence du juge administratif des litiges entre les particuliers, ceux mettant en cause le Parlement ainsi que les litiges relatifs au fonctionnement de la juridiction judiciaire.

Toutefois, il faut rechercher une clause générale de compétence à partir de cette notion d'activité administrative. La formulation en est relativement simple si les applications le sont moins : *le juge compétent se détermine en fonction du droit applicable*. Si le droit applicable au litige est le droit public, le juge compé-

tent sera le juge administratif et inversement. Il est cependant évident qu'une difficulté majeure subsiste : comment reconnaître le droit applicable, comment distinguer le droit public du droit privé ? Pour répondre à cette question, on commencera par déterminer les règles de droit applicable en prenant en considération les personnes en cause et, si cette méthode n'apparaît pas satisfaisante, on se référera à l'objet du litige lui-même.

A. La détermination du droit applicable en considération des parties au litige

288 Normalement, le droit applicable aux relations entre personnes privées est le droit privé, celui applicable aux relations entre personnes publiques est le droit public. C'est le droit applicable aux relations entre personne privée et personne publique qui soulève des difficultés car, de façon distributive, les règles de droit applicables seront de droit privé ou de droit public. Il faut donc pousser plus loin l'analyse.

B. La détermination du droit applicable en considération de l'objet du litige

289 La mise en œuvre de ce critère soulève de sérieuses difficultés et ne peut se résoudre à une seule méthode. Le juge montre qu'il en utilise plusieurs :

1 ° La méthode analytique

L'objet du litige est fixé par référence à *l'acte juridique* déterminé qui est l'occasion du procès. Par exemple, le juge administratif sera compétent si l'acte est réglementé par le droit public (contrat administratif, acte unilatéral, fonction publique...).

2 ° La méthode synthétique

L'objet du litige est ici déterminé en fonction de *l'activité* de l'Administration à laquelle se rattache le procès. Si l'activité en question est soumise à un régime juridique de droit public (par exemple en matière de responsabilité), la compétence pour en connaître appartient au juge administratif.

3 ° La méthode des « blocs de compétence »

Les deux systèmes précédents, s'ils sont utilisés par le juge, n'en sont pas moins complexes. La jurisprudence a essayé d'y échapper en créant des blocs homogènes de compétence. Par exemple, au profit de la compétence judiciaire : bloc de services publics industriels et commerciaux ou encore bloc du contentieux individuel en matière de Sécurité sociale et d'Allocations familiales.

Toutefois, cette méthode comporte des inconvénients et les blocs ne sont pas sans fissures...

Il faut naturellement admettre que le système de répartition des compétences est passablement compliqué et, qu'à moins d'être un expert, le plaideur a toute chance de se perdre dans ce maquis. Cependant, il faut savoir que les affaires contentieuses qui soulèvent de réelles difficultés de compétence ne représentent qu'une proportion infime (5 % en moyenne) du total des litiges.

En fait, on peut tenter de dresser un schéma simplifié valable dans la grande majorité des cas :

– quand l'Administration utilise des procédés de *gestion publique*, la compétence appartient au *juge administratif*. C'est le cas du contentieux des contrats administratifs, de la responsabilité des services publics, des décisions unilatérales...

– quand l'Administration utilise des procédés de *gestion privée*, la compétence appartient au *juge judiciaire*. C'est le cas de la gestion du domaine privé, des actes de droit privé passés par les services publics, du contentieux des services publics à caractère industriel et commercial...

section 3

Les exceptions à la compétence du juge administratif

290 Dans certaines conditions, nous allons voir que ce sont *les tribunaux judiciaires* qui sont compétents pour juger certaines affaires qui, en application des principes précédemment décrits, devraient relever de la compétence des juges administratifs. Ces exceptions à la compétence normale du juge administratif résultent soit de la loi, soit de la jurisprudence.

§ 1 Les exceptions créées par la loi

291 Un certain nombre de textes législatifs sont intervenus pour attribuer expressément la compétence de certaines affaires intéressant l'Administration au juge judiciaire. Nous pouvons citer la matière des impôts indirects, la responsabilité encourue par l'État par substitution à celle des membres de l'enseignement (1937), la responsabilité en matière d'accident de la circulation impliquant un véhicule de l'administration (1957)...

§ 2 Les exceptions créées par la jurisprudence

292 La jurisprudence a prévu deux grandes séries d'exceptions à la compétence du juge administratif ; elles concernent le droit de propriété ou les libertés publiques et les questions accessoires à un procès principal.

A. Les litiges intéressant le droit de propriété ou les libertés publiques

293

On admet traditionnellement que les tribunaux judiciaires sont les gardiens de la propriété privée et des libertés individuelles. Dans ces conditions, les tribunaux judiciaires vont être compétents à l'égard des actes de l'Administration portant atteinte à la propriété privée (ex. : expropriation) et aux libertés individuelles. Le juge a élaboré deux théories à cet égard : celle de *l'emprise* et celle de *la voie de fait*.

1 ° Théorie de l'emprise

L'emprise est la prise de possession par l'Administration d'une propriété immobilière. Il faut donc que trois conditions soient réunies :

– l'existence d'une *dépossession*, c'est-à-dire d'une prise de possession par l'Administration ;

– que cette dépossession porte sur une *propriété immobilière* ;

– que l'emprise soit irrégulière, c'est-à-dire fondée sur un titre illégal.

L'emprise entraîne deux conséquences :

– *les tribunaux judiciaires sont incompétents* pour connaître du caractère légal ou illégal de l'emprise, ceci appartient au juge administratif ;

– *les tribunaux judiciaires sont compétents* pour déterminer la réparation pécuniaire à laquelle la victime de l'emprise aura droit.

2 ° Théorie de la voie de fait

La voie de fait se rencontre lorsque l'Administration, par le moyen d'actes matériels, porte atteinte à une liberté publique ou au droit de propriété par une *irrégularité manifeste*. Le juge administratif utilise l'expression « d'acte manifestement insusceptible de se rattacher à un quelconque pouvoir de l'Administration ».

Dans cette hypothèse, le juge judiciaire devient compétent mais de façon beaucoup plus large que dans la théorie de l'emprise.

En effet, il peut procéder à la constatation des faits constitutifs de la voie de fait ; il peut adresser des injonctions à l'Administration soit de cesser la voie de fait, soit même de l'éviter ; il peut enfin condamner l'Administration à la réparation des dommages causés par la voie de fait. On voit donc tout l'intérêt de la théorie : le juge judiciaire qui est ainsi compétent pour apprécier une activité administrative aura des pouvoirs à l'égard de l'Administration plus importants que ceux que détient le juge administratif. Si la théorie de la voie de fait est critiquée dans la mesure où elle complique encore la répartition des compétences, elle garde toutefois son intérêt pour la protection des libertés et de la propriété.

B. Les questions accessoires à un litige principal

294

Il peut arriver qu'au cours d'un procès principal soit soulevée une question accessoire dont la solution commande la décision principale. Si cette question est de la compétence du juge saisi au principal, on applique le principe selon lequel le « juge de l'action est juge de l'exception ». Mais si cette question est de la compétence du juge d'un autre ordre de juridiction, le juge saisi au principal doit-il statuer ? Plus précisément, si le procès se déroule normalement devant le juge judiciaire et que la question soulevée accessoirement est de la compétence du juge administratif, le juge judiciaire doit-il statuer lui-même sur la question accessoire (question préalable) ou renvoyer devant le juge administratif (question préjudicielle) ?

La jurisprudence a adopté les solutions suivantes en faisant une distinction entre l'interprétation et l'appréciation de la légalité d'un acte administratif.

1 ° *Interprétation d'un acte administratif*

L'interprétation d'un acte administratif réglementaire par les tribunaux judiciaires est toujours possible. Par contre, il leur est interdit d'interpréter les actes administratifs *individuels*.

2 ° *Appréciation de la légalité d'un acte administratif*

Une distinction a été faite ici par le juge selon que les tribunaux judiciaires sont non répressifs ou répressifs.

a) *Les tribunaux judiciaires non répressifs*

Ils ne peuvent apprécier la légalité d'un acte administratif, qu'il soit réglementaire ou individuel (T. confl., 16 juin 1923, *Septfonds*, GAJA, n° 39).

b) *Les tribunaux judiciaires répressifs*

Ils pouvaient apprécier la légalité d'un acte administratif réglementaire (T. confl., 5 juill. 1951, *Avranches et Desmarets*), mais pas d'un acte administratif individuel servant de fondement à une poursuite ou de moyen de défense. Toutefois, en ce qui concerne les actes administratifs individuels, depuis un arrêt de la Cour de cassation (1961), il semblait que l'appréciation de leur légalité était possible. Sur ce point existait une opposition avec la jurisprudence du tribunal des conflits, bien que la Cour de cassation limitait la compétence du juge répressif aux cas où l'acte individuel servait de fondement à la poursuite et non quand il était utilisé comme moyen de défense. La restriction de la compétence du juge répressif à l'égard des actes administratifs individuels a disparu depuis que l'article 111-5 du nouveau Code pénal, entré en vigueur le 1^{er} mars 1994, dispose que « les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité, lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis ».

3

Les recours devant la juridiction administrative

295 Le fonctionnement de la justice administrative est provoqué par des recours formés devant ces juridictions.

section 1

Les différentes catégories de recours

296 Les recours peuvent être distingués en deux grandes catégories : les recours administratifs et les recours contentieux.

§ 1 Distinction des recours administratifs et des recours contentieux

297 Les recours formés devant les juridictions administratives prennent le nom de *recours contentieux*. Toutefois les requérants ont d'autres moyens pour faire prévaloir leurs droits en cas de litige avec l'Administration : ce sont les *recours administratifs*.

A. Les recours administratifs

298 Ils sont formés devant *l'Administration elle-même* qui est à l'origine du litige et peuvent prendre deux formes : *le recours gracieux* et *le recours hiérarchique*.

– *Le recours gracieux* est porté devant l'autorité qui a pris l'acte contesté : l'administré demande de revenir sur sa propre décision, de reconnaître en quelque sorte son erreur et d'en tirer elle-même les conséquences.

– *Le recours hiérarchique* est porté devant l'autorité administrative supérieure à celle qui est à l'origine de l'acte contesté (par exemple le ministre saisi d'un recours contre une décision d'un préfet).

Les recours administratifs ne s'excluent pas l'un l'autre et n'excluent pas le recours contentieux. Le requérant pourra ainsi utiliser tous les moyens d'action successivement.

Les recours administratifs constituent une tentative de conciliation entre l'Administration et l'administré qui, en cas d'échec, pourra utiliser les recours contentieux.

Afin de limiter le contentieux, le législateur a étendu les cas dans lesquels le recours administratif est un préalable obligatoire à un recours contentieux (ex. : en matière fiscale, en matière de contentieux de la fonction publique militaire).

B. Les recours contentieux

299

Ils sont toujours portés devant les tribunaux. Ils obéissent donc à des règles plus strictes que les recours administratifs tant au niveau de la procédure qu'au niveau des délais dans lesquels ils peuvent être formés. Les recours contentieux comportent des effets différents de ceux des recours administratifs. Ils aboutissent à des jugements qui possèdent l'autorité de la chose jugée.

§ 2 Les différentes sortes de recours contentieux

300

Les recours contentieux peuvent revêtir plusieurs formes. L'intérêt de la distinction se situe essentiellement au niveau des règles qui les régissent et qui ne sont pas toutes identiques.

Les deux plus importants recours contentieux formés devant la juridiction administrative sont le *recours de pleine juridiction* et le *recours pour excès de pouvoir*.

A. Le recours de pleine juridiction

301

Ce recours, qui existe devant toutes les juridictions administratives, ressemble à un procès entre deux particuliers. Ce sont l'Administration et l'administré qui constituent les deux parties au procès.

Le recours de pleine juridiction vise à *une condamnation pécuniaire de l'Administration*. L'administré fait valoir un droit, dont il prétend être titulaire, à l'en-

contre de l'Administration et il demande au juge de condamner l'Administration à lui verser des dommages-intérêts. Les deux exemples les plus courants de recours de pleine juridiction concernent le contentieux des contrats administratifs et celui de la responsabilité de l'Administration.

B. Le recours pour excès de pouvoir

302 Le recours en annulation qu'est le recours pour excès de pouvoir est porté devant un juge administratif et tend à faire *annuler une décision administrative illégale*.

Le recours pour excès de pouvoir se distingue du recours de pleine juridiction en ce qu'il est un *recours contre un acte* : ce n'est pas un procès entre deux parties. De plus il ne peut aboutir qu'à une *annulation de l'acte* (ou au rejet de la requête).

L'intérêt pratique de la distinction réside en ce que le recours pour excès de pouvoir est ouvert très largement au requérant. Son but étant de protéger les particuliers contre les abus (excès) de pouvoir de l'Administration, il est nécessaire que les administrés puissent y avoir recours facilement. C'est pourquoi le recours pour excès de pouvoir est toujours dispensé du ministère d'avocat et qu'il est sans frais. Une ordonnance du 22 décembre 2003 a supprimé le droit de timbre de 15 €.

C. Les autres recours contentieux

303 Il existe à côté des recours que nous venons d'examiner d'autres recours mais de moindre importance, comme notamment le *recours en cassation* porté devant le Conseil d'État, le *recours en interprétation et en appréciation de la légalité* et les *recours en annulation* autres que le recours pour excès de pouvoir (en matière électorale ou contractuelle par exemple).

À noter également l'existence d'une *répression pénale administrative*, devant les tribunaux administratifs en matière de contravention de grande voirie, c'est-à-dire d'atteintes graves au domaine public. Dans ce cas, les tribunaux administratifs sont compétents pour condamner l'auteur de l'infraction à des amendes.

section 2

Les règles applicables à tous les recours contentieux

304 Il existe un certain nombre de règles communes à tous les recours contentieux formés devant la juridiction administrative.

§ 1 La règle de la décision préalable

305 Cette règle signifie qu'on ne peut former un recours devant un tribunal administratif que contre une décision préalable de l'Administration, sauf en matière de travaux publics.

Naturellement, quand la décision existe déjà (cas du recours pour excès de pouvoir), il n'y a pas lieu de la provoquer : la règle joue tacitement. Mais quand la décision est inexistante, il appartient au requérant de la provoquer. Par exemple, dans une action en responsabilité, le particulier victime du dommage dont il estime que l'Administration est responsable, ne pourrait pas saisir directement le tribunal administratif sans avoir d'abord obtenu une décision préalable (de refus d'indemnité par exemple). La jurisprudence est toutefois très libérale quant à la notion de décision : elle accepte les décisions verbales, les conclusions en réponse de l'Administration...

Cependant l'Administration n'est pas tenue de répondre. Auquel cas, l'application de la règle de la décision préalable rendrait impossible toute action contentieuse, ce qui conduirait à un véritable déni de justice. C'est pourquoi il a été prévu un correctif par la règle dite du « silence des 2 mois » : si l'Administration n'a pas répondu à une demande du requérant au bout de 2 mois, ce silence équivaut à une *décision implicite de rejet*. C'est cette décision qui fera l'objet du recours (loi du 12 avril 2000 qui a ramené le délai de quatre à 2 mois).

§ 2 Le délai des recours contentieux

306 Le délai des recours contentieux est d'une grande brièveté : 2 mois à partir de la décision attaquée. À l'expiration de ce délai, le requérant est forclos. Le point de départ de ce délai est la notification ou la publication de la décision en question. Ce délai est donc très court mais il ne part que de la décision attaquée : il est rigoureux en matière de recours pour excès de pouvoir où la décision existe par hypothèse ; il l'est moins en matière de pleine juridiction où le requérant pourra provoquer la décision pratiquement sans être enfermé dans un délai (sinon celui de 30 ans qui est le délai de droit commun). Le délai peut être prorogé par un recours administratif, à condition qu'il soit lui-même intenté dans le délai de 2 mois, mais cela ne joue qu'une fois. Le recours devant une juridiction incompétente, une demande d'aide juridictionnelle prorogent également le délai.

§ 3 L'effet non suspensif des recours

307 En principe, les recours contentieux formés devant le juge administratif ne sont pas suspensifs de l'exécution de la décision administrative attaquée. Cette règle peut avoir des conséquences graves : elle comporte heureusement des correctifs.

Le caractère immédiatement exécutoire des actes administratifs pose le problème de l'efficacité des recours en annulation. Ce n'est que récemment que le législateur a enfin ouvert la voie à de véritables procédures d'urgence qui permettent, en cas de recours contentieux, au juge administratif de prononcer un sursis à exécution de l'acte contesté. La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives a enfin facilité la « suspension » d'un acte administratif lorsqu'un justiciable en conteste la légalité et que le juge administratif a un doute sérieux sur la légalité de cet acte. C'est principalement la procédure du référé-suspension. De plus, lorsqu'une décision administrative est de nature à porter atteinte à une liberté fondamentale, le juge, saisi par la voie du référé-liberté, statue dans les 48 heures sur la suspension de l'acte.

Les justiciables (surtout leurs avocats) assaillent littéralement les tribunaux administratifs de référés. Le fonctionnement des tribunaux a dû être remanié en conséquence (ex. : création d'une permanence en fin de semaine). Les procédures privilégient de plus en plus souvent le juge unique.

§ 4 Les caractères généraux de la procédure devant les juridictions administratives

308

Il n'est pas possible, compte tenu des dimensions modestes de cet ouvrage, d'entrer dans les détails de la procédure administrative contentieuse. Il s'agira simplement de montrer quels sont les traits essentiels de cette procédure. Les étudiants pourront se reporter utilement à un ouvrage de contentieux administratif⁽¹⁾.

Elle est d'abord *écrite* et consiste dans le dépôt auprès du juge d'un mémoire écrit. Il n'y a pratiquement pas de débat oral. Quand il existe un avocat (qui n'est pas obligatoire dans toutes les procédures), il se contente de développer le mémoire écrit par des observations orales.

La procédure est *inquisitoire*, c'est-à-dire qu'elle est dirigée par le juge. Comme la preuve est normalement fournie par le demandeur qui est presque toujours le particulier, le caractère inquisitoire de la procédure permet au juge d'alléger la charge de la preuve quand celle-ci est difficile à apporter.

Un décret du 7 janvier 2009 a mis en œuvre la réforme substituant un « rapporteur public » au traditionnel « commissaire du gouvernement » ; le changement de dénomination a été accompagné par un renforcement des droits des parties : en effet, les conclusions du rapporteur public sont désormais communiquées aux parties avant l'audience. Plus fondamentalement, se pose aujourd'hui la question du maintien de la fonction de rapporteur public au niveau des tribunaux administratifs et des cours d'appel : dans une période de forte augmentation du contentieux et d'une contrainte budgétaire très forte, la France a-t-elle encore les moyens d'avoir dans chaque formation de jugement un juge adminis-

– 1 Peiser G., *Contentieux administratif*, Dalloz, 2009, 15^e éd., 304 p.

tratif qui ne participe pas au jugement et qui se contente de dire le droit ? Si l'offensive du Conseil d'État réussit, il ne pourrait bientôt y avoir que des rapporteurs publics... au Conseil d'État !

Plusieurs recours sont dispensés du *ministère d'avocat*, en particulier le recours pour excès de pouvoir.

Précisons l'existence d'une particularité propre au Conseil d'État : pour plaider devant cette juridiction (quand le ministère d'avocat est obligatoire ou quand le requérant préfère en constituer un), les parties doivent se faire représenter par un « avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation » appartenant à un corps d'officiers ministériels titulaires de leur charge et détenant le monopole de la représentation devant cette juridiction.

§ 5 Le jugement et les voies de recours

309

Le jugement est qualifié de diverses façons selon qu'il est prononcé par le Conseil d'État ou par un tribunal administratif : le Conseil d'État statue par voie de « décision » que l'on a toutefois pris l'habitude de désigner sous le nom d'« arrêt » ; le tribunal administratif rend des « jugements », les cours administratives d'appel rendent des « arrêts ».

Quelle qu'en soit l'appellation, le jugement comprend plusieurs parties :

- *les visas* qui analysent les moyens et les conclusions des parties ainsi que les textes applicables ;
- *les considérants* qui contiennent les motifs de fait et de droit qui soutiennent la décision ;
- *le dispositif*, rédigé en articles, qui constitue la décision de la juridiction dans l'affaire en question.

Ce jugement peut faire l'objet de *voies de recours*. On distingue :

A. L'appel

310

Il peut être porté devant la cour administrative d'appel pour les jugements rendus par les tribunaux administratifs à l'exception des rares contentieux qui restent de la compétence d'appel du Conseil d'État (voir *supra* n° 261). L'appel est ouvert aux parties dans un délai de 2 mois ; il n'a pas d'effet suspensif quoique puisse être ordonné le sursis à exécution du jugement de première instance.

Un décret du 24 juin 2003 a limité les possibilités de faire appel devant les cours administratives d'appel. Ce texte a supprimé la possibilité de faire appel pour les litiges relevant en première instance du juge unique (art. R. 222-13 CJA). Il s'agit notamment des litiges relatifs à la redevance audiovisuelle, aux impôts locaux autres que la taxe professionnelle, aux remises gracieuses fiscales,

ou encore aux actions indemnitaires lorsque le montant de l'indemnité est inférieur à 8 000 €. Cela signifie que ces litiges ne peuvent plus faire l'objet d'un appel (jugement au fond), mais uniquement d'un pourvoi en cassation. Il faut rappeler que le double degré de juridiction n'a pas été érigé en principe général du droit. Par ailleurs, aucune disposition de rang constitutionnel ne l'impose.

B. Le recours en cassation

311 Il a pour objet de vérifier si le jugement rendu en dernier ressort l'a été en conformité avec le droit. Le recours en cassation est ouvert contre toutes les décisions rendues en dernier ressort par toutes les juridictions administratives dans un délai de 2 mois. Le Conseil d'État peut rejeter ou casser la décision, dans ce dernier cas il renvoie devant la juridiction qui a statué ou une autre juridiction de même nature. Il peut également statuer au fond dans certains cas.

La création par la loi du 31 décembre 1987 d'une procédure préalable d'admission qui permet au Conseil d'État de rejeter un pourvoi s'il est irrecevable ou s'il n'est fondé sur aucun moyen sérieux. Le décret du 2 septembre 1988 a créé au Conseil d'État une commission d'admission des pourvois en cassation chargée d'effectuer ce contrôle préalable. Il s'agit, ni plus ni moins, que d'un filtrage des recours en cassation.

C. L'opposition

312 Elle est ouverte contre les décisions rendues par défaut. Le délai est de 2 mois. L'opposition n'est possible que contre les décisions du Conseil d'État.

D. La tierce opposition

313 Elle est ouverte à toute personne qui n'a été ni appelée, ni représentée dans l'instance mais dont la décision du juge risque de préjudicier à ses droits. Il n'y a pas de condition de délai.

E. Le recours en révision

314 Il n'est ouvert que dans des cas très limités : décision rendue sur pièce fautive par exemple.

F. Le recours en rectification d'erreur matérielle

315 Il est ouvert contre les décisions rendues à la suite d'une erreur matérielle qui aurait pu influencer le jugement. Il tend à faire réviser le jugement.

section **3**

Du médiateur de la République au Défenseur des droits

316 Les pays scandinaves, ainsi que les pays anglo-saxons, ont institué de longue date un *ombudsman* chargé de la protection des citoyens, qui possède à l'égard de l'Administration un certain pouvoir de contrôle.

En France, une loi du 3 janvier 1973 a institué un *médiateur* de la République qui répond aux mêmes préoccupations mais avec des pouvoirs nettement moins étendus qu'un *ombudsman*. Progressivement, ses pouvoirs ont été élargis. Le médiateur de la République a été qualifié d'autorité administrative indépendante (voir *supra* n° 192). La multiplication des autorités administratives indépendantes a conduit le constituant à instituer un Défenseur des droits : c'est l'objet de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 ajoutant un article 71-1 à la Constitution.

§ 1 Le médiateur de la République

317 Le médiateur de la République était nommé pour 6 ans par décret en Conseil des ministres : il ne pouvait être ni révoqué ni renouvelé dans ses fonctions. Il était protégé par une immunité dans l'exercice de ses fonctions et ne recevait aucun ordre d'aucune autorité que ce soit.

Il avait compétence pour recevoir les plaintes des personnes physiques qui estiment, qu'à l'occasion d'une affaire qui les concerne, un organisme administratif n'a pas fonctionné conformément à sa mission. Il devait être saisi uniquement par l'intermédiaire d'un parlementaire et non pas directement par un particulier. De plus, cette réclamation devait être précédée des démarches nécessaires auprès des administrations intéressées, elle n'interrompait pas les délais de recours.

Si la réclamation lui paraissait fondée, *il faisait des recommandations et des propositions* pour régler le problème. Il devait être informé des suites données à ses démarches. Il pouvait poursuivre les agents responsables et rendre publiques ses recommandations.

Chaque année, le médiateur de la République adressait au chef de l'État et au Parlement un rapport faisant le bilan de son activité.

Cette activité s'est accrue au fil des années, puisque le médiateur recevait chaque année toujours plus de réclamations qui, dans un pourcentage non négligeable, trouvaient une solution. À titre d'exemple, en 2010, plus de 80 000 dossiers ont été reçus par les services du médiateur de la République. Il a pu traiter

5 600 réclamations et il a obtenu gain de cause pour 83 % des affaires (*Rapport du médiateur de la République*, mars 2011).

L'institution du médiateur était victime de son succès. Il était relayé, dans chaque département, par des « délégués du médiateur ». Ces délégués traitaient, à leur niveau, une bonne partie des affaires dont ils étaient saisis. Il n'y avait que quelques milliers d'affaires qui « remontaient » au médiateur de la République.

Site Internet : www.mediateur-de-la-republique.fr

§ 2 Le Défenseur des droits

318

L'article 71-1 de la Constitution, issu de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, a pour objet de substituer au médiateur de la République une nouvelle autorité regroupant en fait quatre entités jusqu'ici distinctes : le médiateur de la République, le Défenseur des enfants, la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS) et la HALDE (Haute autorité de lutte contre les discriminations). La loi organique 2011-333 et la loi (ordinaire) n° 2011-334 du 29 mars 2011 relatives au Défenseur des droits ont organisé la transformation. Le Conseil constitutionnel a validé le dispositif en récusant toutefois l'idée que le Défenseur des droits puisse apparaître comme un nouveau pouvoir public constitutionnel. En effet, le Conseil constitutionnel le qualifie « d'autorité constitutionnelle indépendante »...

Le Défenseur des droits apparaît dès lors comme un « super » médiateur de la République ayant des adjoints, en l'occurrence un adjoint « défenseur des enfants », un adjoint « discrimination » et un adjoint « déontologie ». Lui-même est nommé par décret en Conseil des ministres, ses adjoints le sont par décret du premier ministre. Le mode de saisine du Défenseur des droits est calqué sur celui du médiateur de la République. Les délégués départementaux du médiateur sont transformés en délégués du Défenseur des droits. La pratique dira si cette transformation apportera une valeur ajoutée... On peut craindre que la fonction de « Défenseur des enfants », qui avait acquis une très forte lisibilité et notoriété, perde ses acquis et son efficacité.

Monsieur Dominique Baudis a été nommé Défenseur des droits (décr. 23 juin 2011).

Pour aller plus loin Chapitre 3

L'urgence en contentieux administratif

Il s'agit de compléter les connaissances déjà acquises avec les dispositions relatives au référé administratif (loi du 30 juin 2000) : formes de référés, modalités, conséquences.

La médiation, instrument de prévention du contentieux

L'institution du médiateur a fait école, puisque la plupart des ministères ont institué en leur sein une instance de médiation, souvent appelée « médiateur », (ex. : le ministère des Finances), mais qui ne relève pas du médiateur de la République. Ces instances n'ont pas la qualité d'autorité administrative indépendante. Seul le médiateur de la République avait cette qualité (à présent le Défenseur des droits). Il s'agit certes de prévenir le contentieux par la médiation mais cela relativise aussi l'efficacité des actes administratifs unilatéraux qui s'imposent de moins en moins aux administrés : à la légalité, les administrés opposent l'équité et la procédure administrative non contentieuse.

La transparence administrative et l'allégement des formalités administratives

S'intéresser aux apports de la loi du 12 avril 2000 en matière de motivation des actes, d'accès aux documents administratifs, de décisions implicites (le sens du silence de l'Administration).

Sujets de concours

Attaché de préfecture

2003 : Le rôle des organes juridictionnels français et européens dans la définition et le respect des libertés publiques vous semble-t-il suffisant ?

Attaché de la Ville de Paris

1998 : La dualité de juridiction doit-elle être maintenue ?

Commissariat aux Armées

2000 : L'intérêt général, finalité et limite de l'action publique.

Commissaire de police

2010 : L'intérêt général.

2002 : L'urgence.

ENA

2010 : La justice administrative a-t-elle besoin d'être réformée ?

2003 : L'administration et l'exécution des décisions de justice.

2002 : Les juges de l'administration, juges de l'urgence.

EN3S

2009 : Les autorités administratives indépendantes.

2006 : L'influence du droit européen sur les juridictions administratives.

Inspecteur du trésor

2009 : Les cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir.

2007 : Les référés d'urgence devant la justice administrative.

Officier de gendarmerie

2010 : La primauté du droit communautaire et ses conséquences sur le droit national et le juge administratif.

2009 : Le Tribunal des conflits.

2007 : Le recours pour excès de pouvoir.

2006 : Le rôle du Conseil d'État.

2004 : Le droit administratif est-il toujours un droit jurisprudentiel ?

Deuxième partie

Les principes généraux de l'activité administrative

1

Le principe de légalité et ses conséquences

319

En France, l'exercice de la fonction administrative est dominé par le *principe de légalité*. L'Administration n'est pas toute-puissante : elle est tenue de se conformer à la loi au sens large, plus exactement à la légalité, c'est-à-dire à l'ensemble des règles de droit. Cette situation n'est pas propre à l'Administration ; dans un *État de droit*, toutes les personnes (physiques ou morales) doivent agir conformément à la légalité ; elle revêt toutefois un aspect particulier dans la mesure où la soumission de l'Administration au droit est relativement récente et où elle supporte quelques exceptions. Le principe de légalité s'applique à toutes les activités de l'Administration : tant les actes réglementaires que les décisions individuelles doivent le respecter. Il s'agit donc d'une véritable limitation du pouvoir de l'Administration mais qui risquerait de rester sans effet si elle n'était pas sanctionnée. Cette sanction existe, elle est à la disposition des administrés et se manifeste par des voies de droit qui obligent l'Administration à respecter la légalité : il s'agit essentiellement du *recours pour excès de pouvoir*.

1

La notion de légalité

320 En principe, est légal ce qui est conforme à la loi. Mais le mot « loi », du latin *lex*, a longtemps désigné comme son équivalent anglais *law* la règle de droit en général : *ce qui est légal est donc ce qui est conforme au droit*. Le problème qui se pose est de définir quelles sont les règles de droit qui s'imposent au respect de l'Administration. Il s'agit naturellement des règles qui lui sont extérieures : la Constitution, le traité, la loi mais aussi des normes qui sont son œuvre propre : les règlements par exemple. De plus, les règles de droit n'ont pas toutes la même force juridique : *il existe une hiérarchie entre les règles* qui reproduit la hiérarchie entre les autorités. Le contenu de la légalité va donc être différent selon le niveau des décisions : du sommet à la base, les règles sont tenues de respecter les règles supérieures et s'imposent à celles des échelons subordonnés. Les actes individuels, quelle que soit l'autorité qui les a pris, doivent respecter les règles à caractère général, donc les actes réglementaires. Enfin, le principe de légalité suppose que l'Administration agisse conformément aux buts qui sont les siens, l'Administration doit adapter ses actes à l'intérêt général.

section 1

Le contenu de la légalité et la hiérarchie des normes

321 Les règles qui constituent le contenu de la légalité peuvent s'analyser à deux niveaux : les règles écrites et les règles non écrites.

① 1 Les règles de droit écrites

322 Elles respectent la pyramide des normes, au sommet de laquelle se trouve la Constitution.

A. La Constitution

323

La Constitution s'impose à tous les citoyens et à tous les organes de l'État, particulièrement au Gouvernement et à l'Administration. Il en résulte qu'à l'appui d'un recours, par exemple en annulation d'une décision administrative, le requérant pourra invoquer la violation d'une règle constitutionnelle.

La Constitution se situe incontestablement au sommet de la pyramide des normes. Les deux juridictions suprêmes ont eu l'occasion de le reconnaître. Le Conseil d'État a rappelé la primauté de la Constitution de manière solennelle : CE, Ass., 30 oct. 1998, *Sarran, Levacher et autres*, GAJA, n° 100. Dans cet arrêt, le Conseil d'État refuse de contrôler la compatibilité d'une loi constitutionnelle avec un traité. De son côté, la Cour de cassation a, elle aussi, rappelé le principe de la primauté de la Constitution : Cass., Ass. plén., 2 juin 2000, *Fraisie*. Il faut aussi rappeler qu'à l'occasion de la saisine relative à la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003, le Conseil constitutionnel a réaffirmé qu'une loi constitutionnelle ne peut pas faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, car le constituant est souverain.

Il faut apporter deux précisions à cette affirmation.

1 ° La valeur juridique du Préambule

324

Il s'agit d'un problème qui a été longtemps discuté. On constate l'existence de deux tendances :

- la première affirme que le préambule de la Constitution se présente comme un *véritable corps de règles juridiques* que le juge doit appliquer et faire respecter ;
- la deuxième estime qu'il s'agit de *principes philosophiques* qui doivent inspirer l'action du législateur mais qui, comme toutes les déclarations de principe, n'ont pas une valeur de droit positif : le juge ne peut donc pas les appliquer directement.

Le problème s'était déjà posé avec la Constitution de 1946 qui contenait un préambule fort important. La question avait été soulevée devant diverses juridictions de savoir si le juge, valablement saisi, devait considérer qu'il avait affaire à des règles de droit positif. Après de nombreuses hésitations c'est en ce sens que le juge s'est prononcé (CE, 7 juill. 1950, *Dehaene*, GAJA, n° 62). La question s'est reposée récemment lorsque des requérants ont invoqué à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir la Charte de l'environnement qui a été insérée dans le Préambule de la Constitution par la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005. Le Conseil d'État a admis que la Charte fait partie du bloc constitutionnel au même titre que la DDHC ou le Préambule de 1946 (CE, Ass., 3 oct. 2008, *Commune d'Annecy*, GAJA, n° 116). La disposition phare de la Charte étant la formalisation du principe de précaution...

Document n° 28 CE, 7 juill. 1950, *Dehaene*

... Considérant qu'en indiquant dans le Préambule de la Constitution que « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent », l'Assemblée constituante a entendu inviter le législateur à opérer la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels dont la grève constitue une modalité et la sauvegarde de l'intérêt général auquel elle peut être de nature à porter atteinte...

Depuis 1958, le problème a été résolu de façon plus certaine. Le juge administratif invoque les dispositions du préambule pour annuler une décision administrative illégale, parce que contraire au préambule de la constitution (CE, 12 févr. 1960, *Société Eky*, D. 1960, J. 263, note L'Huillier). À signaler également l'importante décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 qui a reconnu valeur constitutionnelle, non seulement au préambule de 1946, mais aussi aux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » que le Préambule réaffirme au même titre que la Déclaration des droits de l'Homme de 1789.

2 ° Le contrôle de constitutionnalité

325

Les juridictions françaises ont toujours refusé de vérifier la conformité des lois à la Constitution. Jusqu'en 1958, la supériorité de la Constitution sur la loi demeurait une affirmation de principe. Mais la loi fondamentale de 1958, en instituant un juge spécial de la constitutionnalité, le Conseil constitutionnel, a mis en place un *contrôle véritable* en refusant à toute autre autorité le pouvoir de statuer, même par voie d'exception, sur les problèmes de constitutionnalité. Ainsi, le juge administratif peut retenir comme chef d'illégalité d'un acte administratif une violation de la Constitution mais si un acte administratif a été pris conformément à une loi, il ne lui est pas permis de démontrer qu'il est inconstitutionnel. En effet, si cet acte est conforme à une loi, affirmer son inconstitutionnalité, c'est alléguer que la loi elle-même est inconstitutionnelle : ce que le juge s'interdit de faire.

Depuis qu'il rend des décisions sur les QPC, le Conseil constitutionnel fragilise les actes administratifs, puisque l'abrogation des lois inconstitutionnelles s'accompagne de l'abrogation de leurs décrets d'application.

B. Les traités internationaux

326

Les traités s'imposent à l'Administration dès lors qu'ils ont été régulièrement approuvés ou ratifiés et publiés (art. 55 de la Constitution). En effet, ils ont une « autorité supérieure à celle des lois » ; leur violation par un acte administratif entraîne la nullité de cet acte. Cela est autant vrai pour les traités communautaires que pour la Convention européenne des droits de l'Homme.

Autrefois, le Conseil d'État faisait prévaloir la loi postérieure sur le traité en cas de besoin. La loi, même contraire au traité, s'imposait donc à l'Administration (théorie de la « loi-écran »). Cette position a été abandonnée par le Conseil d'État dans un arrêt du 20 octobre 1989, *Nicolo*, GAJA, n° 91 :

Document n° 29

CE, Ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*, Rec. 190, concl. Frydman

Vu la Constitution, notamment son article 55 ; le Traité en date du 25 mars 1957, instituant la Communauté économique européenne ; la loi no 77-729 du 7 juillet 1977 ; le Code électoral ; l'ordonnance no 45-1708 du 31 juillet 1945, le décret no 53-934 du 30 septembre 1953 et la loi no 87-1127 du 31 décembre 1987 ; [...]

Cons. qu'aux termes de l'article 4 de la loi no 77-729 du 7 juillet 1977 relative à l'élection des représentants à l'Assemblée des communautés européennes « le territoire de la République forme une

circonscription unique » pour l'élection des représentants français au Parlement européen ; qu'en vertu de cette disposition législative, combinée avec celles des articles 2 et 72 de la Constitution du 4 octobre 1958, desquelles il résulte que les départements et territoires d'outre-mer font partie intégrante de la République française, lesdits départements et territoires sont nécessairement inclus dans la circonscription unique à l'intérieur de laquelle il est procédé à l'élection des représentants au Parlement européen ;

Cons. qu'aux termes de l'article 227-1 du traité en date du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne : « Le présent traité s'applique... à la République française » ; que les règles ci-dessus rappelées, définies par la loi du 7 juillet 1977, ne sont pas incompatibles avec les stipulations claires de l'article 227-1 précité du traité de Rome ;

Cons. qu'il résulte de ce qui précède que les personnes ayant, en vertu des dispositions du chapitre 1^{er} du titre 1^{er} du livre 1^{er} du Code électoral, la qualité d'électeur dans les départements et territoires d'outre-mer ont aussi cette qualité pour l'élection des représentants au Parlement européen ; qu'elles sont également éligibles, en vertu des dispositions de l'article L0 127 du Code électoral rendu applicable à l'élection au Parlement européen par l'article 5 de la loi susvisée du 7 juillet 1977 ; que, par suite, M. Nicolo n'est fondé à soutenir ni que la participation des citoyens français des départements et territoires d'outre-mer à l'élection des représentants au Parlement européen, ni que la présence de certains d'entre eux sur des listes de candidats auraient vicié ladite élection ; que, dès lors, sa requête doit être rejetée ;

Depuis lors, le Conseil d'État contrôle la conformité de la loi, même postérieure au traité. De même, depuis une décision du 29 juin 1990, *GISTI (AJDA, 1990, p. 758)* le Conseil d'État interprète lui-même les traités au lieu de le demander au ministère des Affaires étrangères.

C. La loi et le règlement

327

En droit français, le terme de loi a essentiellement une signification formelle : *la loi est l'acte voté par le Parlement selon la procédure législative*. Depuis 1958, le problème se pose de façon différente car il existe deux catégories d'organes qui, dans l'État, ont compétence pour poser des règles à caractère général et impersonnel : le Parlement qui vote la loi, le Gouvernement qui dispose du pouvoir réglementaire. Auparavant, la loi était supérieure au règlement qui venait la compléter et en fixer les modalités d'application. Or, la subordination classique du règlement à la loi a évolué.

1 ° La distinction classique

328

Le Parlement, issu directement de la volonté du peuple, était considéré comme l'organe souverain : le Gouvernement, bien que titulaire de pouvoirs propres, lui restait subordonné. Cette situation déterminait les rapports de la loi et du règlement au double point de vue de leur *force juridique et de leur domaine*.

La loi, expression de la volonté du peuple, était considérée comme la règle suprême à laquelle toutes les autres étaient subordonnées (sauf naturellement la Constitution). Le règlement, émanation des autorités subordonnées, était lui-même subordonné à la loi qu'il devait exécuter. Normalement, un règlement ne pouvait être pris que sur la base d'une loi pour en régler les modalités d'application : il ne pouvait ni modifier expressément la loi, ni la contredire. Le juge pouvait donc vérifier la conformité du règlement à la loi et le censurer en cas d'illégalité.

Dans cette conception, la loi ne pouvait donc pas avoir de domaine propre : le législateur souverain pouvait intervenir dans n'importe quelle matière. Le

règlement ne possédait pas non plus de domaine propre puisque, intervenant à l'appui de la loi, son champ d'action coïncidait exactement avec celui de la loi, dont il ne pouvait qu'assurer l'exécution.

Cette distinction classique a évolué en plusieurs étapes :

– *un pouvoir réglementaire autonome* a été reconnu au Gouvernement dans les matières que le législateur n'avait pas eu l'opportunité de saisir (CE, 8 août 1919, *Labonne*, GAJA, n° 35) ;

Document n° 30 **CE, 8 août 1919, *Labonne***

« ... il appartient au Chef de l'État, en dehors de toute délégation législative et en vertu de ses pouvoirs propres, de déterminer celles des mesures de police qui doivent en tout état de cause être appliquées dans l'ensemble du territoire... ».

– *l'apparition des décrets-lois*, à partir de 1926, lorsque le législateur ne sera plus en mesure de faire totalement face à sa mission ;

– *l'interdiction faite par la Constitution de 1946 (art. 13) à l'Assemblée nationale de déléguer son pouvoir législatif* devait entraîner plusieurs dérogations permettant au Gouvernement d'intervenir en matière législative : *loi du 17 août 1948*, indiquant les « matières ayant par nature un caractère réglementaire », *l'avis du Conseil d'État du 6 février 1953* permettant des délégations de compétence limitées, le *système des lois-cadres*.

Il n'apparaissait plus possible de continuer à agir dans le cadre d'un régime fictif où la loi et le règlement, en fait, intervenaient dans des domaines différents. La Constitution de 1958 en a tiré les conséquences.

2° La loi et le règlement dans la Constitution de 1958

329

La Constitution de 1958 n'a pas modifié la définition de la loi et du règlement, c'est toujours l'autorité qui les élabore qui les caractérise : *la loi est l'acte adopté par le Parlement, le règlement émane de l'exécutif* (en principe le Premier ministre, art. 21). En réalité, la Constitution a provoqué un véritable bouleversement qui a abouti à une extension considérable du domaine du règlement, par conséquent à un renforcement des attributions du pouvoir exécutif, qu'il faut envisager à deux niveaux : le régime normal et le régime exceptionnel.

a) Le régime normal : les articles 34 et 37 de la Constitution

C'est le domaine respectif de la loi et du règlement qui a subi le bouleversement provoqué par la Constitution de 1958 car leur autorité juridique respective est restée marquée par les solutions antérieures.

Comme nous l'avons déjà indiqué (voir *supra*, 1^{re} partie), ce sont les articles 34 et 37 de la Constitution qui ont procédé à la délimitation du domaine respectif de la loi et du règlement. Des sanctions rigoureuses et précises ont également été mises en place, destinées essentiellement à empêcher le législateur de quitter son domaine. Rappelons-les par souci de clarté :

– les lois ayant déjà (avant 1958) statué dans des matières devenues réglementaires perdent leur force propre : elles peuvent être modifiées par décrets en Conseil d'État (art. 37) ;

– le Gouvernement peut opposer l'irrecevabilité à toute proposition de loi ou d'amendement qu'il estime hors du domaine de la loi : en cas de désaccord avec le président de l'une ou de l'autre assemblée, le Conseil constitutionnel tranchera (art. 41) ;

– si une loi promulguée est estimée intervenir dans le domaine propre du règlement, le Gouvernement pourra la modifier par décret (ou certaines de ses dispositions) à condition que le Conseil constitutionnel ait déclaré leur caractère réglementaire (art. 37, al. 2) ;

– le Conseil d'État, saisi par la voie du recours pour excès de pouvoir (voir *supra* n° 302), pourra annuler un règlement entaché d'illégalité du fait qu'il aura statué sur une matière réservée à la loi.

Malgré la nouvelle répartition effectuée par la Constitution, *l'autorité respective de la loi et du règlement subsiste* conformément à la tradition : la loi conserve dans la hiérarchie juridique une autorité supérieure à celle du règlement. Cette solution est normale pour les règlements pris en vue d'assurer l'exécution de la loi ainsi que dans le cas, prévu à l'article 34, où la loi se borne à fixer les principes fondamentaux. Toutefois, le problème se pose différemment dans le cas des règlements intervenus sur la base de l'article 37 (les règlements autonomes) dans des domaines exclusivement réservés aux matières réglementaires. Ici, le Gouvernement statue avec une liberté voisine de celle du législateur : il n'est lié que par la nécessité de respecter la Constitution, les traités et les principes généraux du droit. Sa décision reste cependant un acte de l'exécutif, soumis comme tel à la censure du juge qui peut en sanctionner l'irrégularité (*cf.* CE, 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*, GAJA, n° 75, ainsi que CE, 12 févr. 1960, *Société Eky*, D. 1960, p. 263).

Document n° 31

CE, 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*

« ... que, dans l'exercice de ces attributions, il (le Président du Conseil) était cependant tenu de respecter, d'une part, les dispositions des lois applicables dans les territoires d'Outre-mer, d'autre part, les principes généraux du droit qui, résultant notamment du préambule de la Constitution, s'imposent à toute autorité réglementaire même en l'absence de dispositions législatives... »

Au contraire, la loi, qui peut être soumise au contrôle de constitutionnalité au cours de son élaboration, échappe, dès qu'elle est promulguée, à tout contrôle. Elle reste dans son domaine un acte souverain alors que le règlement, même dans le sien, ne possédera jamais cette qualité. Le règlement reste ainsi subordonné à la loi dans toutes les matières où les deux compétences, législative et réglementaire, restent appelées à s'exercer l'une et l'autre ; de plus, même dans les matières où le règlement n'est pas subordonné à la loi, celles où est exclue toute compétence législative, il demeure inférieur à la loi quant à sa force juridique.

b) Le régime exceptionnel

↪ **Les ordonnances prises en vertu de l'article 38 de la Constitution**

En régime normal, le Gouvernement ne peut intervenir dans le domaine législatif que pour assurer l'exécution des lois. Il n'en est toutefois pas exclu de façon permanente : l'article 38 de la Constitution (voir *supra* n° 113) prévoit et organise l'ancienne pratique des décrets-lois sous le nom d'ordonnances.

Les ordonnances doivent être délibérées en Conseil des ministres, après avis du Conseil d'État, et signées par le président de la République (art. 13). La loi d'habilitation, qui autorise l'exécutif à procéder par voie d'ordonnances, délimite le champ ouvert au Gouvernement dans le domaine législatif ainsi que la durée de la délégation. À signaler que l'habilitation peut être accordée par voie de loi votée par référendum (*cf.* loi du 13 avril 1962). Elle comporte deux conséquences : dans le domaine qu'elle prévoit, le Gouvernement peut statuer avec la même liberté que le législateur (il peut donc modifier une loi préexistante) ; pendant ce temps, le Parlement est dessaisi et ne peut, jusqu'à l'expiration du délai d'habilitation, modifier une ordonnance par voie législative.

↪ **Les ordonnances entrent en vigueur dès leur publication**

Les ordonnances entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le Gouvernement, avant la date fixée par la loi d'habilitation, n'a pas déposé devant le Parlement un projet de loi tendant à la ratification de celles-ci. Tant que le Parlement n'a pas statué sur le projet de loi de ratification, les ordonnances demeurent des actes de l'exécutif, soumis au principe de légalité. Il est donc possible de les déférer au juge administratif par la voie du recours pour excès de pouvoir ; le contrôle du juge restera nécessairement limité car il ne peut guère l'exercer que par rapport à la Constitution et à la loi d'habilitation elle-même, qui est traditionnellement rédigée en termes extrêmement larges. Le Conseil d'État a adopté la même solution pour les ordonnances prises sur habilitation référendaire : il n'a pas hésité à contrôler et même à annuler une telle ordonnance prise sur habilitation d'une loi adoptée par référendum (CE, 19 oct. 1962, *Canal*, *GAJA*, n° 80).

Document n° 32
CE, 19 oct. 1962, *Canal*

« ... qu'il résulte de ses termes mêmes que ce texte a eu pour objet, non d'habiliter le président de la République à exercer le pouvoir législatif lui-même, mais seulement de l'autoriser à user exceptionnellement, dans le cadre et les limites qui y sont précisées, de son pouvoir réglementaire, pour prendre, par ordonnances, des mesures qui normalement relèvent du domaine de la loi ; qu'il suit de là que l'ordonnance attaquée du 1^{er} juin 1962 qui a été prise en application de l'art. 2 de la loi du 13 avril 1962, conserve le caractère d'un acte administratif et est susceptible, comme tel, d'être déférée au Conseil d'État par la voie de recours pour excès de pouvoir... ».

Une fois la ratification intervenue, les ordonnances acquièrent force de loi : elles ne sont plus soumises à aucun contrôle juridictionnel. Au cas de refus de ratification, les ordonnances deviennent caduques, elles perdent toute force juridique à compter de cette date.

↪ **Les décisions prises en vertu de l'article 16**

L'article 16 de la Constitution prévoit que le président de la République, en cas de crise grave, peut prendre *toutes les mesures exigées par les circonstances* (voir *supra* n° 99). Ces mesures interviendront dans tous les domaines (législatif, réglementaire, individuel) et seront valables de par la seule signature du Chef de l'État (sur avis toutefois du Conseil constitutionnel). Le problème de la nature juridique de ces mesures pose la question de leur soumission au principe de légalité. La solution en a été donnée par le Conseil d'État en 1962 (CE, 2 mars 1962, *Rubin de Servens*, GAJA, n° 79) :

– la décision de mettre en vigueur l'article 16 échappe à tout contrôle de légalité : c'est un *acte de Gouvernement* (voir *infra* n° 339) ;

– les décisions prises sur la base de l'article 16 restent définies par les matières sur lesquelles elles portent : lorsqu'elles interviennent dans le domaine de la loi, elles ont valeur de loi et par conséquent ne sont susceptibles d'aucun contrôle juridictionnel ; lorsqu'elles portent sur une matière réglementaire, elles sont considérées comme des règlements et leur conformité au droit peut être contestée par la voie du recours pour excès de pouvoir.

Document n° 33

CE, 2 mars 1962, *Rubin de Servens*

« ... que cette décision présente le caractère d'un acte de Gouvernement dont il n'appartient au Conseil d'État ni d'apprécier la légalité ni de contrôler la durée d'application ; que ladite décision a eu pour effet d'habiliter le président de la République à prendre toutes les mesures exigées par les circonstances qui l'on motivée et, notamment, à exercer dans les matières énumérées à l'art. 34 de la Constitution le pouvoir législatif et dans les matières prévues à l'art. 37 le pouvoir réglementaire... ».

D. Les actes communautaires européens (le droit dérivé)

330

Le développement de l'Union européenne a provoqué l'apparition de nouvelles sources de légalité applicables en France. L'arrêt *Nicolo* (voir *supra* doc. n° 29) a fait prendre conscience de l'importance croissante de normes européennes qui s'imposent à l'Administration française. Il faut établir une distinction.

– *les règlements communautaires* sont directement applicables en France sans passer par l'intermédiaire d'un acte de droit interne. Le Conseil d'État a confirmé sa position traditionnelle à cet égard dans une décision du 24 septembre 1990, *Boisdet* (AJDA 1990, p. 906) en affirmant que le droit national ne pouvait pas faire obstacle à l'application d'un règlement communautaire ;

– *les directives européennes* : le Conseil d'État considérait traditionnellement qu'elles ne sont pas directement applicables au droit français (CE, Ass., 22 déc. 1978, *Cohn-Bendit*). Le Conseil d'État a opéré un revirement de jurisprudence dans un arrêt du 30 octobre 2009 (CE, Ass., 30 oct. 2009, *Mme Emmanuelle A...*). Aux termes de ce revirement, un justiciable peut désormais se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif, réglementaire ou non réglementaire, des dispositions d'une directive, lorsque l'État n'a pas pris, dans les délais impartis, les mesures de transposition nécessaires.

Document n° 34
CE, Ass., 30 oct. 2009

Vu la requête, enregistrée le 24 octobre 2006 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, présentée pour Mme Emmanuelle A, épouse C, demeurant... ; Mme A, épouse C demande au Conseil d'État :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir, d'une part, le décret du 24 août 2006 portant nomination dans la magistrature en tant qu'il la nomme vice-présidente chargée de l'application des peines au tribunal de grande instance de Périgueux et qu'il nomme Mme Eva B, épouse D, à l'administration centrale à compter du 1^{er} septembre 2006, d'autre part, l'arrêté du 29 août 2006 portant nomination de Mme B, épouse D, juge de l'application des peines au tribunal de grande instance de Périgueux, en qualité de chargée de formation à l'École nationale de la magistrature à compter du 1^{er} septembre 2006 ;

2°) de mettre à la charge de l'État le versement de la somme de 5 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la Constitution, notamment son Préambule et les articles 1^{er}, 55 et 88-1 ;

Vu le traité instituant la Communauté européenne ;

Vu la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Vu la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;

Vu l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature ;

Vu la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, et notamment son article 13 ;

Vu le décret n° 99-1073 du 21 décembre 1999 régissant les emplois de l'École nationale de la magistrature ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Pierre Chaubon, Maître des Requêtes,
- les observations de la SCP Lyon-Caen, Fabiani, Thiriez, avocat de Mme A, épouse C et du Syndicat de la magistrature,
- les conclusions de M. Mattias Guyomar, rapporteur public,
- les nouvelles observations de la SCP Lyon-Caen, Fabiani, Thiriez, avocat de Mme A, épouse C et du Syndicat de la magistrature

Considérant que Mme A a demandé, dans sa requête introductive d'instance, l'annulation, d'une part, du décret du 24 août 2006 portant nomination dans la magistrature en tant qu'il la nomme vice-présidente, chargée de l'application des peines, au tribunal de grande instance de Périgueux, et en tant que, selon elle, il nommerait Mme B au sein de l'administration centrale, d'autre part, de l'arrêté du 29 août 2006 du garde des Sceaux, ministre de la justice, portant nomination de Mme B, juge de l'application des peines au tribunal de grande instance de Périgueux, en qualité de chargée de formation à l'École nationale de la magistrature à compter du 1^{er} septembre 2006 ;

Sur les conclusions de la requête dirigées contre le décret du 24 août 2006 en tant qu'il nomme Mme A vice-présidente, chargée de l'application des peines, au tribunal de grande instance de Périgueux : Considérant que, par un mémoire enregistré le 17 janvier 2007, la requérante s'est désistée de ces conclusions ; qu'il convient de lui en donner acte ;

Sur la recevabilité des autres conclusions de Mme A :

Considérant qu'à la suite de ce désistement, Mme A a limité ses autres conclusions à l'encontre du décret du 24 août 2006 à la contestation de la nomination à l'administration centrale de Mme B ; qu'en l'absence d'une telle mesure dans le décret attaqué, que fait valoir à juste titre le garde des Sceaux, ministre de la justice, ces conclusions ne sont pas recevables ; qu'en revanche Mme A a intérêt à agir contre l'arrêté du 29 août 2006, dès lors qu'elle est susceptible d'occuper la fonction à laquelle Mme B a été nommée par cet arrêté ; qu'ainsi ses conclusions à fin d'annulation de cet arrêté sont recevables ;

Sur l'intervention du Syndicat de la magistrature :

Considérant que le litige relatif à la nomination de Mme A comme vice-présidente chargée de l'application des peines au tribunal de grande instance de Périgueux prend fin par suite du désistement dont il

est donné acte par la présente décision ; que dès lors l'intervention du Syndicat de la magistrature au soutien des conclusions dont Mme A s'est désistée est devenue sans objet ;

Considérant que, dès lors que les conclusions de Mme A dirigées contre le décret du 24 août 2006 sont irrecevables, l'intervention du Syndicat de la magistrature au soutien de ces conclusions est également irrecevable ;

Considérant, en revanche, que le Syndicat de la magistrature a un intérêt de nature à justifier son intervention au soutien des conclusions de la requête de Mme A en tant qu'elles sont dirigées contre l'arrêté du 29 août 2006 ; que, par suite, son intervention est recevable dans cette mesure ;

Sur la légalité des décisions attaquées :

Considérant que Mme A soutient, à l'appui de sa requête, que le garde des Sceaux, ministre de la justice, aurait commis une erreur de droit en écartant sa candidature au poste de chargé de formation à l'École nationale de la magistrature en raison de son engagement syndical et aurait entaché sa décision d'une erreur manifeste d'appréciation en préférant celle de Mme B ;

Considérant que la requérante invoque le bénéfice des règles relatives à la charge de la preuve fixées par l'article 10 de la directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, dont le délai de transposition expirait le 2 décembre 2003, antérieurement à la date des décisions attaquées, alors que cette disposition n'a été transposée de manière générale que par l'article 4 de la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

Considérant que la transposition en droit interne des directives communautaires, qui est une obligation résultant du Traité instituant la Communauté européenne, revêt, en outre, en vertu de l'article 88-1 de la Constitution, le caractère d'une obligation constitutionnelle ; que, pour chacun de ces deux motifs, il appartient au juge national, juge de droit commun de l'application du droit communautaire, de garantir l'effectivité des droits que toute personne tient de cette obligation à l'égard des autorités publiques ; que tout justiciable peut en conséquence demander l'annulation des dispositions réglementaires qui seraient contraires aux objectifs définis par les directives et, pour contester une décision administrative, faire valoir, par voie d'action ou par voie d'exception, qu'après l'expiration des délais impartis, les autorités nationales ne peuvent ni laisser subsister des dispositions réglementaires, ni continuer de faire application des règles, écrites ou non écrites, de droit national qui ne seraient pas compatibles avec les objectifs définis par les directives ; qu'en outre, tout justiciable peut se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire, des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'État n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaires ;

Considérant qu'aux termes de l'article 10 de la directive du 27 novembre 2000 : 1. Les États membres prennent les mesures nécessaires, conformément à leur système judiciaire, afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement. / 2. Le paragraphe 1 ne fait pas obstacle à l'adoption par les États membres de règles de la preuve plus favorables aux plaignants. / 3. Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux procédures pénales. / 4. Les paragraphes 1, 2 et 3 s'appliquent également à toute procédure engagée conformément à l'article 9, paragraphe 2. / 5. Les États membres peuvent ne pas appliquer le paragraphe 1 aux procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction ou à l'instance compétente. ; qu'en vertu du cinquième paragraphe de cet article, les dispositions précitées relatives à l'aménagement de la charge de la preuve n'affectent pas la compétence laissée aux États membres pour décider du régime applicable aux procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction ; que tel est l'office du juge administratif en droit public français ; qu'ainsi, eu égard à la réserve que comporte le paragraphe 5 de l'article 10, les dispositions de ce dernier sont dépourvues d'effet direct devant la juridiction administrative ;

Considérant toutefois que, de manière générale, il appartient au juge administratif, dans la conduite de la procédure inquisitoire, de demander aux parties de lui fournir tous les éléments d'appréciation de nature à établir sa conviction ; que cette responsabilité doit, dès lors qu'il est soutenu qu'une mesure a pu être empreinte de discrimination, s'exercer en tenant compte des difficultés propres à l'administration de la preuve en ce domaine et des exigences qui s'attachent aux principes à valeur constitutionnelle des droits de la défense et de l'égalité de traitement des personnes ; que, s'il appartient au requérant qui s'estime lésé par une telle mesure de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte à ce dernier principe, il incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; que la

conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si la décision contestée devant lui a été ou non prise pour des motifs entachés de discrimination, se détermine au vu de ces échanges contradictoires ; qu'en cas de doute, il lui appartient de compléter ces échanges en ordonnant toute mesure d'instruction utile ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier qu'à l'appui de ses allégations, Mme A se fonde sur des éléments de fait, tenant tant à la qualité de sa candidature qu'à des procédures antérieures de recrutement à la fonction de chargé de formation pour l'application des peines à l'École nationale de la magistrature, pour soutenir que cette candidature aurait été écartée en raison de ses responsabilités syndicales connues de l'administration ; que ces éléments de fait sont corroborés par une délibération en date du 15 septembre 2008 de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, que cette dernière a entendu verser au dossier de la procédure en application de l'article 13 de la loi du 30 décembre 2004 ; que, si ces éléments peuvent ainsi faire présumer l'existence d'une telle discrimination, il ressort des pièces du dossier et, notamment, des éléments de comparaison produits en défense par le garde des Sceaux, ministre de la justice que la décision de nommer Mme B plutôt que Mme A au poste de chargé de formation à l'École nationale de la magistrature repose sur des motifs tenant aux capacités, aptitudes et mérites respectifs des candidates ; que la préférence accordée à la candidature de Mme B procédait en effet d'une analyse comparée des évaluations professionnelles des deux magistrats et des appréciations que comportait l'avis motivé en date du 10 avril 2006 établi, conformément à l'article 12 du décret du 21 décembre 1999 régissant les emplois de l'École nationale de la magistrature, en vigueur à la date de la décision attaquée, par la commission de recrutement mise en place par l'école ; qu'elle était également en correspondance avec les critères fixés préalablement dans la description du poste publiée par l'école, tenant au fonctionnement et aux caractéristiques de l'équipe pédagogique, ainsi qu'aux capacités linguistiques requises par ses missions internationales ; que, dans ces conditions, ce choix, même s'il n'était pas celui du directeur de l'école, dont l'avis était prescrit par l'article 10 du même décret, doit être regardé comme ne reposant pas sur des motifs entachés de discrimination ; que, dès lors, il n'est pas entaché d'erreur de droit ;

Considérant que, contrairement à ce que soutient la requérante, il ne ressort pas des pièces du dossier que le choix de Mme B est entaché d'erreur manifeste d'appréciation ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la requête de Mme A ne peut qu'être rejetée, ainsi, par voie de conséquence, que ses conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

D E C I D E :

Article 1^{er} : Il est donné acte du désistement des conclusions de la requête de Mme A dirigées contre le décret du 24 août 2006 en tant que ce décret la nomme vice-présidente, chargée de l'application des peines, au tribunal de grande instance de Périgueux.

Article 2 : Il n'y a pas lieu de statuer sur l'intervention du Syndicat de la magistrature au soutien des conclusions dont Mme A s'est désistée.

Article 3 : L'intervention du Syndicat de la magistrature au soutien des autres conclusions de Mme A dirigées contre le décret du 24 août 2006 n'est pas admise.

Article 4 : L'intervention du Syndicat de la magistrature au soutien des conclusions de Mme A dirigées contre l'arrêté du 29 août 2006 est admise.

Article 5 : Le surplus des conclusions de la requête de Mme A est rejeté.

Article 6 : La présente décision sera notifiée à Mme Emmanuelle A, épouse C, à Mme Eva B, épouse D, au Syndicat de la magistrature et à la ministre d'État, garde des Sceaux, ministre de la justice et des libertés.

Une copie en sera adressée, pour information, à la Haute Autorité pour la lutte contre les discriminations et pour l'égalité.

Document n° 35
CE, Ass., 3 févr. 1989, *Compagnie Alitalia*, Rec. 44

Cons. que l'autorité compétente, saisie d'une demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, est tenue d'y déférer, soit que ce règlement ait été illégal dès la date de la signature, soit que l'illégalité résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date : qu'en se fondant sur les dispositions de l'article 3 du décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'Administration et les usagers, qui s'inspirent de ce principe, la compagnie Alitalia a demandé le 2 août 1985 au Premier ministre d'abroger l'article 1^{er} du décret n° 67-604 du 27 juillet 1967, codifié à l'article 230 de l'annexe II au Code général des impôts, et les articles 25 et 26 du décret n° 79-1163 du 29 décembre 1979, codifiés aux

articles 236 et 238 de l'annexe II au Code général des impôts au motif que leurs dispositions, pour le premier, ne seraient plus, en tout ou partie, compatibles avec les objectifs définis par la sixième directive du Conseil des communautés européennes et, pour les seconds, seraient contraires à ces objectifs ; que le Premier ministre n'ayant pas répondu à cette demande dans le délai de 4 mois, il en est résulté une décision implicite de rejet, que la compagnie Alitalia a contesté pour excès de pouvoir dans le délai du recours contentieux ;

Cons. qu'il ressort clairement des stipulations de l'article 189 du traité du 15 mars 1957 que les directives du Conseil des communautés économiques européennes lient les États membres « quant au résultat à atteindre » ; que si, pour atteindre ce résultat, les autorités nationales qui sont tenues d'adapter leur législation et leur réglementation aux directives qui leur sont destinées, restent seules compétentes pour décider de la forme à donner à l'exécution de ces directives et pour fixer elles-mêmes, sous le contrôle des juridictions nationales, les moyens propres à leur faire produire leurs effets en droit interne, ces autorités ne peuvent légalement, après l'expiration des délais impartis, ni laisser subsister des dispositions réglementaires qui ne seraient plus compatibles avec les objectifs définis par les directives dont s'agit, ni édicter des dispositions réglementaires qui seraient contraires à ces objectifs.

● § 2 Les règles de droit non écrites

331 Au-delà des règles fixées par le droit écrit, il y a celles qui sont non écrites, dégagées par le juge pour pallier l'absence ou l'insuffisance d'un texte.

A. Les principes généraux du droit

332 Le juge administratif apprécie généralement la conformité des actes de l'Administration par rapport aux règles écrites traditionnelles : constitution, traité international, loi et règlement. Dans certaines hypothèses, c'est en fonction de « principes généraux du droit » qu'il procède à la vérification de la légalité ou de l'illégalité d'un acte. Les principes généraux du droit présentent la caractéristique de n'être inscrits dans aucun texte, du moins ils ne sont pas invoqués comme tels en raison de leur inscription dans un texte car ils ne se trouvent de façon formelle ni dans une Constitution, ni dans une loi, ni dans un règlement. La jurisprudence récente utilise de plus en plus fréquemment cette notion, tant celle du Conseil d'État que celle du Conseil constitutionnel.

L'origine de cette notion se trouve en effet dans la jurisprudence, en particulier après la Seconde Guerre mondiale. À titre d'exemple, citons deux décisions importantes :

– l'une a affirmé l'existence du principe général des droits de la défense : CE, 5 mai 1944, *Dame veuve Trompier-Gravier*, GAJA, n° 54 ;

– l'autre a confirmé celui de l'égalité devant le service public : CE, 9 mars 1951, *Société des Concerts du Conservatoire*, GAJA, n° 64.

Document n° 36

CE, 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*

« ... l'Administration de la Radiodiffusion française a usé de ses pouvoirs pour un autre but que celui en vue duquel ils lui sont conférés et a méconnu le principe d'égalité qui régit le fonctionnement des services publics... ».

Ces principes sont le plus souvent empruntés soit à la tradition libérale (liberté individuelle, d'opinion, de pensée, principe d'égalité...), soit aux nécessités de la vie en société (non-rétroactivité, continuité des services publics...), soit à l'équité (enrichissement sans cause, respect des droits acquis...). Avant 1958, dans le cadre des rapports qui existaient alors entre la loi et le règlement, la force juridique des principes généraux du droit trouvait son explication dans leur assimilation à des règles ayant valeur législative. Le juge administratif considérait que le législateur pouvait s'en écarter mais il admettait que les principes généraux du droit s'imposaient à l'Administration, en particulier au pouvoir réglementaire : ils ne tenaient pas la loi en échec mais l'Administration devait s'y soumettre. L'explication de cette attitude se trouvait dans la nature même des principes généraux du droit qui n'étaient rien d'autre que la synthèse de dispositions législatives éparses, synthèse permettant d'appliquer le principe même là où le législateur avait omis d'en faire une application expresse. C'est dire que le juge ne crée pas les principes généraux du droit : il les découvre dans la tradition libérale, dans les lois, les règlements ; son seul mérite est de les synthétiser. Ainsi, dans son arrêt d'assemblée 24 mars 2006, *Société KPMG*, le Conseil d'État a consacré un nouveau principe, celui de la sécurité juridique (auquel d'ailleurs le Conseil d'État a consacré son rapport public 2006 parce qu'il constitue « l'un des fondements de l'État de droit »).

Depuis 1958, le problème de leur valeur juridique se présente autrement en raison de l'apparition d'une catégorie de règlements déliés du respect traditionnel dû à la loi. Si les principes généraux du droit devaient avoir valeur législative, normalement les règlements autonomes auraient dû pouvoir s'y soustraire. Dans la décision déjà citée de 1959 (*Syndicat général des ingénieurs-conseils*), le Conseil d'État n'a pas suivi ce raisonnement et a décidé, au contraire, que même dans les matières où le pouvoir réglementaire s'exerce en toute autonomie, les principes généraux du droit doivent s'appliquer. Pour certains, cette solution s'expliquerait par la valeur constitutionnelle de ces principes. L'explication réelle, la plus simple, est que les règlements autonomes, quel que soit leur contenu, demeurent des actes de l'exécutif et sont, comme tels, soumis au contrôle du juge administratif et donc aux règles dont il assure le respect : entre autres les principes généraux du droit. Cette solution a été consacrée par le Conseil constitutionnel qui réserve à la loi la possibilité de déroger aux principes généraux du droit, réserve faite de ceux auxquels il reconnaît une valeur constitutionnelle (DC, 16 juillet 1971, *AJDA*, 1971, p. 537), ce qui aboutit à soumettre à leur autorité les actes réglementaires. En conséquence, il est communément admis que les principes généraux du droit ont « valeur infralégislative et supradécrétale ». Cette réponse traditionnelle n'est cependant pas pleinement satisfaisante car elle occulte une partie du problème : comment faire coïncider ou au moins articuler les principes qui sont respectivement dégagés par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État ?

B. La jurisprudence

à-dire de poser des règles générales. Son rôle se limite à trancher les litiges particuliers qui lui sont soumis et à rendre des décisions d'espèce. Or le droit administratif est un droit où les règles écrites ne sont guère nombreuses : le cas particulier soumis au juge peut n'être réglé par aucun texte. Le juge doit pourtant trancher, ainsi que l'oblige l'article 4 du Code civil qui dispose que « le silence ou l'obscurité de la loi » ne constitue pas un motif suffisant pour refuser de juger. C'est donc l'obliger, dans cette hypothèse, à créer lui-même la règle de droit. Cette création du droit par le juge n'est pas arbitraire. Dans la plupart des cas, le juge trouve dans la législation et dans la réglementation en vigueur un principe qui lui permet de dégager une règle applicable à des cas pour lesquels un texte n'existe pas. Même dans l'hypothèse où le juge devance la législation, il ne se fie pas à son inspiration mais prend en compte l'état de développement de la société, les besoins de l'Administration, les droits concrets des citoyens, les sentiments de l'opinion publique... pour poser une règle jurisprudentielle. De toute façon, une règle jurisprudentielle ne lie pas définitivement le juge (même celui qui l'a posée) mais l'Administration comme les particuliers sont tenus de s'y conformer. La jurisprudence apparaît ainsi comme une source importante, essentielle même, de la légalité.

section **2**

Les exceptions au principe de légalité

334 Le principe de légalité soumet l'Administration au respect du droit. À ce principe, il est possible d'apporter deux exceptions constituées par la théorie des circonstances exceptionnelles et par celle des actes de gouvernement.

§ 1 Les circonstances exceptionnelles

335 Toutes les branches du droit, sous une forme ou sous une autre, connaissent une théorie qui admet que certaines entorses à la légalité peuvent être commises en raison de circonstances exceptionnelles qui empêchent, en quelque sorte, l'application des principes et des règles élaborées pour des périodes normales. En droit administratif, ce problème présente une acuité particulière dans la mesure où l'Administration, lorsque ces circonstances se produisent, est obligée d'agir de façon plus rapide et plus efficace ; or le respect strict de la légalité risquerait de la paralyser ou de la retarder.

La Constitution (art. 16) et la loi (état de siège, état d'urgence) ont elles-mêmes prévu des inflexions au respect des règles établies quand une situation de crise se réalise. Mais le Conseil d'État a élaboré une théorie jurisprudentielle dans laquelle il admet que les circonstances exceptionnelles peuvent autoriser

l'Administration à ne plus respecter strictement les lois auxquelles elle devrait normalement se plier. Toutefois, cela ne signifie pas que l'Administration soit totalement déliée du respect du droit : si elle échappe à la légalité ordinaire, elle demeure soumise à une légalité nouvelle dont le juge assurera le respect.

A. La notion de circonstances exceptionnelles

336

La jurisprudence des circonstances exceptionnelles est née pendant la Première Guerre mondiale : le Conseil d'État est intervenu à plusieurs reprises pour justifier des mesures qui, en raison des circonstances particulières de la guerre, ont été déclarées légales alors que l'application des règles normales aurait entraîné leur illégalité :

- CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, GAJA, n° 31 ;
- CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, GAJA, n° 33.

Document n° 37

CE, 28 juin 1918, *Heyriès*

« ... Considérant que, par l'art. 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le président de la République est placé à la tête de l'Administration française et chargé d'assurer l'exécution des lois ; qu'il lui incombe, dès lors, de veiller à ce qu'à toute époque les services publics institués par les lois et règlements soient en état de fonctionner, et à ce que les difficultés résultant de la guerre n'en paralysent pas la marche... ».

Document n° 38

CE, 28 févr. 1919, *Dames Dol et Laurent*

« ... Considérant que les limites des pouvoirs de police dont l'autorité publique dispose pour le maintien de l'ordre et de la sécurité, tant en vertu de la législation municipale que de la loi du 9 août 1849, ne sauraient être les mêmes dans le temps de paix et pendant la période de guerre où les intérêts de la défense nationale donnent au principe de l'ordre public une extension plus grande et exigent pour la sécurité publique des mesures plus rigoureuses ; qu'il appartient au juge, sous le contrôle duquel s'exercent ces pouvoirs de police de tenir compte, dans son appréciation, des nécessités provenant de l'état de guerre, selon les circonstances de temps, et de lieu, la catégorie des individus visés et la nature des périls qu'il importe de prévenir... »

Depuis, cette jurisprudence s'est confirmée, notamment pendant la Seconde Guerre mondiale et à la Libération. Dans tous les cas, on retrouve des éléments semblables : pour qu'il y ait des circonstances exceptionnelles, le juge exige l'existence d'une *situation anormale et exorbitante* ; il faut que l'Administration soit dans l'*impossibilité d'agir normalement* ; cette situation anormale ne dispense pas l'Administration de respecter la légalité simplement pour sa commodité mais parce que l'intérêt général l'exige.

B. Les conséquences des circonstances exceptionnelles

337

Elles sont, pour l'essentiel, doubles :

- les circonstances exceptionnelles *légitiment* les mesures que l'Administration a été amenée à prendre : par exemple, elles permettent de suspendre l'application

d'une loi ; l'Administration peut agir au-delà de sa compétence normale, sans respecter les règles de forme ou de procédure ni les règles de fond. Dans certains cas, les circonstances exceptionnelles habilent des organismes de pur fait à agir pour le compte de l'Administration quand celle-ci s'est montrée défailante (théorie des fonctionnaires de fait) ;

– les circonstances exceptionnelles *ne légitiment toutefois que les mesures nécessaires* ; dès qu'elles ont disparu, les pouvoirs exceptionnels de l'Administration disparaissent également.

Les circonstances exceptionnelles peuvent également avoir un effet intermédiaire qui est d'atténuer sans la supprimer une illégalité commise par l'Administration : c'est le cas dans l'affaire *Dame de la Murette* (T. confl., 27 mars 1952) où une action constitutive normalement d'une voie de fait a été reconnue comme une simple illégalité en raison des circonstances exceptionnelles ayant entouré l'affaire et que le juge administratif était compétent pour en apprécier les conséquences au plan de la responsabilité.

Document n° 39

T. confl., 27 mars 1952, *Dame de la Murette*

« ... Considérant, à la vérité, qu'il appartient à l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle de statuer sur les conséquences de tous ordres des atteintes arbitraires à cette liberté, celles-ci ayant par elles-mêmes le caractère d'une voie de fait ; mais que cette règle reçoit exception dans le cas où des circonstances exceptionnelles empêchent de reconnaître ce caractère aux atteintes dont s'agit... »

C. Le contrôle du juge

338

C'est l'élément essentiel de la théorie : les actes pris en période de circonstances exceptionnelles demeurent soumis au contrôle du juge qui vérifiera l'existence de telles circonstances ainsi que leur durée. Il contrôlera également si les mesures prises étaient bien rendues nécessaires par ces circonstances. Plus qu'une exception au principe de légalité, la théorie des circonstances exceptionnelles constitue une extension de la légalité sous le contrôle du juge.

§ 2 Les actes de gouvernement

339

La théorie des actes de gouvernement a eu pour objet, à l'origine, de soustraire à raison de leur *caractère politique*, certains actes administratifs au contrôle du juge et donc au respect du droit. Cette explication, qui reposait sur la raison d'État, a été abandonnée par le juge dès 1875 (CE, 19 févr. 1875, *Prince Napoléon*, GAJA, n° 3).

Toutefois, il existe un certain nombre d'actes de l'exécutif à propos desquels le juge continue à déclarer irrecevables les recours dirigés contre eux ; il est possible d'en dresser une liste, qui va d'ailleurs progressivement en se restreignant. Elle peut être articulée autour de deux idées :

↪ **Les rapports du Gouvernement et du Parlement**

Le juge se refuse ainsi à contrôler les actes relatifs aux élections parlementaires, les actes de collaboration entre le Gouvernement et le Parlement (droit d'initiative, promulgation de la loi, convocation et clôture des sessions extraordinaires...), la mise en application de l'article 16 (cf. décision *Rubin de Servens* préc.).

↪ **Les relations internationales**

Le juge ne contrôle pas non plus les actes relatifs aux traités internationaux (négociation, conclusion, interprétation...), les actes relatifs à la conduite de la guerre et, de façon générale, tous les actes de politique internationale ou relatifs à des rapports internationaux. Il faut signaler que, dans cette dernière hypothèse, le juge accepte de juger l'acte s'il est détachable de ces rapports, c'est-à-dire si la décision prise par l'autorité française ne met pas en cause ses relations avec des puissances étrangères.

L'explication de l'immunité juridictionnelle de ces actes de Gouvernement a donné lieu à de nombreuses controverses en doctrine. Pour certains, cette théorie est inutile car on peut très bien expliquer l'irrecevabilité des recours contre ces actes en faisant appel aux règles générales relatives à la compétence du juge administratif : ainsi pour les actes relatifs à la collaboration du Gouvernement et du Parlement, ce n'est que la conséquence logique de l'incompétence du juge administratif à l'égard du Parlement ; il en est de même pour les actes intéressant les rapports internationaux. À la limite, cette explication devrait aboutir à éliminer l'existence même des actes de Gouvernement, ce qui serait d'ailleurs conforme au respect du principe de légalité. Toutefois, le Conseil d'État fait une application régulière de cette théorie : elle garde donc une valeur certaine en droit administratif, par exemple dans l'arrêt d'assemblée *Association Greenpeace France* du 29 septembre 1995 à propos de la décision du président de la République de reprendre les essais nucléaires dans le Pacifique.

On peut remarquer que dans les cas précédemment décrits, le juge redevient compétent si l'acte est détachable de ces rapports. Ainsi, une décision prise par une autorité française peut être examinée sur le plan de sa légalité si elle n'a pas d'implication dans l'ordre international.

Document n° 40

CE, Ass., 15 oct. 1993, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et gouverneur de la colonie royale de Hong-Kong*

Sur la compétence de la juridiction administrative : - Considérant que la décision rejetant une demande d'extradition est détachable de la conduite des relations diplomatiques de la France avec l'État dont émane cette demande ; que, par suite, la juridiction administrative est compétente pour connaître de la requête.

section 3

La portée du principe de légalité

340

Le non-respect du principe de légalité est sanctionné par le juge (voir *infra* n° 354) qui exerce son contrôle sur l'Administration. Ce contrôle n'est pas celui exercé par un supérieur hiérarchique qui peut se saisir de toutes les activités de ses subordonnés, sous tous leurs aspects, et ainsi annuler ou réformer les décisions prises par eux, non seulement quand elles sont illégales mais aussi quand elles lui paraissent inopportunes. Le contrôle du juge s'effectue, au contraire, au *seul plan de la légalité* : son contrôle sera plus précis, plus étroit mais aussi plus rigoureux. Il n'est pas concevable cependant que le contrôle de légalité s'étende à tous les éléments de l'action administrative ce qui lui interdirait toute liberté d'appréciation et toute initiative. En réalité, l'Administration dispose d'une assez large liberté de choix (le pouvoir discrétionnaire) dans certains domaines, qui s'accompagne d'une absence de liberté de choix (la compétence liée) dans d'autres domaines.

§ 1 Pouvoir discrétionnaire et compétence liée

341

Sur un plan théorique, l'Administration peut, à l'égard d'une décision qu'elle doit prendre, se trouver soit dans une situation de compétence liée, soit bénéficier d'un pouvoir discrétionnaire.

La *compétence liée* est la situation dans laquelle l'Administration, en vertu des lois et règlements, est tenue de se décider d'une certaine manière, sans avoir la possibilité d'exercer un choix. Quand les conditions prévues par les textes sont réunies, elle prendra la décision qui lui est imposée : c'est le cas, par exemple, de la délivrance d'un permis de chasse ou d'un permis de construire.

Le *pouvoir discrétionnaire* existe lorsque les lois et les règlements laissent à l'Administration la liberté d'agir à sa guise, de se décider dans un sens ou dans un autre, compte tenu des circonstances. Ainsi l'avancement au choix des fonctionnaires ou encore l'attribution d'une décoration constituent les hypothèses de pouvoir discrétionnaire. Cela ne signifie d'ailleurs pas que la décision administrative sera arbitraire, l'Administration devra se décider de manière légale mais les textes ne lui imposent pas à l'avance le contenu de la décision.

L'intérêt de cette distinction se situe essentiellement au niveau des pouvoirs du juge :

– dans une *situation de compétence liée*, les actes de l'Administration peuvent être appréciés au point de vue de la légalité de façon simple ; le juge, saisi d'un recours, vérifiera si les conditions requises étaient bien remplies et selon le résultat, positif ou négatif, de ses investigations, il rejettera le recours ou prononcera l'annulation ;

– dans l'exercice de son *pouvoir discrétionnaire*, le contrôle de l'action administrative sera plus délicat ; dans le cas, par exemple, d'un refus d'avancement au choix, les textes laissent justement à l'Administration la possibilité d'accorder ou de refuser cette promotion à sa guise : c'est un problème d'opportunité au sens juridique du terme, l'Administration pouvant décider ce qui lui paraît la meilleure solution sans que le respect de la légalité lui impose une décision plutôt qu'une autre. En principe, le juge ne peut apprécier l'opportunité d'une décision administrative.

❶ 2 Les limites de la distinction

342

Dans la réalité administrative, il n'y a pas de véritable situation de compétence liée ou de pur pouvoir discrétionnaire : il existe un dosage entre les deux situations.

Il n'y a pratiquement jamais de pure compétence liée car même dans les hypothèses où l'action administrative paraît entièrement conditionnée, l'Administration peut souvent choisir le moment de son intervention.

De même, il n'y a pas de pur pouvoir discrétionnaire. Jusqu'au début du xx^e siècle, le droit administratif connaissait l'existence « d'actes discrétionnaires » à l'égard desquels tout recours était irrecevable. Le juge estimait en effet que ces actes étaient laissés à l'entière appréciation de l'Administration et qu'il n'y avait donc aucun élément de légalité à contrôler. Cette catégorie d'actes a disparu : la jurisprudence montre que même là où l'on peut imaginer que le pouvoir discrétionnaire est le plus large, il reste des éléments où le contrôle de légalité s'impose :

– *la compétence de l'autorité-auteur* de l'acte peut toujours faire l'objet d'un contrôle car il n'y a jamais de pouvoir discrétionnaire en matière de compétence : ce sont les lois et les règlements qui attribuent les compétences aux autorités administratives et il est bien évident que le contrôle de légalité s'exerce totalement du point de vue du respect des règles de compétence. Il en va de même pour les règles de forme ;

– *l'exactitude des motifs de fait et de droit* qui ont servi de base à la décision doit également être contrôlée par le juge ; ces motifs doivent être juridiquement et matériellement exacts : un juge pourra ainsi annuler une décision que l'Administration était libre de prendre, au motif qu'elle s'était fondée sur des faits matériellement inexacts. L'argument selon lequel l'Administration aurait pu prendre la décision sur la base d'autres faits ne peut être retenu : dès lors que des considérations de droit ou de fait ont servi de base à l'acte administratif et même si l'Administration dispose de larges pouvoirs discrétionnaires, l'acte

pourra être annulé si ces considérations sont entachées d'erreur de droit ou de fait ;

– *le but poursuivi* doit toujours être un but d'intérêt général et plus précisément le but d'intérêt général que l'autorité qui a pris la décision est chargée d'assumer.

§ 3 Le rôle du juge

343

Il est aisé de s'apercevoir que le rôle du juge est conditionné par l'étendue des pouvoirs de l'Administration : en matière de compétence liée, le rôle du juge s'exerce sans entraves ; en situation de pouvoir discrétionnaire, son rôle est atténué, le juge ne peut en principe censurer l'usage que l'Administration fait de ses pouvoirs. Une formule traduit cette situation : *le juge administratif est juge de la légalité et non de l'opportunité*.

Toutefois, cette formule est trop simplificatrice et ne traduit pas une réalité mouvante et complexe. Parfois, en effet, l'opportunité est intégrée à la légalité : une mesure n'est légale que si elle est opportune. C'est le cas des mesures de police qui ne sont légales que si elles sont nécessaires donc opportunes. De plus, la distinction entre compétence liée et pouvoir discrétionnaire n'est pas toujours très nette : chaque fois que le juge administratif pose une règle jurisprudentielle nouvelle, il fait passer sous l'empire de la légalité une activité qui était abandonnée jusque-là au pouvoir discrétionnaire, il déplace la limite qui sépare le pouvoir discrétionnaire de la compétence liée. En réalité, si le juge administratif ne contrôle pas l'opportunité et s'il est bien juge de la légalité, c'est d'une légalité dont il définit lui-même les contours. Depuis quelque temps, cependant, le juge éprouve certaines difficultés à réduire le pouvoir discrétionnaire, particulièrement dans les domaines nouveaux de l'intervention administrative : action économique, urbanisme... Les textes admettent en effet eux-mêmes des possibilités de dérogation dont la jurisprudence est amenée à tenir compte (CE, 22 févr. 1974, *Adam*, RDP 1974, p. 1784).

2

Le contrôle de la légalité : le Recours pour excès de pouvoir (REP)

344

Le recours pour excès de pouvoir a déjà été défini par opposition au recours de pleine juridiction : c'est un *recours contentieux qui vise à faire annuler par le juge une décision administrative illégale*, et par conséquent à faire respecter le principe de légalité par l'Administration.

Une étude particulière en est faite ici car c'est le recours le plus important et le plus original du droit administratif. C'est le moyen le plus efficace pour protéger les particuliers contre l'arbitraire éventuel de l'Administration. Il permet en effet, par une procédure simple, efficace et gratuite de faire annuler les actes illégaux de l'Administration. Le recours pour excès de pouvoir est l'œuvre du Conseil d'État qui l'a élaboré pratiquement sans texte au cours du XIX^e et du XX^e siècles. Depuis, certains textes sont venus concrétiser le recours en droit positif, mais sans apporter d'éléments nouveaux à l'œuvre du Conseil d'État. La dernière réforme en date remonte au décret du 30 septembre 1953 ; le recours pour excès de pouvoir relève désormais en premier ressort de la compétence des tribunaux administratifs, sauf les cas où le Conseil d'État est juge en premier ressort.

L'étude du recours pour excès de pouvoir soulève trois questions essentielles : *les conditions de recevabilité, les cas d'ouverture* (ou moyens d'annulation), *les effets du jugement*.

section **1**

Les conditions de recevabilité

345 On appelle ainsi les conditions qui doivent être remplies et réunies pour que le recours puisse être examiné par le juge. Si l'une de ces conditions fait défaut, le recours sera rejeté d'office par le juge sans même que celui-ci examine le bien-fondé de la requête. Depuis le début du xx^e siècle, le juge a examiné avec une bienveillance croissante ces conditions de recevabilité.

Elles sont au nombre de quatre :

❶ 1 Conditions tenant à la nature de l'acte

346 Le recours pour excès de pouvoir vise, nous l'avons dit, à annuler un acte administratif. Il s'agit des actes des diverses autorités administratives françaises qui constituent des décisions exécutoires, des actes faisant grief. À signaler que des actes émanant de personnes privées chargées de l'exécution d'un service public et comportant l'emploi de prérogatives de puissance publique peuvent être considérés comme des décisions exécutoires.

A. Le recours n'est recevable que contre un acte émanant d'une autorité administrative française

347 Le recours n'est donc pas recevable contre les décisions d'organes se rattachant à l'exercice du pouvoir judiciaire ou encore contre les décisions émanant de simples particuliers ou d'autorités étrangères. Les recours contre les décisions des autorités parlementaires ne sont pas non plus recevables lorsqu'elles concourent directement à l'élaboration de la loi ; par contre, celles concernant les agents et les services des assemblées peuvent faire l'objet d'un recours.

B. Le recours n'est recevable que lorsque l'acte administratif « fait grief »

348 Il faut que l'acte attaqué constitue une décision produisant des effets à l'égard du requérant (faisant « grief » comme dit le Conseil d'État).

Ceci exclut du recours pour excès de pouvoir des mesures qui peuvent être prises par des autorités administratives mais qui n'ont pas, par elles-mêmes, force exécutoire, c'est-à-dire qui n'obligent pas le simple particulier.

Citons le cas des *circulaires* administratives appelées encore instructions de service (voir *infra* n° 435). Ce sont des instructions données par un supérieur

hiérarchique aux fonctionnaires qui lui sont subordonnés. Ces circulaires s'imposent aux fonctionnaires mais non pas aux particuliers qui n'ont pas à en connaître. Les circulaires, en principe, bien qu'émanant d'une autorité administrative, ne peuvent être attaquées par la voie du recours pour excès de pouvoir, sauf lorsqu'elles ont un caractère impératif (cf. CE, Sect., 18 déc. 2002, *Mme Duvignères*, GAJA, n° 110).

Document n° 41
CE, Sect., 18 déc. 2002, *Mme Duvignères*

Cons. que la demande de Mme Duvignères, à laquelle la lettre du 23 février 2001 du garde des Sceaux, ministre de la justice, dont l'annulation est demandée, a opposé un refus, doit être regardée, contrairement à ce qui est soutenu en défense, comme tendant à l'abrogation, d'une part, du décret du 19 déc. 1991 portant application de la loi du 10 juill. 1991 relative à l'aide juridique et, d'autre part, de la circulaire du 26 mars 1997 relative à la procédure d'aide juridictionnelle en tant que ces deux textes n'excluent pas l'aide personnalisée au logement des ressources à prendre en compte pour l'appréciation du droit des intéressés au bénéfice de l'aide juridictionnelle...

Sur les conclusions tendant à l'annulation de la lettre du 23 févr. 2001 en tant qu'elle porte refus d'abroger partiellement le décret du 19 déc. 1991 :

Sur les conclusions tendant à l'annulation de la lettre du 23 févr. 2001 en tant qu'elle porte refus d'abroger partiellement la circulaire du 26 mars 1997 :

Cons. que l'interprétation que par voie, notamment, de circulaires ou d'instructions l'autorité administrative donne des lois et règlements qu'elle a pour mission de mettre en œuvre n'est pas susceptible d'être déferée au juge de l'excès de pouvoir lorsque, étant dénuée de caractère impératif, elle ne saurait, quel qu'en soit le bien-fondé, faire grief ; qu'en revanche, les dispositions impératives à caractère général d'une circulaire ou d'une instruction doivent être regardées comme faisant grief, tout comme le refus de les abroger ; que le recours formé à leur encontre doit être accueilli si ces dispositions fixent, dans le silence des textes, une règle nouvelle entachée d'incompétence ou si, alors même qu'elles ont été compétemment prises, il est soutenu à bon droit qu'elles sont illégales pour d'autres motifs ; qu'il en va de même s'il est soutenu à bon droit que l'interprétation qu'elles prescrivent d'adopter, soit méconnaît le sens et la portée des dispositions législatives ou réglementaires qu'elle entendait expliciter, soit réitère une règle contraire à une norme juridique supérieure ;

Cons. que si la circulaire contestée du 26 mars 1997 se borne à tirer les conséquences de l'article 2 du décret du 19 déc. 1991, elle réitère néanmoins, au moyen de dispositions impératives à caractère général, la règle qu'a illégalement fixée cette disposition ; que, par suite, Mme Duvignères est recevable et fondée à demander l'annulation de la lettre du 23 févr. 2001, en tant qu'elle porte refus d'abroger dans cette mesure la circulaire contestée...

(annulation de la décision du garde des Sceaux, ministre de la justice, du 23 févr. 2001 rejetant la demande d'abrogation partielle du décret du 19 déc. 1991 et de la circulaire du 26 mars 1997).

Il reste cependant deux exceptions, deux catégories d'actes administratifs et contre lesquels le recours est irrecevable.

D'abord les *actes de gouvernement* : ce sont certains actes considérés comme ayant une nature politique et ne pouvant en conséquence faire l'objet d'un recours. Ils sont aujourd'hui relativement peu nombreux. Ils concernent en effet essentiellement deux catégories d'actes, comme nous l'avons déjà signalé (voir *supra* n° 339) :

– les *actes pris par le Gouvernement dans ses relations avec le Parlement* (promulgation d'une loi, dissolution de l'Assemblée nationale...);

– les actes qui ont un caractère *diplomatique*, c'est-à-dire qui intéressent les relations avec les États étrangers.

Ensuite, ce sont les *contrats de l'Administration* contre lesquels un recours pour excès de pouvoir est irrecevable. Il n'y a en effet que le juge du contrat qui

puisse apprécier la régularité d'un contrat à l'occasion d'un recours de pleine juridiction. À noter toutefois que certains actes sont *détachables* du contrat et peuvent en conséquence faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (par exemple autorisation de passer un contrat...) (voir *infra* n° 448).

§ 2 Conditions tenant à la personne du requérant

349 Pour pouvoir intenter un recours, le requérant doit présenter certaines conditions.

A. Capacité d'ester en justice (personnalité juridique)

350 Ceci n'est pas particulier au recours pour excès de pouvoir : ce sont les règles valables devant toutes les juridictions qui s'appliquent ici.

B. Justification d'un intérêt personnel au recours

351 Il faut que le requérant ait *intérêt à l'annulation de l'acte*. Le recours pour excès de pouvoir n'est pas ouvert à n'importe qui, contre n'importe quel acte.

Le juge s'est d'ailleurs montré de plus en plus large dans la reconnaissance de l'intérêt minimum exigé pour que l'acte soit recevable : il faut un *intérêt direct et personnel* dont on ne peut donner une définition abstraite, tout est question d'espèce. Il faut donc se borner à donner quelques exemples d'intérêts que le juge a considérés comme suffisants pour ouvrir le recours.

Le Conseil d'État a ainsi admis que le contribuable d'une commune peut attaquer une délibération d'un conseil municipal engageant les finances de la commune et supposée illégale. À l'inverse, il n'admet pas que tout contribuable puisse attaquer toute décision du pouvoir central ayant des conséquences sur les finances de l'État. Le Conseil d'État a également admis que des intérêts collectifs peuvent être défendus par des associations, des syndicats.

Document n° 42

CE, 29 mars 1901, *Casanova*, GAJA, n° 8

« ... que les requérants contribuables dans cette commune, ont intérêt, en cette qualité, à faire déclarer cette délibération nulle de droit... ».

Document n° 43

CE, 28 déc. 1906, *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges*, GAJA, n° 17

« ... que s'il appartient aux syndicats professionnels de prendre en leur nom la défense des intérêts dont ils sont chargés aux termes de l'article 3 de la loi du 21 mars 1884, ils ne peuvent intervenir au nom d'intérêts particuliers sans y être autorisés par un mandat spécial... ».

En définitive, la notion d'intérêt est largement admise : ce que le Conseil d'État veut éviter c'est « l'action populaire », c'est-à-dire un recours trop largement ouvert à des personnes qui ne seraient pas concernées directement.

§ 3 Conditions de forme et de délai

352 Ce sont les conditions que nous avons déjà mentionnées.

Au niveau des formes, elles sont particulièrement réduites : dispense de ministère d'avocat... La requête doit être rédigée sur papier libre et doit indiquer les moyens d'annulation invoqués. Une copie de la décision attaquée doit être fournie. Depuis le 1^{er} janvier 2004, le recours est entièrement gratuit.

Au niveau des délais, c'est le délai de 2 mois qui s'applique ici dans toute sa rigueur.

§ 4 Condition tenant à l'absence d'un recours parallèle

353 En principe, le recours n'est pas recevable si le requérant dispose d'un autre recours contentieux pouvant lui donner un résultat équivalent

On peut dire que cette dernière condition tend à disparaître : en effet elle avait été introduite sous le Second Empire pour éviter que le recours pour excès de pouvoir ne prenne une trop grande extension au détriment du contentieux confié à d'autres tribunaux. L'évolution ayant été favorable au développement du recours, le Conseil d'État tend de plus en plus à ignorer cette condition et à adopter des solutions nuancées.

section 2

Les cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir

354 Les cas d'ouverture sont les hypothèses dans lesquelles le recours aboutit à l'annulation de l'acte administratif attaqué ; ce sont les moyens d'annulation, les différentes irrégularités qui peuvent entacher un acte administratif.

Traditionnellement, on en distingue quatre qui correspondent à l'évolution historique du recours pour excès de pouvoir : l'incompétence, la violation des formes, le détournement de pouvoir et la violation de la loi. Une classification plus récente se propose de tenir compte des éléments de l'acte : illégalité relative

à l'auteur (incompétence), aux formes et procédure (vice de forme), au but poursuivi (détournement de pouvoir) et à l'objet de l'acte ainsi qu'à ses motifs (violation de la loi). On a également proposé une distinction entre les illégalités externes (incompétence et vice de forme) et les illégalités internes (détournement de pouvoir et violation de la loi). Nous retiendrons toutefois la classification traditionnelle qui est admise de façon très générale.

Le juge administratif commence toujours par examiner les éléments de la légalité externe. Parfois, ils suffisent à justifier l'annulation de l'acte.

❶ § 1 L'incompétence

355

C'est une illégalité de l'acte administratif qui consiste en ce que l'auteur de la décision n'avait pas compétence juridique pour la prendre. La décision aurait pu être prise mais par une autre autorité.

L'incompétence peut se présenter sous des aspects divers.

L'acte a pu être accompli par une personne qui n'était pas une autorité administrative. C'est ce que l'on appelle *l'usurpation de fonctions*. Dans ce cas, l'acte n'est pas simplement nul mais inexistant sauf dans l'hypothèse où il peut être fait application de la théorie du fonctionnaire de fait.

On peut supposer que l'acte a été accompli par une personne qui était bien un agent public, mais qui a empiété sur les compétences d'une autre autorité (cas d'un maire qui prend une décision qui est de la compétence du conseil municipal par exemple). C'est ce que l'on appelle *l'empiètement de fonctions*.

L'incompétence constitue une illégalité radicale de l'acte administratif. Il y a toutefois une exception à cette illégalité en vertu de la théorie du *fonctionnaire de fait*. Dans certaines circonstances, on admet qu'un individu qui s'est immiscé irrégulièrement dans l'Administration sans avoir été investi de la fonction peut accomplir des actes valables. Il en est ainsi dans deux cas :

– *en temps normal*, il peut se faire que le public n'ait aucun moyen de s'apercevoir que l'individu auquel il a eu affaire n'était pas compétent. On ne peut en conséquence faire supporter au public, qui n'en est pas responsable, les conséquences de l'annulation de l'acte administratif. La théorie est alors fondée sur *l'apparence* de la régularité de l'acte (ex. : un conseiller municipal qui n'a pas de délégation formelle du maire pour célébrer un mariage) ;

– *en période exceptionnelle*, surtout en période de guerre, des individus occupent certaines fonctions, alors que les autorités légales sont dans l'impossibilité de les exercer, dans le but d'assurer les services publics essentiels pour la population. Dans ce cas, les actes accomplis par eux sont reconnus valables.

L'incompétence aboutit à une irrégularité particulièrement grave qui peut être soulevée d'office par le juge.

Il faut relever que lorsqu'une décision administrative nécessite un avis obligatoire (par exemple avis du Conseil d'État), elle est illégale pour incompétence si

l'autorité administrative n'en a pas soumis le texte à l'organisme qui doit délivrer un avis.

§ 2 La violation des formes

356

Il y a violation des formes lorsque, pour accomplir un acte administratif, l'autorité administrative compétente néglige d'observer les procédures, les formalités qui sont prévues par la loi. Dans ce cas, la décision est illégale. Ainsi, le défaut de motivation est un vice de forme (substantiel).

Pendant il y a des cas dans lesquels la violation des formes n'entraîne pas l'annulation de l'acte, sinon on aboutirait à un formalisme exagéré et abusif.

Il en est ainsi lorsque la formalité prévue est accessoire, secondaire, *non substantielle* ; c'est-à-dire que son non-respect n'a pu entraîner une modification de la décision.

Il en est également ainsi lorsque la formalité imposée par la loi l'était dans l'intérêt de l'Administration elle-même et non pas dans l'intérêt de l'administré.

Il en est enfin ainsi lorsqu'il a été matériellement impossible à l'autorité administrative d'accomplir la formalité.

Mais si la formalité est *substantielle*, c'est-à-dire que sa non-observation aurait pu avoir des conséquences sur le contenu même de la décision, la décision est illégale quand elle n'a pas été respectée.

§ 3 Le détournement de pouvoir

357

On dit qu'il y a détournement de pouvoir lorsqu'une autorité administrative prend une décision, en elle-même régulière, *mais dans un but qui n'était pas celui prévu par la loi*.

On trouve couramment deux types de détournement de pouvoir :

- a) Dans certains cas, l'autorité administrative prend une décision dans un but autre que l'intérêt général. En effet, l'acte administratif ne peut viser qu'un but d'intérêt général : il ne peut jamais être accompli dans un intérêt privé (ex. : favoritisme, vengeance...). Dans ce cas, l'acte est illégal et doit donc être annulé. Citons à titre d'exemple celui d'un maire qui avait refusé à une société musicale le droit de défiler par animosité personnelle à l'égard des dirigeants de cette association.
- b) Il y a une autre forme, moins voyante, d'irrégularité, c'est le cas où le but poursuivi est bien un but d'intérêt général mais n'est pas le but prévu de manière précise par la loi pour la compétence dont il a été fait usage. Par exemple, un maire limite la circulation sur les chemins de sa commune, non pas pour assurer la sécurité de la circulation, mais dans un intérêt

financier ou écologique. Le maire peut et même doit assurer la police de la circulation mais uniquement dans le but de sauvegarder la sécurité. Il a ici utilisé ses pouvoirs dans le but de réduire les frais d'entretien des voies donc dans un but autre que celui pour lequel il avait compétence pour agir : sa décision doit être annulée car il y a détournement de pouvoir.

La mise en œuvre du détournement de pouvoir est délicate : le juge exige que la preuve résulte soit de l'acte lui-même, soit d'un faisceau de présomptions.

§ 4 La violation de la loi

358 Ce quatrième cas d'ouverture, le plus utilisé en réalité, consiste en ce que l'autorité administrative est tenue de ne pas enfreindre la règle de droit. Cette violation vise soit les règles relatives au contenu, à l'objet de l'acte, soit les motifs de fait ou de droit qui l'ont justifié.

A. L'erreur de droit

359 Elle peut consister soit en une *violation directe de la règle de droit* (l'Administration a méconnu ou a négligé de respecter une règle de droit) soit en une violation de l'esprit de la règle de droit, soit en une fausse interprétation ou une fausse application de la règle de droit (ex. : une décision fondée sur une loi qui a été abrogée).

Dans ces hypothèses l'Administration a bien violé la loi (la règle de droit au sens large) : elle a commis une illégalité que le juge sanctionne par l'annulation de l'acte administratif.

B. L'erreur de fait

360 La cause de l'illégalité est ici plus subtile. Il ne faut pas oublier que l'Administration ne prend de décision que sur la base de certains faits, d'une certaine situation qui exige la prise de telle ou telle décision : ce sont les *motifs*.

Ces motifs peuvent être *matériellement inexistantes* : un acte est pris sur la base de motifs qui n'existent pas matériellement. Par exemple, un fonctionnaire est révoqué pour faute professionnelle : or il n'a pas commis de faute. Autre exemple, un préfet est mis à la retraite « sur sa demande » ; or il n'a pas fait de demande.

Ces motifs peuvent être *juridiquement inexistantes* : le motif existe bien matériellement mais juridiquement il ne peut servir de fondement à la décision de l'Administration. Par exemple, le juge annule des mesures de police s'il estime que le trouble apporté à l'ordre public ne lui paraît pas suffisant pour justifier la mesure. Il y a toutefois un danger, c'est que le juge ne substitue son appréciation à celle de l'Administration, car entre le contrôle de la qualification des faits et l'appréciation de l'opportunité, la différence est ténue. C'est pourquoi le juge se

refuse à contrôler la qualification des faits dans les cas où il laisse à l'Administration un large pouvoir discrétionnaire ; il se borne à un « contrôle minimum » de l'existence matérielle des motifs de fait. Toutefois, si le juge se refuse au contrôle de la qualification, il accepte de vérifier si l'Administration n'a pas commis une « erreur manifeste d'appréciation », notamment dans les hypothèses où se posent des problèmes techniques (CE, 2 nov. 1973, *Société anonyme Librairie François Maspéro*).

section **3**

Les effets du recours pour excès de pouvoir

361 Le recours pour excès de pouvoir est un recours en annulation. Cela suffit à définir ses effets et en même temps les pouvoirs du juge.

Le juge, sur recours pour excès de pouvoir, *ne peut qu'annuler* l'acte qui lui est déféré s'il estime qu'il est illégal ou *rejeter la requête* s'il estime que l'acte est légal.

Mais le juge *ne peut modifier* la décision attaquée ni *substituer* à la décision une autre qui serait légale.

Le juge ne peut pas non plus prononcer des condamnations pécuniaires car (voir *supra* n° 301) c'est l'objet du recours de pleine juridiction.

Les pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir sont donc étroits : ils se limitent en fait à une annulation.

Toutefois, les effets de la décision sont plus importants car l'annulation de l'acte administratif a une *autorité absolue*. L'acte annulé l'est en effet non seulement pour le requérant mais pour tout le monde (*erga omnes*) et de façon rétroactive : *l'acte annulé est censé n'avoir jamais existé*.

Toutefois si le recours pour excès de pouvoir aboutit à une décision de rejet, celle-ci n'a autorité qu'à l'égard du requérant.

L'Administration doit tirer toutes les conséquences nécessaires d'une décision d'annulation : elle est juridiquement tenue d'en faire disparaître tous les effets, ce qui est souvent difficile, parfois impossible. De toute façon, il n'existe aucune voie d'exécution contre l'Administration. Des voies de recours par contre peuvent être utilisées : l'appel devant les cours administratives d'appel, si toutefois la décision est prise en premier ressort par un tribunal administratif ; la tierce opposition ouverte à toute personne non intervenante à l'instance et qui aurait intérêt au maintien de l'acte annulé. Le Défenseur des droits, en cas d'inexécution d'un jugement, peut enjoindre à l'Administration en cause de s'y conformer.

Un progrès important est intervenu avec la loi du 16 juillet 1980 dans le domaine de l'exécution par l'Administration des décisions de justice. Cette loi prévoit tout d'abord le cas où l'État a été condamné au paiement d'une somme

d'argent : dans cette hypothèse, la somme doit être ordonnancée dans un délai de 2 mois. À défaut d'ordonnancement, le comptable assignataire de la dépense doit, à la demande du créancier et sur présentation de la décision de justice, procéder au paiement. La loi prévoit aussi le cas d'inexécution d'une décision rendue par une juridiction administrative. Ici, le juge administratif acquiert un pouvoir nouveau considérable : il peut, même d'office, prononcer une astreinte contre toutes les personnes morales de droit public pour assurer l'exécution de la décision. Cette astreinte est provisoire ou définitive. C'est au juge administratif qu'il appartient de liquider l'astreinte qu'il a prononcée.

Le bénéfice de l'astreinte revient au requérant. À noter que les pouvoirs du Conseil d'État en matière d'astreinte peuvent être exercés par le président de la section du contentieux.

La loi du 16 juillet 1980 a complété ainsi de façon essentielle le dispositif déjà renforcé par les possibilités d'intervention du Médiateur de la République. On peut penser raisonnablement que dorénavant les requérants n'éprouveront plus de difficultés majeures à faire exécuter les décisions juridictionnelles par l'Administration, notamment celle de l'État, d'autant plus qu'un décret du 15 mai 1990 a rendu plus efficace la procédure des astreintes (voir par ex. CE, 17 mai 1985, *Mme Menneret*, GAJA, n° 88).

La loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative a encore renforcé le pouvoir des juridictions administratives, notamment des cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs, dans l'exécution des jugements. Elle a en effet étendu aux tribunaux administratifs et aux cours administratives d'appel le pouvoir de prononcer des astreintes, réservé par la loi du 16 juillet 1980 au seul Conseil d'État, mais elle a surtout doté les juridictions administratives d'un pouvoir d'injonction qui complète efficacement l'astreinte. Ainsi, quand un jugement ou un arrêt implique une mesure d'exécution ou une nouvelle décision, la cour administrative d'appel ou le tribunal administratif peut prescrire cette mesure ou la prise de cette décision dans un délai déterminé si cela a été demandé dans la requête : c'est le pouvoir d'injonction.

Document n° 44

CE, Sect., 17 mai 1985, *Mme Menneret*, Rec. 149, concl. Pauti

Cons. qu'aux termes des dispositions de l'article 2 de la loi susvisée du 16 juillet 1980 : « En cas d'inexécution d'une décision rendue par une juridiction administrative, le Conseil d'État peut, même d'office, prononcer une astreinte contre les personnes morales de droit public pour assurer l'exécution de cette décision » ;

Cons. que, par un jugement du 1^{er} février 1977, le tribunal administratif de Limoges a annulé la délibération du conseil municipal de Maisonnais-sur-Tardoire en date du 17 septembre 1971 autorisant le maire à ne pas faire procéder à l'inscription du nom de M. Saumon, « mort pour la France », sur le monument aux morts de la commune, par le motif que cette délibération avait illégalement retiré la délibération, en date du 10 juillet 1971, qui avait décidé ladite inscription et était ainsi créatrice de droits ;

Cons. qu'à la date de la présente décision, le conseil municipal n'a pas pris les mesures propres à assurer l'exécution du jugement du 1^{er} février 1977 ; qu'il y a lieu, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, de prononcer contre la commune, à défaut pour elle de justifier de cette exécution dans un délai de 2 mois à compter de la notification de la présente décision, une astreinte de 200 F par jour jusqu'à la date à laquelle le jugement précité aura reçu exécution ;... (astreinte prononcée à l'encontre

de la commune de Maisonnais-sur-Tardoire), si elle ne justifie pas avoir, dans les 2 mois suivant la notification de la présente décision, exécuté le jugement du tribunal administratif de Limoges en date du 1^{er} février 1977, et jusqu'à la date de cette exécution. Le taux de cette astreinte est fixé à 200 F par jour, à compter de l'expiration du délai de 2 mois suivant la notification de la présente décision ; la commune de Maisonnais-sur-Tardoire communiquera au secrétariat du contentieux du Conseil d'État copie des actes justifiant des mesures prises pour exécuter le jugement susvisé du tribunal administratif de Limoges du 1^{er} février 1977.

Pour aller plus loin Titre 1

La hiérarchie des normes

C'est une question cruciale aujourd'hui. Les juridictions suprêmes, Conseil d'État et Cour de cassation, ont certes rappelé que la Constitution est la norme suprême. Mais la Constitution elle-même n'a-t-elle pas déjà fait l'objet de plusieurs révisions pour devenir compatible avec des traités internationaux ? Comment pourra résister la Constitution au développement de la jurisprudence de la CEDH ? En intégrant les principes qui sont contenus dans celle-ci ? La Constitution autrichienne a intégré dans son préambule le texte de la Convention européenne des droits de l'Homme. Le Conseil constitutionnel pourra-t-il continuer à vouloir ignorer le contrôle de conventionnalité ?

L'intérêt public majeur

La conciliation entre plusieurs impératifs d'intérêt général est toujours délicate. Ainsi, comment arbitrer entre l'intérêt public d'une opération d'aménagement et l'intérêt public de préserver l'environnement ?

Dans la loi du 5 janvier 2006, le législateur français s'est approprié la notion « d'intérêt public majeur » qui permet de donner la priorité à la protection du patrimoine biologique.

Article L. 411-2 du Code de l'environnement (à jour de la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement)

Un décret en Conseil d'État détermine les conditions dans lesquelles sont fixées :

1° La liste limitative des habitats naturels, des espèces animales non domestiques ou végétales non cultivées ainsi que des sites d'intérêt géologique, y compris des types de cavités souterraines, ainsi protégés ;

2° La durée et les modalités de mise en œuvre des interdictions prises en application du I de l'article L. 411-1 ;

3° La partie du territoire national sur laquelle elles s'appliquent, qui peut comprendre le domaine public maritime, les eaux intérieures et la mer territoriale ;

4° La délivrance de dérogation aux interdictions mentionnées aux 1°, 2° et 3° de l'article L. 411-1, à condition qu'il n'existe pas d'autre solution satisfaisante et que la dérogation ne nuise pas au maintien, dans un état de conservation favorable, des populations des espèces concernées dans leur aire de répartition naturelle :

a) Dans l'intérêt de la protection de la faune et de la flore sauvages et de la conservation des habitats naturels ;

b) Pour prévenir des dommages importants notamment aux cultures, à l'élevage, aux forêts, aux pêcheries, aux eaux et à d'autres formes de propriété ;

c) Dans l'intérêt de la santé et de la sécurité publiques ou pour d'autres raisons impératives d'intérêt public majeur, y compris de nature sociale ou économique, et pour des motifs qui comporteraient des conséquences bénéfiques primordiales pour l'environnement.

À titre indicatif, la notion d'intérêt public majeur a été précisée en janvier 2007 par un document d'orientation concernant l'article 6, paragraphe 4, de la directive « Habitats » publié par la Commission européenne (directive 92/43/CEE).

Le Conseil d'État a d'ores et déjà été confronté à ce genre d'arbitrage en faveur de l'intérêt public majeur : CE, 6^e sous-sect., 4 févr. 2008, *Association pour la protection des animaux sauvages*.

Sujets de concours

Administrateur territorial

2004 : Action administrative, principe de légalité et sécurité juridique.

Attaché territorial

2004 : La primauté des normes communautaires est-elle réellement assurée en droit français ?

2001 : Peut-on parler d'un déclin de la loi en France depuis 1958 ?

Attaché d'administration hospitalière

2008 : Le principe d'égalité en droit public.

2003 : Les directives.

Commissariat aux Armées

2000 : L'intérêt général, finalité et limite de l'action publique.

Directeur d'hôpital

2009 : Le juge administratif et la loi.

2008 : La rétroactivité en droit public.

1998 : La hiérarchie des normes en droit français : évolution et permanence.

ENA

2006 : L'inaction administrative.

2005 : Principe de légalité et principe de sécurité juridique.

2000 : La contractualisation de l'action administrative.

EN3S

2007 : La diversification des modalités d'exercice des prérogatives de puissance publique de l'État.

Directeur d'établissement social et médico-social

2006 : L'autorité de la loi.

Inspecteur des impôts

2004 : La qualification de l'acte administratif unilatéral répond-elle davantage à un critère organique que matériel ?

Inspecteur du trésor

2009 : Les cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir.

2

La notion de service public et son application

362

La notion de service public occupe une place importante dans l'ensemble du droit administratif ; l'action administrative est souvent assimilée, pour l'essentiel, au fonctionnement des services publics et nous avons déjà noté (voir *supra* n° 285) que le service public avait longtemps été considéré comme le fondement même du droit administratif et comme le critère de la compétence de la juridiction administrative (T. confl., 8 févr. 1973, *Blanco*, GAJA, n° 1).

Or, cette notion est sans doute la plus discutée et la plus incertaine de tout le droit administratif : il convient, pour cette raison, d'en préciser d'abord la définition puis d'en déterminer les différentes modalités d'application.

1

La notion de service public

363 En quoi une prestation de services a-t-elle un caractère public ? La réponse à cette question est redoutable car elle a pour conséquence l'application d'un certain nombre de principes qui sont, aujourd'hui encore, les fondements mêmes du droit administratif.

section 1

La définition du service public

364 La définition du service public reste incertaine, on oppose souvent la définition organique et la définition matérielle.

§ 1 Définition organique et définition matérielle

→ *Au sens organique du terme*

365 Le service public signifie une organisation, une Administration, c'est-à-dire un ensemble d'agents et de moyens matériels affectés à une tâche particulière ou à des tâches voisines. En ce sens, on parlera du service de l'équipement, du service des examens, du service de la santé...

→ *Au sens matériel*

Le service public désigne une activité d'intérêt général, une mission d'utilité publique. La jurisprudence utilise fréquemment le terme de « mission de service public ». C'est ce dernier sens qu'il faut actuellement retenir : le service public est essentiellement une activité ou une mission que l'on peut préciser à l'aide de deux éléments : un but et des moyens.

A. Le but du service public

366 Le but du service public est toujours *l'intérêt général* ; cela ne signifie pas que seul le service public peut satisfaire les besoins d'intérêt général de la population, un grand nombre d'activités privées y pourvoient en effet de façon importante. Ce qui est déterminant ici est que le service public ne se justifie que parce qu'il a pour but l'intérêt général. Cette notion est par elle-même très relative : c'est l'autorité publique compétente qui apprécie les exigences de l'intérêt général, exigences variables dans le temps et dans l'espace.

B. Les moyens du service public

367 Pour qu'il y ait service public, il faut également que le second élément, les moyens, existe.

Dans une première hypothèse, la mission de service public peut être assurée par une personne morale de droit public ; il suffit dans ce cas que les deux éléments soient réunis : *le but* – la mission d'intérêt général – et *le moyen* – cette mission est assurée par une personne publique : État, collectivité locale ou établissement public. Ici, les deux définitions, organique et matérielle, se recouvrent. C'est l'hypothèse la plus simple, elle est aussi la plus fréquente.

Dans une seconde hypothèse, moins fréquente mais plus récente, la mission d'intérêt général est assurée par un organisme privé. Dans ce cas, pour qu'il y ait service public, il faut la présence d'un troisième élément : cet organisme privé doit être soumis à des règles spéciales qui sont, d'une part, des prérogatives données à cet organisme privé pour assurer sa mission d'intérêt général, d'autre part, des obligations particulières telles que l'existence d'un contrôle (ex. : les organismes de Sécurité sociale).

§ 2 Essai de définition du service public

368 La notion de service public est délicate à définir. On peut toutefois, en opérant une synthèse des éléments ci-dessus rassemblés, tenter de clarifier la notion. Il y a service public soit lorsqu'il existe une mission d'intérêt général assurée par une personne morale de droit public, soit lorsqu'un organisme privé gère une activité d'intérêt général en étant soumis à un régime juridique particulier, générateur de prérogatives et de sujétions.

Quelques exemples, choisis dans la jurisprudence, éclaireront cette définition.

A. Activités d'intérêt général assurées par des organismes publics

369

Toutes les activités se rattachant aux missions traditionnelles de l'État n'ont soulevé aucun problème concernant leur nature de service public ; il en est ainsi, par exemple, de la justice, de la défense nationale, de la santé publique...

Le juge, dans certains autres cas, a été obligé de préciser ce qu'il entendait par service public : CE, 6 févr. 1903, *Terrier*, *GAJA*, n° 11.

Dans cette affaire, il s'agissait d'un conseil général qui avait alloué une prime à tous ceux qui rapporteraient des vipères dont le département était infesté. Le commissaire du Gouvernement Romieu, dans ses conclusions, a fait la théorie du service public : « tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des services publics proprement dits, généraux ou locaux, soit que l'Administration agisse par voie de contrat, soit qu'elle procède par voie d'autorité, constitue une opération administrative... »

Dans un autre litige, il s'agissait d'un problème concernant une colonie de vacances : « le but d'intérêt social que visent l'État et les collectivités administratives en organisant des colonies de vacances, imprime à cette organisation le caractère d'un service public » (T. confl., 22 janv. 1955, *Naliato*).

Dans cette autre affaire, le Conseil d'État a considéré que le fait « d'assurer le rapatriement des réfugiés de nationalité étrangère se trouvant sur le territoire français » est un service public (CE, 20 avr. 1956, *Époux Bertin*, *GAJA*, n° 71).

Dans tous ces exemples, l'activité d'intérêt général est assurée par un organisme public et pour déterminer s'il y avait service public, le juge s'est seulement attaché à rechercher s'il y avait mission d'intérêt général.

A contrario, dans la décision *Bossuyt* – CE, 3 oct. 1953, *RDP*, 1954, p. 178 –, le juge a refusé ce caractère de service public à propos de l'organisation de courses de chevaux par une commune. Mais, en sens contraire, il a considéré qu'un lâcher de taureaux à l'occasion d'une fête traditionnelle revêt le caractère de service public. Il a encore eu l'occasion de juger que les activités de la Française des Jeux ne relèvent pas du service public (CE, 27 oct. 1999, *M. Rolin*). La jurisprudence en arrive à des solutions au cas par cas.

B. Activités d'intérêt général assurées par des organismes privés

370

Pour qu'il y ait service public, il est nécessaire que l'activité d'intérêt général soit soumise à un régime juridique spécial.

À titre d'exemple, consulter :

Document n° 45
CE, 31 juill. 1942, *Monpeurt*, GAJA, n° 52

... Cons. qu'en raison des circonstances qui nécessitaient impérieusement l'intervention de la puissance publique dans le domaine économique, la loi du 16 août 1940 a aménagé une organisation provisoire de la production industrielle afin d'assurer la meilleure utilisation possible des ressources réduites existantes, préalablement recouvrées, tant au point de vue du rendement que de la qualité et du coût des produits, et d'améliorer l'emploi de la main-d'œuvre dans l'intérêt commun des entreprises et des salariés ; qu'il résulte de l'ensemble de ces dispositions que ladite loi a entendu instituer à cet effet un service public ; que, pour gérer le service en attendant que l'organisation professionnelle ait reçu sa forme définitive, elle a prévu la création de comités auxquels elle a confié, sous l'autorité du secrétaire d'État, le pouvoir d'arrêter les programmes de production et de fabrication, de fixer les règles à imposer aux entreprises en ce qui concerne les conditions générales de leur activité, de proposer aux autorités compétentes le prix des produits et services ; qu'ainsi, les comités d'organisation, bien que le législateur n'en ait pas fait des établissements publics, sont chargés de participer à l'exécution d'un service public et que les décisions qu'ils sont amenés à prendre dans la sphère de ces attributions, soit par voie de règlements, soit par des dispositions d'ordre individuel, constituent des actes administratifs : que le Conseil d'État est, dès lors, compétent pour connaître des recours auxquels ces actes peuvent donner lieu.

Document n° 46
CE, 2 avr. 1943, *Bouguen*, GAJA, n° 53

Sur la compétence : Cons. qu'il résulte de l'ensemble des dispositions de la loi du 7 oct. 1940, en vigueur à la date de la décision attaquée, et notamment de celles qui prévoient que les réclamations entre les décisions du Conseil supérieur de l'Ordre des médecins prises en matière disciplinaire et en matière d'inscription au tableau seront portées devant le Conseil d'État par la voie du recours pour excès de pouvoir, que le législateur a entendu faire de l'organisation et du contrôle de l'exercice de la profession médicale un service public : que, si le Conseil supérieur de l'Ordre des médecins ne constitue pas un établissement public, il concourt au fonctionnement dudit service : qu'il appartient au Conseil d'État de connaître des recours formés contre les décisions qu'il est appelé à prendre en cette qualité et notamment contre celles intervenues en application de l'article 4 de la loi précitée, qui lui confère la charge d'assurer le respect des lois et règlements en matière médicale ; que, par suite, le docteur Bouguen est recevable à déférer au Conseil d'État une décision par laquelle le Conseil supérieur a confirmé l'interdiction qui lui avait été faite de tenir des cabinets multiples et lui a ordonné de fermer son cabinet de Pontrioux.

Document n° 47
CE, 13 janv. 1961, *Magnier*, RDP, p. 155

... Considérant qu'eu égard aux circonstances qui rendent nécessaire l'intervention de la puissance publique pour organiser, dans l'intérêt de l'économie nationale, la protection des végétaux contre les parasites et les petits animaux qui les menacent soit d'une manière permanente sur l'ensemble du territoire national, soit temporairement dans certaines parties de ce territoire, l'ordonnance précitée du 2 novembre 1945 a prescrit la constitution, sous le régime de la loi du 21 mars 1884, modifiée par celle du 12 mars 1920, de groupements communaux ou intercommunaux et de fédérations départementales agréées, les unes et les autres, par le préfet et ayant pour but notamment d'assurer, sous le contrôle des services agricoles départementaux, l'exécution des mesures ordonnées en la matière par les arrêtés ministériels et préfectoraux et plus spécialement d'effectuer sur la demande du service de la protection des végétaux, les traitements insecticides et anticryptogamiques reconnus nécessaires ; qu'en vue de mettre ces organismes à même d'exécuter la mission de service public qui leur est ainsi confiée, le législateur leur a conféré diverses prérogatives de puissance publique ; qu'en particulier, en vertu des articles 3 et 4 de l'ordonnance précitée, l'agrément préfectoral ne peut être donné, dans chaque circonscription communale ou intercommunale, qu'à un seul groupement et dans chaque département, qu'à une seule fédération ; que les fédérations départementales bénéficient d'une imposition spéciale constituée par un certain nombre de centimes additionnels au principal fictif de la contribution foncière des propriétés non bâties ; qu'enfin les fédérations départementales ont le pouvoir d'exécuter d'office, aux lieux et places des propriétaires ou usagers intéressés, dans les conditions prévues à l'article 13, sous le contrôle du service de la protection des végétaux les traitements antiparasitaires ou la destruction des végétaux prescrits par l'autorité compétente, l'exécution de ces mesures incombant, en cas de carence desdites fédérations au service de la protection des végétaux lui-même ; qu'il résulte de l'ensemble de ces dispositions que le

législateur, en les édictant, a entendu instituer un service public administratif dont la gestion est confiée, sous le contrôle de l'Administration à des organismes de droit privé ; que, dans les cas où ces organismes prennent des décisions unilatérales individuelles qui s'imposent aux propriétaires ou usagers intéressés, celles-ci présentent le caractère d'actes administratifs relevant de la compétence de la juridiction administrative.

section **2**

Le régime juridique du service public

371 Le régime juridique auquel sont soumis les services publics est très diversifié ; il est toutefois possible de dégager un certain nombre de règles communes.

§ 1 La création du service public

372 En principe, il faut une intervention de l'autorité publique, soit qu'il s'agisse d'une création *ex-nihilo*, soit qu'il s'agisse de la transformation d'une activité privée préexistante.

Avant la Constitution de 1958, la création (et la suppression) des services publics de l'État relevait du pouvoir législatif. L'article 34 ne mentionnant pas cette compétence parmi celles réservées au législateur, c'est le pouvoir réglementaire qui peut dorénavant procéder à la création d'un service public. Il faut, toutefois, indiquer qu'il existe quatre réserves à cette compétence réglementaire :

- en cas d'atteintes aux libertés fondamentales ;
- en cas de création de catégories d'établissements publics ;
- en cas de nationalisation d'entreprises privées ;
- au cas où la création nécessite des crédits supplémentaires, le pouvoir législatif redevient compétent.

Pour les services publics des collectivités locales, leur création est de la compétence de l'assemblée délibérante dans le cadre fixé par la loi et la jurisprudence.

Normalement, il devrait être facile de reconnaître l'existence d'un service public à partir de la décision qui l'a créé. Or, ni le législateur, ni l'Administration n'agissent toujours de façon claire : il est rare qu'ils affirment expressément leur volonté de créer un service public. Le juge est ainsi amené souvent à préciser l'existence du service public : il ne le crée naturellement pas, il ne fait qu'en constater l'existence en interprétant la volonté des autorités compétentes. C'est pourquoi il utilise souvent l'expression « le législateur a entendu créer un service public ».

§ 2 Le droit applicable au service public

373 Le service public a longtemps été l'expression même de l'activité administrative. Il était donc normal que le droit applicable soit, dans toute son intégralité, le *droit administratif* : l'étude du régime juridique du service public coïncidait avec celle du droit administratif. Cette coïncidence entre régime juridique du service public et droit administratif n'a cependant jamais été parfaite ; de nos jours, on peut dire qu'elle a disparu car l'application du droit administratif s'est largement étendue au-delà du service public (en matière de pouvoir de police, par exemple). De plus, le service public peut échapper, en partie, au droit administratif. Une distinction doit être faite entre plusieurs catégories de services publics.

A. Les Services publics administratifs (SPA)

374 Ce sont les services publics traditionnels, qu'il est difficile de définir en raison de leur grande diversité, sinon de façon négative : ce sont les services qui n'ont pas pour objet une activité industrielle ou commerciale. Il s'agit de la grande majorité des services publics, que l'on appelle parfois « les services publics proprement dits » ou comme le dit la jurisprudence « les services possédant au plus haut degré le caractère de service public ».

Ces services sont naturellement soumis au droit administratif et à la compétence du juge administratif, sous réserve de l'utilisation de procédés de gestion privée.

B. Les Services publics industriels et commerciaux (SPIC)

375 Cette catégorie de services publics a été développée à partir d'une décision du tribunal des conflits en date du 22 janvier 1921, dans une affaire dite du « bac d'Éloka » (T. confl., 22 janv. 1921, *Société commerciale de l'ouest africain*, GAJA, n° 36). Ces services se caractérisent essentiellement par leur objet qui est d'exercer une activité à caractère industriel ou commercial : ils achètent pour revendre, ils transforment. Il s'agit, en réalité, de véritables entreprises de production, de distribution, de transport, de crédit, d'assurances...

Le droit applicable à cette catégorie de services publics est normalement le droit privé mais ils demeurent soumis, en partie plus ou moins importante, au droit public.

Le problème qui se pose souvent est de savoir comment il est possible de reconnaître un service public à caractère industriel ou commercial d'un service public proprement dit. Dans certains cas, le texte constitutif en précise la nature ; dans d'autres cas, les plus nombreux, il faut procéder à une recherche en se référant à des éléments qui sont la nature de la mission exercée, les modalités

d'organisation et de fonctionnement. Si le service est soumis au droit privé d'après son texte constitutif, si ses ressources proviennent de la vente de ses produits, si on recherche dans sa gestion l'équilibre financier ou même la rentabilité, on a toute chance d'être en présence d'un service à caractère industriel ou commercial (ex. : les transports publics urbains).

Document n° 48

Conclusions Laurent sur CE, 16 nov. 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*

... Les auteurs ont proposé de multiples définitions du service public industriel ou commercial fondées sur :

- la nature propre de l'activité exercée ;
- ou le but lucratif assigné au service ;
- ou la possibilité pour lui de réaliser des bénéfices ;
- ou encore l'application d'un régime de droit privé au fonctionnement du service ;
- ou enfin, la réalisation habituelle d'actes de commerce.

Si chacun a cru pouvoir trouver dans vos décisions ou dans celles du Tribunal des Conflits une confirmation de sa thèse et la condamnation d'autres propositions, c'est que la jurisprudence en la matière écarte tout esprit de système et témoigne d'un souci particulier des nuances.

Lorsqu'ils ne peuvent s'appuyer sur la volonté exprimée par le législateur...

... vos arrêts s'attachent le plus souvent à la nature intrinsèque du service et aux conditions de gestion, qui sont dans une large mesure le corollaire de l'activité exercée [...].

Parfois les conditions dans lesquelles est organisé et fonctionne le service sont à elles seules jugées déterminantes [...].

Enfin, certaines décisions retiennent plus particulièrement telle manifestation déterminée des conditions particulières d'exploitation du service, notamment l'éventualité de bénéfices, qui ne peut être d'ailleurs qu'une conséquence du caractère industriel ou commercial du service et non pas le motif de sa création...

En principe, un tel service est soumis aux règles du droit privé : c'est ainsi que le personnel a le statut de salarié (sauf certains agents de direction), que les rapports avec les usagers résultent de contrats de droit privé (même si ceux-ci contiennent des clauses exorbitantes du droit commun), que les actions en responsabilité relèvent du droit privé... Toutefois, le droit public continue à s'appliquer dans certains domaines de l'activité de ces services : les organes de direction y sont soumis, des prérogatives de puissance publique peuvent être utilisées, des contrôles peuvent être exercés.

C. Les services publics sociaux

376

Il y a quelques décennies, le juge administratif avait tenté de créer une troisième catégorie, les services sociaux, avec l'arrêt *Naliato* de 1955 (voir *supra* n° 369). Il s'agit de services dont le but est d'intérêt social mais qui sont gérés dans les mêmes conditions que des organismes similaires relevant de personnes privées : ils sont, de ce fait, essentiellement régis par le droit privé. Cette notion ne s'est toutefois pas imposée depuis cette époque dans la jurisprudence : il s'avère que ces services soient tantôt soumis au droit public, tantôt soumis au droit privé selon les modalités de leur gestion. De fait, ils entrent dans la catégorie des services publics administratifs, en raison de leur logique non marchande.

§ 3 Les principes fondamentaux du service public

377 Malgré la diversité des services publics et des régimes juridiques applicables, il est possible de dégager un certain nombre de principes fondamentaux qui vont s'appliquer à tous les services et qui constituent le minimum exigé pour que cette notion présente une certaine autonomie. Ces principes sont souvent appelés les « lois de Rolland », du nom de l'auteur du début du xx^e siècle qui les a érigés en principes fondamentaux.

A. Le principe de continuité du service public

378 Le but du service public est la satisfaction de l'intérêt général. Or cette notion est permanente et continue car toute interruption risquerait de provoquer des inconvénients graves pour la vie de la nation. C'est pourquoi la jurisprudence a posé le principe de continuité du service public comme un principe fondamental qui exige que le service fonctionne « de façon continue et sans heurts ». L'application de ce principe explique certaines théories du droit administratif : en matière de contrat, celle de l'imprévision (voir *infra* n° 445), en matière de fonction publique, les règles particulières concernant la grève dans les services publics (voir *infra* n° 548)... notamment l'exigence, très controversée, d'un service minimum garanti. Le Conseil constitutionnel a érigé le principe de continuité du service public en principe de valeur constitutionnelle (DC, 25 juill. 1979, *GDCC*, n° 19).

Document n° 49

Conclusions Tardieu sur CE, 7 août 1909, *Winkell*

... Messieurs, quand l'État, les départements ou les communes se substituent à la libre initiative des particuliers pour organiser un service public, c'est le plus souvent afin de procurer à tous les habitants de la France, sur les points les plus reculés du territoire, la satisfaction de besoins généraux auxquels l'initiative privée ne pourrait assurer qu'une satisfaction incomplète et intermittente. C'est ce qu'explique très nettement M. Colson dans son *Traité d'économie politique* (t. 2, p. 385), et c'est de là qu'il fait découler l'impossibilité de la grève dans les services publics. « On ne saurait admettre, dit-il, que le maintien de l'ordre et de la sécurité publique soit suspendu par une grève du personnel de la police, ni que des services comme la poste, les transports par chemin de fer, l'éclairage ou l'alimentation en eau des villes soient désorganisés par l'interruption du travail de certains agents. C'est uniquement parce que ces services ne peuvent être assurés par l'initiative privée, parce qu'ils font nécessairement l'objet d'une organisation d'ensemble qu'un désordre local sérieux trouble tout entière, que l'État ou les communes s'en réservent le monopole ; les raisons qui justifient ce monopole sont précisément celles qui justifient aussi des restrictions spéciales au droit commun en ce qui concerne l'éventualité d'une grève du personnel qui en assure le fonctionnement... » La continuité est donc de l'essence du service public...

B. Le principe d'adaptation du service public

379 L'intérêt général n'est pas une donnée immuable, le service public doit pouvoir évoluer en fonction de ses exigences et s'adapter aux changements. Cette constatation entraîne un certain nombre de conséquences : les cocontractants de l'Ad-

ministration seront assujettis au pouvoir de modification unilatérale des clauses du contrat par l'Administration (voir *infra* n° 444), les agents du service public pourront voir leur situation modifiée par rapport au service à tout instant sans pouvoir se prévaloir du maintien des avantages acquis...

C. Le principe de l'égalité devant le service public

380

En vertu du principe général d'égalité des citoyens devant la loi, tant les usagers que les tiers sont égaux vis-à-vis des avantages et des obligations que le service public peut procurer. Ce principe s'applique largement aussi bien pour les services publics administratifs que pour les services publics à caractère industriel ou commercial. Toute violation de ce principe peut entraîner l'annulation des décisions administratives qui en sont la cause ainsi que la mise en jeu de la responsabilité de l'Administration. Toutefois, des discriminations sont parfois possibles entre les usagers des services industriels ou commerciaux, selon les normes des relations commerciales ordinaires, mais dans ce cas tous les usagers qui sont dans la même situation objective peuvent exiger les mêmes avantages. L'égalité exclut les préférences, mais non la diversité, notamment les discriminations tarifaires (CE, Sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, AJDA 1974, p. 298).

Document n° 50

CE, 7 oct. 1959, *Jacquier, Graudam et Le Corno*

... Considérant d'autre part, qu'il est établi par les pièces du dossier que les abonnés au téléphone qui refusent leur inscription à l'annuaire font peser des sujétions spéciales d'équipement et de fonctionnement sur le service des renseignements téléphoniques ; que ces charges spéciales d'exploitation justifient pour les intéressés l'assujettissement à un tarif d'abonnement supérieur au tarif normal applicable aux abonnés inscrits à l'annuaire ; qu'il suit de là que la discrimination ainsi opérée entre deux catégories d'abonnés au téléphone qui se trouvent dans des situations différentes par rapport à l'Administration ne saurait être regardée comme contrevenant au principe de l'égalité des usagers devant le service public, que l'institution d'une telle taxe ne constitue pas davantage une atteinte à la liberté des citoyens et enfin que le détournement de pouvoir allégué n'est pas établi.

2

La gestion des services publics

381 Les services publics ne sont pas organisés selon un modèle uniforme. Il existe en effet une assez grande diversité de modes de gestion qui a tendance, depuis quelques années, à s'accroître avec le développement de l'interventionnisme public. On trouve, tout d'abord, des modes de gestion que l'on peut qualifier de classiques : la régie, l'établissement public et la concession. Par ailleurs, de nouveaux modes de gestion sont apparus par la suite. Ils manifestent la complexité de faire gérer par des organismes publics des activités qui se rapprochent de plus en plus de celles des particuliers.

section 1

La régie

382 Un service public est organisé en régie lorsqu'il *est géré directement* par les autorités et agents de la collectivité publique à laquelle il est rattaché. Le service n'a aucune individualité car il ne constitue pas une personne morale distincte ; il n'a aucun patrimoine propre car les crédits nécessaires à son fonctionnement sont inscrits au budget de la collectivité de rattachement. En pratique, ce procédé est le plus utilisé : les administrations traditionnelles sont organisées selon ce système pour la gestion des services administratifs (Justice, Défense, Éducation...) ; les règles et les procédés du droit administratif trouvent ici leur domaine d'élection : les agents sont des fonctionnaires ou des agents publics, les actes constituent des décisions unilatérales ou des contrats administratifs, les travaux sont des travaux publics, la responsabilité est administrative et le juge compétent est le juge administratif. En résumé, la régie est soumise à l'ensemble des règles du droit administratif.

Ce procédé peut parfois être utilisé pour la gestion des services publics à caractère industriel ou commercial, dans ce cas il détient une certaine individua-

lité comptable et le droit privé s'applique généralement dans ses relations avec les usagers (les régies de transport collectif urbain).

section **2**

Les délégations de service public

383

La gestion d'un service public est fréquemment confiée à un organisme public ou privé : on utilise dès lors le terme de délégation de service public (DSP) soumise dorénavant à des règles communes.

Plusieurs lois récentes régissent les délégations de service public (loi du 6 févr. 1992 relative à l'Administration territoriale de la République, loi du 29 janv. 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, loi du 8 févr. 1995 relative aux marchés publics et aux délégations de service public, loi du 11 déc. 2001 dite loi Murcef). Une délégation de service public désigne le contrat par lequel une personne publique confie à un organisme autonome (privé ou public) la mission de gérer un service public. Parmi les modalités utilisées, on rencontre notamment la concession, l'affermage, la régie intéressée et les contrats de gérance.

La législation relative à la délégation de service public a surtout pour objet de mettre en œuvre des modalités reposant sur la nécessaire publicité dans le choix des cocontractants, une transparence accrue dans l'exercice de la délégation, un contrôle renforcé de la part de la personne publique délégante et une mise en concurrence proche de la procédure utilisée dans les appels d'offre restreints. Les contrats de DSP sont des contrats administratifs par détermination de la loi (loi du 11 déc. 2001 dite loi Murcef).

§ 1 La concession

384

Dans ce système, le service public *n'est pas géré directement* par la personne morale de droit public dont il dépend mais par un particulier (souvent il s'agit d'une société) qui le gère pour son compte. La concession peut être définie comme le procédé dans lequel une personne publique (le concédant) charge, par contrat, une autre personne privée ou publique (le concessionnaire) de faire fonctionner le service public pendant une période déterminée, à ses risques et périls, en se rémunérant de redevances perçues sur les usagers (en fait il s'agit du prix payé par les usagers pour le service rendu).

Le système de la concession est utilisé par l'Administration chaque fois qu'elle estime qu'une personne juridique particulière pourra mieux qu'elle assurer cette activité en raison de sa nature, ce qui évitera à l'Administration une mise de fonds, et que, par ailleurs, en raison de son importance, il ne lui semble pas possible de l'abandonner entièrement à l'initiative privée.

Le procédé est déjà ancien : son essor date de la seconde moitié du XIX^e siècle et est lié à l'idée qu'il conciliait la nécessité de l'intervention de l'Administration dans des domaines nouveaux avec le libéralisme économique qui était la doctrine dominante. Son utilisation a été particulièrement notable dans les chemins de fer, la distribution de gaz et d'électricité, l'eau, les transports urbains... Les nombreuses difficultés financières que connurent les concessionnaires amenèrent l'État à les soutenir financièrement et à modifier sa politique en utilisant d'autres procédés plus compatibles avec la doctrine interventionniste (société d'économie mixte). Toutefois, depuis quelques années, le procédé de la concession connaît un regain de vigueur spécialement en matière de construction et d'exploitation d'autoroutes, ainsi qu'en matière de services publics locaux.

A. Le contrat de concession

385

La concession met deux parties en présence : le *concessionnaire* qui est un particulier, un établissement public ou une société qui s'engage vis-à-vis de l'Administration à gérer l'activité déterminée, avec pour contrepartie le droit de se rémunérer sur les usagers ; l'*autorité concédante* – État, département, commune – qui, ayant estimé qu'une activité devait être gérée suivant le procédé du service public, n'a pas voulu l'organiser en régie. Ces deux parties sont liées entre elles par le contrat de concession qui est un contrat administratif (voir *infra* n° 437) dans lequel les règles spéciales à ce type de contrat vont s'appliquer dans toute leur ampleur. Le concessionnaire, étant par définition chargé de la gestion d'un service public, va donc subir dans toute leur rigueur des règles qui, nous le verrons, sont destinées à assurer la satisfaction de l'intérêt général. Dans le contrat de concession, l'Administration dispose notamment d'un *pouvoir de contrôle* lui permettant de veiller au respect des clauses du cahier des charges : ce contrôle doit être efficace et constitue même une obligation pour l'Administration car le fait que celle-ci a érigé cette activité en service public – souvent avec monopole – l'oblige vis-à-vis des particuliers à veiller à son bon fonctionnement. Cette obligation trouve sa sanction dans le fait que les particuliers peuvent se prévaloir du cahier des charges qui présente un caractère réglementaire.

Il y a, en effet, dans le contrat de concession, un ensemble de clauses qui ont un caractère réglementaire : ce sont celles qui touchent au *fonctionnement du service public*. Ces clauses, élaborées par l'Administration de façon unilatérale, peuvent toujours être modifiées par elle. À côté d'elles figurent dans le contrat des clauses purement contractuelles : il s'agit souvent des considérations financières qui garantissent au concessionnaire une rémunération suffisante, tout au moins l'*équilibre financier* de son contrat.

B. Les obligations et les droits du concessionnaire

1 ° Les obligations du concessionnaire

386

Le choix du concessionnaire peut être fait librement par l'Administration, sous réserve d'une procédure au cours de laquelle la collectivité assure une publicité

qui permet la présentation de plusieurs offres concurrentes ; il s'agit ici d'un domaine où *l'intuitu personae* joue, où la personnalité du concessionnaire est un élément déterminant de la formation du contrat. Le concessionnaire est dans une situation contractuelle et n'a pas la qualité de fonctionnaire, pas plus que son personnel qui lui est lié par un contrat de travail de droit privé.

Le concessionnaire est tenu de remplir ses engagements, c'est-à-dire d'assurer le bon fonctionnement du service public concédé. Il a la charge des investissements initiaux (ex. : installation de canalisations). Il doit donc respecter les principes fondamentaux du service public : le service doit fonctionner de *façon continue*, les retards et les délais ne sont pas admissibles, seule la force majeure exonère le concessionnaire de l'obligation qui pèse sur lui. D'autre part, ayant été choisi *intuitu personae*, le concessionnaire *ne peut pas substituer un tiers* pour assurer la gestion du service. L'entreprise concédée ne peut pas être aliénée comme un fonds de commerce ordinaire. De plus, le concessionnaire devra respecter les instructions de l'Administration qui pourra *modifier unilatéralement* le régime du service pour l'adapter aux nouvelles circonstances exigées par l'intérêt général (cf. CE, 10 janv. 1902, *Gaz de Deville-lès-Rouen*, ainsi que CE, 21 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, GAJA, n° 21). Enfin, le concessionnaire devra fournir à tous les usagers des *prestations égales*. Ces obligations entraînent naturellement des sanctions en cas de non-respect ; certaines sont propres au contrat de concession tel que la mise sous séquestre dans laquelle l'Administration se substitue provisoirement au concessionnaire défaillant, mais aux frais de celui-ci, ainsi que la déchéance qui est une résiliation à titre de sanction pour faute du concessionnaire et qui ne donne lieu à aucune indemnité. Cette dernière sanction ne peut toutefois être prononcée que par le juge.

2 ° Les droits du concessionnaire

387

Chargé de gérer un service public, le concessionnaire va disposer des *privileges attachés au procédé du service public* en général : recours à l'expropriation, occupation du domaine public... De plus, il aura très souvent un privilège d'exploitation qui sera en fait un monopole, l'Administration s'engageant à ne pas traiter avec un concurrent et, même, à ne pas faciliter indirectement la concurrence.

Le concessionnaire assure l'exploitation à ses frais, « à ses risques et périls ». Il lui faut donc une contrepartie, qui va prendre ici une forme spéciale : la rémunération est constituée par des *redevances* perçues sur les usagers. Le montant de celles-ci – les tarifs – est fixé par le cahier des charges, c'est une des clauses réglementaires du contrat. Le concessionnaire ne pourra les modifier lui-même, seule l'autorité concédante pourra décider des changements de tarifs. Toutefois, les principes généraux des contrats administratifs s'appliquent ici : le concessionnaire aura droit à l'équilibre financier de son contrat. C'est dans le contrat de concession que joue à plein cette notion avec les deux théories du « fait du prince » et de « l'imprévision » (voir *infra* n° 445).

Il est à noter, qu'en pratique, une véritable association s'établit entre le concédant et le concessionnaire qui se traduit par une participation aux pertes pour l'Administration ou encore la garantie d'un intérêt minimum accordé aux emprunts du concessionnaire.

Document n° 51

CE, 21 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*

Considérant que l'arrêté du préfet des Bouches-du-Rhône a été pris dans la limite des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 33 du règlement d'Administration publique du 6 août 1881, pris en exécution des lois du 11 juin 1880 (art. 38) et du 15 juillet 1845 (art. 21), lesquels impliquent pour l'Administration le droit, non seulement d'approuver les horaires des trains au point de vue de la sécurité et de la commodité de la circulation, mais encore de prescrire les modifications et les additions nécessaires pour assurer, dans l'intérêt du public, la marche normale du service ; qu'ainsi la circonstance que le préfet aurait, comme le soutient la Compagnie des tramways, imposé à cette dernière un service différent de celui qui avait été prévu par les parties contractantes ne serait pas de nature à entraîner à elle seule, dans l'espèce, l'annulation de l'arrêté préfectoral du 23 juin 1903 ; que c'est par suite à tort que le conseil de préfecture a, par l'arrêté attaqué, prononcé cette annulation ; qu'il appartiendrait seulement, à la Compagnie, si elle s'y croyait fondée, de présenter une demande d'indemnité en réparation du préjudice qu'elle établirait lui avoir été causé par une aggravation ainsi apportée aux charges de l'exploitation ;... (Annulation de l'arrêté du conseil de préfecture ; rejet de la réclamation de la Compagnie).

C. La fin de la concession

388 La concession de service public prend fin normalement lorsque la durée prévue au contrat est arrivée à son terme, elle peut toutefois être renouvelée. Elle peut également prendre fin, en cas de faute du concessionnaire, par la déchéance prononcée par le juge. La durée de la concession est généralement assez longue pour garantir au concessionnaire un retour sur investissement. Sinon, il n'y aurait pas de candidats !

En application de la théorie générale des contrats administratifs, la concession peut être résiliée unilatéralement par l'autorité concédante quand l'intérêt général l'exige et sans faute du concessionnaire. Dans ce cas, il y aura « rachat » de la concession et indemnisation du concessionnaire.

§ 2 L'affermage

389 Autre forme de délégation de service public, l'affermage est un contrat par lequel une personne publique confie à un tiers, le fermier, la charge d'exploiter un service public. Le cocontractant reçoit de la personne publique les moyens nécessaires à l'exploitation du service public et en échange, il verse à la personne publique une redevance forfaitaire. Le fermier se rémunère sur les redevances perçues sur les usagers et, naturellement, gère le service public à ses risques et périls. La différence avec la concession réside surtout dans le fait que le cocontractant ne supporte pas les charges liées à l'établissement du service public, c'est-à-dire les investissements initiaux ou travaux préalables.

§ 3 La régie intéressée

390 Elle résulte également d'un contrat de délégation de service public dont l'objet est de confier au cocontractant (le régisseur) la mission de gérer un service public.

Toutefois, le régisseur n'agit pas à ses risques et périls mais gère le service public pour le compte de la personne publique. Il s'agit en fait d'un mandat.

Le régisseur est rémunéré par la personne publique et non par les usagers selon une rémunération fixe assortie de primes de gestion liées à la qualité du service rendu, les économies réalisées... Le procédé est souvent utilisé pour la gestion des parkings publics.

§ 4 La gérance

391 C'est un mode de gestion calqué sur le contrat de régie intéressée, sauf qu'il n'y a pas d'intéressement du gérant. En effet, sa rémunération est uniquement forfaitaire.

Section 3

L'établissement public

392 C'est également un procédé de gestion des services publics, très fréquemment utilisé, qui consiste à doter le service de la personnalité morale. On peut dire que l'établissement public est un service public doté de la personnalité morale, ce qui lui permet d'avoir un patrimoine propre, une gestion autonome, des organes qui lui appartiennent tout en étant géré par une personne publique. Pour l'étude de ce mode de gestion, nous renvoyons à l'étude de l'établissement public dans la première partie de ce manuel (1^{re} partie, titre 3, chapitre 4).

Section 4

Les entreprises publiques

393 La notion d'entreprise publique n'est pas définie avec précision en droit positif, il s'agit toutefois d'une notion qu'il est nécessaire d'étudier ne serait-ce que parce qu'elle fait l'objet de sérieuses remises en cause par les privatisations et ouvertures de capital ; il importe au moins d'en préciser les contours parce qu'elle constitue, en partie, une modalité du service public. Sont considérées comme entreprises publiques (aussi appelées, selon le cas, entreprises nationales ou entreprises locales), celles qui sont majoritairement contrôlées par l'État ou par les collectivités territoriales (les sociétés publiques locales et sociétés d'économie mixte).

§ 1 La création de l'entreprise publique (de l'État)

394

Bien que les conditions de sa création ne soient pas précisées, l'entreprise publique est en principe créée par l'État. La plupart d'entre elles sont toutefois d'anciennes entreprises privées qui ont fait l'objet d'une nationalisation ce qui a permis, pendant un certain temps, d'isoler cette catégorie. En fait, toutes les entreprises qui, en dernière analyse, relèvent de l'autorité de l'État, qu'elles soient créées directement ou qu'elles proviennent de nationalisations, posent les mêmes problèmes et reçoivent les mêmes solutions. En 2003, l'État a privatisé des entreprises qui avaient fait l'objet d'une nationalisation : Renault (nationalisée à titre de sanction en 1945), Thomson et Dassault systèmes (nationalisées par la gauche en 1982). En 2011, l'État ne détient plus que 15 % du capital de Renault, 15 % du capital d'Air France-KLM, 26 % de France Télécom (Orange).

À la technique de la privatisation (dénationalisation) a succédé celle de l'ouverture du capital : la privatisation se fait par étapes successives afin de limiter l'opposition du personnel et des syndicats. La Poste a été transformée en société anonyme à capitaux publics en mars 2010, malgré les craintes des syndicats de voir l'État se désengager à court terme. Elle a un réseau de sociétés filiales : la Banque Postale, Chronopost, etc.

En 2011, il reste 1 300 entreprises publiques (rapport de l'Agence des participations de l'État).

§ 2 Le régime juridique des entreprises publiques

A. Soumission de principe au droit privé

395

C'est le droit commercial qui constitue le droit commun des entreprises publiques. Cette situation se traduit à tous les niveaux de leur activité :

– *le personnel* des entreprises publiques est soumis au droit du travail. Même si certaines entreprises (EDF, GDF-Suez) ont doté leur personnel d'un statut réglementaire, celui-ci relève du droit privé et les conflits du travail sont de la compétence des conseils de prud'hommes ;

– *les rapports de l'entreprise avec les clients*, les fournisseurs et les tiers relèvent exclusivement du droit privé ;

– *le régime financier* échappe aux règles de la comptabilité publique : ce sont toutes les règles de la comptabilité commerciale qui s'appliquent (états de prévision, bilan, crédit de type commercial, recherche de bénéfice...).

B. Maintien du caractère public de l'entreprise

396 Les entreprises demeurent toutefois des entreprises publiques qui restent soumises, en partie, à certaines règles tirées du droit public :

- *le personnel dirigeant* reste dépendant de l'État en ce qui concerne sa nomination et sa révocation (ex. : le PDG de la SNCF, de la RATP, d'Areva) ;
- *des prérogatives de droit public* peuvent être accordées à l'entreprise (expropriation ; impossibilité de la mettre en faillite ou d'exercer contre elle des voies d'exécution) ;
- les *litiges* doivent être tranchés par le juge et ne peuvent, en principe, l'être par voie d'arbitrage ;
- de nombreux *contrôles administratifs et financiers* pèsent sur les entreprises publiques. Certains sont exercés en cours de gestion, par les ministres de tutelle ou leur représentant au sein des conseils d'Administration, d'autres le sont par la Cour des comptes ou encore par le Parlement par l'intermédiaire de commissions constituées à cet effet. L'abondance de ces contrôles a été dénoncée comme constituant un frein au plein développement de ces entreprises.

§ 3 Les divers types d'entreprises publiques

397 La notion d'entreprise publique n'est pas aisée à cerner : il faut se résoudre à en faire ressortir les traits les plus saillants.

A. Les entreprises chargées ou non de la gestion d'un service public

398 Certaines entreprises sont chargées de la gestion d'un service public (distribution de l'électricité ou du gaz) ; d'autres ne le sont pas parce qu'elles exercent des activités commerciales semblables à celles de certaines entreprises privées (France Télécom par exemple est aujourd'hui un opérateur parmi d'autres). La différence, qui n'est pas très nette, réside surtout dans la plus grande part. réservée au droit public dans les entreprises qui gèrent un service public. Par exemple, les décisions de ses organes directeurs concernant l'organisation de service sont considérées comme des actes administratifs même si l'entreprise est une société anonyme (T. confl., 15 janv. 1968, *Air France c/Époux Barbier*, GAJA, n° 83).

Document n° 52

T. confl., 15 janv. 1968, *Compagnie Air France c/ Époux Barbier*, GAJA n° 83

Considérant que si la Compagnie nationale Air France, chargée de l'exploitation de transports aériens, est une société anonyme, c'est-à-dire une personne morale de droit privé, et si, par suite, il n'appartient

qu'aux tribunaux de l'ordre judiciaire de se prononcer au fond sur les litiges individuels concernant les agents non fonctionnaires de cet établissement, les juridictions administratives demeurent, en revanche, compétentes pour apprécier, par voie de question préjudicielle, la légalité des règlements émanant du conseil d'Administration qui, touchant à l'organisation du service public, présentent un caractère administratif ; qu'aux termes du décret n° 50-835 du 1^{er} juin 1950 et de l'article 143 du Code de l'aviation civile et commerciale alors en vigueur, le personnel de la Compagnie Air France est soumis à un statut réglementaire, arrêté par le Conseil d'Administration et approuvé par le ministère chargé de l'aviation civile et commerciale et par le ministre des finances et des affaires économiques ; que, dès lors, en application de ces dispositions, combinées avec celles de l'article 31 du Livre 1^{er} du Code du travail, les conditions de travail de ce personnel ne sont pas fixées par voie de convention collective.

B. Les entreprises nationalisées

399

La distinction que l'on peut opérer entre les entreprises qui ont été nationalisées et celles qui ont été créées directement est intéressante essentiellement quant à la composition des organes dirigeants basée sur un système tripartite (représentants de l'État, des usagers et des personnels) dans les entreprises nationalisées. Toutefois, les vagues de privatisations les rendent exceptionnelles.

C. La forme juridique

400

Les entreprises publiques connaissent essentiellement deux formes juridiques : *la société anonyme et l'établissement public*. La différence entre ces deux types d'organismes est naturellement importante mais elle est plus apparente que réelle en ce qui concerne les entreprises publiques. C'est ainsi que les organes de direction sont à peu près identiques et obéissent aux mêmes règles quant à la nomination ; que les conseils d'administration sont composés selon la formule tripartite à laquelle on a souvent adjoint une autre catégorie d'administrateurs choisis en raison de leur compétence. En définitive, la différence essentielle tient au fait qu'il est plus facile de soumettre au droit commercial une entreprise qui a le statut de société que celle qui a le statut d'établissement public.

La notion d'entreprise publique n'est pas ainsi nettement précisée : il conviendrait que le législateur clarifie la question en réservant la notion d'établissement public aux interventions purement administratives de l'État, ce qui permettrait de dégager une notion d'entreprise publique plus spécifique.

Plusieurs entreprises, autrefois entreprises publiques emblématiques, sont à présent des sociétés privées de droit commun avec une participation symbolique de l'État (ex. : Renault).

Section 5

Les Sociétés d'économie mixte (SEM)

401

La société d'économie mixte est une société anonyme dont une partie des actions appartient à une personne morale de droit public tandis que l'autre partie est

détenue par des personnes privées. Ce procédé permet de réaliser une *association entre le capital privé et le capital public* qui sont ainsi liés dans la gestion d'une entreprise par la simple application des règles normales du droit des sociétés. Toutefois, dans la société anonyme, qui est régie par le principe majoritaire, la personne publique risque de ne pas pouvoir faire prévaloir ses vues dans l'hypothèse où elle ne détient pas la majorité des actions. C'est la raison pour laquelle, le plus souvent, l'État peut exiger d'être représenté au conseil d'administration au-delà de ce que la stricte application des règles de proportionnalité lui réserverait. Les SEM dans lesquelles les partenaires publics (le plus souvent l'État ou les collectivités territoriales) sont majoritaires, ont la qualité d'entreprise publique (ex. : les sociétés aéroportuaires).

§ 1 La création des sociétés d'économie mixte

402

Elles peuvent être créées par décision unilatérale de l'autorité publique mais, le plus souvent, elles sont issues de la transformation d'une société privée dans laquelle la personne publique prendra une participation, soit sous forme d'achat d'actions en bourse, soit en passant une convention avec la société privée préexistante. Les raisons de ces créations sont diverses : l'État peut souhaiter acquérir la maîtrise de l'entreprise ou simplement y pénétrer pour pouvoir exercer un contrôle de l'intérieur. Fréquemment, le but de la constitution d'une société d'économie mixte repose sur la volonté d'assurer la collaboration des personnes publiques et privées à des actions d'intérêt général. On observe d'ailleurs que, depuis quelques années, ce procédé est utilisé pour associer entre elles uniquement des personnes publiques qui, ainsi, pourront exercer une activité en se plaçant sous un régime de droit privé.

Les sociétés d'économie mixte gèrent parfois un service public, particulièrement dans le cas où elles succèdent à une entreprise privée qui était concessionnaire d'un service public : c'est le cas, par exemple, d'Air France. Elles sont aussi, depuis quelques années, le résultat d'ouvertures de capital réalisées par l'État dans ses sociétés (ex. : France Télécom depuis 1997, EDF). Le plus souvent, toutefois, la société exerce une activité purement privée mais dans un domaine de l'économie qui concerne l'intérêt général (énergie, aéronautique).

§ 2 Le régime juridique des sociétés d'économie mixte

403

Quel que soit son objet et quelle que soit l'importance de la participation financière du secteur public, la société d'économie mixte reste une *personne morale de droit privé ayant le statut de société anonyme*, régie par les règles du droit commercial, particulièrement par la législation sur les sociétés. Toutefois, il existe

des dérogations prises en faveur de la personne publique qui se manifestent par un contrôle que celle-ci exerce soit de façon interne, auquel cas on applique les règles normales si l'État est majoritaire et des règles dérogatoires s'il est minoritaire (droit de veto, postes de direction et sièges au conseil d'Administration réservés...) ; soit de façon externe, auquel cas ce sont des contrôleurs financiers qui exercent ce contrôle.

Depuis la décentralisation de 1982, ce sont surtout les collectivités locales qui ont créé des sociétés d'économie mixte locales (SEML). Leur régime spécifique résulte des lois du 7 juillet 1983 et du 2 janvier 2002.

Depuis quelques années, la doctrine du « moins d'État », la pression du droit communautaire et les stratégies d'entreprise ont amené l'État à accélérer la transformation de grandes entreprises publiques traditionnelles : transformation d'EDF en société anonyme (loi du 9 août 2004) dans laquelle l'État est aujourd'hui actionnaire minoritaire, transformation d'Aéroports de Paris, d'établissement public en société anonyme (loi du 20 avr. 2005) dans laquelle l'État reste encore l'actionnaire unique, etc.

Pour aller plus loin Titre 2

Marchés publics et contrats de délégation de services publics

Si la loi MURCEF a permis d'établir une qualification juridique et une distinction sans discussion, il convient néanmoins de suivre la jurisprudence, notamment en ce qui concerne les modalités de rémunération des prestations.

« Le service public à la française »

L'expression a-t-elle encore un sens ? On essaiera de rassembler les arguments qui militent en faveur de la défense d'une conception française du service public (à opposer à la conception européenne des services d'intérêt général). Que reste-t-il des lois de Rolland ? Existe-t-il encore une exception française ?

Les services publics locaux

La décentralisation accroît évidemment la sphère des services publics locaux. Depuis le 1^{er} janvier 2005, après le transfert des compétences (loi sur les responsabilités locales), les collectivités territoriales ont été amenées à développer de nouveaux services (ex. : le service d'hébergement d'urgence).

Les sociétés publiques locales

Initialement, la formule des sociétés publiques locales a été créée à titre expérimental (pour 5 ans) par la loi du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement. Le but était de favoriser la construction de logements sociaux.

La loi du 28 mai 2010 a pérennisé la formule de ces sociétés anonymes dont tous les actionnaires sont des collectivités territoriales (ou leurs groupements).

Les sociétés publiques locales sont considérées comme des opérateurs internes (*in house*) : leurs actionnaires publics n'ont donc pas besoin de recourir à la concurrence pour faire appel à elles (gain de temps et d'argent public) pour des opérations d'aménagement, de construction ou l'exploitation de services publics à caractère industriel ou commercial.

Ces sociétés relèvent du droit des sociétés et du droit commercial, mais elles ne peuvent intervenir qu'au profit de leurs actionnaires et sur le territoire de ceux-ci ; leur personnel peut être composé de fonctionnaires ou d'agents de droit privé.

Sujets de concours

Administrateur territorial (INET)

2006 : Le droit administratif à la française est-il remis en cause ?

Attaché d'administration hospitalière

2009 : Les principes du service public sont-ils dépassés ?

Commissariat aux Armées

1997 : Le « service public à la française » et l'Europe.

Commissaire de police

2009 : Les différents aspects du principe de continuité en droit public français.

2006 : L'avenir du service public « à la française ».

Directeur d'hôpital

2008 : Le droit de grève dans la fonction publique.

ENA

2009 : L'exigence démocratique dans le droit public français.

2007 : L'emprise de la construction européenne sur le droit public français.

2006 : L'inaction administrative.

EN3S

2008 : Qu'est-ce que le service public aujourd'hui ?

Directeur d'établissement social et médico-social

2008 : Les lois du service public aujourd'hui.

Inspecteur des affaires sanitaires et sociales

1994 : Quels sont selon vous les principes et les institutions qui garantissent la continuité de l'État ?

Inspecteur du trésor

2010 : Les principes fondamentaux du service public.

2004 : Le principe d'égalité en droit public.

Inspecteur des impôts

2009 : Les incidences du principe de continuité du service public.

Officier de gendarmerie

2008 : Le service public : notions et règles essentielles.

3

L'acte administratif

404

Pour atteindre ses objectifs, l'Administration doit agir : son activité est constituée par des actes juridiques et des opérations matérielles. Des règles précises ont pour objet de déterminer l'aptitude des agents publics à faire ces actes ou ces opérations et le régime applicable aux différents actes juridiques qui peuvent être faits. Ces règles constituent l'essentiel du droit administratif. L'action de l'Administration implique nécessairement que les agents fassent des actes administratifs de nature juridique, c'est-à-dire une manifestation de volonté constitutive de décisions *produisant par elles-mêmes des effets de droit* (règlements, autorisations, contrats...). Le soin de faire des actes juridiques n'est évidemment pas laissé à la seule initiative des agents publics. Des règles déterminent quel agent est chargé de faire tel acte juridique : c'est ce que l'on appelle la compétence de l'agent.

Les actes de l'Administration peuvent être classés de différentes façons :

– *selon leur objet* : certains auteurs tels que Duguit proposent de distinguer les actes ayant pour objet une disposition générale (les actes-règles), une situation juridique individuelle (les actes subjectifs) ou l'application d'un statut général à un cas individuel (acte-condition) ;

– *selon le mode de formation de l'acte* : on distingue alors l'acte *unilatéral* qui est l'œuvre d'une seule volonté, soit individuelle, soit collective et l'acte *plurilatéral* qui se forme par la rencontre de plusieurs volontés (contrat).

L'acte unilatéral occupe en droit administratif une place beaucoup plus considérable qu'en droit privé : c'est le mode normal d'action de l'Administration. Néanmoins, le procédé contractuel est fréquemment utilisé par l'Administration, soit qu'elle passe des contrats ordinaires (de droit privé), soit qu'elle passe des contrats soumis à un régime juridique particulier (les contrats administratifs).

1

Les actes unilatéraux

405 Les actes unilatéraux sont généralement des décisions administratives prises par des autorités administratives. Ces actes peuvent, sauf exception, faire l'objet d'un recours en annulation.

section 1

La notion de décision unilatérale

406 Un acte unilatéral n'est pas forcément une décision unilatérale.

§ 1 La distinction entre les décisions unilatérales et les autres actes unilatéraux de l'Administration

407 Les décisions unilatérales sont avant tout des actes juridiques, c'est-à-dire des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit, à « faire grief aux administrés ». Par exemple, un décret, un arrêté, sont des actes juridiques parce qu'ils produisent des effets juridiques. Ils se distinguent des opérations matérielles qui ne produisent pas par elles-mêmes des effets de droit (un accident n'est pas un acte juridique).

Toutefois, tous les actes juridiques pris par l'Administration ne constituent pas des décisions unilatérales : ainsi les contrats qui sont des actes juridiques ne sont pas des décisions unilatérales, de même certains actes unilatéraux ne sont pas des décisions unilatérales parce que l'élément « décision » fait défaut. Les actes indicatifs (ex. : un renseignement), les actes préparatoires (propositions, vœux, avis, rapports...) qui précèdent la décision ne sont pas, en principe, des décisions unilatérales « faisant grief » parce que l'élément décision n'y est pas contenu.

② Les mesures d'ordre intérieur : circulaires, directives, notes de service...

408

Un problème particulier a été posé par une catégorie d'actes, très courants dans l'Administration, les circulaires.

Tout supérieur hiérarchique possède à l'égard de ses subordonnés un pouvoir hiérarchique (voir *infra* n° 533) qui peut s'exprimer soit sous forme concrète et concerner des cas précis, soit sous forme abstraite et concerner toute une série d'hypothèses : les *circulaires*. Celles-ci contiennent, le plus souvent, des instructions que le supérieur (fréquemment le ministre) donne sur la conduite à tenir à l'égard des administrés. Le problème de leur nature juridique se pose : les circulaires constituent-elles de simples documents internes au service, ne concernant pas les administrés, ou s'agit-il de véritables décisions prises à l'égard des administrés sous une forme particulière ? L'intérêt de cette question réside dans les droits que les administrés peuvent retirer des circulaires et dans le recours qu'ils pourront éventuellement former contre elles.

Si les circulaires ne concernent que le service, les administrés ne pourront pas en retirer de droits et ne pourront pas les attaquer devant le juge de l'excès de pouvoir ; en revanche, si les circulaires constituent des décisions unilatérales, les administrés pourront les invoquer à l'appui d'un recours et les attaquer au plan de leur légalité.

La question de la nature juridique des circulaires a été réglée par la jurisprudence qui a d'abord opéré une distinction au plan de leur contenu (*cf.* CE, 29 janv. 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*). Cet arrêt faisait la distinction entre les circulaires interprétatives (non susceptibles de recours car ne faisant pas grief) et les circulaires réglementaires, c'est-à-dire celles qui créent des obligations juridiques pour les administrés. En vertu de l'arrêt *Institution Notre Dame du Kreisker*, ces dernières pouvaient faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Document n° 53

CE, 29 janv. 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*

Cons., d'autre part, que la circulaire du 11 janvier 1950, qui a pour objet l'application des dispositions de l'article 69 de la loi du 15 mars 1850 en ce qui concerne les demandes de subvention adressées à des départements ou à des communes par des établissements privés d'instruction secondaire, le ministre de l'Éducation nationale ne s'est pas borné à interpréter les textes en vigueur, mais a, dans les dispositions attaquées, fixé des règles nouvelles relatives à la constitution des dossiers de ces demandes de subvention ; que, par suite, ladite circulaire a, dans ces dispositions, un caractère réglementaire ; que, dès lors, l'institution Notre-Dame du Kreisker est recevable à déférer au Conseil d'État les prescriptions contestées de cette circulaire.

Certaines circulaires étaient donc qualifiées de *réglementaires*, soit parce qu'elles imposaient aux subordonnés une décision qu'ils devaient exécuter sans liberté d'appréciation, soit parce qu'elles ajoutaient des prescriptions aux lois et aux règlements, soit encore parce qu'elles imposaient des obligations ou des

sujétions nouvelles ou accordaient des droits nouveaux. Dans ce cas, les circulaires étaient considérées comme de véritables décisions unilatérales. Autrement, les circulaires demeuraient des mesures internes ne pouvant créer ni droit, ni obligation pour les administrés : les circulaires *interprétatives*. La distinction n'était toutefois pas très aisée à opérer et la jurisprudence paraissait parfois hésitante ; elle avait tendance à être plus exigeante à reconnaître le caractère de décision aux circulaires, ce qui aboutit à diminuer les garanties des administrés qui ne pouvaient pas exercer de recours contre elles. C'est le cas de la circulaire Bayrou du 20 septembre 1994 relative au foulard islamique à l'école : elle avait été qualifiée de circulaire interprétative (CE, Sect., 10 juill. 1995, *Association Sisiphe*).

Le Conseil d'État, dans un arrêt de revirement très remarqué, a modifié le critère de distinction. En effet, il considère désormais qu'il y a d'une part. les circulaires interprétatives (non susceptibles de recours) et d'autre part. les circulaires **impératives**, celles qui font grief et qui sont donc susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir (CE, Sect., 18 déc. 2002, *Mme Duviognères*, *GAJA*, n° 110, voir *supra* **doc. n° 41**).

On peut rapprocher des circulaires, les directives qui émanent des ministres et qui sont destinées à fixer les principes dont ils entendent s'inspirer dans l'examen des cas individuels. Ces directives n'ont pas un caractère réglementaire – elles ne peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir – mais elles peuvent être soumises au contrôle du juge à l'occasion des décisions individuelles qui en font application (CE, 11 déc. 1970, *Crédit Foncier de France*, *GAJA*, n° 84).

Document n° 54

CE, 11 déc. 1970, *Crédit foncier de France c/Demoiselle Gaupillat et Dame Ader*

Cons. que le décret du 26 octobre 1945, portant règlement d'Administration publique relatif au Fonds national d'amélioration de l'habitat, confie à une commission nationale et, suivant certaines conditions à des commissions départementales d'amélioration de l'habitat l'emploi des disponibilités du Fonds national ; que l'article 5 de l'arrêté du 27 avril 1946 du ministre de la reconstruction et de l'urbanisme, pris en application de l'article 7 dudit règlement d'Administration publique, précise qu'il appartient à chaque commission « suivant les directives et sous le contrôle de la commission nationale d'apprécier, selon les besoins régionaux ou locaux, tant au point de vue économique que social, le degré d'utilité des travaux auxquels peut être accordée l'aide financière du Fonds national » ;

Cons. que, pour refuser l'allocation mentionnée à l'article 6 du règlement général du 27 avril 1946, la commission nationale s'est référée aux normes contenues dans une de ses propres directives, par lesquelles elle entendait, sans renoncer à exercer son pouvoir d'appréciation, sans limiter celui des commissions départementales et sans édicter aucune condition nouvelle à l'octroi de l'allocation dont s'agit, définir des orientations générales en vue de diriger les interventions du fonds ; que la demoiselle Gaupillat et la dame Ader n'invoquent aucune particularité de leur situation au regard des normes susmentionnées, ni aucune considération d'intérêt général de nature à justifier qu'il y fut dérogé et dont la commission nationale aurait omis l'examen ; qu'elles ne soutiennent pas davantage que la directive dont s'agit aurait méconnu les buts envisagés lors de la création du Fonds national d'amélioration de l'habitat ; que, dans ces conditions, une telle référence n'entachait pas la décision de refus d'une erreur de droit ; que le Crédit foncier de France gestionnaire dudit Fonds en vertu de l'article 292 du Code de l'urbanisme et de l'habitation, est, dès lors, fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Paris a annulé la décision de la commission nationale ;... (Annulation du jugement ; rejet de la demande de la demoiselle Gaupillat et de la dame Ader ; dépens à la charge de ces dernières).

§ 3 Les règlements intérieurs

409

Ce sont des mesures d'organisation interne des services (ex. : interdiction du port de certains vêtements dans les établissements scolaires) ou des mesures individuelles ayant un certain caractère disciplinaire (ex. : sanctions à l'armée ou dans un établissement scolaire).

Normalement, ces mesures ne font pas grief et ne peuvent faire l'objet d'un contrôle de légalité. Cette question a évolué récemment et des mesures de ce type ont été considérées comme étant des décisions (affaires concernant le port du foulard islamique dans les lycées et collèges).

Le Conseil d'État (CE, Ass., 17 févr. 1995, *Hardouin et Marie*, GAJA, n° 95) a modifié sa jurisprudence traditionnelle en considérant que des mesures d'ordre intérieur pouvaient être de véritables décisions, susceptibles de faire l'objet de recours, lorsqu'elles concernaient l'exercice d'une liberté et pouvaient avoir un effet sur le déroulement d'une carrière ou lorsqu'elles avaient un caractère avéré de gravité.

section 2

Les divers types de décisions unilatérales

410

Les décisions unilatérales peuvent être classées selon plusieurs points de vue qui présentent des intérêts différents.

A. La distinction matérielle : les décisions réglementaires et les décisions individuelles

411

Les décisions réglementaires sont celles qui sont impersonnelles. C'est le caractère abstrait, non nominatif qui est déterminant dans la qualification de l'acte réglementaire. Les décisions individuelles, elles, sont celles qui s'adressent à une ou plusieurs personnes nommément désignées. La distinction est importante dans la mesure où elle entraîne de nombreuses conséquences. C'est ainsi que les tribunaux judiciaires peuvent interpréter les décisions réglementaires et que les tribunaux judiciaires répressifs peuvent en apprécier la légalité ; les règlements doivent être publiés alors que la notification suffit pour les actes individuels (voir *infra* n° 417) ; les règlements peuvent toujours être abrogés ou modifiés par l'Administration alors que l'acte individuel, lorsqu'il crée des droits, ne peut l'être, sauf à respecter certaines conditions.

B. La distinction formelle

412

– les *ordonnances de l'article 38* de la Constitution, qui sont signées par le président de la République ;

– les *décrets* du président de la République délibérés en Conseil des ministres ou simples, ou les décrets du Premier ministre dans les autres cas. Certains de ces décrets sont dits « en Conseil d'État » lorsque celui-ci a préalablement été sollicité pour avis ;

– les *arrêtés* qui sont les actes des autorités subordonnées et qui peuvent avoir pour auteur les ministres (arrêté ministériel), les préfets (arrêtés préfectoraux), les maires (arrêtés municipaux)...

– les *délibérations* qui émanent des organes délibérants des collectivités territoriales ;

– les *décisions* qui émanent de différentes autorités mais qui sont prises sans forme déterminée : par exemple, les décisions du président de la République en application de l'article 16 de la Constitution.

2

Le régime juridique des décisions unilatérales

413 Parce qu'elles sont l'expression de la puissance publique, les décisions unilatérales sont soumises à un formalisme très sévère.

section 1

La validité des décisions unilatérales

414 En vertu du principe de légalité, les décisions unilatérales doivent respecter le droit en vigueur. Rappelons les éléments qui vont déterminer leur validité au niveau formel et au niveau matériel :

Au niveau formel, la *compétence* – le pouvoir de l'auteur de l'acte de l'accomplir – et les *formes* – la procédure selon laquelle la décision est prise — ; au niveau matériel, les *motifs* – la situation matérielle, objective, de fait ou de droit, qui justifie l'acte –, l'*objet* – le contenu de l'acte – et le *but* – l'objectif recherché par l'auteur de l'acte.

Signalons toutefois deux points particuliers concernant la validité des décisions unilatérales : la forme des décisions et la question des délégations.

§ 1 La forme des décisions unilatérales

415 En principe, les décisions unilatérales sont expresses et écrites. Il existe, cependant, des décisions implicites, telles celles qui résultent du silence gardé pendant

2 mois par l'Administration à la suite d'une demande adressée par un administré. Les décisions unilatérales peuvent également, dans certains cas, être verbales quoique, pour elles, un problème particulier de preuve se pose.

La loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs a imposé l'obligation de motiver les décisions unilatérales individuelles qui ont un caractère défavorable, notamment celles qui constituent une mesure de police, infligent une sanction, subordonnant l'octroi d'une autorisation à des conditions restrictives, ou imposent des sujétions, retirent ou abrogent une décision créatrice de droits, opposent une prescription, une forclusion ou une déchéance, refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit, celles qui sont dérogoatoires aux règles générales fixées par les lois et règlements. Il ne s'agit pas d'une obligation générale de motiver les actes administratifs, mais d'une extension des cas de motivation obligatoire. Pour les décisions concernées, la motivation doit être expresse et écrite. La loi du 17 janvier 1986 a étendu l'obligation de motivation aux décisions qui refusent une autorisation.

Par ailleurs, le décret du 28 novembre 1983 oblige l'Administration à respecter une procédure contradictoire préalablement à toute décision devant être motivée en application de la loi du 11 juillet 1979 à condition qu'elle n'intervienne pas sur une demande de l'intéressé. Ce même décret régit également la procédure consultative lorsque l'avis est demandé à un organisme collégial, notamment en ce qui concerne les règles de convocation, de quorum... De plus, l'Administration est obligée d'indiquer dans la notification de ses décisions les délais et les voies de recours. Enfin, le décret du 28 novembre 1983 oblige l'Administration à accuser réception des demandes qui lui sont faites et, si celles-ci sont adressées à une autorité incompétente, celle qui est saisie doit les transmettre à l'autorité compétente. Cette exigence a été rappelée par la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les Administrations. L'ensemble de ces mesures participe à ce que l'on appelle la « procédure administrative non contentieuse ».

§ 2 Les délégations

416

Le titulaire d'une compétence ne peut normalement en disposer à sa guise comme d'un droit, il doit, au contraire l'exercer lui-même sans pouvoir la transmettre. Il n'en va autrement que si la possibilité de déléguer son pouvoir est prévue par les textes mêmes qui lui ont attribué cette compétence.

Deux systèmes de délégation sont possibles : la *délégation de compétence* qui entraîne au profit de l'autorité délégataire un véritable transfert de pouvoir ; la *délégation de signature* qui consiste simplement à transférer à une autorité subordonnée la tâche matérielle de signer à la place de l'autorité délégante.

La délégation de compétence doit être prévue par un texte qui doit être publié, elle comporte une véritable délégation de pouvoir car l'autorité délégante est dessaisie pour tout le temps où la délégation subsiste : ainsi, elle ne pourra pas évoquer à son profit une affaire déterminée, du moins tant que la délégation

subsiste et dans les matières qui ont été déléguées. La délégation de compétence est une délégation abstraite, consentie d'autorité à autorité, un changement de titulaire ne modifiera pas la validité de la délégation. Enfin, l'acte accompli par l'autorité déléguée lui est imputable.

La *délégation de signature*, si elle doit être prévue par un texte et publiée, obéit à un régime différent de celui de la délégation de compétence. Elle n'emporte pas, en effet, d'autre dessaisissement que celui de la tâche matérielle de la signature et ne fait pas obstacle à ce que, pour telle ou telle affaire déterminée, l'autorité supérieure se réserve la signature. De plus, la délégation de signature est consentie *intuitu personae* et devient caduque si la personne du délégant ou du délégué vient à changer. Enfin, l'autorité délégante reste auteur de l'acte accompli par le délégataire.

section 2

La publicité des décisions unilatérales

417

Pour que les décisions unilatérales produisent leurs effets, il est nécessaire qu'elles soient portées à la connaissance des intéressés par des mesures de publicité.

Il existe deux grands types de mesures de publicité :

– *la notification*, qui est un procédé permettant de porter à la connaissance personnelle des intéressés le contenu de la décision ; elle peut s'opérer selon des formes diverses telles qu'une lettre, une photocopie de la décision ;

– *la publication*, qui permet de porter la décision à la connaissance du public ; les formes en sont très variées : insertion au *Journal officiel* ou dans un Bulletin officiel, affichage, publicité orale...

En principe, les actes réglementaires doivent être publiés et les actes individuels notifiés mais l'essentiel demeure que les intéressés soient en mesure de prendre connaissance de l'acte et de son contenu selon le procédé le plus adéquat.

L'effet de la publicité est de rendre la décision opposable aux intéressés, elle entraîne un certain nombre de conséquences :

- les administrés sont liés par les obligations établies par la décision ;
- les délais du recours contentieux commencent à courir à partir de la publicité ;
- l'Administration peut procéder aux mesures d'exécution de l'acte.

Une décision qui n'aurait pas été publiée n'est pas nulle de ce fait, elle est simplement inopposable aux administrés et ne peut faire l'objet de mesures d'exécution à leur encontre. Toutefois, les administrés, s'ils en ont connaissance, peuvent l'invoquer à leur profit à condition qu'il s'agisse d'un acte individuel.

Les actes individuels favorables aux intéressés entrent en vigueur dès leur signature (CE, Sect., 19 déc. 1952, *Mlle Mattei*).

section **3**

Les effets des décisions unilatérales

418 S'il est facile d'établir quand une décision administrative commence à produire ses effets, il est moins facile de déterminer quand elle cesse de produire ses effets.

§ 1 La non-rétroactivité des décisions unilatérales

419 Il existe en droit civil un principe de non-rétroactivité posé par l'article 2 du Code civil : « La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'est point rétroactive ». En droit administratif, le même principe existe mais le juge administratif a préféré lui donner le sens d'un principe général du droit qui interdit à l'autorité administrative de s'affranchir de la non-rétroactivité de sa propre volonté. Ce principe a été posé par la jurisprudence dans de nombreuses décisions dont la plus importante est : CE, 25 juin 1948, *Société du journal « L'Aurore »*, GAJA, n° 60.

Document n° 55

CE, 25 juin 1948, *Société du journal « L'Aurore »*, Rec. 289

Sur la fin de non-recevoir opposée par le ministre de l'Industrie et du Commerce :

Cons. que le ministre de l'Industrie et du Commerce se fondant sur les stipulations de l'avenant n° 5, en date du 7 juin 1939, à la convention conclue le 5 septembre 1907 entre la ville de Paris et la Compagnie parisienne de distribution d'électricité à laquelle est substituée, par l'effet de la loi du 8 avril 1946, l'Électricité de France, soutient que ledit avenant entraîne pour la société requérante les mêmes obligations que l'arrêté attaqué et qu'ainsi ladite société est sans intérêt à se pourvoir contre cet arrêté ;

Cons. que, comme il sera indiqué ci-après, la disposition critiquée par la requête fait par elle-même grief à la société « L'Aurore », qui est, par suite, recevable à en demander l'annulation ;

Sur la légalité de l'article 4 de l'arrêté du 30 décembre 1947 :

Cons. qu'aux termes de cet article les majorations du prix de vente de l'énergie électrique « sont applicables pour l'ensemble des départements métropolitains à toutes les consommations qui doivent normalement figurer dans le premier relevé postérieur à la date de publication du présent arrêté, c'est-à-dire au 1^{er} janvier 1948 » ;

Cons. qu'il est constant qu'en raison de l'intervalle de temps qui sépare deux relevés successifs de compteur le premier relevé postérieur au 1^{er} janvier 1948 comprend, pour une part, plus ou moins importante selon la date à laquelle il intervient, des consommations antérieures au 1^{er} janvier ; qu'en décidant que ces consommations seront facturées au tarif majoré, l'arrêté attaqué viole tant le principe en vertu duquel les règlements ne disposent que pour l'avenir que la règle posée dans les articles 29 et suivants de l'ordonnance du 30 juin 1945 d'après laquelle le public doit être avisé, avant même qu'ils soient applicables, des prix de tous les produits et services arrêtés par l'autorité publique ; qu'en outre la

disposition contestée a pour conséquence de faire payer à des tarifs différents le courant consommé dans les dernières semaines de l'année 1947 par les usagers, selon que leurs compteurs sont relevés avant ou après le 1^{er} janvier 1948 ; qu'il méconnaît ainsi le principe de l'égalité entre les usagers du service public.

Ce principe de non-rétroactivité comporte quelques exceptions car la rétroactivité peut être autorisée par la loi, sauf en matière pénale ; de plus, dans certains cas, l'exécution des décisions d'annulation entraîne des effets rétroactifs dont l'Administration doit tenir compte.

Rétroactivité et application immédiate d'un texte sont souvent liées. Afin de répondre à ce problème, au moins en partie, le Conseil d'État a consacré le principe de « sécurité juridique », déjà largement pratiqué par le juge communautaire et reconnu par le Conseil constitutionnel. Dans son arrêt CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG*, le Conseil d'État a consacré le principe de sécurité juridique en faisant valoir celui-ci au détriment d'un décret qui imposait des obligations nouvelles aux experts comptables, obligations qui auraient été applicables aux contrats en cours (*GAJA*, n° 113). Le Conseil d'État a annulé le décret attaqué au motif que le principe de sécurité juridique interdit au pouvoir réglementaire d'appliquer aux contrats en cours les dispositions nouvelles du code de déontologie des commissaires aux comptes :

« ...ses dispositions (celles du code de déontologie des commissaires aux comptes) ne pouvaient légalement s'appliquer aux contrats en cours, dès lors qu'à défaut de toute disposition transitoire dans le décret attaqué, les exigences et les interdictions qui résultent du code apporteront, dans les relations contractuelles légalement instituées avant son intervention, des perturbations qui, du fait de leur caractère excessif au regard de l'objectif poursuivi, sont contraires au principe de sécurité juridique... ».

● § 2 La disparition des effets des décisions unilatérales

420

Les décisions unilatérales de l'Administration ont des effets dont la durée peut être fixée par la loi, par le règlement ou par la décision elle-même. Le plus souvent, leur durée est illimitée et leurs effets ne pourront disparaître que par la volonté de l'Administration, dans deux hypothèses : l'abrogation et le retrait.

La désuétude, c'est-à-dire la non-application durable d'un acte administratif, n'a aucun effet sur son maintien en vigueur.

En principe, quand une loi est abrogée, les décrets d'application deviennent caducs (CE, 19 mai 1950, *Marcetteau*, *Rec.* p. 711).

L'Administration a même le devoir d'abroger un acte réglementaire devenu illégal par le fait d'une transposition d'une directive européenne. Le cas échéant, elle peut y être contrainte par le recours d'un administré (CE, Ass., 3 févr. 1989, *Alitalia*). Un administré peut, sans condition de délai, demander à l'Administration d'abroger un règlement devenu illégal (CE, 4 oct. 2000, *Dussourd*).

A. L'abrogation des décisions unilatérales

421

L'abrogation est la révocation pour l'avenir d'un acte réglementaire. Elle met fin aux effets de la décision pour l'avenir. Elle doit émaner de la même autorité que celle qui a pris la décision et être effectuée selon des formes correspondantes : c'est la règle du parallélisme des formes.

L'abrogation n'opérant que pour l'avenir, elle fait partie de la vie administrative normale : l'Administration doit pouvoir supprimer, ou modifier, certaines de ses décisions pour les adapter à l'évolution et aux nécessités changeantes de l'intérêt général. Cependant, il faut faire une distinction pour protéger les droits des administrés :

– les *décisions réglementaires peuvent être abrogées à tout moment* ; en effet, si les règlements font acquérir des droits pour le passé, ils n'en créent pas pour l'avenir. Les administrés n'ont donc aucun droit à leur maintien ;

– les *décisions individuelles, selon le cas, peuvent ou ne peuvent pas faire l'objet d'une abrogation* ; ainsi, les décisions individuelles qui n'ont pas créé de droits pour les intéressés peuvent toujours être abrogées (ex. : une autorisation d'occupation du domaine public). En revanche, les décisions individuelles qui ont créé des droits pour les intéressés peuvent aussi faire l'objet d'une abrogation à tout moment : l'abrogation doit prendre alors la forme d'un acte contraire (la révocation d'un fonctionnaire est l'acte contraire de l'acte de nomination). Si la décision individuelle est illégale, ce sont les règles du retrait qui s'appliquent.

B. Le retrait des décisions unilatérales

422

Le retrait est une *annulation* de la décision qui opère rétroactivement à partir du moment où elle a été prise et qui a pour conséquence d'effacer les effets juridiques présents, passés et à venir.

Les règles du retrait et de l'abrogation sont différentes car si l'abrogation est une mesure normale de la vie administrative, le retrait apparaît comme une prérogative surprenante puisqu'il permet d'effacer de l'ordonnement juridique une décision de façon définitive, même dans le passé. Le retrait concerne les actes individuels ; pour les actes réglementaires, le retrait est interdit. Or, en principe, les actes individuels sont irrévocables.

Une distinction doit être opérée :

1 ° Les décisions qui n'ont pas conféré de droits

Elles peuvent être retirées à tout moment et sans conditions.

2 ° Les décisions ayant conféré des droits

Le retrait est possible mais dans des conditions très strictes et qui découlent de la même idée : le retrait doit être un moyen d'éviter une annulation contentieuse. Dans ces conditions, le retrait des décisions régulières est toujours impossible ;

par contre, le retrait des décisions illégales est possible à condition que le retrait soit fondé sur des motifs d'illégalité et non de simple opportunité. L'acte retiré doit donc être illégal ! Pendant longtemps, en vertu de l'arrêt *Dame Cachet* du 3 novembre 1922, il devait intervenir tant que l'annulation contentieuse était encore possible. C'est-à-dire que le retrait devait intervenir dans les 2 mois de la notification de la décision (ou plus en cas de prorogation) ou, si un recours avait été formé contre elle, tant que le juge ne s'était pas prononcé (cf. CE, 3 nov. 1922, *Dame Cachet*).

La jurisprudence *Dame Cachet* permettait de concilier deux principes antinomiques :

- un acte créateur de droits pour un administré doit rester intangible ;
- un acte illégal ne doit pas pouvoir créer de droits.

Le Conseil d'État a fait évoluer sa jurisprudence dans l'arrêt *Ternon* (CE, Ass., 26 oct. 2001, *GAJA* n° 107). Désormais, l'Administration ne peut retirer une décision individuelle créatrice de droits mais illégale que dans un délai de 4 mois à partir de la signature de l'acte (et non plus par rapport à la publication ou la notification). Par ce nouvel arrêt de principe, le Conseil d'État privilégie la stabilité : après 4 mois, l'acte illégal produit irrémédiablement ses effets.

Évidemment, un acte individuel légal est intangible (CE, 19 déc. 1952, *Mlle Mattei*).

Document n° 56 **CE, Ass., 26 oct. 2001, *Ternon***

Cons. que, par délibération du 16 déc. 1983, le conseil régional du Languedoc-Roussillon a adopté un statut général du personnel de l'établissement public régional ; que, par arrêtés en date du 30 déc. 1983, le président de ce conseil a titularisé à compter du 1^{er} janv. 1984 de nombreux agents contractuels dans des emplois prévus par ce statut, et en particulier M. Eric Ternon, nommé au grade d'attaché régional de première classe, 1^{er} échelon : que la délibération réglementaire du 16 déc. 1983 ayant été annulée le 14 nov. 1984 par le tribunal administratif de Montpellier, le président du conseil régional a pris le 14 janv. 1986 des arrêtés titularisant à nouveau les intéressés dans les conditions prévues par des délibérations réglementaires en date du 14 févr. et du 7 nov. 1985 ; qu'à la demande du préfet de région, le tribunal administratif de Montpellier a annulé ces arrêtés, par jugement en date du 25 mars 1986 devenu définitif ; que le président du conseil régional a ensuite, en premier lieu, par arrêté du 31 déc. 1987, nommé M. Ternon à compter du 1^{er} janv. 1988 en qualité d'agent contractuel de la région, puis a, en deuxième lieu, par lettre du 25 mars 1988, refusé de l'intégrer en qualité de fonctionnaire territorial et a, en troisième lieu, par arrêté du 7 janv. 1991, licencié M. Ternon pour faute disciplinaire ; que M. Ternon se pourvoit en cassation contre l'arrêt en date du 26 mars 1988 par lequel la cour administrative d'appel de Bordeaux a refusé d'annuler ces trois décisions ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi ;

Cons. que la cour, après avoir relevé que M. Ternon soutenait que ces trois décisions méconnaissaient les droits acquis qu'il estimait tenir de l'arrêt de titularisation du 30 déc. 1983, a jugé qu'il n'était pas fondé à se prévaloir de tels droits dès lors que, par lettre du 16 févr. 1984 adressée au président du conseil régional dans le délai du recours contentieux, il avait exprimé son refus d'être titularisé et sa volonté de rester contractuel ; qu'il ressort toutefois du dossier soumis aux juges du fond qu'à supposer que cette lettre du 16 févr. 1984 ait constitué un recours administratif contre l'arrêt du 30 déc. 1983, ce recours n'a pas été accueilli avant que l'intéressé n'y ait renoncé, en entreprenant dès mars 1985 de faire valoir les droits qu'il estimait tenir du caractère définitif de cet arrêté : que par suite la cour a dénaté les pièces du dossier en estimant que les deux premières décisions répondaient aux vœux de M. Ternon et que, pour les mêmes motifs, la troisième n'avait pas à respecter les garanties prévues en faveur des fonctionnaires titulaires ; que dès lors M. Ternon est fondé à demander l'annulation de l'arrêt attaqué...

En ce qui concerne la décision du 25 mars 1988 :

Cons. que si l'arrêté du 31 décembre 1987, devenu définitif, n'a eu ni pour objet ni pour effet de retirer l'arrêté en date du 30 déc. 1983 par lequel M. Ternon a acquis un droit à être titularisé dans la fonction publique territoriale, telle a été la portée de la décision du 25 mars 1988 par laquelle la région a refusé de régulariser la situation de M. Ternon ; que l'arrêté en date du 25 oct. 1995 par lequel le président du conseil régional a retiré l'arrêté du 30 déc. 1983 n'a fait que confirmer cette décision de retrait ;

Cons. que, sous réserve de dispositions législatives ou réglementaires contraires, et hors le cas où il est satisfait à une demande du bénéficiaire, l'Administration ne peut retirer une décision individuelle explicite créatrice de droits, si elle est illégale, que dans le délai de 4 mois suivant la prise de cette décision :

Cons. que si M. Ternon a demandé le 26 févr. 1984 à l'Administration de retirer l'arrêté susmentionné du 31 déc. 1983, il a ensuite, ainsi qu'il a déjà été dit, expressément abandonné cette demande ; que, par suite, le président du conseil régional ne pouvait pas légalement prononcer ce retrait, comme il l'a fait par sa décision du 25 mars 1988, réitérée le 25 oct. 1995 ; que M. Ternon est donc fondé à soutenir que c'est à tort que le tribunal a refusé d'annuler cette décision ;

En ce qui concerne le licenciement du 7 janv. 1991 :

Cons. que l'arrêté du 31 déc. 1983 a conféré la qualité de fonctionnaire territorial à M. Ternon, lequel devait par suite bénéficier des garanties statutaires prévues par la loi susvisée du 26 janv. 1984 ; que M. Ternon est dès lors fondé à soutenir que son licenciement disciplinaire a été prononcé irrégulièrement, faute d'avoir été précédé de l'avis préalable de la commission administrative paritaire siégeant en conseil de discipline exigé par l'article 89 de cette loi, et que c'est à tort que le tribunal a refusé d'annuler la décision du 7 janv. 1991 ;

Sur les conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à la région de régulariser la situation de fonctionnaire territorial de M. Ternon :

Cons. qu'aux termes de l'article L. 911-1 du Code de justice administrative, « lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public (...) prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision, cette mesure assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution » ; qu'aux termes de l'article L. 911-3 du même code, « saisie de conclusions en ce sens, la juridiction peut assortir, dans la même décision, l'injonction prescrite en application des articles L. 911-1 et L. 911-2 d'une astreinte qu'elle prononce dans les conditions prévues au présent livre et dont elle fixe la date d'effet » ;

Cons. que l'annulation de la décision du 25 mars 1988 susmentionnée implique nécessairement que la région Languedoc-Roussillon reconstitue la carrière de l'intéressé et procède à sa réintégration ; que si la région fait valoir qu'elle a explicitement retiré l'arrêté du 30 déc. 1983 par l'arrêté du 25 oct. 1995 susmentionné, cette décision, purement confirmative de celle du 25 mars 1988, est sans effet sur la situation juridique de M. Ternon et ne fait donc pas obstacle à ce qu'il soit maintenant procédé à sa réintégration ; qu'il y a lieu d'enjoindre à la région, d'une part, de procéder à la réintégration juridique de M. Ternon en qualité de fonctionnaire territorial, après avoir reconstitué sa carrière par comparaison avec la progression moyenne des autres agents qu'elle a titularisés dans le grade d'attaché régional par des arrêtés du 31 déc. 1983, d'autre part, de l'affecter dans un emploi correspondant au grade résultant de cette reconstitution, sans préjudice de l'application éventuelle des dispositions de l'article 97 de la loi du 26 janv. 1984 ; que, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, il y a lieu de prononcer contre la région, à défaut pour elle de justifier de cette exécution dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la présente décision, une astreinte de 1 000 F par jour jusqu'à la date à laquelle elle aura reçu exécution ;

§ 3 L'exécution des décisions unilatérales

concrète, pour être réalisé mais il y a des cas où l'exécution des décisions exige de la part des destinataires une action concrète. Comment la question est-elle résolue ?

A. Le principe du privilège du préalable

424

L'Administration bénéficie d'une véritable présomption de légalité : elle peut prendre des décisions exécutoires qui doivent s'appliquer immédiatement parce qu'elles sont présumées être conformes au droit. Même si l'administré est persuadé de leur illégalité, il doit s'y conformer, préalablement à toute vérification par le juge. Ce n'est qu'après avoir exécuté qu'il pourra demander au juge de l'annuler. Le problème se pose toutefois de savoir quelles sont les conséquences d'un refus de sa part, l'Administration peut-elle le forcer à exécuter ?

B. L'exécution forcée n'est en principe possible que par l'intermédiaire des tribunaux judiciaires répressifs

425

Dans la plupart des cas, la résistance des administrés aux décisions de l'Administration est punie soit par des textes spéciaux, soit plus généralement par l'article R. 610-5, du Code pénal (*amende prévue pour les contraventions de 1^{re} classe*). La démarche normale pour forcer les administrés à exécuter consistera donc à provoquer des poursuites pénales. Le juge prononcera à l'encontre des récalcitrants les peines prévues afin de briser leur résistance.

C. L'Administration peut exécuter elle-même ses décisions dans trois hypothèses

426

Quand un *texte préexistant le prévoit* (en matière de réquisition par exemple) ;

– *en cas d'urgence*, sous le contrôle du juge ;

– *en l'absence de toute sanction légale*. Ici, il est évident que si un texte donne compétence à l'Administration sans prévoir de sanction, l'Administration n'a pas d'autres moyens pour assurer le respect de ses décisions que de les exécuter elle-même, par la force du besoin, pour qu'en définitive, force reste à la loi et aux décisions prises sur la base de la loi. L'Administration aura ainsi la possibilité de recourir directement à l'exécution forcée sans recours préalable au juge puisque ce recours n'existe pas (T. confl., 2 déc. 1902, *Société immobilière Saint-Just*, GAJA, n° 10).

Document n° 57

T. confl., 2 déc. 1902, *Société immobilière de Saint-Just*

Sur la recevabilité de l'arrêté de conflit : Cons. qu'aux termes de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828 le délai de quinzaine dans lequel doit être élevé le conflit court du jour de l'envoi fait au préfet du jugement rendu sur la compétence ;

Cons. que si, d'après l'extrait du registre de mouvement, la copie de l'arrêt du 13 août 1902, qui a rejeté le déclinatoire, a été adressée le 14 août par le procureur général, il n'en résulte pas que le préfet du Rhône n'ait pas eu connaissance de cet arrêt de la cour de Lyon, lorsqu'à la date du 13 août il a pris l'arrêt de conflit qui vise la décision intervenue conformément à l'article 9 de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828 ; que, dès lors, l'arrêt de conflit susvisé est recevable ;

Sur la validité de l'arrêt de conflit : Cons. que, par son arrêt en date du 26 juillet 1902, le préfet du Rhône a ordonné l'évacuation immédiate de l'établissement formé à Lyon, rue des Farges, n° 22, par la congrégation des sœurs de Saint-Charles et prescrit l'apposition des scellés sur les portes et les fenêtres de l'immeuble ;

Cons. qu'en prenant cet arrêt d'après les ordres du ministre de l'Intérieur et des cultes le préfet a agi dans le cercle de ses attributions, comme délégué du pouvoir exécutif, en vertu du décret du 25 juillet 1902 qui a prononcé la fermeture dudit établissement par application de l'article 13, paragraphe 3, de la loi du 1^{er} juillet 1901 ;

Cons. qu'il ne saurait appartenir à l'autorité judiciaire d'annuler les effets et d'empêcher l'exécution de ces actes administratifs ; que l'apposition des scellés, ordonnée comme suite et complément de l'évacuation forcée des locaux, et le maintien temporaire desdits scellés ne constituent pas un acte de déposition pouvant servir de base à une action devant l'autorité judiciaire ; que, par suite, la demande formée au nom de la société propriétaire de l'immeuble dont il s'agit tendant à obtenir la levée des scellés apposés pour assurer l'exécution des décrets et arrêtés précités ne pouvait être portée que devant la juridiction administrative, seule compétente pour apprécier la légalité des actes d'Administration et pour connaître des mesures qui en sont la conséquence ; que, de ce qui précède, il résulte que la cour d'appel de Lyon, en se déclarant compétente a violé le principe de la séparation des pouvoirs ;

Cons., d'autre part, qu'après avoir rejeté le déclinatoire la cour a, dans le même arrêt, passé outre au jugement au fond ; qu'elle a ainsi méconnu les prescriptions des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828 ;... (Arrêté de conflit confirmé).

Toutefois cette exception ne peut jouer que si certaines conditions sont remplies :

- il faut que l'opération administrative pour laquelle l'exécution est nécessaire ait sa source dans un texte précis ;
- il faut qu'il y ait lieu à exécution forcée, c'est-à-dire que l'administré ait montré une certaine résistance ;
- il faut que les mesures d'exécution forcée tendent uniquement dans leur objet immédiat à la réalisation de l'opération prescrite par la loi : l'exécution forcée doit être limitée au strict nécessaire.

D. Les limites et les sanctions de l'exécution forcée

427

Les dangers de l'utilisation systématique de l'exécution forcée par l'Administration ont été nettement perçus. Elle doit observer certaines limites et particulièrement faire précéder celle-ci d'une mise en demeure (sauf en cas d'urgence). De plus l'Administration agit à ses risques et périls même si elle recourt à l'exécution forcée de façon régulière. Dans le cas où celle-ci est irrégulière, l'Administration commet une voie de fait avec toutes les conséquences que cela implique et notamment la compétence du juge judiciaire qui pourra adresser des injonctions à l'Administration.

3

Les contrats administratifs

428 Comme tous les contrats, les contrats administratifs reposent sur un accord de volontés. Dans certains cas, l'Administration ne peut pas recourir au contrat : elle doit utiliser l'acte de commandement, l'acte unilatéral (ex. : en matière de pouvoir de police). Même si le recours à la contractualisation se banalise dans les relations entre collectivités publiques et dans les rapports entre ces dernières et les particuliers, il ya des limites... l'Administration doit rester avant tout la puissance publique. Le contrat est évidemment « l'acte », mais il traduit aussi l'aboutissement d'une élaboration concertée, d'un rapport juridique reposant sur l'autonomie de la volonté et d'un régime juridique dans lequel la « puissance » publique peut soudain se réveiller, au nom de l'intérêt général !

section 1

La notion de contrat administratif

429 Un contrat est un accord de volontés qui génère pour les parties des obligations réciproques.

① 1 Le contrat : procédé de l'action administrative

430 À côté de la décision unilatérale, l'Administration utilise fréquemment, pour atteindre ses objectifs, le *procédé du contrat*. On peut se demander pourquoi l'Administration, qui dispose du privilège d'imposer sa volonté par la décision unilatérale, utilise le contrat qui exige, par définition, un accord de volontés ? Les raisons en sont multiples. D'abord, la pratique montre que l'Administration

peut atteindre ses buts en utilisant le procédé contractuel : quand elle veut acquérir des biens, effectuer des travaux, obtenir certains services et même organiser et faire fonctionner certains services publics (concession)... Ensuite, l'utilisation du procédé du contrat se justifie dans un régime qui reste attaché à l'entreprise privée et au principe du libéralisme économique ; il permet de réaliser la participation des personnes privées au fonctionnement des services publics notamment dans le cas des délégations de service public.

Les contrats conclus par l'Administration sont variés : les marchés de travaux publics, les marchés de fournitures ou de services, les contrats de louage de services, etc. Mais tous les contrats de l'Administration ne relèvent pas du droit public : l'Administration peut conclure des contrats qui sont soumis au droit privé et qui relèvent de la compétence du juge judiciaire (ex. : un contrat de bail). On fait alors la différence entre les contrats de l'Administration (de droit civil ou de droit administratif) et les contrats administratifs (exclusivement un régime de droit administratif). C'est le régime des contrats administratifs qui nous intéresse ici.

§ 2 Le droit applicable aux contrats administratifs

431 C'est un droit autonome par rapport aux règles qui régissent la matière en droit privé ; ce sont d'ailleurs essentiellement des règles jurisprudentielles, bien qu'il existe quelques textes mais qui concernent surtout des règles de procédure ou des questions de compétence (ex. : les marchés publics). L'autonomie du droit des contrats administratifs s'explique surtout par l'*inégalité des intérêts en présence*. Le contrat administratif doit être conçu en fonction des exigences de l'intérêt général représenté par l'Administration : les règles spéciales qui s'appliquent à lui s'expliquent avant tout par cette idée. L'Administration doit défendre l'intérêt de la collectivité et l'inégalité sera souvent en sa faveur, mais on remarquera que parfois le régime du contrat administratif se présente comme un régime favorable au cocontractant de l'Administration. Il s'agit d'une inégalité complexe qui repose sur les différences fondamentales entre les intérêts en présence et qui n'exclut pas une certaine collaboration entre l'Administration et ses cocontractants à une même tâche d'intérêt général.

section 2

Le critère des contrats administratifs

432 L'Administration pouvant conclure des contrats soumis à deux régimes juridiques différents, la question se pose de savoir comment reconnaître les deux

types de contrats. Or, il n'existe pas de critère formel et unique permettant de savoir si tel contrat passé par l'Administration est administratif ou de droit privé. Dans certains cas, le législateur a décidé que tel type de contrat était administratif : ce sont les contrats administratifs par *détermination de la loi* tels que les marchés publics, les contrats de travaux publics (loi du 28 pluviôse An VIII), les ventes d'immeubles de l'État, les contrats comportant occupation du domaine public, les contrats de délégation de service public (loi du 29 janv. 1993 dite loi Sapin), les contrats de partenariat public-privé (ordonnance du 17 juin 2004).

En dehors de ces hypothèses, les contrats sont considérés comme administratifs selon des critères qui ont été posés par la jurisprudence. On distingue communément le critère organique et le critère matériel (alternatif).

§ 1 Le critère organique : les parties au contrat

433

Les contrats conclus entre des personnes privées sont en principe des contrats de droit privé ; les contrats conclus entre des personnes publiques sont en principe des contrats administratifs ; enfin, les contrats conclus entre une personne publique et une personne privée peuvent être des contrats administratifs (sous réserve de satisfaire au critère alternatif).

Il apparaît normal, pour qu'un contrat soit administratif, qu'au moins une des parties au contrat soit une personne morale de droit public. Cette doctrine constante semblait avoir été renversée par une décision du tribunal des conflits : T. confl., 8 juill. 1963, *Société entreprise Peyrot c/ Société autoroute Estérel-Côte d'Azur*, GAJA, n° 81, dans laquelle la haute juridiction avait admis qu'un contrat pouvait être administratif lorsqu'il était passé entre deux personnes privées, à condition que l'une d'entre elles agisse, en l'occurrence, pour le compte de l'État. Mais cette jurisprudence semble abandonnée, ou tout au moins avoir une portée réduite car elle a été limitée à certains travaux publics routiers (cf. CE, 10 nov. 1972, *Société des grands travaux alpins*, AJDA, 1973, p. 47). Il apparaît cependant maintenant que lorsque l'une des personnes privées qui a conclu le contrat a agi comme mandataire d'une personne publique (« pour le compte de »), et que les autres critères du contrat administratif sont réunis, le contrat en question présente un caractère administratif (voir notamment CE, 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine*, AJDA, 1975, p. 361 ; et CE, 18 juin 1976, *Dame Culard*, AJDA, 1976, p. 580 ; CE, 3 mars 1989, *Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes*, RFDA, 1989, p. 831).

Document n° 58

T. confl., 8 juill. 1963, *Société entreprise Peyrot c/ Société autoroute Estérel-Côte d'Azur*

Considérant que la construction des routes nationales a le caractère de travaux publics et appartient par nature à l'État ; qu'elle est traditionnellement exécutée en régie directe ; que par suite, les marchés passés par le maître de l'ouvrage pour cette exécution sont soumis aux règles du droit public ; considérant qu'il doit en être de même pour les marchés passés par le maître de l'ouvrage pour la construction

d'autoroutes dans les conditions prévues par la loi du 18 avril 1955 sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la construction est assurée de manière normale directement par l'État ou à titre exceptionnel par un concessionnaire agissant en pareil cas pour le compte de l'État, que ce concessionnaire soit une personne morale de droit public, ou une société d'économie mixte, nonobstant la qualité de personne morale de droit privé d'une telle société ; qu'ainsi, quelles que soient les modalités adoptées pour la construction d'une autoroute, les marchés passés avec les entrepreneurs par l'Administration ou par son concessionnaire ont le caractère de marché de travaux publics...

Le principe demeure donc : il est nécessaire, pour qu'un contrat soit administratif, que l'une des parties soit une personne morale de droit public, ou agisse pour son compte.

En principe, un contrat conclu entre deux personnes publiques est administratif quelles qu'en soient les clauses (exorbitantes ou non) ou même s'il n'a pas pour objet de confier au cocontractant l'exécution même du service public sauf dans le cas où il ne concerne que des rapports de droit privé (T. confl., 21 mars 1983, *UAP c/ ministère des Postes et Télécommunications*).

§ 2 Le critère alternatif (critère matériel)

434 Le critère est dit alternatif parce qu'il se décompose en deux branches. Un contrat est administratif, soit parce qu'il porte sur l'exécution d'un service public, soit parce qu'il contient une « clause exorbitante du droit commun ».

A. Le critère de l'exécution du service public

435 Un contrat peut être considéré comme administratif parce que son objet est de confier au cocontractant de l'Administration l'exécution même du service public. Ce critère a été dégagé par le Conseil d'État en 1956 : CE, 20 avr. 1956, *Époux Bertin, GAJA*, n° 71.

Document n° 59

CE, 20 avr. 1956, *Époux Bertin et ministère de l'Agriculture c/ Consorts Grimouard*

Sur la compétence :

Cons. qu'il résulte de l'instruction que, par un contrat verbal passé avec l'Administration le 24 novembre 1944, les époux Bertin s'étaient engagés, pour une somme forfaitaire de 30 francs par homme et par jour, à assurer la nourriture des ressortissants soviétiques hébergés au centre de rapatriement de Meaux en attendant leur retour en Russie ; que ledit contrat a eu pour objet de confier, à cet égard, aux intéressés l'exécution même du service public alors chargé d'assurer le rapatriement des réfugiés de nationalité étrangère se trouvant sur le territoire français ; que cette circonstance suffit, à elle seule, à imprimer au contrat dont s'agit le caractère d'un contrat administratif ; qu'il suit de là que, sans qu'il soit besoin de rechercher si ledit contrat comportait des clauses exorbitantes du droit commun, le litige portant sur l'existence d'un engagement complémentaire à ce contrat, par lequel l'Administration aurait alloué aux époux Bertin une prime supplémentaire de 7,50 francs par homme et par jour en échange de l'inclusion de nouvelles denrées dans les rations servies, relève de la compétence de la juridiction administrative :

Au fond :

Cons. que les époux Bertin n'apportent pas la preuve de l'existence de l'engagement complémentaire susmentionné ; que, dans ces conditions, ils ne sont pas fondés à demander l'annulation de la décision, en date du 1^{er} juin 1949, par laquelle le ministre des Anciens Combattants et Victimes de la Guerre a refusé de leur verser le montant des primes supplémentaires qui auraient été prévues audit engagement ;... (Rejet avec dépens).

Les contrats visés ici sont ceux pour lesquels un particulier n'est pas simplement chargé d'apporter son concours au service public mais est chargé de l'exécuter lui-même en totalité ou en partie (cf. T. confl., 24 juin 1968, *Forma*, doc. n° 60, 1969, p. 116).

Document n° 60 T. confl., 24 juin 1968, *Forma*

« ... Les contrats ont pour objet l'exécution même du service public dont le FORMA est investi... »

B. Le critère de la clause exorbitante

436

C'est l'autre critère utilisé par le juge pour accorder le caractère administratif à un contrat : un contrat est administratif s'il contient une ou plusieurs clauses exorbitantes du droit commun, c'est-à-dire qui, par leur nature, n'appartiennent pas normalement au droit privé (CE, 31 juill. 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, GAJA, n° 25).

Il est parfois difficile de cerner avec netteté la notion de clause exorbitante ; le Conseil d'État a donné cette définition : « toute stipulation ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou des obligations étrangères par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles ou commerciales ».

Ces clauses dites exorbitantes ne sont pas celles qui entraîneraient la nullité du contrat si on les rencontrait en droit privé car il s'agit de clauses parfaitement licites, elles sont plutôt inhabituelles (par exemple une clause de résiliation unilatérale n'est pas illicite en droit privé mais on ne la rencontre pratiquement jamais).

La question a subi une évolution : le juge ne semble plus s'attacher seulement à l'existence d'une clause exorbitante nettement individualisée, il admet qu'un contrat puisse avoir le caractère administratif lorsqu'il est dans son ensemble soumis à un régime exorbitant du droit commun. On parle ici « d'ambiance de droit public » (voir CE, 19 janv. 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, GDJA, p. 238).

Il existe une exception à ce critère : les contrats passés par les services publics industriels et commerciaux avec leurs usagers sont considérés comme des contrats de droit privé, même s'ils contiennent des clauses exorbitantes du droit commun (cf. T. confl., 17 déc. 1962, *Dame Bertrand*, AJDA, 1963, p. 105).

Les deux critères dégagés par la jurisprudence ne sont pas considérés comme *cumulatifs mais comme alternatifs* : un contrat conclu par une personne publique est administratif soit parce qu'il confie au cocontractant de l'Administration

l'exécution même du service public, soit parce qu'il contient des clauses exorbitantes du droit commun.

La question de la qualification du contrat est primordiale parce qu'elle détermine à la fois le régime applicable (droit civil ou droit administratif) et l'ordre de juridiction compétent en cas de litige (juge civil ou juge administratif). Il faut remarquer qu'aucun des critères n'est décisif et suffisant par lui-même.

section **3**

Le régime juridique des contrats administratifs

437 L'intérêt général justifie un ensemble de règles particulières qui interviennent de la formation du contrat jusqu'à sa complète exécution.

§ 1 La formation des contrats administratifs

438 En droit privé, la formation du contrat est relativement simple : il suffit pratiquement d'un échange de consentement entre les cocontractants. En droit administratif, il en va autrement car il s'agit d'engager une personne publique et nous avons déjà indiqué que les intérêts en présence étaient inégaux.

A. La procédure obéit à des règles parfois complexes

439 Seules des personnes morales peuvent conclure des contrats par l'intermédiaire des autorités qui ont compétence pour les engager. Dans certains cas, l'autorité qui a compétence pour signer le contrat doit être spécialement autorisée. L'approbation est parfois nécessaire pour que le contrat soit valable (par exemple l'autorité de tutelle ou le supérieur hiérarchique).

B. Le choix du cocontractant

440 Le libre choix du cocontractant par l'Administration peut présenter des inconvénients dont la pratique administrative offre de fréquentes illustrations, le favoritisme notamment. D'autre part, le libre choix du cocontractant peut faire craindre l'insuffisance de l'appel à la concurrence, gage d'un prix convenable et d'une qualité honorable. Toutefois, dans certains contrats administratifs, la liberté de choix est indispensable : ce sont les contrats conclus *intuitu personae* tels que le contrat de concession. Dans la plupart des marchés (travaux publics,

fournitures, transports...), ce sont les règles de l'appel à la concurrence et l'absence de liberté de choix qui l'emportent.

Plusieurs lois et décrets successifs ont permis tant bien que mal de transposer les directives européennes en la matière, mais il manquait une réforme d'ensemble. Celle-ci est d'abord intervenue avec le décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant Code des marchés publics. Le Code a été entièrement refondu, autant dans sa structure que dans son contenu (le Code est passé de 399 articles à 136 articles) avec pour objectifs la simplification et la modernisation. En ce qui concerne la simplification, il faut remarquer que ce sont désormais les mêmes règles qui s'appliquent à l'État et aux collectivités locales, les seuils de référence ont été réduits à cinq, la procédure de l'adjudication a été supprimée... Quant à la modernisation, les Administrations ont eu tout lieu de se réjouir de la disparition de la règle du moins-disant au profit de celle du mieux disant, quels que soient le montant et la nature du marché. Les adaptations au droit communautaire n'étant toujours pas suffisantes, un nouveau décret était intervenu, refondant entièrement le Code des marchés publics : c'est le décret du 7 janvier 2004 portant Code des marchés publics. Les seuils ont été fortement relevés, facilitant l'accès à des marchés aux procédures allégées. Mais le Code de 2004 n'a été lui-même qu'une transition jusqu'à l'aboutissement du nouveau Code des marchés, issu du décret 2006-975 du 1^{er} août 2006 (*JO* du 4 août 2006, p. 11627). Ce nouveau Code des marchés achève (on l'espère) la profonde réforme de la commande publique entamée en 2001. Il transpose, entre autres, les directives européennes intervenues depuis 2004 : c'est ainsi que la notion de « pouvoir adjudicateur » fait son entrée dans le Code des marchés et que celle de « personne responsable du marché » disparaît. Les pouvoirs adjudicateurs correspondent aux personnes morales soumises au Code des marchés : État, collectivités territoriales, établissements publics administratifs (les EPIC et les GIP échappent aux marchés publics).

L'article 1^{er} définit les marchés publics comme étant « les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à des besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ».

L'article 26 dresse la liste des procédures s'appliquant aux marchés publics : l'appel d'offres, les procédures négociées (dites de l'art. 35), le dialogue compétitif (art. 36), le concours (art. 38), le système d'acquisition dynamique (art. 78) ainsi que la procédure adaptée (art. 28).

Le nouveau code confirme donc l'existence de la « procédure adaptée » (art. 28) qui s'applique pour les marchés de travaux dont le montant estimé ne dépasse pas 4 845 000 € : le pouvoir adjudicateur peut s'affranchir de toute publicité préalable et de toute mise en concurrence. Ce contrat n'en reste pas moins un marché public (exigence de documents concernant l'opérateur, etc.).

1 ° L'appel d'offres

C'est le procédé de désignation du cocontractant qui comporte le plus de garanties, autant en termes de coût que de qualité et de sécurité. Le marché est attribué au mieux disant, c'est-à-dire à l'entreprise qui soumet l'offre la plus avantageuse.

Le prix n'est qu'un élément parmi d'autres critères. De fait, depuis une quinzaine d'années, l'appel d'offres est devenu le procédé de référence dès que le marché dépasse le seuil réglementaire.

2 ° Le marché négocié

C'est un procédé qui laisse beaucoup de liberté à l'Administration : elle choisit librement son cocontractant. Tous les marchés qui n'atteignent pas le seuil fatidique peuvent être négociés librement.

Les marchés peuvent également être négociés librement, sans publicité préalable et sans mise en concurrence en cas « d'urgence impérieuse » résultant de circonstances imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur et n'étant pas de son fait (ex. : catastrophe naturelle ou technologique) ; les marchés doivent rester limités aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence.

C. Le cahier des charges

441

La forme normale d'un contrat administratif est la forme écrite, certains contrats sont obligatoirement écrits ou renvoient à un cahier des charges. Parfois, mais exceptionnellement, un contrat peut être verbal.

Les *cahiers des charges* déterminent la plus grande partie des obligations contractuelles et le cocontractant de l'Administration, qui ne peut en discuter le contenu, doit les accepter ou les refuser en bloc auquel cas, naturellement, il ne passera pas le contrat.

Les cahiers des charges comprennent des documents généraux et des documents particuliers.

1 ° Les documents généraux

– les *cahiers des clauses administratives générales* qui posent les règles valables pour tous les marchés d'un même type : comme par exemple, le cahier des clauses administratives générales des marchés de travaux publics ;

– les *cahiers des clauses techniques générales* qui concernent les aspects techniques.

2 ° Les documents particuliers

– les *cahiers des clauses administratives particulières* qui fixent les dispositions propres à chaque marché ;

– les *cahiers des clauses techniques particulières* qui fixent les dispositions techniques nécessaires à l'exécution des prestations prévues au marché.

Le système des cahiers des charges a une grande importance dans le droit des contrats administratifs car il permet de retrouver, dans chaque grande catégorie de contrats, des clauses identiques. C'est sans doute un frein à l'autonomie des

contrats, mais le développement d'une jurisprudence uniforme permet de les interpréter plus facilement.

§ 2 Les effets du contrat administratif

442 La théorie des contrats administratifs est un des domaines du droit administratif où se manifeste le plus l'autonomie par rapport au droit privé, particulièrement dans les effets du contrat.

A. La mutabilité des contrats administratifs

443 En droit privé, la règle fondamentale est posée par l'article 1134 du Code civil « les conventions légalement faites tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Cette formule implique l'*immutabilité du contrat* puisque seul le consentement commun des parties peut le modifier ou y mettre fin.

En droit administratif, le contrat échappe en partie à ces règles car la jurisprudence en a écarté partiellement l'application. Ainsi, l'Administration a le droit, à tout moment, de résilier le contrat de façon unilatérale. Elle devra indemniser le cocontractant mais cette indemnité ne sera pas fondée sur l'idée de faute comme en droit privé. De même, l'Administration pourra modifier de sa propre volonté les conditions d'exécution du contrat ainsi que certaines clauses. L'immutabilité disparaît en partie.

L'Administration se voit donc reconnaître des privilèges particuliers que son cocontractant ne détient pas : l'égalité entre les parties disparaît pour être remplacée par la notion d'*équilibre financier*.

B. Les pouvoirs exorbitants de l'Administration

444 Les prérogatives de l'Administration ont deux origines :

– les contrats administratifs contiennent très souvent des clauses exorbitantes qui sont incluses soit dans les cahiers des charges, soit dans les clauses propres du contrat, dans ce dernier cas elles proviennent de la volonté contractuelle des parties ;

– il arrive que ces clauses soient extra-contractuelles : elles existent même si elles ne sont pas prévues au contrat et la volonté des parties ne peut priver l'Administration des prérogatives qu'elle détient.

1^o Le droit de direction et de contrôle

En droit privé, le cocontractant qui doit exécuter ses obligations le fait sous sa propre responsabilité, l'autre partie n'a pas un droit permanent de contrôle.

Dans le contrat administratif (ex. : marché de travaux publics), le cocontractant est placé sous le contrôle permanent de l'Administration qui peut également lui donner des instructions directes.

2 ° Le pouvoir de sanction

L'Administration peut infliger des sanctions directement au cocontractant défaillant. Certaines de ces sanctions ont un caractère contractuel (ex. : des amendes en cas de retard) ; d'autres résultent du régime propre du contrat administratif et existent même si le contrat ne les a pas prévues. Parmi ces sanctions, existe la possibilité pour l'Administration de se substituer au cocontractant défaillant : c'est la *mise sous séquestre* dans la concession, la *mise en régie* dans le marché des travaux publics et *l'exécution par défaut* dans le cadre des marchés de fourniture. De même, l'Administration peut prononcer unilatéralement la résiliation du contrat aux torts du cocontractant, après mise en demeure. Toutefois, dans le cas du contrat de concession, la résiliation prend le nom de déchéance et ne peut être prononcée que par un juge.

Dans tous ces cas, il faut une faute grave du cocontractant. Celui-ci peut, en toute hypothèse, faire appel au juge administratif de la sanction que l'Administration lui a infligée.

3 ° Le droit de modification unilatérale des clauses du contrat

L'Administration peut modifier les clauses du contrat, mais elle ne peut le faire à tout moment et pour n'importe quelle raison, car on ne pourrait plus parler de contrat ; le cocontractant serait dans une situation de totale insécurité juridique.

Les modifications ne sont possibles que si les *nécessités du service public l'exigent* : les pouvoirs de modification sont d'autant plus importants que le cocontractant est associé à la gestion du service public. Si le cocontractant ne fournit qu'un concours extérieur (fournitures par exemple), l'Administration pourra modifier les conditions d'exécution du contrat, mais non les fournitures, sauf si une clause contractuelle le prévoit. Par contre, dans la concession, le pouvoir de modification est très important.

De toute façon, les modifications ne peuvent pas porter sur les clauses financières car l'Administration est tenue d'assurer l'équilibre financier du contrat (CE, 10 janv. 1902, *Gaz de Deville les Rouen*).

4 ° Le droit de résiliation par l'Administration

L'Administration peut résilier le contrat de plusieurs façons :

- le contrat peut prévoir les conditions de résiliation ;
- le contrat peut être résilié à titre de sanction par l'Administration. Toutefois, l'inverse n'est pas possible et si l'Administration a manqué à ses obligations, le particulier doit s'adresser au juge du contrat pour faire prononcer la résiliation aux torts de l'Administration. De même qu'il devra s'adresser au juge en cas de résiliation abusive par l'Administration, mais le juge ne pourra qu'accorder des dommages-intérêts et ne pourra pas annuler la résiliation ;

– le contrat peut être résilié dans l'intérêt du service. Dans ce cas, il n'y a aucun caractère de sanction car les contrats administratifs étant conclus dans l'intérêt du service, cet intérêt peut à tout moment exiger une résiliation. En procédant ainsi, l'Administration ne commet pas de faute quoiqu'elle soit tenue d'indemniser le cocontractant en vertu du principe de l'équilibre financier du contrat. De son côté, le cocontractant n'a pas non plus commis de faute.

Si une entreprise est défaillante pendant l'exécution du marché public :

- le redressement judiciaire ne justifie pas la résiliation du contrat en cours ;
- la liquidation judiciaire implique, elle, *in fine*, la résiliation du contrat.

C. L'équilibre financier du contrat administratif

445

En droit privé, l'essentiel est que les stipulations contenues dans le contrat soient exécutées alors qu'en droit administratif le plus important est que l'équilibre financier général soit maintenu. Ce principe reçoit application dans le cas où l'Administration impose légitimement au cocontractant des charges nouvelles en utilisant ses prérogatives de puissance publique (*cf.* CE, 21 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways, op. cit.*). L'application de ce principe a permis l'éclosion de deux théories propres au droit administratif : la théorie du fait du prince et la théorie de l'imprévision.

1 ° La théorie du fait du prince (ou l'aléa administratif)

Cette théorie s'applique lorsque l'Administration prend des mesures qui causent un préjudice au cocontractant. Celui-ci peut être indemnisé lorsque ces mesures sont prises par l'Administration contractante de façon générale (et non pas dans le cadre de ses relations contractuelles) et qu'elles aggravent les charges du cocontractant en pesant sur l'un des éléments essentiels du contrat. La théorie du fait du prince ne joue pas lorsque la mesure émane d'une personne publique autre que celle qui a passé le contrat.

L'application de la théorie entraîne une indemnisation totale du cocontractant.

2 ° La théorie de l'imprévision (ou l'aléa économique)

Le contrat peut être bouleversé en raison de circonstances extérieures à l'Administration et au cocontractant. Ce dernier peut ainsi se voir imposer une surcharge ruineuse. L'exécution du contrat reste possible mais risquée, en raison du déséquilibre financier, de mettre en péril l'exécution même du service public.

(*Cf.* CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, GAJA*, n° 30).

Document n° 61

CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*

... Considérant qu'en principe le contrat de concession règle d'une façon définitive, jusqu'à son expiration, les obligations respectives du concessionnaire et du concédant ; que le concessionnaire est tenu d'exécuter le service prévu dans les conditions précisées au traité et se trouve rémunéré par la perception sur les usagers des taxes qui y sont stipulées ; que la variation du prix des matières premières à raison des circonstances économiques constitue un aléa du marché qui peut, suivant le cas être favorable ou défavorable au concessionnaire et demeure à ses risques et périls, chaque partie étant réputée avoir tenu compte de cet aléa dans les calculs et prévisions qu'elle a fait avant de s'engager ; mais considérant que, par suite de l'occupation par l'ennemi de la plus grande partie des régions productrices de charbon dans l'Europe continentale, de la difficulté de plus en plus considérable des transports par mer à raison tant de la réquisition des navires que du caractère et de la durée de la guerre maritime, la hausse survenue au cours de la guerre actuelle, dans le prix du charbon... s'est trouvée atteindre une proportion telle que non seulement elle a un caractère exceptionnel dans le sens habituellement donné à ce terme, mais qu'elle entraîne dans le coût de la fabrication du Gaz une augmentation qui, dans une mesure déjouant tous les calculs, dépasse certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat de concession ; que par suite du concours des circonstances ci-dessus indiquées, l'économie du contrat se trouve absolument bouleversée ; que la compagnie est donc fondée à soutenir qu'elle ne peut être tenue d'assurer, aux seules conditions prévues à l'origine, le fonctionnement du service tant que durera la situation anormale ci-dessus rappelée ; [...] Qu'il importe de rechercher pour mettre fin à des difficultés temporaires, une solution qui tient compte tout à la fois de l'intérêt général lequel exige la continuation du service par la compagnie à l'aide de tous ses moyens de production, et des conditions spéciales qui ne permettent pas au contrat de recevoir son application normale, qu'à cet effet, il convient de décider d'une part, que la compagnie est tenue, d'assurer le service concédé, et, d'autre part, qu'elle doit supporter seulement au cours de cette période transitoire la part. des conséquences onéreuses de la situation de force majeure ci-dessus rappelée que l'interprétation raisonnable du contrat permet de laisser à sa charge ;...

Quand de telles circonstances surviennent en droit privé (guerre, crise économique...), elles n'ont pas d'effets sur le contrat. En droit public, le juge admet qu'une certaine indemnité puisse être versée au cocontractant car sa ruine peut entraîner une discontinuité dans le fonctionnement du service public. L'indemnité a pour but unique d'assurer le fonctionnement du service, c'est la raison pour laquelle elle ne correspond pas au préjudice subi par le cocontractant, elle réalise, en fait, un partage de l'aléa entre l'Administration et le cocontractant.

Les conditions pour que la théorie de l'imprévision joue sont au nombre de trois :

- les événements extérieurs doivent être *imprévisibles et exceptionnels* ;
- ils doivent provoquer un véritable *bouleversement* dans l'exécution du contrat ;
- ils doivent être totalement *étrangers aux parties*.

La jurisprudence considère avec une certaine bienveillance les événements générateurs d'imprévision : événements politiques, guerre, crise économique, cataclysme et même l'intervention d'une autorité publique non contractante statuant par voie générale (dévaluation, blocage des prix...).

Quand ces conditions sont remplies, le contrat ne peut plus régir une situation qui n'a pas été prévue. L'Administration doit venir au secours du cocontractant mais elle n'est pas tenue de rétablir l'équilibre financier du contrat car elle n'est pas responsable de sa rupture. Elle n'accordera d'indemnité que dans la mesure nécessaire au maintien du fonctionnement du service public : elle ne prendra donc jamais en charge la totalité du déficit. La situation d'imprévision est tempo-

raire, elle prendra fin soit par le rétablissement de la situation, soit, si cela est impossible, par la résiliation du contrat.

Cette théorie de l'imprévision ne joue pas pour tous les contrats mais surtout dans la concession : il est nécessaire, en effet, que l'exécution du contrat dure un certain temps. De nos jours, l'application en est réduite car les parties au contrat incluent des clauses de révision qui permettent de parer à ce genre d'événements.

❶ 3 Le contentieux des contrats administratifs

446 Ce contentieux concerne deux types de litiges. Ce sont en principe les tribunaux administratifs qui sont compétents.

A. Le contentieux de la validité des contrats

447 Il concerne la nullité dont il peut être entaché si les règles qui le régissent n'ont pas été respectées. Le juge compétent est le juge du contrat, c'est-à-dire dans la plupart des cas le Tribunal administratif dans le ressort duquel le contrat a été exécuté. Toutefois, les parties peuvent déroger par convention et attribuer compétence à un autre tribunal administratif.

Le juge a des pouvoirs très étendus car il peut annuler le contrat, l'interpréter, condamner les parties au paiement d'une indemnité, prononcer la résiliation du contrat... C'est un contentieux de pleine juridiction.

B. Le contentieux de l'annulation dans les contrats

448 En principe, il est impossible d'intenter un recours pour excès de pouvoir contre un contrat qui ne constitue pas un acte administratif unilatéral. Toutefois, le juge de l'excès de pouvoir peut intervenir de façon indirecte, dans le contentieux de la validité du contrat, car il est possible de former un recours contre les actes administratifs détachables du contrat tels que les autorisations préalables, les approbations qui dans certains cas sont nécessaires pour qu'un contrat soit valable. Si l'acte détachable est annulé, le contrat, lui, n'est pas pour autant annulé, mais les parties pourront en demander l'annulation au juge du contrat, sur la base de l'annulation de l'acte détachable. Le Conseil d'État a créé une possibilité encore plus directe d'intenter directement un recours en annulation contre un contrat : CE, Ass., 16 juill. 2007, *Sté Tropic* (GAJA n° 115).

Il faut rappeler qu'en application des lois de décentralisation du 2 mars 1982 et du 22 juillet 1982, le représentant de l'État (le préfet) peut déférer au contrôle du juge administratif toute convention relative aux marchés des collectivités territoriales : il s'agit, là aussi, d'un recours en annulation qui peut être diligenté directement contre un contrat.

Pour aller plus loin Titre 3

La théorie des actes administratifs

Il faut absolument avoir assimilé les évolutions apportées par le Conseil d'État en matière de circulaires (les circulaires impératives) et de retrait d'un acte individuel ayant créé des droits. En ce qui concerne les contrats administratifs, il convient évidemment de retenir les éléments de distinction entre les « contrats de l'Administration » et les « contrats administratifs » (critères de distinction).

Les marchés publics

Après la refonte complète du Code des marchés publics par le décret du 7 mars 2001, une nouvelle refonte était intervenue par le décret du 7 janvier 2004 : augmentation sensible des seuils, nouvelle appellation pour les marchés sans formalités préalables, etc. Le nouveau Code des marchés publics issu du décret du 1^{er} août 2006 essaie de transposer tant bien que mal les directives européennes postérieures au Code de 2004. On notera que le Code des marchés publics est entièrement réglementaire (décret).

Le contrat de Partenariat public-privé (PPP)

L'ordonnance du 17 juin 2004 a créé une nouvelle forme de contrat administratif : le PPP ; l'ordonnance a été prise sur la base de la loi d'habilitation du 2 juillet 2003, dans le cadre d'une campagne de simplification du droit.

Le PPP est un contrat par lequel une collectivité publique confie à un groupement d'entreprises privées, par un contrat global, la réalisation et la gestion d'ouvrages et (ou) de services. Le partenaire privé est choisi au terme d'un dialogue compétitif et il est rémunéré par un prix versé par la collectivité tout au long de l'exécution du contrat. En cela, le PPP n'est ni une délégation de service

public (le partenaire n'est pas rémunéré par l'utilisateur mais par la collectivité maître de l'ouvrage), ni un marché public, puisque la rémunération est continue.

Ce genre de contrat ne se conçoit que sur une durée longue (de 20 à 30 ans) qui permet au partenaire privé de rentabiliser son investissement. La collectivité publique (État, collectivité territoriale), confrontée à des contraintes budgétaires, trouve dans le PPP le moyen de financer rapidement et sans coût d'investissement initial un certain nombre d'ouvrages qui autrement ne verraient pas le jour avant longtemps. La formule est d'autant plus intéressante pour la personne publique que c'est le partenaire privé qui est chargé de l'entretien de l'ouvrage qu'il a livré et qu'il exploite.

L'ordonnance de 2004 déroge à la fois au code des marchés publics et à la loi de 1985 sur la maîtrise d'ouvrage (MOP). Dans sa décision du 26 juin 2003, le Conseil constitutionnel a validé le dispositif de PPP mais en exigeant que les PPP restent l'exception par rapport à l'application du code des marchés publics. Le Conseil d'État, saisi d'un recours en annulation de l'ordonnance avant la ratification de celle-ci, a conclu dans le même sens (CE, Sect., 29 oct. 2004, *Sueur et autres*).

Par détermination de la loi, les contrats de partenariat sont des contrats administratifs.

Après des débuts laborieux, le recours aux PPP se développe dans les domaines les plus divers : stades sportifs, réseaux de transports publics urbains, hôpitaux...

Sujets de concours

Administrateur territorial

2005 : Marchés publics et DSP.

2004 : Action administrative, principe de légalité et sécurité juridique.

Attaché d'administration hospitalière

2004 : Les directives.

Attaché d'administration scolaire et universitaire

2004 : Les spécificités du contrat administratif.

Commissariat aux Armées

1998 : Le contrat administratif, mode privilégié de l'action administrative ?

Inspecteur des impôts

2003 : La qualification de l'acte administratif unilatéral correspond-elle davantage à un critère organique que matériel ?

1992 : La motivation des actes administratifs.

Sous-directeur des services déconcentrés de l'Administration pénitentiaire

1998 : La passation des marchés publics.

École nationale de la magistrature

2003 : Le droit au recours contre les actes administratifs.

2001 : L'acte administratif et le respect du droit.

4

Les rapports de l'Administration avec les particuliers : la responsabilité administrative

449

L'activité administrative cause fatalement des dommages aux particuliers. Ces dommages sont même assez fréquents et importants en raison de l'augmentation des interventions de l'Administration dans de nombreux domaines et de la densité des moyens mis en œuvre. Il paraît normal que ces dommages soient réparés, qu'une compensation pécuniaire soit accordée à la victime. À l'heure actuelle, cette réparation est parfaitement admise : par la voie du recours en indemnité, toute personne victime d'un dommage, qui trouve son origine dans l'action de l'Administration, peut obtenir une indemnité. Ce principe s'applique à toutes les personnes publiques et pratiquement dans tous les domaines de l'activité administrative, même pour l'activité législative ou juridictionnelle.

Toutefois, il n'en a pas toujours été ainsi : au début du XIX^e siècle, le principe était celui de l'*irresponsabilité de la puissance publique*. Ce n'est que progressivement que la responsabilité de l'Administration a été admise. Il faut remarquer que cette évolution a été l'œuvre unique de la jurisprudence administrative qui, pratiquement sans aucun texte général, a élaboré un système de responsabilité autonome, propre à l'Administration.

1

L'élaboration d'un régime autonome de responsabilité

450 Il n'allait pas de soi que l'Administration fût responsable de ses actes ; il n'allait pas non plus de soi que l'Administration pût prendre ses distances vis-à-vis des dispositions du Code civil.

Le Tribunal des Conflits, par un arrêt fondateur, a posé le principe de la responsabilité de l'Administration et le principe de l'autonomie du régime de celle-ci par rapport au Code civil : T. confl., 8 févr. 1873, *Blanco* (GAJA, n° 1) :

« Considérant que la responsabilité qui peut incomber à l'État 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, dans 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... ».

section 1

Le développement de la responsabilité administrative

451 S'il paraît évident aujourd'hui que l'Administration doit être responsable des dommages qu'elle cause aux administrés, il faut encore régulièrement modérer le principe, sous peine de mettre en danger les finances publiques.

•→ **Dans un premier temps**

Le principe était que l'État était irresponsable. La règle de l'irresponsabilité s'exprimait dans un adage ancien : « Le Roi ne peut mal faire » et apparaissait comme un corollaire de la souveraineté. Le maintien de ce principe, après la Révolution, n'entraînait que de modestes inconvénients car l'Administration n'exerçait que peu d'activités. D'autant plus que certaines atténuations à ce principe vont exister : ainsi, la loi du 28 pluviôse an VIII permettait la réparation des dommages causés par les travaux publics ; de plus, l'irresponsabilité de principe de l'État ne s'étendait ni aux dommages imputables à la gestion du domaine privé, ni à ceux causés par les communes.

•→ **Dans un second temps**

Au cours du XIX^e siècle, au principe de l'irresponsabilité va se substituer un système de responsabilité partielle et atténuée avec la décision du tribunal des conflits du 8 février 1873, Blanco, qui tout en affirmant la responsabilité de l'État, précise qu'elle n'est « ni générale, ni absolue » et qu'elle a « ses règles spéciales ». Après cette décision, l'évolution va continuer, le système de responsabilité de l'État va se généraliser et se renforcer, de sorte, qu'à l'heure actuelle, on peut dire que la responsabilité administrative est plus perfectionnée que la responsabilité civile. L'une des étapes les plus importantes de la généralisation a été marquée par l'arrêt *Tomaso Grecco* (CE, 10 févr. 1905, *GAJA*, n° 14) qui affirme que l'État est responsable même pour ses activités de police. Plus récemment, la responsabilité a été étendue au service de la Justice par la loi du 5 juillet 1972 : « L'État est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice ». Des affaires récentes ont montré que la réparation pécuniaire n'est sans doute qu'un pis aller (affaire d'Outreau : comment réparer les dysfonctionnements de l'appareil judiciaire ?).

Document n° 62

CE, 10 févr. 1905, *Tomaso Grecco*

Au fond : – Cons. qu'il ne résulte pas de l'instruction que le coup de feu qui a atteint le sieur Grecco ait été tiré par le gendarme Mayrigue, ni que l'accident, dont le requérant a été victime, puisse être attribué à une faute du service public dont l'Administration serait responsable ; que, dès lors, le sieur Grecco n'est pas fondé à demander l'annulation de la décision par laquelle le ministre de la Guerre a refusé de lui allouer une indemnité ... (Rejet).

section **2**

L'autonomie de la responsabilité administrative

qui, sauf exception, est compétent pour prononcer la responsabilité de l'Administration.

Sur le plan du fond, le problème de la responsabilité de l'Administration à l'égard des particuliers se pose en termes très différents de celui de la responsabilité des particuliers entre eux.

En droit privé, le problème de la responsabilité est extrêmement délicat car les particuliers peuvent se causer, entre eux, certains dommages qui sont considérés comme licites (concurrence par exemple). Seuls demandent à être réparés les dommages ayant leur origine dans une faute (*cf.* art. 1382 C. civ.).

En droit administratif au contraire, le problème est plus simple car la responsabilité repose sur deux idées propres au droit public : d'une part, l'idée que les particuliers ont droit au *fonctionnement correct des services publics*, d'autre part, l'idée *qu'aucun particulier ne doit supporter plus qu'un autre la charge inhérente au fonctionnement des services publics*. Dans le premier cas, il s'agit d'une faute mais très particulière, la faute du service, qui s'appréciera objectivement ; dans le second cas, il s'agit de l'application du principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques.

Sur le plan de la compétence, il apparaît normal que le juge administratif soit compétent en matière de responsabilité car le juge judiciaire pourrait porter atteinte à la séparation des autorités administratives et judiciaires. Le juge de l'action en responsabilité ne peut pas en effet ne pas s'immiscer, dans une certaine mesure, dans le fonctionnement de l'Administration qui a causé le dommage. Par le biais de sa décision sur la responsabilité, le juge administratif dicte en quelque sorte à l'Administration ce qu'aurait dû être sa conduite normale.

Toutefois, en application des règles normales sur la répartition des compétences, de nombreuses activités administratives sont soumises au droit privé et à la compétence judiciaire (domaine privé, voie de fait, services publics à caractère industriel ou commercial...). De plus, le législateur prévoit régulièrement des hypothèses où le juge judiciaire est compétent : loi du 31 décembre 1957 sur les accidents causés par des véhicules par exemple.

section **3**

Le titulaire de la responsabilité

453

Une fois la responsabilité administrative admise, le problème se pose de savoir qui va être le responsable car les personnes morales de droit public n'agissent jamais que par l'intermédiaire de personnes physiques. On peut hésiter entre deux solutions : soit considérer comme responsables les agents qui sont à l'origine du dommage et qui devront le réparer eux-mêmes sur leur propre patrimoine, soit considérer que c'est la personne publique qui est responsable pour le dommage causé par son agent. Le système français admet à la fois la *responsabilité personnelle* du fonctionnaire et la *responsabilité de l'Administration*, ce qui pose des problèmes de cumul de responsabilité ainsi que des problèmes de par-

tage des responsabilités qui reçoivent, en droit administratif, des solutions originales.

L'arrêt *Blanco* a ouvert la voie à une véritable théorie jurisprudentielle de la responsabilité administrative. Le législateur n'intervient que de manière ponctuelle pour compléter le dispositif... ou y déroger.

2

Le régime général de la responsabilité administrative

454 Deux catégories de problèmes doivent être ici distinguées : le fondement de la responsabilité et les modalités de la réparation. Dans tous les cas, il s'agit d'une responsabilité extra-contractuelle.

section 1

Le fondement de la responsabilité

455 Deux fondements de la responsabilité administrative sont employés : à titre principal, c'est la *faute du service* qui permet d'engager la responsabilité de l'Administration ; toutefois, dans des hypothèses de plus en plus nombreuses, une *responsabilité sans faute* existe.

§ 1 La responsabilité pour faute

456 La notion de faute est à la base de la plupart. des régimes de responsabilité : elle correspond à l'idée de sanction qui doit frapper celui qui, ayant commis une faute, doit en réparer les conséquences.

A. La distinction de la faute personnelle et de la faute de service

457

La Constitution de l'An VIII comportait un article 75 qui exigeait que lorsqu'un particulier avait été victime d'un dommage causé par un fonctionnaire, il ne pouvait attaquer ce dernier qu'à condition d'avoir obtenu l'autorisation du Conseil d'État, laquelle était rarement donnée. Comme il ne pouvait pas attaquer l'Administration en raison du principe d'irresponsabilité, le particulier risquait de voir son préjudice rester sans réparation.

L'article 75 a été abrogé en 1870 (décret du 19 sept. 1870) et le tribunal des conflits dans un arrêt *Pelletier* (T. confl., 30 juill. 1873, *GAJA*, n° 2) en se fondant sur le principe de séparation a estimé que l'agent ne peut être poursuivi devant les tribunaux judiciaires que pour faute personnelle ; il a ainsi posé la distinction de la faute personnelle et de la faute de service.

Document n° 63

T. confl., 30 juill. 1873, *Pelletier*

Cons. que la demande de Pelletier se fonde exclusivement sur cet acte de haute police administrative ; qu'en dehors de cet acte il n'impute aux défendeurs aucun fait personnel de nature à engager leur responsabilité particulière, et qu'en réalité la poursuite est dirigée contre cet acte lui-même, dans la personne des fonctionnaires qui l'ont ordonné ou qui y ont coopéré.

1 ° *La faute du service*

C'est la faute commise par l'Administration anonyme, que l'on ne peut pas individualiser, dont on ne peut identifier l'agent qui en est l'auteur. C'est aussi la faute constituée par l'inertie administrative. À côté de la faute du service, il y a la faute de service qui est le fait du fonctionnaire individualisé, mais qui a été commise dans le cadre du service, et qui engage la responsabilité du service : il peut s'agir d'une opération matérielle ou d'un acte juridique, d'un mauvais fonctionnement du service, d'une illégalité ou d'une maladresse.

2 ° *La faute personnelle*

Elle a été définie par Laferrière : « il y a faute personnelle si l'acte dommageable révèle l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences ». Le juge en a toujours donné une interprétation restrictive. On peut considérer qu'il y en a deux catégories :

– la *faute purement personnelle* qui ne peut engager que la responsabilité de l'auteur du dommage, donc du fonctionnaire ; c'est le cas où il n'y a aucun lien avec le service (accident causé pendant une période de congé) ;

– la *faute personnelle* qui peut engager la responsabilité de l'Administration, soit parce qu'elle coexiste avec une faute de service, soit parce qu'elle constitue, en même temps qu'une faute personnelle, une faute de service.

B. Le cumul de responsabilité

458 La théorie du cumul est une des plus originales de la responsabilité de la puissance publique ; dans de nombreux cas, en effet, les deux notions se cumulent : il y a, à la fois, faute de service et faute personnelle. Cette théorie, élaborée par le juge, a d'abord concerné les rapports entre l'Administration et la victime ; par la suite, elle a concerné les rapports de l'Administration et de ses agents.

1 ° Les rapports de l'Administration et de la victime

459 Deux cas sont à distinguer :

a) *Le cumul des fautes*

Il s'agit de l'hypothèse la plus simple : un même préjudice est causé par deux fautes distinctes qui l'une est personnelle, l'autre est de service (cf. CE, 3 févr. 1911, *Anguet*, GAJA, n° 22).

Document n° 64 **CE, 3 févr. 1911, *Anguet***

Cons. qu'il résulte de l'instruction que la porte affectée au passage du public dans le bureau de poste établi au numéro 1 de la rue des Filles-du-Calvaire a été fermée, le 11 janvier 1908, avant l'heure réglementaire et avant que le sieur Anguet qui se trouvait à l'intérieur de ce bureau eût terminé ses opérations aux guichets ; que ce n'est que sur l'invitation d'un employé et à défaut d'autre issue que le sieur Anguet a effectué sa sortie par la partie du bureau réservée aux agents du service ; que, dans ces conditions, l'accident dont le requérant a été victime, par suite de sa brutale expulsion de cette partie du bureau, doit être attribué, quelle que soit la responsabilité personnelle encourue par les agents, auteurs de l'expulsion, au mauvais fonctionnement du service public ; que, dès lors, le sieur Anguet est fondé à demander à l'État réparation du préjudice qui lui a été causé par ledit accident ; que, dans les circonstances de l'affaire, il sera fait une équitable appréciation de ce préjudice en condamnant l'État à payer au sieur Anguet une somme de 20 000 francs pour toute indemnité, tant en capital qu'en intérêts ;... (Annulation ; indemnité accordée).

Dans ce cas, la victime peut attaquer soit le service pour faute de service, soit l'auteur du dommage. Dans le premier cas, l'Administration pourra être déclarée responsable devant le juge administratif, dans le second cas le fonctionnaire pourra voir sa responsabilité engagée devant le juge judiciaire.

b) *Le cumul de responsabilité*

Il s'agit de l'hypothèse où, dans le même fait, existent à la fois une faute personnelle et une faute de service (cf. CE, 26 juill. 1918, *Lemonnier*, GAJA, n° 32). La faute personnelle n'a pu être commise qu'au moyen des instruments ou des pouvoirs mis à sa disposition par le service. Léon Blum, commissaire du Gouvernement dans l'affaire *Lemonnier*, disait : « la faute se détache peut-être du service, mais le service ne se détache pas de la faute ». De nos jours, il suffit que la faute personnelle ait été commise pendant le service pour qu'il soit possible de mettre en jeu la responsabilité de l'Administration en même temps que celle du fonctionnaire. Il est même possible de constater l'existence de ce cumul lorsque la faute personnelle a été commise en dehors du service mais lorsqu'elle n'est pas *dépourvue de tout lien avec le service* (cf. CE, 18 nov. 1949, *Demoiselle Mimeur*). Le

procès Papon en a donné une triste illustration : « ...qu'un tel comportement, qui ne peut s'expliquer par la seule pression exercée par l'occupant allemand revêt, eu égard à la gravité exceptionnelle des faits et de leurs conséquences, un caractère inexcusable et constitue par là même une faute personnelle détachable de l'exercice des fonctions... » (CE, Ass., 12 avr. 2002, *Papon*, GAJA, n° 109).

Document n° 65
CE, 26 juill. 1918, *Lemonnier*

Sur la fin de non-recevoir tirée par la commune de ce que les époux Lemonnier, ayant obtenu des tribunaux civils, par la condamnation prononcée contre le maire, le sieur Laur, personnellement, la réparation intégrale du préjudice par eux subi, ne seraient pas recevables à poursuivre une seconde fois, par la voie d'une action devant le Conseil d'État contre la commune, la réparation du même préjudice : *Cons. que la circonstance que l'accident éprouvé serait la conséquence d'une faute d'un agent administratif préposé à l'exécution d'un service public, laquelle aurait le caractère d'un fait personnel de nature à entraîner la condamnation de cet agent par les tribunaux de l'ordre judiciaire à des dommages-intérêts, et que même cette condamnation aurait été effectivement prononcée, ne saurait avoir pour conséquence de priver la victime de l'accident du droit de poursuivre directement, contre la personne publique qui a la gestion du service incriminé, la réparation du préjudice souffert ; qu'il appartient seulement au juge administratif, s'il estime qu'il y a une faute de service de nature à engager la responsabilité de la personne publique, de prendre, en déterminant la quotité et la forme de l'indemnité par lui allouée, les mesures nécessaires, en vue d'empêcher que sa décision n'ait pour effet de procurer à la victime, par suite des indemnités qu'elle a pu ou qu'elle peut obtenir devant d'autres juridictions, à raison du même accident, une réparation supérieure à la valeur totale du préjudice subi.*

Document n° 66
CE, 18 nov. 1949, *Demoiselle Mimeur*

Cons. qu'il ressort des pièces du dossier que si, en s'écartant de son itinéraire normal pour des raisons indépendantes de l'intérêt du service, le sieur Dessertenne a utilisé le véhicule de l'État pour des fins différentes de celles que comportait son affectation, l'accident litigieux, survenu du fait d'un véhicule qui avait été confié à son conducteur pour l'exécution d'un service public, ne saurait, dans les circonstances de l'affaire, être regardé comme dépourvu de tout lien avec le service ; qu'il suit de là qu'alors même que la faute commise par le sieur Dessertenne revêtirait le caractère d'une faute personnelle, le ministre n'a pu valablement se prévaloir de cette circonstance pour dénier à la demoiselle Mimeur tout droit à réparation.

Cette jurisprudence est favorable aux victimes car, en leur permettant de poursuivre l'Administration, elle leur donne l'assurance d'être indemnisées alors que les fonctionnaires risquent d'être insolvables. Des précautions ont toutefois été prises afin que les victimes ne soient pas indemnisées deux fois pour le même dommage. L'inconvénient de ce système réside dans la rareté de la mise en jeu de la responsabilité personnelle, des fonctionnaires : il a fallu réagir en étendant la théorie du cumul aux rapports de l'Administration avec ses agents.

2 ° Les rapports de l'Administration avec ses agents

460

Le principe a été pendant longtemps que l'Administration, condamnée à payer une indemnité à la victime, ne pouvait pas se retourner contre son agent. Ce principe a été abandonné en 1951 par deux décisions du Conseil d'État (CE, 28 juill. 1951, *Laruelle et Delville*, GAJA, n° 66).

Document n° 67
CE, 28 juill. 1951, Laruelle et Delville

1. Delville

Cons. que, si au cas où un dommage a été causé à un tiers par les effets conjugués de la faute d'un service public et de la faute personnelle d'un agent de ce service, la victime peut demander à être indemnisée de la totalité du préjudice subi soit à l'Administration, devant les juridictions administratives, soit à l'agent responsable, devant les tribunaux judiciaires, la contribution finale de l'Administration et de l'agent à la charge des réparations doit être réglée par le juge administratif compte tenu de l'existence et de la gravité des fautes respectives constatées dans chaque espèce.

2. Laruelle

Sur la responsabilité encourue par le sieur Laruelle :

Cons. que, si les fonctionnaires et agents des collectivités publiques ne sont pas pécuniairement responsables envers lesdites collectivités des conséquences dommageables de leurs fautes de service, il ne saurait en être ainsi quand le préjudice qu'ils ont causé à ces collectivités est imputable à des fautes personnelles, détachables de l'exercice de leurs fonctions.

Désormais, la responsabilité des auteurs de faute personnelle envers l'Administration est admise lorsque celle-ci a été condamnée à payer des indemnités à la victime en vertu de l'application du principe du cumul. Si à l'origine du dommage, il y a cumul de deux fautes distinctes, la responsabilité est partagée selon l'importance respective des fautes ; s'il n'y a qu'une seule faute, personnelle de l'agent, l'Administration pourra se retourner contre lui pour obtenir le remboursement intégral de l'indemnité.

Lorsque l'État poursuit le remboursement, il émet un état exécutoire ou un ordre de versement à l'encontre de l'agent public. En cas de contestation, le fonctionnaire peut toujours faire opposition devant le juge administratif qui, en toute hypothèse, est compétent pour apprécier la responsabilité de l'Administration.

En définitive, cette jurisprudence a été peu appliquée car l'État, condamné à payer une indemnité du fait de la faute personnelle de son agent, ne le poursuivra que très rarement, sans doute parce qu'elle dispose, à cet égard, d'un pouvoir discrétionnaire et qu'elle peut l'utiliser ou non selon les circonstances.

C. La qualification de la faute

461

La jurisprudence, pour protéger l'Administration, a institué la gradation des fautes : faute simple, faute lourde. Normalement, pour engager la responsabilité de l'Administration, une faute simple (ou légère) suffit désormais. Dans certains cas cependant, le juge exige une faute plus grave, qualifiée de faute lourde, essentiellement dans deux séries d'hypothèses :

1 ° La difficulté du service

462

Quand un service public est particulièrement difficile à gérer, la faute simple paraît excusable, seule la faute lourde sera de nature à engager la responsabilité de l'Administration. Trois exemples, tirés de la jurisprudence, permettent de saisir le contenu de cette exigence ainsi que son évolution :

a) *La police et les services de secours*

Pour qu'une faute lourde soit exigée, il faut qu'il s'agisse des activités opérationnelles considérées comme délicates (maintien de l'ordre, interpellations, secours d'urgence) ; en revanche, les activités purement administratives de la police peuvent mettre en jeu la responsabilité de l'Administration pour une faute simple.

b) *Les services hospitaliers*

Compte tenu de la difficulté de la médecine et du fait que le médecin est complètement indépendant dans l'exercice de ses actes, seule la faute lourde était susceptible d'engager la responsabilité des services hospitaliers. Il ne s'agissait d'ailleurs que des fautes purement médicales car tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des services hospitaliers est soumis au droit commun, c'est-à-dire à la faute simple pour que leur responsabilité soit engagée. Pour ce qui est des actes médicaux et chirurgicaux, une décision du Conseil d'État a abandonné la nécessité traditionnelle d'une faute lourde : dorénavant une faute simple suffit (CE, Ass., 10 avr. 1992, *Époux V.*).

Document n° 68

CE, Ass., 10 avr. 1992, *Époux V.*, Rec. 171, concl. Légal

Cons. que le médecin anesthésiste à l'hôpital a administré à Mme V., avant le début de l'intervention, une dose excessive d'un médicament à effet hypotenseur ; qu'une demi-heure plus tard une chute brusque de la tension artérielle, accompagnée de troubles cardiaques et de nausées a été constatée ; que le praticien a ensuite procédé à l'anesthésie péridurale prévue et a administré un produit anesthésique contre-indiqué compte tenu de son effet hypotenseur ; qu'une deuxième chute de tension artérielle s'est produite à onze heures dix ; qu'après la césarienne et la naissance de l'enfant, un saignement s'est produit et a été suivi, à onze heures vingt-cinq, d'une troisième chute de tension qui a persisté malgré les soins prodigués à la patiente ; qu'à douze heures trente, du plasma décongelé mais insuffisamment réchauffé a été perfusé provoquant immédiatement une vive douleur suivie de l'arrêt cardiaque ;

Cons. que les erreurs ainsi commises, qui ont été selon les rapports d'expertise la cause de l'accident survenu à Mme V., constituent une faute médicale de nature à engager la responsabilité de l'hôpital ; que par suite, M. et Mme V. sont fondés à demander l'annulation du jugement attaqué du 4 avril 1986 en tant que par ce jugement, le tribunal administratif de Rouen a rejeté les conclusions de M. et Mme V.

c) *L'activité juridictionnelle*

Depuis la loi du 5 juillet 1972, la responsabilité de l'État du fait du fonctionnement défectueux du service de la justice peut être engagée mais uniquement en cas de faute lourde ou de déni de justice. C'est le sens de l'article L 141-1 du Code de l'organisation judiciaire : « L'État est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice. Sauf dispositions particulières, cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou un déni de justice ». Ce principe a été transposé aux juridictions administratives par le Conseil d'État (CE, 29 déc. 1978, *Darmont*).

Dans toutes ces hypothèses, l'exigence d'une faute simple ou d'une faute lourde peut varier selon les circonstances de l'espèce.

Il y a sans aucun doute un véritable déclin de l'exigence d'une faute lourde. Le domaine de la faute lourde s'est progressivement rétréci. Elle a été successivement abandonnée pour les services fiscaux (CE, Sect., 27 juill. 1990, *Bourgeois*),

pour les services hospitaliers (CE, Ass., 10 avr. 1992, *Époux Verdet*), pour les services médicaux d'urgence (CE, Sect., 20 juin 1997, *Theux*) et pour les services de lutte contre l'incendie (CE, 29 avr. 1998, *Commune de Hannapes*)... alors que tout le monde s'accorde à reconnaître que les services précités ont en charge des activités délicates. Seules quelques activités de service public restent donc protégées aujourd'hui par la faute lourde, à charge pour le juge administratif de déterminer s'il y a faute et si celle-ci doit être qualifiée de lourde. C'est le cas du fonctionnement des services pénitentiaires (CE, Sect., 5 févr. 1971, *ministère de la Justice c/ Veuve Picard*) hormis le cas des violences entre détenus (faute simple), du fonctionnement des juridictions administratives (CE, 29 déc. 1978, *Darmont*) et de l'exercice du contrôle de légalité par le préfet (CE, 6 oct. 2000, *ministère de l'Intérieur c/ Commune de St-Florent*).

En sens inverse, de nouvelles fautes sont reconnues comme devant être réparées : il s'agit notamment des délais de jugement excessifs : le Conseil d'État reconnaît que « les justiciables ont le droit à ce que leur cause soit entendue dans un délai raisonnable » (CE, 19 oct. 2007, *Blin* ; CE, 18 juin 2008, *Gestas*).

2 ° Les exonérations de responsabilité

463

Certains textes (lois en général) exonèrent l'État de toute responsabilité pour certaines activités de service public. Le juge, pour réduire la portée de ces textes qui apparaissent comme exorbitants dans un système où la responsabilité de la puissance publique est désormais largement admise, les a interprétés comme si le législateur avait voulu seulement exclure la responsabilité pour faute simple.

Dans le domaine de la responsabilité pour faute, le principe est que la preuve de la faute appartient à la victime. Toutefois, dans certains cas, la jurisprudence a établi des présomptions de faute qui renversent la charge de la preuve : c'est à l'Administration de prouver soit que la faute a été commise par un tiers ou par la victime, soit qu'il s'agit d'un cas de force majeure.

§ 2 La responsabilité sans faute

464

La faute demeure, en principe, le fondement essentiel de la responsabilité. Toutefois, la responsabilité de l'Administration peut être engagée en dehors de toute idée de faute, dans des hypothèses qui ont tendance à se multiplier. On a utilisé pour désigner cette possibilité la responsabilité pour « risque », ce qui correspond à une partie des cas de responsabilité sans faute. L'action de l'Administration est devenue tellement importante qu'elle entraîne des charges de plus en plus lourdes, ce que la jurisprudence appelle un « dommage anormal » ; il apparaît équitable, lorsqu'un particulier en est la victime, que ce dommage soit réparé, en dehors de toute idée d'une faute quelconque que l'Administration aurait pu commettre. C'est la responsabilité fondée sur « la rupture de l'égalité devant les charges publiques ».

La responsabilité sans faute trouve des applications dans des hypothèses de plus en plus nombreuses : les actes médicaux présentant des risques (CE, Ass.,

29 avr. 1993, *Bianchi*), certaines méthodes éducatives (CE, 3 févr. 1956, *Thouzelier* ; CE, Sect., 1^{er} févr. 2006, *ministère de la Justice c/ Maif*), l'exécution des peines (CE, 15 févr. 2006, *ministère de la Justice*, à propos de la question controversée des libérations anticipées pour bonne conduite).

A. La responsabilité pour dommages de travaux publics

465

Ce sont les dommages causés par l'exécution des travaux et par l'existence d'ouvrages publics : par exemple, les dommages provoqués par la construction d'une route et ceux causés par une route mal entretenue.

Une distinction doit être opérée entre les tiers et les usagers.

1 ° *Les dommages subis par les tiers*

Le tiers est celui qui ne profite en aucune façon de l'ouvrage, qui n'en tire aucun avantage, ni aucun bénéfice. Il aura droit à réparation de son préjudice dès lors qu'il existe un lien de cause à effet entre l'ouvrage et le dommage sans que l'Administration puisse dégager sa responsabilité en prétextant qu'elle n'a pas commis de faute. Il suffit donc pour le tiers de prouver l'existence du dommage, que celui-ci est anormal et qu'il lui est spécial.

2 ° *Les dommages subis par les usagers*

L'usager est celui qui utilise l'ouvrage, qui en bénéficie d'une façon ou d'une autre, qui en tire avantage (par exemple, l'usager de la voie publique : piéton, automobiliste, cycliste...). Sa situation est moins favorable que celle du tiers : la responsabilité de l'Administration ne peut être engagée qu'en cas de défaut d'entretien normal. Cette notion se rapproche d'ailleurs de la faute mais la preuve en est moins difficile à rapporter car l'usager victime d'un dommage devra seulement prouver deux choses : l'existence du dommage et un lien de cause à effet entre l'ouvrage et le dommage. C'est à l'Administration qu'il appartiendra, pour dégager sa responsabilité, de prouver qu'elle avait entretenu normalement l'ouvrage en question (par exemple prouver que la signalisation était suffisante).

B. La responsabilité pour dommages causés par des choses et des activités dangereuses

466

C'est ici essentiellement l'idée de risque créé par l'activité administrative qui explique que la responsabilité de l'Administration puisse être engagée sans qu'elle ait commis de faute.

Cette jurisprudence a été inaugurée par la décision *Regnault-Desrozières* (CE, 28 mars 1919, *GAJA*, n° 34). Il s'agissait de l'explosion d'un fort qui servait, pendant la première guerre mondiale, à entreposer des munitions. Le juge estima que l'Administration n'avait pas commis de faute mais que les victimes seraient

toutefois indemnisées par elle sur le terrain du risque créé par l'accumulation d'explosifs.

Document n° 69
CE, 28 mars 1919, *Regnault-Desroziers*

Cons. qu'il résulte de l'instruction que, dès l'année 1915, l'autorité militaire avait accumulé une grande quantité de grenades dans les casemates du Fort de la Double-Couronne, situé à proximité des habitations d'une agglomération importante ; qu'elle procédait en outre, constamment à la manutention de ces engins dangereux, en vue d'alimenter rapidement les armées en campagne ; *que ces opérations effectuées dans des conditions d'organisation sommaires, sous l'empire des nécessités militaires, comportaient des risques excédant les limites de ceux qui résultent normalement du voisinage, et que de tels risques étaient de nature, en cas d'accident survenu en dehors de tout fait de guerre, à engager, indépendamment de toute faute, la responsabilité de l'État.*

Elle a ensuite été étendue à d'autres hypothèses, en particulier l'utilisation par la police d'armes dangereuses (cf. CE, 24 juin 1949, *Consorts Lecomte*), mais à condition que la victime ait été étrangère à l'opération de police. Au cas contraire, en effet, c'est le régime de la responsabilité pour faute lourde qui s'applique.

Document n° 70
CE, 24 juin 1949, *Consorts Lecomte*

Sur les conclusions dirigées contre l'État :

Cons. que si, en principe, le service de police ne peut être tenu pour responsable que des dommages imputables à une faute lourde commise par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions, la responsabilité de la puissance publique se trouve engagée même en l'absence d'une telle faute dans le cas où le personnel de la police fait usage d'armes ou d'engins comportant des risques exceptionnels pour les personnes et les biens et où les dommages subis dans de telles circonstances excèdent, par leur gravité, les charges qui doivent normalement être supportées par les particuliers en contrepartie des avantages résultant de l'existence de ce service public.

On peut citer également l'exemple de dommages causés par de jeunes délinquants évadés d'une maison d'éducation surveillée utilisant des méthodes nouvelles fondées sur la semi-liberté. Le juge a préféré ne pas voir là une faute de l'Administration, ce qui aurait condamné le nouveau système, mais un risque créé par l'utilisation de ces nouvelles méthodes qu'il ne convenait pas de laisser à la charge des victimes (cf. CE, 3 févr. 1956, *Thouzellier, D.*, 1956, p. 596).

C. La responsabilité pour dommages subis par les collaborateurs des services publics

467

Le principe est que l'Administration doit réparer les dommages subis par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions en raison des dangers ou des risques que leur activité peut entraîner pour eux, même si l'Administration n'a pas commis de faute.

1° Le cas des agents permanents

Le Conseil d'État, avant même la législation sur les accidents du travail (loi de 1898), avait posé le principe de la réparation de tout préjudice subi par un de

ses agents dans l'exercice de ses fonctions même si l'État n'avait pas commis de faute (CE, 21 juin 1895, *Cames*, GAJA, n° 6). Cette jurisprudence est tombée en désuétude depuis l'intervention de la loi sur les accidents du travail et l'instauration d'un régime de pensions d'invalidité.

Document n° 71
CE, 21 juin 1895, *Cames*

Cons. que le sieur Cames, ouvrier à l'arsenal de Tarbes, a été blessé à la main gauche, le 8 juillet 1892, par un éclat de métal projeté sous le choc d'un marteau-pilon ; que, par suite de cet accident, le sieur Cames se trouve d'une manière définitive dans l'impossibilité absolue de se servir de sa main gauche et de pourvoir à sa subsistance ;

Cons. qu'il résulte de l'instruction et qu'il n'est pas contesté qu'aucune faute ne peut être reprochée au sieur Cames, et que l'accident n'est imputable ni à la négligence, ni à l'imprudence de cet ouvrier ; que, dans les circonstances où l'accident s'est produit, le ministre de la Guerre n'est pas fondé à soutenir que l'État n'a encouru aucune responsabilité, et qu'il en sera fait une exacte appréciation en fixant l'indemnité due au sieur Cames à 600 francs de rente viagère, dont les arrérages courront à dater du 12 décembre 1893, date à laquelle il a cessé de recevoir son salaire quotidien ; que cette condamnation constituant une réparation suffisante, il y a lieu de rejeter les conclusions du sieur Cames tendant à faire déclarer cette rente réversible sur la tête de sa femme et de ses enfants ;... (Condamnation de l'État).

2 ° Le cas des collaborateurs occasionnels et bénévoles

Il s'agit de personnes qui apportent bénévolement, ponctuellement, sans rémunération, leur concours au fonctionnement des services publics et qui ne sont pas couvertes par un régime de réparation forfaitaire. Les dommages qu'elles peuvent subir pourront être réparés sur la base de la théorie du risque, sans qu'elles aient à prouver de faute de la part de l'Administration. Le principe de cette responsabilité a été posé par le Conseil d'État en 1946 dans une décision *Commune de Saint-Priest-la-Plaine* (CE, 22 nov. 1946, GAJA, n° 58). Depuis quelques décennies, cette jurisprudence a été considérablement élargie, surtout en faveur des sauveteurs bénévoles (cf. CE, 25 sept. 1970, *Commune de Batz-sur-Mer*, AJDA, 1971, p. 60). Elle est également très utile en cas de dommage causé à des parents et autres accompagnateurs bénévoles de sorties scolaires.

Document n° 72
CE, 22 nov. 1946, *Commune de Saint-Priest-la-Plaine*

Sur la responsabilité de la commune : Cons. qu'il est constant que les sieurs Rance et Nicaud, qui avaient accepté bénévolement, à la demande du maire de Saint-Priest-la-Plaine, de tirer un feu d'artifice à l'occasion de la fête locale du 26 juillet 1936, ont été blessés, au cours de cette fête par suite de l'explosion prématurée d'un engin, sans qu'aucune imprudence puisse leur être reprochée ; que la charge du dommage qu'ils ont subi alors qu'ils assuraient l'exécution du service public dans l'intérêt de la collectivité locale et conformément à la mission qui leur avait été confiée par le maire, incombe à la commune ; que, dès lors, celle-ci n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que le conseil de préfecture l'a condamnée à réparer le préjudice éprouvé par les intéressés.

D. La responsabilité du fait des lois et décisions à caractère général

ne peut être ni fautive, ni dangereuse, mais il arrive qu'elle puisse causer des dommages dont les victimes auront droit à réparation.

Il est possible de concevoir une responsabilité du fait des lois sans que cela implique nécessairement un contrôle de sa constitutionnalité, ce que le juge administratif se refuse à faire. Après que cette responsabilité ait été longtemps niée, le Conseil d'État l'a admis pour la première fois en 1938 (CE, 14 janv. 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, GAJA, n° 50). Si une loi cause un dommage anormal et spécial à un particulier, celui-ci a droit à réparation sur la base de la rupture de l'égalité devant les charges publiques. Cette responsabilité demeure exceptionnelle car le juge l'a soumise à des conditions sévères, particulièrement il ne faut pas que le législateur ait exclu toute possibilité de réparation, ni que l'activité du requérant ait été immorale. Le Conseil d'État, dans une décision récente (CE, 21 janv. 1998, *ministère de l'Environnement c/ Plan*), a estimé que faute d'avoir lui-même prévu une indemnité, le législateur a entendu l'exclure, dès lors que la loi est édictée dans l'intérêt général.

Document n° 73

CE, 14 janv. 1938, *Société anonyme de produits laitiers « La Fleurette »*

Cons. que l'interdiction ainsi édictée en faveur de l'industrie laitière a mis la société requérante dans l'obligation de cesser la fabrication du produit qu'elle exploitait antérieurement sous le nom de « Gradi-ne », lequel entrait dans la définition donnée par l'article de loi précité et dont il n'est pas allégué qu'il présentât un danger pour la santé publique ; *que rien, ni dans le texte même de la loi ou dans ses travaux préparatoires, ni dans l'ensemble des circonstances de l'affaire, ne permet de penser que le législateur a entendu faire supporter à l'intéressée une charge qui ne lui incombe pas normalement ; que cette charge, créée dans un intérêt général, doit être supportée par la collectivité* ; qu'il suit de là que la société La Fleurette est fondée à demander que l'État soit condamné à lui payer une indemnité en réparation du préjudice par elle subi.

Cette jurisprudence a été étendue aux dommages causés par des traités internationaux (cf. CE, 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radioélectrique*, GAJA, n° 89), ainsi qu'aux règlements légaux (cf. CE, 22 févr. 1963, *Commune de Gavarnie*, RDP, 1964, p. 1024) et aux décisions individuelles légales telles que les mesures d'ordre économique prises dans l'intérêt général (cf. CE, 28 oct. 1949, *Société des ateliers du Cap Janet*, JCP, 1950, II, 5861).

Document n° 74

CE, 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radioélectrique*

Cons. que la responsabilité de l'État est susceptible d'être engagée, sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, pour assurer la réparation de préjudices nés de conventions conclues par la France avec d'autres États et incorporées régulièrement dans l'ordre juridique interne, à la condition d'une part. que ni la convention elle-même ni la loi qui en a éventuellement autorisé la ratification ne puissent être interprétées comme ayant entendu exclure toute indemnisation et d'autre part. que le préjudice dont il est demandé réparation soit d'une gravité suffisante et présente un caractère spécial.

Le Conseil d'État a encore admis que compte tenu des obligations qui sont celles de l'État pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques, il lui appartient de réparer le préjudice qui résulte de l'inter-

vention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France : CE, Ass., 8 févr. 2007, *Gardelieu*.

Le Conseil d'État a ainsi pu affirmer que le préjudice résultant de l'application d'une loi inconventionnelle doit donner lieu à réparation ; en revanche, le régime est plutôt sui generis, ni responsabilité pour faute, ni responsabilité sans faute... Avec la mise en œuvre des QPC, le Conseil d'État risque de devoir étendre ce régime aux lois inconstitutionnelles.

E. L'inexécution des décisions de justice

469

Lorsqu'un particulier, bénéficiaire d'une décision de justice, ne peut obtenir le concours de la force publique pour faire exécuter la décision en raison d'un refus non fautif de l'Administration, une réparation pourra lui être accordée pour le préjudice qu'il subit sur la base de la rupture de l'égalité devant les charges publiques. Il se peut, en effet, que l'exécution d'une décision de justice entraîne des désordres graves : dans ce cas, l'Administration, non seulement peut, mais doit faire tout ce qui est possible pour éviter le déclenchement des troubles, fût-ce au prix du refus d'exécuter la décision juridictionnelle. Il paraît équitable que les conséquences dommageables du refus soit réparées, malgré l'absence de faute de la part de l'Administration (cf. CE, 30 nov. 1923, *Couitéas*, *GAJA*, n° 40). Cette jurisprudence est appliquée notamment dans le cas d'occupations d'usines, de voies de chemin de fer par des grévistes, etc.

Document n° 75 CE, 30 nov. 1923, *Couitéas*

Cons. qu'en prenant, pour les motifs et dans les circonstances ci-dessus rappelées, la décision dont se plaint le sieur Couitéas, le Gouvernement n'a fait qu'user des pouvoirs qui lui sont conférés en vue du maintien de l'ordre et de la sécurité publique dans un pays de protectorat ;

Mais cons. que le justiciable nanti d'une sentence judiciaire dûment revêtue de la formule exécutoire est en droit de compter sur la force publique pour l'exécution du titre qui lui a été ainsi délivré ; que si, comme il a été dit ci-dessus, le Gouvernement a le devoir d'apprécier les conditions de cette exécution et de refuser le concours de la force armée, tant qu'il estime qu'il y a danger pour l'ordre et la sécurité, le préjudice qui résulte de ce refus ne saurait, s'il excède une certaine durée, être une charge incombant normalement à l'intéressé, et qu'il appartient au juge de déterminer la limite à partir de laquelle il doit être supporté par la collectivité.

F. La responsabilité hospitalière

470

Depuis la décision du Conseil d'État du 10 avril 1992 (voir plus haut) qui admet la responsabilité hospitalière pour faute simple, une nouvelle évolution s'est produite (CE, 9 avr. 1993, *Bianchi*, *RFDA*, 1993, p. 573, *AJDA*, 1993, II, 344). Le Conseil d'État a admis une responsabilité sans faute des services hospitaliers mais dans des conditions très strictes : lorsqu'il s'agit d'un acte médical nécessaire et présentant un risque connu mais exceptionnel et lorsque les dommages causés présentent un caractère d'une extrême gravité. De même, a été admise la responsabilité sans faute d'un centre de transfusion sanguine à statut public (CE, 26 mai 1995, *RDP*, 1995, 1637) et d'un hôpital pour une anesthésie, alors que cette

pratique est courante et que les accidents sont rares (CE, 3 nov. 1997, *Hôpital Joseph Imbert d'Arles*, AJDA, 1997, p. 1086).

section **2**

Les modalités de la réparation

471 Dans tous les cas, la responsabilité administrative, quel que soit son fondement, se résout par des dommages-intérêts.

§ 1 L'imputabilité

472 Le problème est de savoir qui devra payer l'indemnité à la victime, c'est-à-dire quelle sera la personne morale de droit public responsable. La réponse n'est pas toujours évidente car le même agent pourra agir au nom de plusieurs personnes morales ; il arrive aussi que plusieurs services collaborent : dans ce cas, il faudra déterminer le degré de responsabilité de chacun. Signalons également le cas de la tutelle ; qui sera responsable au cas où une décision cause un préjudice alors qu'elle a été approuvée par l'autorité de tutelle ?

En principe, la personne publique responsable est celle qui a *la charge du service* qui est à l'origine du dommage, il faut donc un lien de causalité directe entre l'activité du service et le dommage. L'application de ce principe a suscité de nombreuses difficultés liées au fait que l'Administration s'exprime à travers des personnes morales différentes sur l'ensemble du territoire.

§ 2 La réparation du préjudice

A. Les caractères du préjudice

473 Le préjudice n'est réparable que s'il est *direct, certain et appréciable en argent*.

Le dommage direct est celui qui a lien de causalité directe, immédiate avec l'activité administrative. Ici, c'est l'idée de proximité qui joue : il faut que le dommage soit assez proche dans le temps et dans l'espace de la faute ou de la situation qui l'a engendré.

Le dommage certain est celui qui est né et actuel. Toutefois, il peut être futur et ouvrir droit à réparation à condition qu'il soit susceptible d'être immédiatement évalué et que sa réalisation soit certaine (cas d'une invalidité frappant un enfant).

Le dommage doit enfin être appréciable en argent. Cela concerne d'abord le préjudice matériel et le préjudice corporel. Le juge administratif admet depuis

longtemps la réparation du dommage moral : par exemple l'atteinte à la réputation à la suite d'une sanction disciplinaire ou encore le préjudice esthétique. Le juge administratif utilise fréquemment la notion de « troubles dans les conditions d'existence » pour réparer des dommages qui, bien qu'étant incontestables, sont difficiles à individualiser autrement sur le plan juridique. Par exemple, le cas d'enfants qui perdent leurs parents : ils seront indemnisés de la perte de revenus mais aussi du préjudice résultant de leur situation d'orphelins.

Depuis quelques décennies, le Conseil d'État accepte d'indemniser la douleur morale après l'avoir longtemps refusé au prétexte que « les larmes ne se monnaient pas ». Comme les tribunaux judiciaires pratiquaient depuis longtemps ce type d'indemnisation, le Conseil d'État s'est aligné sur leur jurisprudence en 1961 (CE, 24 nov. 1961, *Letisserand*, GAJA, n° 80).

Document n° 76

CE, 24 nov. 1961, *Consorts Letisserand*

... *En ce qui concerne le sieur Letisserand (Camille) : Considérant que s'il n'est pas établi – ni même allégué – que le décès du sieur Letisserand (Paul) ait causé au sieur Letisserand (Camille) un dommage matériel ou ait entraîné des troubles dans ses conditions d'existence, la douleur morale qui est résultée pour ce dernier de la disparition prématurée de son fils est par elle-même génératrice d'un préjudice indemnisable ; qu'il sera fait une exacte appréciation des circonstances de l'affaire en allouant de ce chef au sieur Letisserand (Camille) une indemnité de 1 000 NF ;... (Annulation ; indemnité).*

B. L'évaluation du préjudice

474

L'indemnité doit être égale au préjudice réellement subi. Ceci pose le problème de la date d'évaluation du dommage, compte tenu de l'éventuelle lenteur de la justice et de la dépréciation monétaire. Traditionnellement, le juge administratif se plaçait, pour l'évaluation du dommage, au jour de la réalisation du dommage. Cette attitude était particulièrement défavorable à la victime, aussi le Conseil d'État a-t-il modifié sa jurisprudence en faisant une distinction :

– les dommages corporels sont évalués au jour du jugement (*cf.* CE, 21 mars 1947, *Dame Aubry*, GAJA, n° 60) ;

– les dommages matériels sont évalués au jour du dommage mais on les réévalue à la date à laquelle les réparations ont été faites si elles ont été retardées pour des raisons juridiques, matérielles ou financières (*cf.* CE, 21 mars 1947, *Compagnie générale des eaux et Dame Veuve Aubry*, GAJA, n° 60).

Le Conseil d'État a accepté aussi d'indemniser la perte d'une chance sérieuse (CE, 21 déc. 2007, *Centre hospitalier de Vienne*, à propos d'un défaut de diagnostic)

Document n° 77

CE, 21 mars 1947

1. Compagnie générale des Eaux

Cons. que l'évaluation des dégâts subis par l'immeuble de la dame veuve Pascal, du fait de la rupture d'une conduite de la Compagnie générale des Eaux, devait être faite à la date où, leur cause ayant pris fin et leur étendue étant connue, il pouvait être procédé aux travaux destinés à les réparer ; que les

premiers juges ont exactement apprécié les circonstances de l'affaire en estimant que cette date devait être fixée au 10 février 1942 ; que le sieur Pascal n'apporte pas la preuve que les travaux aient été retardés par l'impossibilité soit d'en assurer le financement soit de se procurer les matériaux nécessaires à leur exécution ; que, dans ces conditions, c'est à bon droit que le conseil de préfecture de Versailles, s'est placé à la date sus-indiquée du 10 février 1942 pour évaluer le montant de l'indemnité qui était due ;

2. Dame Veuve Aubry

Sur le montant de l'indemnité :

Cons. que, si le droit à la réparation du dommage personnel s'ouvre à la date de l'accident, il appartient à l'autorité qui fixe l'indemnité et notamment au juge saisi de conclusions pécuniaires de faire du dommage une évaluation telle qu'elle assure à la victime, à la date où intervient la décision, l'entière réparation du préjudice, en compensant la perte effective de revenu éprouvée par elle du fait de l'accident ; que, toutefois, il doit être tenu compte, dans cette évaluation, de la responsabilité qui peut incomber à l'intéressé dans le retard apporté à la réparation du dommage ; que, dans ce cas, le préjudice doit être évalué en faisant état des circonstances existant à l'époque ou la tension aurait dû normalement intervenir.

L'indemnité est toujours fixée en argent, soit sous la forme d'un capital (cas le plus fréquent), soit sous la forme d'une rente viagère. Le juge n'accorde jamais plus que ce qui lui a été demandé et souvent, il ne fixe pas lui-même l'indemnité mais renvoie le bénéficiaire devant l'Administration. Un nouveau recours est alors possible en cas de contestation du montant de l'indemnité.

3

Les régimes spéciaux de responsabilité

475 La responsabilité de la puissance publique, telle que nous venons de l'étudier, a été essentiellement élaborée par la jurisprudence. À côté de ces règles qui concernent la responsabilité de droit commun, on trouve un certain nombre de régimes législatifs particuliers qui correspondent à des activités spécifiques de l'Administration et qui entraînent des dérogations sur des points très divers : fondement de la responsabilité, juge compétent, évaluation du dommage... Ces textes ne correspondent pas à une idée générale mais apparaissent plutôt comme des textes de circonstance. Nous en étudions les plus importants.

section 1

Les régimes d'irresponsabilité

476 Malgré l'existence d'une responsabilité de principe de l'Administration, celle-ci demeure irresponsable des dommages qu'elle peut causer dans deux hypothèses :

– les actes de gouvernement excluent en principe toute mise en cause de la responsabilité administrative comme tout contrôle de légalité ; toutefois, l'application des traités internationaux peut donner lieu à responsabilité sur la base de la rupture de l'égalité devant les charges publiques (voir *supra* n° 468) ;

– la transmission des correspondances par les services postaux échappe à toute responsabilité, sauf lorsque l'utilisateur a accompli certaines formalités (envoi recommandé par exemple). Le contentieux du service public de La Poste est de la compétence du juge administratif. Le Conseil d'État a admis que la responsabilité de La Poste (en tant que personne morale chargée du service postal) peut être engagée à raison d'une faute lourde quand bien même le Code des postes prévoit l'irresponsabilité d'un service (CE, 17 oct. 1986, *ministre des Postes et Télécommunications c/ Ehrardt*).

section 2

La responsabilité pour dommages causés par des émeutes

477

Cette responsabilité est prévue par l'article L. 2216-3 du Code général des collectivités territoriales. Il s'agit des crimes ou des délits qui ont été commis « à force ouverte » ou par violence, par des attroupements ou rassemblements armés ou non armés, sans que la police soit intervenue pour empêcher les rassemblements ou les attroupements qui les ont permis.

La loi municipale de 1884 et la loi du 16 avril 1914 prévoyaient un partage de responsabilité entre les communes et l'État, variable selon les circonstances, la victime n'avait pas à prouver de faute car ses droits se fondaient sur l'idée d'un *risque social*.

La loi du 7 janvier 1983 (art. 92) excluait, elle, toute responsabilité directe des communes : seul l'État pouvait être déclaré responsable. L'action de la victime contre l'État était de la compétence exclusive du juge judiciaire. La loi du 9 janvier 1986 (art. 27) a abrogé tous ces textes. En principe, cette question a perdu sa spécificité et relève dorénavant du droit commun de la responsabilité administrative et de la compétence du juge administratif. L'État reste responsable mais pourra se retourner éventuellement contre la commune.

section 3

La responsabilité de l'État en raison des dommages causés aux élèves ou par des élèves des écoles publiques

478

Par application de l'article 1384 du Code civil, les instituteurs étaient présumés responsables des dommages causés par leurs élèves. Ils ne pouvaient lever cette présomption qu'en prouvant qu'il n'y avait pas de défaut de surveillance de leur part. Cette présomption a été supprimée en 1889. De plus, une loi du 5 avril 1937 a substitué la responsabilité de l'État à celle de l'instituteur, même s'il a commis une faute personnelle. C'est à l'État seul que la victime peut demander

le paiement de l'indemnité, dans ce cas le juge judiciaire est exclusivement compétent même si la faute est une faute de service. Toutefois, si le préjudice a une autre cause que le défaut de surveillance (locaux mal entretenus par exemple), le droit commun de la responsabilité administrative s'applique.

En cas de faute personnelle commise par le maître, l'État pourra se retourner contre lui (voir *supra* n° 460).

section **4**

La responsabilité pour dommages causés par un véhicule

479

Une loi du 31 décembre 1957 a attribué compétence exclusive aux tribunaux judiciaires pour connaître des actions en responsabilité dirigées contre des personnes publiques à raison des dommages causés par un véhicule quelconque. Cette attribution de compétence a pour but de simplifier et d'unifier le règlement des accidents de la circulation : l'appréciation de la responsabilité se fera suivant les règles du droit civil. De plus, l'Administration est totalement substituée à son agent lorsque celui-ci a agi « dans l'exercice de ses fonctions », sous réserve des éventuelles actions récursoires que l'Administration peut engager contre l'agent au cas de faute personnelle.

section **5**

La responsabilité pour dommages causés par l'activité des services judiciaires et des services pénitentiaires

480

L'activité des services judiciaires se manifeste essentiellement par des décisions juridictionnelles qui, en principe, excluent toute idée de faute, sauf le cas de l'erreur judiciaire commise par une juridiction répressive (loi du 2 juin 1895). Pendant longtemps, le principe était celui de l'*irresponsabilité de la puissance*

publique sauf pour les actes détachables du jugement ou encore les activités de police judiciaire.

Une évolution s'est produite, dans un sens favorable aux victimes, qui va permettre de mettre en œuvre la responsabilité de l'État dans certaines hypothèses liées à ses activités juridictionnelles.

Une loi du 17 juillet 1970 a prévu l'indemnisation pour dommage causé par une mise en détention provisoire dans le cas où la procédure se termine par un non-lieu ou un acquittement. Dans ce cas, seul est réparé le préjudice spécial et particulièrement grave : il s'agit donc d'une responsabilité sans faute basée sur l'idée de rupture de l'égalité devant les charges publiques. L'indemnisation est décidée par une commission composée de magistrats de la Cour de cassation.

Une loi du 5 juillet 1972, relative à la réforme de la procédure civile, dispose dans son article 11 : « l'État est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice. Cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice ». Cette loi qui ne s'applique qu'aux tribunaux judiciaires ne permet donc d'engager la responsabilité de l'État pour faute de service qu'en cas de faute lourde ou de déni de justice. Le problème qui se pose particulièrement est celui des jugements : la faute lourde devra être constatée sans remise en cause de l'autorité de la chose jugée.

Au cas de responsabilité pour faute personnelle des magistrats, la procédure de prise à partie disparaît mais l'État demeure garant des dommages causés par les fautes personnelles, quitte à se retourner contre l'agent responsable.

Enfin, la loi du 24 novembre 2009 relative au service pénitentiaire a introduit un régime de responsabilité sans faute en cas de décès découlant de violences entre détenus (alors que le Conseil d'État maintenait un régime pour faute simple).

Pour aller plus loin Titre 4

Responsabilité pour faute et sans faute

Ne pas hésiter à suivre la jurisprudence en matière de responsabilité hospitalière. Il faut également s'intéresser à la gradation des fautes, notamment le domaine résiduel de la faute lourde.

La responsabilité hospitalière

La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé a posé un certain nombre de principes.

1° La responsabilité pour faute : le régime de la faute simple est généralisé

Le législateur confirme le régime de la faute simple (art. L. 1142-1-1 CSP) : il reprend l'évolution jurisprudentielle (CE, Ass., 10 avr. 1990, *Époux Verdet*) et la suppression de la distinction entre actes de soins et actes médicaux. L'ensemble des actes pratiqués dans les établissements publics de santé est désormais soumis au régime de la faute simple. Même si le régime de la faute simple facilite l'action contentieuse, encore faut-il que la victime d'un dommage prouve qu'il y a bien eu faute : le juge apprécie cette qualification par rapport aux circonstances, au matériel dont dispose l'équipe soignante, de l'état des connaissances de la médecine, etc.

Le législateur a réaffirmé le principe du libre consentement à l'acte médical (art. L. 1111-4 CSP). Le corps médical doit donc pleinement informer le patient, mais le défaut d'information n'est pas toujours constitutif d'une faute (ex. : en cas d'urgence).

Le législateur a étendu les cas de présomption de faute et de causalité (ex. : les infections nosocomiales). L'hôpital ne peut désormais s'exonérer de sa responsabilité qu'en apportant la preuve que l'infection est due à une cause extérieure.

2° L'extension de la responsabilité sans faute

Le législateur a confirmé les avancées jurisprudentielles en la matière. La loi du 4 mars 2002 a créé un régime législatif de l'indemnisation de l'aléa thérapeutique (là encore pour éviter de rechercher les responsabilités) : un fonds d'indemnisation géré par un établissement public, l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM), est spécialement chargé de réparer les dommages subis par les victimes d'accidents médicaux (aléa thérapeutique, infections nosocomiales).

Quelle évolution ?

Le régime de la responsabilité administrative est de plus en plus souvent contourné par le législateur qui crée des fonds d'indemnisation (avec une réparation immédiate et forfaitaire). Cette technique permet d'éviter les contentieux et la surenchère pour une réparation intégrale (ex. : loi de finances du 31 déc. 1991 créant un fonds d'indemnisation pour les victimes de contaminations post-transfusionnelles ; fonds pour les victimes de l'amiante par la loi de financement de la sécurité sociale du 23 décembre 2000). L'existence de ces fonds modifie l'esprit de la responsabilité : le législateur met l'accent sur la réparation du préjudice... La recherche des responsables est ainsi occultée (responsable mais pas coupable). Voir le rapport du Conseil d'État 2005 : « Responsabilité et socialisation du risque ».

Sujets de concours

ENA

2006 : L'inaction administrative.

2004 : L'action de l'Administration face aux différents droits de la responsabilité.

Inspecteur des impôts

2006 : Faut-il obligatoirement une faute pour engager la responsabilité de la puissance publique ?

2003 : La mise en œuvre de la responsabilité de la puissance publique.

Inspecteur des affaires sanitaires et sociales (IASS)

2003 : La responsabilité des fonctionnaires.

Inspecteur des douanes

2005 : La mise en jeu de la responsabilité de la puissance publique.

Inspecteur du Trésor

2008 : La responsabilité de l'Administration du fait de ses agents.

Officier de gendarmerie

2008 : Quel avenir pour la notion de faute lourde en droit administratif ?

Troisième partie

**Le droit administratif
appliqué**

1

La fonction publique

481

L'Administration poursuit certains objectifs (ordre public, service public), grâce à l'action que les personnes administratives sont chargées de mettre en œuvre. Pour assurer le fonctionnement des divers rouages administratifs, l'utilisation d'une ressource humaine conséquente est nécessaire : elle comprend essentiellement des *fonctionnaires publics*, mais aussi des agents de l'Administration qui n'ont pas la qualité de fonctionnaires. Le vocable d'*agent public* désigne l'ensemble de ces personnels : la notion de fonctionnaire est donc plus étroite que celle d'agent public.

Les étudiants se reporteront utilement à l'ouvrage de référence en matière de fonction publique : Gustave Peiser, *Droit de la fonction publique*, Dalloz, coll. « Mémentos », 2010, 20^e éd., 192 p.

1

Les différentes catégories de personnel de l'Administration

482 Pour l'homme de la rue, tout employé d'une Administration est un « fonctionnaire ». En réalité, il n'en est rien : l'Administration utilise en effet les services d'agents dont les statuts juridiques sont très variables. L'Administration utilise aussi des agents qui se trouvent dans une *situation juridique de droit privé* : ce sont des salariés soumis au droit commun, c'est-à-dire au Code du travail. Elle peut utiliser des agents qui se trouvent dans une situation juridique de droit public, ce sont les agents de droit public, les fonctionnaires au sens large. Mais, au sein de cette seconde catégorie, il faut encore distinguer deux catégories d'agents : certains font véritablement partie d'un corps administratif : ce sont les fonctionnaires au sens strict du terme ; d'autres ne sont pas soumis à l'ensemble du statut des fonctionnaires : ils constituent des agents publics non fonctionnaires (contractuels, vacataires, auxiliaires ou stagiaires) et n'ont pas vocation à faire carrière.

Dès lors, il faut classer le personnel de l'Administration en deux catégories, tout d'abord les agents publics non fonctionnaires, ensuite les agents publics ayant la qualité de fonctionnaires publics.

section 1

Les agents publics non fonctionnaires

483 L'Administration emploie des salariés dont la situation est régie par le droit privé (ex. : les contrats aidés du type contrats uniques d'insertion, contrats d'accompa-

nement à l'emploi) : ces agents sont dans une situation semblable à celle des salariés d'entreprises privées, les rapports qu'ils peuvent avoir avec l'Administration sont fondés sur un contrat de droit privé. Mais la majeure partie du personnel employé par l'Administration se trouve soumise à un régime spécial auquel s'attachent des obligations et des droits différents des précédents, ce sont les agents publics.

Ces agents sont soumis à un régime de droit public, c'est-à-dire à un régime exorbitant du droit commun, régime fixé en général par un statut réglementaire et qui comporte des clauses inhabituelles dans les contrats entre particuliers. Les agents publics non fonctionnaires sont soumis à des statuts divers.

§ 1 Les collaborateurs habituels de l'Administration

484 La loi du 11 juin 1983, précisée par celle du 3 janvier 2001 relative à la résorption de l'emploi précaire, prévoit la titularisation, sous conditions, de la quasi-totalité des agents non titulaires de l'État (dispositif Sapin).

A. Les auxiliaires

485 Les auxiliaires sont des agents publics qui collaborent temporairement à la gestion d'un service public sans être intégrés dans les cadres administratifs. Ce sont donc traditionnellement des agents auxquels l'Administration fait appel pour un certain temps seulement. Les auxiliaires, à l'origine, étaient dans une situation différente de celle des fonctionnaires, car ils étaient recrutés de façon discrétionnaire et pour une période généralement très courte (ex. : les vacances scolaires) ; ils ne bénéficiaient d'aucune garantie disciplinaire, ni de la stabilité de l'emploi ; ils n'avaient droit ni à l'avancement, ni à la pension ; ils étaient payés de façon arbitraire par l'Administration.

Aujourd'hui, grâce à un statut spécifique, les auxiliaires bénéficient d'un certain nombre d'avantages et de garanties. En effet, les emplois d'auxiliaires correspondent de plus en plus à des emplois de contractuels et comportent un service à temps complet ; ils peuvent être dans certaines conditions transformés en emplois de fonctionnaires.

B. Les contractuels

486 Les contractuels, qui se confondent parfois avec les auxiliaires, sont des agents bénéficiant d'un contrat (écrit ou verbal) avec l'Administration. Leur nombre a eu tendance à augmenter progressivement. Leur statut pouvait relever du droit privé ou du droit public. En effet, suite à l'arrêt *Bertin* (1956), le Conseil d'État faisait une subtile distinction entre les contractuels qui « participent » au service public et les contractuels qui « collaborent » au service public. Les premiers bénéfi-

ciaient d'un contrat de droit public, les seconds d'un contrat de droit privé. La jurisprudence était devenue totalement confuse. L'arrêt du tribunal des conflits du 25 mars 1996, *Berkani* (Rec. p. 536) a enfin mis fin à cette confusion en posant le principe que tous les personnels contractuels travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif, sont des agents de droit public, quel que soit leur emploi. Seule la loi peut déroger à cette jurisprudence (ex. : les contrats aidés).

À titre d'exemple, les contractuels représentent près de 20 % des effectifs de la fonction publique territoriale.

Les contractuels sont la variable d'ajustement : ils créent la souplesse nécessaire à une gestion plus performante de la ressource humaine... et économe des deniers publics.

C. Les stagiaires

487 Les stagiaires sont des agents publics qui ont vocation à être titularisés, à devenir fonctionnaires à la suite d'une période probatoire qui peut se terminer par leur intégration ou par leur exclusion.

À certaines conditions, les élèves de certaines écoles de formation (ENA, IRA, ENSP...) sont considérés également comme des stagiaires.

§ 2 Les collaborateurs occasionnels de l'Administration

488 Dans certains cas, l'Administration est obligée d'avoir recours de façon occasionnelle à des particuliers pour remplir certaines tâches déterminées.

A. Les requis

489 Certains textes prévoient expressément l'appel aux particuliers par les autorités publiques. Ces textes rendent obligatoire pour le particulier la collaboration au service, il s'agit de réquisition de personnes sous la menace de sanctions pénales. Le Code pénal prévoit en effet que, sous peine d'amende en cas de refus, les autorités publiques peuvent requérir les simples particuliers afin de les aider dans des circonstances telles que le naufrage, l'incendie, les accidents, bref toutes les calamités publiques. La personne ainsi requise apporte son concours au service public de façon occasionnelle pour un temps très court. Les préfets sont amenés à utiliser la réquisition en cas de catastrophe naturelle ou industrielle.

B. Les sollicités

490 Les sollicités sont des particuliers qui coopèrent au fonctionnement de l'Administration à la demande de celle-ci mais sans que cette demande présente un

caractère impératif, c'est-à-dire que le particulier sollicité peut en principe refuser son concours. Cette situation se rencontre surtout lorsque la réquisition n'est pas possible ou lorsque la police peut réquisitionner et ne le fait pas.

C. Les volontaires

491 Les volontaires sont des agents à qui l'Administration ne demande rien, mais qui participent d'eux-mêmes à un service public (collaborateurs bénévoles et occasionnels, tels que les parents accompagnateurs de sorties scolaires).

D. Les fonctionnaires de fait

492 Il s'agit de particuliers qui ne sont pas investis régulièrement d'une fonction publique, mais qui exercent des attributions et les compétences afférentes à ces fonctions. Il y en a trois catégories : les fonctionnaires de fait qui réalisent une véritable usurpation de fonction, l'agent public qui n'est pas encore nommé ou qui se trouve déjà désinvesti, enfin les particuliers qui, en période de crise, se substituent aux autorités défaillantes. Toutes ces diverses formes de collaboration à l'Administration ne sauraient être évidemment assimilées à un emploi permanent dans l'Administration.

section 2

Les fonctionnaires publics

493 Pendant longtemps, les fonctionnaires étaient soumis à des dispositions diverses, d'origine essentiellement réglementaire. Il fallut attendre la loi du 19 octobre 1946 pour qu'un statut général leur soit applicable (une loi de Vichy de 1941 l'avait déjà fait, mais elle fut abrogée en 1944). Ensuite, une *ordonnance du 4 février 1959* a remplacé la loi de 1946 : elle a repris dans l'ensemble les dispositions de base du statut de 1946 concernant les garanties accordées au personnel de l'État. À côté du statut général des fonctionnaires, existent des statuts particuliers à certains corps (ex. : corps préfectoral).

Enfin, une vaste réforme de la fonction publique a été entreprise il y a quelques années par voie législative sous la forme d'un statut général qui comporte quatre titres. La nouveauté est que ce statut concerne l'ensemble des fonctionnaires français aussi bien de l'État, des collectivités territoriales, que ceux des hôpitaux. Il comprend quatre titres dont le premier a fait l'objet de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Le titre II sur la fonction publique de l'État et le titre III sur la fonction publique territoriale ont fait l'objet de la loi du 11 janvier 1984 et du 26 janvier 1984. Enfin, le titre IV sur la fonction publique hospitalière a fait l'objet de la loi du 9 janvier 1986.

Il y a donc aujourd'hui trois fonctions publiques : la fonction publique de l'État, la fonction publique territoriale et la fonction publique hospitalière.

Pour trouver une définition du fonctionnaire, il faut se reporter au statut général de la fonction publique. La définition est la suivante : *un fonctionnaire est une personne qui, nommée dans un emploi permanent à temps complet, a été titularisée dans un grade de la hiérarchie d'une Administration centrale de l'État, des services extérieurs en dépendant, des établissements publics de l'État* (art. 2 de la loi du 11 janvier 1984) ou d'une collectivité territoriale. Cette définition ne concerne que certaines catégories d'agents publics. En effet, elle ne concerne pas les magistrats, ni les militaires (loi du 24 mars 2005 relative au statut général des militaires), ni les fonctionnaires des assemblées parlementaires ; toutefois il est évident que ce sont des fonctionnaires, quoique d'un genre particulier qui ne sont pas soumis à l'application du statut général. Elle ne concerne pas non plus les agents des services ou établissements ayant un caractère industriel et commercial.

Il résulte de cette définition que le fonctionnaire public se détermine par *quatre éléments essentiels* : *la permanence de l'emploi* qui le différencie des personnes qui collaborent épisodiquement avec l'Administration (contractuels, requis, collaborateurs occasionnels) ; *l'intégration dans un cadre* qui se traduit par l'opération générale que l'on appelle titularisation, ce qui différencie le fonctionnaire des agents publics non fonctionnaires, stagiaires ou contractuels, enfin, dernier élément, *le rattachement à un statut de droit public*.

Le fonctionnaire est soumis à un régime légal et réglementaire : le régime est le même pour tous les fonctionnaires soumis au statut et il ne peut être modifié que par le législateur ou le pouvoir réglementaire.

Le fonctionnaire qui nous intéresse ici est le fonctionnaire de l'État ; il y a évidemment par ailleurs les fonctionnaires des collectivités territoriales régis par la loi du 26 janvier 1984 et les fonctionnaires hospitaliers régis par la loi du 9 janvier 1986.

Au 1^{er} janvier 2011, il y a encore près de 2 millions fonctionnaires de l'État, pour un total de 5,2 millions d'agents travaillant dans la fonction publique (la fonction publique représente 20,5 % de l'emploi total). Il faut préciser que selon le cas, les effectifs dans la fonction publique sont mesurés en « effectifs physiques » ou, au contraire, en Équivalents temps plein (ETP), système de comptage qui corrige les effectifs physiques de l'effet du temps partiel (dans la loi de finances, les autorisations de plafonds d'emplois par ministère sont exprimées en ETP).

2

L'organisation générale de la fonction publique de l'État

494 Les étudiants pourront se reporter utilement au site Internet du ministère chargé de la Fonction publique : www.fonction-publique.gouv.fr

Ils pourront y consulter notamment le rapport annuel de la fonction publique « faits et chiffres » de juillet 2010.

section 1

Les organes centraux de la fonction publique

495 L'Administration est dirigée par des autorités administratives qui sont en même temps des autorités politiques.

§ 1 Le Premier ministre et le ministre chargé de la fonction publique

496 Le Premier ministre préside le Conseil supérieur de la fonction publique et veille à l'application du statut (*cf.* art. 13, loi de 1984).

C'est généralement un ministre ou secrétaire d'État qui est chargé de la fonction publique.

Depuis 2007, par deux fois, la fonction publique a été rattachée au ministère du Budget et confiée à un secrétaire d'État. Le lien est vite trouvé : la fonction publique représente une charge budgétaire trop importante dans le budget de l'État. Dans le cadre de la mise en œuvre de la RGPP, le gouvernement applique la doctrine du non-remplacement d'un fonctionnaire sur deux partant à la retraite. Initialement appliquée uniquement au sein des services de l'État, elle a été étendue en 2011 aux opérateurs de l'État.

§ 2 La Direction générale de l'Administration et de la fonction publique (DGAFP)

497

La direction générale de l'Administration et de la fonction publique (DGAFP) est un organe qui a pour mission d'assister le ministre chargé de la fonction publique ; elle est chargée de la surveillance de l'application du statut général de la fonction publique, de la tenue des statistiques, de la gestion du matériel, de la réorganisation administrative. La direction de la fonction publique est compétente à l'égard de tous les agents. C'est une innovation du statut.

La direction générale de l'Administration et de la fonction publique a donc essentiellement un rôle de *conception et de coordination*, parfois aussi de gestion notamment à l'égard des écoles de formation interministérielle (ENA, IRA).

Suite au remaniement de novembre 2010, la DGAFP est sous la double autorité du Premier ministre et du ministre du Budget.

§ 3 Le Conseil supérieur de la fonction publique de l'État (CSFPE)

498

Ce Conseil est présidé par le Premier ministre ; il comprend 40 membres titulaires et autant de suppléants. *La moitié des membres sont des représentants de l'Administration, les autres sont des représentants du personnel* désignés en général par les syndicats de fonctionnaires. Le Conseil supérieur de la fonction publique a des attributions essentiellement administratives de nature consultative. En effet, la compétence du Conseil supérieur de la fonction publique n'est pas obligatoire : il peut être saisi par le Premier ministre pour toute question de caractère général intéressant les fonctionnaires ou la fonction publique, il est chargé de donner son avis sur toutes les questions qui concernent la fonction publique, il est également l'instance d'appel des commissions administratives paritaires, en

matière d'avancement et de discipline. Depuis un décret du 10 juin 1976, le Conseil supérieur de la fonction publique est saisi obligatoirement des projets de loi relatifs au statut général des fonctionnaires ainsi que des projets de statut particulier des corps interministériels.

Sur le même modèle, existent le Conseil Supérieur de la Fonction Publique Territoriale, le Conseil Supérieur de la Fonction Publique Hospitalière ou encore le Conseil Supérieur de la Fonction Publique Militaire.

section **2**

Les organes disciplinaires et de gestion

499

Il s'agit d'abord des *Commissions administratives paritaires (CAP)* qui peuvent avoir des fonctions très diverses : elles peuvent fonctionner comme commissions d'avancement ou comme conseil de discipline. Les commissions administratives paritaires sont composées, comme leur nom l'indique, d'une part, *des représentants de l'Administration*, d'autre part, *des représentants du personnel* élus par leurs collègues en nombre égal et présentés par les organisations syndicales. Les commissions administratives paritaires ont essentiellement un rôle consultatif : elles donnent leur avis au chef de service sur toutes les questions intéressant le personnel mais plus spécialement en matière d'avancement et de discipline.

Les Comités techniques paritaires (CTP) ont pour but d'accorder aux représentants des fonctionnaires une certaine participation à l'organisation même du service. Ils sont composés de façon paritaire de moitié de représentants de l'Administration, de moitié de délégués du personnel ; ceux-ci ne sont pas élus, mais désignés par les syndicats représentatifs. *Leur rôle est consultatif*, il concerne l'organisation et le fonctionnement du service, l'élaboration et la modification des règles statutaires régissant les personnels. À noter la création récente dans chaque ministère d'un comité d'hygiène et de sécurité.

Les comités d'hygiène et de sécurité institués dans chaque Administration, n'ont pas un caractère paritaire (il y a plus de représentants des personnels que de l'Administration). Ils ont pour rôle de faire bénéficier les agents de l'État des garanties d'hygiène et de sécurité (exemple : problèmes d'amiante dans certains bâtiments publics).

section **3**

La structure de la fonction publique

500

Le personnel de l'Administration se répartit dans les structures administratives générales et se rattache à telle ou telle personne publique (État, établissement

public), à tel ou tel ministère, à tel ou tel bureau. Toutefois, il existe une structure interne de la fonction publique qui se distingue de la structure de l'Administration, tout en se combinant avec elle, pour permettre l'affectation de chaque fonctionnaire à une place déterminée. La structure de la fonction publique repose sur la distinction entre les corps, les grades et les emplois.

§ 1 Les corps

501 Les fonctionnaires de l'État sont répartis en corps qui, selon l'article 13 de la loi de 1983, groupent « les fonctionnaires soumis aux mêmes statuts particuliers et ayant vocation aux mêmes grades ». Ces corps sont regroupés en trois catégories correspondant à la nature des fonctions normalement exercées :

→ **Catégorie A (attachés, inspecteurs...)**

Fonctions de direction et de conception avec un recrutement sur la base d'un diplôme de l'enseignement supérieur (au minimum Bac + 3) ;

→ **Catégorie B (contrôleurs, rédacteurs...)**

Fonctions d'application avec un recrutement sur la base d'un diplôme du niveau du baccalauréat ;

→ **Catégorie C (agents...)**

Fonctions d'exécution avec un recrutement au niveau du brevet.

La catégorie A+ n'existe pas officiellement : elle correspond aux concours de l'ENA, de directeur d'hôpital, du commissariat aux Armées... Les lauréats de ces concours ont vocation à occuper les emplois supérieurs de la fonction publique.

§ 2 Les grades

502 Chaque corps comporte des grades qui, selon l'article 12 de la loi du 13 juillet 1983, est « le titre qui confère à son titulaire vocation à occuper l'un des emplois qui lui correspondent ». C'est ainsi qu'à l'intérieur de chaque corps, les fonctions sont hiérarchisées selon les divers grades dont chacun normalement, correspond à une catégorie déterminée d'emploi avec des traitements différents. Il peut exister des corps qui ne comprennent qu'un seul grade (administrateurs civils, par exemple), ils sont toutefois divisés en classes et en échelons qui correspondent essentiellement à des différences de traitements.

§ 3 Les emplois

503 Si l'article 12 de la loi du 13 juillet 1983 affirme bien que le grade est distinct de l'emploi, la notion d'emploi n'est pas précisée par le statut général de la

fonction publique, bien que l'utilisation qui en est faite soit importante. Il s'agit, en effet, de la fonction effectivement exercée par le fonctionnaire, de son poste de travail en quelque sorte. De plus la notion d'emploi correspond, au plan budgétaire, aux crédits ouverts, c'est-à-dire à l'attribution d'un poste. Chaque service détient ainsi un certain nombre d'emplois qui ne sont d'ailleurs pas tous pourvus mais qui sont nécessaires pour qu'un fonctionnaire puisse être nommé. Un fonctionnaire ne peut être nommé que sur un emploi vacant.

Il y a ainsi un rapport entre le grade et l'emploi mais le grade ne se confond pas avec l'emploi. Après avoir été longtemps confondues, ces deux notions sont maintenant bien distinctes (*cf.* statuts de 1946, de 1959 et de 1983). En effet, le grade est attribué personnellement au fonctionnaire : il lui donne vocation à occuper certains emplois. L'emploi, lui, est à la disposition de l'Administration car il ne s'agit que d'un poste de travail qui peut être modifié, notamment dans l'intérêt du service. Cette distinction comporte des conséquences importantes :

- un fonctionnaire peut changer de grade sans changer d'emploi (on parlera d'avancement « sur place ») ;
- la suppression d'emploi n'aboutit pas à un licenciement du fonctionnaire qui pourra être affecté à un autre emploi correspondant à son grade ;
- pour des raisons de service, le chef de service peut affecter un fonctionnaire sur un autre poste de travail.

3

La carrière des fonctionnaires

504 Tout fonctionnaire a droit à un déroulement de carrière, c'est-à-dire à une progression théorique par rapport à son corps et à son grade.

section 1

Le recrutement des fonctionnaires

505 Le recrutement marque l'accès à la fonction publique. Il nous faudra successivement envisager les conditions d'entrée dans la fonction publique et les modes de recrutement.

❶ 1 Les conditions d'entrée dans la fonction publique

506 On peut distinguer ici deux problèmes. Tout d'abord, le principe de l'égalité de tous les citoyens dans l'accès à la fonction publique, en second lieu les conditions particulières d'accès.

A. Le principe de l'égalité dans l'accès aux emplois publics

507 Ce principe est affirmé à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Cette disposition n'a pas été reproduite dans le statut général de

la fonction publique, mais il s'agit là d'un principe général du droit public qui doit s'appliquer. En effet, le principe de l'égalité est, au plan de la fonction publique, la traduction des principes démocratiques.

L'étude de ce principe pose trois problèmes.

1 ° Les croyances religieuses

L'égalité de l'accès à la fonction publique ne permet pas d'écarter un candidat en raison de ses croyances religieuses. Le droit public est dominé par le *principe de la neutralité de l'État*, mais l'application stricte du principe de neutralité va avoir pour conséquences d'écarter de certains emplois certaines catégories de citoyens lorsque la nomination de ces citoyens pourrait entraîner une atteinte à ce principe. Le problème ne se pose véritablement que dans l'enseignement public où, en vertu du principe de neutralité, un ministre d'un culte religieux ne doit pas normalement pouvoir accéder à l'enseignement du premier ou du second degré (voir à ce sujet CE, 10 mai 1912, *Abbé Bouteyre*, GAJA, n° 24). Aujourd'hui, la question se pose pour les responsables des sectes (ex. : Église de scientologie).

Document n° 78 **CE, 10 mai 1912, *Abbé Bouteyre***

Cons. que le décret du 10 avril 1852, dans son art. 7 relatif aux conditions exigées des candidats à l'agrégation de l'enseignement secondaire pour leur admission au concours, dispose qu'ils doivent produire une autorisation ministérielle ; que le règlement au 29 juillet 1885 sur les concours d'agrégation du même enseignement porte : « Art. 4. Les aspirants se feront inscrire au moins 2 mois avant le jour de l'ouverture du concours au secrétariat de l'Académie dans laquelle ils résident ; le recteur doit donner avis de cette inscription dans les huit jours au ministre de l'instruction publique, en y joignant ses observations. – Art. 5. Les listes des candidats sont définitivement arrêtées par le ministre. Les candidats admis à prendre part. aux épreuves de l'agrégation sont avertis quinze jours au moins avant l'ouverture du concours » ;

Cons. que l'agrégation a été instituée exclusivement en vue du recrutement des professeurs de l'enseignement secondaire public, qu'elle ne confère pas aux agrégés un grade universitaire, mais un titre d'ordre professionnel, dont l'objet est d'assurer aux maîtres, qui l'ont obtenu après concours, des avantages particuliers dans la carrière de l'enseignement public ; que *les textes précités ont donc pu légalement, étant donné ce caractère de l'agrégation, ne pas la rendre accessible à tous, mais la réserver aux candidats agréés par le ministre, chef responsable du service de l'enseignement secondaire public, comme pouvant être éventuellement chargés des fonctions de professeurs dans un lycée ou dans un collège* ; qu'en refusant, par la décision attaquée, d'admettre le requérant à prendre part. au concours d'agrégation de philosophie, le ministre de l'instruction publique n'a fait qu'user à l'égard de ce candidat, dans l'intérêt du service placé sous son autorité, du droit d'appréciation qui lui a été réservé par le décret du 10 avril 1852 et le règlement du 29 juillet 1885, et que ladite décision n'est par suite entachée ni d'excès, ni de détournement de pouvoir ;... (Rejet).

2 ° Les convictions politiques

C'est un problème assez grave. En application de la Déclaration des droits de l'Homme, il est interdit d'évincer un candidat de la fonction publique en raison de ses opinions politiques. En fait, l'exclusion pour motif politique n'est possible que si des faits individuels ou des actes publics du candidat sont incompatibles avec cette fonction. Les convictions politiques ne permettent donc pas de refuser à un citoyen l'entrée dans la fonction publique, mais il peut en être autrement

lorsque l'expression de ses convictions politiques peut se révéler incompatible avec ses fonctions (voir à ce sujet CE, 28 mai 1954, *Barel*, GAJA, n° 69).

Document n° 79
CE, 28 mai 1954, *Barel*

Cons. que, s'il appartient au secrétaire d'État, chargé par les textes précités d'arrêter la liste des candidats admis à concourir, d'apprécier, dans l'intérêt du service, si les candidats présentent les garanties requises pour l'exercice des fonctions auxquelles donnent accès les études poursuivies à l'École nationale d'Administration et s'il peut, à cet égard, tenir compte de faits et manifestations contraires à la réserve que doivent observer ces candidats, il ne saurait, sans méconnaître le principe de l'égalité de l'accès de tous les Français aux emplois et fonctions publics, écarter de ladite liste un candidat en se fondant exclusivement sur ses opinions politiques.

3 ° *Les femmes et la fonction publique*

Jusqu'à une époque assez récente, l'accès des femmes à la fonction publique était relativement limité. Mais, de nos jours, les femmes ont une aptitude égale à accéder à tous les emplois publics. Le statut général prévoit « qu'aucune distinction n'est faite entre les hommes et les femmes ». Il est ajouté toutefois que lorsque la nature des fonctions ou les conditions de leur exercice le justifient, il est possible soit de faire un recrutement exclusif d'hommes ou de femmes, soit, à titre exceptionnel, de prévoir des recrutements et des conditions d'accès distincts pour les hommes et pour les femmes. Ces dérogations ne peuvent être faites que sur avis du Conseil d'État, du Conseil supérieur de la fonction publique et des comités techniques paritaires. L'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 prévoit la possibilité de recrutements distincts de façon exceptionnelle lorsque l'appartenance à l'un ou à l'autre sexe constitue une condition déterminante de l'exercice des fonctions. Il ne subsiste aujourd'hui qu'à titre tout à fait résiduel des recrutements hommes-femmes distincts (professeurs d'éducation physique).

Document n° 80
CE, 3 juill. 1936, *Demoiselle Bobard*, GAJA n° 51

Cons. que, si les femmes ont l'aptitude légale aux emplois dépendant des Administrations centrales des ministères, il appartient au Gouvernement, en vertu de l'art. 16 de la loi du 29 décembre 1882 modifié par l'art. 35 de la loi du 13 avril 1900, de fixer par des règlements d'Administration publique les règles relatives au recrutement et à l'avancement du personnel de ces Administrations, et de décider, en conséquence, à cette occasion, si des raisons de service nécessitent, dans un ministère, des restrictions à l'admission et à l'avancement du personnel féminin.

B. *Les conditions particulières d'entrée dans la fonction publique*

508

Le statut général de la fonction publique ne prévoit plus la nationalité française comme condition générale d'accès à la fonction publique. Conformément au droit de l'Union européenne, la loi française prévoit que les ressortissants des États membres de l'Union européenne autres que la France ont accès, dans les conditions prévues au statut général, aux corps, cadres d'emploi et emplois dont les attributions, soit sont séparables de l'exercice de la souveraineté, soit ne comportent aucune participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogative

de puissance publique de l'État ou des autres collectivités publiques. Un certain nombre de concours de la fonction publique de l'État sont donc encore réservés aux nationaux français : la police nationale, les impôts et le trésor, les douanes, etc. Nul ne peut être nommé dans un emploi public s'il ne jouit de ses droits civiques et s'il n'est de bonne moralité, s'il ne se trouve en position régulière au regard des lois sur le service national, s'il ne remplit les conditions d'aptitude physique ou médicale exigées pour les fonctions envisagées.

§ 2 Les modes de recrutement

509 Les modes de recrutement dans la fonction publique sont caractérisés par leur diversité qui a comme explication le souci de permettre le meilleur choix possible.

A. Le choix discrétionnaire

510 Ce choix discrétionnaire a pratiquement disparu dans le statut, *il n'existe plus que dans trois cas* : soit pour la constitution initiale d'un nouveau corps, soit pour la nomination aux emplois supérieurs (préfets, ambassadeurs, etc.), soit pour certaines nominations à des emplois subalternes de la catégorie C.

B. Le concours

511 *Le concours est le procédé le plus répandu* de recrutement dans la fonction publique. Le concours a évidemment une allure très démocratique et permet de faire jouer à plein le principe de l'égalité d'accès à la fonction publique et celui du mérite. Ce procédé qui était déjà très utilisé avant la Seconde Guerre mondiale a été généralisé par le statut de la fonction publique.

Actuellement, le procédé est souvent celui du *double concours* : un concours dit externe ouvert aux candidats possédant certains titres et un concours interne ouvert aux fonctionnaires avec pour seule condition une ancienneté minimale. Il existe également un troisième concours, notamment pour les IRA et l'ENA, ouvert aux salariés du secteur privé et aux personnes ayant eu des responsabilités électives.

Le concours se présente en plusieurs phases.

1° L'établissement de la liste des candidats admis à concourir

512 *C'est la phase administrative.* Il faut tout d'abord prévoir le nombre de postes à pourvoir ; à cet égard, l'Administration peut modifier ses prévisions tant que les épreuves du concours n'ont pas commencé. En second lieu, l'égalité de l'accès des citoyens suppose que les textes soient publiés largement et suffisamment tôt. Mais l'égalité d'accès est tempérée par les diverses conditions légales d'accès relatives à l'âge, à la santé, à la moralité, etc. et le ministre peut refuser le droit

de concourir à une personne qui ne remplit pas ces conditions. Le juge administratif est toutefois appelé, le cas échéant, à contrôler le déroulement régulier de ces opérations.

La loi du 26 juillet 2005 et l'ordonnance du 2 août 2005 ont supprimé le principe des limites d'âge pour accéder à la fonction publique. Cette mesure élargit sensiblement les possibilités d'intégrer la fonction publique : elle est sans doute louable pour supprimer toute discrimination fondée sur l'âge, mais il faut accepter l'idée que, dans les prochaines années, certains fonctionnaires ne totaliseront plus nécessairement l'ancienneté indispensable pour bénéficier d'une pension de retraite à taux plein (loi du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites).

L'ordonnance du 2 août 2005 laisse subsister trois dérogations :

- pour les corps et cadres d'emplois qui prévoient un avancement de l'âge de départ. à la retraite (police, douanes) ;
- lorsque l'accès à un corps est soumis à une scolarité de 2 ans au moins (c'est le cas de l'ENA) ;
- lorsque des exigences professionnelles justifient une certaine ancienneté ou expérience (certains corps d'encadrement).

2 ° Le déroulement des épreuves

513

C'est la phase technique. C'est le jury qui va y présider, les problèmes ici sont différents. Le jury est un organe collégial qui doit présenter des garanties d'impartialité et de technicité. La composition du jury doit être conforme à la réglementation et le choix du jury dépend généralement de l'autorité qui nommera les fonctionnaires. Les membres du jury doivent être présents à toutes les épreuves et ils sont tenus d'exprimer leur opinion.

Deux principes vont alors commander le déroulement des épreuves : *la régularité du concours et le principe d'égalité* présentent un caractère d'ordre public, cela veut dire que le jury ne peut pas modifier le déroulement des épreuves, qu'il ne peut pas modifier le nombre de places et il ne peut pas modifier les épreuves elles-mêmes. Il ne peut pas les modifier même avec l'assentiment des candidats (remplacer un sujet d'ordre général par un commentaire de texte). Le jury doit également *respecter le principe d'égalité des candidats*, aucune mesure ne doit porter atteinte à l'égalité des candidats ; par exemple, le jury ne peut décider, selon le candidat, de raccourcir ou d'allonger la durée d'une épreuve.

3 ° L'établissement de la liste des candidats reçus (les lauréats)

514

Tout d'abord, *le jury va noter les épreuves*, puis il va classer les candidats. S'il ne peut pas classer un nombre de candidats supérieur au nombre de places, il peut au contraire ne désigner personne ou un chiffre inférieur au nombre de places offertes. En second lieu, *la présentation se fait par ordre de mérite*. Les appréciations du jury sont discrétionnaires, il ne peut y avoir de protestations relatives à la valeur de la notation. En troisième lieu, lorsque la liste est établie, le jury a terminé son travail, il ne peut plus modifier la liste, celle-ci est communiquée à

l'Administration et l'Administration est obligée de respecter l'ordre établi par le jury. Traditionnellement, le juge administratif se refuse à se substituer aux correcteurs : il s'en remet « à l'appréciation souveraine des membres du jury ».

Il faut envisager l'influence des nécessités de service. L'Administration n'est pas obligée d'épuiser la liste des candidats reçus ; d'autre part, elle doit épuiser la liste des lauréats du concours précédent avant de nommer les lauréats qui ont passé un concours postérieur. L'intérêt du service permet aussi d'exclure un candidat pour raison de moralité, enfin l'Administration est libre d'affecter comme elle l'entend les candidats reçus.

Les concours sont aujourd'hui critiqués. Tout d'abord, on a reproché aux concours leur aspect trop technique, on ferait trop appel au savoir universitaire des candidats et on fait remarquer que le jury ne peut apprécier la valeur humaine du candidat. En principe, l'épreuve orale de conversation avec le jury (grand oral), permet généralement de déceler les personnalités. Cette épreuve a été largement réformée dans bon nombre de concours : au lieu de commencer par une question de culture générale, elle s'appuie sur le *curriculum vitae*, les motivations et le cas échéant l'expérience des candidats (ex. : concours des IRA).

C. La grande école, l'ENA, et les écoles d'application

515

Avant 1945, existaient des concours spéciaux pour chaque grand corps (Conseil d'État, inspection des finances...).

En 1945, Michel Debré a créé l'École nationale d'Administration (ENA). Cette création répondait à une préoccupation majeure : la nécessité d'avoir *le meilleur système de recrutement de la fonction publique supérieure*. C'est pourquoi, un grand concours unique se substitue à tous les concours particuliers ; en second lieu, après le concours, l'élève fonctionnaire reçoit une formation de base et un enseignement très technique. L'École nationale d'Administration est en effet chargée de la formation des hauts fonctionnaires (grands corps, administrateurs civils). À côté de cette grande école, existent des écoles pour les cadres A, les Instituts régionaux d'administration (IRA) ainsi que des écoles spécialisées, notamment celles du ministère du budget (qui sont des écoles d'application). De nombreux concours particuliers sont en effet maintenus (AENES, Inspecteur des Douanes, Inspecteur DGCCRF, etc.).

§ 3 La nomination

516

La nomination s'analyse *en trois phases* : tout d'abord, un acte administratif de nomination, ensuite une acceptation par le fonctionnaire, enfin une installation dans les fonctions. En réalité, l'acte capital est le premier, c'est-à-dire l'acte administratif de nomination car, dès que cet acte est intervenu, le fonctionnaire est investi dans sa fonction et cela avant toute acceptation. Il en résulte que la nomination ne peut être rapportée que dans certaines conditions, par exemple, tant qu'elle n'a pas été publiée ou lorsqu'elle est illégale.

Les autorités qui ont pouvoir de nomination sont le président de la République (art. 13), le Premier ministre (art. 21) ainsi que les ministres qui reçoivent très souvent délégation pour les fonctionnaires relevant de leur autorité.

section **2**

Le déroulement de la carrière des fonctionnaires

517 Le fonctionnaire ne se trouve pas placé tout au long de sa carrière dans une situation définitive. En effet, le fonctionnaire a vocation à s'élever dans la hiérarchie par la voie de l'avancement, il peut être placé dans différentes positions administratives, il est un jour amené à cesser ses fonctions.

§ 1 L'avancement

518 On oppose traditionnellement deux formes différentes d'avancement :

L'avancement à l'ancienneté est automatique, il offre aux fonctionnaires de nombreuses garanties contre l'arbitraire et le favoritisme. Cependant, il présente des inconvénients, car il n'encourage pas le dynamisme ni l'émulation. Le statut général de la fonction publique utilise l'avancement à l'ancienneté pour les avancements d'échelon auxquels correspondent des augmentations de traitement.

L'avancement au choix laisse une grande liberté à l'Administration. Le problème est alors de permettre aux supérieurs hiérarchiques d'utiliser des critères aussi objectifs que possible. C'est précisément le but de la notation (note chiffrée plus appréciation générale) effectuée par le chef de service. Même ici la liberté de l'Administration n'est pas totale, car elle est limitée par l'existence de *tableaux d'avancement*. Il s'agit de listes annuelles d'agents jugés aptes à passer au grade supérieur et classés par ordre de mérite. Les propositions sont soumises aux commissions administratives paritaires qui font des suggestions à l'autorité compétente. Les tableaux sont portés à la connaissance du personnel qui peut faire appel devant le Conseil supérieur de la fonction publique, mais celui-ci se borne à donner un avis au ministre compétent. Les recours contre les inscriptions aux tableaux d'avancement peuvent être faits devant les tribunaux administratifs.

Les deux systèmes d'avancement sont combinés. En réalité, la totalité des avancements de grade se font au choix et une partie des avancements d'échelon également au choix, l'autre partie se fait à l'ancienneté. On peut ajouter que pour les emplois supérieurs de l'État, la liberté de l'Administration est à peu près illimitée puisqu'il n'existe pas de tableaux d'avancement.

Il subsiste une autre possibilité d'avancement : *l'avancement par voie d'épreuves professionnelles*.

§ 2 Les positions du fonctionnaire

519 À l'intérieur de l'Administration, les fonctionnaires peuvent se trouver dans différentes situations administratives. Évidemment, en principe, la situation du fonctionnaire est ce qu'on appelle *la position d'activité*. Position d'activité veut dire que le fonctionnaire titulaire d'un grade, exerce effectivement les fonctions de l'un des emplois correspondant à ce grade. Dans cette position, le fonctionnaire est soumis à toutes les obligations et il jouit de tous les droits attachés à son grade, tant par le statut général que par son statut particulier. Ce fonctionnaire en activité peut à titre exceptionnel ne pas occuper d'emploi lorsqu'il est en congé ; il ne peut rester en activité que jusqu'à la limite d'âge.

A. Le détachement

520 Le détachement est la position du fonctionnaire placé hors de son cadre d'origine, mais qui continue à bénéficier de ses droits à l'avancement et à la retraite. Ce détachement se fait sur une décision du supérieur hiérarchique, le détachement entraîne pour le fonctionnaire un statut hybride. En effet, il est soumis à l'ensemble des règles qui régissent les fonctions qu'il exerce par les faits de son détachement, surtout en ce qui concerne l'occupation d'emploi et le pouvoir disciplinaire mais il a avec son cadre d'origine des liens assez solides, droit à l'avancement, droit à la retraite, etc. La durée du détachement peut être importante ; il y a des détachements de courte durée, de 6 mois, qui sont renouvelables ou des détachements de longue durée, de 5 ans, qui sont également renouvelables. À l'expiration du détachement, le détaché est réintégré obligatoirement dans le cadre d'origine à la première vacance d'emploi, le détachement est toujours révocable.

B. La position hors cadres

521 Le fonctionnaire qui est placé hors de son cadre d'origine n'a plus droit à l'avancement, ni à la retraite. Cette position correspond à des situations très différentes : fonctionnaire détaché dans une fonction dans laquelle il ne bénéficie plus du régime de retraite auquel il cotisait précédemment, fonctionnaire temporairement écarté (c'est alors une forme de sanction).

C. La disponibilité

522 C'est la position du fonctionnaire qui, placé hors des cadres administratifs d'origine, perd le bénéfice de ses droits à l'avancement et à la retraite. Cette mise en

disponibilité peu avoir des causes diverses, parfois elle est faite d'office, parfois elle résulte de la demande du fonctionnaire, parfois elle est de droit. La durée est assez variable : par exemple, la disponibilité sur demande est accordée en principe pour 3 ans, elle est renouvelable deux fois.

D. La position sous les drapeaux

523 C'est la position du fonctionnaire qui exécute des services militaires, plus particulièrement dans le cadre de la réserve opérationnelle. Il est alors en congé de son administration et continue à percevoir son traitement (indépendamment des indemnités versées par les Armées).

E. Le congé parental

524 C'est la position du fonctionnaire qui est placé en congé pour élever son enfant. Il bénéficie autant au père qu'à la mère.

F. La mise à disposition

525 Une nouvelle situation, qui s'insère dans la position d'activité, peut être faite au fonctionnaire : la mise à disposition. C'est la situation du fonctionnaire qui demeure dans son corps d'origine, qui est réputé occuper son emploi et qui continue à percevoir la rémunération correspondante mais qui effectue en fait son service dans une autre Administration que la sienne. C'est la consécration d'une pratique ancienne qui est dorénavant réglementée : fonctionnaire mis à la disposition d'une association, d'un syndicat, etc.

Dans le cadre des transferts de compétences et de services de la loi du 13 août 2004 relative aux responsabilités et libertés locales, la mise à disposition est la situation transitoire avant que l'agent de l'État opte, le cas échéant, pour la fonction publique territoriale (ex. : les agents TOS de l'Éducation nationale).

§ 3 La cessation des fonctions

526 Quatre causes de cessation définitive des fonctions existent dans la fonction publique.

A. La démission

527 C'est le cas où l'agent manifeste expressément son intention de quitter définitivement la fonction publique. On ne peut le contraindre à y rester, mais, pour empêcher que le départ ne perturbe trop brutalement le service, l'Administration dispose d'un palliatif : toute démission doit être acceptée sous peine de consti-

tuer un abandon de service. Au cas de refus, l'intéressé a le droit de saisir la commission paritaire qui émet un avis motivé et la décision de l'Administration doit intervenir dans un délai de 4 mois.

B. Le licenciement

528 C'est une mesure administrative d'exclusion dépourvue de caractère disciplinaire qui revêt des formes diverses car elle répond à des motifs variés : suppression d'emploi, insuffisance professionnelle ou santé déficiente, survenance d'une incapacité légale... Le décret du 12 novembre 2010, pris dans le cadre de l'application de la loi du 3 août 2009 relative à la mobilité, a élargi la mesure de licenciement aux fonctionnaires refusant successivement trois reclassements (dans le cadre des restructurations des administrations de l'État).

C. L'admission à la retraite

529 C'est le mode normal de cessation des fonctions. L'admission à la retraite est un droit pour l'agent qui compte un certain nombre d'années de service et qui arrive à un certain âge. La conséquence essentielle de la mise à la retraite est le droit à pension reconnu au profit du fonctionnaire qui quitte l'Administration. La dernière réforme des retraites en date, celle de la loi du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, va profondément affecter l'âge légal de la retraite, la durée de cotisation, le bénéfice d'une retraite à taux plein (l'âge légal de départ est progressivement porté à 62 ans). Sur les questions de retraite, voir le site Internet : www.retraites.gouv.fr

D. La révocation

530 C'est une mesure d'exclusion qui présente toujours un caractère disciplinaire, elle se produit lorsque le fonctionnaire a commis une faute professionnelle très grave (voir *infra* n° 539).

4

Obligations et droits du fonctionnaire

531 Tout fonctionnaire est soumis à un certain nombre d'obligations destinées à assurer le bon fonctionnement du service public. En contrepartie, il bénéficie d'un certain nombre de droits et d'avantages matériels.

section 1

Les obligations du fonctionnaire

532 La fonction publique comporte l'assujettissement du fonctionnaire à un certain nombre d'obligations. On peut dire qu'il y a trois obligations générales : *l'obligation d'obéissance hiérarchique, la discrétion professionnelle et le désintéressement*. Elles se situent dans le service, mais les deux dernières vont déborder du service sur la vie privée.

⑤ 1 **Les obligations particulières au service : l'obéissance hiérarchique**

533 L'obéissance hiérarchique se traduit en une obligation d'obéir aux circulaires, instructions et ordres de service. Évidemment, cette obéissance hiérarchique a été assez discutée, son fondement se trouve dans l'organisation et les nécessités de l'Administration.

Ce devoir a bien sûr des limites. Le devoir d'obéissance varie suivant le régime politique. Dans un système libéral, le fonctionnaire demeure avant tout un citoyen. Dans un système autoritaire, le devoir d'obéissance a une portée beaucoup plus absolue (la prestation de serment sous le régime de Vichy). De plus, le devoir d'obéissance ne peut pas être envisagé pour tous les fonctionnaires de la même façon, le magistrat et l'enseignant ne seront pas soumis aux mêmes devoirs d'obéissance que les militaires, mais certains principes sont communs à tous les corps administratifs et on peut les regrouper autour de deux règles. *Tout d'abord, dans le service,* le devoir d'obéissance est tempéré par le respect du *principe de légalité*. Le problème est souvent insoluble : le fonctionnaire qui reçoit un ordre illégal, doit-il obéir ? On peut simplement dire que les solutions varient suivant que les agents sont militaires ou civils. Pour les militaires, le principe est l'obéissance à l'ordre légal. Pour les fonctionnaires civils, la règle est de refuser d'exécuter l'ordre qui s'analyse en illégalité flagrante. Le devoir d'obéissance ne doit pas entraîner de conséquences en dehors du service, le fonctionnaire ne doit pas recevoir d'ordre concernant sa vie privée et même publique en dehors du service.

Le fonctionnaire doit aussi observer une certaine discrétion professionnelle, parfois même le secret professionnel.

§ 2 Les obligations hors du service

534 Apparemment, il y a une contradiction dans le fait que le fonctionnaire ait des obligations hors du service. En fait, si l'appartenance à la fonction publique impose au fonctionnaire des obligations hors du service, cela va à l'encontre du principe démocratique qui veut que le fonctionnaire soit dans la même situation que les autres citoyens.

Il y a en réalité deux limitations dans la vie du fonctionnaire. Tout d'abord, dans sa vie privée, il devra garder une certaine dignité. En second lieu, il devra faire preuve d'une certaine discrétion. Certaines obligations ont un aspect administratif, elles vont s'imposer aux fonctionnaires sur la base des nécessités du service, car il s'agit d'assurer l'indépendance et la discipline dans la fonction publique ; d'autres obligations ont un aspect plus politique, l'État va exiger des fonctionnaires une certaine attitude.

A. Les obligations à caractère administratif

535 En dehors du service, elles ne peuvent être fondées que sur l'intérêt du service public. Elles ont pour seul but d'assurer l'indépendance et la discipline du fonctionnaire. Nous trouvons ici essentiellement des règles relatives aux activités lucratives complémentaires. En effet, il existe une réglementation du cumul d'activités ou de rémunération du fonctionnaire : il est en principe interdit à tout fonctionnaire d'exercer à titre professionnel *une activité privée lucrative* de quelque nature que ce soit. Toutefois, ce principe d'interdiction d'une profession

parallèle est relativisé en ce qui concerne les activités littéraires, artistiques ou les productions scientifiques et d'enseignement. Le décret du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités des fonctionnaires a abrogé l'ancien décret-loi du 29 octobre 1936 : les possibilités de cumul d'activités et de rémunérations ont été sensiblement élargies.

Les fonctionnaires sont aussi soumis à une obligation de *discrétion professionnelle* qui peut d'ailleurs être sanctionnée pénalement.

B. Les obligations à caractère politique

536 Le fonctionnaire, même s'il bénéficie de la liberté d'opinion, est obligé d'avoir à l'égard du régime politique une certaine retenue. On peut distinguer des obligations envers la nation et les obligations envers le Gouvernement. Envers la nation, toute attitude du fonctionnaire (ex. : injure au drapeau national ou à l'hymne national) qui révélerait une hostilité vis-à-vis d'elle serait susceptible d'entraîner une sanction. Envers le Gouvernement, le problème est plus complexe. Disons simplement que la conciliation entre les principes démocratiques et le principe hiérarchique varie suivant la nature des fonctions. Pour les fonctions d'autorité par exemple, le fonctionnaire ne doit pas manifester son opposition au Gouvernement. Il est astreint à un devoir de réserve, qui, dans certaines fonctions peut aller jusqu'à une discrétion quasi totale. Mais, à l'inverse, dans la haute fonction publique, la règle est la loyauté envers le Gouvernement (notamment par les titulaires d'emplois à la discrétion du Gouvernement).

section 2

Les sanctions des obligations des fonctionnaires

537 Les obligations des fonctionnaires sont sanctionnées de façon originale, c'est l'objet de la répression disciplinaire.

§ 1 Nature de la répression disciplinaire

538 Elle ressemble à la répression pénale puisque son objet est également de sanctionner une conduite jugée anormale, mais elle s'en distingue sur trois points : d'une part, la répression disciplinaire a un champ d'application limité (agent public), alors que le droit pénal sanctionne les défaillances de conduite de n'importe quel individu ; d'autre part, les sanctions pénales sont plus graves, elles peuvent atteindre la liberté même des particuliers alors que la répression disciplinaire

n'affecte le fonctionnaire que dans ses intérêts de carrière ; enfin les fautes disciplinaires sont indépendantes des crimes et des délits (ex. : l'abandon de poste constitue une faute disciplinaire, mais non pas une faute pénale).

§ 2 Le régime de la répression disciplinaire

539

Tous les agents publics sont soumis au pouvoir disciplinaire : ce dernier repose sur *deux principes essentiels*. La première règle vise les incriminations qui ne sont pas nécessairement déterminées par la loi ; les statuts prévoient en effet que toute faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire. L'appréciation du supérieur hiérarchique reste donc discrétionnaire sauf contrôle du juge. La seconde règle, en revanche, prévoit que les sanctions doivent être prévues par un texte. En général, les sanctions disciplinaires sont énumérées par le statut général de la fonction publique en ordre de *gravité croissante* et réparties en quatre groupes. Ce sont l'avertissement, le blâme, la radiation du tableau d'avancement, l'abaissement d'échelon, l'exclusion temporaire de fonction pour une durée maximale de quinze jours, le déplacement d'office, la rétrogradation, l'exclusion temporaire de fonction pour une durée de 6 mois à 2 ans, la mise à la retraite d'office, la révocation. Cette longue énumération est heureusement limitative, il ne peut y avoir d'autres sanctions disciplinaires.

Il faut relever toutefois l'existence d'une mesure de suspension administrative qui permet d'écarter un fonctionnaire de sa fonction pendant quelque temps en attendant que la sanction définitive soit prononcée. L'article 30 de la loi du 13 juillet 1983 prévoit que la suspension ne peut durer plus de 4 mois. Pendant ce temps, il conserve son traitement et les indemnités accessoires.

§ 3 La procédure de la répression disciplinaire

540

Dans ce domaine, la tendance est à la juridictionnalisation des poursuites et des sanctions. Celle-ci se manifeste de deux manières : tout d'abord, par *l'intervention des conseils de discipline* qui sont d'ailleurs le plus souvent les commissions administratives paritaires. Cette intervention n'est que consultative sauf pour certains membres de l'enseignement ou de la magistrature. En pratique cependant, on peut préciser que cette garantie n'est pas illusoire, l'avis des conseils de discipline étant très généralement suivi. La deuxième règle est *la règle de la communication préalable du dossier*. Cette règle, remonte à la loi du 22 avril 1905 ; elle a été confirmée par l'article 19 de la loi du 13 juillet 1983.

Document n° 81
Loi de finances du 22 avril 1905

Art. 65. – Tous les fonctionnaires civils et militaires, tous les employés et ouvriers de toutes Administrations publiques ont droit à la communication personnelle et confidentielle de toutes les notes, feuilles signalétiques et tous autres documents composant leur dossier soit avant d'être l'objet d'une mesure disciplinaire ou d'un déplacement d'office, soit avant d'être retardés dans leur avancement à l'ancienneté.

Elle vise à permettre au fonctionnaire de connaître ce qui lui est reproché et ainsi de pouvoir préparer et assurer sa défense. Ces deux règles de procédure (l'intervention des conseils de discipline et la communication préalable du dossier) sont quelquefois écartées dans des cas particuliers, par exemple en cas d'abandon de poste ou de grèves illicites. La mise en œuvre du pouvoir disciplinaire ne laisse cependant pas le fonctionnaire entièrement désarmé. Il peut en effet tenter soit un *recours pour excès de pouvoir* s'il estime ne pas avoir commis de faute ou être victime d'une procédure irrégulière ou d'une sanction déguisée, soit un recours en réparation.

Sauf exception, la sanction est prononcée par le supérieur hiérarchique. Le juge administratif se réserve le droit de contrôler, le cas échéant, l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation, par exemple le caractère disproportionné entre la sanction prononcée et la faute commise par l'agent.

section **3**

Les droits des fonctionnaires

541 Ces droits se divisent en deux catégories différentes.

§ 1 La rémunération du fonctionnaire

542 La rémunération du fonctionnaire est un ensemble complexe. On y trouve tout d'abord *le traitement*, mais, à ces éléments de base, viennent s'ajouter d'autres éléments qui sont les suppléments familiaux, l'indemnité de résidence, des indemnités diverses, des primes de rendement, des indemnités représentatives de frais, de travaux supplémentaires, des primes de risques particuliers, des primes d'expatriation, des indemnités différentielles... Dans le cadre de la mise en œuvre de la LOLF, certains corps de fonctionnaires bénéficient d'une indemnité basée sur leurs résultats (ex. : décr. du 11 août 2006 portant attribution d'une indemnité de performance en faveur des directeurs d'administration centrale).

La rémunération constitue à la fois la contrepartie du travail fourni et aussi le maintien d'un certain rang social. Ces deux idées sont en effet combinées dans la rémunération du fonctionnaire. Le traitement doit tout d'abord permettre au fonctionnaire de vivre, il est donc incessible et insaisissable. Le traitement est

aussi différencié en fonction du grade et de l'emploi. Il n'est donc pas l'équivalent du travail fourni. Dans la fonction publique, il y a application d'une grille indiciaire par corps et par grade. Chaque fonctionnaire, en fonction de son corps, de son grade et de son ancienneté, est rémunéré sur la base de cette grille. Cette grille de rémunération est régulièrement réorganisée à la suite de protocoles d'accord entre le ministre de la Fonction publique et les syndicats de fonctionnaires. A terme, dans un souci de simplification, l'objectif est de supprimer au moins 150 corps par fusion...

A. Le traitement est soumis à deux règles importantes

543

Tout d'abord, le traitement ne court que du jour où le fonctionnaire est installé, en second lieu on applique la règle du service fait. Cette règle signifie que le traitement ne peut être liquidé et payé qu'après service fait, c'est-à-dire à l'expiration de chaque mois pour le mois écoulé (*cf.* la résurgence de la règle du service fait après chaque mouvement de grève).

B. La rémunération constitue un élément de la situation légale ou réglementaire qui est celle des fonctionnaires

544

Il en résulte une conséquence très importante : cette rémunération peut être modifiée à tout instant. Le fonctionnaire n'a pas un droit acquis au traitement, il en va différemment une fois que le service est fait ; à ce moment-là, le fonctionnaire a droit à son traitement.

À la rémunération proprement dite, il faut rattacher la pension de retraite, c'est-à-dire la rémunération que perçoit le fonctionnaire retraité. Elle se différencie de la pension d'invalidité qui est perçue par le fonctionnaire en cas de maladie ou d'invalidité contractée en service. Il existe d'ailleurs de nombreuses catégories de pensions de retraite, il y a la pension normale de retraite, la pension proportionnelle lorsque le fonctionnaire prend sa retraite avant l'âge, les pensions de réversion pour la veuve ou l'orphelin du fonctionnaire. La pension de retraite est liée au traitement parce que la base de la pension est constituée par les derniers émoluments soumis à retenue que le fonctionnaire perçoit au moment de la retraite (la retraite est liquidée en fonction du traitement perçu au cours des 6 derniers mois d'activité). La loi du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites n'a pas remis en cause ce principe conforme au système de la carrière.

§ 2 Le fonctionnaire et les libertés publiques

545

Même subordonné au pouvoir hiérarchique, l'agent public reste un citoyen. À ce titre, il est titulaire de certaines libertés qui devront être conciliées avec son devoir général d'obéissance.

A. La liberté d'opinion

546

La liberté de conscience ne peut pas être retirée au fonctionnaire dans un État démocratique. Cependant, certains agents, à raison même des emplois qu'ils occupent (enseignants, militaires, magistrats), ne peuvent jouir d'une totale liberté d'expression, car ils risquent de porter atteinte à l'objectivité, au bon fonctionnement du service public. C'est pourquoi une conciliation a été nécessaire entre ces deux points de vue divergents. La liberté d'expression est limitée. Tant qu'il est en service, le fonctionnaire est soumis à un devoir de stricte neutralité, seul compatible avec le bon fonctionnement de l'Administration. Hors service, il retrouve une plus grande liberté (adhésion à un parti politique, participation à des réunions, publication d'écrits, etc.), mais il doit observer une certaine réserve.

Les militaires, soumis à un statut particulier, peuvent-ils émettre des opinions relatives à l'organisation du service ?

Suite au rattachement fonctionnel de la gendarmerie au ministère de l'Intérieur, un officier de gendarmerie avait émis une opinion « dissidente » : il a aussitôt été radié des cadres pour manquement à son obligation de réserve. Le Conseil d'État a annulé cette sanction irréversible (CE, 12 janv. 2011, *Chef d'escadron Jean-Hugues Matelly*).

B. La liberté de groupement

547

Si la loi permet aux agents de l'Administration de se constituer en associations ou en syndicats, on risque d'affaiblir l'autorité hiérarchique. D'abord parce que tout regroupement renforcera la position du fonctionnaire subalterne face à son supérieur en liant son sort à celui d'autres agents et ensuite parce que tout groupement suppose une hiérarchie qui peut à la limite se substituer à la hiérarchie officielle des grades et des emplois.

Pourtant, les fonctionnaires ont le droit de se constituer en associations et en syndicats. La Constitution est très nette à cet égard, bien que cette reconnaissance soit relativement récente, elle ne date en effet que de la fin de la Seconde Guerre mondiale. Toutefois, certains corps de fonctionnaires ne peuvent toujours pas constituer de syndicats, tels les préfets, les militaires, les diplomates.

C. Le droit de grève

1^o Avant la Seconde Guerre mondiale

548

Toute grève dans la fonction publique était illicite car elle était considérée comme contraire au principe de la continuité des services publics et à la règle de l'obéissance hiérarchique. En conséquence, le fonctionnaire qui s'était mis en grève était tenu pour fautif et il pouvait se voir sanctionner par une révocation immédiate sans mise en œuvre des garanties de procédure que nous avons signa-

lées ; c'est ainsi que la révocation pouvait être prononcée sans l'intervention du Conseil de discipline et sans communication préalable du dossier.

2 ° Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale

Le droit de grève a été reconnu à tous les citoyens et particulièrement aux fonctionnaires. Cela signifie qu'en l'absence de dispositions qui l'interdisent, le droit de grève, prolongement naturel du droit syndical, est reconnu à tous les citoyens, même aux agents publics.

La Constitution de 1946 reconnaissait dans son préambule : « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ». Mais les lois en question ne sont pas intervenues et les statuts de 1946 et de 1959 de la fonction publique ne contenaient aucune disposition relative au droit de grève. Toutefois, le législateur a réglé la question pour certaines catégories d'agents : la police, les CRS, les contrôleurs de la navigation aérienne... Mais pour les autres (les plus nombreux), quelle solution adopter dans le silence de la loi ?

C'est le juge administratif qui a dégagé les principes d'ensemble (CE, 7 juill. 1950, *Dehaene*, GAJA, n° 62). Le Conseil d'État, en effet, a décidé que la grève des agents publics est licite en principe, mais que le Gouvernement peut prendre des mesures propres à en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public. Ces mesures du Gouvernement seront contrôlées par le juge.

Le législateur est intervenu pour réglementer partiellement la grève dans les services publics, afin d'éviter que celle-ci n'entraîne de trop graves perturbations. La loi du 31 juillet 1963 a en effet prévu que la grève doit être précédée d'un *préavis obligatoire de cinq jours* : elle a également interdit le système des grèves tournantes et disposé que toute grève entraîne une suppression du traitement correspondant à la durée de la cessation du travail (sans pouvoir être inférieure à une journée : c'est la règle du trentième indivisible).

L'application de cette loi, pourtant peu contraignante, a donné lieu à de nombreuses difficultés (ex. : en mai 1968) : ceci explique l'inexistence d'une réglementation d'ensemble du droit de grève dans la fonction publique.

La loi du 13 juillet 1983 a innové en inscrivant le droit de grève dans le statut général des fonctionnaires. La loi reprend le dispositif du Préambule de 1946.

Document n° 82 **CE, 7 juill. 1950, *Dehaene***

En ce qui concerne le blâme :

Cons. que le sieur Dehaene soutient que cette sanction a été prise en méconnaissance du droit de grève reconnu par la Constitution ;

Cons. qu'en indiquant dans le préambule de la Constitution que « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent », l'Assemblée constituante a entendu inviter le législateur à opérer la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels dont la grève constitue une modalité et la sauvegarde de l'intérêt général auquel elle peut être de nature à porter atteinte ;

Cons. que les lois du 27 décembre et 28 septembre 1948, qui se sont bornées à soumettre les personnels des compagnies républicaines de sécurité et de la police à un statut spécial et à les priver, en cas de cessation concertée du service, des garanties disciplinaires, ne sauraient être regardées, à elles seules,

comme constituant, en ce qui concerne les services publics, la réglementation du droit de grève annoncée par la Constitution :

Cons. qu'en l'absence de cette réglementation la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit comme à tout autre en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public ; qu'en l'état actuel de la législation, il appartient au Gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer lui-même, sous le contrôle du juge, en ce qui concerne ces services, la nature et l'étendue desdites limitations ;

Cons. qu'une grève qui, quel qu'en soit le motif, aurait pour effet de compromettre dans ses attributions essentielles l'exercice de la fonction préfectorale porterait une atteinte grave à l'ordre public ; que, dès lors, le Gouvernement a pu légalement faire interdire et réprimer la participation des chefs de bureau de préfecture à la grève de juillet 1948.

Pour aller plus loin Titre 1

La spécificité de la fonction publique de carrière en question : rapprochement, convergence ou alignement ?

Le statut de la fonction publique est-il menacé ? Est-ce que le système même de la carrière est remis en cause par un rapprochement de plus en plus perceptible entre la gestion des fonctionnaires et la gestion des salariés du secteur privé ? De plus en plus de dispositions statutaires applicables aux fonctionnaires sont en fait des dispositions directement inspirées du droit du travail et qui s'appliquent de longue date aux salariés du secteur privé : l'évaluation des agents (au lieu du système traditionnel de la notation), la modulation de la rémunération en fonction de la performance, la possibilité pour l'Administration de recourir à des intérimaires, le droit individuel à la formation (DIF), la mobilité à la fois géographique et fonctionnelle, le dispositif de retraite.

En sens inverse, le secteur privé s'inspire du droit de la fonction publique pour les aspects disciplinaires et pour la pratique de la mise à disposition.

Il y a donc un rapprochement évident entre le droit de la fonction publique et le droit du travail et il n'est pas à sens unique. Mais il y a aussi des domaines où la différence est encore très perceptible : ainsi, en matière d'accidents du travail, le salarié du secteur privé bénéficie d'une présomption de responsabilité de l'employeur alors que le fonctionnaire garde la charge de la preuve...

Le cumul d'activités : l'assouplissement

Le décret du 2 mai 2007 a abrogé l'antique décret-loi du 29 octobre 1936. De plus en plus de fonctionnaires aspirent à se constituer des revenus de complément. Après la grande sévérité du décret-loi de 1936, un assouplissement spectaculaire était déjà intervenu avec le décret du 2 mai 2007. Le décret du 20 janvier 2011 va encore plus loin : il élargit la liste des activités accessoires susceptibles

d'être pratiquées par des agents publics et surtout le mode d'exercice. Ainsi, les agents publics peuvent compléter leur activité principale par une activité exercée sous la forme « d'auto-entrepreneur ». Les domaines d'activités accessoires, traditionnellement circonscrites à des activités d'expertise, de conseil, d'enseignement, de production littéraire sont étendus aux activités d'encadrement, de vente de produits artisanaux, d'animation sportive ou culturelle, ainsi qu'à tous les services à la personne. Le décret précise les activités qui ne peuvent être exercées que sous la forme de l'auto-entreprise et celles pour lesquelles la forme d'exercice est libre.

La grève dans la fonction publique

Il ne faut absolument pas confondre la grève dans la fonction publique avec la grève dans les services publics. En effet, l'idée d'un service minimum garanti s'applique essentiellement à des non-fonctionnaires (conducteurs de bus, de métro, de trains ne sont pas fonctionnaires mais sont des salariés de droit privé à statut spécial). Quant à la grève dans la fonction publique, les étudiants pourront s'intéresser à la règle du service fait, règle de comptabilité publique qui se traduit en matière de grève par une retenue sur le traitement. La règle se décline de manière différente dans la fonction publique d'État d'une part, et dans les fonctions publiques territoriale et hospitalière d'autre part. (cette solution a été validée par le Cons. const. DC, 28 juill. 1987). En effet, pour la fonction publique d'État, c'est l'application pure et simple du « trentième indivisible » : la retenue s'élève à 1/30^e du traitement, même si l'agent a fait grève moins d'une journée, ne serait-ce qu'une heure. En revanche, pour la fonction publique territoriale et pour la fonction publique hospitalière, la retenue doit être proportionnelle à la durée du service non fait. Ce principe se décline de la manière suivante : pour une grève de moins d'une heure, la retenue est de 1/60^e du traitement, pour une grève de moins d'une demi-journée, la retenue est de 1/50^e, au-delà, c'est le 1/30^e qui s'applique (CE, 27 avr. 1994, *SDIS Haute-Garonne*).

La réforme des retraites et la fonction publique

La loi du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites a encore rapproché un peu plus le régime de la fonction publique de celui du secteur privé. En effet, s'agissant des retraites, la loi porte progressivement l'âge d'ouverture du droit à pension à 62 ans, aussi bien dans la fonction publique que dans le secteur privé et recule l'âge auquel est atteint le taux plein de 65 à 67 ans. Par souci d'égalité, le législateur a supprimé plusieurs petits avantages dont bénéficiaient jusqu'ici les fonctionnaires... Il en subsiste un, plutôt important : la pension des fonctionnaires reste calculée sur la rémunération des 6 derniers mois d'activité (le fonctionnaire est censé être au sommet de sa carrière).

Sujets de concours

Attaché territorial

2006 : Quelles perspectives pour le statut général de la fonction publique en France ?

Commissaire de police

2003 : L'obligation de réserve.

Commissariat aux Armées

2003 : Enjeux et perspectives du particularisme du droit de la fonction publique en France.

Directeur d'hôpital

2008 : Le droit de grève dans la fonction publique.

ENA

2001 (externe) : Le statut général des fonctionnaires est-il nécessaire ?

Officier de police

2007 : Les fonctionnaires sont-ils des citoyens privilégiés ?

titre

2

Les interventions de la puissance publique en matière immobilière

1

Le domaine public

549

Les personnes morales de droit public, particulièrement l'État, sont propriétaires de biens. Avant la Révolution de 1789, les biens de l'État se confondaient avec ceux de la Couronne pour former une catégorie unique : le domaine de la Couronne qui était soumis à un régime juridique particulier, marqué par l'inaliénabilité. La Révolution devait transférer ce domaine à la Nation sans que cela entraîne une distinction entre les divers éléments le composant. En effet, un décret de 1790 amorçait bien une division en utilisant l'expression « domaine public », mais sans fixer aucun critère. De même, le Code civil de 1804 a consacré au domaine les articles 538 à 541 sans définir avec précision le domaine public et le domaine privé.

Toutefois, il apparaît que dans le patrimoine des collectivités publiques existent des biens qu'elles détiennent au même titre que de simples particuliers (des forêts par exemple) et d'autres dont elles se servent pour la réalisation de leurs prestations de service public, soumis par conséquent à un régime juridique particulier. Pour les premiers, qui constituent ce que l'on appelle le *domaine privé*, ce sont des biens qui n'ont aucun caractère essentiel, qui ne sont nullement irremplaçables et pour lesquels les règles du Code civil sur la propriété sont parfaitement suffisantes. Pour les autres, ce sont des biens essentiels à l'Administration pour qu'elle puisse accomplir sa mission : c'est le *domaine public* pour lequel existe un régime spécial, de caractère administratif, ayant pour but d'assurer une protection particulièrement efficace de ces biens.

Une ordonnance du 21 avril 2006 a consacré la création du Code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP) qui succède au Code du domaine de l'État avec une particularité remarquable : alors que la codification se faisait généralement à droit constant, le nouveau code a introduit des règles nouvelles dans le régime du domaine public.

section **1**

La distinction du domaine public et du domaine privé

550 La distinction du domaine public et du domaine privé est relativement récente.

Dans l'ancien droit, aucune distinction de ce genre n'existait en ce qui concerne le domaine de la Couronne. Ce sont les commentateurs du Code civil, qui à l'occasion de la classification des biens, ont été amenés les premiers à faire la distinction, parmi les biens des personnes publiques, entre les biens soumis à des règles spéciales et ceux soumis aux règles ordinaires du Code civil. Au milieu du XIX^e siècle, la distinction ainsi faite entre domaine public et domaine privé s'est peu à peu trouvée consacrée à la fois par la jurisprudence, tant administrative que judiciaire, et par le législateur.

Le principe même d'une distinction ainsi admis, le problème s'est posé de déterminer avec précision quels biens entraient dans le domaine public et quels biens entraient dans le domaine privé. C'est ici que des difficultés sont apparues. La jurisprudence a hésité entre plusieurs critères. Encore à l'heure actuelle des difficultés de cas d'espèce peuvent aisément se présenter.

§ 1 Le critère de la distinction du domaine public et du domaine privé

551 La question est de savoir à quels éléments il convient de s'attacher pour déterminer les biens qui sont soumis à un régime spécial, c'est-à-dire ceux qui font partie du domaine public.

Tous les autres biens font nécessairement partie du domaine privé.

A. Les critères à écarter

552 Un certain nombre de critères ont été proposés, qui doivent être écartés parce qu'ils sont à la fois rationnellement insuffisants et non conformes au droit positif.

1^o Biens insusceptibles de propriété privée

Le premier critère proposé a été celui des *choses insusceptibles de propriété privée* : feraient partie du domaine public tous les biens qui, par suite de leur affectation à l'usage du public, sont insusceptibles de propriété privée.

Ce critère qui s'inspire directement de l'article 538 du Code civil, a été présenté initialement par les civilistes. Il a ensuite été repris par la doctrine de droit administratif.

Ce critère est très imparfait. D'une part, il existe des biens qui ne sont pas affectés à l'usage public et qui cependant font certainement partie du domaine public, par exemple tout le domaine public militaire. À l'inverse, des biens tels que les promenades publiques font partie du domaine privé des communes.

Par ailleurs, la notion même de choses insusceptibles de propriété privée n'est pas conforme à la réalité ; ainsi il existe des chemins privés, des canaux privés, etc.

2 ° Biens affectés à un service public

Selon ce critère, feraient partie du domaine public *tous les biens affectés à un service public*.

Ce critère, présenté initialement par Léon Duguit, est beaucoup trop large. Il conduirait à soumettre au régime de la domanialité publique tous les immeubles administratifs sans aucune exception : dès que des bureaux administratifs seraient installés dans un bâtiment quelconque, celui-ci ferait partie du domaine public. Or, la jurisprudence s'accorde à reconnaître depuis longtemps que la grande majorité des bâtiments administratifs fait partie simplement du domaine privé.

L'idée a été reprise par Gaston Jèze qui, pour éviter les inconvénients du système initial, a précisé que, pour qu'il fasse partie du domaine public, le bien devait jouer un rôle capital dans le fonctionnement du service : ainsi la voie ferrée dans le service des chemins de fer. Mais c'est du même coup reconnaître que ce n'est plus l'idée d'affectation au service public qui sert de critère.

3 ° Biens affectés à l'utilité publique

Ce troisième critère a été présenté par Maurice Hauriou : feraient partie du domaine public *tous les biens affectés à l'utilité publique de façon formelle* par l'autorité administrative. Il s'agit donc d'un critère purement formel.

En l'espèce, ce critère purement formel conduit à l'arbitraire, car aucune indication n'est donnée à l'Administration sur les hypothèses dans lesquelles il convient de procéder formellement à l'affectation. D'autre part, il ne correspond pas au droit positif, car bien souvent il est reconnu que la domanialité publique ne résulte pas d'une affectation formelle mais d'un certain état de fait.

4 ° Les biens irremplaçables

Dans sa thèse (*Les mutations domaniales*, Paris, 1925), Marcel Waline proposait que fassent partie du domaine public *tous les biens dont l'Administration a absolument besoin pour remplir sa tâche*. Ce sont ces biens qui doivent être soumis à un régime juridique spécial garantissant à l'Administration une pleine et entière disposition et se caractérisant notamment par l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité ainsi que par une protection pénale particulière. Ces biens irremplaçables

sont ceux indispensables au fonctionnement d'un service public et qui ne pourraient être remplacés sans inconvénients par un autre parce qu'eux seuls sont vraiment adaptés à leur rôle, soit en raison de leur configuration naturelle, soit en raison d'un aménagement spécial.

À lui seul, aucun de ces critères n'a été jugé suffisant.

B. Les solutions actuelles

553

En droit positif, divers textes déterminent la consistance du domaine public contenu, en premier lieu les dispositions du code général de la propriété des personnes publiques. Le Code civil, lui, est très insuffisant et ne fait pas la distinction entre domaine public et domaine privé. Au-delà des textes, c'est bien souvent à la jurisprudence qu'il appartient de déterminer l'appartenance au domaine public d'un bien. On retrouve dans la jurisprudence deux idées essentielles : *l'affectation d'un bien à l'usage du public, l'affectation d'un bien à un service public, étant entendu que le bien appartient en propriété à une collectivité publique.*

1 ° L'affectation à l'usage du public

Cette notion d'affectation à l'usage du public est assez délicate à préciser. On considère que sont affectés à l'usage du public les biens que les particuliers utilisent directement sans l'intermédiaire d'un service public : ces biens peuvent être destinés à un usage direct et collectif du public (les voies publiques, par ex.) ou à un usage privatif et individuel (permissions ou concessions de voirie sur les voies publiques ou encore concessions funéraires). Par contre, il n'y a pas affectation à l'usage du public lorsque celui-ci, tout en utilisant le bien, entend surtout utiliser le service public qui gère ou se sert de ce bien. On peut également remarquer que dans certains cas, certains biens affectés à l'usage du public ne font pas partie du domaine public : les promenades publiques, par exemple, sauf quand elles ont reçu un aménagement spécial en vue de leur utilisation par le public.

2 ° L'affectation à un service public (art. L. 2111-1 CGPPP)

Les biens affectés à un service public peuvent faire partie du domaine public après avoir, pendant longtemps, été considérés comme devant en être exclus. L'expression « service public » est prise ici dans son sens le plus large comme celui d'une activité d'intérêt général. La jurisprudence n'admettait toutefois pas que tous les biens affectés au service public soient inclus dans le domaine public : elle exigeait que le bien en question soit adapté exclusivement ou essentiellement au but particulier du service public, cette adaptation pouvant résulter de la configuration du bien ou encore d'un « aménagement spécial » (cf. CE, 19 oct. 1956, *Société Le Béton*, GAJA, n° 79).

L'article L. 2111-1 CGPPP a repris le critère de l'affectation à un service public, mais en remplaçant le critère jurisprudentiel de l'aménagement spécial par le critère législatif de « l'aménagement indispensable ».

Document n° 83

Article L. 2111-1 CGPPP

Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public.

Article L. 2111-2 CGPPP

Font également partie du domaine public les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 qui, concourant à l'utilisation d'un bien appartenant au domaine public, en constituent un accessoire indissociable.

Article L. 2111-3 CGPPP

S'il n'en est disposé autrement par la loi, tout acte de classement ou d'incorporation d'un bien dans le domaine public n'a d'autre effet que de constater l'appartenance de ce bien au domaine public.

L'incorporation dans le domaine public artificiel s'opère selon les procédures fixées par les autorités compétentes.

La jurisprudence a déjà eu l'occasion de mettre en œuvre ce nouveau critère, passablement moins large que celui de l'aménagement *spécial* (CAA Nancy, 21 juin 2007 « l'immeuble abritant la mairie contient des aménagements indispensables à cette affectation au service public et fait donc partie du domaine public »).

§ 2 La consistance du domaine public

554

Les biens qui dépendent du domaine public, en application des critères dégagés par la jurisprudence, sont évidemment très nombreux et diversifiés. Plusieurs classifications ont pu être proposées qui tiennent compte soit des collectivités publiques propriétaires (État, départements, communes...), soit du caractère immobilier ou mobilier desdits biens, soit du caractère naturel ou du caractère artificiel résultant d'un aménagement spécial, soit enfin de l'affectation à l'usage du public ou de l'affectation à un service public.

Traditionnellement, la domanialité publique faisait l'objet d'une double distinction : d'une part. la distinction entre domaine public naturel et artificiel, d'autre part. la distinction entre domaine public affecté à l'usage du public et affecté à un service public.

Le CGPPP procède à une nouvelle distinction : d'une part. un domaine public immobilier général et d'autre part. des domaines publics spécifiques (domaine public maritime, fluvial, aéronautique, hertzien). Il définit également un domaine public mobilier constitué par les biens culturels (objets mobiliers présentant un intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique).

A. Les biens affectés à l'usage du public

1° Le domaine public terrestre

555

Il comprend les voies publiques (routes nationales, autoroutes, voies départementales et communales) sauf les chemins ruraux qui appartiennent au domaine

privé des communes, leurs accessoires et dépendances (ponts, trottoirs, égouts, accotements et talus, poteaux, arbres...), les cimetières, les édifices du culte, les halles et marchés, les parkings aménagés, les installations des stations balnéaires...

2 ° Le domaine public fluvial

Il s'agit ici des cours d'eau navigables ou flottables qui, d'après la loi de finances de 1910 sont inscrits sur une nomenclature ainsi que ceux qui, ayant été rayés de la nomenclature, ont été maintenus dans le domaine public par décret en Conseil d'État. Depuis une loi du 16 décembre 1964, sont également inclus dans le domaine public les cours d'eau et leurs dérivations qui assurent l'alimentation en eau des voies navigables, de l'agriculture et de l'industrie, l'alimentation de la population et la protection contre les incendies. Les lacs navigables ou flottables font également partie du domaine public en fonction des mêmes éléments retenus ci-dessus pour les cours d'eau. À noter que le domaine fluvial comprend également les dépendances des cours d'eau : plantations, quais, mais non les ponts ainsi que les canaux et leurs accessoires (chemins de halage, digues, écluses...).

3 ° Le domaine public maritime

L'article L. 2111-4 CGPPP précise la consistance du domaine public maritime :

- les rivages de la mer c'est-à-dire la partie que la mer couvre et découvre. En Méditerranée, ce sont les zones recouvertes par le plus grand flot d'hiver, pour les autres mers ce sont les parties recouvertes par le plus grand flot de mars ;
- les étangs salés en communication directe avec la mer ;
- les havres et rades ;
- les lais et relais futurs ;
- le sol et le sous-sol de la mer territoriale (portée à 12 milles marins par la loi du 24 décembre 1971).

4 ° Le domaine public aérien

Il s'agit ici de l'espace aérien dépendant de la souveraineté de l'État.

5 ° Le domaine public mobilier

Il comprend les meubles d'art, les livres des bibliothèques publiques, les archives, les objets d'art. des musées.

B. Les biens affectés à un service public

Ce sont essentiellement les *dépendances artificielles* des éléments que nous venons de mentionner : ports maritimes et fluviaux et leurs accessoires (quais, digues, jetées, bouées et balises, phares, voies publiques aménagées...), aéroports et leurs

dépendances. Il faut également mentionner le domaine public militaire : fortifications et leurs dépendances, routes militaires et chemins stratégiques, bases navales et aériennes ainsi que le domaine ferroviaire s'ils sont propriété d'une personne publique et non du concessionnaire : voies ferrées, ouvrages rattachés à la voie (gares, ponts, passages à niveau...). Ces biens font l'objet d'un aménagement indispensable.

C'est dans cette deuxième catégorie de biens pouvant faire partie du domaine public que réside la possibilité d'étendre ce domaine. En effet, la jurisprudence a, depuis quelques années, fait un usage très extensif des critères qu'elle a dégagés. D'abord parce que la notion de service public a connu une extension croissante (voir *supra* n° 368) : le Conseil d'État a, par exemple, décidé dans l'affaire *Dauphin* que l'allée des Alyscamps appartenant à la ville d'Arles était affectée à un « service public de caractère culturel et touristique » (CE, 11 mai 1959, *Dauphin*, S. 1959, 117). Ensuite parce que le juge a admis très largement l'affectation d'un bien à un service public (*Société Le Béton*). Enfin parce que le Conseil d'État accepte très facilement d'admettre la présence d'un aménagement spécial : ainsi un garage destiné aux usagers de la SNCF et situé sous une gare a été considéré comme faisant partie du domaine public ferroviaire parce qu'il contribuait à améliorer le service de transports des voyageurs et qu'il se trouvait affecté au service public du chemin de fer (CE, 5 févr. 1965, *Société lyonnaise de transports*, RDP 1965, p. 493).

section **2**

La constitution du domaine public

557 La question se pose de savoir comment un bien peut faire partie du domaine public et comment il peut en sortir.

§ 1 L'incorporation au domaine public

558 *L'incorporation est l'acte par lequel un bien entre dans le domaine public d'une collectivité publique. L'incorporation n'est pas exactement semblable à une acquisition bien qu'elles puissent se confondre dans le cas d'un bien appartenant au domaine public naturel.*

A. Le domaine public naturel

559 L'incorporation se produit de façon automatique dès que le bien présente les caractéristiques prévues par la réglementation en vigueur concernant la composition du domaine public. Il n'est donc nul besoin d'un acte administratif pour opérer cette incorporation, sinon en certains cas pour la constater. Une excep-

tion existe en ce qui concerne les cours d'eau dont l'entrée dans le domaine public se produit par une décision administrative de classement.

B. Le domaine public artificiel

560

L'incorporation d'un bien au domaine public artificiel (une voie publique, un pont...) nécessite, en plus de la propriété de ce bien par une personne publique, une décision d'affectation (ou de classement). La décision d'affectation est un acte juridique administratif sauf en ce qui concerne les rues, impasses, places publiques situées dans une agglomération pour lesquelles l'affectation à la circulation publique est considérée comme suffisante. L'acte juridique normalement nécessaire doit émaner de la personne publique propriétaire sans qu'aucune forme soit prévue sauf dans certains cas : déclaration d'utilité publique par voie de décret en Conseil d'État pour les routes nouvelles, décret en Conseil d'État pour les voies existantes et même éventuellement loi, délibérations des assemblées départementales ou communales pour les biens départementaux ou communaux...

Toutefois, l'acte juridique d'affectation ne suffit pas pour qu'un bien entre dans le domaine public : il faut également que l'affectation soit réellement et concrètement faite. Un acte administratif d'affectation non suivi d'une affectation effective doit être considéré comme illégal.

② § 2 La sortie du domaine public

561

L'opération inverse de l'entrée dans le domaine public d'un bien, la sortie, se fait par la voie de la *désaffectation* ou du *déclassement*. Le bien ainsi désaffecté appartient désormais au domaine privé de la personne publique propriétaire : il échappe à l'application du régime juridique particulier de la domanialité publique (inaliénabilité, imprescriptibilité...).

La sortie du domaine public résulte en principe d'un acte juridique de désaffectation ou de déclassement. On retrouve les mêmes autorités compétentes pour opérer la désaffectation que pour effectuer l'affectation selon le principe du parallélisme des formes. Toutefois, il s'agit d'une mesure plus grave que l'affectation qui entraînera un contrôle juridictionnel plus étroit. De plus, l'acte juridique de déclassement sera considéré comme suffisant, la jurisprudence n'exigeant pas une désaffectation de fait.

Dans certains cas, cependant, le déclassement peut résulter d'une situation de fait. Il faut ici distinguer :

– pour le domaine public naturel, un bien peut sortir du domaine public quand les circonstances qui avaient justifié son incorporation ont disparu ;

– pour le domaine public artificiel, la désaffectation de fait peut se produire quand l'affectation elle-même résultait d'un simple fait (cas d'une voie urbaine qui n'est plus utilisée pour la circulation publique). En ce qui concerne un bien

qui a fait l'objet d'une décision juridique de classement, la question reste discutée : le Conseil d'État exige, quant à lui, un acte juridique de déclassement ; par contre, les juridictions judiciaires admettent la possibilité d'un déclassement de fait.

section **3**

La délimitation du domaine public

562 La délimitation du domaine public s'opère de façon différente de celle existant en droit privé. En droit privé, en effet, la délimitation de deux propriétés voisines s'opère soit par accord amiable soit, à défaut, par décision du juge civil par la procédure du bornage. En revanche, en droit administratif, la délimitation s'opère de façon unilatérale par décision de l'Administration sans la sollicitation de l'accord du propriétaire du fonds voisin.

Naturellement, les décisions de délimitation comme toutes les décisions administratives peuvent être contrôlées par le juge administratif. La portée et les effets de ces décisions seront différents selon que l'Administration délimite le domaine naturel ou le domaine artificiel.

§ 1 La délimitation du domaine naturel

563 La délimitation de ce domaine, qu'il soit maritime ou fluvial, est établie par décrets ou arrêtés préfectoraux selon le cas. Il y a lieu de remarquer toutefois que la décision est seulement déclarative, c'est-à-dire que l'Administration n'a le droit que de constater les limites provenant de la situation physique des biens sans avoir la possibilité d'étendre le domaine au-delà de ces limites. Elle constate ainsi qu'une plage est recouverte par les plus hautes eaux et fait en conséquence partie du domaine public. Il en résulte que si un particulier avait occupé irrégulièrement un terrain qui aurait dû être compris dans le domaine public, la délimitation entraînera le transfert de la propriété à l'Administration.

Si l'Administration dépasse ses droits en prenant une décision unilatérale illégale, le particulier dispose de deux voies de recours possibles :

– *Il peut faire annuler l'acte de délimitation* par la voie du recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif.

– *Il peut accepter le fait accompli*, c'est-à-dire admettre d'être privé de son terrain. Dans ce cas, il y a emprise irrégulière et il peut réclamer une indemnité de dépossession qui sera calculée par le juge judiciaire.

§ 2 La délimitation du domaine public artificiel

564

La délimitation du domaine public artificiel est encore plus originale que la précédente. Car à la différence du domaine public naturel, la délimitation ne se borne pas à être déclarative, elle est attributive, c'est-à-dire que l'Administration peut, à l'occasion de la procédure de délimitation, étendre son domaine au détriment des propriétés voisines. Cette délimitation porte le nom *d'alignement* alors que l'on parle de *délimitation* pour le domaine public naturel.

L'application la plus courante de cette procédure est celle de la voirie terrestre, c'est-à-dire les routes, chemins et rues. Cette procédure se déroule en deux temps.

A. Le plan général d'alignement

565

Le plan général d'alignement fixe d'une manière précise les dimensions de la voie publique. Il est obligatoirement établi dans chaque commune pour les rues et facultativement pour les chemins et les routes. Il est élaboré par les services techniques de l'équipement. Après enquête, il est approuvé par une délibération du conseil municipal et ensuite publié puisqu'il s'agit d'un acte intéressant un nombre indéterminé d'administrés.

Les effets du plan d'alignement sont tout à fait caractéristiques. Trois cas peuvent se poser :

– Le plan prévoit les mêmes limites que celles qui existent déjà. Dans ce cas, le plan est simplement déclaratif et n'a donc aucune répercussion en ce qui concerne les propriétaires riverains de la voie considérée ;

– Si par le plan général, la voie existante est réduite, il y a une portion de la voie publique qui va cesser d'en faire partie. Ce surplus est déclassé par le fait de la diminution de la largeur de la voie et les riverains de la voie publique ont un droit de préemption pour acheter ces terrains. La voie déclassée ne fait plus partie du domaine public, elle tombe dans le domaine privé et peut donc être vendue ;

Dans le cas où le propriétaire riverain décide de ne pas acheter les terrains situés à proximité de sa propriété et ainsi déclassés, l'Administration dispose du pouvoir exorbitant d'exproprier la propriété qu'elle revendra ultérieurement avec le terrain refusé par l'expropriétaire ;

– Si le plan général élargit la voie publique, ce qui arrive fréquemment, surtout dans les villes, il faut distinguer deux cas : ou l'élargissement empiète sur des propriétés non bâties, ou bien il empiète sur des propriétés bâties.

1^o Sur les propriétés non bâties

L'établissement du plan général d'alignement a un effet analogue à celui de l'expropriation sur le non-bâti : c'est une expropriation sans les formalités habi-

tuelles et protectrices de l'expropriation. Tandis qu'une expropriation comporte toujours pour garantie l'intervention de l'autorité judiciaire, gardienne de la propriété, nous voyons ici une expropriation par voie purement administrative : on considère que ce petit élargissement, portant sur une surface non bâtie, est attributive de propriété à l'Administration.

Une indemnité, le cas échéant, est accordée soit à l'amiable, soit par le juge foncier qui ainsi que nous le verrons, est l'autorité qui intervient en matière d'expropriation.

La procédure de l'alignement heurte la jurisprudence de la Cour de cassation en vertu de laquelle le transfert de propriété, non demandé par le propriétaire, ne peut intervenir qu'à la suite d'une procédure régulière d'expropriation. La procédure de l'alignement est réglementée par le Code de la voirie (et non le Code de l'expropriation).

2 ° Si l'élargissement de la voie publique empiète sur une propriété bâtie

Nous trouvons ici une idée intéressante, qui est que la propriété bâtie apparaît à la loi comme plus respectable que la propriété non bâtie. En conséquence, l'élargissement de la voie publique qui empiète sur des propriétés privées ne comporte pas attribution de la propriété à l'Administration. L'élargissement produit sur la maison un effet très curieux, que l'on appelle « la servitude de reculement ».

La servitude de reculement est la servitude par laquelle le propriétaire du bâtiment entamé par l'élargissement de la voie n'a plus le droit de procéder sur l'immeuble en question à des réparations susceptibles de prolonger la vie du bâtiment. Il peut seulement se permettre des embellissements insignifiants destinés à améliorer l'apparence du bâtiment (ainsi le ravalement de la façade est autorisé). Il est donc interdit de procéder à toute réparation qui serait susceptible de prolonger la durée de l'immeuble bâti, c'est-à-dire à tous travaux confortatifs.

Ce système, datant de l'Ancien Régime, est très sévère. C'est pourquoi la juridiction administrative en a fait une interprétation restrictive pour en limiter les inconvénients. Ainsi, cette procédure de l'alignement extensif n'est admise que s'il s'agit d'une rectification locale de la voie publique. Dans le cas de création de voie publique nouvelle, il faudra procéder à une véritable expropriation. De même le plan d'alignement ne doit pas empiéter trop profondément sur un immeuble ni entraîner le bouleversement de l'utilisation de l'immeuble.

B. Le plan individuel d'alignement

566

C'est d'après ce plan général que l'Administration délivre aux riverains des voies publiques qui veulent construire en bordure de ces voies, ce qu'on appelle l'alignement individuel, qui n'est que la copie du plan général en ce qui concerne telle propriété privée. Il y a, en effet, une règle fondamentale : un riverain de la voie publique ne peut jamais construire en bordure de cette voie sans avoir demandé et obtenu l'alignement, c'est-à-dire un acte qui détermine par rapport à sa propriété, au centimètre près, l'étendue de la voie publique. Cette contrainte

permet d'éviter les empiétements sur la voie publique, qui créent les rues tortueuses, lesquelles sont néfastes à la circulation et à l'hygiène publique.

S'il n'existe pas de plan d'alignement général, les arrêtés individuels d'alignement ne peuvent que faire état des limites existantes et n'ont en conséquence aucun effet attributif du plan général d'alignement.

section **4**

Le régime juridique du domaine public

567 Le régime juridique du domaine public, déterminé par la loi, le règlement et la jurisprudence, se caractérise essentiellement par son *aspect exorbitant du droit commun* : le Code civil, en effet, ne s'applique pratiquement pas au domaine public. Ce caractère exorbitant se manifeste à deux niveaux, celui des prérogatives que détient l'Administration, celui des sujétions qui pèsent sur elle. L'idée générale qui explique l'existence de ce régime exorbitant est celle de la nécessité d'une protection de ces biens que l'Administration utilise pour la réalisation de ses objectifs d'intérêt général. Le nouveau Code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP) permet à présent d'avoir accès, sous forme codifiée, à l'ensemble des règles qui régissent le domaine public.

§ 1 Les prérogatives de l'Administration

568 L'intérêt général justifie des prérogatives particulières.

A. Les charges de voisinage établies au profit du domaine public

569 Le domaine public bénéficie de servitudes administratives aux dépens des propriétés voisines, servitudes qui sont établies, non par le Code civil, mais par de nombreux textes particuliers. Les servitudes administratives sont soit des obligations de ne pas faire, soit des obligations de laisser faire, soit des obligations (mais plus rares) de faire qui pèsent sur des personnes déterminées en fonction de la détention ou de l'utilisation de biens immobiliers. Ces servitudes administratives ne doivent pas être confondues avec les servitudes d'utilité publique qui sont très nombreuses, telles que les servitudes de passage pour les lignes téléphoniques, électriques, les servitudes d'urbanisme. On peut citer comme exemples de servitudes administratives : les servitudes dans l'intérêt des ouvrages

militaires, dans l'intérêt des cimetières, des aérodromes, des chemins de fer, des cours d'eau...

B. La protection pénale du domaine public

1 ° La police de la conservation du domaine public

570

Il s'agit ici des pouvoirs qui appartiennent à certaines autorités administratives. Ces dernières sont habilitées à prendre des règlements de police en vue d'assurer la conservation de certaines dépendances du domaine. Cette police spéciale s'ajoute à la police de l'ordre public dont le but est autre (voir *supra* n° 218).

La police de la conservation ne peut s'exercer que si elle est prévue par des textes (ex. art. 5 du décret du 14 mars 1964 qui charge l'autorité municipale « de la police et de la conservation des voies communales »). Cette police est assortie de sanctions pénales.

2 ° Les contraventions de grande voirie

Il faut faire une distinction entre les contraventions de *grande voirie* et de *petite voirie* car les sanctions pénales sont différentes.

Les contraventions de *petite voirie* sont soumises à l'article R-26, 15°, du Code pénal et sont ainsi assimilées aux contraventions normales : elles relèvent des tribunaux judiciaires.

Les contraventions de *grande voirie* constituent, au contraire, des infractions d'un type spécial relevant des tribunaux administratifs. Dans le CGPPP, le champ d'application des contraventions de grande voirie comprend essentiellement les atteintes portées au domaine maritime au domaine fluvial et à certaines dépendances du domaine terrestre (chemins de fer, domaine militaire) autres que les voies publiques.

Les contraventions de grande voirie sont soumises à un régime très original :

– la sanction n'est pas uniquement pénale car à l'amende proprement dite s'ajoute l'obligation de réparer le dommage causé. Au total, le taux de ces amendes est très élevé ; de plus, le cumul de ces amendes est possible ;

– la sanction est prononcée par les tribunaux administratifs mais ici l'action pénale se prescrit par un an quoique l'action en réparation soit, elle, imprescriptible.

§ 2 Les sujétions de l'Administration

A. Les aisesances de voirie

571

En principe, l'Administration ne supporte pas sur le domaine public les charges de caractère légal ou conventionnel qui pèsent habituellement sur la propriété

privée, telles les servitudes légales (vues, drainage, bornage, écoulement des eaux...). De même, le domaine public ne supporte ni hypothèque légale, ni conventionnelle. Il ne peut pas non plus être exproprié.

Toutefois, les riverains bénéficient de certains droits que sont les aisances de voirie. Ce sont des droits de nature administrative, découlant de l'affectation même des voies publiques destinées à servir les immeubles riverains. Elles sont constituées par le droit de vue, le droit d'accès, le droit d'égoût, le déversement des eaux pluviales et ménagères. Ces droits se justifient par l'idée que la voie publique n'est pas seulement affectée à la circulation mais aussi à la desserte des immeubles riverains, c'est la raison pour laquelle elles n'existent qu'à l'égard des voies publiques régulièrement affectées à la circulation. En effet, les riverains des autres dépendances du domaine public ne bénéficient pas des mêmes droits : ainsi, les riverains de la mer n'ont en principe aucun droit d'accès direct.

B. L'inaliénabilité et l'imprescriptibilité du domaine public

572

Le domaine public est inaliénable et imprescriptible. Ce principe, intégré dans le nouveau Code Général de la Propriété des Personnes Publiques, a pendant longtemps eu une origine coutumière et jurisprudentielle.

Il faut remonter à l'édit de Moulins de 1566 pour trouver la première formulation de ce principe qui avait pour but d'éviter les dilapidations royales et de maintenir intégralement le domaine de la Couronne. Sous la Révolution, le domaine de la Couronne fut transféré à la Nation et le principe fut modifié : les biens de la Nation pourront être aliénés en vertu d'une loi. Le Code civil, en 1804, n'établit pas de façon formelle le principe de l'inaliénabilité.

De nos jours, il est admis sans réserve que les biens du domaine public sont inaliénables. C'est la conséquence, dégagée par de nombreux auteurs et par la jurisprudence de l'idée d'affectation.

L'inaliénabilité est liée à la notion d'affectation : tant qu'un bien du domaine est affecté, il est inaliénable ; en revanche, l'Administration peut en disposer quand il est désaffecté, de même pour les biens du domaine privé.

La conséquence essentielle de ce principe est que les aliénations de toute nature sont interdites à l'Administration (vente, expropriation, de cession de mitoyenneté...). Au cas où une aliénation serait toutefois consentie, elle est considérée comme nulle par la juridiction judiciaire.

Une autre conséquence très logique de l'inaliénabilité est l'*imprescriptibilité* du domaine public : les tiers ne peuvent, en effet, acquérir par la voie de la prescription, un droit réel sur le domaine public qu'il s'agisse d'un droit de propriété ou d'une servitude. Le CGPPP confirme certes le principe de l'inaliénabilité du domaine public, mais il facilite les transferts de propriété entre personnes publiques (dans le cadre de la décentralisation entre l'État et les collectivités territoriales, ou entre communes et EPCI) : un déclassement préalable n'est plus nécessaire.

section **5**

L'utilisation du domaine public

573 Le domaine public peut être utilisé soit par l'Administration elle-même conformément à sa destination normale, soit par les particuliers.

§ 1 L'utilisation par l'Administration

574 L'Administration possède sur le domaine public un droit analogue à la propriété ; c'est une propriété de nature administrative, qui doit céder devant les exigences de l'intérêt général. Cette propriété est dominée par l'idée d'affectation. En conséquence, les droits de la personne publique sur son domaine sont modifiés, réduits ou accrus à certains égards en fonction de cette idée d'affectation. Tous les droits du propriétaire conciliables avec l'affectation à l'utilité publique subsistent à l'égard du domaine public. Ses fruits ou produits proviennent des revenus comme des redevances pour occupation, taxes, péages, droits de pêche, comme du trésor trouvé sur le bien.

Quant au *jus abutendi*, il est fortement entamé par l'inaliénabilité ou l'incessibilité du domaine public. Il faut se souvenir qu'une fois désaffectés, les biens tombent dans le domaine privé et peuvent alors être vendus.

D'autre part, le droit de propriété est accru par rapport à la propriété privée. L'imprescriptibilité par exemple, montre une propriété singulièrement accentuée. Le domaine public est plus protégé contre les délits et infractions des tiers que le domaine du simple particulier. Les contraventions de voirie sont punies sévèrement et protègent le domaine public plus que n'est protégé le domaine privé, car l'auteur de la contravention de voirie est condamné à une amende ainsi qu'à la réparation des dommages subis par le domaine (voir *supra* n° 570).

Rappelons également que les pouvoirs de police s'exercent plus largement sur le domaine public.

§ 2 L'utilisation du domaine public par les particuliers

575 Le domaine public est une propriété affectée à un objet d'intérêt général.

Le domaine public peut être utilisé par les particuliers de deux manières complètement différentes.

A. Les utilisations collectives

576

Les utilisations collectives sont celles qui sont faites par le public, par des individus considérés comme éléments anonymes du public. C'est l'usage commun du domaine. De là découlent des droits pour les usagers. Ces droits résident dans la possibilité de circuler librement et gratuitement sur les voies publiques. D'autre part, les riverains ont des droits particuliers que l'on nomme aïsanances de voirie et qui consistent en droits de vue, de stationnement, d'écoulement des eaux.

C'est ce qu'on appelle l'usage normal du domaine public. Le développement de l'automobilisme a provoqué des modes d'utilisation d'un aspect nouveau et la jurisprudence a reconnu à l'Administration des pouvoirs exceptionnels :

- les communes peuvent soumettre le stationnement des véhicules à une redevance lorsqu'il dépasse une durée normale (aires de stationnement pour les gens du voyage) ;
- les communes peuvent réglementer les points d'arrêt des entreprises privées de transports en commun en vue de protéger contre la concurrence leurs propres services publics de transports en commun.

(V. sur tous ces points, CE, 5 mai 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*, Rec. 129).

Document n° 84

CE, 9 mai 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*

Cons. que, par l'arrêté attaqué, le gouverneur général de Madagascar a approuvé un nouveau cahier des charges type applicable aux autorisations d'installation et d'utilisation d'outillage privé sur le domaine public des ports et rades de la colonie avec obligations de service public ; que des opérations de chargement, de déchargement, de manutention et de transport des marchandises dans les ports et rades constituent des éléments du service public à l'exécution duquel le domaine public maritime est normalement destiné ; que, dans ces conditions, le gouverneur général, chargé de l'Administration de ce domaine, a pu légalement comprendre dans les autorisations susmentionnées l'exploitation des services de remorquage dans les ports et rades, au même titre que celles des engins, appareils, hangars et autres installations établies sur le domaine public ; qu'il lui appartenait de soumettre, comme il l'a fait, à des obligations de service public les bénéficiaires des autorisations d'outillage accordées en vue d'assurer la satisfaction des besoins des usagers des ports de la colonie ; que, par suite, la société requérante n'est pas fondée à se prévaloir de ce que le cahier des charges type concerne non des concessions d'outillage public, mais des autorisations d'outillage privé, pour contester la légalité de ses dispositions déterminant les obligations de service public et, notamment, les conditions d'utilisation et d'exploitation commerciale des engins, ainsi que les règles relatives à la perception des taxes dans les limites fixées par les tarifs.

B. Les utilisations privatives

577

Elles sont toujours anormales et doivent rester compatibles avec l'affectation du domaine à l'usage du public. Les utilisations privatives comportent une autorisation préalable individuelle, nominative, donnée à une personne *intuitu personae*, qui ne peut pas être cédée à une autre par son titulaire ; c'est l'Autorisation d'occupation temporaire (AOT). L'utilisation privative du domaine constitue un lien personnel entre un individu déterminé et l'Administration.

Autant les utilisations collectives ne donnent jamais lieu à des redevances au profit de l'Administration, autant l'utilisation privative du domaine, elle, n'est jamais gratuite. Qu'il s'agisse de concessions sur des plages au profit de tenanciers de cabines de bains, qu'il s'agisse de la mise à la disposition du domaine pour un service de concession d'eau, de gaz et d'électricité, de publicités qui absorbent une partie de la voie publique, il y a toujours une redevance due à l'Administration.

Les utilisations privatives du domaine public sont celles qui comportent une désignation nominative de l'occupant, une permission que l'Administration peut refuser, une redevance perçue au profit de l'Administration qui accorde la permission sollicitée. Elles comportent en faveur de leur titulaire un certain droit sur le domaine, droit qui n'est pas du tout semblable aux servitudes du droit privé, mais qui n'en est pas moins un droit d'une nature administrative opposable à tous sauf à l'Administration qui, elle, agit dans un but d'intérêt public car l'intérêt public passe avant l'intérêt du particulier titulaire de l'autorisation.

Il y a trois espèces d'occupation privative : le permis de stationnement, la permission de voirie et la concession. Elles ont toutes les trois deux traits communs : l'Administration n'est jamais obligée de les accorder et elles sont toujours limitées dans le temps : en vertu du principe d'inaliénabilité du domaine public, l'occupation de celui-ci ne peut être que temporaire (CE, 5 févr. 2009, *Association société centrale d'agriculture, d'horticulture et d'acclimatation de Nice*).

1 ° La concession

La concession est une *occupation contractuelle*, elle suppose un contrat administratif, un contrat d'occupation du domaine public ; ce type de contrat est administratif par détermination de la loi, étant donné que leur contentieux relève de la juridiction administrative. Elle est le support d'une concession de service public.

2 ° Le stationnement

Le permis de stationnement est accordé par voie d'acte administratif unilatéral à un particulier. C'est l'autorisation de réaliser à titre privatif, une simple superposition à la voie publique. C'est le cas, par exemple, des terrasses de cafés, des installations de forains, de camelots, stationnement de taxis, d'autobus, kiosques à journaux. C'est l'autorité de police qui délivre l'autorisation.

3 ° La permission de voirie

La permission de voirie comporte un *aménagement*, une installation dans la voie publique, qui de ce fait se trouve immobilisée. Les permissions de voirie les plus importantes sont les installations des réseaux pour le gaz, l'eau, l'électricité, l'installation de pylônes, de rails. C'est le propriétaire du domaine qui délivre l'autorisation.

Les particuliers peuvent ainsi acquérir sur le domaine public certains droits compatibles avec l'affectation. Mais l'Administration est toujours libre de leur retirer ces droits. Ils sont dits précaires et révocables, car il s'agit d'une utilisation anormale du domaine. Toutefois, l'article L. 2122-3 CGPPP relatif au domaine public artificiel de l'État et de ses établissements publics a sensiblement modifié la situation antérieure afin de concilier l'exploitation économique et les principes qui le régissent. Le CGPPP élargit les possibilités de droits réels sur le domaine public, notamment au profit des collectivités territoriales. Le titulaire d'une autorisation temporaire d'occupation du domaine de l'État possède un droit réel. En cas de retrait de l'autorisation avant le terme prévu pour un motif autre que le non-respect de ses clauses et conditions, le titulaire est indemnisé du préjudice qu'il subit. Le droit réel peut avoir une durée variable mais ne peut dépasser 70 ans.

Les autorisations de voirie, quelle que soit leur forme ou leur objet, sont toujours attribuées à titre précaire et révocable.

C. Les dépendances affectées à un usage privatif

578

Il s'agit d'une utilisation individuelle et privative, non collective et anonyme. C'est le cas des halles et marchés, des cimetières.

Ici l'occupation privative constitue l'usage normal du domaine, ce qui est différent de l'hypothèse précédente. Deux idées expliquent son régime : l'usage privatif et l'usage normal.

L'usage privatif entraîne une autorisation administrative et une redevance.

L'Administration n'a plus de pouvoir discrétionnaire pour refuser ou accorder l'autorisation. Elle peut seulement la réglementer. Ainsi, l'Administration ne peut refuser l'octroi d'une concession dans un cimetière à un administré qui entend se conformer au but normal et à la réglementation.

Pour aller plus loin Chapitre 1

La réduction sensible du champ du domaine public

Autrefois, le champ du domaine public était étroitement lié au domaine naturel et au domaine routier. Puis il s'est considérablement élargi avec le domaine militaire et le domaine ferroviaire. Enfin, son périmètre le plus large a été atteint avec l'extension de la domanialité publique à tous les biens immobiliers des personnes publiques affectés à l'usage du public, soit à un service public. Cette hypertrophie de la domanialité publique n'a pas été enrayerée par l'application du critère réducteur de « l'aménagement spécial ».

Aujourd'hui, la recherche de la performance dans la gestion publique atteint la gestion patrimoniale. Pour qu'une administration soit efficace, il n'est plus nécessaire qu'elle soit « propriétaire » ! L'État a engagé un vaste plan de désengagement en matière immobilière : il met en vente, après désaffectation, bon nombre d'immeubles dépendant du domaine public (terrains et immeubles militaires, etc.).

Ce mouvement avait été amorcé dans les années 90 lorsque des établissements publics industriels et commerciaux avaient été transformés en sociétés privées (France Télécom en 1996, Aéroports de Paris en 2005...).

L'ordonnance du 19 août 2004 relative au statut des immeubles de bureaux a confirmé ce désengagement en posant le principe que les immeubles de bureaux appartenant à l'État relèveraient désormais du domaine privé... ce qui facilite leur cession !

2

Le domaine privé

579 Le domaine privé de l'Administration constitue pour elle une propriété ordinaire, de même nature que la propriété privée des particuliers. Ce domaine est donc soumis aux règles du Code civil et relève des tribunaux judiciaires.

Le domaine privé fait l'objet d'une définition négative : relèvent du domaine privé les biens des personnes publiques qui ne font pas partie du domaine public ! Par détermination de la loi, les biens immobiliers à usage de bureaux ou les bois et forêts font partie du domaine privé.

Toutefois, le régime juridique du domaine privé comporte certaines particularités.

section 1

La constitution du domaine privé

580 Les personnes publiques peuvent constituer leur domaine privé en utilisant les procédés classiques du droit privé : acquisition amiable, échange, dons et legs. Il faut noter que ces procédés sont parfois soumis à des formalités particulières (intervention du service des domaines et des commissions de contrôle des opérations immobilières).

Il existe toutefois certains modes d'acquisition propres au droit public ; il s'agit, par exemple, des biens vacants et sans maître, des successions en déshérence, des confiscations pénales, des épaves terrestres, fluviales ou maritimes, du droit de préemption de l'État.

Il existe encore d'autres possibilités, très caractéristiques du droit public : la désaffectation d'un bien du domaine public en bien du domaine privé ainsi que l'acquisition par la voie de l'expropriation (voir *infra* n° 585) qui peut également faire entrer un bien dans le domaine privé de l'Administration.

section **2**

La gestion du domaine privé

581 *La gestion du domaine privé est soumise aux règles du droit privé* : la collectivité publique propriétaire en use exactement comme le ferait un propriétaire privé. Toutefois, certaines règles exorbitantes du droit commun s'appliquent à la gestion du domaine privé. Ainsi, en ce qui concerne les dettes et les créances afférentes au domaine privé : pour les dettes, il est fait application de la prescription quadriennale ; pour les créances, l'Administration peut recourir aux procédés de droit public. De même, les biens du domaine privé bénéficient d'un régime fiscal dérogatoire et les travaux que l'Administration entreprend peuvent être des travaux publics.

section **3**

Les aliénations du domaine privé

582 Les biens du domaine privé sont en principe aliénables et prescriptibles. Cependant, on peut constater ici aussi l'existence de certaines règles particulières. Ainsi, certaines dépendances du domaine privé sont inaliénables telles les réserves foncières ou encore le patrimoine des entreprises nationalisées. De plus, l'ensemble des biens dépendant du domaine privé ne peut être aliéné gratuitement ni de façon forcée. À noter que l'expropriation est possible à l'encontre des biens du domaine privé mais non la saisie.

Quand l'Administration de l'État décide d'aliéner des dépendances du domaine privé, elle est tenue de passer par l'intermédiaire de France-Domaine, service à compétence nationale qui relève du ministère des Finances. S'il s'agit d'immeubles, l'Administration doit utiliser la procédure de l'adjudication. Pour les meubles, il faut une certaine publicité et faire jouer la concurrence.

section **4**

Le contentieux du domaine privé

583 Le domaine privé étant soumis aux règles du droit privé, il est logique que le juge compétent soit le juge judiciaire. Toutefois, dans certains cas, le juge administratif peut être compétent :

– le contentieux des services publics fonctionnant sur le domaine privé relève du juge administratif ;

- lorsqu’il s’agit d’un recours en annulation formé contre un acte réglementaire relatif à la gestion du domaine privé ;
- lorsqu’il s’agit de travaux publics exécutés sur le domaine privé ;
- lorsque la loi a attribué compétence au juge administratif : c’est le cas de la loi du 28 pluviôse an VIII en matière de vente des immeubles de l’État.

3

L'expropriation pour cause d'utilité publique

584

Les personnes publiques peuvent se procurer les biens dont elles ont besoin par divers procédés. Elles peuvent d'abord utiliser des *procédés de droit privé* : achats ou échanges, dons ou legs. Il est évident que ces procédés à eux seuls ne peuvent suffire à fournir à l'Administration tout ce dont elle a besoin : il a donc été nécessaire d'envisager des *procédés plus autoritaires, totalement exorbitants du droit commun*, propres au droit public dont le plus connu est celui de l'expropriation.

L'expropriation pour cause d'utilité publique est une procédure par laquelle l'Administration oblige un particulier à lui céder la propriété d'un immeuble ou un droit réel immobilier dont elle a besoin pour la réalisation d'un objet d'intérêt général moyennant une juste et préalable indemnité.

Cette procédure constitue de toute évidence une *atteinte très grave portée au droit de propriété*. Elle est même considérée comme une des manifestations les plus exemplaires des prérogatives que détient l'Administration et de l'inégalité des situations respectives entre elle, qui défend l'intérêt général, et le particulier, qui défend ses intérêts propres.

La procédure d'expropriation a toujours existé mais ne comportait sous l'ancien Régime aucune garantie. Il a fallu attendre la Déclaration des droits de l'Homme pour voir apparaître ces garanties. Le dernier article, l'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme, contient en effet cette phrase lapidaire : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. »

Le Code civil (art. 545) reprend les principes de la Déclaration en substituant les termes « d'utilité publique » à ceux de « nécessité publique » mais c'est la loi du 8 mars 1810 qui a posé pour la première fois le principe de la compétence judiciaire pour procéder au transfert de propriété et fixer l'indemnité. Le régime de l'expropriation a été profondément transformé par l'*ordonnance du 23 octobre 1958* qui fixe, dans ses grandes lignes, le régime actuel. Tous les textes concernant

l'expropriation ont été rassemblés dans le Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique (décr. 28 mars 1977).

De plus en plus, les diverses opérations d'aménagement (construction d'une ligne ferroviaire, d'un contournement routier, etc.) entraînent des contestations, non seulement parce qu'elles portent atteinte à la propriété privée, mais parce qu'elles défigurent des paysages, consomment des terres agricoles et vont à l'encontre des préoccupations écologiques. Au lieu que les propriétaires consentent alors, même de mauvaise grâce, à céder leur terrain ou leur maison, ils retardent l'opération en obligeant l'Administration à recourir à l'expropriation. Celle-ci n'a en effet le plus souvent qu'un effet retardant ; l'annulation de l'opération suite à un contentieux est plus rare.

section **1**

Les conditions du recours à l'expropriation

585

En principe, ce ne sont que des personnes publiques qui devraient pouvoir recourir à l'expropriation (collectivités publiques et établissements publics) mais depuis l'ordonnance du 23 octobre 1958, qui ne précise plus la qualité des personnes pouvant exproprier, les textes et le Conseil d'État ont admis que l'expropriation pouvait être opérée par certaines personnes de droit privé, à leur propre profit : les concessionnaires de mines, de chutes d'eau, de distribution d'énergie électrique, de travaux publics, d'opérations d'urbanisme ; les propriétaires de sources thermales, les caisses de sécurité sociale peuvent également utiliser l'expropriation.

Les immeubles privés peuvent seuls faire l'objet d'une expropriation, soit en totalité, soit en partie à condition qu'ils fassent l'objet d'une appropriation privée, c'est-à-dire qu'ils appartiennent soit à un particulier soit qu'ils fassent partie du domaine privé d'une collectivité publique. Depuis 1958, il est possible d'exproprier également des droits réels immobiliers, essentiellement des servitudes.

Étant donné la gravité de l'opération, l'expropriation n'est justifiée que par un motif d'intérêt général. Au début du XIX^e siècle, la formule utilisée était celle « d'utilité publique » qui correspondait à une vision assez étroite. De nos jours, l'expression « d'intérêt général » couramment employée par le Conseil d'État montre l'évolution qu'a connue l'expropriation dans le sens d'une extension croissante : c'est un moyen d'action qui d'exceptionnel est devenu maintenant d'application courante. Cette évolution a été provoquée à la fois par la loi et la jurisprudence.

Une véritable inflation législative a étendu le champ d'application de l'expropriation.

Le Conseil d'État, pour sa part, a accompagné cette évolution législative en admettant la licéité des opérations d'expropriation chaque fois qu'elles présen-

tent un intérêt général et que la nécessité publique est avérée. Cette notion a été largement entendue par le juge administratif ; citons, à titre d'exemple, des opérations où l'intérêt général a été reconnu : la construction d'un terrain de sports, la construction de salles à usage culturel et de loisirs dans une commune, le logement du personnel civil des ateliers des aérodromes, l'implantation d'un hippodrome destiné à contribuer au développement d'une région, la construction d'un hôtel dans une station balnéaire... Il y a toutefois des limites et le Conseil d'État n'a jamais admis la validité d'une expropriation destinée à servir des intérêts particuliers ou le seul intérêt financier des collectivités publiques. De plus, depuis quelques années, le Conseil d'État a manifesté sa volonté de mieux délimiter la notion d'intérêt général : il a ainsi décidé de tenir compte d'autres éléments que l'opération d'expropriation en soi, notamment l'importance des dépenses et les divers inconvénients qu'elle est susceptible d'entraîner. Dans sa décision « Ville Nouvelle Est » de 1971, la haute juridiction administrative estime « qu'une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social ou l'atteinte à d'autres intérêts publics qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente » (CE, 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, GAJA, n° 85). C'est la « théorie du bilan ». Elle a été utilisée à de nombreuses reprises (le Conseil d'État l'a retenue pour annuler notamment les DUP relatives à certains tronçons d'autoroutes dont le tracé était contesté).

Le bilan a souvent été jugé positif aussi bien pour des tronçons d'autoroutes, des tracés de TGV, des liaisons fluviales, des rocades, etc. Le bilan a parfois été jugé négatif : le Conseil d'État a estimé que les inconvénients l'emportaient sur les avantages. Ces inconvénients, qui font pencher la balance dans le sens d'une annulation des DUP, peuvent être d'ordre économique, financier, mais de plus en plus aussi d'ordre écologique, paysager, patrimonial ou historique (CE, 10 juill. 2006, *Association pour la protection des sites du Verdon*, à propos du projet de faire passer une ligne à très haute tension dans le site).

section **2**

La procédure de l'expropriation

586

Dans le système de l'expropriation, la *procédure revêt une grande importance* compte tenu de la gravité de ses effets sur les droits des particuliers. Elle a en effet pour but d'assurer les meilleures garanties aux particuliers mais elle a également comme objectif de permettre à l'Administration de faire face rapidement aux demandes de la collectivité. La réforme de 1958, qui porte essentiellement sur la procédure, a tenté de réformer le système antérieur en simplifiant et accélérant la procédure tout en maintenant les garanties accordées aux expropriés. Comme par le passé, on distingue deux phases dans l'expropriation : une phase

administrative et une phase judiciaire qui dorénavant peuvent être conduites simultanément (art. L. 11-1 C. expropriation).

§ 1 La phase administrative

587 Elle comporte deux éléments fondamentaux : la déclaration d'utilité publique et l'arrêté de cessibilité.

A. La Déclaration d'utilité publique (DUP)

588 L'expropriation se justifie uniquement par l'utilité de l'ouvrage, du travail ou du service qui la nécessite. Il faut donc un acte solennel, qui affirme de la part de l'Administration l'utilité publique du travail ou du service envisagé. C'est l'acte essentiel de toute la procédure car une fois qu'il a été décidé, toutes les autres opérations vont se dérouler automatiquement.

Cette *déclaration d'utilité publique* doit être précédée d'une *enquête* appelée *enquête publique*. Il faut en effet que les personnes intéressées dans l'opération et les citoyens intéressés donnent leur avis sur l'opération envisagée : l'Administration associe le public à l'opération en lui demandant son avis.

La consultation de la population n'a pas un caractère contraignant, en ce sens que les résultats de l'enquête ne lient pas l'Administration ; elle est en revanche obligatoire en ce sens que l'Administration est obligée d'y procéder.

Cette enquête est conduite dans les communes sur lesquelles le travail projeté doit être établi. On donne à cette enquête l'appellation de *commodo et incommodo* : enquête sur les avantages et les inconvénients de l'opération envisagée. Cette enquête est poursuivie grâce au dépôt d'un registre, pendant un temps déterminé à la mairie ; sur ce registre, tous les habitants intéressés sont invités à déposer le fruit de leurs réflexions. Elle est menée soit par un commissaire enquêteur soit par une commission avec à sa tête un président. Les résultats de l'enquête sont communiqués soit au président s'il s'agit d'une expropriation locale, faite par une région, un département ou une commune, soit au ministre ou préfet quand il s'agit d'une expropriation poursuivie au nom de l'État. Au vu des résultats de cette enquête, sans être obligé de s'y conformer, l'autorité compétente de l'État prend l'acte qualifié de déclaration d'utilité publique, la DUP.

À noter que les études préalables à la réalisation d'ouvrages qui, par leur importance, peuvent porter atteinte au milieu naturel, doivent comporter une *étude d'impact* qui permette d'en apprécier les conséquences.

Une loi du 12 juillet 1983 a amélioré la procédure des enquêtes publiques par une plus grande démocratisation en permettant une plus grande participation du public, notamment lorsqu'il y a des enjeux environnementaux. Mais c'est dans ce domaine que les recours contre la DUP sont les plus systématiques.

Afin de tenir compte des progrès de la décentralisation et de la déconcentration, la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité a bouleversé l'ordre des autorités compétentes pour déclarer l'utilité publique. Ainsi, aux termes d'un décret d'application du 9 février 2004, la règle est désormais la suivante :

- le préfet devient l'autorité qui détient une compétence de principe en matière de déclaration d'utilité publique ;
- le ministre a désormais une compétence résiduelle limitée aux « opérations poursuivies en vue de l'installation des Administrations centrales et des services à compétence nationale ».

Désormais, les avis du commissaire enquêteur ou de la commission d'enquête, qu'ils soient favorables ou défavorables, sont indifférents pour désigner l'autorité compétente, préfet ou ministre.

L'acte déclarant l'utilité publique fixe le délai dans lequel l'expropriation doit être réalisée. Si la déclaration est faite par arrêté, le délai ne peut être supérieur à 5 ans. Contre cet acte administratif – acte unilatéral – on peut utiliser la possibilité du recours pour excès de pouvoir, au cas où la déclaration d'utilité publique comporterait un vice quelconque : vice de forme, détournement de pouvoir (les travaux d'extension du tramway de Strasbourg ont été bloqués en 2005 pendant plus d'une année, suite à l'annulation de la DUP par un juge unique du Tribunal administratif de Strasbourg au motif que l'enquête publique n'était pas satisfaisante, car trop superficielle et incomplète).

Il faut retenir que la DUP est toujours prononcée par une autorité de l'État (ministre ou préfet).

Du point de vue du droit des actes, il faut retenir que la DUP n'est pas un acte réglementaire, mais qu'elle n'est pas pour autant un acte individuel. Une DUP n'est pas un acte créateur de droits (CE, 22 févr. 1974, *sieur Adam*).

B. L'arrêté de cessibilité

589

L'arrêté de cessibilité est l'acte par lequel le préfet désigne les biens qui devront être expropriés après une nouvelle enquête dite enquête parcellaire. Au vu de l'enquête, le préfet prend son arrêté de cessibilité auquel est joint un extrait du plan cadastral des communes intéressées, avec l'indication en pointillé des emplacements qui vont être absorbés par l'expropriation. Toutefois, l'enquête parcellaire peut être faite en même temps que l'enquête préalable à la déclaration d'utilité publique, lorsque l'Administration connaît les parcelles à exproprier avec certitude. Dans ce cas, il n'y aura pas arrêté préfectoral de cessibilité mais il sera contenu dans la déclaration d'utilité publique. En d'autres termes, l'arrêté de cessibilité n'est maintenu que si l'autorité administrative ne connaît pas la liste exacte des parcelles lors de la déclaration d'utilité publique.

L'arrêté de cessibilité est un acte administratif contre lequel il est possible d'intenter un recours pour excès de pouvoir.

§ 2 La phase judiciaire

590

L'objet de la phase judiciaire est double. Elle va opérer le *transfert de propriété et fixer l'indemnité*. Le juge de l'expropriation prend donc ici deux décisions essentielles. Le système découlant de l'ordonnance du 23 octobre 1958 a été considérablement amélioré par la spécialisation des magistrats. En effet, dans chaque département, un juge de TGI, *unique* et spécialisé, est désigné pour 3 ans par le premier président de la Cour d'appel.

A. Le transfert de propriété

591

C'est le juge de l'expropriation qui, à défaut d'accord amiable, prononce par ordonnance le transfert de propriété, dans un délai de huit jours à compter de la réception complète du dossier.

L'ordonnance est l'acte capital de l'expropriation, c'est elle qui transfère la propriété. Avant, le bien est une propriété privée, après, il est dans le domaine privé de l'Administration expropriante, il ne passera dans le domaine public que lorsque l'affectation à l'utilité publique sera réalisée en fait. Une fois de plus, le juge judiciaire apparaît comme le gardien traditionnel de la propriété. Mais le juge a simplement à constater des faits, il n'y a donc pas un litige à juger en pareil cas. Le juge se borne à vérifier la procédure administrative et constate si elle est régulière, si toutes les formalités préalables ont été accomplies. La compétence du juge judiciaire se trouve donc limitée puisqu'il ne juge pas de l'opportunité, ni même de la légalité des différentes opérations administratives.

Les conséquences juridiques de l'ordonnance sont doubles :

L'Administration devient propriétaire, au titre du domaine privé, de l'immeuble visé dans la DUP ou l'arrêté de cessibilité du préfet. Mais ce transfert de propriété produit des effets plus étendus que ceux qui résultent du transfert de propriété par convention, par vente ou donation. En effet, l'ordonnance transfère la propriété non pas seulement à l'égard des parties mais encore à l'égard des tiers et cela sans formalité de publicité analogue à celle des conventions privées. Cela s'explique parce que l'expropriation est une opération administrative qui est publique par elle-même et qui peut se passer de la publicité d'une transcription pour avvertir les tiers.

L'ordonnance produit encore un deuxième effet très important, *elle purge les droits réels* qui existaient déjà et qui avaient déjà été valablement constitués sur l'immeuble. Par exemple, une personne a une servitude de passage sur l'immeuble exproprié. L'ordonnance lui fait perdre moyennant indemnité, son droit de passage. Cela se comprend très bien car l'Administration veut avoir entre les mains un immeuble, qu'elle va affecter à tel service public, qui soit libéré de toute servitude, et par conséquent, l'ordonnance doit purger. On dit, pour résumer, que l'ordonnance du président du tribunal *transfère et dénature* la propriété. L'immeuble est transmis franc de droits réels. Les titulaires de ces droits deviennent alors créanciers de l'Administration

B. La fixation de l'indemnité

592

Pour fixer l'indemnité, le principe est de rechercher une *entente amiable*. L'expropriant notifie son offre qui est acceptée ou refusée. À défaut d'accord, le juge de l'expropriation peut être saisi par lettre recommandée. C'est donc le même juge qui a prononcé le transfert de propriété qui est compétent pour la fixation de l'indemnité. Il doit obligatoirement se transporter sur les lieux dans les 2 mois de l'ordonnance prononçant le transfert (c'est une obligation nouvelle et le délai indique que le législateur se méfie de la lenteur de la justice). Il entend ensuite en séance publique le représentant de l'Administration fiscale appelé « commissaire du gouvernement », ainsi que l'exproprié qui ne peuvent chacun développer que les éléments des mémoires qu'ils ont présentés (procédure écrite), un notaire et le directeur des Domaines. Le juge se prononce par un jugement motivé. Un appel non suspensif est possible devant une chambre spécialisée de la Cour d'appel comprenant outre son président désigné pour 5 ans par le premier Président de la Cour d'appel, deux assesseurs choisis par le président de la Chambre parmi les juges de l'expropriation du ressort qui n'auront pas connu de l'affaire en première instance. L'arrêt de la Cour d'appel peut être déféré naturellement à la Cour de cassation.

Le code de l'expropriation donne aux juges divers moyens pour leur faciliter leur tâche d'évaluation et aussi pour permettre d'éviter d'importantes différences entre juridictions dans l'appréciation de la valeur des biens. Les règles sont les suivantes :

- la valeur des biens est évaluée au jour du jugement ;
- pour éviter les hausses spéculatives, le juge doit retenir l'usage effectif des biens, un an avant l'ouverture de l'enquête préalable ;
- il doit exclure les changements de valeur subis depuis cette date ;
- le juge doit tenir compte des accords amiables réalisés dans le périmètre d'expropriation et tenir compte des valeurs mentionnées dans les déclarations fiscales antérieures de 5 ans à l'ordonnance d'expropriation ;
- le juge peut attribuer une indemnité de remplacement pour tenir compte des frais de tous ordres à exposer l'achat de biens de même nature.

L'indemnité doit compenser le préjudice direct, matériel et certain causé par l'expropriation. C'est le moyen par lequel l'indemnité présente un caractère juste. Le juge fixe le montant de l'indemnité d'après la valeur des biens. Actuellement, les expropriations entraînent de longues procédures d'évaluation du prix des terrains. Rarement les propriétaires s'estiment satisfaits bien que les juges de l'expropriation aient tendance à statuer en leur faveur plutôt qu'en celle des Domaines.

Sous l'impulsion de la jurisprudence de la CEDH condamnant la France pour absence de procès équitable et non-respect du principe du contradictoire (CEDH, 24 avr. 2003, *Yvon c/ France*), le décret du 13 mai 2005 a considérablement amélioré la situation des expropriés.

Il était d'abord reproché à la réglementation française de placer le commissaire du gouvernement, en l'occurrence le directeur départemental des finances publiques (anciennement directeur des services fiscaux), dans une situation de conflit d'intérêts. En effet, le directeur des services fiscaux assistait l'expropriant ainsi que le juge civil chargé de fixer le montant de l'indemnité. Prenant acte de ce fait, l'Administration imposait alors facilement ses estimations. Le décret du 13 mai 2005 a rétabli un équilibre plus satisfaisant car le représentant de l'Administration, en tant que commissaire du gouvernement, doit désormais communiquer à l'exproprié les références des transactions sur lesquelles il se base pour estimer le bien (art. R. 13-32 C. expropriation). Quant au juge, il peut faire appel, pour son estimation, à un expert indépendant. L'exproprié, lui, dispose d'un mois pour faire appel de l'ordonnance d'expropriation (au lieu de 15 jours) : l'appel est suspensif.

La CEDH avait également reproché à la réglementation française de ne pas respecter le principe du procès contradictoire car le commissaire du gouvernement agissait en tant qu'expert, et non pas comme « partie à l'instance ». Le décret du 13 mai 2005 a tiré les conséquences de cette anomalie : désormais, celui qui exerce la fonction de commissaire du gouvernement ne peut plus être celui qui a établi l'avis d'estimation. Dès lors, le commissaire du gouvernement devient une véritable partie à l'instance : il doit satisfaire aux obligations de communication des pièces... Il n'est plus l'agent au service de l'expropriant (l'Administration).

section **3**

Les procédures spéciales d'expropriation

593 Actuellement, ces procédures spéciales sont peu nombreuses, à l'inverse de ce qui existait avant l'ordonnance du 23 octobre 1958. En effet, cette ordonnance a supprimé toutes les procédures spéciales existantes (46 textes abrogés). Désormais ne subsistent à côté de la procédure normale que :

❶ **1 La procédure d'urgence pour laquelle les délais sont abrégés**

594 Il faut que l'acte déclarant l'utilité publique déclare également l'urgence de prendre en possession des biens à exproprier. En ce cas, le délai pour le transport sur les lieux est réduit à un mois. Le juge peut, soit fixer le montant des indemnités, soit, s'il ne s'estime pas suffisamment éclairé, fixer le montant d'indemnités provisionnelles. Il peut autoriser l'expropriant à prendre possession moyennant le paiement ou la consignation des indemnités. Il est procédé, dans le délai d'un

mois à compter du jugement fixant des indemnités provisionnelles, à la fixation de l'indemnité définitive selon la procédure normale.

§ 2 La procédure pour les travaux intéressant la Défense nationale

595 Pour ces travaux, les Administrations intéressées peuvent pénétrer dans les propriétés privées et les occuper temporairement. Il ne s'agit pas, à vrai dire, d'une procédure spéciale d'expropriation, mais de la prise de possession accélérée des propriétés dans un intérêt général particulièrement impérieux.

§ 3 Le cas des opérations complexes

596 La législation antérieure était conçue pour la réalisation de travaux délimités à la charge d'une seule Administration. En fait, les opérations poursuivies depuis plusieurs années sont de plus en plus complexes et font intervenir non seulement plusieurs services d'une même Administration, mais très souvent des collectivités diverses : quelques opérations peuvent même modifier la structure de certaines régions et entraîner la dispersion de la population d'une ou plusieurs agglomérations. L'ordonnance apporte une solution aux problèmes posés par ces grands travaux.

En premier lieu, l'acte déclarant l'utilité publique détermine, parmi les collectivités intéressées, celle qui est chargée de conduire la procédure.

En deuxième lieu, si l'exécution des travaux modifie sensiblement la structure des parcelles, riveraines de l'ouvrage projeté, il peut être procédé au remembrement des propriétés, remembrement qui a lieu dans les conditions du droit commun ; mais en dehors de l'application des règles normales du remembrement, un décret en Conseil d'État peut délimiter un périmètre à l'intérieur duquel il sera procédé au remembrement forcé, et le cas échéant, à la création d'associations syndicales groupant obligatoirement les propriétaires d'immeubles compris à l'intérieur du périmètre, en vue de leur participation aux travaux d'aménagement, c'est là un procédé original et efficace de récupération de la plus-value.

En troisième lieu, si l'expropriation, intéressant une agglomération, entraîne la dispersion de sa population, cas qui s'est produit lors de l'exécution de grands aménagements hydroélectriques, tout un programme de réinstallation est établi par un décret en Conseil d'État.

En quatrième lieu, la loi foncière a été modifiée pour rendre plus faciles, d'une part, les opérations de construction d'ensembles immobiliers à usage d'habitation avec leurs installations annexes, ou la création de lotissements destinés à l'habitation ou à l'industrie, d'autre part, la réalisation progressive et suivant des

plans d'ensemble de zones affectés à l'habitation et à l'industrie par des projets d'aménagements approuvés.

section **4**

Les procédures de cession forcée de biens proches de l'expropriation

597

En dehors de l'expropriation qui demeure le mode principal d'acquisition forcée de biens de l'Administration, existent d'autres procédés qui permettent, par la voie de la contrainte, d'aboutir à un transfert de propriété au profit d'une personne publique.

§ 1 La nationalisation

598

Elle consiste à *transférer la propriété d'entreprises* et non plus d'immeubles. Les règles de l'expropriation ne s'appliquent pratiquement plus ici, notamment celles de l'indemnité préalable et de la compétence judiciaire. La nationalisation est une opération complexe de transfert de propriété car elle porte à la fois sur des éléments immobiliers et sur des éléments mobiliers. La compétence appartient entièrement au législateur (art. 34 de la Constitution) et la procédure est variable selon les cas, particulièrement en ce qui concerne le versement de l'indemnité qui, fréquemment, est constituée par la remise par l'État, aux anciens propriétaires, d'obligations ou de parts bénéficiaires.

§ 2 La réquisition

599

La réquisition est un procédé forcé qui permet à l'Administration de se procurer la *propriété de biens mobiliers ainsi que la jouissance de biens immobiliers*. La procédure de la réquisition est assortie de garanties moindres que celles de l'expropriation. L'autorité judiciaire n'est en effet pas compétente pour prononcer le transfert de propriété, ce sont les diverses autorités administratives qui détiennent ce droit. De plus, l'indemnité de réquisition est réglée postérieurement au transfert de propriété ou de la prise de possession par l'Administration.

Il n'y a pas de réglementation générale du droit de réquisition mais tout un ensemble de dispositions particulières assez diversifiées selon qu'il s'agit de réquisitions militaires, de réquisitions civiles ou de réquisitions de logement.

Le contentieux des réquisitions fait apparaître un partage de compétence entre les deux ordres de juridiction :

– en ce qui concerne le *contentieux de la légalité*, l'acte de réquisition est une *décision administrative* qui relève de la compétence administrative par la voie du recours pour excès de pouvoir ; toutefois, la réquisition peut être entachée d'une telle irrégularité qu'elle dégénère en voie de fait relevant de la compétence judiciaire (voir *supra* n° 293) ;

– en ce qui concerne le *contentieux de l'indemnité*, le juge compétent est en principe le juge administratif mais le juge judiciaire intervient fréquemment, soit en cas de réquisition régulière lorsque la loi prévoit sa compétence (*cf.* loi du 11 juillet 1938 et ordonnance du 7 janv. 1959), soit en cas de réquisition irrégulière par application de la théorie de la voie de fait et de l'emprise.

Pour aller plus loin Chapitre 3

L'indemnité d'expropriation

Le montant de l'indemnité d'expropriation ne reflète pas la valeur du bien exproprié : les expropriés sont souvent amenés à constater une différence sensible entre le montant qui leur est proposé par le juge de l'expropriation et la valeur effective du terrain, surtout lorsque celui-ci fait l'objet d'une revente quasi immédiate par la collectivité à l'investisseur, par exemple une entreprise. Les expropriés se sentent alors floués, ce qui explique un important contentieux jusqu'à la Cour européenne des droits de l'Homme.

Par définition, si un exproprié conteste le montant de l'indemnité, c'est qu'il a déjà refusé le prix qui était proposé par la collectivité publique pour une cession amiable.

Pour la fixation de l'indemnité, le juge de l'expropriation retient un certain nombre d'éléments matériels permettant de la chiffrer, dont le prix proposé par l'Administration lors de la phase amiable.

Pour la Cour européenne, il n'y a pas d'atteinte à la Convention dès lors que l'exproprié a obtenu une indemnisation « raisonnablement en rapport avec la valeur du bien dont il a été privé ». Elle admet donc que l'indemnité soit d'un montant inférieur à la pleine valeur marchande du bien. Et la Cour européenne n'entend pas se substituer aux autorités nationales pour déterminer ce qui d'utilité publique

CEDH, 4 nov. 2010, *Devaux c/France*, AJDA 27 déc. 2010, p. 2493, note Hostiou.

Sujets de concours

Inspecteur du trésor

2003 : L'expropriation pour cause d'utilité publique.

4

Les travaux publics

600 L'Administration, pour réaliser ses objectifs d'intérêt général, entreprend de nombreux travaux : soit elle construit, soit elle entretient ses biens. Certains de ces travaux sont qualifiés de travaux publics, notamment en raison de leur caractère d'intérêt général, et sont soumis à un régime juridique exorbitant du droit commun destiné à en faciliter l'exécution et à en assurer le contrôle.

La théorie des travaux publics est ancienne en droit administratif français puisqu'elle remonte essentiellement à la loi du 28 pluviôse an VIII qui donne compétence aux conseils de préfecture (aujourd'hui les tribunaux administratifs) pour connaître de la plupart des litiges en matière de travaux publics. Depuis, la notion a évolué en s'affirmant et en s'étendant à des hypothèses nouvelles. Elle a pris une importance considérable dans la mesure où, du fait de son ancienneté et de son homogénéité, elle présente un caractère attractif incontestable ; de plus, les travaux publics constituent l'une des principales activités de l'État et des collectivités territoriales.

section 1

La notion de travaux publics

601 Les travaux qui sont entrepris par l'Administration ne sont pas tous des travaux publics : elle effectue en effet de nombreux travaux comme le ferait un particulier et qui sont soumis, comme eux, au droit privé. Il importe donc de préciser la notion de travaux publics qui emporte de nombreuses conséquences, tant au plan du droit applicable que de la juridiction compétente.

Les textes en ce domaine sont rares et portent sur des points particuliers. Aucun d'entre eux n'a donné une définition générale des travaux publics. Ainsi la loi du 28 pluviôse an VIII est une loi qui attribue compétence aux juridictions administratives sans définir de façon exhaustive la notion de travaux publics ; la loi du 16 septembre 1807 précise que les travaux d'assèchement des marais sont des travaux publics et la loi du 4 avril 1882 que les travaux de reboisement en

montagne en font également partie. On peut encore citer la loi du 16 juin 1966 qui affirme que les opérations de déminage de l'État sont des travaux publics.

Ainsi, en l'absence de toute définition législative, *c'est la jurisprudence du Conseil d'État*, et des diverses juridictions administratives qui a précisé la notion de travaux publics dont la définition actuelle pourrait être la suivante : *les travaux publics sont les travaux immobiliers exécutés dans un but d'intérêt général, soit pour le compte d'une personne publique, soit par une personne publique pour la réalisation d'une mission de service public.*

— § 1 La nécessité d'un travail

602 Ce premier élément de la définition est évident mais il est important. Il doit s'agir d'un travail au sens large : construction d'un immeuble mais aussi destruction, transformation, entretien... Le travail peut résulter d'une action positive mais également d'une opération négative, d'un défaut de travail. Le terme de travail public concerne aussi, ce qui est curieux, le travail achevé, c'est-à-dire ce que l'on appelle l'ouvrage public ainsi que les simples opérations matérielles que sont le nettoyage et le balayage de la voie publique, l'épandage de gravier.

— § 2 Le travail doit porter sur un immeuble

603 C'est une condition essentielle : *il ne peut y avoir de travail public que sur un immeuble* au sens où l'entend le droit civil, c'est-à-dire un immeuble bâti ou non bâti, un immeuble par nature ou par destination.

— § 3 Le travail doit être accompli dans un but d'utilité générale

604 Cette troisième condition nécessaire pour qu'il y ait travail public a été entendue par la jurisprudence de façon très large. En effet cette notion *est plus vaste que celle de service public* : elle a permis de reconnaître le caractère de travaux publics à des travaux qui n'étaient pas entrepris en vue d'un service public proprement dit. Ainsi, les travaux exécutés sur une église postérieurement à la disparition du caractère de service public du culte se sont vus reconnaître le caractère de travaux publics en raison du but d'utilité générale poursuivi (CE, 10 juin 1921, *Commune de Monségur*, GAJA, n° 37).

Document n° 85
CE, 10 juin 1921, Commune de Monségur

En ce qui concerne la compétence du conseil de préfecture : Cons. que la réclamation formée au nom du mineur Brousse contre la commune de Monségur était fondée sur ce que l'accident survenu au requérant dans l'église de ladite commune serait dû à un défaut d'entretien de l'église ; qu'il n'est pas contesté que l'église appartient à la commune de Monségur ; que, d'autre part, si, depuis la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Églises et de l'État, le service du culte ne constitue plus un service public, l'art. 5 de la loi du 2 janvier 1907 porte que les édifices affectés à l'exercice du culte continueront, sauf désaffectation dans les cas prévus par la loi du 9 décembre 1905, à être laissés à la disposition des fidèles et des ministres du culte pour la pratique de leur religion ; qu'il suit de là que les travaux exécutés dans une église pour le compte d'une personne publique, dans un but d'utilité générale, conservent le caractère de travaux publics et que les actions dirigées contre les communes à raison des dommages provenant du défaut d'entretien des églises rentrent dans la compétence du conseil de préfecture comme se rattachant à l'exécution ou à l'inexécution d'un travail public.

La notion jurisprudentielle de travaux publics est également *plus large que celle de domaine public* : l'aménagement du domaine public ne constitue pas la seule opération immobilière comportant l'idée d'utilité générale. Dans la décision du 24 octobre 1942, *préfet des Bouches-du-Rhône*, le tribunal des conflits s'exprimait nettement « la notion de travail public est indépendante de la domanialité publique ». Ainsi, des travaux exécutés sur le domaine privé ou sur des propriétés privées pourront être considérés comme des travaux publics.

Cette notion d'utilité générale marque les limites de l'admission dans la catégorie des travaux publics. En effet ne sont pas considérés comme travaux publics ceux effectués dans un intérêt purement financier ou patrimonial ou dans un intérêt privé.

§ 4 Le travail doit être réalisé soit pour le compte d'une personne publique, soit pour la réalisation d'une mission de service public

605 Cette dernière condition constitue une *alternative*, il suffit qu'une des conditions soient remplies.

A. La réalisation pour le compte d'une personne publique

606 Cette condition est traditionnelle : il faut que le travail soit effectué soit par une personne publique pour son compte, soit par un tiers (entrepreneur par ex.) à son profit. L'expression « pour le compte de » a connu un sensible élargissement. Normalement, le travail exécuté au profit d'une personne publique est celui qui concerne un ouvrage lui appartenant mais la jurisprudence a admis que cette notion pouvait aussi concerner des travaux accomplis sur un ouvrage destiné à revenir ultérieurement à la personne publique, des travaux accomplis sous la direction et le contrôle de l'Administration.

B. La réalisation d'une mission de service public

607

Ce deuxième terme de l'alternative résulte d'une importante décision du tribunal des conflits : T. confl., 28 mars 1955, *Effimieff*, GAJA, n° 70, qui a considérablement fait avancer la jurisprudence en admettant dorénavant que des travaux immobiliers exécutés au bénéfice de simples particuliers peuvent être des travaux publics mais à condition qu'ils soient effectués par une personne publique dans le cadre d'une mission de service public.

Document n° 86

T. confl., 28 mars 1955, *Effimieff*

Considérant que le litige qui oppose le sieur Effimieff à l'Association syndicale de reconstruction de Pont-du-Las porte sur l'exécution d'un marché de travaux, passé par celle-ci avec cet entrepreneur de maçonnerie ; que l'art. 17 de la loi du 16 juin 1948 a attribué aux associations syndicales de reconstruction le caractère d'établissements publics ; que le législateur a ainsi expressément manifesté son intention d'assigner à ces organismes, dans l'œuvre de la reconstruction immobilière, une mission de service public, dans les conditions définies et pour les fins d'intérêt national visées par la loi et le règlement et, corrélativement, de les soumettre, qu'il s'agisse des prérogatives de puissance publique attachées à cette qualité ou des sujétions qu'elle entraîne, à l'ensemble des règles de droit public correspondant à cette mission ; qu'il suit de là que, nonobstant le fait que les immeubles reconstruits ne sont pas la propriété de ces associations qui, aux termes de l'art. 39 de la loi du 16 juin 1948, « sont maîtres de l'œuvre jusqu'à réception définitive des travaux », les opérations de reconstruction qui ont lieu par leur intermédiaire, qu'elles intéressent des immeubles appartenant à des particuliers ou des biens de collectivités publiques constituent des opérations de travail public ; qu'elles sont notamment réglementées, à ce titre, par les prescriptions du décret du 2 août 1949, pris en exécution du décret du 12 novembre 1938, lesquelles ont édicté, pour les marchés relatifs à ces opérations, des dispositions inspirées de celles du décret du 6 avril 1942, modifié par le décret du 1^{er} avril 1948, qui régissent les marchés de l'État ; qu'il résulte de ce qui précède que les litiges soulevés par l'exécution de tels marchés relèvent de la compétence du juge des travaux publics ; qu'ainsi c'est à bon droit que le préfet du Var a, par l'arrêté susvisé, revendiqué la connaissance du présent litige pour la juridiction administrative ;... (Arrêté de conflit confirmé).

Cette importante décision a été confirmée par la suite à plusieurs reprises par la jurisprudence, notamment par les arrêts *Ministre de l'Agriculture c/consorts Grimouard* (CE, 20 avr. 1956, GAJA, n° 71) et *Mimouni* (CE, 12 avr. 1957, D. 1957, 431).

Document n° 87

CE, 20 avr. 1956, *ministre de l'Agriculture c/ Consorts Grimouard*

Sur la compétence :

Considérant qu'aux termes de l'art. 1^{er} de la loi du 30 septembre 1946 « le ministre de l'agriculture est chargé de la reconstitution de la forêt française, selon les modalités fixées par des règlements d'Administration publique, en vue de l'organisation des travaux de boisement et de reboisement, de la mise en valeur et de la conservation des terrains boisés, de la meilleure utilisation des produits de la forêt et, en général, de tout ce qui a pour but d'accroître les ressources forestières, de faciliter l'écoulement des produits forestiers et de mieux satisfaire les besoins de la population » ; qu'il résulte tant de ces prescriptions que de l'ensemble des dispositions de ladite loi et, notamment, de la faculté qu'elle a donnée aux règlements d'Administration publique prévus pour son application d'imposer aux propriétaires certaines obligations pour leur exécution, ainsi que de la création d'un fonds forestier national alimenté par des taxes, que le législateur a entendu créer, pour les fins ci-dessus mentionnées, un service public, préposé tant à la conservation, au développement et à la mise en valeur de la forêt française qu'à l'utilisation et à l'écoulement de ses produits dans les conditions les plus conformes à l'intérêt national ; que les opérations de boisement ou de reboisement entreprises par l'Administration des eaux et forêts sur des terrains privés, en vertu de contrats passés avec elle avec les propriétaires de ces terrains, telles qu'elles sont prévues par les art. 5, 8 et suivants du règlement d'Administration publique du 3 mars 1947, qui soumet

les terrains en question au régime forestier jusqu'au remboursement complet du montant des dépenses engagées, constituent l'une des modalités de l'exécution même de ce service ; qu'il suit de là que, malgré la circonstance que les terrains où s'effectuent ces opérations ne sont pas destinés à devenir la propriété de l'État et que les dépenses engagées par lui sont récupérées sur le produit de l'exploitation, lesdites opérations ont le caractère de travaux publics et que, quelle que puisse être la nature des stipulations incluses dans les contrats dont s'agit, ceux-ci tiennent de leur objet même le caractère de contrats administratifs ; qu'ainsi le ministre de l'agriculture n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif s'est reconnu compétent en la cause pour statuer sur les demandes d'indemnité présentées contre l'État, en sa qualité de maître de l'œuvre, ainsi que contre l'entrepreneur chargé par lui des travaux, tant par les signataires des contrats ci-dessus mentionnés que par d'autres propriétaires.

Il y a toutefois une limite importante à la jurisprudence *Effimieff* : si les travaux exécutés pour le compte de particuliers, dans le cadre d'une mission de service public, sont des travaux publics, il faut que ces travaux soient réalisés par une personne publique. S'ils sont réalisés par une personne privée pour son propre compte, ces travaux restent soumis au droit privé.

Il est courant de dire que les travaux publics ont un *caractère attractif*. Cela signifie que la juridiction administrative, dans une affaire douteuse au plan du droit applicable, mais dans laquelle il y a un élément de travail public juxtaposé à d'autres éléments, fait prédominer le premier élément et considère toute l'opération comme une opération de travaux publics. Cette attitude est remarquable car le régime juridique des travaux publics est très exorbitant du droit commun.

section **2**

Le régime juridique de travaux publics

608

Il faut voir quels sont les modes d'exécution des travaux publics avant de s'intéresser aux prérogatives de l'Administration.

— **§ 1 Les modes d'exécution des travaux publics**

609

C'est normalement la personne publique concernée, et pour l'État chaque ministère, qui décide de la réalisation des travaux. Il faut toutefois rappeler l'existence, dès la seconde moitié du XIX^e siècle d'un *ministère des travaux publics*, devenu ensuite le ministère de l'Équipement, aujourd'hui « ministère du développement durable et des transports ». En fait, les services du ministère interviennent surtout pour les routes nationales (direction interrégionale des routes), les voies ferrées, les voies navigables, les ports... et très fréquemment à titre de conseil ou de contrôle pour les travaux exécutés par d'autres administrations, notamment les collectivités territoriales.

L'Administration dispose de divers procédés pour assurer la réalisation de travaux publics : la régie, le marché (ou entreprise), la concession. En plus, dans certains cas, des particuliers peuvent exécuter des travaux publics à la suite d'une simple autorisation unilatérale. Il faut également citer le régime particulier des offres de concours.

A. La régie

610 Dans ce système, l'Administration elle-même exécute le travail public en utilisant ses propres agents et son propre matériel. Il existe plusieurs sortes de régie :

- la régie simple, la plus courante, qui correspond à la définition qui vient d'être donnée ;
- la régie intéressée, qui est exceptionnelle, dans laquelle la personne qui dirige les travaux reçoit en plus d'une rémunération fixe (ou à sa place) des émoluments variables en fonction de l'importance des travaux ou en fonction des économies réalisées.

La régie est peu utilisée pour assurer la réalisation de travaux publics : elle l'est surtout pour les travaux urgents ou pour les travaux peu importants ou encore quand l'Administration ne trouve aucune entreprise pour les réaliser.

B. Le marché de travaux publics (ou d'entreprise)

611 C'est le mode d'exécution le plus important : il consiste dans un *contrat entre l'Administration et un entrepreneur particulier* dans lequel ce dernier s'engage à exécuter le travail public moyennant un certain prix. Ce marché prend parfois le nom « d'entreprise » car il est conclu avec un entrepreneur privé.

Les marchés de travaux publics sont, par détermination de la loi du 28 pluviôse an VIII, des *contrats administratifs* (voir *supra* n° 436). Au sein de la théorie des contrats administratifs, le marché de travaux publics occupe une place particulièrement importante car, non seulement le régime propre aux contrats administratifs s'applique ici dans son intégralité, mais aussi certaines règles propres aux travaux publics en font un contrat très exorbitant du droit commun.

1 ° La notion de marché de travaux publics

612 C'est le juge qui est compétent pour qualifier un contrat déterminé de marché de travaux publics. On constate qu'il a une conception extensive de la notion qui découle de la définition très large de la notion même de travaux publics et du caractère attractif de cette notion. Le juge, en réalité, souhaite soumettre au droit administratif l'ensemble des éléments que comporte l'opération de travaux publics, y compris le contrat s'y rapportant. La jurisprudence se montre également large en ce qui concerne la définition du lien qui doit rattacher le contrat à un travail public.

Toutefois, une limite importante de l'extension de la notion de marché de travaux publics réside dans la nécessité que l'une des parties au contrat soit une

personne publique : un contrat conclu entre deux particuliers, même s'il porte sur des travaux publics, ne peut être un marché de travaux publics. La seule exception à cette jurisprudence se trouve dans le cas où l'une des personnes parties au contrat aurait agi « pour le compte » d'une personne publique. Rappelons les discussions nées à ce sujet avec la décision du tribunal des conflits *entreprise Peyrot c/ Société Autoroute Estérel-Côte d'Azur* (T. confl., 8 juill. 1963, *op. cit.*) dans laquelle il était admis que les contrats conclus entre une société d'économie mixte concessionnaire d'autoroutes et des entrepreneurs, tous personnes privées, étaient des contrats administratifs, car la société concessionnaire agissait nécessairement pour le compte de l'État. Cette jurisprudence n'a toutefois pas été étendue en dehors du cas particulier des travaux publics routiers (*cf.* T. confl., 17 janv. 1972, *SNCF c/ Solon et Barrault, RDP*, 1972.465). On peut noter cependant que la jurisprudence a admis que des marchés conclus entre des sociétés d'économie mixte d'aménagement et des entreprises de travaux publics avaient le caractère administratif lorsque la société avait agi pour le compte de la collectivité publique à laquelle les ouvrages devaient être remis (CE, 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine, op. cit.*).

2 ° Le régime des marchés de travaux publics

613

a) La passation du marché

Elle obéit à l'ensemble des règles de passation des marchés publics : pour les marchés de l'État, la règle est l'appel d'offres mais l'État peut recourir au marché négocié dans certains cas (urgence, faible montant) ; les collectivités territoriales ont les mêmes possibilités de choix (suite à la réforme du Code des marchés publics).

Le marché de travaux publics doit être passé par écrit et comprendre divers documents dont le plus important est le cahier des clauses administratives générales qui correspond à un cahier type valable pour tous les marchés passés au nom de l'État. D'autres documents doivent accompagner le marché : cahier des prescriptions communes, des prescriptions spéciales, bordereau des prix, détail estimatif...

b) L'exécution du marché

L'entrepreneur est tenu d'exécuter personnellement le marché, il ne peut en principe le sous-traiter, sauf si le contrat le prévoit. De toute façon, il reste responsable de l'exécution de l'ensemble du marché : il est tenu de respecter les délais d'exécution ainsi que toutes les dispositions découlant du contrat.

Comme dans tous les contrats administratifs, l'Administration dispose dans les marchés de travaux publics de prérogatives diverses. Elles sont toutefois ici particulièrement importantes et s'analysent surtout en pouvoir de direction et de contrôle permanent de l'exécution des travaux. L'Administration détient également un pouvoir de modification unilatérale des clauses du contrat ainsi qu'un pouvoir de résiliation et de sanction. *Le domaine des sanctions* est assez remarquable : l'Administration peut en effet, en cas de faute commise par l'entrepreneur, prononcer des sanctions telles que des sanctions pécuniaires, mais aussi

des sanctions coercitives et résolutoires (résiliation pure et simple ou résiliation avec réadjudication sur folle enchère).

Face à ces prérogatives, l'entrepreneur détient des droits qui sont essentiellement *pécuniaires* :

– *il a droit au paiement du prix stipulé au marché* qui n'est modifiable que par accord entre les deux parties, le prix est en effet un élément fondamental du contrat. Les marchés de travaux publics contiennent cependant souvent des clauses de révision et de variation de prix basées sur des paramètres divers ;

– *il a droit à des indemnités* dans plusieurs hypothèses : par application de la théorie du fait du prince et de celle de l'imprévision ; en contrepartie de l'exercice du pouvoir de modification unilatérale de l'Administration (application du principe de l'équilibre financier du contrat) ; lorsqu'il exécute des travaux nécessaires et utiles à l'Administration mais non prévus au contrat ; enfin lorsqu'il rencontre, dans l'exécution du contrat, des sujétions imprévues.

c) La fin du marché

Le marché se termine normalement par *l'achèvement des travaux*. Dans certains cas, la fin sera anticipée quand la résiliation sera prononcée, soit à la demande de l'entrepreneur par le juge, soit unilatéralement par l'Administration, soit de plein droit (disparition de l'objet du marché, application de clauses contractuelles, décès de l'entrepreneur).

La fin du marché entraîne la constatation de l'exécution des travaux que l'on appelle la *réception des travaux*. Elle a lieu en deux temps : *la réception provisoire* qui est faite immédiatement après l'achèvement des travaux et qui fait courir le délai de garantie qui va de 6 mois à un an selon la nature des travaux. Pendant ce délai, l'entrepreneur demeure responsable de l'ensemble des malfaçons qui pourraient être constatées. À l'expiration du délai de garantie, a lieu la *réception définitive* qui, si elle est faite sans réserves, met fin aux obligations de l'entrepreneur et le décharge de toutes responsabilités sauf la responsabilité décennale.

La responsabilité décennale, prévue par l'article 1792 du Code civil, s'exprime ainsi : « si l'édifice périt en tout ou en partie par le vice de la construction, même par le vice du sol, les architectes et entrepreneurs en sont responsables pendant 10 ans ». Le Conseil d'État applique cette responsabilité en matière de marché de travaux publics, d'ailleurs les cahiers des charges font tous référence à cette responsabilité qui joue uniquement pour les vices non apparents au moment de la réception définitive et à condition qu'il s'agisse de vices de construction particulièrement graves.

C. La concession de travail public

614

La concession est un mode d'exécution du travail public en vertu duquel l'Administration charge un particulier de réaliser le travail sans lui payer un prix mais en lui laissant l'exploitation de l'ouvrage pendant un certain temps. Les règles applicables à ce procédé sont celles de la concession de service public (voir *supra*

n° 384) ; aussi la notion de concession de travail public va-t-elle progressivement se faire absorber par celle de concession de service public dans laquelle l'élément « service public » l'emporte sur l'élément « travail public ».

Depuis quelques années, la concession de travail public a connu un regain de vigueur, notamment pour la construction et l'exploitation d'autoroutes ou de tunnels.

D. Les autres procédés d'exécution des travaux publics

615 Il est possible d'utiliser *l'autorisation administrative unilatérale* pour exécuter des travaux publics, quoique ce procédé soit exceptionnel (c'est le cas pour la construction de pipe-lines).

Plus fréquente est l'utilisation de *l'offre de concours* qui est une contribution volontaire, en espèce ou en nature, d'un particulier qui offre à l'Administration sa collaboration en vue de la réalisation d'un travail public. Lorsque l'Administration accepte cette offre, un contrat administratif naît dit « d'offre de concours » qui présente la particularité que l'Administration a toujours le droit de renoncer à l'exécution des travaux en vue desquels l'offre avait été faite.

Les contrats englobant à la fois le travail public et l'exploitation d'un service public se développent dans des formes nouvelles, notamment celle du contrat de partenariat appelé plus communément le PPP (Partenariat public-privé).

§ 2 Les prérogatives de l'Administration à l'occasion des travaux publics

A. L'occupation temporaire

616 La prérogative la plus importante est l'application de la servitude d'occupation temporaire et d'extraction de matériaux prévue par la loi du 29 décembre 1892.

Suivant cette servitude, les agents de l'Administration, les entrepreneurs ou concessionnaires sont autorisés par arrêté préfectoral à pénétrer dans les propriétés privées pour y déposer du matériel ou extraire des matériaux nécessaires au travail public. Cette servitude limitée dans le temps à 5 ans ne peut porter sur les maisons d'habitation et les terrains attenants à des maisons d'habitation. Il faut une constatation contradictoire de l'état des lieux. Elle comporte le versement d'une indemnité par l'Administration qui, à défaut d'accord, est fixée par la juridiction administrative.

B. L'intangibilité de l'ouvrage public

617 L'adage « ouvrage public mal planté ne se détruit pas » n'est plus absolu. Suite à l'abandon de la théorie de l'expropriation indirecte (Cass. civ., plén., 6 janv. 1994, *consorts Baudon de Morny c/ EDF*), le CE a admis qu'un ouvrage public mal planté peut faire l'objet d'une démolition si celle-ci n'entraîne pas une atteinte excessive à l'intérêt général (CE, 9 juin 2004, *Commune de Peille*).

§ 3 La responsabilité pour dommages de travaux publics

618 Il est fatal que les travaux publics, ou les ouvrages publics, étant donné leur importance causent des dommages aux particuliers. Il apparaît normal que l'Administration en répare les conséquences ; d'ailleurs cette responsabilité est reconnue depuis fort longtemps, puisque dès l'ancien régime, on admettait que l'Administration soit responsable des dommages causés par les travaux publics qu'elle entreprenait.

Toutefois, la source du régime profondément original de la responsabilité pour dommages de travaux publics se trouve dans la loi du 28 pluviôse an VIII que la jurisprudence devait par la suite considérablement développer. L'idée générale, et originelle, est que cette responsabilité peut être engagée *en dehors de toute idée de faute*. La jurisprudence a toutefois introduit partiellement un système de responsabilité pour faute.

A. La notion de dommages de travaux publics

619 La notion de dommages de travaux publics est caractérisée par son *extension considérable* qui est d'ailleurs un aspect du *caractère attractif* de la notion de travaux publics.

Le dommage de travaux publics doit nécessairement avoir un lien avec un travail public ou un ouvrage public : on peut dire que le dommage de travaux publics est caractérisé par une atteinte faite à des personnes, des biens ou des droits par l'exécution ou l'inexécution d'un travail public, la construction, l'existence, l'absence, les modalités d'entretien ou le fonctionnement d'un ouvrage public. Comme on le voit, la notion de dommage de travaux publics est particulièrement large, mais elle connaît des limites dans le fait que certaines catégories de dommages échappent à la compétence de la juridiction administrative, soit en fonction de certains textes, soit par application de certaines théories. On peut citer, par exemple, l'emprise ou la voie de fait, les dommages accessoires à une expropriation, les dommages causés par des fautes personnelles des agents du service public utilisateur de l'ouvrage, les dommages de travaux publics subis par l'usager d'un service public à caractère industriel et commercial à l'occasion de l'utilisation de ce service, les accidents causés par des véhicules même lorsque

ce véhicule est utilisé pour des travaux publics (loi du 31 déc. 1957). Dans tous ces cas, le juge compétent est le juge judiciaire qui naturellement ne fera pas application du droit très particulier de la responsabilité pour dommages de travaux publics.

B. Le fondement de la responsabilité

620

La responsabilité pour dommages de travaux publics est avant tout une responsabilité sans faute, c'est même le cas le plus ancien de ce type de responsabilité. Les deux fondements traditionnels de la responsabilité sans faute – le *risque créé* par l'activité administrative et la *rupture de l'égalité* des citoyens devant les charges publiques – trouvent ici pleinement leur application. Les travaux publics, en raison de l'importance des moyens généralement mis en œuvre, créent sans nul doute d'importants risques. De même, tous les citoyens tirent profit de l'exécution des travaux publics ou de la présence d'un ouvrage public, l'égalité serait rompue si certains d'entre eux en subissaient un préjudice.

Toutefois, à une époque récente, il a été jugé que la responsabilité dans cette matière pouvait être admise, dans certaines hypothèses, sur la base de la faute. Actuellement, il semble généralement admis que lorsque c'est un tiers qui subit le dommage, il y a responsabilité sans faute alors que lorsqu'il s'agit d'un usager, la faute est exigée.

C. Les conditions de la responsabilité

1 ° Les dommages subis par les tiers

621

Au début du XIX^e siècle, la responsabilité pour dommages de travaux publics était généralement admise sans faute. Cette solution reste tout à fait actuelle pour les dommages subis par les tiers : il leur suffit simplement de prouver que le dommage a son origine dans un travail ou dans un ouvrage public et qu'ils n'ont donc pas à prouver une faute de la part de l'Administration. La seule preuve que les tiers doivent apporter est celle du lien de causalité entre le dommage et le travail ou l'ouvrage public.

Le problème est toutefois de bien circonscrire la notion de tiers, ce qui est assez difficile. Ce que l'on peut dire, c'est que le tiers est celui qui subit un dommage ne trouvant pas son origine dans l'utilisation de l'ouvrage qui est la cause du dommage (ex. : un piéton qui marche sur la voie publique et qui est blessé par la chute d'un ouvrage de l'EDF).

Le tiers, une fois déterminé, n'obtiendra réparation du dommage que si celui-ci présente un caractère anormal, c'est-à-dire s'il excède par son importance les simples inconvénients de voisinage. Dans toutes ces hypothèses, il appartiendra au juge d'apprécier le degré d'anormalité du dommage. De toute façon, la responsabilité de l'Administration ne sera pas engagée s'il y a faute de la victime ou cas de force majeure.

2^o Les dommages subis par les usagers

L'usager est celui qui retire des avantages de l'ouvrage public, c'est-à-dire celui qui utilise effectivement l'ouvrage à l'origine du dommage et qui en fait un usage normal (ex. : l'usager de la voie publique, d'un square public). L'usager victime doit établir une défaillance, une faute, de l'Administration dans l'exécution du travail ou dans l'entretien de l'ouvrage public. La faute retenue ici par la jurisprudence est la faute présumée : la victime n'a en effet pas d'autre preuve à apporter que celle de l'existence d'un lien de causalité entre le dommage et le travail ou l'ouvrage public. Mais, et c'est la différence avec la situation du tiers, l'Administration peut écarter sa responsabilité en démontrant qu'elle a bien exécuté le travail ou bien entretenu l'ouvrage public ou encore qu'elle a bien signalé les dangers provoqués par le travail ou l'ouvrage public. En définitive, l'Administration sera reconnue responsable en cas de défaut d'entretien normal : par exemple une voie publique dont la chaussée est bombée, glissante, en mauvais état, où les dangers ne sont pas signalés... Par contre, le juge considère qu'il n'y a pas de défaut d'entretien normal lorsqu'il s'agit de défauts mineurs telles que de petits trous ou de petites saillies sur la voie publique ou au cas où les dangers ont été convenablement signalés, de même quand l'Administration n'a pas eu le temps d'y remédier. Si l'usager victime a commis une faute, celle-ci aura pour effet de dégager la responsabilité de l'Administration ; il en sera de même en cas de faute d'un tiers.

D. La mise en œuvre de la responsabilité

622

Par application des principes généraux, le juge compétent en matière de dommages de travaux publics est le juge administratif. Cette compétence administrative est ici particulièrement renforcée par l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII qui chargeait les Conseils de Préfecture de se prononcer « sur les réclamations des particuliers qui se plaindront des torts et dommages procédant du fait personnel des entrepreneurs et non du fait de l'Administration ». Depuis, la jurisprudence a interprété largement ce texte : le juge administratif est compétent pour connaître de toute action en matière de dommages de travaux publics, qu'elle soit dirigée contre la personne qui exécute le travail public ou contre la personne publique pour le compte de laquelle le travail est exécuté. La compétence administrative ne connaît de limites que dans les cas, mentionnés plus haut, où le juge judiciaire est compétent (dommages causés aux usagers des services publics industriels et commerciaux, accidents causés par des véhicules, hypothèses d'emprise ou de voie de fait).

La détermination des personnes responsables soulève des problèmes complexes car elles peuvent être très diverses :

– dans le cas des travaux publics, s'ils sont exécutés en régie, la personne publique sera seule responsable ; par contre, s'ils sont exécutés par un entrepreneur, la victime dispose d'une option ; elle peut attaquer ou l'entrepreneur ou la personne publique ou les deux à la fois, en toute hypothèse devant une juridiction administrative ; s'agissant d'un concessionnaire, la victime ne peut attaquer que celui-ci ;

– dans le cas d'un ouvrage public, quand celui-ci n'a pas été concédé, l'action de la victime peut être exercée soit contre le propriétaire, soit contre celui qui l'utilise, soit contre celui qui l'entretient ; lorsque l'ouvrage a été concédé, c'est le concessionnaire qui est responsable.

Quelle que soit la personne responsable de dommages de travaux publics, la réparation se fera toujours en argent.

5

Le droit de la construction

623 Le droit de la construction peut être défini comme l'ensemble des règles applicables à l'édification et à l'entretien des immeubles. Il s'agit donc de règles de droit privé et de droit administratif : ce sont ces dernières qui retiendront notre attention.

L'apparition d'un droit propre à la construction est récente, elle est liée à l'urbanisation, à la concentration croissante des populations dans les villes et au problème du logement qui en a été la conséquence. Ces phénomènes vont se manifester dès le début du xx^e siècle mais prendront une importance accrue après la Seconde Guerre mondiale. Les premières interventions législatives concernent le permis de construire (loi du 15 févr. 1902) mais c'est surtout le Code de l'urbanisme (26 juill. 1954) qui apparaîtra comme la première manifestation d'ensemble du droit de la construction. Depuis, les textes se sont multipliés dans tous les domaines.

De toute cette réglementation, extrêmement complexe, il faut dégager les idées forces du droit de la construction : la réglementation de la construction et l'encouragement à la construction.

section 1

La réglementation de la construction

624 La réglementation de la construction est abondante et diversifiée. Elle s'articule autour de deux textes, souvent modifiés depuis, le règlement national d'urbanisme (art. R. 111-1 à R. 111-27 C. urb.) qui constitue un règlement *général* de la construction et le règlement *national* de construction (art. R. 111-1 à R. 112-1 CCH) qui fixe les règles générales de construction des bâtiments d'habitation. Les textes concernant la construction sont donc regroupés dans le Code de l'urbanisme et dans le Code de la construction et de l'habitation. La réglementation

converge sur deux points : le permis de construire et les polices spéciales de la construction.

§ 1 Le permis de construire

625 La délivrance du permis de construire a été décentralisée. En effet, depuis 1983, le permis de construire est en principe délivré par le maire, au nom de la commune et non plus au nom de l'État.

A. La notion de permis de construire

626 Le permis de construire est un acte administratif sous la forme d'une autorisation préalable et obligatoire par lequel l'Administration constate que les travaux à entreprendre respectent la réglementation en vigueur en ce qui concerne la localisation, l'esthétique, la sécurité, l'hygiène, la nature, l'importance, le volume, l'implantation, l'aspect général de la construction...

La conception actuelle du permis de construire remonte à l'ordonnance du 27 octobre 1945, elle a été renforcée jusqu'en 1966, ce qui n'était pas sans inconvénient du fait de la multiplicité et de la complexité des contrôles que l'Administration exerçait. Plusieurs textes successifs ont tantôt durci tantôt assoupli l'exigence du permis de construire. La dernière réforme d'importance est celle réalisée par l'ordonnance du 8 décembre 2005 visant à réduire le champ de l'obligation d'obtenir un permis de construire et d'en accélérer l'instruction : elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007.

B. Le champ d'application du permis de construire

627 L'exigence d'un **permis de construire** s'est atténuée depuis la loi de 1969. Actuellement, l'article L. 421-1 du Code de l'urbanisme indique : « Quiconque désire entreprendre ou implanter une construction à usage d'habitation ou non, même ne comportant pas de fondations doit, au préalable, obtenir un permis de construire sous réserve des dispositions des articles L. 422-1 à L. 422-5 ». Cette obligation s'impose aux services publics et concessionnaires de services publics de l'État, des départements et des communes comme aux personnes privées.

Prise sur le fondement d'une loi d'habilitation du 9 décembre 2004 relative à la simplification du droit, l'ordonnance du 8 décembre 2005 relative au permis de construire et aux autorisations d'urbanisme modifie sensiblement les règles (législatives) du permis de construire et du certificat d'urbanisme. Ainsi, dans le sens de la simplification, les régimes d'autorisation sont regroupés : ils passent de onze à trois « permis » et de quatre régimes de déclarations à un seul. Il n'y a pas moins de 478 000 demandes de permis de construire par an et 400 000 déclarations de travaux.

Le critère d'exigence du permis de construire est désormais la permanence : il est exigé pour toutes les constructions nouvelles permanentes, même pour celles qui n'ont pas de fondations (art. L. 421-1 nouv. C. urb.). Exceptionnellement, certains travaux de très faible ampleur échappent à l'obligation (ex. : les piscines de moins de dix mètres carrés).

Le principe inverse est appliqué aux travaux sur constructions existantes : la déclaration de travaux suffit, sauf dans un certain nombre de cas listés par un décret du 5 janvier 2007, par exemple les travaux créant une surface supérieure à vingt mètres carrés.

Le RNU s'applique de façon identique, que les travaux soient soumis à un permis de construire ou une déclaration de travaux.

Le permis d'aménager (art. L. 421-2 nouv. C. urb.) est une nouveauté. Il vise les travaux, installations et aménagements dont la liste est donnée par décret (lotissements, création de terrains de camping, parcs d'habitations légères de loisirs, caravanes installées à demeure, etc.)

Le permis de démolir (art. L. 421-3 nouv. C. urb.) est également modifié : son régime est simplifié.

C. Le régime juridique du permis de construire

628 *Le maire ne détient pas un pouvoir discrétionnaire* en matière de délivrance du permis de construire : il ne peut le refuser que s'il est contraire à la réglementation en vigueur, sinon il est tenu de le délivrer. Le maire dispose toutefois d'un certain pouvoir pour apprécier si la construction envisagée est conforme à la réglementation en vigueur. Cette réglementation est très complexe : elle résulte d'abord des textes généraux et spéciaux qui se situent en dehors du droit de l'urbanisme et de la construction (protection civile, sécurité, voirie, alignement...) ; elle résulte ensuite des règles d'urbanisme et surtout des règles propres à la construction, notamment de deux réglementations nationales, le règlement national d'urbanisme et le règlement général de construction. Le maire peut assortir le permis de construire de certaines conditions : c'est le cas lorsque la construction est de nature à porter atteinte à la salubrité ou à la sécurité publique, lorsqu'elle impose à la commune la réalisation d'équipements nouveaux hors de proportion avec ses ressources actuelles ou lorsqu'elle contrarierait l'action d'aménagement du territoire et d'urbanisme. Depuis quelques années, le maire a la possibilité de surseoir à statuer pendant 2 ans quand la construction est de nature à compromettre ou rendre plus onéreuse des travaux publics.

D. La procédure de délivrance du permis de construire

629 *L'autorité compétente* pour délivrer le permis de construire est le maire, autorité décentralisée.

Depuis la loi du 7 janvier 1983, le permis de construire est en effet délivré par le maire *au nom de la commune*, dans les communes où un Plan local d'urba-

nisme (PLU) a été approuvé et est devenu exécutoire. Toutefois, la délivrance de certaines autorisations au nom de l'État subsiste dans deux cas :

- pour les communes non dotées de documents d'urbanisme opposables aux tiers ;
- pour certaines constructions très importantes, même édifiées dans des communes dotées d'un document d'urbanisme opposable aux tiers.

La demande de permis de construire, sous la forme d'un formulaire spécial (téléchargeable), est adressée au maire de la commune qui en délivre récépissé. Le délai d'instruction de la demande est désormais de 2 mois, sauf exceptions. Quand la décision n'intervient pas dans ce délai, le demandeur peut saisir le préfet. Celui-ci doit notifier sa décision dans un délai d'un mois, faute de quoi le permis de construire est réputé accordé : c'est le *permis tacite*. Dans ce cas, et sur simple requête, le document est délivré dans un délai de quinze jours.

La réforme a incontestablement facilité la tâche aux services instructeurs, mais pas forcément aux demandeurs (appelés pétitionnaires). Le code de l'urbanisme est simplifié, mais le code de la construction devient plus touffu.

E. Le contentieux du permis de construire

630

Il existe deux recours en matière de délivrance du permis de construire :

1 ° Les recours en annulation

Les intéressés peuvent former soit des recours administratifs, soit des recours contentieux qui obéissent aux règles ordinaires. Les permis de construire étant délivrés « sous réserve du droit des tiers », ceux-ci peuvent exercer une action civile ainsi qu'un recours pour excès de pouvoir (notamment dans le domaine important des dérogations). Le préfet peut, lui, saisir le tribunal administratif par la voie du déféré. Le référé administratif, sous la forme d'un référé suspension (procédure d'urgence à ne pas confondre avec le déféré préfectoral) est souvent utilisé pour empêcher les conséquences désastreuses d'une exécution du permis de construire.

En cas de recours en annulation, le délai de validité du permis de construire est suspendu afin d'éviter qu'un recours qui se prolonge ne vienne périmer l'autorisation.

2 ° Les recours en indemnité

Ils doivent être engagés contre la commune car le maire agit en tant qu'agent de la commune. Tant le demandeur que les tiers peuvent engager l'action en indemnité. Le premier pourra surtout arguer d'un refus illégal du permis, les seconds pourront mettre en cause la responsabilité de l'Administration soit devant le juge administratif sur le terrain de la faute, soit devant le juge judiciaire dans l'hypothèse d'une voie de fait.

F. Les sanctions en matière de permis de construire

631 Le permis de construire étant obligatoire, sauf exceptions, des sanctions existent pour en assurer le respect. Ce sont des sanctions pénales assorties de pénalités accessoires pouvant aller jusqu'à la démolition de la construction. La démolition ne peut être prononcée que par une juridiction civile.

Après la fin des travaux, le constructeur doit faire constater que les travaux sont conformes au permis et se faire délivrer un certificat de conformité.

§ 2 Les polices spéciales en matière de construction

632 Il existe de nombreuses polices spéciales dans le domaine de la construction. Nous en citerons les plus importantes.

A. La police des installations classées

633 On les appelait autrefois les établissements dangereux, incommodes ou insalubres, qui étaient essentiellement des établissements industriels ou commerciaux qui « présentent des causes de danger ou des inconvénients, soit pour la sécurité, la salubrité ou la commodité du voisinage, soit pour la santé publique, soit encore pour l'agriculture » (loi du 19 déc. 1917) qui étaient placés sous la surveillance de l'autorité administrative.

Ces établissements étaient répartis en trois classes (d'où le nom d'établissements classés qu'on leur donnait) selon la gravité des inconvénients, par décret en Conseil d'État.

C'est le préfet qui était compétent pour fixer les conditions d'ouverture de ces établissements. Au cas où les prescriptions n'étaient pas observées, des sanctions pénales et des sanctions administratives (pouvant aller jusqu'à la fermeture de l'établissement) frappaient les contrevenants.

Une loi du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement a modifié le système antérieur. La notion « d'installation » est plus large que celle d'établissement ainsi que celle des dangers qu'elle présente. Il s'agit, en effet, des usines, ateliers, dépôts, chantiers, carrières et, d'une manière générale, des installations pouvant présenter des dangers ou des inconvénients soit pour la commodité du voisinage, soit pour la santé, la sécurité, la salubrité publiques soit pour l'agriculture, soit pour la protection de la nature et de l'environnement, soit pour la conservation des sites et des monuments. Dorénavant, les installations sont soumises soit à autorisation, soit à déclaration suivant la gravité des dangers ou des inconvénients que peut présenter leur exploitation. Le préfet demeure l'autorité compétente, des sanctions semblables aux précédentes ont été prévues par le nouveau texte.

Le contentieux des installations classées est constitué par des recours dirigés contre les divers arrêtés préfectoraux mais ce sont toujours des recours de pleine juridiction et le juge dispose de pouvoirs très étendus lui permettant de substituer ses propres décisions à celles de l'Administration.

B. La police des bâtiments menaçant ruine

634

Les édifices qui menacent de tomber en ruines constituent un très grand danger pour la sécurité publique. C'est une loi du 21 juin 1898, dont les dispositions modifiées par la suite, ont été reprises par les articles L. 430 et suivants du Code de l'urbanisme qui a donné pouvoir aux maires d'intervenir pour assurer la sécurité des populations. Ce pouvoir s'exerce sur « les murs, bâtiments, édifices quelconques lorsqu'ils menacent ruine et qu'ils pourraient par leur effondrement, compromettre la sécurité ou lorsque d'une façon générale, ils n'offrent pas les garanties nécessaires au maintien de la sécurité publique ».

Quand ces circonstances se réalisent, le maire prend un arrêté de péril qui a pour objet de mettre le propriétaire en demeure d'effectuer, dans un délai déterminé, les travaux de réparation ou de démolition de l'immeuble. Si le propriétaire est en désaccord avec l'arrêté, une expertise aura lieu qui sera transmise immédiatement au tribunal administratif qui statuera sur « le litige de l'expertise » et fixera, s'il y a lieu, le délai pour l'exécution des travaux de réparation ou de démolition.

Le Tribunal administratif a ici un rôle très original car il peut prescrire des travaux autres que ceux indiqués par le maire et même autoriser le maire à faire exécuter les travaux d'office s'ils ne sont pas réalisés dans le délai prescrit (en ce cas ce seront des travaux publics). Une procédure d'urgence permet au maire d'exécuter son arrêté de péril sans recourir préalablement au juge administratif. En vertu de l'article L. 511-1 du Code de la construction, « le maire peut prescrire la réparation ou la démolition des murs, bâtiments ou édifices quelconques lorsqu'ils menacent ruine ».

C. La police des monuments historiques et des sites

635

L'objet de cette police est de protéger les monuments historiques des risques de détérioration, au besoin contre leurs propriétaires privés. Il s'agit ici d'une police d'État qui est entre les mains du ministre chargé des affaires culturelles.

La protection des monuments historiques se fait par un classement prononcé par arrêté ministériel si le propriétaire est d'accord ou d'office par décret en Conseil d'État après consultation de la Commission supérieure des monuments historiques. L'effet du classement est de frapper l'immeuble d'une véritable servitude : le propriétaire peut le vendre mais doit en avertir le ministre qui peut s'opposer à la constitution de servitudes ; de plus, toutes destructions, restaurations, réparations, transformations sont soumises à autorisation préalable. En principe, les travaux de conservation incombent au propriétaire mais l'Administration peut se substituer à lui pour les effectuer aux frais de l'État. Le classement

peut donner lieu à indemnisation. À la limite, l'État pourra exproprier le propriétaire. Pour les monuments, dont l'intérêt est moindre, existe une procédure d'inscription sur l'inventaire supplémentaire qui entraîne des charges moins importantes que le classement.

La protection des sites et monuments naturels (loi du 2 mai 1930 modifiée par la loi du 28 décembre 1967) se fait soit par l'inscription sur l'inventaire des sites, soit par le classement, soit par l'établissement d'une zone de protection, soit enfin par l'expropriation. Il faut ajouter à ces mesures de protection le régime des secteurs sauvegardés dans le cas des opérations de rénovation urbaine.

section **2**

L'encouragement à la construction

636 L'intervention de la puissance publique dans le domaine de la construction ne se limite pas seulement à sa réglementation, elle a également pour objet, compte tenu du manque de logements en France, le développement de la construction. Cet encouragement à la construction s'opère de façons diverses, soit de façon directe par la construction publique, soit de façon indirecte par une aide à la construction.

§ 1 Les habitations à loyer modéré (HLM)

637 La législation sur les HLM a pour objet de mettre des logements à la disposition de la partie la plus défavorisée de la population. La mise en œuvre de ce genre d'opération peut revêtir deux formes : les offices et les sociétés. Ce sont les bailleurs sociaux.

A. Les offices publics d'HLM

638 Ce sont des établissements publics administratifs, créés par décret en Conseil d'État à la demande des collectivités territoriales. Ils peuvent être communaux, intercommunaux ou départementaux : ils exercent leur activité dans les limites de la collectivité qui a demandé leur création.

Leur objet est l'acquisition de terrains par voie d'achat ou d'expropriation, la construction d'immeubles qui, à l'origine, devaient être entièrement locatifs.

Depuis la loi du 10 juillet 1965, ils peuvent construire des logements en accession à la propriété.

Les offices publics d'HLM sont gérés par un conseil d'Administration comprenant des membres élus par les représentants des collectivités locales et de diverses institutions et des membres nommés par le préfet. Le conseil prend des délibérations dont les plus importantes sont soumises à approbation (budget, acquisitions d'immeubles, emprunts...). La gestion financière est assurée par le président, leurs ressources proviennent des dotations des collectivités locales, des dons et des legs, des prêts de l'État, des emprunts et des subventions des collectivités publiques, des caisses d'allocations familiales et de certains employeurs.

Les offices disposent d'un personnel placé sous un statut de droit public ; leurs travaux sont des travaux publics.

B. Les sociétés d'HLM

639 Ce sont des sociétés anonymes qui peuvent prendre deux formes : société anonyme d'HLM, société anonyme coopérative de production d'HLM. Ce sont souvent des sociétés d'économie mixte et leur objet est identique à celui des offices.

§ 2 L'aide à la construction

640 Elle peut prendre deux formes essentielles : l'aide au financement et l'aide fiscale.

A. L'aide au financement

641 Le financement des constructions privées appartient aux constructeurs privés. Toutefois, l'Administration peut participer à ce financement par divers procédés :

- les subventions qui peuvent être accordées pour certaines opérations (lotissements, rénovation urbaine, espaces verts) ;
- les primes à la construction qui sont allouées pour la construction de maisons à usage d'habitation, conformes à certaines normes et ne bénéficiant pas d'autres concours financiers publics ;
- les primes à l'amélioration de l'habitat rural ;
- les prêts à la construction qui sont très variés. La loi du 3 janvier 1977 a modifié profondément le système des aides au logement ; en plus du système traditionnel de « prêt épargne logement », les aides financières comportent deux types de prêts : le Prêt aide à l'Accession à la Propriété (PAP) et le prêt conventionné ainsi qu'une Aide Personnalisée au Logement (APL) ;
- le prêt à taux zéro (il encourage les « primo-accédants »).

B. L'aide fiscale

642

La fiscalité en matière immobilière, fort complexe au demeurant, contient certaines dispositions ayant pour objet d'encourager la construction privée par le moyen d'allègements fiscaux. Ceux-ci sont particulièrement notables en ce qui concerne les droits de mutation et la taxe de publicité foncière. On peut citer également les avantages fiscaux accordés aux sociétés de construction, la non-imposition des revenus des logements dont le propriétaire se réserve la jouissance ainsi que la suppression de la taxe foncière pour les constructions nouvelles. Plusieurs dispositifs d'allègement fiscal ont connu un succès incontestable (lois Méhaignerie, Perissol, Besson, de Robien... et le dernier en date, le dispositif Scellier).

Pour aller plus loin Chapitre 5

Conséquences de l'illégalité du PLU sur le permis de construire

Un permis de construire ne constitue pas un acte d'application de la réglementation d'urbanisme en vigueur. Un requérant ne peut donc pas faire valoir, pour demander l'annulation d'un permis de construire, que celui-ci aurait été accordé sous l'emprise d'un PLU illégal. En effet, il doit faire valoir que le permis enfreint les règles d'urbanisme pertinentes remises en vigueur du fait de l'annulation du PLU (art. L. 121-8 C. urb.).

6

Le droit de l'urbanisme

643

L'urbanisme ne constitue pas une opération juridique, c'est un *art* ou plus exactement une *technique* dont le but est de rendre le cadre géographique de la vie sociale plus adapté à son objet, de rendre la cité plus fonctionnelle, la ville ou l'agglomération plus conforme aux besoins de l'homme. L'urbanisme est une application de la prospective c'est-à-dire qu'il s'agit à la fois de prévision et d'action : il faut prévoir les mouvements de population, ses besoins, son comportement futur mais également faire des choix, déterminer une politique. Pour réaliser cette politique, les pouvoirs publics peuvent utiliser la réglementation de police pour apporter des limitations aux initiatives individuelles. Mais les moyens de l'urbanisme ne sont pas nécessairement autoritaires, les procédés d'incitation et les procédés contractuels y ont également leur place.

L'urbanisme ne constitue pas une nouveauté, on trouve des règlements d'urbanisme à travers toute l'Histoire de France mais ce n'est qu'à une époque récente que le problème a pris une importance de première grandeur. Les textes les plus marquants remontent au régime de Vichy ; depuis, on a assisté à une succession de textes. À travers cette réglementation très complexe, on constate que l'on est passé de « l'urbanisme de sauvegarde » à « l'urbanisme opérationnel » dans lequel la puissance publique intervient de façon plus active.

L'étude du droit de l'urbanisme sera limitée aux points essentiels : la planification en matière d'urbanisme et les opérations d'urbanisme. Il faut surtout relever que la planification urbaine relève de plus en plus du niveau intercommunal.

section 1

La planification urbaine

644

À partir des années 60, l'urbanisation s'est développée trop rapidement, dans un cadre juridique inadapté. Les autorités publiques devaient en même temps régler les problèmes fonciers, la demande de logements et d'équipements collectifs. La spéculation foncière aggravait dangereusement la situation. C'est pour apporter

une réponse globale au problème que la Loi d'orientation foncière (LOF) du 30 décembre 1967 s'est attachée à repenser entièrement l'encadrement juridique de l'aménagement urbain. Le législateur a clairement fait la distinction entre les documents d'urbanisme à vocation prospective (les Schémas directeurs d'aménagement et d'urbanisme) et ceux à vocation contraignante (les Plans d'occupation des sols). C'est le début d'un véritable droit de l'aménagement urbain avec, à partir de 1983, le bénéfice de la décentralisation. La loi du 13 décembre 2000 relative à la Solidarité et au renouvellement urbains (SRU) a consolidé les responsabilités locales en la matière tout en modifiant sensiblement l'esprit de la planification urbaine.

❶ § 1 La décentralisation de la planification urbaine

645

La loi du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre l'État et les collectivités locales a posé le principe que la planification urbaine et l'occupation des sols sont des compétences communales (déléguées, le cas échéant, à un groupement intercommunal). Elle a remplacé les anciens SDAU par les Schémas directeurs (SD) et a corrigé la procédure des POS jusqu'à leur remplacement par les SCOT et les PLU.

❷ § 2 La loi SRU et la planification urbaine : les SCOT et les PLU

646

La loi du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains (loi SRU) a jeté les bases d'une nouvelle approche de l'aménagement urbain qui trouve sa traduction dans l'articulation et le contenu des documents d'urbanisme. Le législateur s'est rendu à l'évidence : les schémas directeurs n'ont pas donné les résultats escomptés. Le maillage était loin d'être généralisé... La loi SRU a remplacé le SD par un nouveau document prospectif : le Schéma de cohérence territoriale (SCOT). Ce dernier sera, dans les prochaines années, le document de référence qui permettra de coordonner efficacement les différentes politiques sectorielles : urbanisme, habitat, transports, équipements... Il est élaboré en concertation avec les administrés, ce qui n'était pas le cas des schémas directeurs. Quant aux POS, ils sont progressivement remplacés par les Plans locaux d'urbanisme (PLU), avec là aussi, l'ambition d'une démarche plus globale.

Dans le cadre de la mise en œuvre du « Grenelle de l'environnement », l'une des priorités devient la lutte contre la consommation des terres agricoles ; le droit de l'aménagement encourage la densification des opérations de construction avec la création d'une taxe spécifique due par les constructeurs lorsque la densifica-

tion n'est pas suffisante... Le législateur est désormais à l'exact opposé de la politique qui était prônée dans la loi de 1967, celle de l'étalement urbain.

A. Les Schémas de cohérence territoriale (SCOT)

647

Aux termes du nouvel article L. 122-1 du Code de l'urbanisme, les « Schémas de cohérence territoriale exposent le diagnostic établi au regard des prévisions économiques et démographiques et des besoins répertoriés en matière de développement économique, d'agriculture, d'aménagement de l'espace, d'environnement, d'équilibre social de l'habitat, de transports, d'équipements et de services ».

Le SCOT fixe les orientations générales de l'organisation de l'espace, les équilibres entre zones à urbaniser et zones à protéger de l'urbanisation.

Le législateur a voulu marquer une véritable rupture avec les schémas directeurs. Les SCOT définissent des objectifs dans l'ensemble des politiques locales sectorielles : l'habitat, les équipements, les déplacements, le développement économique. L'élément fondamental du SCOT est le Plan d'aménagement et de développement durable (PADD).

Le législateur, pour contrer l'échec des SD, a institué la règle de l'urbanisation limitée, ainsi que la pérennité de l'établissement public qui élabore et gère le SCOT. Une règle analogue, celle de la constructibilité limitée, avait permis de forcer et d'assurer le succès des POS à partir de 1983. En clair, dans une commune qui n'est pas couverte par un SCOT, le PLU ne peut plus être modifié ou révisé en vue d'ouvrir à l'urbanisation une zone classée en zone naturelle. Le législateur n'impose pas formellement l'élaboration et l'approbation d'un SCOT, mais on voit bien que les communes y sont fortement incitées, sous peine d'être entravées dans leurs projets d'urbanisation.

Le SCOT devient caduc à l'expiration d'un délai de 10 ans à compter de la délibération d'approbation sauf si pendant ce temps, l'établissement public délibère sur son maintien en vigueur ou sa révision.

B. Les Plans locaux d'urbanisme (PLU)

648

Les PLU (art. L. 123-1 C. urb.) sont l'expression d'un projet urbain : ils doivent définir la réglementation de l'utilisation des sols. Le PLU est à la fois un outil stratégique (définition d'une stratégie de développement durable économe de l'espace), opérationnel (programmation des opérations d'aménagement) et réglementaire (édiction de la règle d'utilisation du sol). La loi Grenelle 2 fait de la lutte contre l'étalement urbain et de la préservation des terres agricoles une véritable priorité.

1 ° L'expression d'un projet urbain

Avant de définir les règles d'occupation des sols, il faut commencer par définir un Projet d'aménagement et de développement durable (PADD). Ce document,

le PADD, permet d'avoir une vision globale du développement de la commune ; il est désormais le socle de la planification locale. L'organe délibérant doit notamment débattre formellement des « grands objectifs poursuivis ».

2 ° La réglementation de l'occupation des sols

La loi SRU a modifié le zonage. Il y a 5 zonages : les zones urbaines (U), les zones à urbaniser (AU), les zones naturelles (N), les zones agricoles (A) et les zones forestières à protéger (N).

La loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, communément appelée « Grenelle 2 » a passablement durci le régime juridique des PLU :

– dans la logique de la loi Grenelle 2, le PLU a vocation à devenir, à moyen terme (en principe 2016), de la compétence des intercommunalités : désormais, l'élaboration des PLU à l'échelle intercommunale est le droit commun et le PLU communal l'exception ;

– le PLU doit être compatible avec tout un ensemble de documents dont le SCOT ;

– le PLU oblige à tenir compte d'un ensemble de contraintes environnementales, notamment les sites remarquables (CAA, 25 nov. 2010, *Commune de Grendelbruch*, un parc d'éoliennes doit être compatible avec la préservation des écosystèmes, *AJDA*, 17 janv. 2011, p. 48).

Les SCOT et PLU sont des actes réglementaires : ils ne peuvent donc pas faire l'objet d'un retrait.

Les annulations contentieuses de PLU sont de plus en plus nombreuses depuis que le Conseil d'État sanctionne la formalité substantielle qui consiste à débattre formellement des « grands objectifs poursuivis par le PLU (CE, 10 févr. 2010, *Commune de Saint-Lunire*) : « la délibération... ne permet pas d'établir que le conseil municipal avait délibéré, au moins dans leurs grandes lignes, sur les objectifs poursuivis par la révision de ce document d'urbanisme... ».

Mais l'annulation d'un PLU ne suffit pas à entraîner l'illégalité des permis de construire délivrés sous l'emprise du PLU illégal. Pour que les permis de construire soient eux-mêmes illégaux, il faut qu'ils aient été délivrés en méconnaissant les dispositions d'urbanisme remises en vigueur du fait de l'annulation du PLU.

section **2**

Les opérations d'urbanisme

est l'exécution d'opérations immobilières généralement prévues dans un plan d'urbanisme. Les opérations d'urbanisme peuvent se réaliser par des procédés extrêmement variés (concertation, contrainte, incitation) et grâce à l'intervention d'organismes divers, publics, semi-publics ou même privés. Nous citerons seulement les exemples les plus importants et les plus courants que sont le lotissement et les opérations d'aménagement urbain.

❶ 1 Les lotissements

650 C'est l'opération qui a pour objet ou pour effet la division volontaire d'une propriété foncière en plus de deux lots et ceci en vue de l'implantation de bâtiments (art. R. 315-1 C. urb.).

Le propriétaire qui désire créer un lotissement, doit constituer un dossier qui sera déposé à la mairie. C'est le maire qui prend un arrêté motivé, soit pour accepter, soit pour refuser le lotissement. S'il accepte, le maire peut imposer aux lotisseurs des prescriptions spéciales touchant à l'hygiène, à l'esthétique, au raccordement à une voie publique, à la hauteur des immeubles... L'autorisation préfectorale sera accompagnée d'un cahier des charges qui contient des clauses liant aussi bien le lotisseur que les lotis. Le cahier des charges contient en fait de véritables servitudes d'intérêt général.

❶ 2 Les opérations d'aménagement urbain

651 Il ne s'agit pas ici d'une catégorie juridique déterminée, elle s'applique à des opérations de dimensions variables.

A. Les travaux d'intérêt collectif

652 La « réalisation de travaux d'aménagement et d'équipement d'intérêt collectif, notamment la création d'espaces libres, d'aires de stationnement et de tous autres ouvrages d'intérêt commun » (art. 73 C. urb.) peut être entreprise soit par l'Administration elle-même, soit par des associations syndicales de propriétaires, soit par des établissements publics ou concédés à des sociétés d'économie mixte à participation publique majoritaire.

B. Les opérations de rénovation urbaine

653 La rénovation urbaine se définit comme une transformation d'un quartier vétuste par un ensemble de mesures complexes : acquisitions volontaires ou forcées de bâtiments ou terrains compris dans le périmètre à rénover, démoli-

tions d'immeubles, remembrement... La rénovation peut être entreprise par la commune, par un organisme de rénovation public, semi-public ou privé avec l'aide financière de l'État et l'aide des propriétaires intéressés. La décision de rénovation est prise par arrêté préfectoral sur intervention du Conseil municipal. Les propriétaires récalcitrants pourront éventuellement être expropriés.

C. Le remembrement urbain

654

Il s'agit d'une opération qui consiste à regrouper et à distribuer des parcelles de terrain en vue d'une utilisation conforme au plan d'urbanisme. Le remembrement est généralement poursuivi par une association syndicale (notamment les associations foncières urbaines prévues par la loi d'orientation foncière). C'est le préfet qui délimite le périmètre de remembrement et approuve le projet, éventuellement rectifié par le juge de l'expropriation.

D. Les ZAC

655

Les Zones d'aménagement concerté (ZAC) constituent une modalité de l'urbanisme opérationnel. La formule résulte de la loi foncière de 1967 : elle a été conçue à l'origine pour réaliser des extensions urbaines à la périphérie des villes, notamment en remplacement des ZUP de sinistre mémoire. « Les zones d'aménagement concerté sont les zones à l'intérieur desquelles une collectivité publique ou un établissement public y ayant vocation décide d'intervenir pour réaliser ou faire l'aménagement ou l'équipement des terrains, notamment de ceux que cette collectivité ou cet établissement a acquis ou acquerra en vue de les céder ou de les concéder ultérieurement à des utilisateurs publics ou privés » (art. L. 311-1 C. urb.).

Les ZAC esquissent un régime plus libéral et plus souple : disparition du droit de préemption, possibilité de confier la réalisation à des personnes privées, déconcentration dans l'établissement de la zone, concertation érigée en système.

Les ZAC sont créées à l'initiative de l'État ou des collectivités locales avec comme objectif l'aménagement et l'équipement de terrains bâtis ou non en vue de la réalisation de constructions à usage d'habitation, de commerce, d'industrie, de service et d'installations et d'équipements collectifs publics ou privés. La loi SRU de décembre 2000 a modifié le régime des ZAC : elle a rétabli notamment l'exigence d'un cahier des charges et la ZAC est intégrée au PLU. La ZAC a donc perdu son aspect « d'urbanisme dérogoire ».

L'initiative d'une ZAC est toujours publique.

Pour aller plus loin Chapitre 6

Un PLU de plus en plus lourd

10 ans après sa création par la loi SRU du 13 décembre 2000, le PLU connaît une crise de croissance. Déjà nettement plus contraignant que l'ancien POS en termes de documents obligatoires, de procédure, le PLU a encore été alourdi par les exigences environnementales (loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement appelée communément Grenelle 2 de l'environnement) ; la production de diagnostics, de bilans (ex. : biodiversité) est telle que de nombreuses communes hésitent désormais à transformer leur POS en PLU ou à passer de la carte communale au PLU : toutes ces contraintes ont un coût exorbitant pour les collectivités, obligées de recourir à des consultants spécialisés et agréés (ce qui les rend encore plus cher). Le législateur fait fi de tels détails !

Aujourd'hui, il y a 9 000 PLU et 8 000 POS. Les communes ne disposent pas de l'ingénierie pour concevoir des PLU au standard de la loi Grenelle 2. Certaines communes refusent d'entamer une révision de leur POS : cela les obligerait à passer en PLU.

Enfin, on peut avoir des doutes sur la possibilité d'avoir une généralisation des PLU intercommunaux à partir de 2016 : la réflexion de l'aménagement de l'espace est déjà si délicate à l'échelle d'une seule commune...

7

L'aménagement du territoire

656

Au 1^{er} janvier 2011, la France a atteint une population totale de 65 millions d'habitants. Elle est l'un des seuls pays européens où la démographie progresse naturellement, grâce à un taux de fécondité des femmes supérieur à 2. Le revers de la médaille est que la population est bien mal répartie sur l'ensemble du territoire national. Pire : les phénomènes de péri-urbanisation galopante et de dépeuplement de certaines régions (Champagne-Ardenne) ! Ce qui inquiète les citoyens, c'est l'accès de plus en plus difficile à certains services : il y a, entre autres, de véritables « déserts médicaux ». Et pourtant, depuis plus de 50 ans, les pouvoirs publics mettent en œuvre une politique « d'aménagement du territoire ».

C'est grâce à l'ouvrage de Jean-François Gravier (*Paris et le désert français*) publié en 1947 que l'expression « aménagement du territoire » a commencé à connaître un succès considérable. C'est pourtant un terme pour lequel n'existait aucune définition légale ni officielle bien que des administrations et des services officiels utilisaient déjà le terme. En 1950, son promoteur, M. Claudius-Petit, ministre de la Reconstruction et de l'Urbanisme, avait donné cette définition : « La recherche dans le cadre géographique de la France d'une meilleure répartition des hommes en fonction des ressources naturelles et des activités économiques. » Compte tenu de l'évolution de cette notion, on peut dire que l'aménagement du territoire est devenu une politique d'équilibre, celui de l'adéquation des hommes et des ressources dans toutes les parties du territoire national. C'est d'ailleurs la définition donnée par la loi d'orientation du 25 juin 1999 pour l'aménagement et le développement durable du territoire qui indique (art. 1^o) : « ... la politique nationale d'aménagement et de développement durable du territoire permet un développement équilibré de l'ensemble du territoire national alliant le progrès social, l'efficacité économique et la protection de l'environnement... ».

L'aménagement du territoire comporte en effet des *aspects politiques* multiples : il constitue un des volets essentiels de la politique économique et sociale française ; de plus, il est intimement lié à la politique de régionalisation et de décentralisation. C'est un des moyens privilégiés pour lutter contre les disparités régionales et contre l'inégalité de développement des régions et de compenser

les inconvénients du phénomène d'accroissement urbain. Cette politique s'était longtemps contentée d'un objectif de rééquilibrage entre l'Île-de-France et la province.

Les moyens de l'aménagement du territoire sont d'ordre juridique. Il y a :

– *la déconcentration* marquée par le décret du 10 mai 1982 et la loi du 6 février 1992 jusqu'à la mise en œuvre de la REATE qui attribue au préfet de région les compétences pour « mettre en œuvre la politique du Gouvernement concernant le développement économique et l'aménagement du territoire de la région » ;

– *la décentralisation*, développée surtout depuis la loi du 2 mars 1982 par la compétence en ce domaine des régions (conseil régional).

Au total, la politique en matière d'aménagement du territoire, suivie depuis quelques années par les pouvoirs publics, se caractérise par deux grandes idées :

– choix d'une politique d'interventions localisées (politique de zonage) plutôt que d'une politique de saupoudrage ;

– choix de procédés d'incitation (primes, prêts, exonérations fiscales) de préférence aux procédés autoritaires.

section **1**

Les organes de l'aménagement du territoire

657 D'abord élaborée et mise en œuvre exclusivement par des organes de l'État, la politique d'aménagement du territoire est aujourd'hui déterminée et conduite à la fois par l'État et les collectivités territoriales.

§ 1 Les organes nationaux

658 On distingue les organes exécutifs et les organes délibérants.

A. Les organes exécutifs

659 La DATAR (Délégation à l'aménagement du territoire et à l'action régionale), instituée par un décret du 14 février 1963, a pendant un demi-siècle constitué l'emblème de la politique d'aménagement du territoire. Afin de bien marquer les nouveaux objectifs de l'aménagement du territoire (la compétitivité des territoires), la DATAR a été rebaptisée Délégation à l'aménagement et à la compétitivité des territoires : la DIACT (décr. du 31 déc. 2005). La DIACT a repris les missions traditionnelles de la DATAR et intégré celles de la mission interministé-

rielle sur les mutations économiques. Cette évolution traduisait la volonté de l'État de promouvoir l'attractivité et la compétitivité des territoires, tout en poursuivant la politique de solidarité envers les zones fragiles, qu'elles soient rurales ou urbaines. Mais le nouvel acronyme n'entraîne pas dans les esprits... Le gouvernement a décidé de lui redonner sa dénomination traditionnelle de DATAR, mais en donnant au deuxième « A » une nouvelle signification, celle « d'Attractivité » : c'est l'objet du décret du 14 décembre 2009 créant la Délégation interministérielle à l'aménagement du territoire et à l'attractivité régionale (DATAR) et précisant ses missions :

« La DATAR, placée sous l'autorité du Premier ministre, est chargée de préparer les orientations et mettre en œuvre la politique nationale d'aménagement et de développement du territoire... ».

La DATAR constitue le relais administratif de l'action gouvernementale en la matière. Paradoxalement, alors qu'elle a une vocation fondamentalement interministérielle, elle est aujourd'hui, ni plus ni moins, que la structure administrative à la disposition du ministre en charge de l'aménagement du territoire.

La DATAR est une administration de mission, donc par définition, affranchie de la classique structure pyramidale. Elle a essentiellement un rôle de réflexion, d'impulsion et de coordination en amont des décisions. Elle est organisée autour du Délégué (nommé par décret en Conseil des ministres) et des chargés de mission (fonctionnaires détachés, contractuels et vacataires). Avec les agents de soutien, la DATAR représente aujourd'hui une équipe de 120 personnes. N'ayant pas un rôle de gestionnaire, son budget est modeste : sa mission n'est pas de faire, mais de faire faire (par les ministères concernés). Elle intervient notamment de manière déterminante dans la préparation des contrats État-Région. Voir site Internet : www.datar.gouv.fr

Depuis 1967, existe de manière continue un ministère chargé de l'aménagement du territoire, toujours couplé avec une autre fonction ministérielle (équipement, intérieur, etc.) : depuis le remaniement ministériel du 14 novembre 2010, c'est le ministère de l'Agriculture qui est aussi chargé de l'aménagement du territoire.

B. Les organes délibérants

660

On distingue les organes à vocation générale et ceux à vocation sectorielle.

Il y a deux organes qui traitent l'ensemble des problèmes généraux d'aménagement du territoire : le CIADT et le CNADT.

Le CIADT (décr. du 12 oct. 2005) est le Comité interministériel à l'aménagement et au développement du territoire : c'est la nouvelle dénomination du Comité initialement institué par Michel Debré en 1960 sous la dénomination de CIAT, rebaptisé plusieurs fois depuis. Il est présidé par le Premier ministre et se compose des ministres qui sont concernés par l'élaboration et la mise en œuvre de la politique d'aménagement du territoire. Réuni en moyenne deux fois par an, le CIADT délibère les grandes orientations, telles que les délocalisations administratives, les priorités à respecter dans les contrats de projet, la création

et le développement des pôles de compétitivité, etc. Dans des domaines souvent sensibles, l'arbitrage du Premier ministre apparaît déterminant (grandes infrastructures routières et ferroviaires).

Le CNADT est le Conseil national d'aménagement et de développement du territoire (institué par la loi Pasqua du 4 févr. 1995). C'est un organe purement consultatif, composé de 52 membres (élus et représentants des activités économiques et sociales) et présidé lui aussi par le Premier ministre. Le CNADT est notamment consulté sur la mise en œuvre des divers instruments juridiques de l'aménagement du territoire, tels que les zonages.

Par ailleurs, fonctionnent plusieurs organes délibérants à vocation spécialisée, sectorielle. Le plus connu est le CIALA (Comité interministériel pour les aides à la localisation des activités). Il a été institué par un décret du 10 juillet 1982. Il est présidé par le ministre chargé de l'aménagement du territoire et composé de hauts fonctionnaires (trésor, budget, industrie). Le CIALA est essentiellement chargé d'émettre un avis sur l'octroi de la Prime d'aménagement du territoire (PAT) sur la base des dossiers enregistrés et instruits par la DATAR.

§ 2 Les organes régionaux

661

L'espace régional a, dès 1955, été perçu comme l'échelon optimal de mise en œuvre de l'aménagement du territoire. Il s'agissait alors uniquement de la région « circonscription administrative de l'État ». À partir de 1982, il a fallu prendre en compte les aspirations de la Région, collectivité territoriale.

Le préfet de région (créé par un décret du 14 mars 1964) est chargé de la mise en œuvre des politiques nationale et communautaire d'aménagement du territoire et de développement régional dans le cadre de la région, circonscription administrative de l'État. Il est assisté par une structure administrative spécifique : le SGAR (Secrétariat général aux affaires régionales). Le préfet de région bénéficie d'importants pouvoirs de gestion déconcentrée en cette matière : signature des contrats, gestion des crédits ministériels sous la forme de Budgets opérationnels de programme (BOP), gestion des fonds européens, coopération transfrontalière, etc.

La région, en tant que collectivité territoriale, s'est rapidement affirmée comme l'interlocuteur et le partenaire privilégié du préfet de région. Le contrat État-Région (encore appelé Contrat de projet État-Région, CPER) est l'expression la plus achevée de ce partenariat.

section **2**

Les instruments de l'aménagement du territoire

662 L'aboutissement de la politique d'aménagement du territoire nécessite à la fois des instruments juridiques et des instruments financiers.

§ 1 Les instruments juridiques

663 Le cadre juridique est aujourd'hui fixé par la loi d'orientation du 25 juin 1999 relative à l'aménagement et au développement durable du territoire (dite loi Voynet). Cette loi est intervenue à peine 4 ans après la loi d'orientation précédente, en l'occurrence la loi d'orientation du 4 février 1995 (dite loi Pasqua). Même si les deux textes se sont succédé trop rapidement, il apparaît que les principaux instruments juridiques de l'aménagement du territoire sont le zonage et la contractualisation. Il subsiste toutefois des instruments de contrainte tels que l'agrément (agrément pour la création de bureaux en région Ile-de-France) et les délocalisations imposées à certains organismes administratifs et à certaines écoles (l'exemple de la délocalisation de l'ENA à Strasbourg n'est certes pas le plus probant).

A. L'abandon de la planification

664 Dès sa création, la DATAR a eu l'ambition de réaliser un schéma général de l'aménagement de la France à l'horizon d'une vingtaine d'années. Même indicative et purement prospective, cette planification des besoins en équipements, en infrastructures s'est révélée fastidieuse. La loi du 29 juillet 1982 relative à la réforme de la planification avait voulu relancer la planification spatiale en parallèle avec la planification du développement économique et social : il n'en reste aujourd'hui que les contrats de plan. Plus récemment, la loi Pasqua du 4 février 1995 avait posé le principe d'un Schéma national d'aménagement et de développement du territoire (SNADT) affichant les priorités de l'État, mais prenant en compte les ambitions de chacune des régions, collectivités territoriales, consignées dans un Schéma régional d'aménagement et de développement du territoire (SRADT). Finalement, la loi Voynet du 25 juin 1999 avait renoncé à l'idée d'un schéma général au profit de schémas sectoriels ...aujourd'hui complètement perdus de vue.

Il faut se rendre à l'évidence : la planification est bien abandonnée. À défaut de planifier, la DATAR essaie de relancer la prospective par un nouveau programme intitulé « Territoires 2040 ».

B. La contractualisation

665 Depuis la réforme de la décentralisation, l'instrument contractuel est le plus adapté pour déterminer les obligations respectives de l'État et des collectivités territoriales. Les « contrats » sont juridiquement des contrats administratifs même si la jurisprudence n'a pas conclu de façon sûre et définitive au caractère pleinement contractuel de toutes les clauses. Les contrats État-Région bénéficient d'un financement garanti : c'est un solide argument de l'État en faveur de la contractualisation (12,7 milliards d'euros pour la période 2007-2013 de la part de l'État et 15 milliards d'euros des régions).

Tirant enfin les conséquences de la suppression du Plan et même du commissariat général au Plan, la nouvelle génération de contrats a été rebaptisée « Contrats de projets État-Régions ». Les nouveaux contrats ont été opérationnels début 2007 ; ils ont été conçus pour une durée de 7 ans. Les engagements financiers ont été plus sélectifs que précédemment (en resserrant les financements prioritaires sur un nombre limité de thématiques et d'investissements structurants).

§ 2 Les instruments financiers

666 Il s'agit essentiellement des crédits budgétaires et des incitations fiscales. Les zones réputées prioritaires en matière d'aménagement du territoire (ex. : Zones de revitalisation rurale, Zones de redynamisation urbaine, Zones franches urbaines, etc.) bénéficient d'une véritable politique d'exonération fiscale au profit des entreprises. Le zonage (compétence réglementaire) permet une discrimination positive au profit de certains périmètres définis dans le cadre de la mise en œuvre des politiques sectorielles d'aménagement du territoire (ex. : en matière de politique de la Ville). La mise en œuvre de la politique nationale d'aménagement du territoire bénéficie de plusieurs enveloppes budgétaires dédiées sous la forme de « fonds », par exemple le Fonds national de revitalisation des territoires (FRNT) créé en 2009 pour bénéficier aux territoires touchés par des restructurations industrielles (le fonds est géré par le ministre en charge de l'industrie).

Malgré plus d'un demi-siècle de politique active d'aménagement du territoire, les inégalités entre territoires restent très fortes et l'écart se creuse entre la ville et la campagne (les « déserts médicaux »).

Pour aller plus loin Chapitre 7

L'aménagement du territoire

Voilà un domaine qui permet de réviser l'ensemble du droit administratif général : décentralisation, déconcentration, administrations de gestion et administrations de mission, contractualisation (les contrats de projet)... Le renforcement des pouvoirs des préfets de région est en relation directe avec la politique d'aménagement du territoire. Est-il encore possible de distinguer aménagement du territoire et développement local ?

La dimension communautaire

La politique nationale d'aménagement du territoire s'intègre dans la politique communautaire de cohésion. Ainsi, au titre de l'objectif 3, la France est impliquée dans des programmes de coopération à 3 niveaux :

- le niveau transfrontalier avec la mise en œuvre d'actions conjointes et le traitement de problèmes communs aux populations transfrontalières (contribution du FEDER) ;
- le niveau transnational avec la mise en œuvre de programmes visant de grands espaces de coopération (ex. : Méditerranée) ;
- le niveau interrégional qui vise à promouvoir les politiques régionales innovantes et performantes (programme Urbact).

Annexe 1

Les Questions à réponses courtes (QRC)

Une question à réponse courte n'est pas une dissertation : la réponse n'appelle pas la formalisation d'une problématique. Il s'agit, en une quinzaine de lignes (format IRA) de faire ressortir les éléments les plus importants. Faut-il faire un plan ? Ne s'agissant pas d'une dissertation, le plan en 2 parties ne s'impose pas. Néanmoins, un plan permet de présenter une réponse raisonnée, clairement articulée autour de deux ou trois idées principales. Voici quelques exemples de sujets développés à titre indicatif.

Les candidats au concours des IRA pourront se reporter avec grand profit à l'ouvrage suivant : Jean-Charles Savignac, IRA-Instituts régionaux d'administration, Sirey, coll. « Spécial concours », 3^e éd., 2010.

IRA

2010 : La circulaire dans le droit français.

2009 : La continuité du service public.

2008 : 1. Le maire, agent de l'État.

2. Les grands principes de la responsabilité administrative.

2007 : 1. Les pouvoirs propres du président de la République.

2. Les principes qui président à la répartition des compétences des collectivités territoriales.

3. La gestion du service public par les personnes privées.

2006 : 1. Utilité de la législation par voie d'ordonnances (art. 38).

2. Qu'est-ce qu'un service public ?

3. Les rôles du Conseil d'État.

4. Le retrait des actes administratifs.

Magistrat

2010 : 1. La liberté d'aller et venir.

2. Quand l'administration doit-elle réparer les dommages qu'elle cause ?

3. Le rôle disciplinaire du Conseil supérieur de la magistrature.

- 2009 :
1. Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution de 1958.
 2. Les référés devant le juge administratif.
 3. L'évolution des saisines du Conseil constitutionnel.
 4. En quoi consiste aujourd'hui la liberté de communication ?

Sujet corrigé 1 : *La place du Sénat* *dans la V^e République*

En vertu de l'article 24 de la Constitution, le Parlement se compose de l'Assemblée nationale et du Sénat. Le Sénat constitue la seconde chambre : son rôle est incontestablement renforcé par rapport à la IV^e République, mais il n'a pas l'autorité qu'il pouvait avoir sous la III^e République. Même si le bicaméralisme sous la V^e République se veut égalitaire, il faut constater que l'institution fait régulièrement l'objet de sérieuses critiques, voire de tentatives de suppression (référendum du 27 avr. 1969). Son mode d'élection, le suffrage universel indirect, justifie sa place secondaire par rapport à l'Assemblée nationale, élue, elle, au suffrage universel direct.

Le Sénat dans la procédure législative : *une égalité rompue*

Certes, sous la V^e République, le Sénat participe à part. entière à la discussion et au vote de la loi. Il faut néanmoins remarquer que le gouvernement doit prioritairement présenter certains textes à l'Assemblée nationale (lois de finances, lois de financement de la Sécurité sociale). Le Premier ministre peut rompre l'égalité entre les chambres en demandant à l'Assemblée nationale de statuer définitivement. Enfin, il faut rappeler que le gouvernement ne peut pas engager sa responsabilité devant le Sénat et que celui-ci ne dispose pas de la motion de censure.

Le Sénat, représentant des collectivités *territoriales*

Aux termes de l'article 24 de la Constitution, le Sénat assure la représentation des collectivités territoriales de la République et des Français établis à l'étranger. Or, il s'avère que les collectivités territoriales se sentent mieux représentées par leurs associations respectives que par le Sénat !

Sujet corrigé 2 :

Les révisions

de la Constitution

de 1958

Une constitution ne peut pas rester figée ! La Constitution de la V^e République n'échappe pas à la règle : elle a déjà subi 24 révisions (la dernière en date : 23 juillet 2008). Les révisions permettent donc d'adapter le texte constitutionnel aux exigences nouvelles, sans pour autant compromettre l'équilibre ou la nature du régime politique qui résulte de la Constitution. La Constitution prévoit formellement une procédure de révision, celle de l'article 89 ; la pratique politique a ajouté une procédure controversée, celle de l'article 11 de la Constitution.

La procédure normale

(art. 89 de la Constitution)

Trois étapes se succèdent jusqu'à l'aboutissement de la révision : l'initiative, l'adoption et la ratification. L'initiative appartient concurremment au président de la République, sur proposition du Premier ministre, et aux parlementaires. Le projet ou la proposition de révision doit ensuite être adopté par les deux chambres, en termes identiques, à la majorité simple. Enfin, et c'est ce qui fait la spécificité d'une loi constitutionnelle, le texte adopté doit être ratifié : le président de la République a le choix entre le référendum et le vote qualifié du congrès du Parlement (majorité des 3/5^e par les députés et sénateurs siégeant exceptionnellement ensemble). Ainsi, en 2000, le président de la République, pour la réduction du mandat présidentiel de 7 à 5 ans, avait-il opté pour le référendum.

La procédure concurrente (art. 11 de la Constitution)

Par deux fois, le général de Gaulle, pour contourner le Parlement, a utilisé le référendum de l'article 11 à des fins de révision constitutionnelle : une première fois en 1962 pour réformer le mode d'élection du président de la République et une seconde fois en 1969 pour réformer le Sénat. Il s'appuyait sur le fait que l'article 11 vise les projets qui sont relatifs « à l'organisation des pouvoirs publics »... n'est-ce pas le propre d'une disposition constitutionnelle ?

Sujet corrigé 3 : La circulaire en droit français

Les circulaires sont des actes qui permettent à une autorité administrative, le plus souvent un ministre, d'expliquer et de commenter une loi ; elles permettent aux fonctionnaires d'appliquer correctement les lois et règlements, les circulaires valant « guide d'application ». Les circulaires sont donc avant tout des textes d'interprétation qui ont pour vocation de mettre à la portée des fonctionnaires les dispositions législatives les plus complexes. Ce sont des mesures d'ordre intérieur qui ne doivent pas ajouter de dispositions normatives supplémentaires à celles dont elles doivent faciliter la mise en œuvre. Elles prennent la forme de lettres circulaires (d'où leur appellation), d'instructions ou de notes de service.

Des actes qui ne conditionnent pas l'applicabilité d'une loi

Les circulaires sont publiées au *Journal officiel* des lois et décrets, sauf exception. En effet, certaines circulaires ministérielles sont publiées dans le bulletin officiel du ministère correspondant. Il devient rare qu'une circulaire reste non publiée, c'est-à-dire de fait non accessible aux administrés.

Régulièrement, le premier ministre est obligé de rappeler que l'intervention d'une circulaire n'est pas une condition nécessaire pour l'application d'une loi. En effet, une loi est applicable dès le lendemain de sa publication au Journal Officiel (sauf dispositions contraires).

Des actes qui peuvent faire grief

Le Conseil d'État a d'abord créé une distinction entre les circulaires interprétatives et les circulaires réglementaires, les premières ne faisant pas grief, les

secondes faisant grief parce qu'elles ajoutent des obligations au droit existant, celui résultant des lois et règlements (CE, 29 janv. 1954, *Institution Notre Dame du Kreisker*). Le juge administratif, sur la base de cet arrêt de principe, pouvait accueillir les recours contre les circulaires contenant des dispositions réglementaires et pouvait les annuler sur ce fondement.

L'actuelle distinction repose sur la distinction entre les circulaires à caractère impératif et celles dénuées de caractère impératif. C'est l'apport de l'arrêt CE, 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*. Ainsi, lorsqu'une circulaire contient des dispositions impératives, elle devient un acte qui fait grief : le recours est dès lors recevable et le juge administratif peut annuler la circulaire car elle est illégale.

Sujet corrigé 4 : Les Cours administratives d'appel (CAA)

L'engorgement du Conseil d'État a amené le législateur à créer des juridictions d'appel spécifiques : les cours administratives d'appel. La loi du 31 décembre 1987 a ainsi créé ces cours (il y en a 8 aujourd'hui), qui ont progressivement absorbé toutes les compétences d'appel précédemment exercées par le Conseil d'État.

Elles sont présidées par un conseiller d'État et sont divisées en chambres. Les CAA ont acquis le quasi-monopole de l'appel... mais le pouvoir réglementaire a limité les possibilités de faire appel.

Le quasi-monopole de l'appel

Progressivement, les CAA ont repris toutes les compétences d'appel qu'exerçait auparavant le Conseil d'État. Ainsi, depuis 2005, les appels frappant les jugements relatifs aux reconductions à la frontière, sont de la compétence des CAA et non plus du Conseil d'État. Aujourd'hui, le Conseil d'État n'est plus juge d'appel que pour les recours en matière d'élections municipales et cantonales. Peu à peu, cette montée en puissance a engendré l'engorgement des CAA (notamment avec le contentieux des reconductions à la frontière).

La réforme de l'appel : la limitation des possibilités de faire appel

Le décret du 24 juin 2003, passé relativement inaperçu, a limité de manière sévère les possibilités de faire appel devant les cours. En effet, le décret a supprimé l'appel pour les litiges relevant en première instance du juge unique (devant le tribunal administratif). Or le décret a allongé la liste des litiges relevant du juge unique. Ainsi, bon nombre de litiges ne sont plus susceptibles que d'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'État (avec ministère d'avocat au Conseil).

Annexe 2

Exemples de programmes de l'épreuve de droit public de concours administratifs

Nous attirons l'attention des candidats sur les nouvelles modalités d'épreuves qui concernent plusieurs concours : les IRA (arrêté du 6 juin 2008 fixant la nature, la durée et le programme des concours d'entrée aux IRA), attaché territorial (décret du 22 juin 2009 fixant les modalités d'organisation des concours pour le recrutement des attachés territoriaux), inspecteur des finances publiques (arrêté du 2 mars 2011 fixant les règles d'organisation générale, la nature et le programme des épreuves des concours pour l'accès au grade d'inspecteur des finances publiques). Le concours d'inspecteur des finances publiques se substitue à partir de 2011 aux anciens concours d'inspecteur du trésor et d'inspecteur des impôts.

Administrateur territorial

1. Théorie générale du droit public

Les sources du droit public et la hiérarchie des normes

Les personnes publiques

L'organisation juridictionnelle française

Les droits fondamentaux et libertés publiques

2. Droit constitutionnel et Institutions politiques

Théorie constitutionnelle : souveraineté, État et nation, les mécanismes démocratiques ;

Le régime politique français depuis la III^e République ;

La Constitution de 1958 et son application ;

Notions sommaires et actualisées sur les institutions des principaux pays européens et des USA.

3. Organisation administrative française

Organisation de l'État et décentralisation ;

L'administration d'État, les collectivités décentralisées et leurs groupements, les établissements publics, les autres personnes morales de droit public (GIP, agences, autorités administratives indépendantes).

4. L'action administrative

La règle de droit et le principe de légalité ;

Le pouvoir réglementaire ;

Les actes de l'administration : les actes unilatéraux, les contrats administratifs ;

La police administrative ;

Le service public et ses modes de gestion ;

La responsabilité de l'administration ;

Contrôle et évaluation de l'action administrative.

5. Les biens publics et l'expropriation pour cause d'utilité publique

Domaine Les diverses catégories d'agents de l'État et des collectivités publiques.

6. Les marchés publics

Données générales et dispositions communes ;

Les différents types de marchés.

7. Les travaux publics

La notion de travaux publics ;

La responsabilité du fait des dommages causés lors des travaux publics ;

Les différents types de travaux publics.

8. La fonction publique

Principes généraux ;

Droits et obligations ;

Règles de recrutement et de carrière ;

Les principales caractéristiques de la fonction publique territoriale.

Attaché d'administration de l'Éducation nationale et de l'enseignement supérieur (AAENES)

Institutions politiques et droit administratif

I. Institutions politiques

1. La Constitution de 1958 : notions sur les mécanismes de la vie politique française. Structure du pouvoir et organisation du Gouvernement.

2. La Communauté économique européenne.

II. Droit administratif

1. L'organisation administrative :

– Notions générales sur l'organisation administrative : décentralisation, déconcentration ;

– L'Administration de l'État : Administration centrale, services extérieurs, le préfet ;

– Les cadres territoriaux de l'organisation administrative : la région, le département, la commune.

2. Les principes généraux de l'activité administrative :

Le principe de légalité et ses conséquences :

– La loi, l'ordonnance, le décret, l'arrêté. Leurs auteurs et leurs formes ;

– Subordination de l'Administration à la loi et aux principes généraux du droit, la portée actuelle du principe ;

– Hiérarchisation des autorités administratives ;

– Légalité et opportunité.

Théorie de l'acte administratif :

– Les actes unilatéraux. Conditions d'émission et de disparition (abrogation, retrait). Effets ;

– La motivation des actes administratifs ;

– Les contrats administratifs. Différents types. Régime juridique. Les marchés des établissements publics nationaux.

La notion de service public et son application :

– Le concept de service public et son extension. Notions générales ;

– Les différents types de services publics, de l'État et des collectivités locales : régies, établissements publics, entreprises nationalisées, entreprises non publiques gérant des services publics.

Rapports de l'Administration avec les particuliers :

– L'égalité des individus devant le service public et devant les charges publiques ;

– L'accès aux documents administratifs ;

– La loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et les mesures prises pour son application.

3. Le contrôle de l'activité administrative :

– Les juridictions administratives.

– Le contrôle de légalité.

– La responsabilité de l'Administration à raison des dommages causés par elle et sa mise en œuvre.

4. La fonction publique :

– Composition et situation juridique du personnel de l'Administration.

– Organisation générale de la fonction publique : organismes, corps et grades.

Garanties, droits, obligations du fonctionnaire.

Attaché territorial

Le programme de la 2^e épreuve écrite du concours externe est fixé comme suit :

1. Droit constitutionnel

Notions générales sur les institutions politiques. Les institutions politiques françaises actuelles ; la Constitution du 4 octobre 1958, l'organisation des pouvoirs publics, les rapports entre les pouvoirs, le bloc de constitutionnalité, le contrôle de constitutionnalité des lois.

2. Droit administratif et institutions administratives

A. L'organisation administrative et territoriale de la France :

1. Cadres juridiques et territoriaux de l'organisation administrative : centralisation, déconcentration et décentralisation.

2. L'administration de l'État : administration centrale, services à compétence nationale, autorités administratives indépendantes, services déconcentrés, autorités déconcentrées (préfets de région, du département, sous-préfets).

3. L'organisation décentralisée de la République : le statut juridique des collectivités territoriales, les collectivités à statut particulier ou spécial ; les différentes collectivités territoriales : les communes, les départements et les régions ; les établissements publics de coopération intercommunale.

4. Les personnes publiques spéciales : les établissements publics, les groupements d'intérêt public.

B. La juridiction administrative et le contentieux administratif :

1. Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires : définition, origines et fondements : le rôle du tribunal des conflits dans le fonctionnement du dualisme juridictionnel français.

2. L'organisation de la juridiction administrative : juridictions de droit commun : le Conseil d'État, les cours administratives d'appel, les tribunaux administratifs ; juridictions administratives spéciales (les juridictions financières et les autres juridictions spécialisées).

3. Le contentieux administratif : les recours devant la juridiction administrative : le recours pour excès de pouvoir, le contentieux de pleine juridiction, les

nouveaux pouvoirs du juge administratif ; la procédure administrative contentieuse ; les voies de recours contre les décisions des juridictions administratives.

C. L'action administrative et le principe de légalité :

1. Les sources du droit administratif, la hiérarchie des normes, le principe de légalité et le contrôle de légalité.

2. Les activités de l'administration : la police administrative : définition, autorités de police administrative, pouvoirs de police, mesures de police, répartition des pouvoirs de police, contrôle juridictionnel des mesures de police administrative ; les activités de service public : définition de la notion de service public, la typologie des services publics, les grands principes du service public, les modes de gestion du service public.

3. Les actes de l'administration : les actes administratifs unilatéraux : le pouvoir réglementaire, définition de l'acte administratif, procédure d'élaboration (procédure administrative non contentieuse : consultation, motivation, transparence), conditions d'entrée en vigueur, abrogation et retrait des actes administratifs ; les contrats de l'administration ; les critères de distinction entre contrats administratifs et contrats privés de l'administration ; le régime juridique des contrats administratifs ; marchés publics et délégations de service public.

4. Le droit de la responsabilité administrative : les principes généraux de la responsabilité des personnes publiques ; la responsabilité administrative pour faute, la responsabilité sans faute de l'administration ; les régimes légaux de responsabilité administrative, la théorie du cumul des responsabilités.

Commissaire aux Armées

Droit constitutionnel et institutions politiques

L'État :

– Les modes d'établissement et de modification ou d'abolition de la constitution des États ;

– Les grands problèmes constitutionnels ; structure et pouvoir des organes de Gouvernement ; les formes d'État et les formes politiques ; les droits et libertés publiques, leur évolution, leurs garanties et leur contrôle en droit français ;

– Les régimes électoraux.

Les principaux systèmes politiques :

– Les régimes politiques des États-Unis, de l'URSS, de la Grande-Bretagne, de la République fédérale allemande, de l'Italie et de la Suisse ;

– L'évolution des institutions politiques françaises depuis 1789 ;

– La Constitution française en vigueur, les pouvoirs publics, relations entre les pouvoirs, le pouvoir constituant et la révision de la Constitution ;

– Le Conseil économique et social.

Droit administratif

Les sources du droit administratif : la loi, le règlement, les instructions et circulaires de service.

Structure de l'Administration :

– Organes centraux : Gouvernement, Administrations centrales, Conseil d'État ;

– Organes régionaux et locaux : services extérieurs ;

– Décentralisation et déconcentration : départements et communes ; régions ;

– Les divers services publics : services publics et établissements publics administratifs.

Les agents des services publics :

– Le statut général de la fonction publique : recrutement, obligations, droit et responsabilité des fonctionnaires ;

– Diverses catégories d'agents ;

– Les groupements de fonctionnaires.

Les interventions de l'Administration dans l'ordre économique et social :

– Services publics industriels et commerciaux ; établissements publics ; entreprises nationales ; société d'économie mixte ; les subventions ;

– Les organes de l'Administration économique : le Conseil économique ;

– Le plan et l'aménagement du territoire ;

– Le budget social de la nation ;

– Domaine public et domaine privé : compositions, régime juridique, mode de gestion.

Les contrats de l'Administration :

– Caractères généraux ; les marchés ; les concessions ; les régies ;

– Les travaux publics.

La responsabilité administrative :

– Responsabilité de la puissance publique ;

– Responsabilité des fonctionnaires envers l'État et les particuliers ;

– Le contrôle juridictionnel de l'Administration ;

– Rôles respectifs des juridictions administratives et judiciaires. Le tribunal des conflits ;

– Organisation et compétence des tribunaux de l'ordre administratif. Procédure suivie devant ces juridictions ;

– Les recours. Le recours pour excès de pouvoir.

Commissaire de la police nationale

Droit constitutionnel

Principes généraux. La séparation des pouvoirs.

Aperçus de l'histoire des institutions politiques françaises depuis 1789.

Le régime parlementaire. Le régime présidentiel.

La Constitution du 4 octobre 1958.

Libertés publiques

L'État et l'individu.

Les déclarations de droits.

Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen (27 août 1789).

Préambule de la Constitution de 1946.

Déclaration universelle des droits de l'homme (10 décembre 1948).

L'égalité.

Liberté de la personne physique.

Inviolabilité du domicile. Inviolabilité du secret des correspondances.

Liberté propre aux gouvernements d'individus (manifestations, attroupe-
ments, réunions, associations).

Liberté de pensée (presse, activités intellectuelles, enseignement, religion).

Liberté économique (propriété, travail, commerce, industrie).

L'ordre public et la liberté.

Les moyens de défense des citoyens contre les abus de pouvoir (étude som-
maire de l'exception d'illégalité et du contrôle juridictionnel de l'Adminis-
tration).

Droit administratif

Principes généraux du droit administratif.

La théorie générale des services publics.

La loi. Le règlement. Le pouvoir réglementaire.

Théorie de la personne morale.

Centralisation. Décentralisation. Déconcentration.

Organisation et Administration des différentes collectivités publiques.

L'État ; les établissements publics ; les collectivités territoriales.

Régime spécial de la ville de Paris et de la région parisienne.

La tutelle administrative.

La fonction publique.

Les responsabilités des personnes morales de droit public.

Faute de service et faute personnelle.

Les juridictions administratives.

Contrôleur du travail

Droit administratif : l'organisation et le fonctionnement de l'administration (concours externe)

L'administration de l'État : administration centrale, services déconcentrés, préfet, services à compétence nationale

Les collectivités territoriales décentralisées : la région, le département, la commune ;

Les différents modes de gestion des services publics : régies, établissements publics, entreprises publiques ;

La fonction publique ;

Les actes de l'administration (décision exécutoire, contrats administratifs).

L'organisation et la compétence des juridictions administratives : le Conseil d'État, les cours administratives d'appel, les tribunaux administratifs, la justice administrative et les recours contentieux ;

La responsabilité des fonctionnaires et la responsabilité de l'administration.

Directeur d'hôpital public (École nationale de la santé publique)

I. Les sources du droit public

- La Constitution.
- La loi.
- Les principes généraux du droit.
- Les règlements administratifs.
- Les normes internationales.
- Le droit communautaire.
- La hiérarchie des normes juridiques.

II. Institutions politiques et droit constitutionnel

- L'élaboration des constitutions ; les différents types de constitutions.

- Le contrôle de constitutionnalité ; les cours constitutionnelles.
- La souveraineté politique et ses modes d'expression.
- La représentation et les régimes électoraux.
- L'agencement des institutions. Les exécutifs (monisme et dualisme gouvernemental). Les parlements (monocaméralisme et bicaméralisme). Les cours suprêmes. Confusion, collaboration et séparation des pouvoirs.
- Les différents types de régime politique. Les institutions politiques des États-Unis, de la Russie et de Grande-Bretagne.
- Les institutions politiques actuelles de la France : la constitution du 4 octobre 1958, l'organisation des pouvoirs, les rapports entre les pouvoirs.

III. Institutions administratives et droit administratif

1. L'organisation administrative :

- L'État et les collectivités territoriales ; déconcentration et décentralisation ; contractualisation ;
- Le secteur public et para-public ; les démembrements de l'Administration ;
- Les relations de l'Administration et des administrés. La participation ; la consultation ; l'Administration consultative ; la procédure administrative non contentieuse ;
- Les Administrations centrales de l'État ; la coordination interministérielle ;
- Les circonscriptions territoriales de l'État et les services extérieurs ;
- Les collectivités territoriales : la région, le département, la commune ;
- Les établissements publics ;
- Les autorités administratives indépendantes.

2. La justice administrative :

- L'organisation de la juridiction administrative ;
- Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires : le tribunal des conflits ;
- Les recours en annulation et les recours de pleine juridiction ;
- Les principes généraux du contentieux administratif.

3. L'activité administrative :

- Le service public. Notion. Différents types de service public ;
- La police administrative ;
- L'acte administratif unilatéral : les actes réglementaires, les actes individuels ; hiérarchie des actes administratifs ;
- Les contrats administratifs, les marchés publics ;
- Les biens : expropriation, domaine public, domaine privé, travaux publics ;
- Les principes généraux de l'intervention économique ;

– Le principe de légalité et le contrôle de la légalité ;

– La responsabilité de l'Administration.

4. La fonction publique

– Le statut général de la fonction publique de l'État ; la fonction publique territoriale et hospitalière.

– Les diverses catégories d'agents de l'État et des collectivités publiques. Les problèmes généraux de la fonction publique ; statut, recrutement, obligations, responsabilités et droit des fonctionnaires, procédures de participation et de consultation.

École nationale supérieure de la Sécurité sociale (EN3S). Droit administratif, épreuve orale d'admission (option)

Organisation administrative

L'Administration centrale.

Les services extérieurs

Les collectivités locales

Centralisation et décentralisation

Les personnes administratives spécialisées

Les juridictions administratives

Décentralisation et déconcentration.

Les personnes administratives spécialisées

Les juridictions administratives

Fonction administrative

L'acte administratif unilatéral

Le contrat administratif

La responsabilité administrative

Incidence du droit privé et du droit international sur l'action administrative

Les services publics

Le contrôle financier des dépenses publiques

La police administrative

Les travaux publics

Le domaine

Contentieux administratif

La compétence juridictionnelle

La procédure contentieuse

Les recours contentieux

Inspecteur des douanes

1) Droit constitutionnel

Le système constitutionnel français actuel ;

Organisation et fonctionnement des pouvoirs publics

2) Droit administratif

L'administration et le droit administratif

Sources et caractères du droit administratif ; le principe de légalité

Les actes de l'administration : la décision exécutoire, les contrats administratifs

La juridiction administrative et le contentieux administratif

La responsabilité de l'administration et de ses agents

L'organisation administrative (centralisation, déconcentration, décentralisation), l'administration d'État, les collectivités décentralisées, autres personnes morales de droit administratif

Les activités administratives (la police administrative, le service public)

La fonction publique

Inspecteur des finances publiques

Ce concours se substitue en 2011 aux anciens concours d'inspecteur du trésor et d'inspecteur des impôts.

Arrêté du 2 mars 2011, programme de l'épreuve écrite d'admissibilité n° 2 et de l'épreuve oral d'admission n° 2 du concours externe, droit constitutionnel et administratif

I. Théorie générale du droit public français

A. Les sources du droit public français

La Constitution et le bloc de constitutionnalité.

Les traités et les autres sources de droit international, communautaire et européen.

Les incidences du droit international, du droit communautaire et du droit européen sur le droit public français.

La loi et le principe de légalité.

Le pouvoir réglementaire.

La jurisprudence constitutionnelle et administrative.

B. Organisation juridictionnelle

Le Conseil constitutionnel et le contrôle de la constitutionnalité des lois.

Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires.

Les conflits d'attribution et la résolution des difficultés de compétence.

L'organisation et la compétence de la juridiction administrative.

Les recours devant les juridictions administratives.

L'application du droit international et du droit communautaire par le juge français.

II. Droit constitutionnel et institutions politiques

A. Théorie constitutionnelle

L'État.

La notion de constitution.

La séparation des pouvoirs.

La souveraineté et ses modes d'expression.

Les modes de scrutin.

B. Le régime politique français

Le régime politique issu de la Constitution du 4 octobre 1958.

III. Droit administratif et institutions administratives

A. Structures et fonctionnement de l'administration

Les administrations centrales.

Les autorités administratives indépendantes.

L'administration déconcentrée.

La décentralisation et les collectivités territoriales.

Les personnes de droit public et les organismes de droit privé.

Les établissements publics et les groupements d'intérêt public.

Les relations de l'administration avec les usagers et les citoyens.

B. L'action de l'administration

Le service public.

La police administrative.

Les actes administratifs unilatéraux et les contrats de l'administration.

Le régime des biens : domaine public et domaine privé, travaux publics, l'expropriation pour cause d'utilité publique.

La responsabilité de la puissance publique et ses agents.

C. La fonction publique

Problèmes généraux de la fonction publique : statut, recrutement, obligations et droits des fonctionnaires.

Magistrat (ENM)

1. Organisation des autorités publiques sous la V^e République

- a) Le président de la République
- b) Le Premier ministre
- c) Le Gouvernement
- d) Le Parlement
- e) Les personnes morales de droit public :
 - l'État
 - les collectivités territoriales
 - les établissements publics
- f) Les autorités administratives indépendantes
- g) Décentralisation et déconcentration

2. Organisation de la justice

- a) Histoire et statut de la magistrature
- b) Les auxiliaires de police

3. Droit public

- a) Les sources du droit administratif
- b) La police administrative
- c) Les actes de l'administration :
 - l'acte unilatéral
 - les contrats administratifs
- d) La responsabilité administrative
- e) Le contrôle juridictionnel de l'administration :
 - les juridictions administratives

- les recours contentieux
- f) Le Tribunal des conflits
- g) La hiérarchie des normes :
 - la Constitution
 - la loi
 - les ordonnances
 - le règlement
- h) Le Conseil constitutionnel et le contrôle de constitutionnalité

4. Le régime juridique des libertés publiques

La liberté d'aller et de venir

La sûreté

La liberté de se grouper

La liberté de communication

La liberté de l'enseignement

La liberté religieuse

La libre expression du suffrage

Rédacteur territorial

Droit public en relation avec les missions des collectivités territoriales

a) L'organisation administrative : l'administration de l'État, les collectivités décentralisées et leurs groupements, les établissements publics ; l'organisation juridictionnelle.

b) L'action administrative : la règle de droit et le principe de légalité ; le pouvoir réglementaire, les actes unilatéraux ; les contrats administratifs ; la police administrative ; le service public et ses modes de gestion ; la responsabilité de l'Administration ; le contrôle de l'action administrative.

c) La fonction publique : principes généraux : statut, recrutement, obligations et droits des fonctionnaires ; la fonction publique territoriale : principales règles relatives au recrutement et à la carrière des fonctionnaires territoriaux ; les acteurs de la fonction publique territoriale.

Secrétaire administratif

Organisation constitutionnelle et administrative de la France

A. L'organisation constitutionnelle

1. Le principe et le rôle d'une constitution ; la souveraineté nationale.
2. La constitution du 4 octobre 1958 :
 - le pouvoir exécutif : le président de la république, le gouvernement ;
 - le parlement : l'assemblée nationale, le sénat ;
 - le conseil constitutionnel ;
 - le conseil économique et social ;
 - les rapports entre le parlement et le gouvernement : élaboration de la loi, contrôle de l'activité gouvernementale ;
 - l'autorité judiciaire.

B. L'organisation et le fonctionnement de l'administration

1. L'administration de l'état : administration centrale, services déconcentrés, le préfet.
2. Les collectivités territoriales décentralisées : la région, le département, la commune.
3. Les différents modes de gestion des services publics : régies, établissements publics, entreprises publiques.
4. Les actes de l'administration (décision exécutoire, contrats administratifs).
5. L'organisation et la compétence des juridictions administratives : le conseil d'état, les cours administratives d'appel, les tribunaux administratifs.

Index alphabétique

La numérotation renvoie aux paragraphes et non aux pages.

A

Actes

- administratifs • 407, 430
- de gouvernement • 348
- détachables (contrats) • 448
- individuels et réglementaires • 411

Adjudication • 440

Administration consultative • 187

Agent public non fonctionnaire • 483

Aisances de voirie • 571

Aménagement du territoire • 656-657, 661, 663

Appel • 271, 310

Appel d'offres • 440

Appréciation de légalité • 294

Arrêtés • 185, 226

Arrondissement • 194, 202

Assemblée

- constituante • 4
- nationale • 93, 117, 158

Autorités administratives indépendantes • 190

Auxiliaire • 485

B

Bénévole (collaborateur) • 467

Bloc de compétence • 172-173, 289

Budget

- de la commune • 214
- de la région • 243
- de l'État • 129
- du département • 233

Bureau des assemblées • 124

C

Cabinet ministériel • 186

Cahier des charges • 441

Canton • 233

Centralisation • 167

CESER *Voir* Conseil économique, social et environnemental régional

Circonstances exceptionnelles • 100

Circulaire • 348, 408

Clause exorbitante • 436

Comité

- d'hygiène et de sécurité • 499
- technique paritaire • 499

Commission

- administrative paritaire • 499
- parlementaire • 124

Commune • 207, 209-210

- communauté • 226
- intercommunalité • 223
- syndicat • 224

Compétence

- discrétionnaire • 341
- juridictionnelle • 276
- liée • 341
- répartition • 287

Concession

- de service public • 384
- de travaux publics • 614

Conférence des présidents • 124

Conseil constitutionnel • 136

Conseil de préfecture • 266

Conseil des ministres • 112

Conseil d'État • 188, 258

- juge de cassation • 262

Conseil économique, social et environnemental • 144, 188

Conseil économique, social et environnemental régional • 241
Conseil général • 232-235
Conseil interministériel • 112
Conseil municipal • 208, 212-215
Conseil régional • 240
Conseil supérieur
– de la fonction publique • 496, 498
– de la magistrature • 96, 143
– de l’audiovisuel • 190
Constitution • 2-3, 10-11, 66
– préambule • 10
– révision • 7
Constitutionnalité des lois • 11
Contentieux
– appel • 310
– des contrats • 446
– des réquisitions • 599
– recours de pleine juridiction • 301
– recours en cassation • 311
– recours non suspensif • 307
– recours pour excès de pouvoir • 302, 344
Contrat administratif • 430
– modification • 444
– résiliation • 444
– sanctions • 444
Contreseing ministériel • 81
Contrôle politique du Gouvernement • 65
Cour administrative d’appel • 272-273
Cour de justice de la République • 142
CSA *Voir* Conseil supérieur de l’audiovisuel
Cumul
– de responsabilité • 459
– des fautes • 459

D

DATAR *Voir* Délégation à l’aménagement du territoire et à l’action régionale
Décentralisation • 171-172, 178
Décision
– préalable • 305
– unilatérale • 415
Décision unilatérale
– abrogation • 421
– retrait • 422
Déconcentration • 169, 192
Défenseur des droits • 318
Délégation
– à l’aménagement du territoire et à l’action régionale • 659
– à l’aménagement et à la compétitivité des territoires • 659

– de compétence • 416
– de service public • 383
– de signature • 416
– législative • 128

Département • 194, 232

Détournement de pouvoir • 357

DIAC *Voir* Délégation à l’aménagement et à la compétitivité des territoires

Direction générale de l’Administration et de la fonction publique • 497

Directive • 408

– européenne • 420

Domaine privé • 579

Domaine public

– affectation • 551, 553, 556, 558
– consistance • 554
– contravention de voirie • 570
– délimitation • 562
– plan d’alignement • 565
– régime juridique • 567
– sortie • 561

E

Élections

– ballottage • 35
– cantonales • 233
– mode de scrutin • 33, 37
– municipales • 208, 217
– parlementaires • 117
– présidentielles • 71-72
– régionales • 240

Emprise (Théorie de l’) • 293

Entreprise publique • 393

EPIC *Voir* Établissement public industriel et commercial

Erreur

– de droit • 359
– de fait • 360

Établissement public • 248

– industriel et commercial • 255

État

– confédération • 29
– fédéral • 30
– simple ou unitaire • 26
– union • 28

État d’urgence • 113

Exécution forcée • 425

Expropriation • 584

– arrêté de cessibilité • 589
– déclaration d’utilité publique • 588
– entente amiable • 592
– indemnité • 592
– transfert de propriété • 591

F

Fait du prince • 445

Faute

- de service • 457
- personnelle • 457

Fonctionnaire

- avancement • 518
- blâme • 539
- catégories • 501
- démission • 527
- détachement • 520
- disponibilité • 522
- faute • 537
- grève • 548
- hors cadre • 521
- nomination • 516
- obéissance hiérarchique • 533
- recrutement • 511
- rémunération • 542
- retraite • 529

G

Gouvernement • 103

Groupe parlementaire • 124

H

Haute cour • 141

Haute trahison • 141

HLM • 637

I

Imprévision (Théorie de l') • 445

Incompétence • 355

J

Juridiction administrative • 257

Jurisprudence • 333

L

Légalité

- contrôle • 177

- principe • 320

Loi

- de finances • 129
- discussion • 129
- domaine • 127
- initiative • 129
- promulgation • 94
- SRU • 646
- violation • 358
- vote • 129

Lotissement • 650

M

Maire • 216

- adjoints • 216-217
- attributions • 218
- contrôle • 219
- élection • 217

Majorité • 106

Marchés

- de travaux publics • 611
- publics • 440

Médiateur de la République • 317

Ministre • 107, 184

Motion de censure • 155

N

Notification • 417

O

Ordonnance • 113, 591

Ordre du jour • 125

Outre-mer • 247

P

Paris • 220

Parlement • 114, 116, 120, 122

Permis de construire • 629-630

Permission de voirie • 577

Personnalité morale • 163

Plan d'occupation des sols • 645

Plan local d'urbanisme • 646, 648

Pleins pouvoirs • 101

Pouvoir

- discrétionnaire • 341
- exécutif • 47
- législatif • 47, 127
- réglementaire • 106, 329

préfet • 197

Premier ministre • 105-106, 183

Président

- du conseil général • 237

Président de la République • 77, 182

- attributions • 84
- intérim • 79
- mandat • 78
- responsabilité • 81

Principes généraux du droit • 332

Privilège du préalable • 424

Procédure législative • 129

Publication • 417

Publicité des décisions • 417

Q

Question

- de confiance • 156
- parlementaire • 153

Question prioritaire de constitutionnalité (QPC) • 138

R

RéATE Voir Réforme de l'Administration territoriale de l'État

Recours

- administratif • 298
- contentieux • 299
- en annulation • 302, 305, 354, 361

Référé • 307

Référendum • 9, 43, 94

Réforme de l'Administration territoriale de l'État • 193

Régime

- parlementaire • 49, 159
- présidentiel • 54, 159

Région • 239

Règlement

- autonome • 328
- des assemblées • 124

Représentation proportionnelle • 36

Responsabilité

- gouvernementale • 154

- ministérielle • 142

- présidentielle • 80

Responsabilité administrative

- cumul • 458
- pour faute • 456
- préjudice • 473
- sans faute • 464

Révision générale des politiques publiques • 193

S

Schéma de cohérence territoriale • 647

Schéma directeur • 645

Sécurité juridique • 419

Sénat • 118

Service à compétence nationale (SCN) • 179

Service public • 285-286

- usagers • 380, 619

Session parlementaire • 123

Société d'économie mixte • 401

Sous-préfet • 202

T

Travaux publics • 600

- dommages • 618

Tribunal administratif • 266

tribunal des conflits • 278

Tutelle

- administrative • 176
- approbation • 177

U

Urbanisme • 643

V

Vice de forme • 356

Ville nouvelle • 230

Voie de fait (Théorie de la) • 293

Z

Zones d'aménagement concerté • 655

Table des matières

Sommaire	V
Liste des documents	VII
Liste des principales abréviations	IX
Avant-propos	XI

Première partie

Institutions politiques, administratives et juridictionnelles	1
--	---

Titre 1

Notions générales sur les institutions politiques	3
--	---

Chapitre 1

L'organisation constitutionnelle	5
<i>section 1</i> La notion de constitution : constitution écrite ou constitution coutumière	5
<i>section 2</i> L'élaboration des constitutions	6
A. Le procédé de la convention.....	6
B. Le procédé de l'Assemblée constituante et législative.....	7
C. Le procédé du référendum constituant.....	7
<i>section 3</i> La révision des constitutions	7
§1 L'ouverture de la procédure de révision	8
§2 La procédure de révision	8
<i>section 4</i> Le contenu des constitutions	9
<i>section 5</i> La valeur juridique des constitutions, le contrôle de la constitutionnalité des lois	10
§1 Contrôle par les tribunaux ordinaires (contrôle par voie d'exception)	11
§2 Contrôle par un organe spécial (contrôle par voie d'action)	11
Pour aller plus loin Chapitre 1.....	13

Chapitre 2

Le cadre des institutions politiques : l'État 15

section 1 Les éléments de l'État 15

§1 La population 16

§2 Le territoire 16

§3 Le pouvoir politique 17

section 2 Les caractères juridiques de l'État 18

§1 La souveraineté 19

§2 Le monopole de la contrainte organisée 19

section 3 Les fonctions de l'État 20

§1 Les fonctions juridiques de l'État 20

 a) La fonction législative 20

 b) La fonction exécutive 20

 c) La fonction juridictionnelle 20

§2 Les fonctions nouvelles de l'État 20

section 4 Les différentes catégories d'États 21

§1 Les États simples ou unitaires 21

§2 Les États composés 21

 A. Les unions d'États 22

 B. Les confédérations d'États 22

 C. Les États fédéraux 22

Pour aller plus loin Chapitre 2 24

Chapitre 3

Le fonctionnement des institutions politiques : le système démocratique 26

section 1 La démocratie représentative 26

§1 Les divers modes de scrutin 27

 A. Description des divers modes de scrutin 27

 1° Le scrutin uninominal 27

 2° Le scrutin de liste 28

 a) Le scrutin de liste majoritaire 29

 b) Le scrutin à la représentation proportionnelle 29

 B. Valeur des divers modes de scrutin 31

 1° Scrutin uninominal et scrutin de liste 31

 2° Scrutin majoritaire et représentation proportionnelle 31

§2 Le nombre d'assemblées 32

 A. Les deuxièmes chambres aristocratiques 32

 B. Les deuxièmes chambres démocratiques 33

 C. Les deuxièmes chambres corporatives 33

 D. Les deuxièmes chambres fédérales 33

section 2 La démocratie directe 34

Pour aller plus loin Chapitre 3 36

Chapitre 4

La typologie des institutions politiques : les régimes politiques 37

<i>section 1</i> La séparation des pouvoirs	38
§1 Définition de la séparation des pouvoirs	38
§2 Séparation souple et séparation rigide	38
 <i>section 2</i> Le régime parlementaire	39
§1 Les éléments du régime parlementaire	39
A. Le chef de l'État	40
B. Le Cabinet ministériel (Gouvernement)	40
C. Le Parlement	41
§2 Le fonctionnement du régime parlementaire	41
 <i>section 3</i> Le régime présidentiel	42
§1 La théorie du régime présidentiel	42
§2 L'évolution du régime présidentiel	43
A. Sur le plan constitutionnel	43
B. Sur le plan politique	43
Pour aller plus loin Chapitre 4	45

Titre 2

Les institutions politiques de la V^e République 47

Chapitre 1

L'élaboration et la mise en place des institutions de la V^e République 49

section 1 L'élaboration de la Constitution 49

section 2 La mise en place des nouvelles institutions 52

section 3 Les principes généraux de la Constitution 54

§1 Le principe démocratique..... 54

§2 Le principe de la séparation des pouvoirs et du parlementarisme 55

§3 Le principe libéral..... 56

Pour aller plus loin Chapitre 1..... 79

Chapitre 2

L'organisation des pouvoirs publics..... 81

section 1 Le président de la République..... 81

sous-section 1 Le statut du président de la République 82

§1 L'élection du président de la République..... 82

 A. Le système initial de 1958 82

 B. Le système actuel (loi constitutionnelle du 6 nov. 1962 modifiée) 83

 1° La présentation des candidats..... 84

 2° La propagande électorale..... 85

 3° Le déroulement de l'élection 86

§2 L'exercice de la fonction présidentielle 93

 A. Le mandat présidentiel..... 93

 1° La durée du mandat..... 93

2° La fin du mandat.....	93
3° Le président par intérim n'exerce pas la plénitude des fonctions présidentielles	94
B. La responsabilité présidentielle.....	94
1° Le principe de l'irresponsabilité politique.....	94
2° La responsabilité pénale.....	95
<i>sous-section 2 Les attributions du président de la République ...</i>	96
§1 Les pouvoirs du président de la République en période normale	97
A. Les attributions du président de la République en relation avec le Gouvernement	97
1° La nomination du Premier ministre et des membres du Gouvernement.....	97
2° La présidence du Conseil des ministres.....	99
3° Les attributions réglementaires.....	100
4° Le pouvoir de nomination de certains agents de l'État	100
5° Les attributions en matière militaire	100
6° Les attributions diplomatiques	101
B. Les attributions du président de la République en relation avec le Parlement.....	101
1° Le président de la République et le fonctionnement du Parlement.....	102
a) Les sessions extraordinaires	102
b) Le droit de dissolution.....	102
c) Le droit de message	103
2° Le président de la République et la compétence du Parlement.....	104
a) Le président intervient dans la procédure législative	104
b) Le droit de recours au référendum.....	104
C. Les attributions du président de la République en relation avec l'autorité judiciaire	106
1° Le droit de faire grâce.....	106
2° Les attributions à l'égard du Conseil supérieur de la magistrature	106
3° Les attributions à l'égard du Conseil constitutionnel.....	107
§2 Les pouvoirs du président de la République en période exceptionnelle.....	107
A. Les conditions de mise en œuvre de l'article 16	107
1° Les conditions de fond.....	108
2° Les conditions de forme.....	108
B. L'étendue des pleins pouvoirs.....	108
C. Le contrôle de l'exercice des pleins pouvoirs	109
 section 2 Le Gouvernement	110
§1 Le Premier ministre	111
A. La nomination du Premier ministre	111
B. Les pouvoirs du Premier ministre	111
1° La direction de l'activité gouvernementale	111
2° Le pouvoir réglementaire	112
3° Les pouvoirs en relation avec le Parlement.....	112
4° Les relations avec la majorité	112
§2 Les ministres	113

A.	La désignation et la révocation	113
B.	Les incompatibilités ministérielles	113
C.	La hiérarchie ministérielle	114
§3	Les formations gouvernementales	115
A.	Les divers types de formations gouvernementales	115
1°	Le Conseil des ministres	115
2°	Les conseils interministériels	115
B.	Les pouvoirs du Gouvernement	116
1°	Les pouvoirs normaux	116
2°	Les pouvoirs exceptionnels	116
a)	Le pouvoir de légiférer par ordonnances	116
b)	Le pouvoir de décréter l'état de siège ou l'état d'urgence	117
	section 3 Le Parlement	117
§1	La structure du Parlement	118
A.	La désignation des parlementaires	118
1°	L'élection des députés à l'Assemblée nationale	118
2°	L'élection des sénateurs	120
B.	Le statut des parlementaires	122
1°	Les règles relatives à l'accès au Parlement	122
a)	Les inéligibilités	122
b)	Les incompatibilités	123
2°	Les règles relatives à l'exercice du mandat parlementaire ...	124
a)	Les immunités parlementaires	124
b)	L'indemnité parlementaire	125
§2	Le fonctionnement du Parlement	125
A.	Les sessions parlementaires	126
1°	La session ordinaire	126
2°	Les sessions extraordinaires	127
3°	Les sessions de plein droit	127
B.	L'organisation interne des assemblées	127
1°	Le règlement des assemblées	127
2°	Les organes des assemblées	128
a)	Le bureau	128
b)	La Conférence des présidents	130
c)	Les groupes parlementaires	130
d)	Les commissions parlementaires	130
C.	L'organisation des débats	131
1°	L'ordre du jour des assemblées	131
2°	La discipline des débats	131
3°	Le vote	132
§3	Les pouvoirs du Parlement	132
A.	Le pouvoir législatif	132
1°	La limitation du domaine de la loi	133
a)	Le domaine de la loi	133
b)	Le contrôle de la compétence législative	134
c)	La délégation du pouvoir législatif au Gouvernement	134
d)	Le référendum législatif	135
2°	La procédure législative	135
a)	L'initiative de la loi	135
b)	La discussion de la loi	136
c)	Le vote de la loi	136

d) La promulgation et la publication	139
B. Les autres pouvoirs exercés par le Parlement.....	139
1° Le pouvoir constituant	139
a) La procédure de révision prévue à l'article 89 de la Constitution	139
b) La révision selon l'article 11.....	140
2° Le pouvoir diplomatique.....	141
a) Le pouvoir d'autoriser la ratification des traités.....	141
b) Le pouvoir d'autoriser la déclaration de guerre et d'autoriser la prolongation d'une OPEX.....	141
3° Le pouvoir en matière juridictionnelle.....	142
section 4 Les organes juridictionnels et consultatifs	142
§1 Le Conseil constitutionnel	143
A. Composition et fonctionnement	143
B. Attributions.....	144
1° Le contrôle de la constitutionnalité des lois	144
a) Le contrôle par voie d'action.....	144
b) Le contrôle par voie d'exception : la Question prioritaire de constitutionnalité (QPC)	145
2° Le contentieux des élections et des référendums	146
3° Les interventions dans le fonctionnement des institutions ..	148
§2 La Haute Cour (titre IX de la Constitution)	148
§3 La Cour de justice de la République (art. 68-1, 68-2 et 68-3 de la Constitution).....	148
§4 Le Conseil supérieur de la magistrature (CSM).....	149
§5 Le Conseil économique, social et environnemental (titre XI de la Constitution)	150
A. Composition	151
B. Fonctionnement	151
Pour aller plus loin Chapitre 2.....	152
 Chapitre 3	
Les rapports entre les pouvoirs publics	153
section 1 Les rapports entre le président de la République et le Gouvernement.....	153
section 2 Les rapports entre le Gouvernement et le Parlement	154
§1 Les moyens d'action du Parlement sur le Gouvernement.....	154
A. Les moyens de contrôle	155
1° Le contrôle par les commissions	155
2° Les questions parlementaires.....	155
B. La mise en jeu de la responsabilité politique du Gouvernement.....	155
1° La motion de censure	155
2° La question de confiance.....	157
a) La question de confiance sur un texte de loi en discussion	157
b) L'engagement de la responsabilité du Gouvernement sur son programme ou sur une déclaration de politique générale (art. 49, al. 1).....	159

§2 Les moyens d'action de l'exécutif sur le Parlement.....	159
A. Le droit de dissolution.....	159
B. La création de moyens d'action nouveaux.....	160
Pour aller plus loin Chapitre 3.....	162
Sujets de concours Titre 2.....	163

Titre 3

L'organisation administrative de la France.....	167
---	-----

Chapitre 1

Les principes généraux de l'organisation administrative.....	169
--	-----

<i>section 1</i> La notion de personne morale de droit public.....	169
--	-----

§1 Définition de la personnalité morale.....	169
--	-----

§2 Intérêt de la notion de personne morale.....	170
---	-----

<i>section 2</i> Déconcentration et décentralisation.....	171
---	-----

§1 La déconcentration, aménagement de la centralisation.....	171
--	-----

A. Définition.....	171
--------------------	-----

B. Les justifications historiques de la centralisation.....	172
---	-----

1° Les avantages politiques.....	172
----------------------------------	-----

2° Les avantages techniques.....	172
----------------------------------	-----

C. La déconcentration, principe d'organisation de l'Administration d'État.....	172
---	-----

§2 La décentralisation.....	174
-----------------------------	-----

A. La notion de décentralisation.....	174
---------------------------------------	-----

B. Les conditions de la décentralisation.....	174
---	-----

1° L'existence d'affaires locales.....	174
--	-----

2° L'octroi de la personnalité morale.....	175
--	-----

C. Les modalités de la décentralisation.....	175
--	-----

1° La décentralisation territoriale.....	175
--	-----

2° La décentralisation par services.....	177
--	-----

§3 Le contrôle administratif dans le cadre de la déconcentration et de la décentralisation.....	177
--	-----

A. Le pouvoir hiérarchique (organisation centralisée et déconcentrée).....	178
---	-----

B. Le contrôle sur les collectivités territoriales décentralisées et les établissements publics.....	178
---	-----

1° La tutelle administrative (établissements publics).....	178
--	-----

a) Définition de la tutelle.....	178
----------------------------------	-----

b) Les autorités de tutelle.....	179
----------------------------------	-----

c) Les moyens de la tutelle.....	179
----------------------------------	-----

2° Le contrôle de légalité (collectivités territoriales et établissements publics locaux).....	180
---	-----

a) La transmission des principaux actes des collectivités territoriales au préfet.....	180
---	-----

b) Le rôle du préfet en matière de contrôle de la légalité des actes des autorités locales (le déféré préfectoral).....	181
--	-----

c) L'intervention du juge administratif.....	181
--	-----

Pour aller plus loin Chapitre 1.....	184
--------------------------------------	-----

Sujets de concours.....	185
-------------------------	-----

Chapitre 2

L'Administration de l'État..... 187

section 1 Les organes de l'Administration centrale 187

§1 Les autorités de décision 188

A. Le président de la République 188

1° Les décrets réglementaires 188

2° Les ordonnances 188

3° Les emplois supérieurs 188

4° Les pouvoirs étendus..... 188

B. Le Premier ministre 189

C. Les ministres 189

1° Les attributions administratives des ministres 189

2° L'organisation interne des ministères..... 190

a) Le cabinet 190

b) Les bureaux 191

§2 L'Administration consultative centrale 191

A. Les organismes consultatifs généraux 191

B. Les organismes consultatifs spécialisés 192

§3 Les autorités administratives indépendantes 192

section 2 L'Administration territoriale de l'État 193

§1 Les services déconcentrés..... 193

A. La RéATE 194

B. La nouvelle organisation des services déconcentrés..... 194

1° L'organisation des services de l'État au niveau régional..... 195

2° L'organisation des services de l'État au niveau

départemental..... 196

§2 Le préfet 196

A. Le statut de préfet..... 197

1° Le recrutement 198

2° Les obligations spécifiques..... 198

3° Les auxiliaires du préfet 198

4° Les sous-préfets d'arrondissement 198

B. Les attributions et les pouvoirs des préfets de département 199

1° Les attributions du préfet 199

2° Les pouvoirs du préfet 199

3° Le préfet de région 200

Pour aller plus loin Chapitre 2..... 203

Sujets de concours..... 204

Chapitre 3

L'administration des collectivités territoriales..... 205

section 1 La commune 205

§1 Le conseil municipal : organe délibérant 206

A. Composition 206

1° Conditions d'éligibilité..... 207

a) Inéligibilités 208

b) Incompatibilités..... 208

2° Mode d'élection 208

a) Communes de moins de 3 500 habitants 208

b) Communes de 3 500 habitants et plus	209
3° Durée des fonctions	210
B. Fonctionnement	210
C. Attributions du conseil municipal	211
D. Les principaux domaines de compétence du conseil municipal	212
1° Les services publics	212
2° La création, la transformation et la suppression des emplois communaux	212
3° L'aménagement urbain	212
4° Le domaine budgétaire, financier et fiscal	212
a) Les dépenses	212
b) Les recettes	213
E. Le contrôle sur le conseil municipal	214
1° Le contrôle sur les personnes	214
2° Le contrôle sur les actes	214
§2 Le maire : organe exécutif de la commune	215
A. Élection du maire	215
B. Attributions du maire	216
1° Agent de l'État	216
2° Exécutif de la commune	217
a) Pouvoirs propres	217
b) Pouvoir exercé par délégation du conseil municipal	217
C. Contrôle exercé sur le maire	218
1° Contrôle sur la personne du maire	218
2° Contrôle sur les actes	218
§3 Le régime spécial de Paris, Marseille et Lyon	218
A. Le régime électoral	218
B. L'organisation administrative	219
1° Le conseil d'arrondissement	219
2° Le maire d'arrondissement	219
§4 La coopération intercommunale : l'intercommunalité	220
A. L'intercommunalité de gestion : les syndicats de communes	221
B. L'intercommunalité de projet (dite « à fiscalité propre »)	222
1° Les communautés de communes	222
2° Les communautés d'agglomération	223
3° Les communautés urbaines	223
4° Les métropoles et les pôles métropolitains	224
C. Le cas particulier des villes nouvelles	225
section 2 Le département	225
§1 L'organe délibérant : le conseil général	226
A. Composition du conseil général	226
1° Le régime électoral	226
2° Le statut des membres du conseil général	226
B. Fonctionnement du conseil général	227
1° Réunions du conseil général	227
2° Organisation interne	227
C. Compétences du conseil général	227
1° Les principaux domaines de compétences	227
a) L'action sanitaire et sociale	227
b) La voirie	228
c) Les collèges	228

d) Les transports scolaires.....	228
e) La bibliothèque départementale de prêt.....	229
2° Pouvoirs consultatifs	229
3° Les fonctions individuelles des conseillers généraux	229
D. Le contrôle de légalité et le contrôle budgétaire.....	229
§2 L'organe exécutif : le président du conseil général	229
<i>section 3 La région</i>	<i>230</i>
§1 L'organisation de la région.....	231
A. L'organe délibérant : le conseil régional.....	231
B. L'organe consultatif : le Conseil économique, social et environnemental régional (CESER).....	233
1° Composition et fonctionnement.....	233
2° Attributions.....	233
C. L'organe exécutif : le président du conseil régional.....	233
§2 Les compétences de la région	234
§3 Le contrôle de l'État sur les actes de la région.....	234
§4 Les régions de métropole à statut particulier.....	235
A. La région Ile-de-France	235
B. La région de Corse.....	235
<i>section 4 L'outre-mer.....</i>	<i>236</i>
Pour aller plus loin Chapitre 3.....	238
Sujets de concours.....	241
<i>Chapitre 4</i>	
L'établissement public.....	242
<i>section 1 Le régime juridique des établissements publics</i>	<i>243</i>
§1 La personnalité juridique des établissements publics.....	243
A. L'autonomie administrative des établissements publics	243
B. L'autonomie financière	244
§2 La spécialité des établissements publics	244
§3 Le critère des établissements publics	245
<i>section 2 L'établissement public à caractère industriel et commercial.....</i>	<i>245</i>
Titre 4	
La justice administrative	247
<i>Chapitre 1</i>	
L'organisation de la justice administrative.....	249
<i>section 1 Le Conseil d'État.....</i>	<i>252</i>
§1 Composition du Conseil d'État	252
§2 Attributions	253
A. Compétence consultative (avis du Conseil d'État).....	253
B. Compétence juridictionnelle (arrêts du Conseil d'État)	253
1° Le Conseil d'État est juge en premier et dernier ressort pour les affaires les plus importantes.....	253

2° Le Conseil d'État, juge d'appel ou de cassation	253
§3 Le fonctionnement du Conseil d'État	254
A. Les formations administratives	254
B. Les formations contentieuses	254
 <i>section 2 Les tribunaux administratifs</i>	255
§1 L'organisation des tribunaux administratifs	255
§2 La compétence des tribunaux administratifs	256
A. Attributions consultatives	256
B. Attributions contentieuses	256
 <i>section 3 Les cours administratives d'appel</i>	257
§1 L'organisation des cours administratives d'appel	257
§2 Les attributions des cours administratives d'appel	258
 Chapitre 2	
La compétence du juge administratif	260
 <i>section 1 La technique de la répartition des compétences</i>	260
§1 Les divers procédés de répartition	260
§2 Le tribunal des conflits	261
A. L'organisation du tribunal des conflits	261
B. La compétence du tribunal des conflits	262
1° Le règlement des conflits existants	262
a) Le conflit positif	262
b) Le conflit négatif	263
2° Les nouveaux rôles du tribunal des conflits	263
a) Le conflit de décisions	263
b) Le renvoi au tribunal des conflits	264
 <i>section 2 Le contenu de la répartition des compétences</i>	264
§1 L'évolution de la répartition des compétences	264
A. La distinction des actes de puissance publique et des actes de gestion	265
B. Le critère du service public	265
C. La crise du critère du service public	266
§2 La délimitation actuelle des compétences	266
A. La détermination du droit applicable en considération des parties au litige	267
B. La détermination du droit applicable en considération de l'objet du litige	267
1° La méthode analytique	267
2° La méthode synthétique	267
3° La méthode des « blocs de compétence »	267
 <i>section 3 Les exceptions à la compétence du juge administratif</i>	268
§1 Les exceptions créées par la loi	268
§2 Les exceptions créées par la jurisprudence	268
A. Les litiges intéressant le droit de propriété ou les libertés publiques	269
1° Théorie de l'emprise	269
2° Théorie de la voie de fait	269

B. Les questions accessoires à un litige principal	270
1° Interprétation d'un acte administratif	270
2° Appréciation de la légalité d'un acte administratif	270
a) Les tribunaux judiciaires non répressifs	270
b) Les tribunaux judiciaires répressifs	270

Chapitre 3

Les recours devant la juridiction administrative	271
---	-----

<i>section 1</i> Les différentes catégories de recours	271
--	-----

§1 Distinction des recours administratifs et des recours contentieux	271
---	-----

A. Les recours administratifs	271
B. Les recours contentieux	272

§2 Les différentes sortes de recours contentieux	272
--	-----

A. Le recours de pleine juridiction	272
B. Le recours pour excès de pouvoir	273
C. Les autres recours contentieux	273

<i>section 2</i> Les règles applicables à tous les recours contentieux	273
---	-----

§1 La règle de la décision préalable	274
--	-----

§2 Le délai des recours contentieux	274
---	-----

§3 L'effet non suspensif des recours	274
--	-----

§4 Les caractères généraux de la procédure devant les juridictions administratives	275
---	-----

§5 Le jugement et les voies de recours	276
--	-----

A. L'appel	276
B. Le recours en cassation	277
C. L'opposition	277
D. La tierce opposition	277
E. Le recours en révision	277
F. Le recours en rectification d'erreur matérielle	277

<i>section 3</i> Du médiateur de la République au Défenseur des droits	278
---	-----

§1 Le médiateur de la République	278
--	-----

§2 Le Défenseur des droits	279
----------------------------------	-----

Pour aller plus loin Chapitre 3	280
---------------------------------------	-----

Sujets de concours	281
--------------------------	-----

Deuxième partie

Les principes généraux de l'activité adminis- trative	283
--	-----

Titre 1

Le principe de légalité et ses conséquences	285
---	-----

Chapitre 1

La notion de légalité	287
-----------------------------	-----

<i>section 1</i>	Le contenu de la légalité et la hiérarchie des normes	287
§1	Les règles de droit écrites	287
A.	La Constitution	288
1°	La valeur juridique du Préambule	288
2°	Le contrôle de constitutionnalité	289
B.	Les traités internationaux	289
C.	La loi et le règlement	290
1°	La distinction classique	290
2°	La loi et le règlement dans la Constitution de 1958	291
a)	Le régime normal : les articles 34 et 37 de la Constitution	291
b)	Le régime exceptionnel	293
D.	Les actes communautaires européens (le droit dérivé)	294
§2	Les règles de droit non écrites	298
A.	Les principes généraux du droit	298
B.	La jurisprudence	299
<i>section 2</i>	Les exceptions au principe de légalité	300
§1	Les circonstances exceptionnelles	300
A.	La notion de circonstances exceptionnelles	301
B.	Les conséquences des circonstances exceptionnelles	301
C.	Le contrôle du juge	302
§2	Les actes de gouvernement	302
<i>section 3</i>	La portée du principe de légalité	304
§1	Pouvoir discrétionnaire et compétence liée	304
§2	Les limites de la distinction	305
§3	Le rôle du juge	306
Chapitre 2		
Le contrôle de la légalité : le Recours pour excès de pouvoir (REP)		
		307
<i>section 1</i>	Les conditions de recevabilité	308
§1	Conditions tenant à la nature de l'acte	308
A.	Le recours n'est recevable que contre un acte émanant d'une autorité administrative française	308
B.	Le recours n'est recevable que lorsque l'acte administratif « fait grief »	308
§2	Conditions tenant à la personne du requérant	310
A.	Capacité d'ester en justice (personnalité juridique)	310
B.	Justification d'un intérêt personnel au recours	310
§3	Conditions de forme et de délai	311
§4	Condition tenant à l'absence d'un recours parallèle	311
<i>section 2</i>	Les cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir	311
§1	L'incompétence	312
§2	La violation des formes	313
§3	Le détournement de pouvoir	313
§4	La violation de la loi	314

A. L'erreur de droit.....	314
B. L'erreur de fait.....	314
section 3 Les effets du recours pour excès de pouvoir	315
Pour aller plus loin Titre 1	318
Sujets de concours.....	320

Titre 2

La notion de service public et son application 321

Chapitre 1

La notion de service public..... 323

section 1 La définition du service public 323

§1 Définition organique et définition matérielle..... 323

A. Le but du service public..... 324

B. Les moyens du service public..... 324

§2 Essai de définition du service public..... 324

A. Activités d'intérêt général assurées par des organismes publics 325

B. Activités d'intérêt général assurées par des organismes privés.. 325

section 2 Le régime juridique du service public 327

§1 La création du service public..... 327

§2 Le droit applicable au service public 328

A. Les Services publics administratifs (SPA)

B. Les Services publics industriels et commerciaux (SPIC)

C. Les services publics sociaux

§3 Les principes fondamentaux du service public..... 330

A. Le principe de continuité du service public

B. Le principe d'adaptation du service public.....

C. Le principe de l'égalité devant le service public

Chapitre 2

La gestion des services publics

section 1 La régie..... 332

section 2 Les délégations de service public 333

§1 La concession 333

A. Le contrat de concession

B. Les obligations et les droits du concessionnaire.....

1° Les obligations du concessionnaire.....

2° Les droits du concessionnaire

C. La fin de la concession

§2 L'affermage 336

§3 La régie intéressée 336

§4 La gérance..... 337

section 3 L'établissement public..... 337

<i>section 4 Les entreprises publiques</i>	337
§1 La création de l'entreprise publique (de l'État)	338
§2 Le régime juridique des entreprises publiques.....	338
A. Soumission de principe au droit privé.....	338
B. Maintien du caractère public de l'entreprise.....	339
§3 Les divers types d'entreprises publiques	339
A. Les entreprises chargées ou non de la gestion d'un service public.....	339
B. Les entreprises nationalisées	340
C. La forme juridique	340
 <i>section 5 Les Sociétés d'économie mixte (SEM)</i>	340
§1 La création des sociétés d'économie mixte.....	341
§2 Le régime juridique des sociétés d'économie mixte	341
Pour aller plus loin Titre 2	343
Sujets de concours.....	345

Titre 3

L'acte administratif	347
-----------------------------------	-----

Chapitre 1

Les actes unilatéraux	349
------------------------------------	-----

<i>section 1 La notion de décision unilatérale</i>	349
--	-----

§1 La distinction entre les décisions unilatérales et les autres actes unilatéraux de l'Administration	349
§2 Les mesures d'ordre intérieur : circulaires, directives, notes de service.....	350
§3 Les règlements intérieurs	352

<i>section 2 Les divers types de décisions unilatérales</i>	352
---	-----

A. La distinction matérielle : les décisions réglementaires et les décisions individuelles.....	352
B. La distinction formelle	353

Chapitre 2

Le régime juridique des décisions unilatérales	354
---	-----

<i>section 1 La validité des décisions unilatérales</i>	354
---	-----

§1 La forme des décisions unilatérales	354
§2 Les délégations	355

<i>section 2 La publicité des décisions unilatérales</i>	356
--	-----

<i>section 3 Les effets des décisions unilatérales</i>	357
--	-----

§1 La non-rétroactivité des décisions unilatérales.....	357
§2 La disparition des effets des décisions unilatérales.....	358
A. L'abrogation des décisions unilatérales	359
B. Le retrait des décisions unilatérales	359
1° Les décisions qui n'ont pas conféré de droits.....	359
2° Les décisions ayant conféré des droits	359

§3 L'exécution des décisions unilatérales.....	361
A. Le principe du privilège du préalable.....	362
B. L'exécution forcée n'est en principe possible que par l'intermédiaire des tribunaux judiciaires répressifs	362
C. L'Administration peut exécuter elle-même ses décisions dans trois hypothèses	362
D. Les limites et les sanctions de l'exécution forcée.....	363
 Chapitre 3	
Les contrats administratifs	364
<i>section 1</i> La notion de contrat administratif	364
§1 Le contrat : procédé de l'action administrative	364
§2 Le droit applicable aux contrats administratifs	365
<i>section 2</i> Le critère des contrats administratifs	365
§1 Le critère organique : les parties au contrat	366
§2 Le critère alternatif (critère matériel)	367
A. Le critère de l'exécution du service public.....	367
B. Le critère de la clause exorbitante	368
<i>section 3</i> Le régime juridique des contrats administratifs	369
§1 La formation des contrats administratifs	369
A. La procédure obéit à des règles parfois complexes	369
B. Le choix du cocontractant	369
1° L'appel d'offres	370
2° Le marché négocié.....	371
C. Le cahier des charges	371
1° Les documents généraux	371
2° Les documents particuliers.....	371
§2 Les effets du contrat administratif	372
A. La mutabilité des contrats administratifs.....	372
B. Les pouvoirs exorbitants de l'Administration	372
1° Le droit de direction et de contrôle.....	372
2° Le pouvoir de sanction.....	373
3° Le droit de modification unilatérale des clauses du contrat	373
4° Le droit de résiliation par l'Administration	373
C. L'équilibre financier du contrat administratif	374
1° La théorie du fait du prince (ou l'aléa administratif)	374
2° La théorie de l'imprévision (ou l'aléa économique)	374
§3 Le contentieux des contrats administratifs	376
A. Le contentieux de la validité des contrats.....	376
B. Le contentieux de l'annulation dans les contrats.....	376
Pour aller plus loin Titre 3	377
Sujets de concours	379

Titre 4

Les rapports de l'Administration avec les particuliers : la responsabilité administrative	381
--	-----

Chapitre 1

L'élaboration d'un régime autonome de responsabilité 383

section 1 Le développement
de la responsabilité administrative 383

section 2 L'autonomie de la responsabilité administrative 384

section 3 Le titulaire de la responsabilité 385

Chapitre 2

Le régime général de la responsabilité administrative 387

section 1 Le fondement de la responsabilité 387

§1 La responsabilité pour faute 387

A. La distinction de la faute personnelle et de la faute de service. 388

1° La faute du service 388

2° La faute personnelle 388

B. Le cumul de responsabilité 389

1° Les rapports de l'Administration et de la victime 389

a) Le cumul des fautes 389

b) Le cumul de responsabilité 389

2° Les rapports de l'Administration avec ses agents 390

C. La qualification de la faute 391

1° La difficulté du service 391

a) La police et les services de secours 392

b) Les services hospitaliers 392

c) L'actif juridique 392

2° Les exonérations de responsabilité 393

§2 La responsabilité sans faute 393

A. La responsabilité pour dommages de travaux publics 394

1° Les dommages subis par les tiers 394

2° Les dommages subis par les usagers 394

B. La responsabilité pour dommages causés par des choses et
des activités dangereuses 394

C. La responsabilité pour dommages subis par les collaborateurs
des services publics 395

1° Le cas des agents permanents 395

2° Le cas des collaborateurs occasionnels et bénévoles 396

D. La responsabilité du fait des lois et décisions à caractère
général 396

E. L'inexécution des décisions de justice 398

F. La responsabilité hospitalière 398

section 2 Les modalités de la réparation 399

§1 L'imputabilité 399

§2 La réparation du préjudice 399

A. Les caractères du préjudice 399

B. L'évaluation du préjudice 400

Chapitre 3

Les régimes spéciaux de responsabilité 402

<i>section 1</i>	Les régimes d'irresponsabilité	402
<i>section 2</i>	La responsabilité pour dommages causés par des émeutes	403
<i>section 3</i>	La responsabilité de l'État en raison des dommages causés aux élèves ou par des élèves des écoles publiques.....	403
<i>section 4</i>	La responsabilité pour dommages causés par un véhicule.....	404
<i>section 5</i>	La responsabilité pour dommages causés par l'activité des services judiciaires et des services pénitentiaires	404
Pour aller plus loin	Titre 4	406
Sujets de concours		408

Troisième partie

Le droit administratif appliqué	409
--	-----

Titre 1

La fonction publique	411
-----------------------------------	-----

Chapitre 1

Les différentes catégories de personnel de l'Administration	413
--	-----

<i>section 1</i>	Les agents publics non fonctionnaires.....	413
§1	Les collaborateurs habituels de l'Administration	414
	A. Les auxiliaires.....	414
	B. Les contractuels	414
	C. Les stagiaires	415
§2	Les collaborateurs occasionnels de l'Administration	415
	A. Les requis	415
	B. Les sollicités.....	415
	C. Les volontaires	416
	D. Les fonctionnaires de fait	416
<i>section 2</i>	Les fonctionnaires publics	416

Chapitre 2

L'organisation générale de la fonction publique de l'État	418
--	-----

<i>section 1</i>	Les organes centraux de la fonction publique.....	418
§1	Le Premier ministre et le ministre chargé de la fonction publique	418
§2	La Direction générale de l'Administration et de la fonction publique (DGAFP)	419
§3	Le Conseil supérieur de la fonction publique de l'État (CSFPE)	419

<i>section 2</i> Les organes disciplinaires et de gestion.....	420
<i>section 3</i> La structure de la fonction publique.....	420
§1 Les corps.....	421
§2 Les grades.....	421
§3 Les emplois.....	421
Chapitre 3	
La carrière des fonctionnaires	423
<i>section 1</i> Le recrutement des fonctionnaires	423
§1 Les conditions d'entrée dans la fonction publique.....	423
A. Le principe de l'égalité dans l'accès aux emplois publics	423
1° Les croyances religieuses	424
2° Les convictions politiques.....	424
3° Les femmes et la fonction publique.....	425
B. Les conditions particulières d'entrée dans la fonction publique	425
§2 Les modes de recrutement.....	426
A. Le choix discrétionnaire.....	426
B. Le concours	426
1° L'établissement de la liste des candidats admis à concourir	426
2° Le déroulement des épreuves.....	427
3° L'établissement de la liste des candidats reçus (les lauréats).....	427
C. La grande école, l'ENA, et les écoles d'application	428
§3 La nomination.....	428
<i>section 2</i> Le déroulement de la carrière des fonctionnaires	429
§1 L'avancement	429
§2 Les positions du fonctionnaire	430
A. Le détachement	430
B. La position hors cadres	430
C. La disponibilité	430
D. La position sous les drapeaux	431
E. Le congé parental.....	431
F. La mise à disposition.....	431
§3 La cessation des fonctions.....	431
A. La démission.....	431
B. Le licenciement	432
C. L'admission à la retraite	432
D. La révocation	432
Chapitre 4	
Obligations et droits du fonctionnaire	433
<i>section 1</i> Les obligations du fonctionnaire	433
§1 Les obligations particulières au service : l'obéissance hiérarchique.....	433
§2 Les obligations hors du service.....	434
A. Les obligations à caractère administratif	434
B. Les obligations à caractère politique.....	435

<i>section 2</i> Les sanctions des obligations des fonctionnaires.....	435
§1 Nature de la répression disciplinaire	435
§2 Le régime de la répression disciplinaire	436
§3 La procédure de la répression disciplinaire	436
 <i>section 3</i> Les droits des fonctionnaires.....	 437
§1 La rémunération du fonctionnaire.....	437
A. Le traitement est soumis à deux règles importantes.....	438
B. La rémunération constitue un élément de la situation légale ou réglementaire qui est celle des fonctionnaires	438
§2 Le fonctionnaire et les libertés publiques	438
A. La liberté d'opinion.....	439
B. La liberté de groupement	439
C. Le droit de grève.....	439
1° Avant la Seconde Guerre mondiale.....	439
2° Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale.....	440
Pour aller plus loin Titre 1	442
Sujets de concours.....	444

Titre 2

Les interventions de la puissance publique en matière immobilière.....	445
---	-----

Chapitre 1

Le domaine public	447
-------------------------	-----

<i>section 1</i> La distinction du domaine public et du domaine privé	448
--	-----

§1 Le critère de la distinction du domaine public et du domaine privé.....	448
---	-----

A. Les critères à écarter	448
---------------------------------	-----

1° Biens insusceptibles de propriété privée.....	448
--	-----

2° Biens affectés à un service public	449
---	-----

3° Biens affectés à l'utilité publique.....	449
---	-----

4° Les biens irremplaçables.....	449
----------------------------------	-----

B. Les solutions actuelles	450
----------------------------------	-----

1° L'affectation à l'usage du public.....	450
---	-----

2° L'affectation à un service public (art. L. 2111-1 CGPPP)....	450
---	-----

§2 La consistance du domaine public	451
---	-----

A. Les biens affectés à l'usage du public	451
---	-----

1° Le domaine public terrestre	451
--------------------------------------	-----

2° Le domaine public fluvial.....	452
-----------------------------------	-----

3° Le domaine public maritime.....	452
------------------------------------	-----

4° Le domaine public aérien	452
-----------------------------------	-----

5° Le domaine public mobilier	452
-------------------------------------	-----

B. Les biens affectés à un service public	452
---	-----

<i>section 2</i> La constitution du domaine public.....	453
---	-----

§1 L'incorporation au domaine public	453
--	-----

A. Le domaine public naturel	453
------------------------------------	-----

B. Le domaine public artificiel.....	454
--------------------------------------	-----

§2 La sortie du domaine public.....	454
<i>section 3 La délimitation du domaine public</i>	455
§1 La délimitation du domaine naturel.....	455
§2 La délimitation du domaine public artificiel.....	456
A. Le plan général d'alignement.....	456
1° Sur les propriétés non bâties.....	456
2° Si l'élargissement de la voie publique empiète sur une propriété bâtie.....	457
B. Le plan individuel d'alignement.....	457
<i>section 4 Le régime juridique du domaine public</i>	458
§1 Les prérogatives de l'Administration.....	458
A. Les charges de voisinage établies au profit du domaine public.....	458
B. La protection pénale du domaine public.....	459
1° La police de la conservation du domaine public.....	459
2° Les contraventions de grande voirie.....	459
§2 Les sujétions de l'Administration.....	459
A. Les aisances de voirie.....	459
B. L'inaliénabilité et l'imprescriptibilité du domaine public.....	460
<i>section 5 L'utilisation du domaine public</i>	461
§1 L'utilisation par l'Administration.....	461
§2 L'utilisation du domaine public par les particuliers.....	461
A. Les utilisations collectives.....	462
B. Les utilisations privatives.....	462
1° La concession.....	463
2° Le stationnement.....	463
3° La permission de voirie.....	463
C. Les dépendances affectées à un usage privatif.....	464
Pour aller plus loin Chapitre 1.....	465
 Chapitre 2	
Le domaine privé	466
<i>section 1 La constitution du domaine privé</i>	466
<i>section 2 La gestion du domaine privé</i>	467
<i>section 3 Les aliénations du domaine privé</i>	467
<i>section 4 Le contentieux du domaine privé</i>	467
 Chapitre 3	
L'expropriation pour cause d'utilité publique	469
<i>section 1 Les conditions du recours à l'expropriation</i>	470
<i>section 2 La procédure de l'expropriation</i>	471
§1 La phase administrative.....	472
A. La Déclaration d'utilité publique (DUP).....	472
B. L'arrêt de cessibilité.....	473
§2 La phase judiciaire.....	474

A. Le transfert de propriété.....	474
B. La fixation de l'indemnité	475
section 3 Les procédures spéciales d'expropriation.....	476
§1 La procédure d'urgence pour laquelle les délais sont abrégés ...	476
§2 La procédure pour les travaux intéressant la Défense nationale	477
§3 Le cas des opérations complexes.....	477
section 4 Les procédures de cession forcée de biens proches de l'expropriation.....	478
§1 La nationalisation.....	478
§2 La réquisition.....	478
Pour aller plus loin Chapitre 3.....	480
Sujets de concours.....	481
 Chapitre 4	
Les travaux publics.....	482
section 1 La notion de travaux publics.....	482
§1 La nécessité d'un travail	483
§2 Le travail doit porter sur un immeuble	483
§3 Le travail doit être accompli dans un but d'utilité générale.....	483
§4 Le travail doit être réalisé soit pour le compte d'une personne publique, soit pour la réalisation d'une mission de service public	484
A. La réalisation pour le compte d'une personne publique.....	484
B. La réalisation d'une mission de service public.....	485
section 2 Le régime juridique de travaux publics	486
§1 Les modes d'exécution des travaux publics.....	486
A. La régie	487
B. Le marché de travaux publics (ou d'entreprise)	487
1° La notion de marché de travaux publics	487
2° Le régime des marchés de travaux publics	488
a) La passation du marché.....	488
b) L'exécution du marché	488
c) La fin du marché.....	489
C. La concession de travail public	489
D. Les autres procédés d'exécution des travaux publics.....	490
§2 Les prérogatives de l'Administration à l'occasion des travaux publics.....	490
A. L'occupation temporaire	490
B. L'intangibilité de l'ouvrage public.....	491
§3 La responsabilité pour dommages de travaux publics	491
A. La notion de dommages de travaux publics	491
B. Le fondement de la responsabilité.....	492
C. Les conditions de la responsabilité	492
1° Les dommages subis par les tiers	492
2° Les dommages subis par les usagers	493
D. La mise en œuvre de la responsabilité	493
 Chapitre 5	
Le droit de la construction.....	495

<i>section 1</i>	La réglementation de la construction	495
§1	Le permis de construire	496
	A. La notion de permis de construire	496
	B. Le champ d'application du permis de construire	496
	C. Le régime juridique du permis de construire	497
	D. La procédure de délivrance du permis de construire	497
	E. Le contentieux du permis de construire	498
	1° Les recours en annulation.....	498
	2° Les recours en indemnité	498
	F. Les sanctions en matière de permis de construire	499
§2	Les polices spéciales en matière de construction	499
	A. La police des installations classées	499
	B. La police des bâtiments menaçant ruine	500
	C. La police des monuments historiques et des sites	500
<i>section 2</i>	L'encouragement à la construction	501
§1	Les habitations à loyer modéré (HLM)	501
	A. Les offices publics d'HLM	501
	B. Les sociétés d'HLM	502
§2	L'aide à la construction	502
	A. L'aide au financement.....	502
	B. L'aide fiscale	503
Pour aller plus loin	Chapitre 5.....	504
Chapitre 6		
Le droit de l'urbanisme		505
<i>section 1</i>	La planification urbaine	505
§1	La décentralisation de la planification urbaine	506
§2	La loi SRU et la planification urbaine : les SCOT et les PLU	506
	A. Les Schémas de cohérence territoriale (SCOT)	507
	B. Les Plans locaux d'urbanisme (PLU)	507
	1° L'expression d'un projet urbain	507
	2° La réglementation de l'occupation des sols	508
<i>section 2</i>	Les opérations d'urbanisme	508
§1	Les lotissements	509
§2	Les opérations d'aménagement urbain	509
	A. Les travaux d'intérêt collectif.....	509
	B. Les opérations de rénovation urbaine	509
	C. Le remembrement urbain.....	510
	D. Les ZAC.....	510
Pour aller plus loin	Chapitre 6.....	511
Chapitre 7		
L'aménagement du territoire		512
<i>section 1</i>	Les organes de l'aménagement du territoire	513
§1	Les organes nationaux	513
	A. Les organes exécutifs	513
	B. Les organes délibérants	514
§2	Les organes régionaux	515

<i>section 2 Les instruments de l'aménagement du territoire.....</i>	516
§1 Les instruments juridiques	516
A. L'abandon de la planification	516
B. La contractualisation	517
§2 Les instruments financiers	517
Pour aller plus loin Chapitre 7.....	518
Annexe 1 : Les questions à réponses courtes (QRC).....	519
Sujet corrigé 1 : La place du Sénat dans la V ^e République	521
Sujet corrigé 2 : Les révisions de la Constitution de 1958.....	522
Sujet corrigé 3 : La circulaire en droit français.....	524
Sujet corrigé 4 : Les Cours administratives d'appel (CAA)	526
Annexe 2 : Les programmes	527
Index alphabétique	543

RÉALISATION : NORD COMPO À VILLENEUVE-D'ASCQ

Droit public

16^e édition

Philippe Georges

Guy Siat

MANUEL
INTÉGRAL
concours

Un ouvrage clair et complet

Cet ouvrage traite à la fois du droit constitutionnel (l'État, les institutions politiques, le système démocratique, la V^e République...) et du droit administratif (les collectivités locales, la justice administrative, les services publics...), y compris dans ses applications (les personnels de l'Administration, le domaine public, les travaux publics, le droit de l'urbanisme et de la construction, l'aménagement du territoire...).

À jour des dernières modifications

Il intègre les dernières évolutions constitutionnelles et législatives : Question prioritaire de constitutionnalité, Défenseur des droits, réforme des collectivités territoriales... Pour la jurisprudence, il renvoie à la fois aux arrêts les plus récents et aux « Grands arrêts » (GAJA).

Conçu comme un véritable outil de travail

Complété par de nombreux documents et tableaux, l'ouvrage comporte des éléments nécessaires à la révision et à la synthèse : des fiches « Pour aller plus loin » offrant des pistes de réflexion et des sujets de concours en rapport avec le thème traité.

Le public

Il s'adresse à tous les candidats aux concours administratifs, juristes ou non juristes, car il correspond exactement aux programmes et à l'esprit des concours, internes ou externes, catégories A et B ainsi qu'aux préparations dispensées pour ces concours dans les IPAG, CPAG et IEJ.

Les auteurs

Philippe Georges, concepteur et auteur originel de ce manuel avait dès le début parfaitement anticipé les attentes des candidats, faisant de l'ouvrage un classique.

Guy Siat, maître de conférences de droit public à l'Université de Strasbourg (Université Robert Schuman), ancien directeur de l'IPAG de Strasbourg, continue l'œuvre de son prédécesseur, mettant au service des étudiants, ses compétences et son expérience pédagogique.

*Chaque concours repose sur une sélection.
La « moyenne », qui est la référence
pour les examens universitaires,
ne suffit plus. L'objectif est d'être
parmi les meilleurs ; et pourquoi pas
le meilleur dans chaque matière ?*

SIREY


www.editions-DA||OZ.fr

30 €
ISBN 978 2 247 08979 6
6791594

